

# DIE ENTBINDUNG VOM BERUFSGEHEIMNIS DARF NICHT ZUR PREISGABE EINES GEHEIMNISSES VERPFLICHTEN

ERNST STAEHELIN

Dr. iur., Advokat und Notar, Basel

Stichworte: Berufsgeheimnis, Entbindung durch die Aufsichtsbehörde, Preisgabe des Geheimnisses als «Dürfen», Ermessen des Anwalts

Nach geltendem Recht (Art. 13 BGFA) muss ein Anwalt selbst nach Entbindung von seinen Geheimhaltungspflichten nicht aussagen, wenn er sein Schweigen als im Interesse seines Klienten liegend betrachtet. Der Bundesrat will mit neuen Bestimmungen im ZGB für den Kinderschutz diese (verfassungsrechtliche) Grundregel ausser Kraft setzen und eine Mitwirkungspflicht einführen.

## I. Grundprinzip: Der Anwalt darf, muss aber nicht aussagen

Die aktuelle Rechtslage für die Preisgabe von Geheimnissen nach Entbindung des Anwalts<sup>1</sup> (durch den Mandanten oder die Aufsichtsbehörde) ist klar: Selbst wenn der Anwalt von seiner Geheimhaltungspflicht in einem konkreten Fall entbunden wird, ist er nicht verpflichtet, eine Aussage zu machen, wenn er dies als richtig erachtet; Art. 13 Abs. 1 letzter Satz BGFA lässt daran keinen Zweifel. Diese Wahlmöglichkeit ist die Konsequenz der rechtsstaatlichen Komponente des Berufsgeheimnisses.<sup>2</sup> Auf Letzteres besteht ein verfassungsrechtlicher Anspruch als Ausfluss aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit und als Bestandteil der Garantie der rechtsstaatlichen Rechtspflege, Art. 29 ff. BV.<sup>3</sup>

Und ferner ist ebenso klar, dass der Antrag an die Aufsichtsbehörde auf Entbindung von der Geheimhaltungspflicht nur vom betroffenen Anwalt selbst gestellt werden kann; Dritte sind dazu nicht berechtigt.<sup>4</sup>

## II. (Untauglicher) Versuch des Einbruchs in dieses Prinzip

Mit der Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Zusammenhang mit dem Kinderschutz<sup>5</sup> beantragt der Bundesrat dem Parlament u. a. die Einführung von Bestimmungen, die die vorstehenden Grundprinzipien für die Anwältinnen und Anwälte aufheben sollen.<sup>6,7</sup> Erstaunlicher- und überraschenderweise werden diese Bestimmungen erstmals mit der Botschaft vorgelegt; im Vernehmlassungsverfahren war davon noch nicht die Rede (und es ist auch nicht aus der Zusammenfassung

der Vernehmlassungsergebnisse in der Botschaft selbst ersichtlich, dass eine solche Forderung mehrheitlich gestellt wurde). Die Einführung solcher Neuerungen über die Hintertüre ist bei den sich stellenden Grundsatzfragen aus rechtsstaatlicher Sicht zumindest fragwürdig.

Der Bundesrat möchte die beiden folgenden Punkte für den Kinderschutz gegenüber der geltenden Rechtslage ändern:

- 1 Wenn im Folgenden vom «Anwalt» die Rede ist, erfolgt dies zur besseren Lesbarkeit; selbstverständlich sind damit auch Anwältinnen erfasst.
- 2 HANS NATER/GAUDENZ G. ZINDEL, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 13 N 141.
- 3 HANS NATER/GAUDENZ G. ZINDEL, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 13 N 8 mit Verweisen.
- 4 BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 1913, S. 780 f. mit Verweisen; BSK Strafrecht II – OBERHOLZER, Art. 321 N 19.
- 5 <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/3431.pdf> («Botschaft Kinderschutz»).
- 6 «Personen, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, sind zur Mitwirkung verpflichtet, wenn die geheimnisberechtigte Person sie dazu ermächtigt hat oder die vorgesetzte Behörde oder die Aufsichtsbehörde sie auf Gesuch der Kinderschutzbehörde vom Berufsgeheimnis entbunden hat.»
- 7 Die vorgeschlagene gesetzliche Bestimmung erstreckt sich auf alle Personen, die einem Berufsgeheimnis unterstehen. Wegen der speziellen Funktion der Anwältinnen und Anwälte im Rechtsstaat muss für diese Berufsgruppe eine separate Beurteilung erfolgen. Vorliegend wird nur dazu Stellung genommen; ob dieselben oder ähnliche Überlegungen auch für andere Berufsgruppen gelten, wird an dieser Stelle nicht analysiert.

- Zum einen soll der Anwalt verpflichtet werden, mitzuwirken (d. h. ein Geheimnis offenzulegen), wenn die geheimnisberechtigte Person oder die vorgesetzte Behörde oder die Aufsichtsbehörde ihn vom Berufsgeheimnis entbunden hat. Der Anwalt hat damit keine Wahlmöglichkeit mehr, ob er aussagen will oder ob es nach seiner Beurteilung vorzuziehen sei, im Interesse seines Mandanten (d. h. des Kindes) zu schweigen. Art. 13 Abs. 1 letzter Satz BGFA soll damit in der Sache für den Kindesschutz aufgehoben werden.
- Zum andern soll erstmals eine Behörde, nämlich die Kindesschutzbehörde, ermächtigt werden, den Antrag auf Entbindung vom Berufsgeheimnis des Anwalts an die Aufsichtsbehörde zu stellen.

Die Botschaft ist für die Begründung in sich widersprüchlich: Zunächst wird mit der folgenden Begründung eine allgemeine Meldepflicht von Berufsgeheimnisträgern klar abgelehnt (S. 3448):

*«Meldepflichten sind nicht sinnvoll in Bereichen, in denen der Erfolg einer Zusammenarbeit entscheidend von einem Vertrauensverhältnis abhängt. Dieses Vertrauensverhältnis stellt eine wichtige Voraussetzung dafür dar, dass die besondere Arbeits-, Fürsorge oder Unterstützungsbeziehung erfolgreich verläuft und wird, wie beispielsweise in den Bereichen Psychologie, Medizin oder Justiz, durch das Berufsgeheimnis geschützt. So offenbaren hilfsbedürftige Minderjährige ihre Schwierigkeiten oftmals einer Vertrauensperson gerade deshalb, weil sie wissen, dass der Inhalt ihres Gesprächs vertraulich behandelt wird. Diese Vertraulichkeit bzw. Intimitätszusicherung ist die Basis für eine erfolgreiche Zusammenarbeit zugunsten der betroffenen minderjährigen Person. Absolute Meldepflichten können in diesen Fällen kontraproduktiv wirken und ihrem eigentlichen Ziel, nämlich der Verwirklichung des Schutzes der betroffenen Minderjährigen, zuwiderlaufen.»*

Dieser Ansicht kann grundsätzlich zugestimmt werden; sie deckt sich mit der Meinung des Parlamentes in Zusammenhang mit einer ähnlichen Fragestellung in der Strafprozessordnung<sup>8</sup> und entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.<sup>9</sup>

Bei der Begründung der Anpassung des BGFA (S. 3464 f. Botschaft Kindesschutz) weicht der Bundesrat von dieser Meinung (ohne weitere Begründung) aber wieder ab und sieht eine Pflicht zur Mitwirkung (d. h. eine Pflicht zur Aussage nach erfolgter Entbindung) vor, weil es um den Schutz eines möglicherweise gefährdeten Kindes gehe.

Dieser Gewichtung kann, wie nachstehend gezeigt werden soll, für die Anwältinnen und Anwälte nicht gefolgt werden: Die Geheimhaltungspflicht muss vorgehen, wobei dem Anwalt ein pflichtgemässes Ermessen obliegt, im Interesse und zum Schutz des Kindes eine Information der zuständigen Behörde (nach Entbindung durch die Aufsichtsbehörde) vorzunehmen.

### III. Deshalb muss die Mitwirkungspflicht für die Anwältinnen und Anwälte abgelehnt werden

Die Schaffung einer Mitwirkungspflicht, wie in der Botschaft Kindesschutz vorgeschlagen, verwehrt in letzter Konsequenz den Zugang zum Recht: Kann sich der (potenzielle) Klient nicht mehr darauf verlassen, dass der Anwalt das ihm Anvertraute für sich behält (resp. für sich behalten darf), so wird dieser Klient den Anwalt nicht mehr umfassend orientieren und instruieren; damit wird dem Anwalt verunmöglicht, die Interessen seines Klienten bestmöglich wahrzunehmen (wobei es dabei keine Rolle spielt, ob der Anwalt forensisch oder beratend tätig ist); richtigerweise müsste der Anwalt zu Beginn des Mandats das Kind darüber aufklären, dass er möglicherweise zu einer Aussage gezwungen werden kann. Dies hätte, wie gesagt, zur Folge, dass das Kind seinem Vertreter aus Angst vor einer Offenlegung nicht mehr alles sagt. Damit verbunden ist der Verlust des verfassungsmässigen Anspruchs auf das Berufsgeheimnis. Es stellt sich deshalb auch die Frage, ob der Gesetzgeber diesen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Gesetzesstufe aufheben darf.<sup>10</sup>

Mit der Gewährleistung der Geheimhaltungspflicht in seiner strengen, absoluten Form (wie es heute geltendes Recht ist), nimmt die schweizerische Rechtsordnung bewusst in Kauf, dass andere Interessen hinter den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Klient zurücktreten müssen. Der Beruf des Rechtsanwalts kann nur dann richtig und einwandfrei ausgeübt werden, wenn der Klient aufgrund einer unbedingten Garantie der Verschwiegenheit das Vertrauen zum Anwalt haben kann (BGE 112 Ib 606).<sup>11</sup> Das ist im Kindesschutz nicht anders als in anderen Gebieten (wobei durchaus anerkannt wird, dass der Schutz des Kindes und seiner Integrität sehr wichtig ist; diesen Aspekt wird der Anwalt bei seiner Güterabwägung auf jeden Fall gebührend berücksichtigen, vgl. dazu auch nachstehend).

Im Rahmen eines Zivil- oder Strafverfahrens wird einem Anwalt ohne Weiteres zugetraut, dass er resp. sie beurteilen kann, ob sie resp. er (nach erfolgter Entbindung) im Interesse des Kindes aussagen oder schweigen soll. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Güterabwägung im Zusammenhang mit dem Kindesschutz durch die gleiche Person nicht mehr vorgenommen werden kann:<sup>12</sup> Es ist davon auszugehen, dass der Anwalt bei Vorliegen z. B.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Botschaft Kindesschutz, S. 3464.

<sup>9</sup> BGE 135 III 597, E. 3.4; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zürich 2009, N 377, mit Verweisen.

<sup>10</sup> Grundsätzlich muss diese Frage wohl negativ beantwortet werden.

<sup>11</sup> CR LLCA-PASCAL MAURER/JEAN-PIERRE GROSS, Art. 13 N 69 ff.; BERNHARD EHRENZELLER/RETO PATRICK MÜLLER, Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses unter besonderer Berücksichtigung der Frage des behördlichen Zugriffs auf Unterlagen, in: Festgabe Walter Straumann, Solothurn, 2013, S. 263 ff.

<sup>12</sup> Es sind aus der Praxis keine Fälle bekannt, in denen der Anwalt in falscher Güterabwägung keine Auskunft erteilt hat, obwohl dies von der Sache her indiziert gewesen wäre.

einer Misshandlung einer minderjährigen Person durchaus die richtigen Schlüsse ziehen kann (und wird) und wohl Meldung an die zuständige Instanz machen wird, dies zum Schutze und im Interesse des Kindes. Es besteht deshalb kein Anlass, von dieser Vorgehensweise Abstand zu nehmen und den Anwalt zu einer Aussage zu zwingen.

Soweit der Anwalt in seiner anwaltlichen Funktion für eine minderjährige Person tätig wird, führt die vorgesehene Mitwirkungspflicht für den Anwalt zu unlösbaren Konflikten: Erfährt sie resp. er z. B. im Rahmen einer Strafverteidigung von einer Misshandlung der minderjährigen Person, so geht nach den Bestimmungen der JStPO (insb. Art. 3, der auf die StPO verweist) die Geheimhaltungspflicht des Verteidigers gegenüber der Offenlegungspflicht auf jeden Fall vor (vgl. oben Fussnote 5). Es dürften dann unüberbrückbare Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen, ob die Misshandlung mit dem Delikt im Zusammenhang steht oder ob sie davon komplett unabhängig ist (und somit möglicherweise von der Mitwirkungspflicht erfasst werden könnte; meistens dürfte aber immer ein innerer Konnex bestehen). Die Aufgabe des Verteidigers wird damit nur erschwert (wenn nicht gar verunmöglicht); mit der Möglichkeit, dass er selbst entscheiden kann, ob er aussagen oder schweigen will, ist der Interessenlage ohne weiteres Genüge getan, sodass es keiner weiteren, einengenden Vorschriften in dieser Hinsicht bedarf.

Zudem: Es soll ein neuer Art. 314e Abs. 4<sup>13</sup> EZGB eingeführt werden (der inhaltlich dem unveränderten Art. 448 Abs. 4 ZGB entspricht), wonach Verwaltungsbehörden und Gerichte im Rahmen des Kinderschutzes generell u. a. Auskünfte erteilen «... soweit nicht schutzwürdige Interessen entgegenstehen». Dieser Vorbehalt von schutzwürdigen Interessen ist bei den Berufsgeheimnisträgern nicht vorgesehen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb den Verwaltungsbehörden und Gerichten ein Ermessensspielraum eingeräumt wird, den Anwältinnen und Anwälten aber nicht.

Es besteht auch kein Anlass, dass der Kinderschutzhilfe (erstmalig und einmalig in der schweizerischen Gesetzgebung) ein Recht eingeräumt wird, bei der Aufsichtsbehörde die Entbindung des Anwalts von der Geheimhaltungspflicht zu beantragen. Wenn der Anwalt im Interesse und zum Schutz des Kindes die Offenlegung als nötig erachtet, wird er von sich aus die Entbindung von der Geheimhaltungspflicht beantragen. Die Einräumung eines entsprechenden Rechts an die Kinderschutzhilfe ist nicht notwendig. Das Ermessen der Kinderschutzhilfe soll nicht an die Stelle des Ermessens des Anwalts gestellt werden.

#### IV. Schlussfolgerung

Zumindest für die Anwältinnen und Anwälte widerspricht die Neuregelung der Mitwirkungspflichten im Kinderschutzrecht grundlegenden Prinzipien des Berufsgeheimnisses, ohne dass Gründe dafür bestehen (oder geltend gemacht werden), die eine Aufhebung dieser Prinzipien rechtfertigen könnten.

Die Ergänzung von Art. 13 Abs. 1 BGFA gemäss der Botschaft Kinderschutz ist deshalb abzulehnen; der bestehende Text genügt der Interessenlage. Zur Verdeutlichung könnte allenfalls bei Art. 314e EZGB ein zusätzlicher Absatz mit folgendem Wortlaut aufgenommen werden: «Das Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 bleibt vorbehalten.» Damit würde eine Übereinstimmung mit Art. 171 Abs. 4 StPO erreicht.

<sup>13</sup> «Verwaltungsbehörden und Gerichte geben die notwendigen Akten heraus, erstatten Bericht und erteilen Auskünfte, soweit nicht schutzwürdige Interessen entgegenstehen.»

Executive School of Management,  
Technology and Law (ES-HSG)



**Universität St. Gallen**  
LAW + MANAGEMENT

Weitere Lehrgänge zu  
Verhandeln, Gruppendynamik  
und Compliance Management  
unter  
[www.lam.unisg.ch](http://www.lam.unisg.ch)



**Aktuelle Weiterbildungen**

**...für Juristen, die sich mit  
BWL-Wissen fit machen  
wollen**

„Management for the Legal  
Profession (MLP-HSG)“

**...für Neugierige mit  
Interesse am amerikani-  
schen Recht**

„U.S. Law-School-in-a-Week  
(LSIW-HSG)“

**...für erfolgreiche  
Verhandler**

„Certified Global Negotiator  
(CGN-HSG)“

"From insight to impact" 