

AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

- 841 *Kurt Affolter*: Eckpfeiler einer Qualitätsentwicklung
zum neuen Erwachsenenschutzrecht
- 867 *Christiana Fountoulakis, Christina Gaist*:
Les mesures personnelles anticipées: les directives anticipées
du patient et le mandat pour cause d'incapacité
- 889 *Christelle Haas-Leimacher, Peter Breitschmid*:
Conflits d'intérêts en matière de protection de l'adulte
- 927 *Philippe Meier*: Les curatelles du nouveau droit de la protection
de l'adulte: quelques notions/dispositions-pièges pour la pratique
- 962 *Micaela Vaerini*: Les mécanismes de contrôle dans le cadre
des mesures limitant la liberté de mouvement
- 981 *Michelle Cottier, Daniel Steck*: Das Verfahren vor der Kindes-
und Erwachsenenschutzbehörde
- 1001 *Christoph Häfeli*: Familiengerichte im Kanton Aargau
als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden
- 1020 *Daniel Rosch*: Melderechte, Melde- und Mitwirkungspflichten,
Amtshilfe: die Zusammenarbeit mit der neuen Kindes-
und Erwachsenenschutzbehörde
- 1052 *Marc Spescha*: Die familienbezogene Rechtsprechung
im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab August 2011
bis Ende Juli 2012

DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI

- 1073 Literatur – Littérature – Letteratura
- 1083 Rezensionen – Recensions – Recensioni

RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER
ANDREA BÜCHLER
MICHELLE COTTIER

Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

Redaktionsmitglieder

Margareta Baddeley
Daniel Bähler
Richard Barbey
Katerina Baumann
Peter Breitschmid
Laura Cardia-Vonèche
Jeanne DuBois
Joseph Duss-von Werdt
Roland Fankhauser
Christiana Fountoulakis
Elisabeth Freivogel
Thomas Geiser
Urs Gloor
Marianne Hammer-Feldges
Monique Jametti Greiner
Susanne Leuzinger-Naef
Peter Liatowitsch
Ueli Mäder
Andrea Maihofer
Alexandra Rumo-Jungo
Joachim Schreiner
Jonas Schweighauser
Daniel Steck
Thomas Sutter-Somm
Rolf Vetterli



IMPRESSUM

13. Jahrgang – Année – Anno; November – Novembre – Novembre 2012
Erscheint vierteljährlich – Parution trimestrielle – Pubblicazione trimestrale
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch
ISSN 1424-1811

Herausgeberinnen Editrices Edatrici	Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, CH-4002 Basel, E-Mail: Ist.schwenzer@unibas.ch Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: Ist.buechler@rwi.uzh.ch Ass.-Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel, E-Mail: Michelle.Cottier@unibas.ch
Schriftleitung	Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: aeschlimann@advokaturbuero-bl.ch , fampira-ius@unibas.ch
Redaktion Rédaction Redazione	Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Daniel Bähler, Oberrichter; Richard Barbey, juge cantonal; lic. iur. Katerina Baumann, Fürsprecherin und Notarin; Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid; lic. phil. Laura Cardia-Vonèche, sociologue; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. phil. Joseph Duss-von Werdt; Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat; lic. iur. Elisabeth Freivogel, LL.M., Advokatin; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; lic. iur. Marianne Hammer-Feldges, Fürsprecherin und Notarin; Dr. iur. Monique Jametti Greiner, Vizedirektorin Bundesamt für Justiz; Dr. iur. Susanne Leuzinger-Naef, Bundesrichterin; Dr. iur. Peter Liatowitsch, Advokat, Notar und Mediator; Prof. Dr. phil. Ueli Mäder, Soziologe; Prof. Dr. phil. Andrea Maihofer; Prof. Dr. iur. Alexandra Rumo-Jungo; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. iur. Daniel Steck, aOberrichter; Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm; Dr. iur. h.c. Rolf Vetterli, aKantonsrichter.
Verlag Editions Edizion	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 66 66 Telefax: ++41 31 300 66 88 E-Mail: verlag@staempfli.com Internet: www.staempfliverlag.ch
	Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift FamPra.ch vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. L'acceptation de contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal FamPra.ch. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.
Inserate Annonces Inserti	Stämpfli Publikationen AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 63 84 Telefax: ++41 31 300 63 90 E-Mail: inserate@staempfli.com
Abonnemente Abonnements Abbonamenti	Stämpfli Publikationen AG, Abbonementsmarketing, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, CH-3001 Bern Telefon: ++41 31 300 66 66 Telefax: ++41 31 300 63 90 E-Mail: abonnemente@staempfli.com

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 373.– (Print und Online), Online Sfr. 293.–
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: Sfr. 75.– (exkl. Porto)
Ausland – Etranger – Estero: AboPlus Sfr. 378.–, Online Sfr. 293.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8% MWST.

Adressen – Adresses – Indirizzi

Kurt Affolter-Fringeli
Fürsprecher und Notar
Unterer Planchesweg 20
Schernelz, 2514 Ligerz

Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid
Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut
Rämistrasse 74/4, 8001 Zürich

Ass-Prof. Dr. iur. Michelle Cottier
Universität Basel
Juristische Fakultät
Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel

Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis
Université de Fribourg
Faculté de droit
Beauregard 11, 1700 Freiburg

Christina Gaist, LL.M.
Avocat
Université de Fribourg
Faculté de droit
Beauregard 11, 1700 Freiburg

lic. iur. Christelle Haas-Leimacher
Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut
Rämistrasse 74/4, 8001 Zürich

Prof. FH, lic.iur. Christoph Häfeli
Dipl. Sozialarbeiter
Gwiggweg 30, 5443 Niederrohrdorf

Prof. Dr. iur. Philippe Meier
Université de Lausanne
Faculté de Droit, Centre de droit privé
Quartier UNIL-Dorigny, Bâtiment Internef
1015 Lausanne

lic. iur. Daniel Rosch
Dipl. Sozialarbeiter FH
MAS in Nonprofit-Management
Coaching in Law and Social Work
Felshaldenweg 12, 3004 Bern

lic. iur. Marc Spescha
Rechtsanwalt
Langstrasse 4, 8004 Zürich

Dr. iur. Daniel Steck
aOberrichter
Hasenweg 3, 8606 Greifensee

Dr. iur. Micaela Vaerini,
avocate, chargée de cours à l'Université
de Genève
Université de Genève
Faculté de droit
40, Boulevard du Pont-d'Arve, 1205 Genève

Für die Übersetzungen:

deutsch/französisch
LT Lawtank GmbH
Juristische Dienstleistungen – Legal Services –
Services juridiques – Servizi giuridici
Laupenstrasse 4
PO Box 7049
3001 Bern

www.lawtank.ch
info@lawtank.ch
deutsch/italienisch, französisch/italienisch
Avv. Igor Bernasconi
Studio legale bernasconi
Via Ronchetto 5
6904 Lugano

Die Richtlinien für Textbeiträge
sind im Internet unter
www.fampra.ch einzusehen.

Les lignes directrices pour les
textes des collaborateurs exté-
rieurs peuvent être consultées
sur Internet à l'adresse
www.fampra.ch.

La direttiva per i testi dei colla-
boratori esterni può essere con-
sultata su Internet all'indirizzo
www.fampra.ch.

Für unaufgefordert eingesandte
Textbeiträge wird keine Verant-
wortung übernommen.

Nous n'assumons aucune res-
ponsabilité pour les textes
envoyés spontanément.

Non si assume alcuna respon-
sabilità per i testi inviati spon-
taneamente.

Melderechte, Melde- und Mitwirkungspflichten, Amtshilfe: die Zusammenarbeit mit der neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde

Daniel Rosch, lic. iur., dipl. Sozialarbeiter FH, MAS in Non-Profit-Management, Prof. (FH) Hochschule Luzern – Soziale Arbeit; Lehrbeauftragter Berner Fachhochschule Soziale Arbeit

Stichwörter: *Erwachsenenschutz, Kinderschutz, Zusammenarbeit, Kindes-, Erwachsenenschutzbehörde, Melderechte, Meldepflichten, Mitwirkungspflichten, Amtshilfe, Datenschutz, Schweigepflicht, Zweckbindung, Soziale Arbeit, Verfahren, Prozessrecht, Pro Werke, soziale Dienstleistungserbringer, Sozialhilfe, Vertrauensverhältnis.*

Mots clefs: *Protection de l'adulte, protection de l'enfant, collaboration, autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, droits d'aviser, obligations d'aviser, obligations de coopérer, assistance administrative, protection des données, obligation de confidentialité, affectation déterminée, travail social, procédure, droit de procédure, Pro Werke, prestataires sociaux, aide sociale, relation de confiance.*

I. Ausgangslage

Das revidierte Erwachsenenschutzrecht tritt per 1. Januar 2013 in Kraft. Auf diesen Zeitpunkt werden auch die bestehenden Vormundschaftsbehörden durch eine spezialisierte, interdisziplinäre Fachbehörde abgelöst.¹ Damit tritt ein professionalisierter zentraler Akteur ins bisherige Gefüge von in der Regel bereits professionellen Mandatsträgern bzw. -trägerinnen und teilweise professionalisierten Vormundschaftssekretariaten ein. Die Anforderungen an diese neue Zusammenarbeit mit einer professionalisierten Behörde sind bereits verschiedentlich umschrieben worden.² Betroffen von den aus dem revidierten Erwachsenenschutzrecht resultierenden Neuerungen sind somit insbesondere die Hauptakteure des Kindes- und Erwachsenenschutzes; jedoch finden sich auch diverse weitere, sog. freiwillige soziale Dienst-

1 WIDER, Art. 440 ZGB, N 6 f., in: ROSCH/BÜCHLER/JAKOB (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011; Orell Füssli Kommentar ZGB/FASSBIND, Art. 440 ZGB, N 2.

2 ROSCH, Neue Aufgaben, Rollen, Disziplinen, Schnitt- und Nahtstellen: Herausforderungen des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, ZKE 2011, 31 ff.; DÖRFLINGER, «Der Berg wird steiler, wenn du näher kommst», ZKE 2011, 447 ff.; ROSCH/GARIBALDI/PREISCH, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – Hoffnungsträgerin oder Hemmschuh? Die Zusammenarbeit mit der KESB aus Sicht der Berufsbeistände und Berufsbeiständinnen, ZKE 2012 (erscheint in ZKE 4/2012).

leistungsanbieter – wie die Jugend- und Familienberatungsstellen, Suchthilfeinstitutionen, Einrichtungen, die Pro-Werke, Sozialhilfe etc. –, auf welche das revidierte Recht Auswirkungen hat. Im Folgenden soll die künftige Zusammenarbeit insbesondere dieser freiwilligen sozialen Dienstleistungsanbieter mit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Thema sein. Dabei konzentriert sich der Aufsatz auf die verfahrensrechtlich zentralen Normen der Zusammenarbeit mit der KESB; diese sind:

- die Melderechte, insbesondere:
 - das allgemeine Melderecht (Art. 443 Abs. 1 ZGB)
 - Melderechte für Personen unter Berufs- und Amtsgeheimnis (Art. 453 Abs. 2 ZGB, Art. 364 StGB)
 - Melderecht der Opferberatungsstellen (Art. 11 Abs. 3 OHG)
 - Personen mit Antragsrecht (Art. 368 Abs. 1, Art. 373 Abs. 1, Art. 376 Abs. 2, Art. 381 Abs. 3, Art. 390 Abs. 3 ZGB)
 - weitere Melderechte ausserhalb des Erwachsenenschutzrechts und nach kantonalem Recht.
- die Meldepflichten, insbesondere:
 - die allgemeine Meldepflicht (Art. 443 Abs. 2 ZGB)
 - die Meldepflicht von Wohn- und Pflegeeinrichtungen (Art. 386 Abs. 2 ZGB)
 - Meldepflicht des bzw. der Vorsorgebeauftragten (Art. 365 Abs. 2 ZGB)
 - Meldepflicht des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin (Art. 397a Abs. 1 OR)
 - Meldepflicht der Gerichte (Art. 69 Abs. 2 ZPO)
 - Meldepflicht der Strafverfolgungsbehörde (Art. 75 Abs. 2 StPO)
 - weitere Meldepflichten ausserhalb des Erwachsenenschutzrechts und nach kantonalem Recht
- die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 448 Abs. 1–3 ZGB
- die Amtshilfe gemäss Art. 448 Abs. 4 ZGB

Eine umfassende Behandlung aller dieser Aspekte würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen, weshalb der Schwerpunkt im Folgenden auf die neuen Bestimmungen im revidierten Recht, insbesondere auf die allgemeine Meldepflicht und das allgemeine Melderecht, die Mitwirkungspflicht und die Amtshilfe, gelegt wird.

II. Verhältnis zur Datenschutzgesetzgebung

1. Verhältnis zur Datenschutzgesetzgebung

Im revidierten Recht finden sich Regelungen über Melderechte, Meldepflichten, die Mitwirkungspflicht, die Amtshilfe sowie über das Kindes- und Erwachsenenschutzgeheimnis. Damit stellt sich die Frage, wie das Verhältnis dieser Normen zur

Datenschutzgesetzgebung der Kantone und des Bundes ist. Gemäss Art. 450f ZGB sind «im Übrigen», d.h., soweit das Erwachsenenschutzrecht keine eigenständigen verfahrensrechtlichen Regelungen vorsieht, die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss anwendbar, wenn die Kantone nichts anderes bestimmen. Damit sind auch die kantonalen Datenschutzgesetze «im Übrigen» anwendbar. Die Bestimmungen des ZGB sind somit grundsätzlich als *lex specialis* zu betrachten; diejenigen der kantonalen Datenschutzgesetze bzw. auch der Verfahrensbestimmungen im kantonalen Recht als *lex generalis*. Sofern somit nichts anderes im ZGB geregelt ist, gelten auch die datenschutzrechtlichen Bestimmungen der Kantone. Dies kommt aber in Bezug auf den Datenschutz nur dann zum Tragen, wenn die Spezialgesetzgebung strengere bzw. über die Datenschutzgesetzgebung präzisierende Vorgaben enthält.³ Die sich aus dem Verfassungsrecht ergebenden datenschutzrechtlichen Grundsätze wie Rechtmässigkeit, Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit, Zweckbindung, Transparenz, Datenrichtigkeit und -sicherheit⁴ sind folglich grundsätzlich subsidiär heranzuziehen⁵ und finden somit auch im Rahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzgeheimnisses direkt⁶ Anwendung. Die kantonalen Datenschutzgesetze haben die Grundsätze des Bundesdatenschutzgesetzes weitgehend übernommen.⁷

Hinzu kommen datenschutzrechtliche Bestimmungen im Verwaltungsverfahren, sofern das kantonale Verwaltungsverfahren auch für das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vorgesehen ist. Diese kantonalen Normen ver-

3 Rosch, Schweigen und Sprechen im System. Das unguete Gefühl beim Datenaustausch mit Akteuren im System: Amtsgeheimnis und Datenschutz im Spannungsverhältnis zum systemtheoretischen Ansatz der Sozialen Arbeit in öffentlichen Sozialdiensten der Kantone BE, BL, BS und ZH, Bern 2005, 75; FamKomm Erwachsenenschutz/COTTIER/HASSLER, Art. 451 ZGB, N 21; EPINEY, Datenschutzrechtliche Grundsätze und Garantien, in: BELSER/EPINEY/WALDMANN (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, 516; BGE 128 II 311, E. 8.

4 Vgl. EPINEY (Fn. 3), 510 ff.

5 EPINEY (Fn. 3), 516 f. m.w.H.; in der Tendenz auch, MEIER, Protection des données: fondements, principes généraux et droit privé, Bern 2011, N 631; Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413 ff., 444: «Neben den in den Buchstaben c–h erwähnten Fällen gibt es in vielen andern Erlassen ebenfalls spezifische Informationsbearbeitungs- und Datenschutzregelungen. Stehen diese im Widerspruch zum allgemeinen Datenschutzgesetz, muss der Rechtsanwender entscheiden, wie die betreffende Normenkonkurrenz aufzulösen ist. Dabei hat er nach den allgemeinen Auslegungsregeln vorzugehen. Im Allgemeinen wird dies bedeuten, dass das Datenschutzgesetz Vorrang vor andern Datenbearbeitungsvorschriften hat, weil es als <Querschnittsgesetz> grundsätzlich für alle privaten und öffentlichen Informationstätigkeiten gilt. Wenn aber das Spezialrecht strengere Datenschutznormen oder eine in sich geschlossene Datenschutzkonzeption enthält, gehen diese Bestimmungen ausnahmsweise jenen des allgemeinen Datenschutzgesetzes vor.»; relativierend GÄCHTER/EGLI, Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe, Jusletter 6.9.2010, N 279 f. m.w.H.

6 EPINEY (Fn. 3), 511; MEIER (Fn. 5), N 628.

7 Vgl. auch Art. 37 Abs. 1 DSG, wonach für Kantone, welche keine ausreichenden datenschutzrechtlichen Grundlagen haben, die Grundsätze des Bundesdatenschutzgesetzes anwendbar sind. FamKomm Erwachsenenschutz/COTTIER/HASSLER, Art. 451 ZGB, N 19.

weisen in Bezug auf Datenaustausche im erstinstanzlichen Verfahren zumeist wiederum auf die kantonalen Datenschutzgesetze.⁸

Sind keine kantonalen Bestimmungen anwendbar, sondern Bundesrecht, so ist zunächst die Zivilprozessordnung⁹ beizuziehen.

2. Bundesdatenschutzgesetz oder kantonales Datenschutzgesetz?

Die Organisation der KESB, der gerichtlichen Beschwerdeinstanzen und der Aufsicht ist gemäss Art. 122 Abs. 2 BV grundsätzlich Sache der Kantone. In Bezug auf die Frage der Anwendbarkeit des Bundes- oder des jeweiligen kantonalen Datenschutzgesetzes gelangt das jeweilige kantonale Datenschutzgesetz für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und die (privaten) Mandatsträger bzw. -trägerinnen zur Anwendung, da die Erfüllung einer Bundesaufgabe und der Vollzug von Bundesrecht allein ein kantonales Organ nicht zu einem Bundesorgan machen.¹⁰ Damit dürften die hier behandelten Normen auch im Lichte des kantonalen Datenschutzgesetzes¹¹ auszulegen sein.

III. Melderechte und Meldepflichten

1. Melderechte bzw. Meldepflichten im Kindes- und Erwachsenenschutz

Aufgrund der *Offizialmaxime*¹² muss die KESB unabhängig von einem Antrag tätig werden, sobald sie Anhaltspunkte für eine Schutzbedürftigkeit einer Person hat. Sie ist aber in der Regel auf Meldungen von (unbeteiligten) Dritten angewiesen. Insofern dienen die Melderechte bzw. die Meldepflichten der Verwirklichung des materiellen Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes.¹³ Ein Melderecht ist eine Befugnis, eine rechtserhebliche Tatsache – hier der KESB – mitzuteilen.¹⁴ Die Meldepflicht

8 Vgl. die Übersicht bei WALDMANN/OESCHGER, Datenbearbeitung durch kantonale Organe, in: BELSER/EPINEY/WALDMANN (Hrsg.) (Fn. 3), 798 f. m.w.H.

9 Zur ungleichen Ausgangslage von ZPO und Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren: STECK, Art. 450f ZGB, N 7 ff., in: ROSCH/BÜCHLER/JAKOB (Hrsg.) (Fn. 1).

10 Vgl. BGE 122 I 153 E. 2c/d; BGer, 28.11.2011, 6B_4/2011, E. 2.5; BELSER, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: BELSER/EPINEY/WALDMANN (Hrsg.) (Fn. 3), 314 ff.; MEIER (Fn. 5), 223 FN 570; FamKomm Erwachsenenschutz/COTTIER/HASSLER, Art. 451 ZGB, N 18; ELSENER, Das Vormundschaftsgeheimnis, Die Schweigepflicht der vormundschaftlichen Organe und Hilfsorgane, Zürich 1993, 109.

11 Siehe oben 1.

12 Vgl. Art. 446 Abs. 3 ZGB.

13 BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 4; Orell Füssli Kommentar ZGB/FASSBIND, Art. 443 ZGB, N 2.

14 Vgl. BernerKomm/SCHNYDER/MURER, Art. 373 ZGB, N 83; ROSCH, Art. 443 ZGB, N 2 f., in: ROSCH/BÜCHLER/JAKOB (Hrsg.) (Fn. 1),

ist demgegenüber die Verpflichtung, eine solche Mitteilung zu machen. Aufgrund der *Offizialmaxime* im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und im Unterschied zum Antragsrecht¹⁵ bedarf es beim Melderecht bzw. bei der Meldepflicht nicht der Urteilsfähigkeit¹⁶ und auch anonyme Meldungen sind zu prüfen.¹⁷ Ferner dürfen an die Meldung keine besonderen Voraussetzungen, insb. Formvorschriften, geknüpft werden.¹⁸ Gerade Meldepflichten sind nicht unproblematisch in Bereichen, in denen der Erfolg der Zusammenarbeit entscheidend von einem Vertrauensverhältnis abhängig ist. Dies gilt für weite Bereiche der Sozialen Arbeit, der Psychologie, der Pädagogik sowie der Medizin. Hilfsbedürftige Personen offenbaren ihre Schwierigkeiten oftmals gerade weil der Inhalt des Gesprächs vertraulich behandelt wird. Diese Vertraulichkeit bzw. Intimitätszusicherung ist Basis für das Vertrauen und damit für eine erfolgreiche Zusammenarbeit zu Gunsten der Klientschaft.¹⁹ Meldepflichten können da kontraproduktiv wirken und dem eigentlichen Ziel, nämlich der Verwirklichung des Schutzes von hilfsbedürftigen Personen, zuwiderlaufen.²⁰

Die Verletzung von Melderechten und -pflichten ist nicht strafbar. Die Kantone können aber Sanktionen bzw. disziplinarrechtliche Massnahmen vorsehen. Daneben kann auch ein Unterlassungsdelikt vorliegen bzw. kann eine Verletzung Haftungsansprüche gemäss kantonalem Staatshaftungsrecht auslösen.²¹

2. *Melderechte bzw. Meldepflichten und Schweigepflichten*

Mit einer Meldung an die KESB werden regelmässig (hoch-)sensible bzw. besonders schützenswerte Daten weitergegeben. Damit stellt sich auch die Frage des Verhältnisses der Melderechte und -pflichten des Kindes- und Erwachsenenschutzes zu den auf Bundesebene und kantonaler Ebene statuierten Schweigepflichten. Hierzu zählen insbesondere das Amtsgeheimnis,²² das Berufsgeheimnis,²³ spezialgesetzliche Schweigepflichten wie das Kindes- und Erwachsenenschutzgeheimnis,²⁴ kantonale Schweigepflichten der Sozialhilfe, des Schulrechts, personalrechtliche Schwei-

15 Vgl. das Verhältnis zum Antragsrecht, ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 2; BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 6.

16 HENKEL, Die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 rev. ZGB, Zürich 1977, 199; ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 2.

17 BernerKomm/SCHNYDER/MURER, Art. 373 ZGB, N 83; ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 2.

18 Orell Füssli Kommentar ZGB/FASSBIND, Art. 443 ZGB, N 2.

19 ROSCH (Fn. 3), 50 ff.; ROSCH, Menschenrechte und Datenschutz in der Sozialen Arbeit, in: KIRCHSCHLÄGER/KIRCHSCHLÄGER (Hrsg.), Menschenrechte und Digitalisierung des Alltags, Internationales Menschenrechtsforum Luzern, Bd. VII, Bern 2011, 262 ff.

20 BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 14.

21 BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 28 f.

22 Art. 320 StGB.

23 Art. 321 StGB.

24 Art. 413 Abs. 2 ZGB.

gepflichten etc. Diese Schweigepflichten gelten nicht absolut und können durchbrochen werden, wenn die betroffene Person einwilligt, eine besondere gesetzliche Grundlage die Durchbrechung vorsieht oder andere Interessen, z.B. höherrangige Güter wie Leib und Leben, das Interesse an der Schweigepflicht überwiegen.²⁵ Melderechte und Meldepflichten sind gesetzlich explizit vorgesehen und erlauben somit grundsätzlich, auch sensible bzw. besonders schützenswerte Daten auszutauschen. Nicht einer solchen Meldepflicht bzw. einem solchen Melderecht unterstehen regelmässig Personen, die unter einer besonderen Schweigepflicht stehen wie unter dem Berufsgeheimnis oder unter derjenigen des Opferhilfegesetzes.²⁶ Wo demgegenüber keine derartige besondere Schweigepflicht vorliegt, sind im Grundsatz bei einem Melderecht die Interessen an der Meldung bzw. an der Schweigepflicht im Rahmen einer umfassenden Güterabwägung gegeneinander abzuwägen.²⁷ Massgeblich ist das pflichtgemässe Ermessen.

3. *Das Melderecht nach Art. 443 Abs. 1 ZGB*

Gemäss Art. 443 Abs. 1 ZGB kann jede Person der Erwachsenenschutzbehörde eine Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint, wobei die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis vorbehalten bleiben. Wer eine solche Meldung erstattet, verletzt im Grundsatz das Datenschutzrecht nicht.²⁸ Die Meldung ist, wie aufgezeigt, an keine Formvorschrift geknüpft, sie muss die Mitteilung einer rechts-erheblichen Tatsache beinhalten, aber keinen Antrag im Sinne einer Handlungsaufforderung zur Errichtung einer konkreten Massnahme. Die rechtserhebliche Tatsache beinhaltet, dass eine Person als hilfsbedürftig erscheint. Es muss seitens der meldenden Person nicht überprüft werden, ob die Person tatsächlich im Sinne des Erwachsenenschutzrechtes hilfsbedürftig ist. Die Abklärung ist Sache der KESB. Es geht vielmehr um Wahrnehmungen und Einschätzungen, welche Personen aufgrund von Äusserungen oder Verhaltensweisen in Bezug auf ihre persönlichen oder finanziellen Angelegenheiten als gefährdet wirken, sodass sie der Unterstützung, der Hilfe oder des Schutzes Dritter bzw. des Staates bedürfen.²⁹ Wer demgegenüber eine Meldung mutwillig oder wider besseren Wissens macht, erfüllt gegebenenfalls den straf-

25 Vgl. auch die Formulierung zu Art. 451 Abs. 1 ZGB.

26 Art. 11 Abs. 1 OHG.

27 Vgl. BaslerKomm Erwachsenenschutz/GEISER, Art. 451 ZGB, N 20; ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 4, ROSCH (Fn. 3), 64 ff., 126; BernerKomm/SCHNYDER/MURER, Art. 360 ZGB, N 147.

28 Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl. 2010, N 19.80; BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 8.

29 ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 3; BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 9.

rechtlichen Tatbestand der Ehrverletzung (Art. 173 ff. StGB); unter Umständen kann das Verhalten zusätzlich zu Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen führen.³⁰

Wer ein Melderecht hat, handelt nicht rechtswidrig, wenn er es geltend macht. Er ist in Bezug auf eine Amtsgeheimnisverletzung gemäss Art. 320 StGB durch Art. 14 StGB geschützt.³¹ Der Gesetzestext von Art. 443 Abs. 1 ZGB weist ferner darauf hin, dass die Vorschriften über das Berufsgeheimnis dem Melderecht vorgehen. Damit sind m.E. ausschliesslich die Bestimmungen von Art. 321 und Art. 321^{bis} StGB gemeint.³² Wo weitere Schweigepflichten im kantonalen Recht bestehen, geht Art. 443 Abs. 1 ZGB vor; dies gilt in aller Regel auch für weitere Schweigepflichten des Privatrechts. Gemäss Art. 321 Ziff. 3 StGB sind beim Berufsgeheimnis die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehalten. Damit ist zugleich gesagt, dass solche Meldepflichten dem Berufsgeheimnis vorgehen, es sei denn, diese selbst behalten wiederum das Berufsgeheimnis vor, wie dies Art. 443 Abs. 1 ZGB explizit vorsieht. Eine allgemeine bundesrechtliche Meldepflicht an die KESB kennt das geltende Recht nicht.³³ Demgegenüber besteht im geltenden Recht im Rahmen von Art. 364 StGB ein Mitteilungsrecht bei Straftaten gegen Minderjährige oder aber, im Rahmen von Art. 453 Abs. 2 ZGB, ein Mitteilungsrecht aufgrund der Zusammenarbeitspflicht in besonderen Gefahrensituationen. Damit entfällt für Personen unter Berufsgeheimnis bei Art. 453 Abs. 2 ZGB und Art. 364 StGB per Gesetz die Pflicht, eine Entbindung vom Berufsgeheimnis einzuholen.

Der Vorbehalt des Berufsgeheimnisses in Art. 443 Abs. 1 ZGB hat zur Folge, dass Träger bzw. Trägerinnen des Berufsgeheimnisses im Grundsatz nicht berechtigt sind, eine Meldung an die KESB zu machen. Sie müssen sich zunächst vom Berufsgeheimnis entbinden lassen, sei dies durch die Einwilligung des bzw. der Berechtigten oder durch eine schriftliche Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde.³⁴ Vorbehalten sind jeweils Rechtfertigungsgründe wie Pflichtenkollision oder Notstandssituationen.

30 ROSCH, in: ROSCH/BÜCHLER/JAKOB (Hrsg.) (Fn. 1), Art. 443 ZGB, N 3; BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 9.

31 BaslerKomm Strafrecht/OBERHOLZER, Art. 320 StGB, N 11, 13; STRATENWERTH/BOMMER, Besonderer Teil Bd. II: Straftaten gegen Gemeininteressen, Bern 2008, § 59 Rz. 11; Orell Füssli Kommentar ZGB/FASSBIND, Art. 443 ZGB, N 2; ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 3.

32 Botschaft zur Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. 6. 2006, BBl 2006, 7001, 7076; ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 3; MEIER/LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Berne 2011, N 101; CHK/STECK, Art. 443 ZGB, N 3 a.M. BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 10, der auch Vorschriften des öffentlichen oder privaten Rechts unter Art. 443 Abs. 1 Satz 2 ZGB subsumiert.

33 BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 14, 16 m.w.H.; vgl. aber unten zur Motion Aubert 4. d).

34 Vgl. Art. 321 Ziff. 2 StGB.

Wer nun aufgrund von Art. 443 Abs. 1 ZGB ein Melderecht hat oder vom Berufsgeheimnis entbunden wurde, ist nicht automatisch verpflichtet, eine Meldung an die KESB zu erstatten. Vielmehr liegt es in seinem bzw. ihrem pflichtgemässen Ermessen, ob eine Meldung an die Behörde ergeht.³⁵ Im Einzelfall sind im Rahmen einer umfassenden Güterabwägung die Interessen am Geheimnisschutz (Amtsgeheimnis, kantonale rechtliche Schweigepflicht etc.) mit den Interessen, eine Meldung zu erstatten, gegeneinander abzuwägen.

4. Die Meldepflicht nach Art. 443 Abs. 2 ZGB

Art. 443 Abs. 2 ZGB sieht vor, dass Personen in amtlicher Tätigkeit eine Meldung an die KESB erstatten müssen, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint. Zusätzlich können die Kantone weitere Meldepflichten vorsehen. Damit werden die bisherigen Meldepflichten im Vormundschaftsrecht³⁶ durch eine allgemeine Meldepflicht ersetzt bzw. die bestehenden Meldepflichten³⁷ durch Art. 443 Abs. 2 ZGB ergänzt.

a) «in amtlicher Tätigkeit»

Der Begriff der amtlichen Tätigkeit ist gemäss der Botschaft weit auszulegen. Darunter fällt die «Tätigkeit jeder Person, die öffentlich-rechtliche Befugnisse ausübt, auch wenn sie zum Gemeinwesen nicht in einem Beamten- oder Angestelltenverhältnis steht».³⁸ Es geht somit im Kern um Träger bzw. Trägerinnen öffentlich-rechtlicher Aufgaben, unabhängig der organisatorischen Ausgestaltung im Einzelfall und damit unabhängig davon, ob es sich um ausgelagerte oder privatisierte Dienste bzw. Teile der Zentralverwaltung handelt.³⁹ Meldepflichtig sind somit sämtliche Personen, die dem Gemeinwesen obliegende öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen.⁴⁰ Zudem muss die Wahrnehmung, dass jemand schutzbedürftig erscheint, der meldepflichtigen Person in amtlicher Tätigkeit und somit nicht als Privatperson zur Kenntnis gelangen.⁴¹ Wer aber eine entsprechende Situation als Privatperson wahrnimmt, hat ein Melderecht gemäss Art. 443 Abs. 1 ZGB.⁴² Der Meldepflicht gemäss Art. 443

35 BaslerKomm Strafrecht/OBERHOLZER, Art. 321 StGB, N 20; vgl. BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 12 m.w.H.

36 Art. 368 Abs. 2, Art. 369 Abs. 2, Art. 371 Abs. 2 geltendes ZGB.

37 Insbesondere Art. 75, 302 StPO, Art. 69 Abs. 2 ZPO, Art. 397a OR.

38 Botschaft Erwachsenenschutz (Fn. 32), 7001, 7076.

39 Vgl. ausführlich: BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 20 m.w.H.

40 SCHMID, Erwachsenenschutz-Kommentar, Zürich 2010, Art. 443 ZGB, N 6; ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 6; vgl. im Strafrecht: STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 31), § 57 N 5: «Erfüllung einer dem Gemeinwesen zukommenden öffentlich-rechtlichen Aufgabe».

41 BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 20.

42 ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 6.

Abs. 2 ZGB unterstehen unter anderem Mandatsträger bzw. -trägerinnen,⁴³ Mitglieder von anderen KESB, Schulbehörden, Lehrpersonen, Amtsärzte und -ärztinnen, Ärzte bzw. Ärztinnen,⁴⁴ die zuständig sind für eine fürsorgliche Unterbringung etc.

In Bezug auf sog. freiwillige soziale Dienstleistungserbringer ist im Einzelfall zu prüfen, ob sie dem Gemeinwesen obliegende öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen. Diese Prüfung betrifft gerade auch traditionell privatrechtlich organisierte Dienstleistungsorganisationen, wie Pro Infirmis, Pro Senectute, Krebsliga etc. Es geht um die Frage, ob der Staat eine bestimmte (Vollzugs-)Aufgabe einer Organisation übertragen hat, m.a.W. um die Beleihung an Private.⁴⁵ Für die Sozialberatung der Pro Infirmis sieht dies z.B. wie folgt aus: Der Bund unterstützt gemäss Art. 112c Abs. 2 BV gesamtschweizerische Bestrebungen zu Gunsten Behinderter und Betagter. Dementsprechend gewährt er gemäss Art. 74 IVG sprachregional oder national tätigen gemeinnützigen Organisationen Beiträge an die Kosten der Durchführung bestimmter Aufgaben, u.a. der Beratung invalider Menschen. Die Pro Infirmis erhält m.a.W. finanzielle Leistungen, wenn sie Beratungsangebote wahrnimmt. Eine Subventionierung alleine vermag aber keine Erfüllung einer dem Gemeinwesen obliegenden öffentlich-rechtlichen Aufgabe zu begründen. Deshalb unterstehen die Sozialberater bzw. -beraterinnen der Pro Infirmis nicht der Meldepflicht gemäss Art. 443 ZGB, sie handeln nicht in amtlicher Tätigkeit.

Anders könnte es je nach kantonalem Gesetz bei Spitex-Diensten aussehen. Hier umschreibt die BV in Art. 112c Abs. 1 BV eine kantonale Aufgabe. Die Kantone haben sodann verpflichtend für ein entsprechendes Angebot besorgt zu sein. Es besteht hier in der Regel eine Steuerungsbeziehung in Bezug auf Betreuungsaufgaben zwischen Staat und zumeist privaten Spitex-Dienstleistungen, weshalb regelmässig von einer «amtlichen Tätigkeit» im Sinne des Art. 443 ZGB auszugehen ist.⁴⁶

b) Koordination mit anderen Schweigepflichten

Wer amtliche Tätigkeiten erfüllt, kann aber zusätzlich Träger bzw. Trägerin einer (besonderen) Schweigepflicht sein, wie z.B. des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB, des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 320 StGB, der Schweigepflicht

43 Damit gehören auch die privaten Mandatsträger und Mandatsträgerinnen dazu, welche bisher aufgrund der herrschenden Lehre und Rechtsprechung nicht unter die Legaldefinition von Art. 110 Ziff. 3 StGB subsumiert wurden und somit nicht Träger und Trägerinnen des Amtsgeheimnisses waren (vgl. BaslerKomm Strafrecht/OBERHOLZER, Art. 320 StGB, N 6, BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 24 m.w.H., ROSCH (Fn. 3), 63, FN 178; ROSCH (Fn 14), Art. 443 ZGB, N 6.

44 Siehe aber sogleich zur Koordination mit anderen Schweigepflichten: 4. b).

45 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 1512 ff.

46 Ebenso: WALDMANN/OESCHGER (Fn. 8), 790 f.

im Rahmen der Opferhilfe gemäss Art. 11 Abs. 1 OHG oder kantonaler Schweigepflichten in Spezialgesetzen (Sozialhilfe, Personalrecht etc.). In Bezug auf das *Amtsgeheimnis* gemäss Art. 320 StGB gilt Folgendes: Die offene Umschreibung der Adressaten bzw. Adressatinnen der Meldepflicht hat zur Folge, dass sich der Adressatenkreis von Art. 443 Abs. 2 ZGB nicht mit demjenigen des Amtsgeheimnisses deckt. So unterstehen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung insb. Personen, die auf privater Basis öffentliche Aufgaben wahrnehmen, nicht dem Amtsgeheimnis.⁴⁷ Dementsprechend kann Art. 443 Abs. 2 ZGB auch nicht als Spezialnorm zum Amtsgeheimnis verstanden werden. Soweit eine Person aber zugleich dem Amtsgeheimnis untersteht, ist ihr Handeln in aller Regel gemäss Art. 14 StGB gerechtfertigt, wenn sie eine Meldung aufgrund von Art. 443 Abs. 2 ZGB vornimmt.⁴⁸ Art. 14 StGB stellt zudem lediglich einen Rechtfertigungsgrund dar, womit weiterhin der Tatbestand der Amtsgeheimnisverletzung erfüllt ist. Damit könnte man argumentieren, dass eine Meldepflicht und eine entsprechende Schweigepflicht miteinander kollidieren. Wenn sich die Person aber für eine Meldepflicht entscheidet, handelt diese aber nicht rechtswidrig. Damit stünden Schweigepflicht und Meldepflicht auf derselben Stufe und müssten gegeneinander abgewogen werden, was einer Pflichtenkollision nahekommt.⁴⁹

Demgegenüber war es wohl das Bestreben des Gesetzgebers, mit der allgemeinen Meldepflicht das allgemeine Amtsgeheimnis zu durchbrechen.⁵⁰ Diese Wertung dürfte nicht nur für das allgemeine Amtsgeheimnis gemäss Art. 320 StGB, sondern auch für *allgemeine* kantonale Schweigepflichten gelten.⁵¹ Gleiches gilt für Personen, die ausschliesslich einer berufsethischen Schweigepflicht unterstehen. Anders aber ist die Ausgangslage dort, wo eine besondere Schweigepflicht vorliegt, wie das Berufsgeheimnis, die Schweigepflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 OHG, die Schweigepflicht gemäss Art. 33 ATSG⁵² oder das Kindes- und Erwachsenenschutzgeheimnis^{53, 54}

47 BaslerKomm Strafrecht/OBERHOLZER, Art. 320 StGB, N 5.

48 ROSCH (Fn 14), Art. 443 ZGB, N 7, 4; zum selben Ergebnis kommt de facto: BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 23, der Art. 443 Abs. 2 ZGB grundsätzlich vorgehen lässt.

49 Vgl. hierzu auch Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO, wonach z.T. Träger/innen des Berufsgeheimnisses trotz Anzeigepflicht die Möglichkeit haben, glaubhaft zu machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Es obliegt aber hier dem Gericht und nicht dem/der Träger/in, die Abwägung vorzunehmen.

50 So auch BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 23; BaslerKomm StPO/SAXER, Art. 75 StPO, N 5; Orell Füssli Kommentar ZGB/FASSBIND, Art. 443 ZGB, N 3; ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 4, 7.

51 Vgl. ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 8.

52 GÄCHTER/EGLI, Jusletter 6.9.2012, N 239.

53 Vgl. Art. 451 ZGB, N 1 i.f.

54 Dies entspricht auch der Wertung diverser Datenschutzgesetze, wo der Datenaustausch an besonderen Schweigepflichten seine Grenze findet, z.B. § 9 f. DSG-LU, § 8 DSG-BL, Art. 14 Abs. 2 DSG-BE.

Durch diese besonderen Schweigepflichten *kann* die Meldepflicht gemäss Art. 443 Abs. 2 ZGB eingeschränkt werden.⁵⁵ Es ist aber auch hier im Einzelfall zu prüfen, ob die besondere Schweigepflicht der Meldepflicht gemäss Art. 443 Abs. 2 ZGB vorgeht.⁵⁶ Zunächst einmal kann das Gesetz selber eine Lösung vorsehen, wie z.B. beim Berufsgeheimnis in Art. 321 Ziff. 2 und Ziff. 3 StGB. Danach ist mittels Auslegung zu bestimmen, welche Norm vorgeht bzw. ob eine Lücke im Gesetz vorhanden ist, damit Normenkollisionen abgewendet werden können. Hier ist insbesondere auch zu prüfen, ob Bundesrecht kantonalem Recht vorgeht oder ob eine Norm eine speziellere Regelung beinhaltet. Findet sich keine Lösung durch Auslegung, gelten die Regeln der Pflichtenkollision. Es sind somit die beiden kollidierenden Normen im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung gegeneinander abzuwägen. Es gilt derjenigen Pflicht nachzukommen, die insb. in Bezug auf den Rang des Rechtsgutes, die Schwere des Eingriffs und die Grösse der Gefahr als gewichtigere Pflicht eingestuft wird.⁵⁷ Dementsprechend⁵⁸ beschränken das Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB⁵⁹ und die Schweigepflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 OHG die Meldepflicht gemäss Art. 443 ZGB. Anders dürften Personen, die unter die Schweigepflicht gemäss Art. 33 ATSG fallen, trotzdem verpflichtet sein, eine Meldung gemäss Art. 443 ZGB an die KESB zu machen.

c) Eine Person, die hilfsbedürftig erscheint

Wie bereits oben aufgezeigt, bedarf es für die Meldepflicht der Wahrnehmung einer rechtserheblichen Tatsache. Eine Person muss als hilfsbedürftig erscheinen. Das heisst wie erwähnt, dass die unter Meldepflicht stehende Person nicht nachweisen muss, ob eine Person tatsächlich hilfsbedürftig ist. Bestehen Anzeichen für eine konkrete Hilfsbedürftigkeit, so ist die Person zur Meldung verpflichtet. Es ist aber Aufgabe der unter Meldepflicht stehenden Person, zu ermitteln, ob die Person effektiv auch derart schutzbedürftig erscheint, dass die KESB tätig werden muss.⁶⁰ Soweit beispielsweise im Rahmen der Sozialhilfe eine Sozialarbeiterin erkennt, dass ein alleinerziehender Vater seine Kinder vernachlässigt, die Sozialarbeiterin aber aufgrund ihrer Interventionen davon ausgehen darf, dass diese Kindeswohlgefährdung behoben werden kann, gibt es keinen Anlass für eine Meldung an die KESB. Gleiches gilt

55 So für das Berufsgeheimnis: BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 25; a.M. Orell Füssli Kommentar ZGB/FASSBIND, Art. 443 ZGB, N 3.

56 Es geht somit um eine inhaltliche Prüfung, ob eine besondere Schweigepflicht im Einzelfall der Meldepflicht vorgeht. Hintergrund davon ist, dass die Subsumtion von Schweigepflichten unter den Begriff der «besonderen Schweigepflichten» deklaratorischer Natur ist.

57 ROSCH (Fn. 3), 70, 121 ff., 124 ff., ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 7.

58 Eine genaue Auslegung dieser Normen würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen.

59 Vgl. Fn. 55.

60 Vgl. auch die ähnliche Formulierung bei CHK/STECK, Art. 443 ZGB, N 4.

für den Fall einer Lehrperson, welche feststellt, dass eine Schülerin Essstörungen hat und sich Selbstverletzungen zufügt. Es ist ausreichend, dass hier allenfalls der Schulpsychologische Dienst oder weitere Beratungsstellen in Absprache mit den Eltern eingeschaltet werden, welche die Kindeswohlgefährdungen angehen. Die Auslegung, inwiefern eine Person schutzbedürftig erscheint, obliegt somit der meldenden Fachperson.⁶¹ Damit trägt der Gesetzgeber auch dem Dilemma Rechnung, dass Meldepflichten sich im Einzelfall kontraproduktiv auswirken können.⁶²

d) Chance und Herausforderung der Motion Aubert

Die per 1. Januar 2013 in Kraft tretende Meldepflicht gemäss Art. 443 Abs. 2 ZGB wird zurzeit aufgrund einer Motion bereits revidiert. Hintergrund ist die im Dezember 2008 eingereichte Motion von Josiane Aubert «Schutz des Kindes vor Misshandlung und sexuellem Missbrauch».⁶³ Aufgrund eines Vorschlages des Bundesrates wurde die Motion modifiziert dem Bundesrat überwiesen mit dem Auftrag, eine allgemeine Meldepflicht gegenüber der Kindesschutzbehörde mit gewissen klar umschriebenen Ausnahmen in allen Schweizer Kantonen einzuführen. Ausgehend vom oben erwähnten Dilemma zwischen Vertrauensverhältnis und Meldepflicht ermöglicht die Motion eine einheitliche Regelung auf Bundesebene. Sinnvollerweise dürfte aber die Regelung nicht starre Meldepflichten vorsehen, sondern vielmehr wiederum dem Meldenden die sich widerstreitenden Interessen im Einzelfall zur Abwägung bzw. zur Auslegung überlassen. Wünschenswert wäre eine Regelung, welche alle unter einem strafrechtlich und bzw. oder berufsethisch geschützten Berufsgeheimnis stehenden Personen ermächtigt, nach einer Interessenabwägung im Einzelfall Meldung erstatten zu können, ohne sich vorgängig vom Berufs- und bzw. oder Amtsgeheimnis entbinden zu müssen.⁶⁴ Gleichzeitig wäre zu prüfen, ob nicht die im Rahmen von Art. 302 Abs. 2 StPO bestehende Möglichkeit, auf Bundesebene Anzeigepflichten zu statuieren, genutzt werden könnte. Es wäre die Chance, die Anzeigepflicht von Behörden und Mandatsträger bzw. -trägerinnen an die Strafverfolgungsbehörden auf Bundesebene klar und abschliessend zu regeln.

Gemäss Auskunft des Bundesamtes für Justiz ist ein erster Entwurf nicht vor Ende 2012 zu erwarten.

61 ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 7; vgl. demgegenüber enger BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB, N 22.

62 Vgl. oben 1.

63 Motion 08.3790, AmtlBull StR 2010, 1025.

64 ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 1; vgl. auch für die ZPO im Rahmen von Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO die Ausführungen bei BRACHER, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess, Basel 2010, 161 f.

5. Melderechte bzw. Meldepflichten in den kantonalen Ausführungsbestimmungen

Zu guter Letzt ermöglicht Art. 443 Abs. 2 ZGB, dass die Kantone weitere Meldepflichten vorsehen können. Die Meldepflicht gemäss Art. 443 Abs. 2 1. Satz ist als Mindestvorschrift zu verstehen.⁶⁵ Damit dürften kantonale Meldepflichten aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) dem Sinn und Zweck von Art. 443 ZGB nicht entgegenstehen.⁶⁶ Die rechtsanwendende Instanz hat sich an die Wertungen des Bundesgesetzgebers zu halten. Wenn Anzeigepflichten somit als unverhältnismässig erscheinen, kann und muss sich die betroffene Person darüber hinwegsetzen.⁶⁷ Die Wertentscheidung des Gesetzgebers im Sinne eines austarierten Systems der Berücksichtigung der entsprechenden Interessen im Einzelfall ist für kantonale Bestimmungen verbindlich. Die Kantone können somit insbesondere andere Personen unter die Meldepflicht stellen.⁶⁸ Das haben die Kantone durchaus auch getan, wie die nachfolgende Liste aufzeigt:

Übersicht Meldepflichten und Melderechte an die KESB (Ausführungsbestimmungen zum KESR, inkl. kantonalen Schulrechts)

AG

Meldepflicht Keine zusätzliche im Einführungserlass KESR

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

§ 37 Schulgesetz:

² Bei vorsätzlichem unentschuldigtem Fernhalten des Kinds von der Schule bis höchstens drei Schultage werden die Eltern beziehungsweise Pflegeeltern von der Schulpflege gemahnt und im Wiederholungsfall mit einer Busse bestraft.

³ Wenn das Fernhalten gemäss Absatz 2 länger als drei Schultage dauert, erstattet die Schulpflege von Amtes wegen Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft für die Bezirke und nötigenfalls Meldung an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 307 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907. Die Eltern beziehungsweise Pflegeeltern sind mit einer Busse von mindestens Fr. 600.– bis höchstens Fr. 1000.–, im Wiederholungsfall mit einer Busse von mindestens Fr. 1000.– bis höchstens Fr. 2000.–, zu bestrafen.

65 Botschaft Erwachsenenschutz (Fn. 32), 7001, 7076.

66 ROSCH (Fn. 14), Art. 443 ZGB, N 8.

67 BaslerKomm Erwachsenenschutz/GEISER, Art. 451 ZGB, N 20 m.w.H.; ROSCH (Fn. 14), Art. 451 ZGB, N 3.

68 Botschaft Erwachsenenschutz (Fn. 32), 7001, 7076.

AI

- Meldepflicht* Art. 21 Einführungserlass KESR
¹ Erfahren Behördenmitglieder, Beamte und Angestellte des Kantons, der Bezirke und der Gemeinden sowie Ärzte in ihrer beruflichen Tätigkeit, dass eine Person hilfsbedürftig erscheint, sind sie gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde meldepflichtig (Art. 443 Abs. 2 ZGB).
² Sie sind im Rahmen der gesetzlichen Meldepflicht vom Amts- oder Berufsgeheimnis befreit.
- Art. 27 Schulgesetz
 Massnahmen
³ Vorbehalten bleibt der Besuch einer besonderen Unterrichts- und Betreuungsstätte. In diesem Fall benachrichtigt der Schulrat die Vormundschaftsbehörde. Diese verfügt, ob der Schüler nach den Vorschriften des ZGB über den Kinderschutz und die fürsorgliche Freiheitsentziehung in besondere Unterrichts- und Betreuungsstätten eintreten muss. Der Besuch einer solchen Stätte wird an die Schulpflicht angerechnet.
- Art. 51b Schulgesetz betr. Sonderschulplatzierung:
⁴ Bei Internatsplatzierungen wird mit der Kostengutsprache der Platzierungsbedarf festgestellt. Veranlassen die Erziehungsberechtigten keine entsprechende Platzierung, wird die Vormundschaftsbehörde informiert.
- Art. 7 Schulverordnung:
¹ Der Schulrat kann als Disziplinar-massnahmen verfügen:
 e) Ausschluss von der Schule mit Benachrichtigung der Vormundschaftsbehörde.

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

AR

- Meldepflicht* Art. 48 Meldepflicht/Einführungserlass KESR
¹ Wer in amtlicher Tätigkeit von der Hilfsbedürftigkeit einer Person Kenntnis erhält, ist verpflichtet, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Meldung zu erstatten (Art. 443 Abs. 2 ZGB). Darüber hinaus meldepflichtig sind Schulleitungen und Lehrpersonen privater Bildungseinrichtungen sowie Gesundheitsfachpersonen, die in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit von der Hilfsbedürftigkeit einer Person Kenntnis erhalten.
- Art. 26 Schulverordnung
² Bei wiederholten Verstössen können in Anwendung von Art. 22 Abs. 3 Schulgesetz Disziplinar-massnahmen und weitergehende Massnahmen getroffen werden, und zwar:
 d) Anordnung erzieherischer oder therapeutischer schulbegleitender Massnahmen durch die Schulkommission nach vorgängiger schriftlicher Verwarnung. Sind die Erziehungsberechtigten mit den Massnahmen nicht einverstanden, werden die Vormundschaftsbehörden informiert;
 e) Antragstellung durch die Schulkommission an die Vormundschaftsbehörde oder Jugendanwaltschaft für entsprechende Massnahmen.

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

BE

Meldepflicht Keine zusätzliche im Einführungserlass KESR

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

Art. 29 Abs. 2 VSG-BE: Mängel in Erziehung und Pflege

² Nötigenfalls benachrichtigt die Schulkommission die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Zum Schutz des Kindes kann in Ausnahmefällen die Benachrichtigung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ohne vorgängige Information der Eltern erfolgen.

BL

Meldepflicht § 67 Melderechte und -pflichten/Einführungserlass KESR

² Personen, die in amtlicher Tätigkeit Kenntnis erhalten von einer hilfsbedürftig erscheinenden volljährigen oder minderjährigen Person, sind zur Meldung an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde verpflichtet.

§ 19a Bildungsgesetz:

¹ Personen, die in einem Anstellungs- oder Auftragsverhältnis an Privatschulen tätig sind, sind zur Meldung an die Kindesschutzbehörde verpflichtet, wenn sie in ihrer beruflichen Tätigkeit Kenntnis erhalten von Schülerinnen und Schülern, die in ihrem Wohl gefährdet sind und für deren Schutz ein behördliches Einschreiten erforderlich erscheint.

² Verstösse gegen die Meldepflicht gemäss Absatz 1 werden mit Busse bestraft.

§ 72 Verordnung Kindergarten/Primarschule/§ 53 Verordnung Sekundarschule

Die Schulleitung kann folgende Massnahmen ergreifen:

d. Androhung des Antrages an den Schulrat auf Schulausschluss bis zu acht Wochen für Schülerinnen und Schüler der Primarschule mit gleichzeitiger Information der Vormundschaftsbehörde.

Melderecht § 67 Melderechte und -pflichten/ Einführungserlass KESR

¹ Jede Person kann der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine volljährige oder minderjährige Person hilfsbedürftig erscheint. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis.

BS*

Meldepflicht § 6 Einführungserlass KESR:

Personen, die in amtlicher Tätigkeit von einer schutzbedürftigen Person erfahren, haben der KESB Meldung zu erstatten. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von subventionierten Betrieben und Institutionen, die im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes tätig sind, unterstehen ebenfalls der Meldepflicht.

§ 146 Schulgesetz Anzeigepflicht

¹ Schulleitung, Lehrerinnen und Lehrer sind verpflichtet, die Vormundschaftsbehörden zu benachrichtigen, wenn Missstände zu ihrer Kenntnis kommen, die ein Einschreiten zum Zwecke des Kinderschutzes oder der Jugendfürsorge erheischen.

§ 61 Schulgesetz:

³ In dringenden Fällen ist die Schulleitung berechtigt, vorsorglich von sich aus die auszuweisende Schülerin oder den auszuweisenden Schüler, unter schriftlicher Meldung an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und die Volksschulleitung bzw. die Schul-

kommission bzw. die zuständige Stelle der Gemeinden, vorläufig vom Schulbesuch auszuschliessen.

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

FR

Meldepflicht/ Melderecht Art. 1 Einführungserlass KESR:
³ In Ergänzung von Artikel 443 Abs. 2 ZGB kann der Staatsrat die Pflicht zur Meldung an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde erweitern. Er kann überdies die betroffenen Personen vom Berufsgeheimnis befreien, damit sie der Behörde Meldung machen können. Des Weiteren koordiniert er die Melderechte und -pflichten im Sinne der Gesetzgebung über den Erwachsenen- und Kinderschutz mit dem Melderecht gemäss der Gesetzgebung über die Betäubungsmittel.

GE*

Meldepflicht Art. 34 LaCC: Requête et signalement de la situation d'un adulte ayant besoin d'aide
¹ Le droit et l'obligation d'aviser le Tribunal de protection de la situation d'un adulte ayant besoin d'aide sont définis à l'article 443 du code civil.
² Le signalement ou la requête doit être adressé au Tribunal de protection par écrit ou par voie électronique à l'adresse de la juridiction et comprendre le nom, le prénom et l'adresse de leur auteur.
³ Le Tribunal de protection n'entre pas en matière sur les signalements et requêtes anonymes, abusifs ou manifestement mal fondés.

Art. 35 LaCC: Signalement d'un mineur en danger dans son développement
² Toute personne qui, dans le cadre de l'exercice d'une profession, d'une charge ou d'une fonction en relation avec les mineurs, qu'elle soit exercée à titre principal, accessoire ou auxiliaire, a connaissance d'une situation d'un mineur dont le développement est menacé, doit la signaler au service de protection des mineurs. Les obligations relatives à la levée du secret professionnel par l'instance compétente demeurent réservées.
³ Sont notamment astreints à l'obligation de faire un signalement auprès du service de protection des mineurs, les membres des autorités scolaires et ecclésiastiques, les professionnels de la santé, les membres du corps enseignant, les intervenants dans le domaine du sport et des activités de loisirs, les employés des communes, les fonctionnaires de police, les travailleurs sociaux, les éducateurs, les psychologues actifs en milieu scolaire et éducatif, les psychomotriciens et les logopédistes.
⁴ Les personnes astreintes à l'obligation de signaler une situation de mineur sont réputées avoir satisfait à cette obligation par le signalement au service de protection des mineurs.
⁵ Le signalement au service de protection des mineurs comprend le nom, le prénom et l'adresse du signalant. Les personnes astreintes à l'obligation de faire un signalement au sens des alinéas 2 et 3 l'adressent par voie écrite ou électronique.
⁶ Le service de protection des mineurs n'entre pas en matière sur les signalements et requêtes anonymes, abusifs, ou manifestement mal fondés.
⁷ Si des mesures de protection de l'enfant s'avèrent nécessaires, le service de protection des mineurs saisit le Tribunal de protection. Demeurent réservées ses interventions dans les cas de péril.
⁸ L'application de l'article 79, alinéa 2, de la présente loi demeure réservée.

- Melderecht* Art. 34 LaCC: Requête et signalement de la situation d'un adulte ayant besoin d'aide
¹ Le droit et l'obligation d'aviser le Tribunal de protection de la situation d'un adulte ayant besoin d'aide sont définis à l'article 443 du code civil.
² Le signalement ou la requête doit être adressé au Tribunal de protection par écrit ou par voie électronique à l'adresse de la juridiction et comprendre le nom, le prénom et l'adresse de leur auteur.
³ Le Tribunal de protection n'entre pas en matière sur les signalements et requêtes anonymes, abusifs ou manifestement mal fondés.
- Art. 35 LaCC: Signalement d'un mineur en danger dans son développement
¹ Toute personne peut signaler au service de protection des mineurs la situation d'un enfant en danger dans son développement.

GL

- Meldepflicht* Art. 69 EG ZGB
 Die Meldepflicht gemäss Artikel 443 Absatz 2 ZGB obliegt auch den Verwandten in gerader Linie wie auch in Seitenlinie ersten und zweiten Grades.
- Art. 53 Bildungsgesetz
¹ Erscheint ein Kind in seinem leiblichen oder geistig-seelischen Wohl gefährdet oder ist es verwaorlost, so sind die Schulorgane verpflichtet, die zu seinem Schutz notwendigen sozialen Vorkehrungen einzuleiten. Die Schulorgane arbeiten dabei mit den gemäss Sozialhilfegesetz zuständigen Stellen zusammen.
² Falls dies im Interesse des Kindes angezeigt erscheint, muss die Schulkommission der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten.
- Melderecht* Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR
- Art. 45 Bildungsgesetz
⁴ Sind die ausgeschlossenen Lernenden noch schulpflichtig, sorgt die Schulkommission dafür, dass die Schulpflicht an einem geeigneten Ort erfüllt werden kann. Im letzten Jahr der Schulpflicht kann die Schulkommission stattdessen für die Vermittlung einer Arbeitsstelle besorgt sein, wenn dies den Interessen des oder der Lernenden besser entspricht. Die Schulkommission teilt ihre Entscheide dem Departement in jedem Fall mit; den zuständigen Stellen in der Sozial- und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde jeweils dann, wenn dies angezeigt erscheint.

GR

- Meldepflicht* Art. 61 Einführungserlass KESR
¹ Fachpersonen aus den Bereichen Medizin, Pflege, Bildung, Erziehung, Betreuung, Sozialberatung und Religion, die in Ausübung ihres Berufes von einer akuten Fremd- oder Eigengefährdung eines Kindes oder einer erwachsenen Person Kenntnis erhalten, sind zur Meldung dieser Gefährdung verpflichtet.
- Art. 14 Schulgesetz:
 Schülerinnen und Schüler, welche trotz Mahnung und Orientierung der Erziehungsberechtigten den Unterricht oder das Unterrichtsklima dauernd belasten, können durch Schulratsbeschluss aufgrund eines schriftlichen Berichtes des zuständigen Schulinspek-

torates und des Schulpsychologischen Dienstes und unter Meldung an die Kinderschutzhilfe vom Unterricht ausgeschlossen werden.

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

JU

Meldepflicht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

Art. 26 EG ZGB:

Le droit d'aviser l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ou l'obligation de l'informer d'une situation dans laquelle un enfant est victime de mauvais traitement, ne reçoit pas les soins ou l'attention commandés par les circonstances, ou dont les intérêts ne sont pas sauvegardés de manière adéquate, se règle conformément aux articles 12 et 13 de la loi sur la politique de la jeunesse.

Art. 13 Loi sur la politique de la jeunesse

¹ Tout agent public cantonal ou communal qui acquiert connaissance, dans l'exercice de ses fonctions, qu'un enfant est victime de mauvais traitements, de quelque nature que ce soit, ou ne reçoit pas les soins et l'attention commandés par les circonstances, est tenu d'en informer l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ou son supérieur hiérarchique à l'intention de cette dernière.

² La même obligation incombe à toute personne qui, à titre professionnel, a des contacts réguliers avec des enfants. Dans les institutions, l'obligation de signaler échoit à la direction, au responsable ou au personnel désigné à cet effet.

³ L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte avise, s'il y a lieu, les autorités de justice pénale.

⁴ Demeurent réservées les règles fédérales et cantonales en matière d'aide aux victimes d'infraction.

Art. 77 Loi scolaire

² Si les parents n'y remédient pas eux-mêmes ou sont hors d'état de le faire, les enseignants et les autorités scolaires dénoncent à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte les menaces qui pèsent sur le développement et la santé des élèves.

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

Art. 12 Loi de la politique de la jeunesse

Toute personne qui constate ou dispose d'éléments fondés pour présumer qu'un enfant est victime de mauvais traitements, de quelque nature que ce soit, ou ne reçoit pas les soins et l'attention commandés par les circonstances, a le droit d'en informer l'autorité tutélaire.

LU

Meldepflicht § 46 Meldungen und Auskünfte/Einführungserlass KESR

² Mitarbeitende des Kantons, der Gemeinden und privater Institutionen in den Bereichen Bildung, Betreuung und Pflege, die in Ausübung ihres Berufes von der Hilfsbedürftigkeit einer erwachsenen Person oder eines Kindes Kenntnis erhalten, sind zur Meldung und Auskunft verpflichtet.

³ Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis.

§ 18 Volksschulbildungsverordnung

³ Der Schulausschluss dauert in der Regel höchstens sechs Schulwochen pro Schuljahr. Über einen vollständigen Ausschluss von mehr als zwei Wochen wird die zuständige Vormundschaftsbehörde informiert.

Melderecht § 46 Meldungen und Auskünfte/Einführungserlass KESR

¹ Jede Person kann der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde oder der Gemeinde Meldung erstatten, wenn eine erwachsene Person oder ein Kind hilfsbedürftig erscheint.

³ Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis.

NE*

Meldepflicht Keine zusätzliche im Einführungserlass KESR

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

NW

Meldepflicht Keine zusätzliche im Einführungserlass KESR

Art. 55 VSG

¹ Verhält sich eine Schülerin oder ein Schüler in einer Weise, dass das eigene Wohl oder dasjenige von anderen Personen gefährdet oder der Schulbetrieb schwerwiegend beeinträchtigt wird, beantragt der Schulrat bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen.

² In dringenden Fällen kann der Schulrat unter Mitteilung an die für die Kindesschutzmassnahmen zuständigen Behörden einen sofortigen Schulausschluss beschliessen und vorsorgliche Massnahmen, insbesondere eine Heimeinweisung, beantragen.

Art. 67 VSG

¹ Für Kinder und Jugendliche im schulpflichtigen Alter wird das Erfordernis einer Sonderschulung von den Eltern, der Lehrperson und der Schulleitung unter Einbezug der Ergebnisse der Abklärungen gemäss Art. 66 gemeinsam festgestellt. Kann keine Einigung erzielt werden, wird das Erfordernis der Förderung in einer Sonderschule durch den Schulrat festgestellt.

² Kann keine Einigung über die Unterbringung in einem Heim erzielt werden, stellt der Schulrat Antrag auf Anordnung der nötigen Kindesschutzmassnahmen.

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

OW

Meldepflicht Art. 22 Melde- und Mitteilungspflichten/Einführungserlass KESR

¹ Neben Personen in amtlicher Tätigkeit sind die Mitarbeitenden von privaten Institutionen in den Bereichen Bildung, Betreuung und Pflege sowie die Arztpersonen und Geistlichen, die in Ausübung ihres Berufes von der Hilfsbedürftigkeit Kenntnis erhalten, zur Meldung verpflichtet.

Art. 8 AB zum Kindes- und Adoptionsrecht

² Lehrer, Geistliche und Beamte sind zur Anzeige verpflichtet, wenn sie in Ausübung ihres Berufes oder Amtes von solchen Pflichtwidrigkeiten Kenntnis erhalten.

Art. 21 Bildungsverordnung

⁶ Verhalten sich Schülerinnen und Schüler sowie Studierende in einer Weise, dass das eigene Wohl oder dasjenige von anderen Personen gefährdet oder der Schulbetrieb schwerwiegend beeinträchtigt wird, so beantragt der Schulrat bzw. das zuständige Amt bei der Vormundschaftsbehörde die Anordnung von Kindes- oder Jugendschutzmassnahmen.

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

Art. 8 AB zum Kindes- und Adoptionsrecht

¹ Jedermann ist berechtigt, Fälle von Misshandlung, Vernachlässigung oder Verwahrlosung von Kindern dem Einwohnergemeinderat der Wohnsitzgemeinde anzuzeigen.

SG

Meldepflicht Keine zusätzliche im Einführungserlass KESR

Art. 38 Volksschulgesetz

Die Eltern sorgen in Zusammenarbeit mit dem Schulrat für die Sonderschulung. Vernachlässigen sie diese Pflicht, so benachrichtigt der Schulrat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.

Art. 50 Volksschulgesetz:

Der Schulrat befreit ein Kind, das durch Unterricht nicht gefördert werden kann, nach Anhören der Schulärztin oder des Schularztes von der Schulpflicht. Er benachrichtigt die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.

Art. 55^{bis} Volksschulgesetz

Der Schulrat kann mit Zustimmung der zuständigen Stelle des Staates für Schülerinnen und Schüler, die von der Schule ausgeschlossen wurden, den Besuch der besonderen Unterrichts- und Betreuungsstätte vorsehen. Er benachrichtigt die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Diese verfügt, ob die Schülerin oder der Schüler nach den Vorschriften des Schweizerischen Zivilgesetzbuches über den Kinderschutz und die fürsorgerische Unterbringung in die besondere Unterrichts- und Betreuungsstätte eintreten muss. Der Besuch wird an die Schulpflicht angerechnet.

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

SH

Meldepflicht Keine zusätzliche im Einführungserlass KESR

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

SO

Meldepflicht § 142 Abs. 1 Einführungserlass KESR

A. Meldepflichten**Art. 443 ZGB**

¹ Wer eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt und im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit von einer hilfsbedürftigen Person erfährt, ist verpflichtet, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Meldung zu erstatten.

§ 24^{ter} Abs. 3 Volksschulgesetz:

³ Der Schulleiter kann folgende Massnahmen ergreifen:

e) teilweiser oder vollständiger Ausschluss vom Unterricht während höchstens zwölf Wochen pro Schuljahr, mit zwingender Benachrichtigung der Kindesschutzbehörde für Schüler, welche durch ihr Verhalten den ordentlichen Schulbetrieb erheblich beeinträchtigen oder das eigene Wohl oder dasjenige von anderen Personen schwerwiegend gefährden. Bei einem Schulausschluss ist es gleichzeitig verboten, sich ohne Genehmigung des Schulleiters auf dem Schulareal aufzuhalten.

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

SZ

Meldepflicht § 29 Melderecht und Meldepflicht/Einführungserlass KESR

² Mitarbeitende des Kantons, der Bezirke und Gemeinden sowie Lehrpersonen und Ärzte, die in Ausübung ihres Berufes von der Hilfsbedürftigkeit Kenntnis erhalten, sind zur Meldung verpflichtet, sofern mit anderen Massnahmen keine Abhilfe geschaffen werden kann.

§ 41 Abs. 3 Verordnung über die Volksschule:

Die Kindesschutzbehörde ist über Disziplinarmassnahmen gemäss § 39 Abs. 1 Bst. i und j zu benachrichtigen. Sie hat im Rahmen des Kindeschutzes entsprechende Abklärungen zu treffen und die nötigen Massnahmen einzuleiten.

Melderecht § 29 Melderecht und Meldepflicht/Einführungserlass KESR

¹ Jede Person ist berechtigt, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine hilfsbedürftige Person zu melden.

TG

Meldepflicht § 47 Melderecht, Anzeigepflicht/Einführungserlass KESR

(¹ Bei einer Gefährdung des Kindeswohls ist jedermann ungeachtet eines allfälligen Amts- oder Berufsgeheimnisses berechtigt, dies der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu melden.)

² Wer in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit von einer schweren Gefährdung des Kindeswohls erfährt, ist zur Meldung an die Kindes und Erwachsenenschutzbehörde verpflichtet.

§ 22 Volksschulgesetz:

Werden in der Schule Anzeichen dafür festgestellt, dass Erziehungsberechtigte ihre Aufgabe vernachlässigen oder damit überfordert sind, informiert die Schulbehörde die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.

§ 13 Sonderschulverordnung

¹ Veranlassen die Erziehungsberechtigten trotz festgestelltem Bedarf für eine Sonderschulung in einem Internat keine solche Platzierung, informiert die Schulgemeinde die Vormundschaftsbehörde.

Melderecht § 47 Melderecht, Anzeigepflicht/Einführungserlass KESR

¹ Bei einer Gefährdung des Kindeswohls ist jedermann ungeachtet eines allfälligen Amts- oder Berufsgeheimnisses berechtigt, dies der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu melden.

TI*

Meldepflicht Keine zusätzliche im Einführungserslass KESR

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserslass KESR

UR

Meldepflicht Artikel 25 Meldepflichten/Einführungserslass KESR
 (1 Jede Person kann der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis.)

² Wer in amtlicher Tätigkeit von einer solchen Person erfährt, ist meldepflichtig. Ebenfalls meldepflichtig sind Schulleiterinnen und Schulleiter, Lehrpersonen sowie Ärztinnen und Ärzte, die in Ausübung ihres Berufs von der Hilfsbedürftigkeit von Kindern Kenntnis erhalten.

Melderecht Artikel 25 Meldepflichten/Einführungserslass KESR
¹ Jede Person kann der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis.

VD*

Meldepflicht Art. 32 Signalement d'une situation d'un mineur ayant besoin d'aide
¹ Toute personne qui, dans le cadre de l'exercice d'une profession, d'une charge ou d'une fonction en relation avec les mineurs, qu'elle soit exercée à titre principal accessoire ou auxiliaire, a connaissance de la situation d'un mineur semblant avoir besoin d'aide, a l'obligation de la signaler simultanément à l'autorité de protection et au service en charge de la protection des mineurs (ci-après: le service).

² Sont notamment astreints à cette obligation les membres des autorités judiciaires, scolaires et ecclésiastiques, les professionnels de la santé et les membres du corps enseignant, les intervenants dans le domaine du sport, les préfets, les municipalités, les fonctionnaires de police et les travailleurs sociaux, les éducateurs, les psychologues scolaires, les psychomotriciens et les logopédistes.

Art. 26a Loi sur la Protection des Mineurs

(1 Toute personne peut signaler la situation d'un enfant semblant avoir besoin d'aide. Elle adresse son signalement simultanément à l'autorité de protection de l'enfant et au service.)

² L'obligation de signaler, simultanément à l'autorité de protection de l'enfant et au service, le cas d'un enfant semblant avoir besoin d'aide au sens des articles 301 et ss CC est réglée par la loi vaudoise d'application du droit fédéral sur la protection de l'adulte et de l'enfant (LVPAE).

Melderecht Art. 26a Loi sur la Protection des Mineurs
¹ Toute personne peut signaler la situation d'un enfant semblant avoir besoin d'aide. Elle adresse son signalement simultanément à l'autorité de protection de l'enfant et au service.

VS

Meldepflicht Keine zusätzliche im Einführungserlass KESR

Art. 54 Jugendgesetz Meldepflicht

¹ Jede Person, die in Ausübung ihres Berufs, aufgrund eines Auftrags oder einer Funktion in Verbindung mit Kindern, sei es hauptberuflich, nebenberuflich oder aushilfsweise, Kenntnis hat von einer Situation, welche die Entwicklung eines Kindes gefährdet und nicht selber Abhilfe schaffen kann, muss ihren Vorgesetzten oder bei dessen Abwesenheit die Vormundschaftsbehörde benachrichtigen.

² Falls eine Meldung beim Vorgesetzten erfolgt, ist dieser gehalten, unverzüglich zu handeln, insbesondere um die Gefahrensituation zu beenden, um alle notwendigen Massnahmen im Interesse des Kindes zu treffen und um Beweise zu sichern.

³ Strafbare Handlungen, die von Amtes wegen geahndet werden, sind dem Untersuchungsrichter anzuzeigen. Besteht Zweifel darüber, ob dieser Schritt erforderlich ist, kann das Departement konsultiert werden.

⁴ Die Person, die den Fall angezeigt hat, wird über den Verlauf des Verfahrens angemessen informiert.

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserlass KESR

Art. 53 Jugendgesetz Melderecht

Jeder hat das Recht, eine ihm bekannte Situation, die das Wohlergehen eines Kindes gefährdet, der Vormundschaftsbehörde oder dem Departement zu melden.

ZG

Meldepflicht § 44 Melderecht und Meldepflicht/Einführungserlass KESR

² Jede Person, die eine Gefährdung des Kindeswohls wahrnimmt, insbesondere Amtspersonen und diejenigen Personen, die beruflich mit der Ausbildung, Betreuung oder der medizinischen oder psychologischen Behandlung von Kindern zu tun haben und im Rahmen ihrer Tätigkeit eine Gefährdung des Kindeswohls wahrnehmen, ist verpflichtet, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Anzeige zu erstatten.

Melderecht § 44 Melderecht und Meldepflicht/Einführungserlass KESR

¹ Jede Person ist berechtigt, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine hilfsbedürftige Person zu melden.

ZH

Meldepflicht Keine zusätzliche im Einführungserlass KESR

§ 51 Volksschulgesetz

Ist das Wohl einer Schülerin oder eines Schülers im Sinne von Art. 307 ZGB gefährdet, informiert die Schulpflege die für Kindesschutzmassnahmen zuständige Behörde.

§ 53 VSG

² Stimmen die Eltern einer Sonderschulung mit Fremdplatzierung nicht zu, informiert die Schulpflege die für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen zuständige Behörde.

³ In dringenden Fällen kann die Schulpflege unter Mitteilung an die für die Kinderschutzmassnahmen zuständige Behörde einen sofortigen Schulausschluss beschliessen und vorsorgliche Massnahmen, insbesondere eine Heimeinweisung, veranlassen.

§ 58 Abs. 2 VSV

² Kommen die Eltern ihren Verpflichtungen nicht nach, orientiert die Schulpflege die für Kinderschutzmassnahmen zuständigen Behörden.

Melderecht Kein zusätzliches im Einführungserslass KESR

* Die mit * gekennzeichneten Kantone haben noch keine definitive Fassung des Einführungserlasses. Stand: 10.9.2012

Viele Kantone wiederholen die im Bundesgesetz bereits statuierten Melderechte bzw. -pflichten bzw. umschreiben diese noch zusätzlich.⁶⁹ Andere Kantone weiten den Adressatenkreis für die Meldepflicht aus, z.B. auf Angehörige⁷⁰, auf private Bildungsinstitutionen,⁷¹ oder auf diverse weitere Personen.⁷² Nicht unproblematisch erscheinen zusätzliche Meldepflichten, welche gleichzeitig vom Berufsgeheimnis entbinden.⁷³ Diese entsprechen nicht dem bundesrechtlich vorgesehenen Vorbehalt des Berufsgeheimnisses.⁷⁴ Zudem sieht der Kanton Genf vor, dass die KESB nicht auf anonyme Eingaben eintritt und verlangt Schriftlichkeit; damit wird das Bundesrecht m.E. unzulässigerweise eingeschränkt.⁷⁵ Weniger problematisch erscheinen demgegenüber Formulierungen, welche nicht auf das Erscheinen der Hilfsbedürftigkeit, sondern auf die Hilfsbedürftigkeit abstellen⁷⁶ oder aber die Meldepflicht auf eine akute Fremd- und Selbstgefährdung beschränken.⁷⁷ Hier wird die weiter gefasste bundesrechtliche Bestimmung weiterhin Gültigkeit haben. In Bezug auf den Schulbereich sehen diverse Kantone eine Meldepflicht bei Disziplinarmaßnahmen, insb. beim Schulausschluss, vor.⁷⁸ Einzelne sehen auch im Rahmen von speziellen schulischen Massnahmen, z.B. Sonderschulmassnahmen, Meldepflichten vor.⁷⁹ Allgemeine Meldepflichten der Schulorgane an die KESB gehen nicht über die bundesrechtlichen Meldepflichten und -rechte hinaus. Dort, wo sie enger gefasst sind, gilt auch hier die weitere Fassung der bundesrechtlichen Bestimmungen.

69 AI, AR, BL, JU, LU, UR.

70 GL.

71 TG, BL, AR.

72 OW, VD, VS.

73 So AI, OW, UR, TG, ZG oder Art. 21 Abs. 2 des aargauischen Gesundheitsgesetzes.

74 Vgl. Fn. 55.

75 Vgl. Oben III. 1.; ähnlich aber Art. 16 Abs. 1 LAPEA-NE: « L'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte est saisie par une requête écrite et sommairement motivée. »

76 BS, SO, SZ.

77 GR.

78 AG, AI, AR, BL, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SO.

79 AI, NW, SG, TG, ZH.

IV. Mitwirkungspflicht

1. Die Mitwirkungspflicht im ZGB

Grundsätzlich ist es aufgrund der Untersuchungsmaxime Sache der KESB, den rechtserheblichen Sachverhalt abzuklären.⁸⁰ Sie kann aber die am Verfahren beteiligten Personen und Dritte gemäss Art. 448 Abs. 1 ZGB zur Mitwirkung bei der Abklärung des Sachverhaltes verpflichten. Die KESB kann diese Personen zu mündlichen oder schriftlichen Auskünften, zu Zeugenaussagen, zur Herausgabe von Urkunden und zur Duldung von ärztlichen und behördlichen Untersuchungen sowie von Augenscheinen verpflichten.⁸¹ Es geht dabei um Sachverhaltselemente bzw. Beweismittel, welche die betroffene Person bzw. Dritte besser kennen und sonst gar nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand erhoben werden könnten.⁸² Dabei hat die KESB die zur Wahrung schutzwürdiger Interessen erforderlichen Anordnungen zu treffen. Die einzelnen Mitwirkungsverpflichtungen müssen somit verhältnismässig sein.⁸³ Die KESB kann sodann nötigenfalls die zwangsweise Durchsetzung anordnen.

Adressaten bzw. Adressatinnen der Mitwirkungspflicht sind Verfahrensbeteiligte und somit neben der hilfsbedürftigen Person ggf. auch weitere nahestehende Personen wie Vertrauensperson, Eltern, Sozialarbeitende etc. Dritte sind demgegenüber alle Personen, die nicht verfahrensbeteiligt sind. Das können durchaus auch Mitarbeitende von Familienberatungsstellen, Pro Senectute, Pro Infirmis etc. sein. Damit befinden sich die Mitarbeitenden solcher Stellen regelmässig in demselben Dilemma, das bereits bei der Meldepflicht beleuchtet wurde. Diesen sog. freiwilligen sozialen Dienstleistungsanbietern steht als einziges Kapital die Intimitätszusicherung zur Verfügung. Soweit sie somit verpflichtet werden, im Rahmen des Verfahrens betr. einen Klienten bzw. eine Klientin mitzuwirken, läuft die Stelle Gefahr, die ggf. weiterhin notwendige Beratung oder Betreuung nicht mehr durchführen zu können, weil sich die hilfsbedürftige Person widersetzt. Wenn folglich diese Mitwirkungspflicht von der künftigen KESB zu oft eingesetzt wird, könnte das zur Folge haben, dass die subsidiären und präventiven Dienstleistungsangebote nicht mehr genutzt würden, weil der Klientschaft keine Diskretion zugesichert werden kann und infolgedessen auch kaum mehr eine wirkliche Vertrauensbeziehung, welche entscheidend für den Veränderungsprozess ist, möglich würde. Vor diesem Hintergrund sind die genannten Dienstleistungserbringer nur zurückhaltend zur Mitwirkung zu verpflichten. Dies ergibt sich auch aus dem Vorbehalt des Gesetzgebers, dass schutzwürdige

80 Vgl. Art. 446 Abs. 1 ZGB.

81 Botschaft Erwachsenenschutz (Fn. 32), 7001, 7080.

82 BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 448 ZGB, N 5; BGE 124 II 381 E. 2b.

83 ROSCH (Fn. 14), Art. 448 ZGB, N 1; BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI Art. 448 ZGB, N 12 ff.

Interessen zu wahren sind. Personen, die berufsethischen oder gesetzlichen Schweigepflichten unterstehen, haben in aller Regel schutzwürdige Interessen, welche die KESB zu wahren hat. Liegen solche vor, so hat die KESB auf die Mitwirkung zu verzichten. Sie kann aber die betreffenden Stellen auf ihre Melderechte und ggf. Meldepflichten hinweisen. In diesem Rahmen wären dann die genannten Personen berechtigt oder verpflichtet, Informationen weiterzuleiten.

Da in diesem Kontext wiederum die Mitwirkungspflicht mit einer Schweigepflicht kollidiert, sind auch die datenschutzrechtlichen Grundsätze zu beachten, soweit das jeweils anwendbare Verfahrensrecht nicht eigenständige Regelungen vorsieht.⁸⁴ Hier kommt im Rahmen der Fragestellung, was schutzwürdige Interessen sind, dem Prinzip der Zweckbindung eine bedeutende Stellung zu.

Die Zweckbindung ist ein Kernelement des Datenschutzes und besagt, dass Daten nur zu dem Zweck bearbeitet werden dürfen, zu dem sie auch beschafft wurden. Dabei ergibt sich der Zweck entweder aus einer Rechtsgrundlage oder aus einer entsprechenden Bekanntgabe bei der Datenbeschaffung.⁸⁵ Damit ist zu prüfen, «von welchen Bearbeitungsgrundsätzen die betroffene Person aufgrund der konkreten Umstände objektiv, in guten Treuen ausgehen durfte und musste».⁸⁶ Eine anderweitige Bearbeitung widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Vorbehalten sind gesetzliche Grundlagen, welche ausdrücklich die weitere Verwendung vorsehen,⁸⁷ oder aber die betroffene Person willigt in die Zweckänderung ein. Somit dürfte es auch aufgrund der Zweckbindung nicht möglich sein, die Daten einer suchtmittelabhängigen Person, welche im Rahmen einer Suchtberatung bearbeitet werden, über die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 448 Abs. 1 ZGB für die Frage der Erziehungsfähigkeit nutzbar zu machen. Gleiches gilt für die Daten, welche im Rahmen der Kinder- und Jugendberatung bearbeitet werden und für die Frage der Kindeswohlgefährdung benutzt werden möchten. Es bedarf jeweils der Einwilligung der (urteilsfähigen) Person bzw. ihrer gesetzlichen Vertretung soweit nicht absolut höchstpersönliche Rechte tangiert sind.

Ordnet die KESB dennoch eine Mitwirkung an, so kann die von der Mitwirkung betroffene Person eine Verfügung verlangen und je nach anwendbarem Verfahrensrecht⁸⁸ gegen die Verfügung Beschwerde einreichen. In der Regel ist dies möglich, wenn ein nichtwiedergutzumachender Nachteil droht.⁸⁹

84 Siehe oben Fn. 8.

85 WALDMANN/OESCHGER, (Fn. 8), 821 f.; EPINEY, (Fn. 3), 538; BaslerKomm DSG/MAURER-LAMBROU/VOGT, Art. 4 DSG, N 13.

86 WALDMANN/OESCHGER (Fn. 8), 822.

87 § 6 Abs. 4 DSG-BL, § 9 Abs. 1 IDG ZH, Art. 10 Abs. 1 lit. c DSG-BE. Kritisch hierzu: BaslerKomm DSG/MAURER-LAMBROU/VOGT, Art. 4 DSG, N 15.

88 Vgl. Art. 450f ZGB.

89 Vgl. BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 448 ZGB, N 11 m.w.H.

2. Verweigerungsmöglichkeiten

a) Art. 448 Abs. 2 ZGB

Nicht zur Mitwirkung verpflichtet sind gemäss Art. 448 Abs. 2 ZGB, (Zahn-) Ärztinnen bzw. (Zahn-)Ärzte, Apothekerinnen bzw. Apotheker, Hebammen sowie deren Hilfspersonen, es sei denn die geheimnisberechtigte Person ermächtigt sie bzw. die vorgesetzte Stelle entbinde sie auf Gesuch der KESB vom Berufsgeheimnis. Weshalb diese abschliessende Aufzählung nicht mit derjenigen des Berufsgeheimnisses korrespondiert, ist nicht erklärbar.⁹⁰ Wird eine der genannten Berufsgruppen aber vom Berufsgeheimnis entbunden, ist sie zur Mitwirkung verpflichtet, wobei die Behörde im Rahmen der Entbindung zu prüfen hat, ob die schutzwürdigen Interessen, wie oben ausgeführt, gewahrt sind.⁹¹ Sozialarbeitende sowie im geltenden Recht auch Psychotherapeuten bzw. -therapeutinnen und weitere Berufsgruppen, die massgeblich auf ein Vertrauensverhältnis angewiesen sind, um erfolgreich zu arbeiten, unterstehen somit weder dem Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB noch der beruflichen Schweigepflicht gemäss Art. 35 DSG, weil vorliegend kantonales Datenschutzrecht zur Anwendung gelangt.⁹² Sie haben somit kein Verweigerungsrecht gemäss Art. 448 Abs. 2 ZGB. Neu werden ab März 2013 Psychotherapeuten bzw. Psychotherapeutinnen dem Berufsgeheimnis unterstehen.⁹³

b) Art. 448 Abs. 3 ZGB

Überhaupt nicht zur Mitwirkung verpflichtet sind gemäss Art. 448 Abs. 3 ZGB sodann Geistliche, Rechtsanwälte bzw. -anwältinnen, Verteidiger bzw. Verteidigerinnen, Mediatorinnen bzw. Mediatoren und ehemalige und somit nicht aktuelle Verfahrensbeistände bzw. -beiständinnen. Damit hat der Gesetzgeber eine Güterabwägung vorgenommen.⁹⁴ Die genannten Personen sind zwar nicht zur Mitwirkung verpflichtet, sie sind aber dazu berechtigt, soweit Art. 321 StGB oder eine andere Schweigepflicht dem nicht entgegensteht.

90 FASSBIND hält dies für ein Versehen und wendet Art. 448 Abs. 2 ZGB auf sämtliche Personen gemäss Art. 321 StGB an (vgl. Orell Füssli Kommentar ZGB/FASSBIND, Art. 448 ZGB, N 2).

91 Vgl. hierzu auch Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO und BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 448 ZGB, N 33.

92 Vgl. Art. 37 Abs. 1 DSG und BaslerKomm DSG/RIKLIN, Art. 35 DSG, N 57; ebenso: GÄCHTER/ EGLI, Jusletter 6. 9.2010, N 207.

93 Im Rahmen der Schaffung des Psychologieberufegesetzes (PsyG) wurde auch Art. 321 StGB angepasst.

94 BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 448 ZGB, N 37; ROSCH (Fn. 14), Art. 448 ZGB, N 5; Orell Füssli Kommentar ZGB/FASSBIND, Art. 448 ZGB, N 3; a.M. SCHMID (Fn. 40), Art. 448 ZGB, N 8.

c) Verweigerungsrechte gemäss Verwaltungsverfahrenrecht bzw. ZPO

Je nach anwendbarem Verfahrensrecht⁹⁵ ergeben sich weitere Verweigerungsrechte aufgrund der kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze oder aber der ZPO. Diese sind nebst Art. 448 Abs. 2 und 3 ZGB anwendbar.⁹⁶ Im Rahmen der ZPO ist Art. 165 ff. ZPO zu beachten. Im vorliegenden Kontext ist das Verweigerungsrecht gemäss Art. 166 ZPO von Interesse. Art. 166 Abs. 1 lit. b und c ZPO betreffen Personen unter Amtsgeheimnis bzw. Berufsgeheimnis, denen unter Umständen Verweigerungsrechte zugebilligt werden. Art. 166 Abs. 2 ZPO sieht sodann für Trägerinnen und Träger anderer als in Abs. 1 genannter gesetzlich geschützter Geheimnisse vor, dass diese die Mitwirkung verweigern können, wenn sie glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Damit hätten Beratende von sog. freiwilligen sozialen Dienstleistungsangeboten dann die Möglichkeit, die Mitwirkung zu verweigern, wenn sie einer gesetzlich – nicht aber einer berufsethisch – geschützten Schweigepflicht unterstehen und die genannte Interessenabwägung glaubhaft machen. Dies dürfte aber nur selten der Fall sein, da das Amtsgeheimnis bereits in lit. c von Abs. 1 geregelt ist. Personen unter Amtsgeheimnis können gemäss lit. c vom Amtsgeheimnis durch die vorgesetzte Behörde entbunden werden und sind dann zur Aussage ermächtigt. Damit übernimmt die vorgesetzte Behörde diese Interessenabwägung. Personen unter Amtsgeheimnis oder gesetzlich geschützter Schweigepflicht haben somit der vorgesetzten Behörde (Abs. 2) oder dem Gericht (Abs. 1 lit. c) genau darzulegen, welche Gründe für ein Verweigerungsrecht sprechen. Für Beratende im Bereich des Sozialversicherungsrechts bleiben die besonderen Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts grundsätzlich vorbehalten.⁹⁷ Diese gehen den Verweigerungsrechten vor und regeln eigenständig die Datenbekanntgabe an Gerichte.⁹⁸

V. Amtshilfe gemäss Art. 448 Abs. 4 ZGB

Gemäss Art. 448 Abs. 4 ZGB haben Verwaltungsbehörden und Gerichte, welche nicht in einem Subordinationsverhältnis zueinander stehen, die notwendigen Akten im Einzelfall auf Gesuch hin herauszugeben bzw. Bericht zu erstatten oder Auskünfte zu erteilen,⁹⁹ soweit nicht schutzwürdige Interessen entgegenstehen. Damit findet sich für das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht eine eigenständige Norm,

95 Vgl. Art. 450f ZGB.

96 So auch: BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 448 ZGB, N 23.

97 Vgl. Art. 166 Abs. 3 ZPO.

98 Vgl. z.B. Art. 50a AHVG, Art. 97 UVG und sogleich Amtshilfe.

99 Vgl. ROSCH (Fn. 14), Art. 448 ZGB, N 6.

die aber im kantonalen Recht konkretisiert werden kann.¹⁰⁰ Amtshilfe ist wiederum ein Aspekt des Datenschutzrechtes. Deshalb ist der Begriff der Verwaltungsbehörde im Sinne der kantonalen Datenschutzgesetze zu interpretieren. Der in den Datenschutzgesetzen oft verwendete Begriff der öffentlichen Organe oder Behörden wird regelmässig sehr weit ausgelegt, so dass alle Verwaltungseinheiten, Behörden und Dienststellen, die für das Gemeinwesen handeln, sowie Private, soweit sie in Erfüllung von ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben tätig sind, dazugehören.¹⁰¹ Es ist somit auf oben Gesagtes bei der Meldepflicht zu verweisen.¹⁰² Dazu *können* somit auch Berater bzw. Beraterinnen von sog. freiwilligen sozialen Dienstleistungsangeboten gehören.¹⁰³

Die Amtshilfeverpflichtung geht folglich grundsätzlich der Schweigepflicht vor. Ausnahme davon sind wiederum Personen unter einer besonderen Schweigepflicht,¹⁰⁴ was jeweils im Einzelfall zu bestimmen ist.¹⁰⁵ Ferner sind die allgemeinen datenschutzrechtlichen Prinzipien zu beachten, insbesondere das Prinzip der Verhältnismässigkeit und dasjenige der Zweckbindung. Insofern gelten die bereits ausgeführten Aspekte sinngemäss auch hier. Hinzu kommt als Bedingung wiederum, dass keine schützenswerten Interessen entgegenstehen.¹⁰⁶ Aus methodischer Sicht ist sodann die Einwilligung der betroffenen Person einzuholen, auch wenn dies rechtlich nicht erforderlich ist, weil damit die betroffene Person ausreichend in den Prozess einbezogen wird und die Herrschaft über ihre Daten behält; zudem ist die (fehlende) Einwilligung auch im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen.¹⁰⁷

Damit unterliegen Personen, die im Rahmen von sog. freiwilligen sozialen Dienstleistungsangeboten arbeiten, teilweise der Amtshilfe. Soweit sie der Amtshilfe unterstehen, ist diese aber wiederum nur möglich, wenn der Datenaustausch verhältnismässig ist, die Zweckbestimmung nicht verletzt und keine schutzwürdigen Interessen entgegenstehen. Aus dem bereits oben Ausgeführten¹⁰⁸ ergibt sich, dass Sozialarbeitende privater Dienstleistungserbringer aber auch dann nur zur Amtshilfe verpflichtet werden können, sofern nicht im Rahmen einer Güterabwägung rechtliche bzw. berufsethische Schweigepflichten im Einzelfall entgegenstehen, welche ei-

100 Vgl. Art. 450f ZGB.

101 Vgl. den Überblick bei WALDMANN/OESCHGER (Fn. 8), 787 ff.

102 Vgl. III. 4. a).

103 Gemäss BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 448 ZGB, N 43 gehören die Pro-Werke dazu. Im Sinne einer einheitlichen Anwendung der Begrifflichkeiten ist m.E. auch hier zu differenzieren und zu prüfen, ob im Einzelfall Private Beliehene sind.

104 ROSCH (Fn. 14), Art. 448 ZGB, N 7; BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 448 ZGB, N 46.

105 Siehe oben III. 4. b).

106 Vgl. oben IV. 1.

107 Vgl. ROSCH (Fn. 3), 96, 101; ROSCH (Fn. 19), 264 f.

108 Siehe IV. 1.

nen Datenaustausch verbieten, und zusätzlich auch die Zweckbindung nicht verletzt wird. Dabei ist gerade bei der Zweckbindung zu beachten, dass bei zu enger Auslegung dieses Prinzips Amtshilfe verunmöglicht wird.¹⁰⁹

Für Beratende im Sozialversicherungsbereich gilt Folgendes: Das Sozialversicherungsrecht statuiert in Art. 33 ATSG eine besondere Schweigepflicht.¹¹⁰ Diese wird aber im Rahmen der jeweiligen Einzelerlasse gerade für die Amtshilfe gemäss Art. 448 Abs. 4 ZGB durchbrochen, weil eine Datenübermittlung an die KESB im Einzelfall zulässig sein kann, wenn kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht und ein schriftliches begründetes Gesuch vorliegt.¹¹¹

VI. Schlussfolgerungen

Mitarbeitende von sog. freiwilligen sozialen Dienstleistungserbringern befinden sich in Bezug auf die Meldepflicht, das Melderecht, die Mitwirkungspflicht und die Amtshilfe in einer vergleichbaren Ausgangslage wie Personen unter Berufsgeheimnis oder besonderem Geheimnisschutz. Basis ihrer Arbeit ist die Vertrauensbeziehung zur Klientschaft, ohne die sie keine Daten der Privat- bzw. Intimsphäre, sog. besonders schützenswerte Daten, erhalten. Diese sind aber notwendig, um im Einzelfall die persönliche Situation zu ergründen, zu verändertem Verhalten zu motivieren und im besten Falle der Klientschaft zu ermöglichen, eine Krise zu bewältigen, eigenständig zu leben etc. Soziale Arbeit funktioniert nur, wo die Persönlichkeitsrechte massgeblich geschützt werden. Insofern ist auch die Unterteilung der Berufsgruppen in unter Berufsgeheimnis stehende, unter besonderer Schweigepflicht stehende und weitere nicht adäquat.

De lege lata sind Personen ohne besondere Schweigepflicht im Bereich von Meldepflichten, Melderechten, Mitwirkungspflichten und Amtshilfe daran gehalten, gegenüber der KESB ihre schutzwürdigen Interessen geltend zu machen bzw. zu begründen, weshalb eine Person nicht als schutzbedürftig erscheint. Dort, wo die schutzwürdigen Interessen Dreh- und Angelpunkt sind, dürfte es nicht immer einfach sein, dass die KESB als massgeblicher Akteur des Kindes- und Erwachsenenschutzes Argumente, welche zur Folge haben, dass die eigene Abklärung schwieriger oder die Beweislage weniger eindeutig ist, zulässt. Das heisst wiederum, dass die Mitarbeitenden von sog. freiwilligen sozialen Dienstleistungserbringern sehr gute

109 Deshalb wird die Zweckbindung z.T. im Gesetz relativiert, so z.B. § 9 Abs. 1 DSG-ZH, § 6 Abs. 4 DSG-BL, Art. 10 Abs. 1 lit. c DSG-BE.: «1 Personendaten werden einer anderen Behörde bekanntgegeben, wenn c trotz Unvereinbarkeit der Zwecke die betroffene Person ausdrücklich zugestimmt hat oder es in ihrem Interesse liegt.»

110 GÄCHTER/EGLI, Jusletter 6. 9. 2010, N 239 m.w.H.

111 Vgl. bspw. Art. 50a Abs. 1 lit. e Ziff. 6 AHVG, Art. 84a Abs. 1 lit. h Ziff. 5 KVG und BaslerKomm Erwachsenenschutz/AUER/MARTI, Art. 448 ZGB, N 48 m.w.H.

Argumente einbringen müssen. Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung wurden Aspekte solcher Argumente aufgezeigt.

De lege ferenda wären sämtliche sozialen Berufe, welche massgeblich auf ein Vertrauensverhältnis angewiesen sind, um ihre Aufgabe zu bewältigen, unter eine besondere Schweigepflicht zu stellen. Entsprechend wären die Meldepflichten so auszugestalten, dass eine Güterabwägung zwischen dem Interesse an der Meldung und dem Interesse an der Schweigepflicht durch die Betroffenen selbst stattfindet. Dies stellt hohe Anforderungen an die Betroffenen für diese Abwägung im Einzelfall, was aber m.E. zumutbar ist. Gleiches müsste für die Mitwirkungspflichten gelten. Hier könnte Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO insofern Vorbild sein, weil er trotz Entbindung von der besonderen Schweigepflicht der betroffenen Person ermöglicht, glaubhaft zu machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt, und ihr somit Verweigerungsrechte eingeräumt werden können.

Zusammenfassung: *Melderechte, Meldepflichten, Mitwirkungspflichten und Amtshilfe werden im revidierten Erwachsenenschutzrecht neu geregelt. Sie sind massgebliche Elemente des Informationsaustausches und somit der Zusammenarbeit von Dritten mit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Der Aufsatz beleuchtet einerseits das Verhältnis zum Datenschutzrecht, andererseits weist er auf die Schwierigkeiten von Melde-, Mitwirkungspflichten und Amtshilfe hin für Berufe, deren Erfolg massgeblich von einem Vertrauensverhältnis abhängt, die aber nicht unter einer besonderen Schweigepflicht stehen. Auf diesem Hintergrund werden die neuen Bestimmungen ausgelegt und insbesondere auch die kantonalen Ausführungsbestimmungen zu den Meldepflichten und -rechten aufgeführt und miteinander verglichen. Zudem wird die (bereits wieder) in Revision stehende Meldepflicht andiskutiert, und Änderungsvorschläge werden vorgestellt. Ein besonderes Augenmerk wird auf die Bedeutung der neuen Bestimmungen für sog. freiwillige soziale Dienstleistungserbringer, wie Pro-Werke, Beratungsstellen, Einrichtungen, Sozialhilfe, gelegt. Diese präventiv sinnvollen und zumeist auch gesetzlich vorgesehenen Dienstleistungserbringer laufen speziell Gefahr, mit Melde-, Mitwirkungspflichten und Amtshilfe das für sie zentrale Diskretionsbedürfnis zu verlieren und ihre präventiven Aufgaben nicht mehr wahrnehmen zu können. Der Aufsatz schliesst mit Vorschlägen de lege ferenda.*

Résumé: *Les droits d'aviser, les obligations d'aviser, les obligations de coopérer et l'assistance administrative font l'objet d'une nouvelle réglementation dans le droit de protection de l'adulte révisé. Ce sont des éléments déterminants de l'échange d'informations et donc de la collaboration de tiers avec l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. Cet essai met d'une part en lumière le rapport avec le droit de la protection des données et souligne d'autre part les difficultés des obligations d'aviser et de coopérer ainsi que de l'assistance administrative pour les professions dont le succès*

repose essentiellement sur une relation de confiance mais qui ne sont pas soumises à une obligation de confidentialité particulière. C'est dans ce contexte que les nouvelles dispositions sont interprétées et que les dispositions d'application cantonales relatives aux droits et obligations d'aviser sont exposées et comparées les unes avec les autres. L'auteur aborde en outre l'obligation d'aviser (déjà à nouveau) en cours de révision et présente des propositions de modifications. Un accent particulier est mis sur les conséquences des nouvelles dispositions pour les prestataires de services sociaux dits « bénévoles », tels que Pro Werke, les centres de conseil, les institutions, l'aide sociale, etc. Les obligations d'aviser, de coopérer et l'assistance administrative font courir à ces prestataires de service, utiles à titre préventif et en grande partie aussi prévus par la loi, le risque de perdre leur besoin de discrétion, d'importance essentielle, et de ne plus pouvoir exercer leurs fonctions de prévention. L'essai se conclut sur des propositions de lege ferenda.
