

## Im «Irrgarten» zwischen Meldepflichten, Melderechten und Berufsgeheimnissen – die Revision der Meldevorschriften im Kinderschutz

lic. iur. Luca Maranta, Advokat; Dozent und Projektleiter an der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit, Kompetenzzentrum Kindes- und Erwachsenenschutz; teilselbständige Tätigkeit im Kindes- und Erwachsenenschutz (Beratung, Begutachtung und Verfahrensvertretung)<sup>1</sup>

---

**Stichwörter:** *Interessenabwägung Meldung, Koordination Meldevorschriften und Berufsgeheimnisse, Koordination Meldevorschriften und Schweigepflichten, Meldepflichten Kinderschutz, Melderechte Kinderschutz, Meldevorschriften Kinderschutz.*

**Mots-clés:** *Coordination entre règles d'annonce et devoirs de discrétion, coordination entre règles d'annonce et secrets professionnels, devoirs d'aviser en matière de protection de l'enfant, droits d'aviser en matière de protection de l'enfant, pesée des intérêts, règles d'annonce en matière de protection de l'enfant.*

**Parole chiave:** *Coordinamento tra disposizioni sull'avviso e obbligo di discrezione, Coordinamento tra disposizioni sull'avviso e segreto professionale, Diritti di avviso in materia di protezione dei minori, Disposizioni sull'avviso in materia di protezione dei minori, Obblighi di avviso in materia di protezione dei minori, Ponderazione degli interessi.*

---

*Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sind regelmässig auf Meldungen von Privaten oder Fachpersonen angewiesen, damit sie Kenntnis von einer allfälligen Gefährdung des Kindeswohls erhalten. Am 1. Januar 2019 werden neue Meldevorschriften für den Kinderschutz in Kraft treten. Der Beitrag stellt die Gesetzesrevision überblicksartig dar und geht auf praxisrelevante Einzelfragen vertieft ein. Insbesondere zeigt der Beitrag Ansätze zur Orientierung im «Irrgarten» von Meldepflichten, Melderechten und Berufsgeheimnissen auf.*

### Le «labyrinthe» de l'obligation d'aviser, du droit d'aviser et des secrets professionnels – la révision des règles d'annonce en matière de protection de l'enfant

*Les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte reçoivent régulièrement des signalements de la part de privés ou de professionnels afin de les mettre au courant de situations dans lesquelles le bien de l'enfant est potentiellement mis en danger. Le 1<sup>er</sup> janvier 2019, entreront en vigueur de nouvelles règles en matière de signalement dans le domaine de la protection de l'enfant. La contribution présente un aperçu de la révision législative et développe de manière détaillée des questions utiles à la pratique. L'auteur propose en particulier des pistes permettant de s'orienter dans le «labyrinthe» de l'obligation d'aviser, du droit d'aviser et des secrets professionnels.*

### Il «labirinto» degli obblighi di avviso, dei diritti di avviso e del segreto professionale: la revisione delle disposizioni sull'avviso in materia di protezione dei minori

*Le autorità di protezione dei minori e degli adulti ricevono regolarmente avvisi con cui privati o professionisti segnalano situazioni in cui il bene dei minori potrebbe essere minac-*

<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag beruht teilweise auf der Kommentierung des Autors von Art. 443 ZGB in: Fountoulakis/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (erscheint im Oktober 2018). Die aus der Kommentierung übernommenen Passagen werden im Text nicht ausdrücklich als solche gekennzeichnet. Der Autor dankt Herrn Dr. Daniel Rosch sowie Herrn Prof. Dr. Andreas Jud für wertvolle Hinweise.

ciato. Il 1° gennaio 2019 entreranno in vigore nuove disposizioni sull'avviso in materia di protezione dei minori. Il contributo presenta la revisione legislativa e approfondisce gli aspetti rilevanti per la pratica. In particolare, l'autore offre spunti utili per orientarsi nel «labirinto» degli obblighi di avviso, dei diritti di avviso e del segreto professionale.

## I. Einleitung

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) kann ein Verfahren von Amtes wegen eröffnen.<sup>2</sup> Dafür muss sie allerdings erst Kenntnis von einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls erhalten. Die Behörde ist somit auf entsprechende Meldungen durch Private und Fachpersonen angewiesen.<sup>3</sup> Die neueste verfügbare Statistik zeigt auf, dass die KESB im Jahr 2014 gesamtschweizerisch mindestens 21 879 Gefährdungsmeldungen für Kinder erhalten haben.<sup>4</sup> Freilich hat *weitaus nicht jede Meldung eine Massnahme* zur Folge: Eine schweizweite Umfrage im Jahr 2015 hat ergeben, dass es im Kinderschutz «nur» in ca. 56 Prozent der Meldungen zu einer Massnahme kommt.<sup>5</sup>

Wenn die Gesetzgeberin regelt, unter welchen Umständen eine Meldung an die KESB vorgenommen werden darf oder sogar vorgenommen werden muss, sind zwei *gegenläufige Interessen auszugleichen*. Wie oben festgehalten, ist die KESB angewiesen, Meldungen über allfällige Kindeswohlgefährdungen zu erlangen. Pflicht des Staates, Kinder vor Gefährdungen zu schützen (Art. 11 BV). Auf der anderen Seite sind namentlich Meldepflichten in Bereichen, in denen eine erfolgreiche Zusammenarbeit entscheidend vom Vertrauen der hilfsbedürftigen Person gegenüber einer beratenden Person abhängt, problematisch.<sup>6</sup> Denn das Vertrauen basiert unter anderem auf der Zusicherung von Intimität.<sup>7</sup> Zudem verlangen das

<sup>2</sup> Dies geht aus der Officialmaxime (vgl. Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 446 Abs. 3 ZGB) hervor. Daneben muss die KESB regelmässig ein Verfahren eröffnen, wenn ein Antrag einer dazu legitimierten Person vorliegt, vgl. dazu FamKomm Erw.Schutz/MEIER, Art. 390 N 39.

<sup>3</sup> Meldeformulare finden sich oft auf den Homepages von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, vgl. z.B. [www.kesb.bs.ch](http://www.kesb.bs.ch) -> Kinder und Jugendliche -> Formulare und Merkblätter (27.06.2018); vgl. auch das Muster für eine Meldung an die KESB in KOKES, Praxisanleitung Kinderschutzrecht, Zürich/St.Gallen 2017, Rz. 9.12. Gemäss einer Studie aus dem Jahr 2018 gehen Gefährdungsmeldungen in der überwiegenden Anzahl der Fälle (82%) von Fachpersonen aus, vgl. SCHMID, Kindeswohlgefährdung in der Schweiz, OptimusStudy 2018, 20 ff., <http://www.optimusstudy.org/> (02.07.2018).

<sup>4</sup> Vgl. hierzu näher Interface, Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Bericht zuhanden des Bundesamts für Justiz, Luzern 2016, 54 ff.; zur Praxis von Gefährdungsmeldungen durch Schulen vgl. JUD/STAUFFER/LÄTSCH, Fachliches Handeln an der Schnittstelle von Schule und Kinderschutz: Empirische Erkenntnisse zum Einsatz von Gefährdungsmeldungen in der Schweiz, in: Chiapparini/Stohler/Bussmann (Hrsg.), Soziale Arbeit im Kontext Schule, Leverkusen-Opladen 2018.

<sup>5</sup> Interface (Fn. 4), 55.

<sup>6</sup> So schon ROSCH, Melderechte, Melde- und Mitwirkungspflichten, Amtshilfe: Die Zusammenarbeit mit der neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 2012, 1020 ff., 1024.

<sup>7</sup> 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, 50 ff.

Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) sowie der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB), dass höchst sensible Personendaten möglichst vertraulich behandelt werden.

Bis anhin erfolgt der Ausgleich der sich widerstreitenden Interessen im Kinderschutz grundsätzlich<sup>8</sup> nach den gleichen Prinzipien wie im Erwachsenenschutz: Art. 443 ZGB ist sowohl im Erwachsenenschutz als auch im Kinderschutz anwendbar (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZGB). Noch vor Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts beauftragte das Parlament allerdings den Bundesrat, der Legislative eine Änderung des Bundesrechts vorzulegen, mit der «... eine allgemeine Meldepflicht gegenüber Kinderschutzbehörden mit gewissen klar umschriebenen Ausnahmen in allen Schweizer Kantonen eingeführt werden kann.»<sup>9</sup> Am 15. April 2015 schlug der Bundesrat der Bundesversammlung eine entsprechende *Revision des Zivilgesetzbuchs vor*.<sup>10</sup> Nachdem der Nationalrat zunächst nicht auf das Geschäft eintreten wollte,<sup>11</sup> behandelten die Räte die Vorlage doch noch inhaltlich.<sup>12</sup> Am 15. Dezember 2017 wurde die Gesetzesvorlage in der Schlussabstimmung angenommen.<sup>13</sup> Gegen die Revision wurde kein Referendum erhoben. Sie tritt *am 1. Januar 2019 in Kraft*.

Der vorliegende Beitrag hat zunächst zum Ziel, die neue Regelung über die kinderschutzrechtlichen Melderechte und Meldepflichten in ihren Grundzügen darzulegen (vgl. Ziff. II). Auf Nebenaspekte der Vorlage wird dabei nur punktuell Bezug genommen. In einem zweiten Schritt geht der Aufsatz näher auf ausgewählte Fragestellungen ein (vgl. Ziff. III). Nicht Gegenstand der Revision – und entsprechend nicht Bestandteil des vorliegenden Aufsatzes – bildet das Vorgehen der KESB, nachdem sie eine Meldung erhalten hat. Dieses Vorgehen wird im öffentlichen Diskurs zuweilen kritisiert, teilweise generell,<sup>14</sup> teilweise

<sup>8</sup> Neben Art. 443 ZGB statuieren weitere Vorschriften innerhalb und ausserhalb des ZGB Melde-rechte und Meldepflichten gegenüber der KESB. Diese Vorschriften haben zur Folge, dass Unterschiede zwischen den Meldebestimmungen im Kinderschutz und den Meldevorschriften im Er-wachsenenschutz bestehen.

<sup>9</sup> Annahme einer modifizierten Version der Motion 08.3790 Aubert «Schutz des Kindes vor Miss-handlung und sexuellem Missbrauch» am 29.11.2010 (Nationalrat) bzw. am 02.03.2011 (Ständerat), vgl. AB 2010 S 1025, AB 2011 N 105.

<sup>10</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kinderschutz) vom 15.04.2015, BBl 2015, 3431.

<sup>11</sup> AB 2016 N 633.

<sup>12</sup> Vgl. die Übersicht unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150033> (19.03.2018).

<sup>13</sup> Vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=42115> bzw. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=42091> (27.06.2018).

<sup>14</sup> So wird z.B. behauptet, ein Anruf genüge, «... um einem missliebigen Mitmenschen ein mühsames Verfahren anzuhängen», vgl. Beitrag «Schluss mit den Horrorgeschichten» des Tages-Anzeigers vom 18.05.2018, vgl. <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/schluss-mit-den-horrorgeschichten/story/15855033> (27.06.2018).

bezüglich einzelner Aspekte.<sup>15</sup> Derzeit prüft der Bundesrat, ob konkretere Regelungen in diesem Bereich sinnvoll erscheinen.<sup>16</sup>

## II. Überblick über das neue Recht

### 1. Grundsatz: Melderecht

Wie bis anhin geht das neue Recht vom *Grundsatz* aus, dass *jede Person gegenüber der KESB eine Meldung erstatten kann*, wenn das Wohl eines Kindes gefährdet erscheint (vgl. nArt. 314c Abs. 1 ZGB). In der Absicht, den Begriff des Kindeswohls näher zu präzisieren,<sup>17</sup> haben die Räte festgelegt, dass die psychische, körperliche oder sexuelle Integrität eines Kindes gefährdet erscheinen muss.<sup>18</sup> Das Wort «erscheinen» stellt klar, dass die meldende Person das Vorliegen der Gefährdung nicht zu beweisen hat. Ob eine solche besteht, muss vielmehr die KESB abklären. Die meldende Person handelt mit anderen Worten rechtmässig, wenn sie davon ausgeht, es seien möglicherweise Kinderschutzmassnahmen nötig.<sup>19</sup>

Die rechtspolitische «KruX» bestand darin, zu entscheiden, wann vom Grundsatz des Melderechts abgewichen werden soll. Wann sich also das Gesetz auf eine Seite der oben ausgeführten,<sup>20</sup> gegensätzlichen Interessen schlagen soll. Eine *Abweichung* vom Grundsatz des Melderechts kann *in zwei Richtungen* geschehen: Es kann eine Verschärfung des Melderechts vorgenommen werden, indem eine *Meldepflicht* statuiert wird. Oder das *Melderecht* wird mit Blick auf schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen *ingeschränkt*.

### 2. Verschärfung des Melderechts: Meldepflicht

In der Praxis drängt es sich – entgegen dem systematischen Aufbau von nArt. 314c f. ZGB – auf, in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Meldepflicht besteht. Die eidgenössischen Räte haben entschieden, die Verschärfungen des Melderechts nicht abschliessend auf Bundesebene zu regeln: Wie unter dem bis-

<sup>15</sup> Z.B. der Umstand, dass die betroffene Person regelmässig erfährt, wer eine Meldung verfasst hat, vgl. Beitrag «Melder von gefährdeten Kindern sind zu wenig geschützt» der Aargauer Zeitung vom 29.03.2015, vgl. <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/melder-von-gefaehrdeten-kindern-sind-zu-wenig-geschuetzt-128984578> (27.06.2018).

<sup>16</sup> Erste Erfahrungen mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 14.3776, 14.3891, 14.4113 und 15.3614 vom 29. März 2017, 78.

<sup>17</sup> Votum Amherd, AB 2017 N 1768.

<sup>18</sup> Während juristisch geprägte Definitionen bei der (potenziell kindeswohlgefährdenden) Handlung ansetzen, vergleichen sozialwissenschaftliche Definitionen zuweilen die Bedürfnislage des Kindes mit seinen Lebensbedingungen. DETTENBORN definiert die Kindeswohlgefährdung z.B. als «... Überforderung der Kompetenzen eines Kindes, insbesondere der Kompetenzen, die ungenügende Berücksichtigung seiner Bedürfnisse in seinen Lebensbedingungen ohne negative körperliche und/oder psychische Folgen zu bewältigen» (DETENBORN, Kindeswohl und Kindeswille, 5. Aufl., München 2017, 58).

<sup>19</sup> Vgl. zum derzeit geltenden Recht BSK ZGB I-AUER/MARTI, Art. 443 N 9; CHK-STECK, Art. 443 N 5.

<sup>20</sup> Vgl. Ziff. I.

herigen Recht können die Kantone selber Meldepflichten vorsehen,<sup>21</sup> sofern diese nicht dem Sinn und Zweck von nArt. 314d entgegenstehen (vgl. nArt. 314d Abs. 3 ZGB).<sup>22</sup> Somit sind *sowohl das Bundesrecht als auch das kantonale Recht zu konsultieren*, wenn geprüft wird, ob eine Meldepflicht besteht. Dabei ist jeweils zu berücksichtigen, dass die kantons- und bundesrechtlichen Meldepflichten teilweise hinter gesetzlichen Berufsgeheimnissen zurücktreten. Inwiefern dies der Fall ist, wird vertieft unter Ziff. III 5. beleuchtet.

Bundesrechtliche Meldepflichten finden sich in diversen Bestimmungen.<sup>23</sup> Von zentraler Bedeutung ist diesbezüglich *nArt. 314d Abs. 1 ZGB*. Auf diese Norm wird im Folgenden kurz eingegangen.<sup>24</sup>

Der *Kreis* der nach nArt. 314d Abs. 1 ZGB *meldepflichtigen Personen* ist *beschränkt*: Eine Meldepflicht nach diesem Artikel besteht nur für Personen, die nicht dem strafrechtlichen Berufsgeheimnis i.S.v. Art. 321 StGB unterstehen.<sup>25</sup> Zudem sieht die Bestimmung eine weitere personelle Begrenzung der meldepflichtigen Personen vor: Wie im geltenden Recht (vgl. Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 443 Abs. 2 ZGB) ist meldepflichtig, 1. wer in amtlicher Tätigkeit konkrete Hinweise für eine mögliche Kindeswohlgefährdung erfahren hat (vgl. nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB); sowie 2. – und dies stellt eine *zentrale Neuerung der Revision* dar – wer zwar keine amtliche Tätigkeit ausübt, aber einer spezifischen, im Gesetz normierten Berufsgruppe angehört<sup>26</sup> und darüber hinaus regelmässig beruflich Kontakt zu Kindern hat (nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

Die Gesetzgeberin hat den *Kreis der meldepflichtigen Personen erweitert*, weil unter dem geltenden Recht weitgehend nur Fachpersonen, welche ältere Kinder betreuen, einer bundesrechtlichen Meldepflicht unterliegen: Eine bundesrechtliche Meldepflicht bezüglich jüngerer Kinder (d.h. Kinder, welche noch nicht einen Kindergarten oder eine Schule besuchen) besteht faktisch nur sehr eingeschränkt. Denn diese kommen nur selten mit Personen in Kontakt, welche eine amtliche Tätigkeit ausüben und deshalb bereits nach geltendem Recht (Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 443 Abs. 2 ZGB) zur Meldung verpflichtet sind. Namentlich erscheint fraglich, inwieweit Angestellte einer privat organisierten Kinderkrippe eine amtliche Tätigkeit ausüben.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> Zu den kantonalen Meldepflichten vgl. näher Ziff. III 4.3; eine relativ aktuelle Übersicht über die Meldepflichten findet sich bei MURPHY/STECK in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 18.64.

<sup>22</sup> Vgl. ESR-ROSCH, Art. 443 N 8. Die Botschaft sah vor, kantonale Meldepflichten nur noch eingeschränkt zuzulassen, vgl. Art. 314d Abs. 2 E-ZGB. Zu Recht kritisch zu kantonalen Meldepflichten HÄFELI, Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Bern 2016, Rz. 33.06 sowie PFISTER PILLER, Kinderschutz in der Medizin – elterliche und staatliche Bestimmungsrechte bei der medizinischen Behandlung des Kindes, Luzern 2016, Rz. 4.25.

<sup>23</sup> Zu weiteren bundesrechtlichen Meldepflichten vgl. Ziff. III 4.2. Allgemein zur verwaltungsrechtlichen Einordnung von Meldepflichten UHLMANN/KASPAR, Meldepflichten im Verwaltungsrecht, recht 2013, 135 ff.

<sup>24</sup> Ausführlichere Überlegungen finden sich insbes. in Ziff. III 1. und 2.

<sup>25</sup> Sei dies als eigentlicher Geheimnisträger oder als Hilfsperson, vgl. Botschaft (Fn. 10), 3458.

<sup>26</sup> Gemäss Art. 314 handelt es sich um Fachpersonen aus den Bereichen Medizin, Psychologie, Pflege, Betreuung, Erziehung, Bildung, Sozialberatung, Religion und Sport.

<sup>27</sup> Verneinend Botschaft (Fn. 10), 3457; bejahend im Ergebnis FASSBIND, in: Rosch/Fountoulakis/Heck (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl., Bern 2018, Rn. 251; vermit-

Inhaltlich knüpft die Meldepflicht nach nArt. 314d ZGB an zwei *Voraussetzungen*: Zunächst müssen konkrete Hinweise bestehen, dass das Kindeswohl gefährdet ist. Darüber hinaus besteht die Meldepflicht nur, wenn die Personen der Gefährdung nicht im Rahmen ihrer Tätigkeit Abhilfe schaffen können (vgl. nArt. 314d Ingres ZGB).<sup>28</sup> Die *Meldepflicht* nach nArt. 314d ZGB ist mithin *nur relativ*.

### 3. *Einschränkung des Melderechts*

Führt die Prüfung des kantonalen und des Bundesrechts zum Ergebnis, dass *keine Meldepflicht* besteht, bleibt für die Praxis eine *weitere Abklärung* vorzunehmen: Es muss geprüft werden, ob ein *gesetzliches Berufsgeheimnis* vorliegt, welches den allgemeinen Grundsatz einschränkt, dass jede Person meldeberechtigt ist (nArt. 314c Abs. 1 ZGB). Wie bei dieser Abklärung vorzugehen ist, wird unter Ziff. III 5. ausführlich behandelt. An dieser Stelle ist «lediglich» darauf hinzuweisen, dass nArt. 314c ZGB selber das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Melderecht und den gesetzlichen Berufsgeheimnissen gemäss Art. 321 StGB regelt.<sup>29</sup> Auf dieses Verhältnis wird im Folgenden näher eingegangen.

Nach nArt. 314c Abs. 2 ZGB sind Personen, welche einem strafrechtlichen Berufsgeheimnis unterliegen (Art. 321 StGB; zu denken ist in diesem Zusammenhang insbesondere an Ärztinnen und Psychologen), ohne vorgängige Entbindung von diesem Geheimnis zur Meldung berechtigt, wenn das Kindeswohl gefährdet erscheint. Im Gegensatz zum derzeitigen Recht (Art. 364 StGB) verlangt das Gesetz dafür nicht mehr, dass eine strafbare Handlung begangen worden ist bzw. begangen zu werden droht.<sup>30</sup> Vorausgesetzt ist aber, dass eine solche Meldung im Interesse des Kindes liegt. *nArt. 314c Abs. 2 ZGB weicht somit die strafrechtliche Regelung des Berufsgeheimnisses zugunsten des Kinderschutzes auf*.<sup>31</sup>

Eine *Ausnahme* gilt freilich für *Hilfspersonen* von primären Trägern eines Berufsgeheimnisses i.S.v. Art. 321 StGB (z.B. Sozialarbeitende, welche in einer Kinder- und Jugendpsychiatrischen Klinik tätig sind). Wollen diese Hilfspersonen eine selbständige Meldung vornehmen, müssen sie sich vom Berufsgeheimnis entbinden lassen. Zur Begründung führt die Botschaft des Bundesrates aus, die primäre Trägerin des Berufsgeheimnisses müsse selber abwägen, ob das Vertrauensverhältnis bewahrt oder ob eine Meldung an die KESB gemacht werden

telnd Rosch, FamPra.ch 2012, 1028, der darauf abstellt, ob ein Steuerungsverhältnis besteht; vgl. zur gesetzgeberischen Intention für die Verschärfung der Meldepflicht Botschaft (Fn. 10), 3447.

<sup>28</sup> Dies ist bereits zum heutigen Zeitpunkt der Fall und ergibt sich aus dem Grundsatz, dass Kinderschutzmassnahmen subsidiär sind, vgl. ESR-Rosch, Art. 443 N 7.

<sup>29</sup> Zu berücksichtigen ist, dass gewisse Professionen durch Verweise in Spezialgesetzen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB unterstellt sind (Art. 2 Abs. 1 Bundesgesetz über die Schwangerschaftsberatungsstellen; Art. 3c Abs. 4 BetmG). Insofern ist die Aufzählung der Berufe in Art. 321 StGB nicht abschliessend.

<sup>30</sup> Entsprechend wird Art. 364 StGB bei Inkrafttreten der Revision aufgehoben werden.

<sup>31</sup> Eine Meldung, die gestützt auf nArt. 314c Abs. 2 ZGB erfolgt, erfüllt zwar den objektiven Tatbestand von Art. 321 f. StGB. Die Meldung ist aber nach Art. 14 StGB gerechtfertigt, sofern sie im Interesse des Kindes liegt.

soll.<sup>32</sup> Auf den ersten Blick vermag diese Überlegung einzuleuchten. Die Regelung vermag aber ihr Ziel in der Praxis kaum zu erreichen: Sofern die betroffene Person mit der Entbindung nicht einverstanden ist oder diesbezüglich urteilsunfähig erscheint, vergeht für eine Entbindung der Hilfsperson durch die zuständige Stelle oft (zu) viel Zeit. Deshalb *empfiehlt sich*, dass die *Meldung durch die primäre Trägerin des strafrechtlichen Berufsgeheimnisses selber* eingereicht wird, wenn die betroffene Person mit einer Meldung nicht einverstanden ist oder die Person diesbezüglich urteilsunfähig erscheint. Wobei dann die Meldung selbstredend durch die Hilfsperson vorbereitet werden kann. Erfahrungsgemäss nicken jedenfalls in grösseren arbeitsteiligen Organisationen die primären Trägerinnen des Berufsgeheimnisses die vorbereiteten Meldungen der Hilfspersonen bloss ab, ohne eine eigene Interessenabwägung vorzunehmen. Dies aus zeitlichen Gründen, aber auch, weil sie die betroffene Person regelmässig weniger gut kennen als die Hilfsperson.

Dass Hilfspersonen keine eigene Meldung ohne vorgängige Entbindung vornehmen dürfen, führt in der Praxis mithin bloss zu mehr Bürokratie, ohne dass daraus ein Gewinn für die betroffene Person resultieren würde. Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob es zulässig wäre, wenn eine *Hilfsperson in Vertretung der primären Geheimnisträgerin eine Meldung erstattet*, ohne zuvor vom Berufsgeheimnis entbunden worden zu sein. Mit Blick auf den gesetzgeberischen Willen gilt es zu differenzieren: Nur wenn die primäre Trägerin des Berufsgeheimnisses tatsächlich selber eine Interessenabwägung vorgenommen hat, erscheint ein Handeln der Hilfsperson als Vertreterin der primären Geheimnisträgerin zulässig. «Blankovertretungen» sind mit anderen Worten nicht gestattet.

#### 4. Adressat der Meldebestimmungen und Empfängerin der Meldung

In der Praxis regeln Organisationen zuweilen den internen Prozess, welcher einzuhalten ist, bevor eine Meldung an die KESB ergeht. Zuweilen finden sich entsprechende organisatorische Vorgaben sogar im kantonalen Recht.<sup>33</sup> Sofern solche Vorschriften den Entscheid, ob eine Meldung ergehen soll, im Ergebnis nicht den einzelnen Mitarbeitenden belassen, sind sie rechtlich unzulässig: Aus dem Wortlaut von nArt. 314c Abs. 1 ZGB («Jede Person kann der Kinderschutzbehörde Meldung erstatten...») geht klar hervor, dass das Gesetz ein *Melderecht für alle Personen statuiert*. Demgegenüber sind m.E. Bestimmungen zulässig, welche vorschreiben, dass sich eine Person vor einer Meldung an die KESB durch eine interne Stelle beraten lassen muss. Aus methodischer Sicht ist eine innerorganisatorische Beratung jedenfalls sehr zu begrüssen.<sup>34</sup> In diesem Rahmen kann insbesondere darüber nachgedacht werden, ob die Organisation sämtliche ihr zur Verfügung stehenden, erfolgsversprechenden Mittel ausgeschöpft hat

<sup>32</sup> Botschaft (Fn. 10), 3456.

<sup>33</sup> Vgl. § 51 Volksschulgesetz/ZH, wonach die «Schulpflege» – also nicht die einzelnen Lehrpersonen – eine Gefährdungsmeldung vornimmt.

<sup>34</sup> So wohl auch KOKES (Fn. 3), Rz. 9.8 (zum derzeit geltenden Recht), wonach organisationsinterne Regelungen unterstützen können.

oder ob andere Massnahmen des freiwilligen Kindesschutzes zur Verfügung stehen. Zudem kann eine gewisse «*unité de doctrine*» bezüglich Meldungen einer Organisation an die KESB hergestellt werden.

Dass sich die Meldevorschriften an die einzelnen, in einer Organisation tätigen Personen richten, ergibt sich im Übrigen auch implizit aus den Bestimmungen über die Meldepflicht: Gemäss nArt. 314d Abs. 2 ZGB erfüllt die Meldepflicht auch, wer die vorgesetzte Person orientiert. Damit wird eine *Ausnahme vom Grundsatz* statuiert, dass die KESB Empfängerin einer Meldung ist. Diese Ausnahme ist prinzipiell zu begrüssen. Insbesondere weil es unter Umständen vorteilhaft sein kann, wenn nicht die Person, welche unmittelbar mit dem Kind und den Eltern zusammenarbeitet, die Meldung selber verfasst. Wenn eine Meldung «nur» an die vorgesetzte Person ergeht, führt dies allerdings dazu, dass die KESB erst zu einem späteren Zeitpunkt über eine allfällige Kindeswohlgefährdung informiert ist. Diese Verzögerung kann auf Kosten des Kindeswohls gehen. Daraus ergeben sich zwei Konsequenzen: Erstens *reicht* – entgegen dem Wortlaut von nArt. 314d Abs. 2 ZGB – eine *interne Meldung nicht* aus, wenn die dadurch eintretende Verzögerung offensichtlich zur Folge hat, dass die KESB der Kindeswohlgefährdung nicht mehr wirksam wird begegnen können. Zweitens – und praktisch relevanter – ist der Begriff der «*vorgesetzten Person*» *eng auszulegen*. Innerhalb der Verwaltung fallen darunter vorgesetzte Personen innerhalb der gleichen Organisationseinheit, nicht aber Personen einer übergeordneten Verwaltungsbehörde.

## 5. Weitere Neuregelungen im Kindesschutz

In einem engen Zusammenhang mit den Meldevorschriften stehen die Vorschriften über die Mitwirkung im Kindesschutzverfahren. Zumal auch die meldenden Personen allenfalls einer Mitwirkungspflicht unterstehen. Meldebestimmungen und Mitwirkungsvorschriften dürfen aus diesem Grund keine Wertungswidersprüche aufweisen. Die Revision der Meldevorschriften für den Kindesschutz hat daher auch eine Revision der Bestimmungen über die Mitwirkung im kindesschutzrechtlichen Verfahren bedingt.<sup>35</sup>

Neu findet sich mit nArt. 314e ZGB eine *eigenständige Regelung für die Mitwirkung im Kindesschutz*. Im Grundsatz besteht, wie unter dem jetzigen Recht, eine Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten sowie Dritter (vgl. nArt. 314e Abs. 1 ZGB).

Die derzeit existierenden, *absoluten Mitwirkungsverweigerungsrechte* (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 448 Abs. 3 ZGB) werden durch die Revision für den Kindesschutz erheblich *eingeschränkt*: Ein absolutes Verweigerungsrecht besteht lediglich noch für mandatierte Anwältinnen und Anwälte; und dies auch nur, sofern auf sie das BGFA anwendbar ist.<sup>36</sup> Immerhin können sich diese An-

<sup>35</sup> Botschaft (Fn. 10), 3460.

<sup>36</sup> Was faktisch regelmässig voraussetzt, dass die Anwältin im kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist, vgl. Art. 2 Abs. 1 BGFA sowie dazu NATER, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 3. Sachlich verfehlt, aber vom Wortlaut klar so bestimmt, kommt den Kindesvertretern sowie den Verfahrensbeiständen kein absolutes Verweige-

wältinnen und Anwälte vom Berufsgeheimnis entbinden lassen. Mit der Folge, dass sie berechtigt – aber grundsätzlich nicht verpflichtet – sind, am Verfahren mitzuwirken (vgl. Art. 13 Abs. 1 S. 2 BGFA).<sup>37</sup>

Für die übrigen Personen, welche nach Art. 321 StGB an ein strafrechtliches Berufsgeheimnis gebunden sind, gilt, dass sie nach einer Entbindung vom Geheimnis zur Mitwirkung verpflichtet sind (nArt. 314e Abs. 3 ZGB).<sup>38</sup> Solange keine Entbindung vom Berufsgeheimnis vorliegt, sind die primären Träger eines strafrechtlichen Berufsgeheimnisses neu immerhin berechtigt, am Verfahren mitzuwirken (vgl. nArt. 314e Abs. 2 ZGB). Die in den Meldevorschriften enthaltene Wertung zulasten des Berufsgeheimnisses bzw. zugunsten eines Rechts, an die KESB auch ohne Entbindung gelangen zu können (nArt. 314c Abs. 2 ZGB), wird damit für die Mitwirkung am Verfahren übernommen. Wiederum gilt die Einschränkung des strafrechtlichen Berufsgeheimnisses nicht für Hilfspersonen (vgl. nArt. 314e Abs. 2 Satz 2 ZGB). Für die Praxis bedeutet diese Neuerung, dass eine *Entbindung vom strafrechtlichen Berufsgeheimnis nur noch in zwei Konstellationen relevant* sein wird: Wenn eine primäre Geheimnisträgerin mit der KESB nicht kooperieren möchte; oder wenn eine Hilfsperson selber am Verfahren mitwirken soll.

## 6. Neuregelungen im Erwachsenenschutz

Die Gesetzgeberin hat die vorliegende Revision im Kinderschutz zum Anlass genommen, die *Vorschriften über die Meldepflichten sowie die Mitwirkungspflicht im Erwachsenenschutz marginal abzuändern*.

So findet sich in nArt. 443 Abs. 2 ZGB neu der explizite Hinweis, dass eine Meldepflicht nicht besteht, wenn die hierzu an sich verpflichtete Person im Rahmen ihrer Tätigkeit Abhilfe schaffen kann.<sup>39</sup> Auch hier ist die *Meldepflicht* also *relativ*. Zudem entschied der Gesetzgeber die umstrittene Frage,<sup>40</sup> ob ein *Berufsgeheimnis* vor der Meldepflicht *Vorrang* hat. Dies ist – in Übereinstimmung mit der entsprechenden Wertung im Kinderschutz (vgl. nArt. 314d Abs. 1 Ingres) – der Fall.<sup>41</sup>

In Bezug auf die Mitwirkungspflichten regelte der Gesetzgeber neu, dass relativ geheimnisberechtigte Personen (vgl. Art. 448 Abs. 2 ZGB) nicht nur über ein

rungsrecht zu, sofern sie sich nicht auf das anwaltliche Berufsgeheimnis nach Art. 13 BGFA berufen können.

<sup>37</sup> Etwas anderes gilt lediglich im praktisch seltenen Fall, dass in einem konkreten Auftrag Mitwirkungspflichten zwischen dem Geheimnisherrn und dem Geheimnisträger vereinbart worden sind.

<sup>38</sup> Da die betroffenen Personen die Geheimnisträgerin auch gegen deren Willen vom Berufsgeheimnis entbinden kann und auch die KESB bei der Aufsichtsbehörde eine Entbindung vom Berufsgeheimnis verlangen kann (n314e Abs. 3 ZGB), sind Geheimnisträger unter Umständen gegen ihren Willen zur Mitwirkung verpflichtet.

<sup>39</sup> Dieser Grundsatz gilt auch unter dem bisherigen Recht, siehe Fn. 28.

<sup>40</sup> Vgl. BERTSCHI/MARANTA, Das Kinderschutzverfahren – Verantwortung, Aufgaben und Rechte der Ärztinnen und Ärzte, pädiatrie 2014, 20 m.w.Nw.

<sup>41</sup> Kritisch hierzu OFK-FASSBIND, Art. 443 N 3, der diese Regelung als «formaljuristischen Leerlauf» bezeichnet, darauf hinweist, dass die Entbindung in der Praxis standardmässig erteilt wird, und geltend macht, durch eine Entbindungspflicht würden die Verantwortlichkeiten verwischt sowie das Verfahren verzögert.

Mitwirkungsrecht, sondern über eine Mitwirkungspflicht verfügen, wenn sie sich selber vom Berufsgeheimnis entbinden lassen.<sup>42</sup> Zudem hat die Gesetzgeberin einen (potenziellen) Widerspruch zwischen Art. 448 Abs. 2 ZGB und Art. 321 StGB beseitigt: Der Gesetzgeber hat klargestellt, dass sich auch Psychologinnen und Chiropraktoren zuerst vom strafrechtlichen Berufsgeheimnis entbinden lassen müssen, bevor sie zur Mitwirkung am Erwachsenenschutz-Verfahren verpflichtet sind.<sup>43</sup>

### III. Ausgewählte Einzelfragen

#### 1. Unterschiedliche «Meldeschwellen» bei Melderecht und Meldepflicht?

Ein Vergleich zwischen nArt. 314c ZGB und nArt. 314d ZGB zeigt auf, dass der Gesetzestext unterschiedliche «Meldeschwellen» an das Melderecht einerseits und an die Meldepflicht andererseits formuliert: Eine Meldepflicht liegt erst vor, wenn das Kindeswohl gefährdet «ist» (nArt. 314d Abs. 1 Ingres ZGB).<sup>44</sup> Demgegenüber besteht ein Melderecht, wenn das Kindeswohl gefährdet «erscheint» (Art. 314c Abs. 1 ZGB). Weiter müssen «konkrete Hinweise» für eine Kindeswohlgefährdung bestehen, damit eine Meldepflicht vorliegt (nArt. 314d Abs. 1 ZGB). Eine solche qualifizierte Voraussetzung besteht im Rahmen des Melderechts demgegenüber nicht. Dem Gesetzeswortlaut nach ist die «Meldeschwelle» für eine Meldepflicht mithin höher angesetzt als die «Meldeschwelle» für das Melderecht.<sup>45</sup> Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Annahme zutrifft.

Durch die Formulierung, das Kindeswohl müsse gefährdet *sein* – und nicht «bloss» gefährdet erscheinen – wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass eine Meldung nicht nur gestützt auf subjektive Eindrücke erfolgt, sondern aufgrund objektiver Elemente.<sup>46</sup> Freilich handelt es sich bei einer Kindeswohlgefährdung nicht um eine «Gegebenheit» oder um eine «Tatsache». Vielmehr um die Bewertung eines komplexen Geschehens, welches in persönlichen, insbesondere fami-

<sup>42</sup> Im Kinderschutz stellt sich diese Frage nicht, weil die (primären) Geheimnisträger grundsätzlich über ein Melderecht verfügen (nArt. 314e Abs. 2 ZGB) und sie sich deshalb nicht vom Berufsgeheimnis werden entbinden lassen.

<sup>43</sup> Ob dies bereits im geltenden Recht der Fall ist, ist in der Literatur umstritten; dafür mit überzeugenden Argumenten KETTIGER, Zum Berufsgeheimnis der Psychologinnen und Psychologen gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 448 ZGB), SJZ 2014, 512, 513 ff.; so auch MURPHY/STECK (Fn. 22), Rz. 18.131; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, Zürich 2016, Rz. 226; a.A. ESR-ROSCH, Art. 448 N 4a. Die zudem im deutschen Text neue, geschlechtergerechte Bezeichnung «Hebammen und Entbindungspfleger» ist rein redaktioneller Natur, so Botschaft (Fn. 10), 3462.

<sup>44</sup> Den Vorschlag, eine Meldepflicht nur vorzusehen, wenn das Kindeswohl *ernsthaft* gefährdet ist haben die Räte demgegenüber verworfen. Vgl. Votum Abate, AB 2017 S, 1014.

<sup>45</sup> Vgl. Votum Flach, AB 2017 N, 1782, wonach durch das Erfordernis *konkreter* Hinweise die Voraussetzungen für eine Meldepflicht gegenüber den Voraussetzungen für das Melderecht verschärft würden.

<sup>46</sup> Votum Nidegger, AB 2017 N, 1779: ««Sembler», c'est une impression subjective, et l'on ne doit pas pouvoir justifier une délation simplement par une impression subjective»; vgl. auch Votum Germann, AB 2016 S, 852.

lialen Beziehungen eingebettet ist.<sup>47</sup> Bereits daraus erhellt, dass die Frage, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, nicht einfach anhand eines objektiven Massstabes vermessen werden kann. Ein Kinderschutzsystem kann vielmehr nur effizient arbeiten, wenn den zuständigen Behörden auch subjektive Bewertungen zugehen. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Gesetzgeberin anlässlich der Revision beabsichtigt hat, die Funktionalität des Kinderschutzsystems zu untergraben. Trotz der Formulierung, das Kindeswohl müsse gefährdet *sein*, können *Dritte der KESB weiterhin auch subjektive Beobachtungen melden*, wenn diese kein «objektives Fundament» aufweisen.

Die Formulierung «*gefährdet ist*» statt «*gefährdet erscheint*», darf auch nicht dergestalt verstanden haben, als dass eine Meldepflicht erst besteht, wenn eine Schädigung des Kindeswohls bereits eingetreten ist. Einem solchen Verständnis steht der unbestrittene Grundsatz gegenüber, dass es das Ziel aller Interventionen im Kinderschutz ist, Gefährdungen frühzeitig zu erkennen.<sup>48</sup>

Gestützt auf diese teleologischen Überlegungen lässt sich aus den Formulierungen, das Kindeswohl müsse gefährdet «*erscheinen*» (nArt. 314c Abs. 1 ZGB) bzw. das Kindeswohl müsse gefährdet «*sein*» (nArt. 314d Abs. 1 ZGB), keine unterschiedliche Meldeschwelle ableiten.

Wie bereits festgehalten, müssen die Hinweise für eine Kindeswohlgefährdung «*konkret*» sein, damit die Meldepflicht besteht.<sup>49</sup> Allerdings blieb im Rahmen der parlamentarischen Beratungen unklar, welcher Massstab diesbezüglich gelten soll.<sup>50</sup> Teilweise wurde im Parlament die Vermutung geäußert, es müssten «sozusagen harte Fakten» vorliegen.<sup>51</sup> Eine solche Auslegung erschiene problematisch: Sie steht zunächst im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut, welcher «Hinweise», nicht aber Beweise verlangt (vgl. nArt. 314d Abs. 1 Ingres ZGB). Weiter liegen «harte Fakten» bezüglich einer Kindeswohlgefährdung im Zeitpunkt einer Meldung kaum je vor. Dies vornehmlich aus zwei Gründen: Wie bereits festgehalten, sind Kindeswohlgefährdungen nicht ohne Weiteres objektiv messbar. Zudem ist die Einschätzung, ob eine Kindeswohlgefährdung besteht bzw. wie dieser Gefährdung begegnet werden kann, (auch) prognosebehaftet.<sup>52</sup> Zu Recht hielt deshalb ein Parlamentarier, welcher die Formulierung «konkrete Hinweise» unter-

<sup>47</sup> Vgl. Kinderschutz-Zentrum Berlin, Kindeswohlgefährdung – Erkennen und Helfen, 11. Aufl., Berlin 2009, 29 f.; BIESEL/FELLMANN/MÜLLER/SCHÄR/SCHNURR, Prozessmanual Dialogisch-systemische Kindeswohlklärung, Bern 2017, 26.

<sup>48</sup> BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Vorbem. Art. 307–327c N 260; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 307 N 5.

<sup>49</sup> Dies gilt demgegenüber nicht in Bezug auf das Melderecht. Die unterschiedliche Regelung stellt einen Kompromiss zwischen denjenigen Ratsmitgliedern dar, welche generell konkrete Hinweise für ein Melderecht bzw. für eine Meldepflicht verlangten und denjenigen Parlamentarierinnen, die generell auf das Erfordernis «konkreter» Hinweise verzichten wollten.

<sup>50</sup> Dieser Umstand wurde bereits im Gesetzgebungsprozess moniert, vgl. Votum Fehlmann Rielle, AB 2017 N, 2060; Votum Arslan, AB 2017 N, 2062.

<sup>51</sup> Vgl. Votum Sommaruga, AB 2017 N, 1783, mit dem Beispiel eines gebrochenen Armes, wenn klar sei, dass der Armbruch auf eine Misshandlung zurückgehe.

<sup>52</sup> BIESEL/FELLMANN/MÜLLER/SCHÄR/SCHNURR (Fn. 47), 26.

stützte, fest, «harte Fakten» seien nicht erforderlich.<sup>53</sup> Die Formulierung sei vielmehr dahingehend zu verstehen, dass nicht einfach eine Vielzahl von Meldungen erwünscht seien, sondern qualitativ möglichst gute Meldungen.<sup>54</sup> Damit sollte der Terminus «konkrete Hinweise» in Erinnerung rufen, dass auch bei einer Meldepflicht *keine Meldung um der blossen Meldung Willen zu erfolgen* hat. Eine eigenständige Bedeutung hat der Terminus «konkrete Hinweise» damit nicht.

Zusammenfassend ergibt sich, dass – entgegen dem Wortlaut von nArt. 314c Abs. 1 ZGB und nArt. 314d Abs. 1 Ingres ZGB – *keine unterschiedlichen Meldeschwellen für das Melderecht einerseits und für die Meldepflicht andererseits* bestehen.<sup>55</sup>

## 2. *Erweiterte Meldepflicht nach nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB*

Wie festgehalten, hat der Gesetzgeber die *Meldepflicht erweitert*. Damit folgt die Schweiz einem *Trend in vielen europäischen Ländern*.<sup>56</sup>

Freilich beschränkt sich die Meldepflicht auch nach der Revision nur auf einen *bestimmten Personenkreis*: Die Gesetzgeberin hat davon abgesehen, eine allgemeine Meldepflicht vorzusehen. Dies wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens damit begründet, dass eine allgemeine Meldepflicht häufiger Meldungen an die KESB generieren würde, welche offensichtlich unbegründet wären.<sup>57</sup> Zudem würde das «Misstrauensklima», welches mit einer solchen Pflicht einhergehe, dem Zweck der Meldepflicht entgegenstehen. Schliesslich stünde zu befürchten, dass begründete Meldungen unter den unbegründeten Meldungen «untergehen» würden.<sup>58</sup> Aus fachlicher Sicht spricht gegen eine generelle Meldepflicht vor allem, dass dadurch die Bedeutung von Intimitätszusicherungen

<sup>53</sup> Vgl. Votum Nidegger, AB 2017 N, 2061: «En droit, un indice, c'est l'indication qu'il pourrait exister un fait, et c'est la seule chose qui est demandée ici»; Votum Sommaruga, AB 2017 S, 979.

<sup>54</sup> Votum Nidegger, AB 2017 N, 2061: «Il s'agit de savoir si l'on veut un droit d'aviser et surtout un devoir d'aviser de qualité, ou si l'on recherche simplement la quantité.»

<sup>55</sup> Wenn davon ausgegangen wird, die Meldeschwelle für eine Meldepflicht sei höher als die Meldeschwelle für das Melderecht, ist zu berücksichtigen, dass die Folgen dieser Erkenntnis praktisch beschränkt sind: Für Personen, welche eine Meldung an die KESB erstatten möchten, wird die (angeblich) erhöhte Meldeschwelle ohne Folgen bleiben. Wie bereits ausgeführt, besteht immerhin ein *Melderecht* wenn ein Kind hilfsbedürftig «erscheint», ohne dass die entsprechenden Hinweise «konkret» sein müssten. Praktische Bedeutung würden etwaige strengere Voraussetzungen an die Meldepflicht zeitigen, wenn eine Person von einer Meldung absieht und sich (haftpflicht- bzw. strafrechtlich) die Frage stellt, ob eine Meldung hätte vorgenommen werden müssen.

<sup>56</sup> Vgl. GILBERT, A comparative study of child welfare systems: Abstract orientations and concrete results, *Children and Youth Service Review* 2012, 532 ff., 533, vgl. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0190740911003793> (27.06.2018); für eine internationale Übersicht über Meldepflichten (auch im strafrechtlichen Kontext) vgl. MATHEWS, *Mandatory Reporting Laws: Their Origin, Nature, and Development over Time*, in: Mathews/Bross (Hrsg.), *Mandatory Reporting Laws and the Identification of Severe Child Abuse and Neglect*, Heidelberg 2014, 14 ff. sowie Botschaft (Fn. 10), 3452.

<sup>57</sup> Zu dieser These vgl. MATHEWS/BROSS, *Mandated reporting is still a policy with reason*, *Empirical evidence and philosophical grounds*, *Child Abuse & Neglect* 2008, 511 ff., 512 f.

<sup>58</sup> Botschaft (Fn. 10), 3448.

für effektive Unterstützungsmassnahmen bzw. der Schutz der informationellen Selbstbestimmung zu wenig stark gewichtet würde.<sup>59</sup>

Neben Personen, welche in amtlicher Tätigkeit auf konkrete Hinweise stossen, dass das Kindeswohl gefährdet ist (nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB,) besteht *neu eine bundesrechtliche Meldepflicht nach nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB für Personen, die (kumulativ)*

- konkrete Hinweise dafür haben, dass das Kindeswohl gefährdet ist<sup>60</sup>;
- die davon ausgehen müssen, dass sie der Gefährdung nicht im Rahmen ihrer Tätigkeit Abhilfe schaffen können;
- die Fachpersonen in einem gesetzlich aufgelisteten Tätigkeitsbereich (Medizin, Psychologie, Pflege, Betreuung, Erziehung, Bildung, Sozialberatung, Religion und Sport) sind;
- und regelmässig beruflichen Kontakt zu Kindern haben;
- ohne einem strafrechtlichen Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB zu unterliegen;
- und ohne eine amtliche Tätigkeit auszuüben<sup>61</sup>.

Diese Voraussetzungen haben zur Folge, dass der *persönliche Anwendungsbereich* von nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB *nicht weit* reicht. So ist eine Tätigkeit in vielen der gesetzlich aufgelisteten Bereiche oft durch das strafrechtliche Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) geschützt. Z.B. kommt der überwiegenden Mehrheit der Fachpersonen in den Bereichen Medizin, Psychologie, Pflege sowie Betreuung entweder ein «eigenständiges» Berufsgeheimnis zu (so z.B. für Ärzte und Psychologinnen); oder diese Fachpersonen sind als Hilfspersonen von Geheimnisträgerinnen zu qualifizieren.<sup>62</sup>

Weiter lässt der Terminus «*Fachperson*» in nArt. 314 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB darauf schliessen, dass Hilfspersonen, die in den gesetzlich aufgelisteten Bereichen tätig sind (z.B. der Zeugwart eines grösseren Fussballvereins, der regelmässig beruflichen Kontakt zu den Juniorinnen des Vereins hat), wohl keiner Meldepflicht unterliegen. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die gesetzlich aufgelisteten Fachpersonen teilweise eine amtliche Tätigkeit ausüben (so z.B. Ärzte an öffentlichen Spitalern). Für sie bestimmt sich die Meldepflicht nicht nach nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, sondern nach nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB. Diese Unterscheidung kann relevant sein: Die Meldepflicht nach der zweitgenannten Vor-

<sup>59</sup> Vgl. zur diesbezüglichen Abwägung Ziff. I.

<sup>60</sup> Vgl. diesbezüglich Ziff. III 1.

<sup>61</sup> Die Wendung «in amtlicher Tätigkeit» ist nach der Botschaft des Bundesrats zum Erwachsenenschutzrecht weit auszulegen, so auch HAEFELI (Fn. 22), Rz. 33.04: Darunter sollten sämtliche Personen fallen, die öffentlich-rechtliche Befugnisse ausüben, auch wenn sie zum Gemeinwesen nicht in einem Beamten- oder Angestelltenverhältnis stehen (Botschaft Erwachsenenschutz BBl 2006, 7076). Dazu gehören etwa Sozialarbeitende, sofern sie für das Gemeinwesen arbeiten sowie an einem öffentlichen Spital angestellte Ärzte, vgl. MEIER (Fn. 43), Fn. 220.

<sup>62</sup> Gemäss PFISTER PILLER (Fn. 22), Rz. 4.29, können nur selbständige, unabhängig von einem Arzt arbeitende Therapeutinnen und Therapeuten (insbes. Naturheilpraktiker und «Heiler»), die regelmässig beruflichen Kontakt mit Kindern haben, der Meldepflicht nach nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB unterstehen.

schrift setzt insbesondere nicht voraus, dass eine Person «regelmässig beruflichen Kontakt zu Kindern» hat.

Die diesbezügliche Einschränkung in nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB soll *Personen, welche sich im Rahmen ihrer Freizeit mit Kindern beschäftigen* (z.B. ehrenamtliche Sporttrainerinnen und -trainer, J+S-, Pfadi- und JUBLA-Leiterinnen und -Leiter) von der erweiterten bundesrechtlichen Meldepflicht ausnehmen.<sup>63</sup> Für sie kann aber eine kantonale Meldepflicht bestehen (nArt. 314d Abs. 3 ZGB).<sup>64</sup> Wenn geprüft wird, ob eine Person regelmässig beruflichen Kontakt zu Kindern hat, sind die tatsächlichen Umstände massgebend. Mithin nicht die rechtlichen Verhältnisse. Entsprechend verlangt das Gesetz nicht, dass die Fachperson selber in einem vertraglichen Verhältnis zu einer Institution steht, welche sich regelmässig um Kinder kümmert.

### 3. *Interessenabwägung Melderecht*

Wie festgehalten, besteht neu für Träger des strafrechtlichen Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB) – nicht aber für deren Hilfspersonen – ein Melderecht ohne vorherige Entbindung vom Geheimnis. Freilich ist dieses Melderecht in zweifacher Hinsicht beschränkt: Zunächst muss das Kindeswohl gefährdet erscheinen. Sodann muss eine Meldung im Interesse des Kindes liegen (vgl. nArt. 314c Abs. 2 ZGB). Aus der zweitgenannten Voraussetzung geht hervor, dass die Trägerinnen eines strafrechtlichen Berufsgeheimnisses eine *Interessenabwägung* vornehmen müssen, bevor sie an die KESB gelangen. Im Folgenden wird dargelegt, welche Überlegungen für die Interessenabwägung massgebend erscheinen. Diese Überlegungen erscheinen generell relevant, wenn sich eine Person überlegt, eine Meldung zu erstatten.

Der Wortlaut von nArt. 314c Abs. 2 ZGB rückt die Interessen des Kindes in das Zentrum der diesbezüglichen Überlegungen. Die Gesetzesmaterialien stellen – über den Wortlaut der Bestimmung hinaus – klar, dass nicht «nur» die Interessen des betroffenen Kindes berücksichtigt werden dürfen. Vielmehr sind auch die Interessen anderer Kinder, welche mit der gefährdenden Person in Kontakt stehen, relevant.<sup>65</sup>

Ob eine Meldung im Interesse des Kindes (bzw. weiterer Kinder im Umfeld der gefährdenden Person) liegt, bestimmt sich gemäss der Botschaft durch eine Abwägung: Auf die eine Seite der Waage müssen das *Interessen am Schutz des Kindes* gelegt werden; auf die andere Seite das *Interessen an der Geheimhaltung bestimmter Informationen*.<sup>66</sup> Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang, welche Geheimhaltungsinteressen überhaupt relevant sein können. Denkbar erschiene, auch Eigeninteressen der Person, welche das Kind gefährdet, darunter zu subsumieren. Dies gerade dann, wenn eine berufsethische Schweigepflicht

<sup>63</sup> So Botschaft (Fn. 10), 3457.

<sup>64</sup> So Art. 32 LAPAE/VD; Art. 34 LaCC/GE (wobei die Meldepflicht gegenüber dem Jugendamt besteht); Art. 54 Jugendgesetz/VS. Vgl. Ziff. II 2.

<sup>65</sup> Botschaft (Fn. 10), 3455.

<sup>66</sup> Vgl. Botschaft (Fn. 10), 3455.

zum Schutz der gefährdenden Person besteht. Eine solche Auslegung überzeugt freilich nicht: Wie bereits festgehalten, stellt nArt. 314c Abs. 2 ZGB die Interessen des Kindes in das Zentrum der Interessenabwägung. Entsprechend rechtfertigt sich die Geheimhaltung von Informationen nach der vorliegend vertretenen Ansicht ausschliesslich aus Gründen des Kinderschutzes: Nämlich damit, dass das Kindeswohl (inkl. dem Wohl weiterer Kinder im Umfeld der gefährdenden Person) bei einer Meldung an die KESB in grössere Gefahr geraten würde als ohne Meldung.

Führt die Interessenabwägung nicht zu einem (relativ) eindeutigen Ergebnis, sollte regelmässig nicht mit der Begründung, den weiteren Ablauf abwarten zu wollen, auf eine Meldung an die KESB verzichtet werden: Bei einer Meldung zu einem frühen Zeitpunkt hat die KESB mehr Zeit, im Rahmen des Kinderschutzverfahrens mittels Interventionen im System Lösungsoptionen zu initiieren bzw. auszuprobieren, die Eltern und das Kind zu beraten, zu unterstützen und sie ggf. von der Sinnhaftigkeit kinderschutzwertlicher Massnahmen zu überzeugen.<sup>67</sup> Zudem kann die KESB bei einer frühen Meldung oft weniger invasive Massnahmen anordnen, um die Kindeswohlgefährdung abzuwenden.<sup>68</sup> *Meldungen an die KESB* sollten somit *nicht als «ultima ratio»* angesehen werden.<sup>69</sup>

Schliesslich ist das *bestehende Unterstützungsnetz zu berücksichtigen*, wenn abgeklärt wird, ob eine Meldung an die KESB im Interesse des Kindes liegt. Idealtypisch sollte die KESB nur dann intervenieren, wenn die Eltern nicht selber einer Kindeswohlgefährdung Abhilfe verschaffen.<sup>70</sup> Lassen sich die Eltern und das Kind bereits beraten, sollte die Trägerin des strafrechtlichen Berufsgeheimnisses deshalb primär an die beratende Stelle gelangen (sofern sie selber nicht die Beratung durchführt). Dafür ist allenfalls zunächst eine Entbindung vom Berufsgeheimnis notwendig.<sup>71</sup> Eine Meldung an die KESB erscheint nur angezeigt, wenn der Beratungsbedarf die Kompetenzen der beratenden Person übersteigt, die Weiterführung der Beratung nicht erfolversprechend erscheint oder die Eltern bzw. die Kinder die Beratung abbrechen möchten.<sup>72</sup> Ob ein solcher Fall vorliegt, sollte die Berufsgeheimnisträgerin in aller Regel zusammen mit der beratenden Person klären. Letztlich trägt aber die Geheimnisträgerin die Verantwortung für den allfälligen Entscheid, nicht an die KESB zu gelangen.

<sup>67</sup> Zu dieser Aufgabe der KESB vgl. näher BERTSCHI/MARANTA, FamPra.ch 2015, 840; FASSBIND (Fn. 27), Rz. 212.

<sup>68</sup> Zur Pflicht der Behörden, «... zum frühestmöglichen Zeitpunkt mit gezielten Massnahmen möglichst präventiv die festgestellte Kindeswohlgefährdung abzuwenden...» vgl. BGer vom 18.07.2017, 5A\_765/2016, E. 3.3.

<sup>69</sup> Zur entsprechenden Wahrnehmung von Gefährdungsmeldungen durch Schulen vgl. JUD/STAUFER/LÄTSCH (Fn. 4) sowie SCHMID (Fn. 4), 20 ff., wonach Gefährdungsmeldungen nur in 9% der Fälle von Schulen stammen.

<sup>70</sup> Illustrativ BGer vom 18.07.2017, 5A\_765/2016, E. 3.2.

<sup>71</sup> nArt. 314c Abs. 2 räumt «nur» ein Melderecht gegenüber der KESB ein. Treten bei der Entbindung vom Berufsgeheimnis praktische Schwierigkeiten auf (ist eine solche z.B. nicht innerhalb einer angemessenen Frist erhältlich), erscheint aus praktischer Sicht eine Meldung an die KESB trotz bestehendem Beratungssetting angezeigt. Die KESB kann sich dann über den Inhalt der Meldung im Rahmen des Kinderschutzverfahrens mit der beratenden Person austauschen.

<sup>72</sup> FASSBIND (Fn. 27), 242.

Entschliesst sich der Geheimnisträger, keine Meldung zu erstatten, stellt sich die Frage, inwieweit er dafür verantwortlich ist, das Wohl des Kindes weiter unter Beobachtung zu behalten (sog. *Garantenstellung*). Eine solche Verpflichtung resultiert nicht unmittelbar aus nArt. 314c Abs. 2 ZGB. Jedenfalls so lange Kinder in der Obhut von Fachpersonen sind, welche beruflich mit ihnen arbeiten, wird eine *Garantenstellung* (in Bezug auf mögliche Kindeswohlgefährdungen) aber regelmässig vorliegen, gestützt auf anderweitige Normen sowie gestützt auf vertragliche Grundlagen (wie z.B. einem ärztlichen Behandlungsvertrag).<sup>73</sup> Damit müssen die Fachpersonen auch aus rechtlicher Sicht *regelmässig überprüfen*, ob die einst vorgenommene *Interessenabwägung nach wie vor aktuell* ist.

Zur *Qualitätssicherung* sollte die Entscheidung, ob von einem Melderecht Gebrauch gemacht wird, idealerweise durch mehrere Personen gemeinsam getroffen werden (z.B. durch die Kinderschutzgruppe eines Spitals). Die Kinder und Jugendlichen sind entsprechend ihrem Alter und ihrer Reife in die Entscheidungsfindung einzubeziehen (vgl. Art. 12 KKK). Jedenfalls in komplexen Fällen sollten zudem anonymisierte Fallbesprechungen mit der KESB oder deren Abklärungsdienst erfolgen. Damit die Entscheidung für bzw. wider eine Meldung auch noch zu einem späteren Zeitpunkt nachvollziehbar ist, muss sie verschriftlicht werden.<sup>74</sup>

#### 4. Weitere Melderechte und Meldepflichten

##### 4.1 Einführung

Wie bereits festgehalten, finden sich Meldepflichten gegenüber der KESB auch ausserhalb von nArt. 314d ZGB. Sie sind nicht nur im kantonalen Recht (so ausdrücklich nArt. 314d Abs. 3 ZGB) geregelt, sondern auch im Bundesrecht enthalten. Im Folgenden werden die für den *Kinderschutz wichtigsten Meldepflichten des Bundes*, welche ausserhalb von nArt. 314c f. ZGB normiert sind, vorgestellt.

##### 4.2 Bundesrechtliche Meldepflichten

Beistandspersonen sind im Kinderschutz gestützt auf eine analoge Anwendung von *Art. 414 ZGB* verpflichtet, die KESB unverzüglich über Umstände zu orientieren, die eine Änderung oder Aufhebung der Beistandschaft erfordern bzw. ermöglichen.<sup>75</sup> Insofern ist die umstrittene<sup>76</sup> Frage, ob Privatbeistände eine amtliche Tätigkeit ausüben (und deshalb gestützt auf nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB meldepflichtig sind), im vorliegenden Kontext irrelevant.

<sup>73</sup> So Botschaft (Fn. 10), 3460; in Bezug auf den ärztlichen Behandlungsvertrag vgl. PFISTER PILLER (Fn. 22), Rz. 4.26 und Rz. 5.42; vgl. auch BSK StGB I-SEELMANN in Bezug auf ärztliche Behandlungen.

<sup>74</sup> Vgl. auch ESR-ROSCH, Art. 443 N 4.

<sup>75</sup> Zur analogen Anwendung der Bestimmungen über die Beistandschaften des Erwachsenenschutzes auf die Beistandschaften des Kinderschutzes vgl. KOKES (Fn. 3), Rz. 2.44.

<sup>76</sup> Verneinend etwa ESR-ROSCH, Art. 443 N 6; a.M. aber BGE 121 IV 216, 222.

Art. 75 Abs. 2 StPO hält die Strafverfolgungsbehörden dazu an, die KESB über eingeleitete Strafverfahren sowie über Strafurteile zu informieren, wenn dies u.a. zum Schutz einer (ggf. minderjährigen Person) geschädigten Person oder ihrer Angehörigen erforderlich ist. Weiter haben die Strafverfolgungsbehörden unverzüglich die KESB zu benachrichtigen, wenn sie bei der Verfolgung von Straftaten, an denen Minderjährige beteiligt sind, feststellen, dass weitere Massnahmen erforderlich sind (Art. 75 Abs. 3 StPO). Darüber hinaus sieht der Wortlaut von Art. 20 Abs. 4 JStG vor, dass die Behörden des Zivilrechts und die Jugendstrafbehörden einander ihre Entscheide mitteilen. Freilich besteht diese Mitteilungspflicht – entgegen dem Wortlaut – nur, wenn sowohl die KESB als auch die Jugendstrafbehörden in einem Fall involviert sind.<sup>77</sup>

Schliesslich ist das für ein Zivilverfahren zuständige Gericht nach Art. 69 Abs. 2 ZPO verpflichtet, der KESB Meldung zu machen, wenn sie den Eindruck erhalten, eine Partei benötige Schutzmassnahmen. Wiewohl sich die Bestimmung in erster Linie auf an sich handlungsfähige Personen bezieht,<sup>78</sup> kann sie auch zum Zuge kommen, wenn eine minderjährige Person Partei eines Verfahrens ist.<sup>79</sup>

#### 4.3 Kantonale Meldepflichten

Die Kantone haben namentlich in ihrer Einführungsgesetzgebung zum Kinderschutz<sup>80</sup> sowie im Schulrecht *Meldepflichten* vorgesehen.<sup>81</sup> Nach Inkrafttreten der Revision wird jeweils zu prüfen sein, ob sich die entsprechende Pflicht nicht bereits aus dem Bundesrecht ergibt.

In interkantonalen Konstellationen – wenn z.B. ein Kind im Kanton Basel-Stadt wohnhaft, aber in einem Heim im Kanton Zürich untergebracht ist – stellt sich die Frage, *welche kantonale Meldepflichten einschlägig* sind (hier: die Meldepflichten des Kantons Basel-Stadt oder des Kantons Zürich). Nach dem Territorialitätsprinzip sind kantonale Meldepflichten nur auf Sachverhalte anwendbar, welche sich im jeweiligen Kanton abgespielt haben.<sup>82</sup> Deshalb muss der Sachverhalt einem Kanton zugeordnet werden. REICHLIN schlägt in Bezug auf das anwendbare kantonale Recht vor, an die örtliche Zuständigkeit der KESB anzu-

<sup>77</sup> So AEBERSOLD, Schweizerisches Jugendstrafrecht, 3. Aufl., Bern 2017, Rz. 500.

<sup>78</sup> STAEHELIN/SCHWEIZER, in: Sutter-Sommer/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 69 N 2 m.w.Nw.

<sup>79</sup> Vgl. zur beschränkten Prozessunfähigkeit urteilsfähiger Minderjähriger z.B. Art. 67 Abs. 3 ZPO sowie Art. 323 ZGB.

<sup>80</sup> Vgl. hierzu den relativ aktuellen Überblick bei ESR-ROSCHE, Art. 443 N 10, MURPHY/STECK (Fn. 22), Rz. 18.64 sowie bei Ka. AFFOLTER, Anzeige- und Meldepflicht (Art. 443 Abs. 2 ZGB), ZKE 2013, 47 ff.

<sup>81</sup> Vgl. z.B. § 6 KESG/BS: «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». § 61 Abs. 1 Schulgesetz/BS: Meldepflicht gegenüber der KESB vor dem Ausschluss einer minderjährigen Schülerin bzw. eines minderjährigen Schülers aus der Schule, damit sich die KESB hierzu vernehmen lassen kann.

<sup>82</sup> Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016, Rz. 310.

knüpfen.<sup>83</sup> Ein solches Vorgehen erscheint im vorliegenden Kontext nicht praktikabel: Sind Jugendliche z.B. in einem Heim im Kanton Thurgau untergebracht, obwohl sie ihren Wohnsitz in unterschiedlichen Kantonen haben (und damit grundsätzlich diverse KESB örtlich zuständig sind, vgl. Art. 315 Abs. 1 ZGB), müssten die Mitarbeitenden des thurgauischen Heims das Recht sämtlicher Wohnsitzkantone der Jugendlichen kennen, um beurteilen zu können, ob eine Meldepflicht besteht. M.E. liegt es näher, an die meldende Person als Adressatin einer Meldepflicht anzuknüpfen. Dann ist deren *Wohnsitz* (bzw. der *Ort der Einrichtung*, sofern die Meldung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit erfolgt) für die *kantonale Zuordnung des Sachverhaltes massgebend*.<sup>84</sup> Damit sind für die Adressaten einer Meldepflicht die Bestimmungen in ihrem Wohnkanton bzw. im Kanton massgebend, in welchem «ihre» Einrichtung liegt.<sup>85</sup>

#### 4.4 Exkurs: Bundesrechtliche Melderechte

Neben nArt. 314c ZGB bestehen weitere bundesrechtliche Melderechte gegenüber der KESB (insbes. *Art. 11 Abs. 3 OHG; Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 453 ZGB*,<sup>86</sup> *Art. 3c BtmG*, sofern der Kanton die KESB als zuständige Behandlungs- oder Sozialhilfestelle bezeichnet hat). Da nArt. 314c Abs. 1 ZGB ein generelles Melderecht statuiert, sind nur noch gewisse dieser Melderechte relevant. Dies, wenn es darum geht, einen allfälligen Konflikt zwischen dem Melderecht und einem Berufsgeheimnis «aufzulösen». Darauf wird im folgenden Kapitel näher einzugehen sein.<sup>87</sup>

## 5. Verhältnis zu den Berufsgeheimnissen

### 5.1 Einführung in die Problematik

Wenn Personen Meldepflichten oder Melderechte ausüben möchten, treffen sie teilweise auf Schweigepflichten in Form von gesetzlichen Berufsgeheimnissen. Teilweise ist der Verstoss gegen solche Schweigepflichten strafbar (vgl. insbes. Art. 321 StGB<sup>88</sup> und Art. 35 DSGVO), teilweise sind Berufsgeheimnisse nicht strafbewehrt. Darüber hinaus sehen sich Personen auch mit *berufsethischen Schweigepflichten konfrontiert*. Diese können allenfalls für die Abwägung, ob vom Melderecht nach nArt. 314c Abs. 1 ZGB Gebrauch zu machen ist, relevant

<sup>83</sup> Vgl. REICHLIN in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 16.16.

<sup>84</sup> A.M. zu Art. 443 CHK-STECK, Art. 443 N 23: Recht am Ort, an welchem sich die meldepflichtige Person aufhält.

<sup>85</sup> So im Ergebnis auch KuKo ZGB-Rosch, Art. 443 N 1c.

<sup>86</sup> A.M. diesbezüglich ESR-Mösch PAYOT, Art. 453 N 1a: Anwendbarkeit von Art. 317 i.V.m. den ausführenden kantonalen Bestimmungen an Stelle von Art. 453 ZGB.

<sup>87</sup> Vgl. insbes. Ziff. III. 5.3.

<sup>88</sup> Dies gilt nicht nur für die explizit in Art. 321 StGB aufgezählte Berufsgruppen und ihren Hilfspersonen: Teilweise erweitern Spezialgesetze das strafrechtliche Berufsgeheimnis auf Professionen, welche in Art. 321 StGB nicht aufgeführt werden: Vgl. z.B. Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schwangerschaftsberatungsstellen, wonach deren Mitarbeitende und die von ihnen beigezogenen Dritte dem strafrechtlichen Berufsgeheimnis unterliegen sowie Art. 3c Abs. 4 BtmG in Bezug auf Mitarbeitende von Behandlungs- oder Sozialhilfestellen i.S.v. Art. 3c Abs. 1 BtmG.

sein. Im Übrigen kommt ihnen aber keine selbständige Bedeutung zu. Im Folgenden wird daher «nur» auf die im Gesetz normierten Berufsgeheimnisse eingegangen.

Ob im Einzelfall eine Meldevorschrift (d.h. eine Meldepflicht oder ein Melde-recht) oder das Berufsgeheimnis vorgeht, ist in der Praxis zuweilen schwierig zu bestimmen. Dies liegt daran, dass die unterschiedlichen Bestimmungen nicht aufeinander abgestimmt sind. Im Folgenden legt der Aufsatz dar, wie bei einer Kollision zwischen einer Meldevorschrift einerseits und einer Geheimhaltungsvorschrift andererseits vorgegangen werden kann. Um festzulegen, welche Bestimmung vorgeht, ist eine *dreistufige Kaskade* (1. *Massgabe der Gesetzeshierarchie*; 2. *Gesetzliche Koordination*; 3. *Auslegung*) massgebend. In seltenen Ausnahmefällen kann zudem die Meldevorschrift aufgrund der strafrechtlichen Bestimmungen zur *Notwehrhilfe* bzw. (praktisch relevanter) zur *Notstandshilfe* (vgl. Art. 15 ff. StGB) vorrangig sein. Auf diese Sonderkonstellation geht der Beitrag im Folgenden nicht ein.

Mangels praktische Relevanz wird im Folgenden auch das Verhältnis zwischen den Meldevorschriften und einem allfälligen *Amtsgeheimnis* (Art. 320 StGB) nicht behandelt. Das Amtsgeheimnis ist gegenüber einer Meldepflicht oder einem Melderecht nachrangig.<sup>89</sup> Es sei denn, dass neben dem Amtsgeheimnis eine zusätzliche Geheimhaltungsverpflichtung vorliegt, welche im Einzelfall der Meldepflicht oder dem Melderecht vorgeht. Dem Amtsgeheimnis kommt damit im vorliegenden Kontext keine eigenständige Bedeutung zu.

## 5.2 Massgabe der Gesetzeshierarchie

Bei der Kollision zwischen einer Meldevorschrift und einem gesetzlichen Berufsgeheimnis muss zunächst geprüft werden, ob eine Vorschrift in der Gesetzeshierarchie höher angesiedelt ist. Dann *verdrängt die höherrangige Vorschrift die tiefer-rangige Bestimmung*.<sup>90</sup>

Dieser Grundsatz hat insbesondere zur Folge, dass die nArt. 314c f. ZGB als bundesrechtliche Normen etwaigen Schweigepflichten des kantonalen Rechts vorgehen (z.B. besondere Berufsgeheimnisse im kantonalen Personalrecht oder Gesundheitsrecht;<sup>91</sup> vgl. auch Art. 49 BV). Wenn die kantonale Gesetzgeberin also Berufsgeheimnisse statuiert, welche weiter reichen als das Bundesrecht, vermögen diese kantonalen Bestimmungen keinen Einfluss auf die bundesrechtliche Regelung der Meldevorschriften zu nehmen.

<sup>89</sup> Ein Verstoß gegen den Tatbestand von Art. 320 StGB ist nach Art. 14 StGB gerechtfertigt; vgl. ROSCH, FamPra.ch 2012, 1029; BSK StGB II-OBERHOLZER, ART. 320 N 12.

<sup>90</sup> «lex superior derogat legi inferiori», vgl. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016, 121 ff.

<sup>91</sup> Z.B. § 26 Gesundheitsgesetz/BS, insofern die Bestimmung über Art. 321 StGB hinaus eine grundsätzliche Schweigepflicht für sämtliche «Fachpersonen im Gesundheitswesen sowie deren Hilfspersonen» vorsieht. Für das Staatspersonal gilt neben einer allfälligen besonderen Schweigepflicht im kant. Personalrecht (vgl. z.B. § 8 Gemeindegesetz/ZH) auch das (bundesrechtliche) Amtsgeheimnis, welches freilich – wie bereits aufgezeigt – keine eigenständige Bedeutung hat.

### 5.3 Gesetzliche Koordination

Die Kollision zwischen einer Meldevorschrift und einem Berufsgeheimnis kann nicht immer unter Berücksichtigung der Gesetzeshierarchie geklärt werden. Dann stellt sich die Frage, ob die *gesetzlichen Vorschriften selber das Spannungsverhältnis auflösen*. Zu prüfen ist also, ob die Vorschriften nicht selber den Vorrang einer Bestimmung gegenüber der anderen Bestimmung vorsehen.

Eine solche gesetzliche *Koordination* nehmen, wie bereits aufgezeigt, die neuen Meldevorschriften im Kinderschutz *gegenüber dem strafrechtlichen Berufsgeheimnis* nach Art. 321 StGB vor (vgl. nArt. 314c Abs. 2 ZGB; nArt. 314d Abs. 1 Ingres ZGB). Auch Art. 321 StGB selber enthält eine Koordinationsvorschrift: Demnach ist die Täterschaft nicht strafbar, wenn sie das Geheimnis aufgrund einer Entbindung durch die betroffene Person oder durch die zuständige Behörde offenbart hat (vgl. Art. 321 Ziff. 2 StGB).

Auch für *Personen, welche einem gesetzlichen Berufsgeheimnis unterstehen, das nicht durch Art. 321 StGB geschützt wird* (vgl. insbesondere Art. 11 Abs. 1 OHG), bestehen teilweise Koordinationsnormen. So wenn das Gesetz ein Melderecht vorsieht, welches auf die entsprechende Berufsgruppe abzielt (wie z.B. Art. 11 Abs. 3 OHG für Mitarbeitende von Opferhilfestellen).<sup>92</sup> Dadurch bringt die Gesetzgeberin nämlich zum Ausdruck, dass das Berufsgeheimnis gegenüber der Möglichkeit, eine Meldung zu erstatten, zurücktreten soll. Umgekehrt setzt sich das Berufsgeheimnis durch, wenn sich ein Melderecht nicht an bestimmte Berufsgruppen richtet (wie z.B. nArt. 314c Abs. 1 ZGB).

Ein weiteres, wiewohl in der Praxis eher eingeschränkt relevantes<sup>93</sup> Beispiel für eine gesetzliche Koordination zwischen den Meldevorschriften und einer Schweigepflicht enthält *Art. 35 DSG*. Diese Bestimmung statuiert vielmehr ein strafbewehrtes Geheimnis für gewisse berufstätige Personen, welches dann relevant wird, wenn eine Person nicht der Schweigepflicht nach Art. 321 StGB untersteht.<sup>94</sup> Demnach macht sich strafbar, wer besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugt bekannt gibt, von denen er bei der Ausübung seines Berufes, der die Kenntnis solcher Daten erfordert, erfahren hat. Die Strafbarkeit setzt mithin voraus, dass die Bekanntgabe heikler Personendaten rechtswidrig erfolgt. Dies ist gerade nicht der Fall, wenn eine Meldevorschrift besteht.<sup>95</sup> Damit gehen Meldevorschriften Art. 35 DSG vor.<sup>96</sup>

<sup>92</sup> Vgl. Ziff. III 4.4.

<sup>93</sup> Das eidgenössische Datenschutzgesetz gilt nur für private Personen und Bundesorgane (vgl. Art. 2 Abs. 1 DSG) und somit nur selten für Akteure in kantonalen oder kommunalen Sozialberatungsstellen. Kommt aber für national tätige, privatrechtliche Sozialberatungswerke (Pro Infirmis, Pro Juventute) zur Anwendung.

<sup>94</sup> Die Verletzung von Art. 35 DSG geht in einer allfälligen Verletzung von Art. 321 StGB auf (unechte Idealkonkurrenz in Form der Konsumtion), vgl. BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, Art. 35 N 74 m.w.Nw.

<sup>95</sup> SHK DSG-PÄRLI, Art. 35 N 16.

<sup>96</sup> So im Ergebnis auch die Botschaft (Fn. 10), 3458.

#### 5.4 Auslegung

Ist weder die Meldevorschrift noch das Berufsgeheimnis höherrangig und fehlt eine Gesetzeskoordination, muss durch Auslegung entschieden werden, ob die Meldevorschrift oder die Schweigepflicht vorgeht.<sup>97</sup> Praktisch relevant ist im vorliegenden Kontext insbesondere die Stellung der *Mitarbeitenden von Opferberatungsstellen*. Da sie eine amtliche Tätigkeit ausüben, unterstehen sie an sich einer Meldepflicht (nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Ihnen kommt aber an sich ein Berufsgeheimnis zu (Art. 11 Abs. 1 OHG). Zudem sind sie – wie bereits dargelegt – trotz Berufsgeheimnis zur Meldung berechtigt (vgl. Art. 11 Abs. 3 OHG).

Teilweise macht die Literatur geltend, im Rahmen der Auslegung sollten die Überlegungen zur strafrechtlichen Pflichtenkollision sinngemäss herangezogen werden.<sup>98</sup> Der vorliegende Beitrag verfolgt einen differenzierteren Ansatz: Demgemäss ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob für eine Person *sowohl eine Meldepflicht als auch eine Melderecht* besteht. Dies vor dem Hintergrund, dass nicht gleichzeitig ein Melderecht und eine Meldepflicht bestehen kann. Ein solches Ergebnis wäre widersprüchlich. In einem solchen Fall ist auszulegen, ob das Melderecht oder die Meldepflicht vorgeht. Führt diese Auslegung zum Ergebnis, dass das Melderecht vorgeht, muss die Meldepflicht nachrangig sein. Dies gilt (auch) im Verhältnis zum Berufsgeheimnis.

Diese theoretischen Ausführungen sollen nun mit einem Beispiel anschaulicher gemacht werden: Wie bereits aufgezeigt worden ist, besteht für Mitarbeitende von Opferberatungsstellen eine Meldepflicht sowie ein Melderecht (welches sich gegen ein Berufsgeheimnis durchsetzt, vgl. Ziff. III 5.3). Eine Auslegung ergibt, dass das Melderecht gemäss Art. 11 Abs. 3 OHG explizit und ausschliesslich Bezug auf diese Mitarbeitenden nimmt. Demgegenüber findet sich im Rahmen der Meldepflicht nach nArt. 314d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB keine gesetzgeberische Interessenabwägung spezifisch für Beratungen von Opfern nach OHG. Bei diesem Ergebnis ist davon auszugehen, dass das Melderecht gegenüber der Meldepflicht vorgeht. Damit nicht sowohl ein Melderecht als auch eine Meldepflicht bestehen, muss die Meldepflicht gegenüber dem Berufsgeheimnis nachrangig sein. Nach dem Gesagten besteht für die *Mitarbeitenden von Opferhilfestellen keine Meldepflicht* gegenüber der KESB.<sup>99</sup>

Im Übrigen sind auch nach der vorliegend vertretenen Ansicht die Überlegungen zur *Pflichtenkollision* sinngemäss heranzuziehen. Entscheidend ist also, ob die Meldepflicht oder das Berufsgeheimnis höherrangiger erscheint.<sup>100</sup> Diese Frage kann im vorliegenden Kontext nicht abstrakt beantwortet werden. Viel-

<sup>97</sup> Vgl. auch ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich 2018, Art. 19 N 104; BSK DSG/BGÖ-EHRENSPERGER/MOSER, Art. 19 N 66; a.M. wohl KOKES (Fn. 3), Rz. 9.7, wonach das kantonale Recht eine Koordination zwischen den (bundesrechtlichen) beruflichen Schweigepflichten und einer allfälligen (bundesrechtlichen) Meldepflicht vornehmen könne.

<sup>98</sup> ROSCH, FamPra.ch 2012, 1030.

<sup>99</sup> So auch Botschaft (Fn. 10), 3463.

<sup>100</sup> Vgl. BSK StPO-SEELMANN, Art. 18 N 16 m.w.N.

mehr sind der Rang des Rechtsgutes, die Schwere des Eingriffs und die Grösse der Gefahr in die Waagschale zu werfen.<sup>101</sup>

## 6. Folgen einer Gefährdungsmeldung

### 6.1 Rechtsschutz gegen die meldende Person

Erstattet eine Person unberechtigterweise oder unter falschen Angaben eine Meldung, können daraus *strafrechtliche Konsequenzen* erwachsen. Falsche Angaben können zu einer Verurteilung wegen eines Ehrverletzungsdeliktes (Art. 173 ff. StGB) führen. Wie oben ausgeführt, kann eine Meldung gegen das Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB) bzw. das Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) verstossen, allenfalls auch gegen eine strafbewehrte Bestimmung des Datenschutzgesetzes (vgl. für den Bund Art. 35 DSG). Aus *zivilrechtlicher Sicht* kann eine unberechtigte bzw. fehlerhafte Meldung die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person widerrechtlich verletzen (zu den Rechtsfolgen vgl. Art. 28a ZGB). Schliesslich kann allenfalls eine *Verletzung berufsethischer Schweigepflichten* vorliegen.

Bei alledem gilt es zu beachten, dass die *Hürden für ein erfolgreiches Vorgehen* gegen die meldende Person *hoch* sind. Die «Meldeschwelle» ist tief angesetzt. Wie aufgezeigt wurde, sollte dies nicht nur für das Melderecht, sondern auch für die Meldepflicht gelten.<sup>102</sup> Zudem betont der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass gutgläubige Personen den Verdacht auf eine Kindeswohlgefährdung melden können müssen, ohne dabei befürchten zu müssen, strafrechtlich verurteilt zu werden bzw. zur Leistung von Schadenersatz oder Genugtuung verurteilt zu werden.<sup>103</sup>

### 6.2 Rechtsschutz bei Missachtung der Meldepflicht

Eine *Verletzung der Meldepflicht nach nArt. 314d ZGB ist nicht per se strafbar*. Erstattet eine Person keine Meldung, obwohl sie dazu verpflichtet wäre, kann dies allerdings im Zusammenhang mit einem Unterlassungsdelikt strafrechtlich relevant sein. Vorausgesetzt ist dafür, dass der meldeverpflichteten Person eine *Garantenpflicht* zukommt (vgl. Art. 11 Abs. 2 StGB).<sup>104</sup> Personalrechtlich kommen disziplinarrechtliche Massnahmen in Betracht. Schliesslich sind Haftungsansprüche gegen die meldeverpflichtete Person bzw. das Gemeinwesen, bei welchem diese Person angestellt ist, denkbar.

### 6.3 Rechtsschutz gegen die KESB

Möchte eine Person geltend machen, dass ein Verfahren im Nachgang an eine Meldung zu Unrecht eingeleitet worden ist, ist der *Rechtsschutz beschränkt*. Ob die KESB von sich aus ein Verfahren mittels verfahrensleitender Verfügung eröffnen muss oder ob sie die Beteiligten nur informell über die Verfahrenseröff-

<sup>101</sup> ESR-ROSCHE, Art. 443 N 7.

<sup>102</sup> Vgl. Ziff. III 1.

<sup>103</sup> Vgl. EGMR, 02.12.2008, No. 18620/03, Juppala/Schweden.

<sup>104</sup> Vgl. dazu Ziff. III 3.

nung orientieren kann, entscheidet gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das kantonale Recht.<sup>105</sup>

Unter welchen Umständen eine allfällige verfahrensleitende Verfügung des KESB innerkantonal anfechtbar ist, bestimmt – von einem vorliegend nicht einschlägigen Fall abgesehen (vgl. Art. 449 Abs. 2 ZGB) – das kantonale Recht.<sup>106</sup> Dieses setzt für die Anfechtung regelmässig einen nicht (leicht) wiedergutzumachenden Nachteil voraus (so auch subsidiär Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, alleine die Belastung eines hängigen Verfahrens führe nicht zu einem solchen Nachteil.<sup>107</sup> Eine Anfechtung der Verfahrenseröffnung beim Bundesgericht ist damit ausgeschlossen.<sup>108</sup> Rechtsschutz kann mithin regelmässig erst durch die *Anfechtung des Endentscheidendes* erlangt werden. Oder indem *Haftungsansprüche gegenüber der KESB* geltend gemacht werden (Art. 454 Abs. 2 ZGB). Diesbezüglich hält der EGMR allerdings fest, dass ein Kinderschutzverfahren, welches letztlich zu Unrecht eingeleitet worden ist, nicht automatisch zu einer Verantwortlichkeit der Behörden führt bzw. gegen Art. 8 EMRK verstösst.<sup>109</sup>

Ist die KESB trotz Meldung nicht tätig geworden, kann allenfalls eine *Beschwerde wegen Rechtsverweigerung* geführt werden (vgl. Art. 450a Abs. 2 ZGB). Allerdings ist die meldende Person nicht ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert.<sup>110</sup> Weiter sind auch in diesem Kontext *Haftungsansprüche*,<sup>111</sup> *disziplinarrechtliche Massnahmen* sowie *strafrechtliche Konsequenzen* (im Rahmen eines Unterlassungsdelikts) denkbar.

#### IV. Würdigung

Eine Würdigung der Revision fällt zum heutigen Zeitpunkt *zwiespältig* aus. Zu begrüssen ist insbesondere das Recht der Geheimnisträger, künftig generell an die KESB gelangen zu dürfen, ohne sich zuvor vom strafrechtlichen Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB entbinden zu müssen. Denn allenfalls notwendige behördliche «Entbindungsverfahren» nehmen heute oft viel Zeit in Anspruch. Gerade im Kinderschutz erscheint es aber wichtig, dass Gefährdungssituationen

<sup>105</sup> Vgl. allgemein BGer vom 17.03.2017, 2C\_167/2016, E. 3.3.3. Die Rechtslehre hält demgegenüber teilweise dafür, die Verfahrenseinleitung solle grundsätzlich durch verfahrensleitende Verfügungen erfolgen, vgl. FASSBIND (Fn. 27), Rz. 259, mit Hinweis auf das rechtliche Gehör und die Transparenz.

<sup>106</sup> So auch BGer vom 19.09.2014, 5D\_100/2014, E. 2.2.3.1; OGer BE vom 12.12.2013, CAN 2014, 75 ff.; AppGer BS vom 18.12.2014, VD.2014.156, E. 1.1.3; MEIER (Fn. 43), 251; Botschaft Erwachsenenschutz (Fn. 61), 7084; a.A.: SCHMID, Erwachsenenschutz, Zürich/St. Gallen 2010, 450 N 15 f.; Massgabe von Art. 450 ff.

<sup>107</sup> Vgl. BGer vom 17.03.2017, 2C\_167/2016, E. 3.3.3.

<sup>108</sup> Vgl. BGer vom 29.01.2015, 5A\_69/2015.

<sup>109</sup> Z.B. EGMR, 14.03.2013, No. 18734/09, B.B. und F.B./Deutschland, Ziff. 48.

<sup>110</sup> Vgl. Art. 450 Abs. 2 ZGB: Meldende Personen sind nicht ohne Weiteres nahe stehende Personen bzw. weisen nicht ohne Weiteres ein rechtlich geschütztes (Dritt-)Interesse auf, vgl. dazu KuKo ZGB-MARANTA, Art. 450 N 12 f.; BSK ZGB I-AUER/MARTI, Art. 443 N 6.

<sup>111</sup> Vgl. ESR-MÖSCH PAYOT/ROSCHE, Art. 454–456 N 6 zur Frage, inwieweit Art. 454 ZGB eine Haftungsgrundlage für Dritte bildet.

möglichst früh begegnet werden kann.<sup>112</sup> Wie bereits dargelegt,<sup>113</sup> ist ferner zu begrüssen, dass die Gesetzgeberin von einer allgemeinen Meldepflicht abgesehen hat. Schliesslich ist positiv zu würdigen, dass keine absolute Meldepflicht besteht.

Bedauerlich erscheint hingegen, dass für Hilfspersonen von Trägern des strafrechtlichen Berufsgeheimnisses nach wie vor kein eigenständiges Melderecht besteht. Weiter erscheint fraglich, inwiefern das Bestreben des Gesetzgebers, einen effektiveren Schutz namentlich jüngerer Kinder zu erreichen, durch die Revision der Meldevorschriften erreicht werden kann: Zum Sinn von Meldepflichten wird in der Wissenschaft eine sehr kontroverse Diskussion geführt.<sup>114</sup> Untersuchungen in Ländern mit ausgedehnten Meldepflichten weisen zudem darauf hin, dass diese Pflichten in der Praxis oft gar nicht befolgt werden.<sup>115</sup> Unter diesen Umständen sollte der Gesetzgeber in der Zukunft näher untersuchen, inwieweit sich weitere Massnahmen aufdrängen, um den Schutz namentlich jüngerer Kinder zu gewährleisten. Zudem sollte die Gesetzgeberin abklären, inwiefern es sinnvoll wäre, die erwachsenenschutzrechtlichen Meldevorschriften an die Vorschriften im Kinderschutz anzupassen.

<sup>112</sup> Ziff. III 3. Aus diesem Grund ist in der heutigen Praxis zuweilen zu beobachten, dass die Berufsgeheimnisträger auch dann ohne Entbindung an die KESB gelangen, wenn sehr fraglich erscheint, ob ein entsprechender Ausnahmetatbestand besteht.

<sup>113</sup> Ziff. III 2.

<sup>114</sup> Vgl. die Kritik an Meldepflichten und die Gegenkritik bei MATHEWS (Fn. 56), 18 f. Befürwortend zur Frage, ob die Etablierung eines Systems zur Meldung von Kindesmisshandlung und Vernachlässigung ein Kriterium für die Qualität von Kinderschutzsystemen darstellt, SVEVO-CIANCI/HART/RUBINSON, *Protecting children from violence and maltreatment: A qualitative comparative analyses assessing the implementation of UNCRC Article 19*, Child Abuse & Neglect 2010, 45 ff.; skeptischer demgegenüber Europäische Kommission (Hrsg.), *Machbarkeitsstudie zur Bewertung der Möglichkeiten, Aussichten und des bestehenden Bedarfs für die Vereinheitlichung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften auf den Gebieten Gewalt gegen Frauen, Gewalt gegen Kinder und Gewalt wegen sexueller Orientierung*, Luxemburg 2011, 47: Das Vorhandensein eines solchen Meldesystems korreliert nicht notwendigerweise mit der Qualität des Kinderschutzes.

<sup>115</sup> MATHEWS/BROSS (Fn. 57), 512 m.w.Nw.