

Fachtagung vom 4./5. September 2024 in Freiburg

„Die Abklärung als Basis für gute Entscheide und erfolgreiche Mandatsführung“

Referat 2

Umgang mit Personendaten in der Abklärung

Urs Vogel, lic. iur., dipl. Sozialarbeiter FH, Master of Public Administration MPA
idheap, Urs Vogel Consulting, Kulmerau, Mitglied Arbeitsausschuss KOKES

Aufgabe und Ziel des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ist die Sicherstellung des Wohls und Schutz der betroffenen erwachsenen Person respektive die Sicherung des Kindeswohls. Um dieses Ziel zu erreichen, ist die KESB im Rahmen der Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen im Einzelfall auf Informationen angewiesen, die das Recht der betroffenen Personen auf informationelle Selbstbestimmung tangieren. Es handelt sich dabei in der Regel um besonders schützenswerte Personendaten. Die gesetzlichen Grundlagen der Melderechte, Meldepflichten, Mitwirkungspflichten und Amtshilfe sind massgebliche Elemente des Informationsaustausches und somit der Zusammenarbeit von Dritten mit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.

Parallel zu diesen Spezialnormen im ZGB regeln Datenschutz- und andere Gesetze auf der Ebene des Bundes oder der Kantone Schweigepflichten und Auskunftsrechte. Eine Systematik oder Koordination dieser verschiedenen gesetzlichen Grundlagen lässt sich nicht erkennen. Daher ist im konkreten Einzelfall zu beurteilen, welche gesetzlichen Bestimmungen einschlägig und entsprechend anwendbar sind.

Die allgemeinen Grundsätze für die Bearbeitung von Personendaten aus der Datenschutzgesetzgebung (Legalitätsprinzip, Verhältnismässigkeit, Erkennbarkeit, Sicherheit) sind unabhängig der Organisationsform der KESB zu beachten. Insbesondere bei der Beurteilung der Mitwirkungsrechte und -pflichten von unterschiedlichen Akteuren sind Interessenabwägungen vorzunehmen, ob ein Informationsaustausch aufgrund von spezialgesetzlichen Regelungen zulässig und notwendig ist. Dabei sind das Interesse und der Schutz der betroffenen Personen resp. Kinder/Familien Ausgangspunkt dieser Interessensabwägung.

Während der Abklärung im Rahmen des Verfahrens stellen sich zudem Fragen bezüglich der Abgrenzung des Akteneinsichtsrechts nach ZGB und dem Auskunftsrecht nach datenschutzrechtlichen Grundlagen. Eine diesbezügliche Koordination der KESB mit externen Abklärungsstellen ist notwendig.

Sind Abklärungen während einer laufenden behördlichen Massnahme notwendig, ergeben sich teils heikle Abgrenzungsfragen bezüglich Informationen aus der Rolle und Aufgabe der Mandatsführung und der Rolle der Abklärung. Eingesetzte Beistandspersonen sind in der Regel nicht mit der Abklärung zu beauftragen, da dies zu Rollenkonflikten führt, auch in Bezug auf den Datenaustausch.

Der allgemeine Grundsatz des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, so wenig Eingriffe wie möglich, so viel wie nötig, lässt sich auch auf die Erhebung der Daten in der Abklärung und den Austausch der verschiedenen Akteure untereinander anwenden.

*Die Präsentationen und weitere Unterlagen der Fachtagung
stehen auf www.kokes.ch/tagung24 zum Download bereit.*



Umgang mit Personendaten in der Abklärung

Fachtagung KOKES vom 4. September 2024



Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkungen
- II. Gesetzliche Grundlagen für den Umgang mit Daten
- III. Einleitung des Verfahrens
- IV. Mitwirkungspflichten und Amtshilfe
- V. Akteneinsicht und Datenauskunft
- VI. Spezielles zur Rolle einer Beistandsperson
- VII. Schlussgedanken

I. Vorbemerkungen

- Aufgabe der KESB ist die Sicherstellung des Wohls und Schutz der betroffenen Person respektive die Sicherung des Kindeswohls
- Grundsatz der Subsidiarität staatlichen Handelns → umfassende Abklärung der konkreten Situation im Rahmen der Officialmaxime (Art. 314 Abs. 1 und Art. 446 Abs. 1 und 2 ZGB)
- Abklärung/Zusammenarbeit mit ganz unterschiedlichen Akteuren wie anderen Behörden, Institutionen oder Privaten ist erforderlich
- Spannungsverhältnis zwischen erforderlicher Informationsbeschaffung und Persönlichkeitsschutz
- Erfordernis einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage

I. Vorbemerkungen

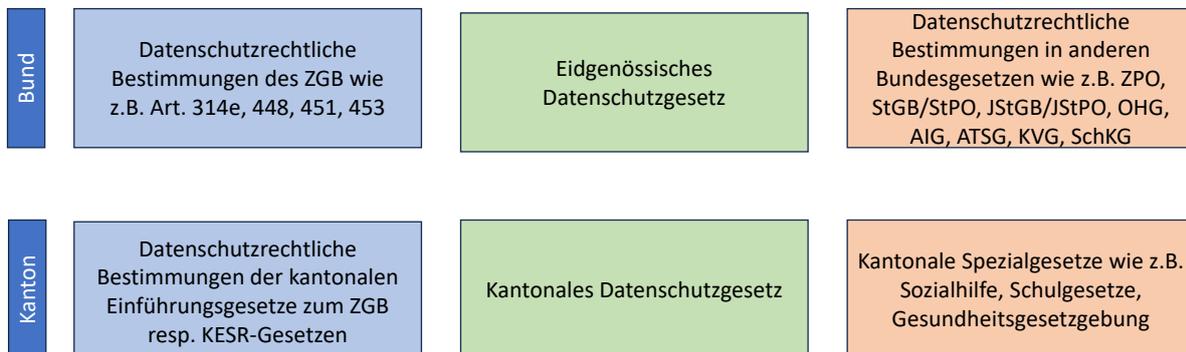
- Abklärungen erfordern in der Regel die Erhebung/den Austausch von besonders schützenswerten Personendaten
(Daten, bei denen aufgrund ihrer Bedeutung, des Zusammenhangs, Zwecks oder der Art der Bearbeitung, der Datenkategorie oder anderer Umstände eine besondere Gefahr einer Persönlichkeitsverletzung besteht: § 3 lit k IDAG AG)
- Zwei unterschiedliche Positionen:
 - Datenbezüger auf der einen Seite (in der Regel Gericht/KESB/Abklärungsdienst),
 - Datenlieferer auf der anderen Seite (andere Behörden/Stellen, Institutionen, Private)
- Bei jeder Position ist der Umgang mit Daten gesetzlich geregelt, was zu Widersprüchen führen kann

I. Vorbemerkungen

- Unterschiedliche Formen der Abklärung
- KESB mit internem Abklärungsdienst, erhobene Daten stehen eins zu eins der KESB zur Verfügung
- KESB mit externem, entscheidorientiertem Abklärungsdienst: Abklärende Person ist als Hilfsperson der KESB zu qualifizieren; Fokus auf Informationssammlung, erhobene Daten sind der KESB grundsätzlich vollumfänglich einzuliefern (Abklärungsbericht, gesammelte Informationen etc.)
- KESB mit externem, interventionsorientiertem Abklärungsdienst: Rollenvermischung zwischen Hilfsperson der KESB und gleichzeitig beratende Person; eingeschränkter Austausch von Daten, bezogen auf das Notwendige für die Entscheidungsfindung der KESB

II. Gesetzliche Grundlagen für den Umgang mit Daten

Ebene der gesetzlichen Grundlagen



II. Gesetzliche Grundlagen für den Umgang mit Daten

Hierarchie der gesetzlichen Bestimmungen

- Zur Anwendung der verschiedenen gesetzlichen Grundlagen auf Bundesebene
 - ist im Kindes- und Erwachsenenschutz primär von datenschutzrechtlichen Bestimmungen des ZGB auszugehen,
 - anschliessend das Verhältnis zu anderen bundesrechtlichen Bestimmungen zu klären
- Zur Anwendung von kantonalen Normen
 - Gemäss Art. 6 Abs. 1 ZGB werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht begrenzt
 - das kantonale Recht hat nur dann Bestand
 - wenn der Bundesgesetzgeber keine abschliessende Regelung getroffen hat
 - das kantonale Recht einem schutzwürdigen Interesse entspricht
 - und die Regelung nicht gegen Sinn und Geist des ZGB verstösst
 - Datenschutzrechtliche Spezialbestimmungen in kantonalen Gesetzen gelangen daher in der Regel ebenfalls zur Anwendung

II. Gesetzliche Grundlagen für den Umgang mit Daten

Anwendbarkeit der Datenschutzgesetze

- Ist die KESB als Verwaltungsbehörde organisiert (so aktuell in 20 Kantonen) ist das kantonale Datenschutzrecht unabhängig vom Verfahrensstand umfassend anwendbar, bei Konflikten mit bundesrechtlichen Normen ist durch Auslegung zu ermitteln, welche Norm zu beachten ist
- Ist die KESB als Gerichtsinstanz organisiert (aktuell in 6 Kantonen), so findet das kantonale Datenschutzgesetz auf hängige Verfahren keine Anwendung (z.B. § 2 Abs. 2^{bis} IDAG AG; Art. 3 Abs. 2 DSG SH), es gelten die Normen des anwendbaren Verfahrensrechts
- Nach Abschluss der Verfahren ist bei allen Organisationsformen das kantonale Datenschutzrecht anwendbar

II. Gesetzliche Grundlagen für den Umgang mit Daten

Allgemeine Grundprinzipien

- Unabhängig ob KESB als Gericht oder Verwaltungsbehörde organisiert ist, sind die allgemeinen Grundprinzipien in der Bearbeitung von Personendaten zu beachten wie
 - Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage : Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen zur Beurteilung der Gefährdung des Kindeswohls oder des Schutzes der erwachsenen Person, die an einem Schwächezustand leidet (Art. 314 Abs. 1 und Art. 446 Abs. 1 ZGB)
 - Verhältnismässigkeit: Datenbeschaffung nur soweit sie zwingend für die Beurteilung der Notwendigkeit einer behördlichen Intervention notwendig ist
 - Bearbeitung nach Treu und Glauben: Nur rechtmässige Beschaffung von Daten
 - Erkennbarkeit: Grundsätzliche Information der betroffenen Person über die Bearbeitung von Daten
 - Datensicherheit: Vertraulichkeit, Authentizität, Verfügbarkeit, gesicherte elektronische Kommunikation

III. Einleitung des Verfahrens

Melderechte und -pflichten

- Zentrale gesetzliche Grundlagen
 - Art. 314c/d ZGB im Kinderschutz, Art. 443 ZGB im Erwachsenenschutz
 - Allenfalls zusätzliche bundesrechtliche (z.B. Art. 11 Abs. 3 OHG: Meldeberechtigung bei Minderjährigen/umfassend Verbeiständeten Opfer) oder kantonale Spezialgesetze (z.B. Art. 29 Abs. 2 VSG BE: Benachrichtigung der KESB bei Erziehungsmängeln; eventuell ohne Information der Eltern)
- Diese Melderechte/-pflichten gehen widersprechenden gesetzlichen Grundlagen vor und bilden einen Rechtfertigungsgrund für die Verletzung des strafrechtlich geschützten Berufs- und Amtsgeheimnisses (Art. 14 StGB)
- Interessenabwägung im Einzelfall durch die meldende Person
(siehe dazu VerwG ZH vom 24. 8.2023, VB.2022.00461, E. 6.4.6 in Bezug auf eine Anwältin im Kinderschutz)
- Ausdehnung der Meldeberechtigung von Berufsgeheimnisträger/innen ohne Entbindung auch im Erwachsenenschutz ist in Diskussion
(siehe dazu Vorentwurf zu nArt. 443 Abs. 2 ZGB und Bericht Vernehmlassungsverfahren Juni 2024 S. 29)

III. Einleitung des Verfahrens

Melderechte und -pflichten

- Frage der Geheimhaltung der meldenden Person ist im Rahmen des Akteneinsichtsrechts zu prüfen (Art. 449b Abs. 1 ZGB).
 - überwiegend privates Interesse (siehe dazu als Beispiel OG Bern, KES 17 553 vom 15.1.2018)
 - öffentliches Interesse (keine Hürden schaffen für Meldungen)
- Die Meldung erstattende Person/Stelle hat kein Recht auf Mitteilung über die Eröffnung eines Verfahrens, auf Teilnahme am Verfahren oder auf Eröffnung eines materiellen Entscheides (BGer 5A 750/2018 vom 18.9.2018, E. 5)
- KESB hat in Anwendung von Art. 451 Abs. 1 ZGB zu prüfen, wie weit zur Interessenwahrung z.B. eine Schule, die eine Gefährdungsmeldung eingereicht hat, über das Ergebnis der Abklärungen zu orientieren ist

IV. Mitwirkungspflichten und Amtshilfe

Betroffene Person und Dritte

- Zentrale gesetzliche Grundlagen
 - Art. 314e ZGB im Kinderschutz, Art. 448 ZGB im Erwachsenenschutz
- Grundsätzliche Pflicht der betroffenen Personen und Dritter zur Mitwirkung, was auch den Austausch von Daten beinhaltet
- Bei Dritten, auf die das eidgenössischen Datenschutzgesetz anwendbar ist, stellt Art. 314e Abs. 1 sowie Art. 448 Abs. 1 ZGB ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund zur Datenbekanntgabe gemäss Art. 31 Abs. 1 DSG CH dar
- Bei Banken ist für die Datenlieferung bei der Abklärung Art. 47 Abs. 5 BankG einschlägig
- Zwangsweise Durchsetzung der Mitwirkungspflicht erfolgt durch eine verfahrensleitende Verfügung (z.B. Zwang zur Edition von Daten), die Anfechtbarkeit richtet sich nach dem anwendbaren Verfahrensrecht

IV. Mitwirkungspflichten und Amtshilfe

Berufsgeheimnisträger/innen

- **Mitwirkungspflicht** besteht, wenn Berufsgeheimnisträger/innen vom Berufsgeheimnis entbunden sind (mit Ausnahmen siehe Art. 314e Abs. 3 und Art. 448 Abs. 3 ZGB), Interessenabwägung erforderlich (BGer 2C_215/2015 vom 16. Juni 2016 E. 5.1)
- Umfang ist aber auf das erforderliche Mass zu beschränken (VerwG SG vom 11.12.2019, B2019/179 E. 5.2)
- KESB kann die Entbindung bei der Aufsichtsbehörde der Berufsgeheimnisträger/innen beantragen, hat diesen Antrag aber ausführlich zu begründen (KG LU vom 09.06.2015, 7H 15 82, E. 4.2)
- Im Kinderschutz sind Berufsgeheimnisträger/innen auch ohne Entbindung **berechtigt**, mitzuwirken (Art. 314e Abs. 2 ZGB)

IV. Mitwirkungspflichten und Amtshilfe

Berufsgeheimnisträger/innen

- Konsequenz für die Abklärung:
 - Die KESB respektive die abklärende Person kann die Berufsgeheimnisträger/innen zur Mitwirkung auffordern, es ist Sache der Berufsgeheimnisträger/innen sich von der Schweigepflicht entbinden zu lassen
 - In der Regel reicht eine von der betroffenen Person gegenüber der KESB oder der abklärenden Person geäußerte Schweigepflichtsentbindung nicht aus, diese hat gegenüber den Berufsgeheimnisträger/innen zu erfolgen
 - In der Praxis sind teilweise Berufsgeheimnisträger/innen bereit auch ohne Entbindung Informationen zu teilen; es stellt sich die Frage der Verwendbarkeit dieser Informationen im Verfahren, siehe dazu kant. Verfahrensgesetze resp. Art. 152 Abs. 2 ZPO

IV. Mitwirkungspflichten und Amtshilfe

Verwaltungsbehörden und Gerichte

- Begriff Verwaltungsbehörde ist weit auszulegen, erfasst werden alle Stellen in amtlicher Tätigkeit
- Erfasst sind auch private Organisationen, soweit sie öffentliche Aufgaben erfüllen, auch wenn sie damit nicht unter dem strafrechtlichen Amtsgeheimnis stehen
- Die Amtshilfepflicht gemäss Art. 314e Abs. 4 und Art. 448 Abs. 4 ZGB steht unter dem Vorbehalt entgegenstehender schutzwürdiger Interessen, erforderlich ist eine Prüfung durch die angefragte Amtsstelle
- Allenfalls bestehen weitere über das Amtsgeheimnis hinausreichende Schweigepflichten, die allenfalls eine Amtshilfe ausschliessen (z.B. Art. 11 Abs. 2 OHG, welche eine Zustimmung des Opfers erfordert)

IV. Mitwirkungspflichten und Amtshilfe

Verwaltungsbehörden und Gerichte

- Allenfalls besteht eine Koordination auf Gesetzesstufe, so z.B. in Bezug auf Art. 33 ATSG der eine besondere Schweigepflicht im Sozialversicherungsbereich festlegt
- Spezialermächtigungen in einzelnen Gesetzen z.B.
 - Art. 50a Abs. 1 lit. e Ziff. 6 AHVG: Sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht dürfen Daten den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nach Artikel 448 Absatz 4 ZGB geben
 - Art. 84a Abs. 1 lit. h Ziff. 5 KVG: Datenbekanntgabe im Einzelfall auf schriftliches Gesuch der KESB zulässig
 - Art. 39 Abs. 1 StHG: Generelle Schweigepflicht, vorbehalten bleibt die Auskunftspflicht, soweit hierfür eine gesetzliche Grundlage im Bundesrecht oder im kantonalen Recht besteht.

IV. Mitwirkungspflichten und Amtshilfe

Zusammenarbeitspflicht

- Art. 453 Abs. 1 ZGB formuliert eine Pflicht zur Zusammenarbeit von allen betroffenen Stellen (weite Interpretation) in notstandsähnlichen Situationen, Ziel des Informationsaustausches ist die Gefahrenabwehr im Interesse der betroffenen Person
- Art. 453 Abs. 2 ZGB bildet die Rechtsgrundlage, dass ohne formelle Entbindung vom Amts- oder Berufsgeheimnis dieser Informationsaustausch möglich ist (BBl 2006 7091).
- Inhalt der Mitteilung beschränkt sich auf das zum Schutz der betroffenen Person oder Dritten Notwendige
- Kumulatives Erfordernis der zeitlichen Dringlichkeit und eines hohen Gefährdungspotenzials

V. Akteneinsicht und Datenauskunft

- Parallelität der Akteneinsicht nach Art. 449b ZGB und der Datenauskunft nach kant. Datenschutzgesetz, soweit anwendbar, in der Abklärung
- Akteneinsicht im laufenden Verfahren umfasst die gesamten entscheiderelevanten Akten und ist bei der verfahrensleitenden Behörde einzufordern, auch wenn sich entsprechende Akten bei der abklärenden Person/Stelle befinden
- Datenauskunft beschränkt sich auf die eigenen Daten und kann überall dort, wo Daten aufbewahrt werden, geltend gemacht werden
- Bei an Drittstellen delegierten Abklärungen ist zwischen der Verfahrensleitung der KESB und der abklärenden Stelle zu koordinieren, wie bei Datenauskunftsgesuchen nach kant. Datenschutzgesetz vorzugehen ist
- Wird nach Abschluss eines Verfahrens Akteneinsicht verlangt, richtet sich der Anspruch nach dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht

VI. Spezielles zur Rolle einer Beistandsperson

- Abklärungen während einer laufenden behördlichen Massnahme
 - Auftrag zur Abklärung ist klar abzugrenzen vom Auftrag der Mandatsführung; in der Regel keine Aufträge zur Abklärung an Beistandsperson, da Rollenkonflikt
 - Aufforderung zur Stellungnahme; Umfang der Information unterliegt der Beurteilung der Beistandsperson, siehe auch Pflicht aus Art. 414 ZGB, aber auch Art. 413 Abs. 2 ZGB; Interessenabwägung
- Informationsanspruch bei Errichtung einer behördlichen Massnahme
 - Bei der Anfrage um Vorschlag einer Beistandsperson an die Berufsbeistandschaft: Umschreibung des vorgesehenen Mandates, notwendiges Anforderungsprofil
 - Nach Einsetzung als Beistandsperson: formeller Entscheid, Abklärungsberichte, Gutachten und weitere Informationen aus dem Abklärungsverfahren, die zur Einschätzung der Situation der verbeiständeten Person und damit für die Planung der Handlungsschritte und Interventionen notwendig sind

VII. Schlussgedanken

- Zur optimalen Ausübung ihrer Aufgaben im Interesse der betroffenen Kinder/Eltern oder hilfsbedürftigen Personen muss die KESB und die nachfolgend eingesetzte Beistandsperson über die nötigen Informationen verfügen – auch von Personen/Institutionen, die unter einer gesetzlich normierten Schweigepflicht stehen
- Eine gesetzliche Systematik in der Koordination der verschiedenen Rechtsbereiche lässt sich nicht erkennen
- Bei Widersprüchen ist im Einzelfall eine Auslegung nach den üblichen Auslegungsmethoden vorzunehmen

VII. Schlussgedanken

- Im Rahmen der Abklärung ist regelmässig das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung tangiert
- Dies erfordert neben der Koordination der gesetzlichen Grundlagen im Einzelfall immer eine Verhältnismässigkeitsprüfung und Interessenabwägung mit dem Fokus der Wahrung der Interessen der betroffenen Personen
- Nach dem bekannten, aber im Einzelfall immer wieder schwierig zu beurteilenden Grundsatz:

„So wenig wie möglich, so viel aber wie nötig.“

Literaturangaben

- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28.Juni 2006, in: BBl 2006 7001 ff.
- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesschutz), in: BBl 2015 3431 ff.
- BSK DSG-RAMPINI/HARASGAMA/HENSELER, Art. 31 N 72 ff.
- Bundesamt für Justiz, Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz), Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, Juni 2024 (<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/88051.pdf>; besucht 10.7.24)
- GEISER THOMAS, Behördenzusammenarbeit im Erwachsenenenschutzrecht, in: AJP 2012, S. 1688 ff.
- HUBER RENÉ, Datenschutz, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht, Zürich 2016, S. 913 ff.
- MARANTA LUCA, Im Irrgarten zwischen Meldepflichten, Melderechten und Berufsgeheimnis – die Revision der Meldevorschriften im Kindesschutz, in: ZKE 4/2018, S. 231 ff.

Literaturangaben

- MEIER PHILIPPE, Le proche représentant en matière médicale peut-il délier le médecin de son secret professionnel?, in: ZKE 2018, S. 455 ff.
- ROSCH DANIEL, Melderechte, Melde- und Mitwirkungspflichten, Amtshilfe: die Zusammenarbeit mit der neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: FamPra.ch 4/2012, S. 1020 ff.
- ROSCH DANIEL, Sechs ausgewählte Organisationsgrößen in der Abklärung im Kindes- und Erwachsenenschutz, in: ZKE 2020, S. 299 ff.
- SCHWANDER MARIANNE, Geheimhaltungspflichten und Datenaustausch in der Sozialen Arbeit, in: ZKE 2015, S. 97 ff.
- VOGEL URS, Verhältnis der Schweigepflicht nach Art. 413 und 451 ZGB zum Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB, in: ZKE 2014, S. 250 ff.