

## **Der Datenschutz darf das Berufsgeheimnis nicht löchern**

**Referat von Franz Stämpfli, Präsident SNV, anlässlich des 4. Tags der freien Berufe vom 10. Mai 2019, Bern**

### **1. Begrüssung, Einleitung**

Sehr geehrter Herr Präsident

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Datenschutz darf das Berufsgeheimnis nicht löchern. Unter diesem zugegebenermassen etwas plakativen Titel möchte ich heute zwei Themen ansprechen, die auf den ersten Blick Hand in Hand gehen: Berufsgeheimnis und Datenschutz.

### **2. Das notarielle Berufsgeheimnis - zentral für den Rechtsstaat**

In Art. 321 Strafgesetzbuch (StGB) ist die Verletzung des Berufsgeheimnisses wie folgt geregelt:

*„Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen sowie ihre Hilfspersonen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, werden, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bestraft. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung der Berufsausübung strafbar.*

*Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat.“*

Man spricht hier vom sogenannten grossen Berufsgeheimnis. Nach Meinung der herrschenden Lehre sowie des Bundesgerichtes ist das Berufsgeheimnis nach dem Tod des Mandanten vom Rechtsanwalt oder vom Notar grundsätzlich auch gegenüber den Erben zu beachten und das Recht zur Entbindung vom Berufsgeheimnis geht zufolge

der Höchstpersönlichkeit des Verhältnisses zwischen Rechtsanwalt bzw. Notar und Mandant nicht einfach auf die Erben über. Ich kann hier verweisen auf Strazzer in Successio 2014, S. 113 und 119, sowie BGE 136, III. 597 E 3.2 und E 3.3. Will der Rechtsanwalt auf eine Anfrage nach allfälligen Personendaten eine Antwort machen, so muss er sich über die kantonale Anwaltsaufsichtsbehörde vom Berufsgeheimnis entbinden lassen. Analoges gilt für das Notariat, wobei insbesondere im Kanton Bern keine Möglichkeit besteht, sich vom Berufsgeheimnis entbinden zu lassen.

Dem gegenüber schafft nun Art. 54 ff. des Entwurfs des DSG ein sogenannt kleines Berufsgeheimnis: Jeder Datenbearbeiter in einem Verband oder in einer Unternehmung steht neu unter Strafe, wenn er schutzwürdige Daten preisgibt.

Amts- und Berufsgeheimnisse sind in unserer Gesellschaft und in unserem Rechtsverständnis von zentraler Bedeutung und sind zentral für den Rechtsstaat. Bei uns Notaren drückt sich das Berufsgeheimnis etwas pointierter aus: Unsere Klientschaft ist im Rahmen unserer hauptberuflichen Tätigkeit, der öffentlichen Beurkundung, gesetzlich verpflichtet, etwas öffentlich zu beurkunden zu lassen. Sie kann das Geschäft nicht für sich einfach schriftlich oder anderweitig abwickeln. Durch die gesetzliche Garantie der Verschwiegenheit wird bei den Rechtssuchenden das notwendige Vertrauen in die Urkundsperson bzw. allgemein in den Notariatsstand geschaffen. Die Gewährleistung der Geheimhaltung sorgt dafür, dass der wirkliche Wille der Parteien in der öffentlichen Urkunde zum Ausdruck kommt und legt damit die Basis für die erhöhte Beweiskraft der öffentlichen Urkunde.

Gemäss Bericht des Bundesrates über die freien Berufe in der Schweiz vom 15. Januar 2014 gibt es in der Schweiz mehr als 70'000 freiberuflich Tätige wie Ärzte, Anwälte, Notare, Revisoren, Architekten und Ingenieure, Steuerberater, Hebammen usw. Diese Geheimhaltungspflicht ist somit das grundlegende Element für unser Berufsverständnis, insbesondere in meinem Beruf zwischen Notaren und den Klienten. Nur bei einem intakten Vertrauensverhältnis können die Klienten ihren Willen, ihre Ängste oder ihre Wünsche gegenüber dem Notar offen zum Ausdruck bringen und nur so kann die öffentliche Beurkundung ihren Zweck erfüllen. Es gibt viele Lebensbereiche, die niemanden etwas angehen, ausser die Betroffenen selbst oder vielleicht noch die Steuerbehörden. Dazu zählt z.B. wie viel habe ich geerbt, welcher Güterstand gilt für mich, welche Scheidungsklausel habe ich gewählt, was für einen Kaufpreis haben wir abgemacht usw.

### **3. Das Berufsgeheimnis gilt aber nicht absolut**

Der Berufsgeheimnisträger, sei es der Anwalt, die Hebamme oder der Notar, kann von der Geheimnisträgerin oder dem Geheimnisträger von der Geheimhaltungspflicht entbunden werden.

Trotz allfälliger Entbindung vom Berufsgeheimnis muss oder darf sich der Notar oder Anwalt auf das Berufsgeheimnis berufen und kann auch in einem solchen Fall die Aussage z.B. in einem Strafverfahren als Zeuge oder als Betroffener verweigern. Diese äusserst zentrale Praxis darf nicht durch das Datenschutzgesetz durchlöchert werden.

Ausserdem kann das Berufsgeheimnis in einem Gesetz beschränkt oder teilweise aufgehoben werden. Solche Ausnahmen stehen jedoch im Widerspruch zum dargelegten Grundsatz und es gilt sorgfältig zu prüfen, ob ein anderes Interesse effektiv überwiegt. Bei einer solchen Interessenabwägung muss beachtet werden, dass dem Notar aufgrund seiner öffentlich-rechtlichen Funktion eine Sonderstellung zukommt und das notarielle Berufsgeheimnis entsprechend hoch zu gewichten ist. In jüngeren Gesetzesrevisionen werden verallgemeinernde Auskunftsrechte von Dritten oder Meldepflichten begründet, welche diesem hohen Gewicht der Geheimhaltungspflicht nur ungenügend Rechnung tragen. Dazu gehören z.B. die Geldwäscherei, der automatische Datenabgleich, internationale Verträge wie z.B. das Fatca oder der Entwurf des neuen Datenschutzgesetzes.

Ich bringe hierzu einige Beispiele:

- Es wird eine unmündige Frau vergewaltigt. Ich erfahre im Rahmen meiner beruflichen Tätigkeit von diesem Vorfall, sei es, dass ich den Täter vertrete, oder sei es, dass ich das Opfer vertrete. Gemäss Art. 364 Strafgesetzbuch bin ich berechtigt, den Vormundschaftsbehörden (KESB) eine entsprechende Meldung zu machen und gehe straffrei aus. Ich betone aber, ich bin nicht verpflichtet dazu.

Im Rahmen der Geldwäscherei sollen nun Anwälte, Notare oder andere Geheimnisträger dazu verpflichtet werden, sollten sie von einer entsprechenden Straftat erfahren, Meldung zu machen.

Was ist hier schwerwiegender? Die Vergewaltigung eines 15-jährigen Mädchens oder Fr. 10'000.00 zu waschen?

Wir sprechen hier von Zeitgeistregelung...

- Ein Mann, dieser Fall hat sich vor noch nicht allzu langer Zeit zugetragen und war in den Medien publik, suchte den Pfarrer auf und teilte ihm mit, er habe gerade eine Frau umgebracht. Der Pfarrer glaubte ihm nicht und fragte ihn, ob er die Gemeindebehörde fragen könne, so dass jemand in der Wohnung nachschauen geht. Der Mann willigte ein und der Pfarrer avisierte die Gemeinde und diese wiederum schickte einen Gemeindemitarbeiter los, um in der Wohnung nachzuschauen. Tatsächlich lag dort eine erstochene Frau.

Was gehört nun zu den Spielregeln eines Rechtsstaates? Der Täter darf und muss sich dem Anwalt oder dem Pfarrer gegenüber äussern dürfen, er hätte eine Person umgebracht und dieser wiederum ist zur Verschwiegenheit verpflichtet. Würde hier eine Meldepflicht eingeführt, wäre dies desaströs für den Berufsstand des Anwaltes oder des Notars.

Klar scheint die Abgrenzung, dass der Anwalt oder Notar in keiner Art und Weise mithelfen darf, Taten zu vertuschen oder helfen darf Geld zu waschen. Hier werden die Problematiken der Panamapapers mit rechtsstaatlichen Prinzipien verwischt.

#### **4. Problematik von Art. 16 des Entwurfs zum Datenschutzgesetz**

Konkret geht es um Daten einer verstorbenen Person, die selbst keinen Einfluss mehr auf die Wahrung des Berufsgeheimnisses nehmen kann: Gemäss Art. 16 des Entwurfs zum Datenschutzgesetz sollen Daten einer verstorbenen Person durch ein Auskunftsrecht nachstehender Personen, des Willensvollstreckers oder anderer Personen mit einem schutzwürdigen Interesse einfach zugänglich gemacht werden. Dies auch dann, wenn die Daten von einem Rechtsanwalt oder Notar, Arzt oder einer Hebamme bearbeitet worden sind.

Art. 16 Abs. 1 lautet konkret:

*"Der Verantwortliche gewährt kostenlos Einsicht in die Daten einer verstorbenen Person, wenn eine schutzwürdiges Interesse an der Einsicht vorliegt oder die Person, die Einsicht verlangt, mit der verstorbenen Person in gerader Linie verwandt ist, mit ihr bis zum Zeitpunkt des Todes verheiratet war, in eingetragener Partnerschaft lebte oder eine faktische Lebensgemeinschaft führte oder wenn sie ihr Willensvollstrecker ist. Verweigert er die Einsicht unter Hinweis auf ein Berufsgeheimnis, so können nach Abs. 1 Bst. a berechnigte Personen die zuständige Behörde nach Art. 320 und 321 des Strafgesetzbuches um Entbindung des Verantwortlichen von seiner Geheimhaltungspflicht ersuchen."*

Dieses neue Auskunftsrecht findet also nur dort Grenzen, wo der Verstorbene das ausdrücklich angeordnet oder ein besonderes Schutzbedürfnis des Verstorbenen bzw. überwiegende Interessen Dritter oder des Anwalts oder Notars entgegenstehen. Direkt verwandte Personen sind dann grundsätzlich berechnigt, beim Notar oder beim Anwalt Daten der verstorbenen Person einzusehen.

Und auch wenn es nicht mehr wie im Vorentwurf vom 2016 explizit heisst, dass *"... ein allfälliges Amts- oder Berufsgeheimnis nicht geltend gemacht werden kann"* (Klammerbemerkung: Unglaublich, wer sowas zu Papier bringt...)

Die Idee dahinter ist geblieben: Beruft sich der Notar nämlich auf das Berufsgeheimnis, können die diejenigen, welche Auskunft verlangt haben ein entsprechendes gerichtliches Verfahren anheben. Dort fällt dann das Berufsgeheimnis, wenn nicht ein besonderes Schutzbedürfnis des Verstorbenen geltend gemacht werden kann. Wir befürchten, dass nur in Ausnahmefällen ein solches hohes Schutzbedürfnis angenommen werden wird. Schaut man beispielsweise ins Gesundheitswesen, wo

dieser Begriff bereits etwas einschlägiger behandelt worden ist, wird ein solches hohes Schutzbedürfnis etwa bei schweren Geschlechtskrankheiten bejaht.

Ich mache einige Beispiele:

- Ich vertrete die Ehefrau in einer güterrechtlichen Auseinandersetzung. Die Ehefrau verstirbt. Der Ehemann als gegnerische Partei verlangt nun bei mir Akteneinsicht. Er sieht dadurch, wie seine Ehefrau gegen ihn argumentiert hat, welche Akten- und Besprechungsnotizen es gibt und was für Argumente sie zu Felde geführt hat.

- Im Erbteilungsprozess soll die Enterbung angefochten werden. Ich vertrete den Vater. Der enterbte Sohn, der vielleicht gegen seinen Vater kriminell tätig geworden ist, verlangt nun Akteneinsicht in die Akten gegen seinen Vater.

Dies widerspricht der dargelegten heutigen Regelung, wonach Daten einer verstorbenen Person nahezu uneingeschränkt der notariellen oder anwaltlichen Geheimhaltungspflicht unterliegen. Auch überlebende, nahe Verwandte erhalten nur Einsicht in jene Daten, die ihre eigenen vermögensrechtlichen Interessen betreffen.

Gerade Notariate drohen künftig häufig von dieser Bestimmung betroffen zu sein, weil ein Hauptthemenkreis für uns Testamente und Erbverträge sind. Und hier wird es wie dargelegt heikel:

Wenn plötzlich sämtliche Überlegungen einer verstorbenen Person für nahe Verwandte einsehbar sein werden, wird das dazu führen, dass möglicherweise latent bestehende Konflikte geschürt werden. Für künftige Geschäfte ist das unproblematisch: Da können wir die Klientschaft entsprechend aufklären und es kann durch klare Äusserung ausgeschlossen werden, dass nahe Verwandte in die Überlegungen, welche zur verfassten Lösung geführt haben, nehmen können. Es gibt jedoch tausende und abertausende Testamente und Erberträge. Welche über die letzten 20 bis 40 Jahre abgeschlossen worden sind und wo der Erblasser noch nicht verstorben ist. Es fehlt an einer gangbaren Übergangslösung.

## 5. Fazit

Ich hoffe, Sie in die Problematik dieser Berufsgeheimnisse eingeführt und Sie dafür sensibilisiert zu haben. Ich betone, es kann auch Sie betreffen.

Ich hoffe, Sie in die Problematik dieser Berufsgeheimnisse eingeführt und Sie dafür sensibilisiert zu haben. Ich betone, es kann auch Sie betreffen.

Gerade im Rahmen der rasch fortschreitenden Digitalisierung gewinnt aber auch der Datenschutz zurecht massiv an Wichtigkeit und es treten immer neue Regelungsbedürfnisse auf. Als aktuelles Beispiel kann hier die parlamentarische Initiative von NR Dobler "**Datenherausgabe beim Konkurs von Providern**" dienen, welche der heutigen Problematik der Offenlegung von Daten im Falle eines

Konkurses eines Cloud-Providers begegnen will. Nach der Kommission für Rechtsfragen SR hat auch die Kommission für Rechtsfragen NR Mitte April 2019 diesem wichtigen Anliegen zugestimmt. Affaire à suivre...

Eine Einschränkung des Berufsgeheimnisses aus Datenschutzüberlegungen, wie sie in Art. 16 des Datenschutzgesetzes angedacht ist, muss hingegen explizit abgelehnt werden.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.