

Der Schutz des Berufsgeheimnisses

Autor(en): **Overbeck, Alfred von**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **43 (1924)**

PDF erstellt am: **25.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895859>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Der Schutz des Berufsgeheimnisses.

REFERAT

von

Professor Dr. ALFRED VON OVERBECK, Freiburg.

„Zieret Stärke den Mann und freies mutiges Wesen,
O! so ziemet ihm fast tiefes Geheimnis noch mehr.“
(Goethe.)

I. Allgemeine Gesichtspunkte.

Zu den Geheimnissen im weitesten Sinne des Wortes könnte man alle Tatsachen und Zusammenhänge rechnen, die überhaupt keinem Menschen bekannt sind. So reden wir von Geheimnissen der Vorsehung und von Geheimnissen der Natur. Solche Geheimnisse haben, solange sie unversehrt bleiben, solange „der Mensch nicht hinkommt mit seiner Qual“, absoluten Charakter. Ihr Gegenstand ist allen Menschen notwendig geheim. Den Geheimnissen im weitesten Sinne könnte man aber auch umgekehrt alles einreihen, was Einzelnen — seien es nun wenige oder viele — zufällig unbekannt geblieben ist. So sagen wir etwa ironisch, ein elementarer Wissensstoff sei dem unwissenden Prüfungskandidaten ein Geheimnis, oder wir bezeichnen die Ursache eines bestimmten Automobildefektes als ein Geheimnis für den des Mechanismus unkundigen Besitzer des Wagens. „Geheimnisse“ der letzteren Art haben relativen Charakter, ihr Gegenstand bleibt nicht notwendig für alle, sondern zufällig für Einzelne — viele oder wenige — geheim.

Die „Geheimnisse“ dieser beiden extremen Gruppen scheiden für unsere Betrachtung natürlich aus, erstere weil sie weder von Menschen verletzt noch durch menschliche Satzung geschützt werden können, letztere weil sie überhaupt nicht geschützt, sondern vielleicht gerade

preisgegeben oder verbreitet werden sollen. Doch kann natürlich, was bisher absolutes Geheimnis im weitesten Sinne war, zu einem Geheimnis in einem engeren Sinne werden. Denn wer z. B. der Natur ein Geheimnis ablauscht, sie insoweit des Schleiers beraubend, zerstört damit den bisherigen absoluten Charakter des betreffenden Geheimnisses und macht sich so zu seinem — vielleicht alleinigen — Träger. In demselben Augenblick aber wird das Geheimnis verletzbar und schutzfähig, möglicherweise überdies schutzbedürftig und schutzwürdig, sofern nicht der Geheimnischarakter einfach verloren gegeben wird. Aber auch relative Geheimnisse im weitesten Sinne können sich in Geheimnisse in einem engeren Sinne verwandeln. Was bisher nur zufällig einer grösseren oder geringeren Anzahl von Menschen unbekannt war, z. B. die Anlage einer Festung oder die wirtschaftliche oder hygienische Situation einer Stadt oder die uneheliche Abstammung eines Menschen, wird zielbewusst „mit dem Schleier des Geheimnisses umhüllt“; man setzt einen Schutzapparat in Bewegung, dazu bestimmt, die betreffenden Tatsachen den bisher Uneingeweihten fernerhin vorzuenthalten oder doch über einen bestimmten Kreis nicht hinausdringen zu lassen. Das Geheimnis wird damit von seinen Hütern oder Behütern als schutzwürdig und schutzbedürftig anerkannt, seine Schutzfähigkeit aber zum mindesten auf die Probe gestellt.

Zwischen den beiden extremen Gruppen liegen also die uns näher beschäftigenden, weil verletzbaren und schutzfähigen, eventuell auch schutzwürdigen und schutzbedürftigen Geheimnisse, wiewohl freilich die so umschriebene Sphäre noch mehr eingeengt werden muss.

Das Geheimnis in dem für uns in Betracht kommenden Sinne setzt jedenfalls voraus, dass eine — nicht öffentlich bekannte¹⁾ — Tatsache von mindestens einem Menschen

¹⁾ Doch kann natürlich eine Tatsache — bezw. die Kenntnis einer Tatsache —, die ein bereits vorhandenes Gerücht zu bestätigen geeignet ist, Geheimnis sein. Vergl. z. B. H. Schmidt,

gewusst wird oder verhältnismässig leicht gewusst werden kann, und dass die Unkenntnis der Übrigen nicht auf blossem Zufall, sondern auf irgend welchen entgegenstehenden Veranstaltungen oder Bestrebungen beruht oder durch solche erhalten wird oder doch erhalten werden soll. Eine Umhegung der geheim zu haltenden Tatsachen wird regelmässig dann veranlasst sein, wenn irgend jemand, irgend ein kleinerer oder grösserer Kreis, oder wenn der Staat selbst an der Geheimhaltung interessiert ist. Ein solches Interesse wird vielfach dem auf Geheimhaltung gerichteten Willen die Bahn vorzeichnen, während der Wille seinerseits symptomatisch auf das Interesse zurückweist. Wo der Wille fehlt oder zurücktritt, wird meist auch das Interesse fehlen oder zessieren. Denkbar ist freilich ein Geheimhaltungswille trotz mangelnden Interesses oder umgekehrt ein Geheimhaltungsinteresse trotz mangelnden Willens. Denn der am Geheimnis Interessierte kann willensunfähig sein oder sich über das objektive Bestehen oder Nichtbestehen seines Interesses täuschen. Wille und Interesse können einander überdauern. Wir möchten daher — gegenüber den Einseitigkeiten²⁾ der Willenstheorie³⁾ und der Interessentheorie⁴⁾ — einer mehr vermittelnden Auffassung beitreten, wonach es darauf ankommt, dass sich an die in Frage stehende Tatsache das Interesse oder der Wille knüpft, „dass sie überhaupt nicht oder doch nicht weiteren Kreisen bekannt werde.“ Zu bemerken ist aber, dass der Kreis

Das ärztliche Berufsgeheimnis, Diss. Leipzig 1907, S. 4. Zum Geheimnisbegriff vgl. besonders die interessante Analyse bei Finger, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Band 8, Berlin 1906, S. 293 ff.

²⁾ Hierüber zutreffend u. a. Stangl, Der Geheimnisbruch durch Rechtsbeistände § 300 St. G. B., Diss. Erlangen 1912, S. 8 und die dort Zitierten.

³⁾ Vergl. Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil, Band I, 2. Aufl., Leipzig 1902, S. 127,

⁴⁾ Vergl. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 23. Aufl., Berlin und Leipzig 1921, S. 418.

der Eingeweihten nicht aus nur wenigen Personen zu bestehen braucht, sondern sehr viele, z. B. alle Mitglieder eines weitverzweigten Verbandes, umfassen kann.⁵⁾ Dass selbst bei wichtigen Staatsgeheimnissen, insbesondere militärischer Art, viele einzelne eingeweiht sein können, wird von Frank, dessen vorletzter Auflage obige Definition entnommen ist,⁶⁾ an anderer Stelle (Note II 1 zu § 92) ebenfalls beachtet. Immer aber werden die Eingeweihten — sofern eine Mehrzahl überhaupt in Betracht kommt — einen irgendwie geschlossenen Kreis darstellen müssen, über den die geheime Tatsache nicht hinausdringt, bzw. nach dem Willen der Beteiligten oder mit Rücksicht auf ihr Interesse nicht hinausdringen soll.

Die so umschriebene Geheimsphäre des Einzelnen wird nun aber nicht in ihrem vollen Umfang rechtlich beachtet, ihr Schutz vielmehr zu einem grossen Teil den Vorkehrungen des Geheimnisträgers überlassen. So gibt es im allgemeinen keinen Rechtsschutz gegen das willkürliche Weitergeben von Geheimnissen, die jemand ohne ernstliche Veranlassung oder nur um seinem Herzen Luft zu machen, einem andern anvertraut hat, es müsste denn etwa Beleidigung, Verleumdung oder Urheberrechtsverletzung hinzutreten, also ein anderes Rechtsgut als die Geheimsphäre in Mitleidenschaft gezogen sein. Der Gesetzgeber überlässt, von bestimmten Fällen und Situationen abgesehen, dem Einzelnen die selbständige und selbsttätige Wahrung und Bewahrung seiner Geheimnisse; wer solche ohne Not andern mitteilt, hat die Folgen sich selbst zuzuschreiben, solange ihm der Geheimnisbrecher nicht gleichzeitig einen sonstigen verbrecherischen Angriff

⁵⁾ Richtig W. Jellinek, der, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Jahrg. 3, S. 664, den Bestand eines Geheimnisses als unabhängig von der Zahl der Eingeweihten bezeichnet.

⁶⁾ Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. bis 14. Auflage, Note I zu § 300. Eingehender und teilweise abweichend 15. Aufl., N. I 4.

entgegensetzt. Der einzelne Bürger soll eben selbst wissen, inwieweit er seine Geheimnisse zu hüten hat oder den Kreis der Eingeweihten gefahrlos erweitern kann. Dazu kommt noch, um einen besonders intensiven Rechtsschutz mehr oder weniger überflüssig zu machen, ein gesellschaftliches Sicherheitsventil, bestehend in der Verachtung und Ächtung, die der Indiskretion des Wortbrüchigen droht oder drohen sollte. So wird auf dem Gebiet des Geheimnisschutzes vieles mit Recht dem Eifer des Einzelnen überlassen und der sozialen Selbstregulierung anheimgestellt, nach dem Grundsatz, dass, wer selbst sein Geheimnis ohne ernstlichen Grund preisgibt, die Wahrung desselben durch Dritte erst recht nicht erwarten darf, und dass andererseits Takt und Anstand immerhin gewisse Garantien zu bieten vermögen. Hingegen ändert sich die Situation, sobald der Geheimnisträger⁷⁾ sich genötigt sieht, sein Geheimhaltungsinteresse andern Interessen hintanzusetzen (sei es auch nur dem Interesse an ungestörter normaler Lebensführung und angemessener Verkehrspflege), indem er das Geheimnis gefährdet oder preisgibt. Wer seine Briefschaften offen liegen lässt oder auf Postkarten wichtige Mitteilungen macht, wertet das Geheimhaltungsinteresse wahrscheinlich gering und muss jedenfalls auf Kenntnisnahme seitens Dritter gefasst sein; die Verletzung des Geheimnisses ohne grössere Anstrengung zu hindern, etwa durch geeignetes Verschliessen usw., lag in seiner Macht, und die Verantwortung für seine Sorglosigkeit fällt im Wesentlichen auf ihn selbst zurück. Wer aber darauf angewiesen ist, vertrauliche Mitteilungen in die Ferne zu senden, muss sie regelmässig dem Papier und der Post anvertrauen⁸⁾ und kann und muss zum

⁷⁾ Der Träger des Geheimnisses ist nicht immer identisch mit dem am Geheimnis Interessierten, der auch ein neugeborenes Kind oder ein Geisteskranker sein kann.

⁸⁾ Beachtlich Seréxhe, Die Verletzung fremder Geheimnisse (Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts, Heft VII), Karlsruhe i. B. 1906, S. 62: „Nimmt man ein-

Schutze seiner Geheimsphäre nicht mehr tun als den Umschlag in normaler Weise zu schliessen. Sein Geheimnis ist damit immer noch an und für sich der Gefährdung ausgesetzt, und es liegt nicht in seiner Macht, den Rest von Gefahr durch eigene Tätigkeit zu bannen. Die Rechtsordnung muss ihm zu Hilfe kommen, indem sie die Öffnung fremder Briefe verbietet und unter Strafe stellt und den Postbeamten das Postgeheimnis noch besonders einschärft. Ja, der strafrechtliche Schutz des Brief- und Postgeheimnisses wird mit gutem Grunde nicht erst an die Voraussetzung eines im eigentlichen Sinne „geheimen“ Inhaltes geknüpft, sondern jeder verschlossenen Urkunde (besonders durch Bestrafung der unbefugten Eröffnung) und darüber hinaus allerlei der Post anvertrauten Sendungen, wie auch dem Telegramm, dem Telephongespräch (so durch Bestrafung der postalischen Sonderdelikte) gewährt. Ein gewisses Geheimhaltungsinteresse, ein gewisser Geheimhaltungswille wird eben ein für allemal bei allen verschlossenen Sendungen und bei den Postsendungen überhaupt unwiderleglich präsumiert, der Nachweis eines besonderen Interesses oder Willens im Einzelfall völlig erspart, ebenso natürlich der Nachweis einer konkreten Notwendigkeit, den Brief- oder Postverkehr zu benützen. Denn die Leichtigkeit und Bequemlichkeit eines raschen und normalen Brief- und Postverkehrs würde stark beeinträchtigt oder ganz illusorisch gemacht (das Entsprechende gilt für Telegraph und Telefon), wenn der Absender sich auch nur einer noch so oberflächlichen Prüfung darüber hingeben müsste, ob seine Mitteilung für unberufene Augen taugt oder nicht, ob er auf die von ihm gewählte Verkehrsform angewiesen

mal an, dem menschlichen Lebensverkehr sei das Kommunikationsmittel des Briefes unbekannt, so müsste da, wo direkte Verständigung ausgeschlossen ist, die Mitteilung von Gedanken und Wünschen durch Zuhilfenahme belebter Vermittler, durch mündliche Botschafter bewerkstelligt werden . . .“ (Im diplomatischen Verkehr kommt auch heute derartiges vor.)

ist oder nicht. Daneben hat er es natürlich in der Hand, die Dichtigkeit der Geheimsphäre zu steigern, z. B. durch Versiegeln, durch besondere postalische oder ausser-postalische Beförderungsweisen usw. So erklärt sich denn zwanglos der abstrakte Charakter des strafrechtlichen Briefschutzes, der, von der Strafzumessung einmal abgesehen, als solcher völlig davon unabhängig ist, ob der Briefinhalt ein tiefstes Geheimnis oder eine vor aller Welt gemeinkundige Tatsache betrifft, und ob der unbefugten Kenntnisaufnahme ein — vielleicht selbständig strafbares — Weiterverbreiten nachfolgt. Begreiflich ist ferner, dass der Briefschutz gewissen Modifikationen unterliegt, sei es im Interesse der Beteiligten (diskrete Eröffnung des zunächst unbestellbaren Briefes durch die Post zum Zwecke der Bestellung oder der Rücksendung), sei es im Interesse der Allgemeinheit (strafrichterliche Durchsuchung, Zensur in Kriegszeiten).

Lassen wir diesen abstrakten Briefschutz, der unser Thema nur mittelbar berührt, beiseite,⁹⁾ so eröffnet sich uns ein anderes Gebiet, wo der Schutz, besonders der Strafschutz, sich auf konkrete Einzelgeheimnisse erstrecken und beschränken muss. Die Beeinträchtigung der eigenen Geheimsphäre durch ihren Träger kann nämlich auch deshalb zur Notwendigkeit werden, weil er bestimmte sonstige Interessen nicht wahrnehmen kann, ohne das Geheimhaltungsinteresse dadurch zu opfern bzw. zu gefährden, dass er andere geradezu einweihet oder Einblick nehmen lässt. Dies tritt am deutlichsten hervor, wenn der Geheimnisträger fremden Rates, fremder Hilfe bedarf und sich Rat oder Hilfe nicht verschaffen kann, ohne wenigstens denjenigen, der darum angegangen wird, in sein Vertrauen zu ziehen. Auch hier entgleitet ihm zunächst die volle Herrschaft über sein Geheimnis, auch hier

⁹⁾ Das Geheimnis der Postbeamten bleibt, wie das Amtsgeheimnis überhaupt, in dieser Abhandlung ausser Betracht, wenn auch die Gesetzgebung Amts- und Berufsgeheimnis teilweise gemeinsam behandelt.

ist an sich die Möglichkeit gegeben, dass die geheimzuhaltende Tatsache — mit oder ohne Schuld des Eingeweihten — über den Kreis hinausdringt, auf den sie der Interessierte oder Dispositionsberechtigte beschränken wollte. Am wichtigsten sind wohl die Fälle, in denen jemand seinen religiösen Bedürfnissen nicht nachleben, seine Gesundheit nicht der Pflege übergeben, seine Rechte nicht wahrnehmen könnte, ohne sich dem Seelsorger, dem Arzt, dem Anwalt anzuvertrauen.¹⁰⁾ Der Interessierte ist hier nicht selbst in der Lage, das Weiterdringen des Geheimnisses von sich aus, ohne fremdes Zutun unbedingt wirksam zu hindern. Er verlässt sich zunächst auf das Pflichtbewusstsein und den Anstand des von ihm Angegangenen, und er rechnet zudem auf die Rechtsordnung, die seinem Vertrauen zu Hilfe kommt, indem sie die Preisgabe des Geheimnisses, soweit möglich und nötig, mit Strafe bedroht und die Vertrauensperson von Offenbarungspflichten entbindet, die sie sonst allen Bürgern aufbürdet. (Befreiung von der Zeugnispflicht oder Aufstellung von unbedingten Beweisverboten.)¹¹⁾ Ein solcher strafrechtlicher und prozessualer Schutz, der sich dem privatrechtlichen Schutz gegen Schädigung durch unerlaubte Handlungen (Art. 41 ff. OR.) bzw. gegen Verletzung der Persönlichkeitsrechte (Art. 28 ZGB, 49 OR) gesellen kann,¹²⁾

¹⁰⁾ Vergl. Binding, a. a. O., S. 126: „Nur in bestimmten, keineswegs in allen Fällen erkennt das Recht eine Pflicht zur Geheimhaltung anvertrauter oder in Erfahrung gebrachter Privatgeheimnisse an. Es tut dies nur gegenüber solchen Personen, deren amtliche oder gewerbliche Stellung andere nötigt, ihnen vertrauliche Mitteilungen gewisser Art zu machen.“ Vergl. auch die vorzügliche Analyse bei Werner, *Le secret professionnel*, thèse Genève 1907, bes. S. 41 ff.

¹¹⁾ Vergl. Beling, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 46), Breslau 1903, S. 5, 17 ff.

¹²⁾ Vergl. Giesker, *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre*, Diss. Zürich 1904; Specker, *Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht*, Diss. Zürich 1911, S. 78 f.

liegt einmal im Interesse des Ratsuchenden, dessen Vertrauen schon durch die feierliche Anerkennung der Geheimsphäre im Straf- und Prozessrecht gesteigert wird. Der intensive Rechtsschutz liegt aber auch im Interesse der auf die Garantien der Diskretion bauenden Gesellschaft und der Berufspersonen selbst, denen eben jenes Vertrauen zustattenkommt, ja geradezu unentbehrlich ist, wenn anders sie ihre Berufsaufgaben erfüllen sollen und wollen. So entsteht die eigentümliche Natur des Berufsgeheimnisses. Es wird vor allen sonstigen Privatgeheimnissen hervorgehoben¹³⁾ und nicht nur der Berufsehre unterstellt, sondern auch mit intensivem rechtlichen Schutze umkleidet. Damit erwächst dem Geheimnisempfänger die strenge Pflicht, zwischen dem, was er beruflich erfahren hat, und der Sphäre seines Privatlebens zu scheiden. Und wenn gelegentlich gesagt worden ist, dem Menschen sei eine „Spaltung des Ich“ nicht möglich und daher auch nicht zuzumuten, so halten wir eine solche Auffassung nicht für durchgreifend. Eine derartige Spaltung, oder besser Ausschaltung, erscheint uns vielmehr als ein Erfordernis jener der Freiheit und Harmonie menschlichen Zusammenlebens unentbehrlichen Einordnung und Selbstdisziplin, ohne die alles zusammenbräche. Es steht damit in gewissem Sinne ähnlich wie mit dem Betreibungsbeamten, dem das Selbstkontrahieren, oder mit dem Richter, dem die Verwertung von privatem Wissen verboten ist. Was verantwortlichen Berufspersonen wie dem Geistlichen, dem Arzte, dem Anwalt in beruflicher Eigenschaft an Geheimnissen bekannt wird, das darf grundsätzlich in ihrem übrigen Leben für sie nicht existieren. Eine solche Sonderung wird nicht nur durch das Interesse

¹³⁾ Ein etwas anderer Charakter kommt dem Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis zu, dessen Missbrauch überdies nicht nur durch Verrat, sondern auch durch Eindringen und durch wirtschaftliches Verwerten begangen werden kann. Von einem Berufsgeheimnis kann man beim Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis höchstens im weiteren Sinne sprechen. Vergl. unten.

des Ratsuchenden, sie wird auch durch die Rücksicht auf die Allgemeinheit und nicht zuletzt auf die Berufspersonen selbst,¹⁴⁾ die vor ihrer Berufsausübung zeitweise Ruhe haben müssen, im Beruf aber auf das Vertrauen der Ratsuchenden wie der Allgemeinheit angewiesen sind, gebieterisch gefordert.

Die Ausschaltungs- und Geheimhaltungspflicht gewisser Berufspersonen in bezug auf gewisse berufliche Wahrnehmungen ordnet sich so den Berufsaufgaben selbst ein, die ohne weitgehende Gewährung und Belohnung von Vertrauen gar nicht befriedigend gelöst werden könnten. Die schützenden Normen der Rechtsordnung aber, namentlich diejenigen strafrechtlicher und prozessualer Art, gelten nicht lediglich der Geheimsphäre an sich, sondern eben jener Zuverlässigkeit undersprießlichkeit einer Berufspflege, die mit der Diskretion steht und fällt. Daraus erklärt sich die Zurückhaltung besonders des Strafgesetzgebers in bezug auf den Schutz der Geheimsphäre an sich, daraus z. B. die Strafflosigkeit ehrloser Preisgabe ausserberuflicher Privatgeheimnisse, soweit sie nicht in ein eigenes Verbrechen übergeht,¹⁵⁾ und der Geheimnisträger nicht selbst — effektiv oder präsumtiv — zur nächsten Geheimnisgefährdung genötigt war. So ist denn der Schutz des Berufsgeheimnisses nicht so sehr ein selbständiger Geheimnisschutz als vielmehr — wie etwa die geschärfte Strafbedrohung der Berufsfahrlässigkeit bei Tötungen und Körperverletzungen — ein Bestandteil des Schutzes, der den auf eine bestimmte berufliche Hilfe angewiesenen Rechtsgütern zuteil wird, mag es sich etwa um das religiöse Leben, um Sorge für die Gesundheit oder um Wahrung rechtlicher Interessen

¹⁴⁾ Vergl. u. a. W. Jellinek, a. a. O., S. 662.

¹⁵⁾ Vergl. die — zum Schutz der Ehre bedrohten — „Indiskretionsdelikte“ der neuern Entwürfe, die bestimmt sind (ob mit Erfolg oder nicht, bleibt hier dahingestellt), die heikle Frage des Wahrheitsbeweises zu lösen; Deutscher Entwurf 1919, § 353; siehe auch Schweiz. Entw. 1918, Art. 151 Ziff. 2.

im engeren Sinne handeln. Diese Vielheit der Funktionen rechtlichen, besonders strafrechtlichen, „Geheimnisschutzes“ macht es auch verständlich, dass über die systematische Stellung, die den Delikten beruflicher Indiskretion gebührt, so wenig Klarheit und Übereinstimmung herrscht, und dass es bei Unterbringung dieser Delikte so selten ohne Willkür abgeht. Die Willkür dürfte freilich das geringere Übel sein, im Vergleich zu einer Zersplitterung in einer Reihe von Einzelbestimmungen, die etwa teils bei den Religionsdelikten (soweit Seelsorger der Strafdrohung überhaupt unterworfen werden), teils bei den Angriffen auf die Körperintegrität, teils bei den Übergriffen in bezug auf die Rechtspflege ihre Stätte fänden. Immerhin sei bemerkt, dass nach der üblichen Gesetzestechnik gewisse Geheimnisverletzungen dort untergebracht zu werden pflegen, wo das betreffende, einer Geheimsphäre bedürftige Rechtsgut seinen Strafschutz findet. Man denke an den landesverräterischen Bruch von Staatsgeheimnissen, der bei den Verbrechen gegen den Staat zu figurieren pflegt, oder an bestimmte Amtsgeheimnisse wie das Postgeheimnis, die in den der betreffenden Staatsaufgabe geltenden Vorschriften behandelt sind.

Erkennen wir die Notwendigkeit intensiven, besonders strafrechtlichen, Schutzes insoweit an, als die ange deuteten sonstigen Rechtsgüter ohne solchen Schutz zu kurz kommen würden, so fragt es sich weiter, ob die aufzuerlegenden Geheimhaltungspflichten unbegrenzt oder begrenzt sein sollen, und letzterenfalls, wie und wo die Grenzen zu ziehen sind. Die Meinungen hierüber gehen bekanntlich weit auseinander, und man könnte sich mit einer gewissen Resignation fragen, ob es überhaupt möglich ist, zu einer befriedigenden festen Abgrenzung zu gelangen. Dass jede Formel immer wieder die mannigfaltigsten Auslegungsmöglichkeiten offenlässt, ist sicher, ebenso sicher, dass in den delikatesten Fällen eben doch der berufliche Takt und Anstand den Ausschlag geben wird, und dass der Gesetzgeber dem in Gewissenskonflikte

gestürzten Empfänger des Berufsgeheimnisses das Nachdenken weder ersparen kann noch soll. Im folgenden mag nur versucht werden, das leitende Prinzip aufzuzeigen, das den verschiedenen Arten des Berufsgeheimnisses und des ihm gewährten Schutzes Rechnung zu tragen bestimmt ist. Anschliessend wenden wir uns dann dem bestehenden und dem erstrebenswerten Rechtszustande zu.

Am einfachsten dürfte die Lösung sein, wenn der am Geheimnis Interessierte die ins Vertrauen gezogene Berufsperson von der Geheimhaltungspflicht freiwillig entbindet, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, sei es unbeschränkt, sei es beschränkt. (Am häufigsten dürfte, besonders dem Arzte, dem Anwalt gegenüber, die stillschweigende Befreiung unter Beschränkung auf gewisse Hilfspersonen sein.) In diesen Fällen kann man die Geheimhaltungspflicht im Umfang der Befreiung unbedenklich zessieren lassen.¹⁶⁾ Ein Einverständnis mit der Mitteilung an ganz bestimmte Personen und nur an diese wird deshalb oft anzunehmen sein, weil in zahlreichen Fällen der Zweck des Ratsuchenden gar nicht anders erfüllt werden kann als durch Inanspruchnahme weiterer

¹⁶⁾ Finger, a. a. O., S. 398: „Stimmt die über ein Geheimnis dispositionsberechtigte Person der Mitteilung oder Verbreitung der Tatsache zu, dann verliert die Tatsache den Charakter des Geheimnisses.“ Nach W. Jellinek, a. a. O., S. 665, können wir von einem Geheimnis nicht mehr sprechen. „wenn der Geheimnisherr nicht mehr den Geheimhaltungswillen hat“, und „wenn die Tatsachen offenkundig sind“. Zu beachten ist aber, dass die Zustimmung des Dispositionsberechtigten sich oft nur auf die Weitergabe an bestimmte Personen beziehen wird; damit geht aber der Geheimnischarakter nicht verloren, denn die Mitteilung an andere als die vom Dispositionsberechtigten bezeichneten Personen bleibt — es müsste denn inzwischen Offenkundigkeit eingetreten sein — der Berufsperson nach wie vor verwehrt. „Eine Verletzung zerstört nicht notwendigerweise das Geheimnis; daher ist eine mehrfache Verletzung möglich.“ (W. Jellinek, a. a. O., S. 665.) Ueber die Strafwürdigkeit auch der Extranei in gewissem Umfang siehe unten.

Personen, die mit eingeweiht werden müssen. Hier kommt u. a. die Untersuchung zum Zweck der Lebensversicherung in Betracht, ebenso die häufige Situation, dass der Arzt oder der Anwalt sein Hilfspersonal einweihen muss, um der Berufsaufgabe zu genügen. „Wer bei Inanspruchnahme der Berufstätigkeit eines Rechtsanwalts diesem ein Geheimnis offenbart, ist stillschweigend damit einverstanden, dass sein Auftrag mangels einer besonderen Weisung in der bei dem Rechtsanwalt eingeführten Weise erledigt und damit das Geheimnis in die Handakten niedergelegt, einem Gehilfen diktiert, von ihm abgeschrieben wird, dass das Kanzleipersonal Einsicht von dem Akt nimmt. Um so eher wird man hier eine befugte Offenbarung annehmen können, weil ja die Verletzung des Geheimnisses durch die Gehilfen strafrechtlich ebenso geahndet wird wie die Verletzung durch den Herrn selbst.“¹⁷⁾ In der Tat muss der Gesetzgeber, eben im Hinblick auf solche Situationen, das Berufsgeheimnis auch gegen die Indiskretion unentbehrlicher Nebenpersonen schützen. Ja, jeder Erweiterung des eingeweihten Kreises auf bestimmte andere sollte tunlichst eine Erweiterung des rechtlichen Schutzes, besonders durch Ausdehnung der Strafdrohung, entsprechen. (Siehe unten.)

Zu beachten ist ferner, dass die Zustimmung zur Bekanntgabe an gewisse andere Personen unter Umständen von dem gesetzlichen Vertreter des Willensunfähigen ausgehen kann, und dass die Zustimmung des Interessierten oder seines gesetzlichen Vertreters bisweilen nach Lage des Falles unterstellt werden muss, so dass besonders der Arzt sich dem willens- oder erklärungsunfähigen Patienten gegenüber so verhalten darf, als hätte sein Patient oder dessen gesetzlicher Vertreter die Zustimmung wirklich erteilt. Es wird damit nicht wesentlich anders zu halten sein als mit der Frage der Erlaubtheit einer dringenden Operation am Willens- oder Erklärungsunfähigen. Denn

¹⁷⁾ Stangl, a. a. O., S. 36.

die im Interesse der Berufsaufgabe geschützte Schweigepflicht darf nicht dazu ausarten, eben diese Berufsaufgabe zu vereiteln. Die erste Hilfe bei Unglücksfällen z. B. wird nicht selten dazu führen, dass der eingreifende Arzt andere, auf deren Beistand er rechnen muss, ins Vertrauen zu ziehen genötigt ist, wenn er den Verunglückten nicht seinem Schicksal überlassen will. Ist in solchem Falle der Verunglückte willens- und erklärungsunfähig, so darf man die Zustimmung zu zweckmässigem Vorgehen unterstellen, mag auch damit die Mitteilung an bestimmte andere Personen — die aber ihrerseits schweigepflichtig gemacht werden sollten — notwendig verbunden sein. Ist aber der Verunglückte willens- und erklärungsfähig, und widersetzt er sich der noch so zweckmässigen Offenbarung an einen Dritten, so ist der Arzt dadurch gebunden. So wenig der Arzt seine Behandlung aufdrängen darf, so wenig darf er über den erklärten Willen des Patienten hinweg eine geheimnisverletzende Mitteilung weitergeben, selbst wenn die Weitergabe allein geeignet wäre, ein zweckmässiges und wirksames Eingreifen erst zu ermöglichen.

Grösseren Schwierigkeiten begegnet die Frage, wie es zu halten sei, wenn der Geheimnisträger seine Einwilligung versagt. Dabei können wir zunächst wiederum die Fälle ausscheiden, in denen es sich überhaupt nicht um eine Berufsaufgabe im Dienste des Geheimnisinteressenten, sondern im Dienste anderweitiger, besonders öffentlicher Interessen handelt, und die Wahrnehmung gar nicht auf Anregung des Geheimnisinteressenten, vielleicht sogar gegen seinen Wunsch gemacht wird. Dahin gehört z. B. die militärärztliche Untersuchung auf Diensttauglichkeit. Der ärztliche Beruf steht hier nicht im Dienste der Gesundheitspflege, sondern im Dienste des Staates, der an Feststellung der Wehrkraft interessiert ist. Dieser Zweck ist dem zu Untersuchenden genau bekannt. Er weiss auch, dass bestimmte Stellen bezw. Personen Kenntnis erlangen sollen. Ein wirkliches Anvertrauen liegt hier, insofern die Geheimhaltung nicht zur Berufspflege gehört,

das ganze Verfahren vielmehr auf Weitergabe an bestimmte Personen angelegt ist, nicht vor. Nur davor muss der zu Untersuchende geschützt sein, dass seine Geheimsphäre unnötig, in einer durch den Zweck (in unserem Beispiel Feststellung der Wehrkraft bezw. Wehrpflicht) nicht geforderten Weise verletzt wird. Insoweit bindet den Arzt das Berufsgeheimnis auch hier, während andererseits die geheimen Tatsachen vielfach in das Amtsgeheimnis der Eingeweihten eingehen werden. Ähnlich verhält es sich mit Quarantänemassnahmen, ähnlich mit der Tätigkeit eines für die Zwecke des Prozesses ad hoc zugezogenen Sachverständigen (im Gegensatz zum Zeugen).

Wie steht es nun aber, wenn die Berufsaufgabe sich primär und unmittelbar in den Dienst des Ratsuchenden stellt, dieser sich der Berufsperson offenbaren muss, um Hilfe zu erlangen, und wenn nun anderweitige Interessen die Preisgabe des Geheimnisses zu gebieten scheinen, der Anvertrauende aber seine Zustimmung eben hierzu weder ausdrücklich noch stillschweigend, weder effektiv noch präsumtiv, weder unbeschränkt noch beschränkt erteilen will? Soll die Geheimsphäre, jenen anderen Interessen zum Trotz, weiterhin strafrechtlichen und prozessrechtlichen Schutz — der auch auf den privatrechtlichen zurückwirken wird — geniessen oder nicht? Wie ist in dieser Hinsicht das geltende Recht, soweit es Zweifeln Raum lässt, auszulegen, wie das künftige zu gestalten?

Das mit dem verstärkten Schutz der Geheimsphäre ausgestattete Interesse, z. B. das Heilungsinteresse des Kranken, kann zweifellos mit andern wichtigen Interessen in Konflikt geraten. Der Patient kann vielleicht dem Arzte seine Leiden nicht anvertrauen, ohne gleichzeitig die Gewissheit oder den Verdacht einer strafbaren Handlung (z. B. eines Raufhandels, einer Körperverletzung durch Ansteckung) hervorzurufen oder die Aufmerksamkeit des Arztes auf bevorstehendes schweres Unheil (z. B. Verheiratung trotz einer Geschlechtskrankheit) zu lenken.

Ist, so lautet die oft wiederholte Frage, der Arzt berechtigt oder gar verpflichtet, im ersteren Falle der Behörde, im letzteren den Angehörigen der Braut den wahren Sachverhalt mitzuteilen? Darf oder muss er, als Zeuge berufen, das Erfahrene enthüllen? Halten wir uns zunächst an den ersteren, hier lediglich als ein Beispiel unter vielen gedachten Fall (der Patient teilt dem Arzte innerhalb der Konsultation eine von ihm begangene strafbare Handlung mit), so dürfen wir nicht verkennen, dass keine Rechtsordnung dem Täter zumutet, sich selbst anzuzeigen und dass unsere moderne Rechtsauffassung jeden Geständniszwang perhorresziert. Der sich selbst beschuldigende Patient befand sich aber gerade in einer solchen Nottlage. Er stand vor der Wahl, entweder seiner Krankheit ihren Lauf zu lassen oder sich dem Arzte zu offenbaren. Seine Situation war dem Notstande vergleichbar, nur mit dem Unterschiede, dass für ihn nicht fremde Interessen mit eigenen im Kampfe lagen, sondern eigene mit eigenen. Hätte er geschwiegen, so wäre für den strafberechtigten Staat die Situation die gleiche geblieben wie vorher. Nur die (notgedrungene) Selbstanzeige an den Arzt hat die Möglichkeit geschaffen, dass die Sache den Behörden bekannt, das Delikt strafrechtlich verfolgt werden konnte. Diese Lage ohne weiteres auszunützen, wäre des Staates unwürdig. Die rücksichtslose Ausnützung wäre unverträglich mit den Grundgedanken, in denen die Straflosigkeit der Selbstbegünstigung und der Begünstigung durch Angehörige, das Verbot des Geständniszwanges und gewisse alteingebürgerte Beweisverbote wurzeln. Wie in allen diesen Fällen, so könnte man das Interesse an der Strafverfolgung auch gegenüber dem Berufsgeheimnisse opfern und sich damit abfinden, dass ja ohne die notgedrungene Selbstanzeige der Apparat der Strafrechtspflege ebenfalls stillgestanden wäre. Die notgedrungene, mit vertrauensvoller Annehmung der Berufshilfe notwendig verbundene „Selbstanzeige“ fiele dann — im Gegensatz zur freien — als Hebel für eine Strafverfolgung dahin.

Diese strenge Deutung der Geheimhaltungspflicht müsste nun aber auch dann Platz greifen, wenn es sich nicht gerade um die Enthüllung eines Verbrechens, sondern um die Mitteilung eines sonstigen Verhaltens oder anderer diskreter Vorgänge oder Zustände handelt, sofern der Anvertrauende sich die Berufsaufgaben nicht anders dienstbar machen konnte als eben durch die partielle Preisgabe seiner Geheimsphäre. Wie für das Gebiet der Strafrechtspflege der „erste Anstoss“, wenn er lediglich in einem Vertrauensbeweis des der Berufshilfe Bedürftigen bestand, in der geschilderten Situation nicht verwertet werden dürfte, sondern als nicht existierend behandelt werden müsste, so dürfte auch sonst der Vertrauensbeweis nicht weiter ausgenützt werden, mögen die „Folgen“ noch so bedenkliche sein. Was z. B. in berechtigtem Vertrauen auf die Verschwiegenheitspflicht des Arztes diesem anvertraut wurde, das dürfte der Arzt nicht weitergeben, auch nicht um Unheil zu verhüten. Die Mitteilung an den Arzt ist, selbst wenn sie keine strafbare Handlung zum Gegenstande hat, eben auch eine Art von Anzeige bzw. Selbstanzeige im weitesten Sinn. Sie dürfte demgemäss als ein Hebel für ein weiteres, auf Verhütung von Unheil gerichtetes Verfahren so wenig in Betracht kommen wie in der vorerwähnten Situation die notgedrungene Selbstanzeige als ein Hebel für die Strafverfolgung. Und wie der ins Vertrauen gezogene Arzt weder die ihm beruflich anvertraute strafbare Handlung der Behörde anzeigen noch als Zeuge darüber aussagen dürfte, so wäre auch dem Arzte, der ein sonstiges Geheimnis erfährt, weder die Weitergabe an die Angehörigen noch die Auskunft auf einschlägige Befragungen zu gestatten. Dass in beiden Gruppen von Fällen tragische Verwicklungen (Verfolgung eines Unschuldigen, Unglück einer Familie) sich ergeben können, ist ohne weiteres klar. Aber eine einfache Kausalbetrachtung lehrt, dass wir hier wohl von Verwicklungen, nicht aber im eigentlichen Sinne von Wirkungen reden dürfen. Das Schweigen des

Arztes ist nicht Ursache des eintretenden Unheils, auch nicht im Sinne einer Begehung durch Unterlassung, geworden, denn die im Schweigen liegende Passivität war an sich nicht pflichtwidrig und nicht erwartungswidrig, sondern gerade pflicht- und erwartungsgemäss, und „Garant“ im Sinne Bindings war der Arzt nicht für die Offenbarung, sondern umgekehrt für die Bewahrung des Geheimnisses. Was im schlimmsten Falle geschieht, ist nichts Schlimmeres als was ohne die einer Notlage entsprungene Vertrauensseligkeit des Patienten auch geschehen wäre.

Jede minder strenge Auffassung des Berufsgeheimnisses kann leicht dazu führen, die Geheimsphäre illusorisch und den daran Interessierten, den Grundsätzen moderner Justiz zuwider, zu seinem eigenen Henker zu machen, den Berufspersonen aber die mit ihrer Stellung und Würde unvereinbare Eigenschaft als Polizeiorgane oder Detektive aufzudrängen. Dazu kommt, dass eine zu laxe Auffassung das Vertrauen der Allgemeinheit in die Berufstätigkeit erschüttern und so das Weiterfressen von allerlei Schäden, z. B. gewissen Krankheiten, begünstigen würde.¹⁸⁾ Eine strengere Auffassung hingegen, und nur eine solche, lässt und gibt dem um Hilfe Gebetenen, z. B. dem Arzte, die Möglichkeit und Gelegenheit, in verständiger Weise auf den Ratsuchenden einzuwirken, ihn etwa zu bestimmen, die Verfolgung eines Unschuldigen zu hindern oder einen Schaden wieder gut zu machen oder eine bedenkliche Heirat zu unterlassen, lauter Mahnungen, die z. B. auch der Geistliche und der Anwalt nur dank dem strengen Diskretionsgebot, wie es im Beichtgeheimnis am höchsten ausgebildet ist, wirksam erteilen können. Die Mahnung einer Berufsperson, etwa des Arztes oder des Anwalts, könnte auch dahin gehen, der Patient bzw. Klient möge ihn von der Geheimnispflicht, wenigstens gegenüber bestimmten Drittpersonen — die auch ihrerseits

¹⁸⁾ In der Literatur mehrfach hervorgehoben, vergl. z. B. Finger, a. a. O., S. 363.

schweigepflichtig gemacht werden müssten (siehe unten) — befreien und so zur Verhütung von Unheil beitragen. In wie vielen Fällen alle diese Mahnungen fruchten werden, steht dahin und ist natürlich wissenschaftlich nicht fassbar, so wenig etwa die generalprävenierende Kraft einer Strafdrohung exakter Messung zugänglich wäre. Allein es dürfte doch viel Pessimismus dazu gehören, bei wenig Vertrauen in die moralische Einflusskraft etwa des modernen Arztes, um zu verkennen, dass die diskretionspflichtigen Berufspersonen, gerade unter dem Schutze dieser ihrer Pflicht, in zahlreichen Fällen durch ihren Zuspruch segensvoll wirken und eben das erreichen können, was laxere Anschauung von ihren Vertrauensbrüchen erwartet.

Nach der dargelegten strengen Auffassung der Diskretionspflicht wäre zu fordern, dass die betreffenden Berufspersonen ihrer Schweigepflicht unverbrüchlich treu bleiben, wenn sie um Erfüllung ihrer Berufsaufgabe angegangen und hierbei in Privatgeheimnisse eingeweiht worden sind, die der Geheimnisträger ihnen anvertrauen musste, um sich überhaupt der Berufshilfe bedienen zu können. Wurde ihnen hingegen das Geheimnis ausserberuflich bekannt, oder hatte der Ratsuchende ihnen sein Vertrauen aufgedrängt, ohne hierzu durch den in Frage stehenden Zweck, z. B. den Heilzweck genötigt zu sein, so ist der Begriff des Berufsgeheimnisses zu verneinen. Man könnte daher sogar die Frage aufwerfen, ob alle zufälligen Wahrnehmungen ohne weiteres mit den Vertrauensbeweisen auf die gleiche Stufe zu stellen sind. Handelt es sich aber um einen Vertrauensbeweis, so ist weiter zu fragen, ob derselbe auch wirklich durch den Berufszweck gefordert war. Zeigt z. B. der Patient dem Arzte einen gestohlenen Ring, so wird man von einem Berufsgeheimnis kaum sprechen; anders wenn der Ring dem als Verteidiger ausersehenen Anwalt gezeigt wird, oder wenn der in einem Duell oder Raufhandel Verletzte dem Arzte und dem Anwalt seine Verwundungen zeigt.

So erschiene denn in den angegebenen Grenzen — deren Aufhellung im Einzelfall selbstverständlich Schwierigkeiten bereiten kann — die strengste Auffassung der Diskretionspflicht theoretisch gerechtfertigt,¹⁹⁾ und Sache des Gesetzgebers wäre es nur, den etwa drohenden Verrat mit Strafe zu belegen und auf Zeugnisse und Anzeigen über Berufsgeheimnisse ein für allemal zu verzichten. Die Unterlassung der Strafdrohung aber wäre dann nur dadurch zu rechtfertigen, dass das Geheimnis ohnedies genügend gesichert erscheint. Dies wird besonders beim Beichtgeheimnisse zutreffen, das durch die Kirche ausreichend und wirksam geschützt wird, so dass es verständlich ist, wenn ein Strafgesetzgeber bei Aufzählung der möglichen Täter des Geheimnisbruches die Geistlichen übergeht.²⁰⁾ Denselben Standpunkt nehmen auch für andere Berufsarten, z. B. die Ärzte, diejenigen Gesetzgebungen ein, die einen Tatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses nicht kennen, während dasselbe in den sittlichen und sozialen Anschauungen tief verwurzelt und damit nach Ansicht des Gesetzgebers genügend gesichert ist.²¹⁾

Schwierigkeiten erheben sich aber, wenn das oben entwickelte Prinzip der Diskretionspflicht mit andern, ebenfalls der Berufsaufgabe entstammenden Prinzipien in echten Konflikt gerät. Ein solcher kann entstehen, so

¹⁹⁾ Besonders streng bekanntlich die französische Rechtsauffassung. Vergl. hierzu Garçon, Code pénal annoté, tome I, Paris 1901—1906, zu Art. 378, und die dort Zitierten. (Garçon selbst hält an dem absoluten Charakter des Berufsgeheimnisses nicht unbedingt fest.) Für den absoluten Schutz auch v. Muralt, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Jahrg. 16, S. 160 ff., bes. S. 177. Ueber die Diskussion zu diesem Vortrage (in der psychiatrisch-juristischen Vereinigung in Zürich) Zürcher, ebd. S. 183 f.

²⁰⁾ Vergl. Deutsches Strafgesetzbuch § 300, deutscher Entwurf 1919, § 355.

²¹⁾ Vergl. (für Waadt) Delay, Schweizerische Ärztezeitung, Jahrg. 5, S. 80 f.

oft der Berufsperson eine weitere Berufsaufgabe zufällt, die ihrerseits wiederum nicht anders erfüllt werden kann als durch eine gewisse Preisgabe des Berufsgeheimnisses. Diese Situation kann besonders leicht beim Arzte (dem wir andere Medizinalpersonen grundsätzlich gleichstellen) eintreten. Beim Seelsorger und beim Rechtsberater, insbesondere beim Verteidiger in Strafsachen, wird der Konflikt sich weniger leicht entwickeln, weil ihre Aufgabe — auch im Gesamtinteresse — auf die sich ihnen anvertrauenden Personen mehr konzentriert bleibt, und man ihnen die gleichzeitige Wahrung anderer, namentlich öffentlicher, Interessen so leicht nicht zumuten wird. Der Arzt hingegen sieht sich, von seinem Pflicht- und Treuverhältnis zum Patienten abgesehen, vor ganz bestimmte Berufsaufgaben im Dienste der Allgemeinheit gestellt, und zwar auch in Fällen, in denen die Schweigepflicht nicht, wie in den oben genannten, schon deshalb zessiert, weil er von vornherein eine Aufgabe in Angriff nahm, die mit den Interessen des „Geheimnisträgers“ nichts zu tun hatte (militärärztliche oder gerichtsärztliche Untersuchung), so dass von einem Patienten im eigentlichen Sinne nicht, und von einem Berufsgeheimnis nur in beschränkter Weise die Rede sein kann. Eine vom Interesse des Geheimnisträgers unabhängige Berufsaufgabe kann nämlich gerade dem Arzte auch dann erwachsen, wenn jemand als Patient sich ihm anvertraut hat. Der Arzt gerät dann in eine ähnliche Notlage wie vor ihm der Patient. Wie dieser vor der peinlichen Wahl stand, entweder auf Heilbehandlung zu verzichten oder seine Geheimsphäre durch Mitteilung an den Arzt zu beeinträchtigen, so sieht sich nun der Arzt in die Zwangslage versetzt, entweder das Berufsgeheimnis oder die ihm sonst zufallende Berufsaufgabe zu verletzen. Eines der wichtigsten Beispiele hierfür bildet wohl die Pflicht, ansteckende Krankheiten der Behörde anzuzeigen. Der Gesetzgeber hat es natürlich in der Hand, dem Arzte einen größeren oder geringeren Kreis von Berufsaufgaben zuzu-

weisen, die, über die Individualität des einzelnen Krankheitsfalles hinausragend, der Allgemeinheit zu widmen sind. Je weiter dieser Kreis, um so häufiger und peinlicher werden die dem Arzte entstehenden Konflikte sein. In demselben Masse schwächt der Schutz der Geheimsphäre und damit das Vertrauen in die berufliche Verschwiegenheit sich ab, und es lässt sich schliesslich ein Nullpunkt denken, wo die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe ganz aufhören würde. Der Gesetzgeber wird daher nur mit Vorsicht dem Arzte sekundäre Aufgaben übertragen, die seine primäre Aufgabe — Hilfe für die sich ihm Anvertrauenden — zu durchkreuzen geeignet sind. Dahin gehört der Schutz der öffentlichen Gesundheit gegen ansteckende Krankheiten, nicht aber ohne weiteres der Schutz der Gesellschaft gegen jedes beliebige Delikt oder gegen die Straflosigkeit jedes beliebigen Delinquenten. Nur wenn Leib und Leben Dritter²²⁾ in Frage stehen und die Gefahr eine dringende und erhebliche ist, weist die Berufspflicht als solche möglicherweise über den Fall des Patienten hinaus. Dazu kommt, dass die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze, besonders über Notwehr und Notstand, ohnehin gewisse Ausnahmen involvieren. (Siehe unten.)

Das Beispiel von der Anzeigepflicht in bezug auf gemeingefährliche ansteckende Krankheiten beweist uns, dass es nicht möglich sein dürfte, die Geheimhaltungspflicht derart streng durchzuführen, wie dies im Interesse der ärztlichen Beistand Suchenden — und damit doch auch wieder der Gesamtheit — wünschenswert wäre. Wir müssen zudem praktisch damit rechnen, dass Gesetz und Richter auch in Zukunft in der Sanktionierung von Ausnahmen möglicherweise weiter gehen werden, als nach dem dargelegten Prinzip gutgeheissen werden kann. Es gilt sonach aus der Not eine Tugend zu machen und Mittel

²²⁾ Vergl. Kronecker, in Reform des Reichstrafgesetzbuchs, Berlin 1910, Band 2, S. 343.

zu suchen, um trotz der Durchlöcherungen des Prinzips das Rettbare aus der Geheimsphäre zu retten.

Rechnen wir für eine Reihe von Fällen mit einer Berechtigung oder gar Verpflichtung der Berufspersonen, das ihnen beruflich Anvertraute zu offenbaren — ohne uns damit die unbestimmte und bedenkliche Generalklausel der „höheren Interessen“ zu eigen zu machen (siehe unten) —, so fragt es sich, wie wir ein Gegengewicht schaffen können, um gleichwohl die Geheimsphäre einigermaßen zu schützen, den gesetzlichen Bestimmungen hierüber eine mehr als dekorative Bedeutung zu sichern und dem Gesetzgeber den Vorwurf einer — unbeabsichtigten — Irreführung der auf Berufsverschwiegenheit Trauenden zu ersparen. Dies kann, wie nach Erörterung der bestehenden Gesetzgebung und der vorliegenden Entwürfe zu zeigen sein wird, dadurch geschehen, dass der Kreis der Schweigepflichtigen — sogar über die Berufspersonen hinaus — erweitert und bei den Berufspersonen selbst die Fahrlässigkeit mit getroffen wird. Nur so wird gegen die — z. T. vielleicht unentbehrlichen — Ausnahmen von der Schweigepflicht ein Gegengewicht geschaffen, nur so verhindert, dass die Heiligkeit des Berufsgeheimnisses unter dem Druck der Ausnahmen verkümmert. Nehmen doch in der neueren Auffassung des Problems die Ausnahmen einen so unheimlich breiten Raum ein — sogar zur Wahrung von Honorarinteressen wollte man solche zulassen²³⁾ —, dass der Strafdrohung kaum viel mehr verbliebe als

²³⁾ So u. a. Binding, a. a. O., S. 128; Kahl, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 29, S. 360; Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin und Leipzig 1922, S. 423; von Medizinern z. B. Placzek, Das Berufsgeheimnis des Arztes, Leipzig 1909, S. 199 ff. Vergl. auch das Gutachten von Mittermaier, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 21, S. 197 ff., und das dort (S. 229 f.) mitgeteilte Hamburger Urteil. Bei Beratung des neuen freiburgischen Strafgesetzbuches nahm der Grossrat Dr. med. Clément gegen die Zulassung einer solchen Ausnahme — die er im Gesetz ausdrücklich ausschliessen wollte — mit Recht Stellung.

das Ausplaudern aus reinster und ungemischter Bosheit oder Klatschsucht oder etwa noch im angeblichen wissenschaftlichen Interesse, während eine geschickte Verteidigung für fast alle andern Geheimnisbrüche die Klausel der berechtigten oder der höheren Interessen in Anspruch nehmen könnte. Man könnte sich angesichts einer solchen Verwässerung des Rechtsschutzes fast fragen, warum der Gesetzgeber jene der Strafdrohung allein noch verbleibenden Fälle nicht ausdrücklich genannt hat, um alle andern auszuschliessen, und ob es nicht besser wäre, das Berufsgeheimnis überhaupt freizugeben, anstatt dem auf die Berufshilfe Angewiesenen mit der einen Hand zu nehmen, was man ihm mit der andern gegeben hat. Wenn aus den betreffenden Berufskreisen der Ruf nach klarer Regelung ertönt, so ist die gleiche Klarheit auch den der Berufshilfe Bedürftigen zu gönnen. Andererseits ist freilich daran festzuhalten, dass die Berufsehre selbst, unabhängig vom Gesetzeswort, sich des rechten Weges bewusst bleiben wird, dass das Vertrauen in eben diese Berufsehre in weiten Kreisen lebendig ist und sich faktisch wohl auch dort bewährt, wo gesetzliche Bestimmungen fehlen, ohne dass die Anerkennung der Heiligkeit des Berufsgeheimnisses darunter litte. Immerhin darf ein Gesetzgeber, wenn er sich eines Schutzobjektes einmal annimmt, es nicht im gleichen Atemzuge zerstören. Von der Neueinführung einer Schutzbestimmung abzusehen — weil sie etwa bisher schon schmerzlos entbehrt worden ist — erscheint immer noch weniger bedenklich als die Abschaffung oder Verwässerung eines bereits bestehenden Schutzes.²⁴⁾

II. Geltendes Recht.

Der privatrechtliche Schutz der Geheimsphäre wird zwar im geltenden Recht nicht als solcher ausdrücklich hervorgehoben, wohl aber durch die Bestimmungen

²⁴⁾ Das Anwaltsgeheimnis wurde behandelt am schweizerischen Anwaltstag in Montreux 1922, vergl. Schweizerische

über unerlaubte Handlungen (Art. 41 OR) und über Verletzung eines andern in seinen persönlichen Verhältnissen (Art. 28 ZGB und Art. 49 OR) mit gewährleistet.²⁵⁾ Dieser Schutz, der mit dem privatrechtlichen Ehrenschatze Hand in Hand gehen kann, ist an sich unabhängig davon, ob die betreffenden Übergriffe vom kantonalen Recht überdies zu strafrechtlich erheblichen Tatbeständen, sei es gegen die Geheimsphäre, sei es gegen ein sonstiges besonderes Rechtsgut, gestaltet sind. Doch bietet naturgemäss der — ein engeres Gebiet umfassende — Strafschutz dem privatrechtlichen möglicherweise eine Verstärkung und Klarstellung. Die strafrechtliche Behandlung des Berufsgeheimnisses in der geltenden kantonalen Gesetzgebung sei zunächst an einigen charakteristischen Beispielen erläutert; sodann wenden wir uns der kantonalen Verwaltungs- und Prozessgesetzgebung zu, um uns dieselbe ebenfalls an bezeichnenden Beispielen zu vergegenwärtigen.²⁶⁾

Die Verschiedenheiten innerhalb der Strafgesetzgebung — soweit sie überhaupt die einschlägigen Tat-

Juristen-Zeitung, Jahrg. 19, S. 57 ff. (Referate von Gamboni und Rennefahrt.) Über das ärztliche Geheimnis erschienen interessante Artikel in der Schweizerischen Aerztezeitung, Jahrg. 5, S. 1 ff., 45 ff. (Bleuler), 79 ff., 89 ff., 97 ff. (Delay), 105 ff., 113 ff. (Muret), 123 ff. (Lardy).

²⁵⁾ Aus den Kommentaren vergl. besonders die Ausführungen von Egger und Oser, Hafter und Becker zu den im Text zitierten Artikeln; am eingehendsten über die Geheimsphäre Egger, zu Art. 28 ZGB. Siehe ferner die oben Anm. 12 zitierten Schriften von Giesker und Specker. Aus der neuesten Judikatur des Bundesgerichts siehe u. a. Entscheidungen, Band 44 II, S. 325; Die Praxis des Bundesgerichts, Band VII, S. 323, Band VIII, S. 350.

²⁶⁾ Vergl. Stooss, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Band 2, Basel und Genf 1893, S. 169 ff. Siehe auch die Übersichten bei Finger, a. a. O., S. 397 ff.; Humbert, Das ärztliche Berufsgeheimnis, med. Diss. Zürich 1912, S. 33 ff.; Werner, a. a. O., S. 15 ff. Den kantonalen Staatskanzleien bin ich für wertvolle Unterstützung durch Material zu Dank verpflichtet.

bestände kennt und nennt²⁷⁾ — beginnen bereits bei der systematischen Stellung, die den betreffenden Delikten in den einzelnen Strafgesetzbüchern, bzw. Polizeistrafgesetzen zugewiesen wird. So finden wir in einer Reihe von Gesetzen einen eigenen Abschnitt über Verletzung fremder Geheimnisse. Hierher gehört das Polizeistrafgesetz von Obwalden vom 20. April 1870, das am Schluss seiner ersten Abteilung der „Verletzung fremder Geheimnisse“ einen selbständigen (den neunten) Titel widmet, welchem der Titel über „Vergehen gegen das Eigentum aus Bosheit, Mutwillen oder Fahrlässigkeit“ vorausgeht. Das Polizeigesetz von Graubünden vom 17. Mai 1897 schliesst seinen ersten Teil (Polizeistrafgesetz) mit einem Abschnitt über „Verletzung fremder Geheimnisse“, während der vorhergehende Abschnitt der Verleumdung und Ehrenkränkung gilt. Das luzernische Polizei-Strafgesetz vom 29. November 1915 schiebt den neunten Titel seines besonderen Teils „Verletzung fremder Geheimnisse“ zwischen den Titeln über Eigentumsschädigungen und über Drohungen ein.

In andern Gesetzen finden wir die einschlägigen Fälle einer sonstigen Deliktsgruppe eingeordnet, und zwar nach sehr verschiedenen Gesichtspunkten. St. Gallen, Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen vom 4. Januar 1886, handelt im Abschnitt E von den Delikten „gegen die öffentliche Ordnung, die Sicherheit und den Bestand des Staates“, und im dritten Titel dieses Abschnittes: „Verbrechen und Vergehen von Beamten und Angestellten. Vertrauensmissbrauch“ u. a. vom Bruch des Berufsgeheimnisses. Das neue freiburgische Strafgesetzbuch vom 9. Mai 1924 bedroht den Geheimnisbruch am Schluss des von den Straftaten gegen Amts- und Berufspflicht handelnden fünfzehnten Titels, während das alte Strafgesetzbuch des gleichen Kantons von 1868 die entsprechenden Fälle den Delikten gegen die Ehre zuwies.

²⁷⁾ Sie fehlen z. B. in Waadt (oben Anm. 21), Zürich u. a.

Ebenso Neuenburg, Code pénal du 11 février 1891, Art. 352. Auch Wallis behandelt in seinem Strafgesetzbuch vom 1. Januar 1859 den Geheimnisbruch im Anschluss an die Ehrdelikte (Art. 286). Ähnlich Tessin, Codice penale vom 25. Februar 1873; „Titolo XII. Delitti contro l'onore“ zerfällt in zwei Kapitel, deren erstes „Della diffamazione, del libello famoso e dell'ingiuria“, deren zweites „Rivelazione illecita dei secreti privati“ überschrieben ist. Der vorausgehende, elfte Titel „Crimini e delitti contro la libertà personale“ enthält u. a. eine Bestimmung über Verletzung des Briefgeheimnisses. Bern, Strafgesetzbuch vom 30. Jänner 1866, vereinigt im gleichen (neunten) Titel die Ehrverletzungen, die falsche Anklage, die Verletzung fremder Geheimnisse und die Pressvergehen. Genf, Code pénal du 21 octobre 1874, reiht die „révélation des secrets“ als vierte Sektion dem neunten Titel „De diverses espèces de fraudes“ ein. Schliesslich sei noch bemerkt, dass manche Kantone die Berufsgeheimnisse in ihrer Spezialgesetzgebung einschärfen.²⁸⁾

Eine gewisse Verschiedenheit besteht auch hinsichtlich des Kreises derjenigen Personen, die als Täter einer Verletzung des Berufsgeheimnisses zur Verantwortung gezogen werden können. Am allgemeinsten drückt sich wohl von den deutschen Gesetzen das Polizeistrafgesetz von Graubünden aus, das in seinem § 47, ohne auch nur auf Beispiele einzugehen, jeden straft, der unbefugt etwas mitteilt, was er zufolge seiner amtlichen Stellung oder seines Berufes geheimzuhalten verpflichtet war. Die gleiche Methode befolgt Tessin. („Chiunque, avendo notizia, per ragione del suo stato, ufficio o professione, di un segreto . . .“) Im Gegensatz zu diesen Gesetzen führen andere die möglichen Täter abschliessend auf.

²⁸⁾ Vergl. z. B. Uri, Gesetz über das Sanitätswesen vom 4. Mai 1919, Art. 25; Verordnung über das Notariat vom 9. Oktober 1911, Art. 13; Zug, Entwurf zu einem Gesetz über das Gesundheitswesen (Antrag des Regierungsrates vom 12. Januar 1924), Art. 41.

So nennt Obwalden (Polizeistrafgesetz Art. 102) neben den Beamten und Richtern nur die Ärzte und Hebammen; Luzern (Polizei-Strafgesetz § 124) nennt Beamte, Anwälte, Ärzte, Hebammen, Gehilfen und Familienangehörige dieser Personen. St. Gallen, Strafgesetz Art. 172, spricht von Geistlichen, Ärzten, Apothekern, Hebammen, niederen Chirurgen und Angestellten und Gehilfen dieser Personen. (Art. 173 bedroht gewisse Personen mit der Strafe des Bruchs von Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen.) Eine dritte Gruppe von Gesetzen unterstellt zwar, gleich der ersten, sämtliche zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufspersonen der Strafe des Geheimnisbruchs, nennt aber gleichzeitig als erläuternde Hauptbeispiele eine Reihe von Berufsarten, die im wesentlichen den in der ersten Gruppe abschliessend aufgezählten entsprechen. Dieser exemplifikativen Methode folgt z. B. das bernische Strafgesetzbuch, dessen Art. 187 „Ärzte, Wundärzte und andere Gesundheitsbeamte, als Apotheker, Hebammen, sowie überhaupt alle diejenigen, denen vermöge ihres Standes oder Berufes Geheimnisse anvertraut werden“, der Strafe des Geheimnisverrats unterwirft. Ebenso Freiburg in seinem alten und in seinem neuen Strafgesetzbuch; das alte (Art. 410) lässt als Täter gelten „Ärzte, Chirurgen und andere Gesundheitsbeamte, Apotheker, Hebammen und alle anderen (Berufsgeheimnisse entgegennehmenden) Personen“; das neue (Art. 187) drückt, unter Einbeziehung der Amtspersonen in die gleiche Bestimmung, denselben Gedanken etwas anders aus, indem es die Offenbarung für strafbar erklärt, wenn der Täter als „Mitglied einer Behörde, Beamter, Advokat, Notar, Arzt oder als Gehilfe einer dieser Personen oder bei Ausübung eines sonstigen zur Verschwiegenheit verpflichtenden Berufes“ das Geheimnis erfahren hatte.²⁹⁾ Genf, Art. 378, bezeichnet als mögliche Täter „les médecins, chirurgiens,

²⁹⁾ Redaktion verbessert gegenüber dem Vorentwurf, Art. 189.

ainsi que les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession, des secrets qu'on leur confie“. Ebenso, unter Nennung auch der Apotheker, Wallis, Art. 286 und Neuenburg, Art. 352.

Die Geheimnisse, bzw. geheimen Tatsachen, die das Objekt der strafbaren Preisgabe bilden können, werden im grossen und ganzen einheitlich bestimmt. Bern, Genf, Wallis und Neuenburg sprechen einfach von anvertrauten Geheimnissen („qu'on leur confie“), St. Gallen und Freiburg 1868 von Geheimnissen, die ihnen (den Berufspersonen) in ihrer beruflichen Stellung anvertraut worden, bzw. von Privatgeheimnissen (im französischen Text schlechthin „secrets“), die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind. Luzern stellt ab auf „Tatsachen, die ihnen (den Berufspersonen) nur zufolge des besonderen Dienstverhältnisses bekannt geworden sind“, bzw. auf Geheimnisse, zu deren Kenntnis sie (die Gehilfen und Familienangehörigen der Berufspersonen) infolge ihrer Stellung gelangten. Diese Fassung legt klar, dass ein eigentliches Anvertrauen im engsten Sinne nicht vorzuliegen braucht, dass vielmehr auch jedes sonstige Bekanntwerden, wenn es nur „zufolge des besonderen Dienstverhältnisses“ geschieht, ausreicht. Doch wird man auch die ersteren, dem Wortlaut nach enger gefassten Bestimmungen ebenso auslegen dürfen, sofern man mit der in der deutschen Literatur herrschenden Meinung (das deutsche Strafgesetzbuch, § 300, spricht ebenfalls einfach von „Anvertrauen“) das Wort „Anvertrauen“ nicht, wie etwa bei der Unterschlagung, „betont“, sondern ein Anvertrauen annimmt, „sobald nur die betreffende Tatsache als Geheimnis, sei es mit der ausdrücklichen Auflage des Geheimhaltens, sei es unter solchen Umständen einem andern mitgeteilt oder — was dem gleich steht — seiner Kenntnisnahme unterworfen wird, aus denen die Aufforderung des Geheimhaltens stillschweigend sich ergibt,“ und das Tatbestandsmerkmal als vorliegend erachtet, „sobald nur der Täter überhaupt

kraft seines Berufs in den Besitz der Kenntnis der als Geheimnis behandelten Tatsache gelangte“. So, in Anknüpfung an das Reichsgericht und die herrschende Lehre, Olshausen, Note 3 zu § 300.³⁰⁾ Immerhin wird im neuen freiburgischen Strafgesetzbuch die deutlichere Fassung bevorzugt, indem § 187 den beruflich anvertrauten ausdrücklich die Geheimnisse gleichstellt, die dem Täter „anlässlich seines Amtes oder Berufes bekannt geworden“ sind.³¹⁾ — Im Gegensatz zu den bisher genannten, mehr oder weniger weit gefassten Gesetzen nimmt das tessinische eine Sonderstellung dadurch ein, dass es die — für die Praxis freilich an sich schon weitaus wichtigsten — Hauptfälle als die allein beachtlichen behandelt. Art. 358 § 1 schützt nämlich einzig ein solches Geheimnis, „che concerne la buona fama di taluno“; andererseits wird auch in diesem Artikel gesagt, dass — über das förmliche „Anvertrauen“ hinaus — jede berufliche Kenntnisnahme genügt. („Chiunque, avendo notizia, per ragione del suo stato, ufficio o professione . . .“)

Die tatbestandliche Handlung des Geheimnisbruchs wird überall gleichmässig bestimmt, mag das Gesetz sie als „Verraten“ (Bern), als „Eröffnen“ (St. Gallen), als „andern mitteilen“ (Graubünden, Luzern), oder als „Offenbaren“, „révéler“, „rivelare“ (Genf, Wallis, Neuenburg, Freiburg 1868 und 1924, Tessin, teilweise auch Luzern), formuliert haben.

Wichtiger ist die Behandlung der heiklen Frage der Rechtswidrigkeit in der geltenden Gesetzgebung. Wir

³⁰⁾ Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 10. Aufl., Berlin 1916. Hierher gehört auch der Fall, dass der „anvertrauende“ Patient selbst über die Natur seines Leidens im Unklaren ist, während der Arzt, durch seine Deutung der Symptome, die Krankheit als ein Geheimnis erfährt. Vergl. Frank, a. a. O., Note II zu § 300; H. Schmidt, a. a. O., S. 8.

³¹⁾ Siehe auch deutscher Entwurf 1919, Art. 355; Begründung dazu, S. 297. („Denn das Interesse des Beteiligten und damit auch der Allgemeinheit an der Geheimhaltung ist in beiden Fällen das Gleiche.“)

halten uns dabei zunächst an das in den erwähnten Bestimmungen der Strafgesetzbücher selbst Gegebene. St. Gallen spricht einfach von pflichtwidrigem Eröffnen, Freiburg 1924 einfach von unbefugtem (*sans droit*) Offenbaren³²), Graubünden von unbefugtem Mitteilen. Die Ausnahmen von der Pflicht- bzw. Rechtswidrigkeit wären hiernach nur dem allgemeinen Teil, sowie den Rechtsätzen ausserhalb des Strafgesetzes zu entnehmen. Andere Gesetze fügen ihrer Strafvorschrift über den Geheimnisbruch gewisse, mehr oder weniger umfassende Ausnahmesätze ein oder an. So versieht Bern seine Strafdrohung mit der Schlussklausel: „es sei denn, dass sie vermöge Gesetzes oder ihrer Pflicht zur Anzeige verbunden wären“. Freiburg 1868, Genf und Neuenburg drücken sich, im Anschluss an das französische Recht, ähnlich aus, indem sie das Offenbaren (*révéler*) seitens der Berufspersonen nur strafen „en dehors des cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs“: Freiburg 1868 sagt überdies ausdrücklich, dass die betreffenden Berufspersonen sich nur strafbar machen, wenn sie die Geheimnisse offenbaren, „sans y être autorisés“. Tessin macht die Bestrafung davon abhängig, dass die Offenbarung „senza giusto motivo“ geschah und dass sie sich richtete „ad altri che alla autorità avente il diritto di esigerne la comunicazione“. Luzern endlich straft den Geheimnisbruch, sofern er mit Verletzung der „Amts- oder Berufspflicht“ begangen wurde, und sucht überdies in einer sehr bedeutsamen Vorschrift die praktisch schwerwiegendsten Ausnahmefälle zu charakterisieren; der Schlussabsatz von § 124 Pol.-Strafgesetz vom 29. November 1915 lautet nämlich: „Eine Preisgabe des Geheimnisses ist nur solchen Personen gegenüber gestattet, die durch den Fortbestand desselben erheblich gefährdet werden“.

³²) Anders der freiburgische Vorentwurf (1922), dessen Art. 189, Abs. 2 sich inhaltlich dem schweizerischen Entwurf (siehe unten) anschloss.

Die letztgenannte Bestimmung gibt bereits unmittelbar und sachlich die Grenzen der Geheimhaltungspflicht zu erkennen. Die vorher erwähnten Einschränkungen haben dagegen mehr oder weniger den Charakter von Blankettvorschriften, die von andern Sätzen, insbesondere des Verwaltungsrechts oder des Prozessrechts, zum Teil auch von im Strafgesetzbuch selbst enthaltenen, ihre Ausfüllung erwarten. Dazu ist zu beachten, dass die an sich strafbare Geheimnisverletzung möglicherweise auch durch Notwehr oder Notstand (siehe unten) gedeckt sein kann; dabei kommt es beim Notstand besonders darauf an, auf welche Rechtsgüter die betreffende Strafgesetzgebung die Notstandshandlung bezieht, und welchen Personen, ob nur Angehörigen oder beliebigen, Nothilfe straflos gewährt werden kann.

Die bedeutsamsten Ausnahmen von der Geheimhaltungspflicht sind die auf entgegenstehenden Anzeigepflichten beruhenden. Eine wichtige Bestimmung dieser Art bietet Tessin, und zwar in seinem Strafgesetzbuche selbst, dessen Art. 358 § 1 ergänzt wird durch Art. 163, der den Ärzten und gewissen andern Medizinalpersonen bei Strafe die Pflicht auferlegt, Tötungen, Körperverletzungen, Vergiftungen und Abtreibungen, von denen sie in Ausübung ihres Berufes Kenntnis erlangt haben, der Behörde anzuzeigen; interessant ist, dass dabei auch der Hinweis auf die mögliche (strengere) Bestrafung wegen „occultamento di delitti o crimini“ nicht fehlt.³³⁾

³³⁾ Einige Strafgesetzbücher statuieren, mehr oder weniger ähnlich dem § 139 des deutschen Strafgesetzbuches, eine Anzeigepflicht für jedermann in bezug auf verbrecherische Pläne. Näheres hierüber bei Giesker, a. a. O., S. 93 f. In der deutschen Literatur herrscht die Meinung vor, das Berufsgeheimnis habe hinter der Anzeigepflicht des § 139 zurückzutreten, vergl. z. B. Frank a. a. O., Note III 2a zu § 300; Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (Strafr. Abh. Heft 123), S. 233 ff. Gegen die herrschende Auslegung Bendix, Archiv für Strafrecht und Strafprozess, Jahrg. 52, S. 7 ff.

Andere Kantone stellen in ihrer Spezialgesetzgebung besondere Anzeigepflichten auf. Dabei ist namentlich die Pflicht der Ärzte zur Anzeige von ansteckenden Krankheiten von Bedeutung. Der Grundsatz, wonach der Arzt im Interesse der Allgemeinheit zur Anzeige gewisser ansteckender Krankheiten verpflichtet ist, wird schon durch die Bundesgesetzgebung sanktioniert. Das Bundesgesetz betreffend Massnahmen gegen gemeingefährliche Epidemien vom 2. Juli 1886 legt in Art. 3 Abs. 2 die Anzeigepflicht „überdies“ (d. h. neben dem Inhaber der Wohnung, bezw. den volljährigen Hausgenossen) auch dem behandelnden Arzte auf, „welcher neben der Ortsbehörde auch die Gesundheitsbehörde zu benachrichtigen hat“. Die Anzeigepflicht des Arztes, die ausser auf ansteckende Krankheiten vielfach auch auf Verbrechen (besonders gegen Leib und Leben) und Unglücksfälle und auf Verstösse gegen die Gesundheitspolizei bezogen wird, kehrt sodann wieder in der Medizinalgesetzgebung der verschiedenen Kantone; soweit diese, wie gezeigt, den Bruch des Berufsgeheimnisses mit Strafe bedrohen, entfällt im Umfange der Anzeigepflicht die Rechtswidrigkeit der Geheimnisverletzung. Wir führen einige Beispiele an. Freiburg, Loi du 28 mai 1850, sur la police de santé, Art. 93, bestimmt:

„Toutes les personnes qui exercent l'art médical, ou quelques-unes de ses branches, doivent informer sur le champ la Direction de police de tout ce qui peut intéresser la santé publique, notamment, de l'apparition des maladies épidémiques ou contagieuses.

Elles lui dénoncent les contraventions aux lois et aux règlements sur la police de santé et lui fournissent d'ailleurs tous les renseignements nécessaires.

Elles ont vocation spéciale à informer l'autorité compétente des cas d'empoisonnement et d'avortement procuré, ainsi que des délits contre la vie d'autrui et des blessures graves, que la pratique de leur art les met en état de découvrir.“

Das Medizinalgesetz des Kantons Schaffhausen von 1856 enthält nachstehende Vorschrift (Art. 22 lit. a und b):

„Die Medizinalpersonen sind verpflichtet:

- a) solche bei Ausübung ihres Berufes, insbesondere bei Todesfällen, von ihnen gemachte Wahrnehmungen, welche auf ein Verbrechen schliessen lassen, sowie alle plötzlichen Todesfälle und die dabei vorgekommenen Umstände dem Referenten des Sanitätswesens zur Kenntnis zu bringen;
- b) von den in ihrem Wirkungskreis wahrgenommenen Übertretungen der Gesetze und Verordnungen betreffend das Medizinalwesen, durch welche Nachteil und Gefahr für Gesundheit und Leben entstehen kann, den betreffenden Medizinalbeamten Mitteilung zu machen.“

Aus der zürcherischen Gesetzgebung³⁴⁾ sei das Gesetz betreffend das Medizinalwesen vom 2. Oktober 1854 namhaft gemacht. Dasselbe verpflichtet in § 8 die Medizinalpersonen,

- „a) von bei Ausübung ihres Berufes wahrgenommenen Umständen, insbesondere Todesfällen, welche auf ein Verbrechen, z. B. Vergiftung schliessen lassen, dem betreffenden Statthalteramt (nun: der Bezirksanwaltschaft) Kenntnis zu geben;
- b) von Übertretungen der Gesetze und Verordnungen betreffend das Medizinalwesen, die sie in ihrem Wirkungskreise wahrnehmen und durch welche Nachteil oder Gefahr für Gesundheit und Leben entstehen kann, den betreffenden Medizinalbeamten Mitteilung zu machen.“

§ 16 des gleichen Gesetzes verpflichtet alle Ärzte,

- „a) von epidemischen oder epidemisch-kontagiösen Krankheiten, die sie in ihrem Wirkungskreise beobachten, dem Bezirksarzt unverzüglich Kenntnis zu geben;

.

³⁴⁾ Näheres bei Humbert, a. a. O., S. 43 ff.

- c) von Todesfällen, die durch ein unglückliches Ereignis herbeigeführt wurden und bei denen ihre Hilfe in Anspruch genommen wird, dem Gemeindeammann des Ortes Kenntnis zu geben.“

Schliesslich nimmt die Pflichtordnung für die Hebammen des gleichen Kantons vom 15. Nov. 1905 von der Pflicht der Hebamme zur Verschwiegenheit über anvertraute Berufsgeheimnisse ausdrücklich diejenigen Fälle aus, „wo sie zur Mitteilung an die Behörden gesetzlich verpflichtet ist, so namentlich bei Abtreibungen und Abtreibungsversuchen, Verletzung, Tod oder greller Vernachlässigung eines bereits geborenen Kindes.“

Das bernische Gesetz über Ausübung der medizinischen Berufsarten vom 14. März 1865 sieht in § 5 Anzeigepflichten aller Medizinalpersonen vor in bezug auf „ansteckende und epidemische Krankheiten, welche sanitätspolizeiliche Massregeln nötig machen“, ferner in bezug auf „Widerhandlungen gegen gesundheitspolizeiliche Gesetze und Verordnungen, welche zu ihrer Kenntnis gelangen“. Endlich ist es, nach dem gleichen Paragraphen, „ihre Pflicht, dem Regierungsstatthalter Anzeige zu machen, wenn sie bei Ausübung ihres Berufes Umstände, insbesondere Todesfälle wahrnehmen, welche auf ein Verbrechen schliessen lassen.“ Von neueren Gesetzen legt auch Neuenburg den Medizinalpersonen eine Anzeigepflicht in bezug auf beruflich wahrgenommene strafbare Handlungen auf. (Code de procédure pénale du 25 septembre 1893, Art. 238, wiederholt in der Loi sur l'exercice des professions médicales du 23 avril 1919, Art. 18, dazu Art. 19.³⁵)

³⁵) Uri, Gesetz über das Sanitätswesen, Art. 26, sieht die Anzeigepflicht nur vor in bezug auf Übertretung sanitätspolizeilicher Vorschriften, durch welche Nachteil oder Gefahr für Leben und Gesundheit entstehen könnte, sowie für gemeingefährliche und, bei gehäuftem Auftreten, für sonstige übertragbare Krankheiten. Ähnlich der oben Anm. 28 genannte Zuger Entwurf, Art. 36, Abs. 2.

Diesen Beispielen aus der geltenden kantonalen Gesetzgebung sei noch ein interessanter Entwurf des Kantons Baselland angereiht. Es ist der Gesetzentwurf über das Gesundheitswesen (Bericht des Regierungsrates vom 15. Mai 1923), dessen Art. 16 bestimmt:

„Bei Wahrnehmungen, die Medizinalpersonen in Ausübung ihres Berufes machen und die den Verdacht auf ein Verbrechen erwecken, haben sie der Polizeidirektion Anzeige zu machen, ebenso von Gesundheitspolizeivergehen, die zu ihrer Kenntnis gelangen.“

Die Kommission zur Beratung dieses Entwurfes beantragte in ihrem Bericht Streichung dieser (schon vom Regierungsrat nur allenthalben aufgestellten) Bestimmung; nachdem in § 15 die Schweigepflicht und die Entbindung hiervon geregelt seien, halte man es für überflüssig, dass in § 16 noch eine Anzeigepflicht vorgesehen ist. „Wir befürchten, dass solche Bestimmungen das Denunziantentum fördern würden, insbesondere, da diese Anzeigepflicht auf alle Medizinalpersonen ausgedehnt werden will.“

Der strafrechtliche Geheimnisschutz erfährt schliesslich eine überaus wichtige Ergänzung durch die Bestimmungen des Prozessrechts, insbesondere des Beweisrechts in Zivil- und Strafprozess. Die bei Strafe auferlegte Pflicht, über Berufsgeheimnisse Stillschweigen zu bewahren, wird dadurch ergänzt, dass im Prozess den diskretionspflichtigen Berufspersonen gewisser Kategorien das Recht eingeräumt wird, ihr Zeugnis zu verweigern. Den Zeugen sind begreiflicherweise die Sachverständigen in der Regel nicht gleichgestellt. Denn der als Experte Zugezogene macht seine Wahrnehmungen für die Zwecke des Prozesses, er tritt keineswegs in ein Vertrauensverhältnis zu dem zu Untersuchenden; dem Arzte insbesondere steht der zu Untersuchende hier nicht als Patient gegenüber.³⁶⁾ Begreiflich ist es ferner, wenn ein Gesetz-

³⁶⁾ Unnötiges Weiterverbreiten der in der Expertise mitgeteilten Tatsachen wird damit natürlich nicht freigegeben;

geber das Zeugnisweigerungsrecht im Strafprozess enger umgrenzt als im Zivilprozess; denn der öffentlich-rechtliche Gegenstand des ersteren rechtfertigt strengere Wahrheitsforschung als der privatrechtliche des letzteren; das Interesse an Feststellung der materiellen Wahrheit wiegt dort wesentlich schwerer als hier. Schliesslich ist zu beachten, dass auch solche Gesetzgebungen, die einen strafrechtlichen Schutz des Berufsgeheimnisses nicht besonders vorsehen, doch wenigstens die Zeugnisweigerungsrechte kennen, und dass andererseits diejenigen Kantonalrechte, die dem Berufsgeheimnis den strafrechtlichen und den prozessualen Schutz gewähren, die möglichen Täter des Geheimnisbruchs nicht immer ohne weiteres zusammenfallen lassen mit den zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Personen. Die Geistlichen z. B. fehlen vielfach unter den wegen Geheimnisbruchs mit Strafe bedrohten Personen (weil ihr Berufsgeheimnis der strafrechtlichen Stütze weniger bedarf), nicht aber unter den weigerungsberechtigten. Umgekehrt sind die möglichen Täter des Geheimnisbruchs nicht immer auch weigerungsberechtigt.

Zur Erläuterung einige Beispiele aus der kantonalen Prozessgesetzgebung. Nach der Zivilprozessordnung von Basel-Stadt vom 8. Februar 1875, § 116 dürfen das Zeugnis u. a. ablehnen: „Geistliche, Ärzte, Anwälte und Notare in bezug auf Tatsachen, die ihnen bei Ausübung ihres Berufes mitgeteilt wurden und die ihrer Natur nach geheim zu halten sind.“ Graubünden befreit in seiner Zivilprozessordnung (in Kraft seit 1. Januar 1908), Art. 183 von der Pflicht zur Zeugnisablegung: „Sachwalter, Ärzte und Beichtväter, wenn sie über Dinge aussagen sollen, die ihnen nur in ihrer besonderen Berufseigenschaft bekannt geworden sind.“ Die Strafprozessordnungen dieser Kantone haben hingegen keine entsprechende Vorschrift. Andere Kantone erkennen das gleiche Weigerungsrecht im

eventuell hilft Ausschluss der Öffentlichkeit. Vergl. auch Finger, a. a. O., S. 366 f. (in bezug auf Zeugenvernehmung).

Zivil- und im Strafprozessrecht an. So Zürich, nach dessen Zivilprozessordnung vom 13. April 1913, § 187 verweigert werden können: „Aussagen über Tatsachen, die dem Zeugen in der Stellung als Seelsorger, Arzt oder Anwalt anvertraut worden sind, sowie über Amtsgeheimnisse; das Recht der Zeugnisverweigerung fällt weg, wenn der Zeuge von der Pflicht, die betreffenden Tatsachen geheim zu halten, entbunden worden ist.“ Die Strafprozessordnung des gleichen Kantons vom 4. Mai 1919 gestattet Geistlichen, Aerzten und Anwälten, die Mitteilung von Geheimnissen abzulehnen, die ihnen um ihrer Amts- oder Berufsstellung willen anvertraut worden sind (§ 130). Doch macht Zürich zwischen Zivil- und Strafprozess insofern einen Unterschied, als nur in der Zivilprozessordnung (§ 188) dem Gericht überdies noch gestattet wird, dem Zeugen die Mitteilung von „Berufs-“, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen nach freiem Ermessen zu erlassen. (Siehe unten unter IV.) Auch Solothurn berücksichtigt in beiden Prozessordnungen das Berufsgeheimnis der Geistlichen, Ärzte und Anwälte, aber in verschiedener Weise: die Zivilprozessordnung vom 27. Februar 1891, § 166 erklärt sie geradezu als unzulässige Zeugen, während die Strafprozessordnung vom 25. Oktober 1885, § 168 sie nur von der Verbindlichkeit, gerichtliches Zeugnis abzulegen, ausnimmt. Wir beobachten also wiederholt, wenn auch in verschiedener Wendung, den gesetzgeberischen Grundgedanken, wonach der Zivilprozess den Beweisverzicht in höherem Masse verträgt als der Strafprozess. Glarus erklärt allerdings in seinen beiden Prozessordnungen gleichlautend (Zivilprozessordnung vom 5. Mai 1895, § 192 Ziff. 2, und Strafprozessordnung vom 7. Mai 1899, § 69 lit. c) als von der Pflicht zur Ablegung des Zeugnisses ausgenommen: „Geistliche, Ärzte und Anwälte mit Bezug auf Geheimnisse, die ihnen um ihrer amtlichen oder Berufsstellung willen anvertraut worden sind.“ Doch findet sich in der Strafprozessordnung (§ 69 a. E.) folgender Zusatz, der in

der Zivilprozessordnung bezeichnenderweise fehlt: „Es können indessen diese Personen gleichwohl vor Verhöramt berufen werden und, wenn sie hier freiwillig über den Sachverhalt Auskunft geben, so sind ihre Aussagen gleich denjenigen anderer Zeugen zu Protokoll zu nehmen.“³⁷⁾

Während die bisher genannten Gesetze die in Betracht kommenden Berufsarten einzeln auführen, bevorzugt das bernische Prozessrecht eine allgemeinere Fassung. Die Zivilprozessordnung vom 7. Juli 1918, Art. 246 gestattet nämlich dem Zeugen, die Aussage über Geheimnisse zu verweigern, „welche ihm kraft seines Amtes, Berufes oder Dienstes anvertraut sind. Das Recht der Zeugnisverweigerung fällt weg, wenn der Zeuge von der Pflicht, die betreffenden Tatsachen geheim zu halten, entbunden worden ist.“ Noch allgemeiner drückt sich schon die Strafprozessordnung von 1854 aus, nach deren Art. 219 „Personen, denen infolge ihres Standes Geheimnisse anvertraut worden sind, nicht in Betreff dieser Geheimnisse als Zeugen gehört werden“ dürfen. Ebenso die freiburgische Strafprozessordnung vom 21. Mai 1873, Art. 186, Abs. 2.

Durch die angeführten Beispiele aus der kantonalen Prozessgesetzgebung dürfte bereits die prozessuale Be-

³⁷⁾ Vergl. ferner z. B.: Schaffhausen, Zivilprozessordnung vom 30. Oktober 1869, § 239 Abs. 2 Ziff. 2; Strafprozessordnung vom 3. März 1909, Art. 141 Abs. 2 lit. d; Aargau, Zivilprozessordnung vom 12. März 1900, § 183 lit. b; Strafprozessordnung vom 3. März 1858, § 224; Appenzell A.-Rh., Zivilprozessordnung, Art. 114 lit. c und Strafprozessordnung, Art. 69 lit. c, beide vom 26. April 1914; Schwyz, Zivilprozessordnung vom 3. Dezember 1915, §§ 235 Ziff. 4, 238 Ziff. 2; Gesetz über das Verfahren in Strafrechtsfällen vom 18. Februar 1908, § 131; Wallis, Zivilprozessordnung vom 22. November 1919, Art. 216 Ziff. 2; peinliche Prozessordnung vom 24. November 1848, Art. 207; Neuenburg, Code de procédure civile du 29 novembre 1906, Art. 230 lit. b; Code de procédure pénale du 25 sept. 1893, Art. 185 No. 3; usw. Siehe auch Bundeszivilprozessordnung Art. 133, Bundesstrafprozessordnung Art. 75 lit. c und d.

achtung des Berufsgeheimnisses im geltenden Recht zur Genüge charakterisiert sein. Doch sei im Anschluss daran noch kurz untersucht, wie sich für unser Gebiet das Verhältnis zwischen Strafrecht und Prozessrecht gestaltet, wie sich insbesondere die Ausnahmen von der Zeugnispflicht zu den Strafbestimmungen über das Delikt der Geheimnisverletzung verhalten. In der deutschen Literatur und Rechtsprechung wird das Verhältnis zwischen § 300 des Strafgesetzbuches einerseits und den Vorschriften der Prozessordnungen über die Zeugnisweigerungsrechte andererseits überwiegend dahin aufgefasst, dass das Recht, über Berufsgeheimnisse zu schweigen, gleichzeitig ein Recht auszusagen in sich schliesse, dass mithin der weigerungsberechtigte Zeuge, wenn er gleichwohl aussage, nicht wegen Geheimnisverletzung gestraft werden könne. Gegenüber dieser, wie uns scheinen will, etwas gekünstelten Auffassung sind wir mit Wachenfeld der Meinung, dass z. B. der Arzt, wenn er wirklich „bei Gelegenheit der Zeugenaussage ein anvertrautes Privatgeheimnis ausplaudert“, sich genau so strafbar macht, „als wenn er sonst in dem vermeintlich höheren Interesse der Strafverfolgung über Delikte, die ihm als Arzt zur Kenntnis gekommen sind, der Behörde Anzeige erstattet.“³⁸⁾ Völlig klargestellt ist die Strafbarkeit eines solchen Zeugen, soweit diejenigen Strafgesetze eingreifen, die, wie gezeigt, Ausnahmen von der Schweigepflicht nur für solche Fälle zulassen, in denen die Offenbarung gesetzlich

³⁸⁾ Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914, S. 490. Richtig auch Liebmann, Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse, Berlin 1890, S. 7 ff.; Günther, Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes nach § 300 des Reichsstrafgesetzbuches, Diss. Rostock 1894, S. 25 ff.; Giesker, a. a. O., S. 110. A. M. u. a. Kahl, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 29, S. 358; Binding, a. a. O., S. 127; Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Leipzig und Erlangen 1922, S. 407; Frank, a. a. O., Note III 2c zu § 300; Olshausen, a. a. O., Note 9 zu § 300 (jedoch unter Anerkennung der Zweifelhaftigkeit der Frage); Finger,

geboten ist. Für diese Gesetzgebungen sollte u. E. das Missverständnis nicht aufkommen, als ob das „blosse Recht“ zur Zeugnisweigerung gleichzeitig die Befugnis zur Aussage in sich schliesse.³⁹⁾

Von der Seite des Prozessrechtes her wird das gleiche Missverständnis ausgeschlossen, wenn und soweit der Gesetzgeber die Ausnahme von der Zeugnispflicht nicht als Weigerungsrecht des Zeugen, sondern als unbedingtes Beweisverbot an den Richter konstruiert.

Soweit freilich umgekehrt das Prozessrecht für gewisse Berufspersonen, die an sich Täter des strafbaren Geheimnisbruchs sein können, eine Ausnahme von der Zeugnispflicht überhaupt nicht zulassen sollte, sind solche Personen zur Ablegung des Zeugnisses verpflichtet; damit entfällt für sie natürlich die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit des Geheimnisbruchs. Andererseits werden zuweilen Ausnahmen von der Zeugnispflicht auch für solche Personen geschaffen, die von der Strafdrohung gegen Geheimnisbruch nicht getroffen sind. Der Kreis der — im Zivil- oder Strafprozessrecht oder in einem von beiden — von der Zeugnispflicht Ausgenommenen deckt sich nicht ohne Weiteres mit dem Kreise der möglichen Täter der strafbaren Geheimnisverletzung. Nach beiden Seiten kommen Erweiterungen bzw. Verengerungen vor.

III. Künftiges Recht.

Wie in der kantonalen Gesetzgebung, so spiegeln sich auch in der Entstehungsgeschichte des Schweizerischen Entwurfes die verschiedenen Möglichkeiten gesetz-

a. a. O., S. 366 (de lege ferenda sogar gegen die Weigerungsrechte, für die jedoch, S. 367 Anm. 2, ein Ausgleich — Ausschluss eines Strafverfahrens, auf Grund der Zeugenaussage, zum Nachteil des Subjektes des Geheimnisses — angeregt wird. Beling, a. a. O., S. 20 Anm. 1 schliesst sich zwar de lege lata der herrschenden Meinung an, nennt aber de lege ferenda das Ergebnis „sehr bedenklich“.

³⁹⁾ Anders freilich Garçon, a. a. O., zu Art. 378 (S. 1089).

geberischer Gestaltung unserer Materie. Als Art. 88 (Verletzung des Berufsgeheimnisses) den Verbrechen gegen den Frieden eingereiht, lag die ursprüngliche Fassung des Stooss'schen Vorentwurfes der ersten Expertenkommission in folgendem Wortlaut vor:

„Wer ein Berufsgeheimnis verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu 10,000 Franken oder mit Gefängnis bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden.“

Zu dieser allgemeinen Formulierung wurden in der Diskussion⁴⁰⁾ eine Umschreibung des Begriffs des Berufsgeheimnisses und eine Einschränkung des Personenkreises auf die schweigepflichtigen Berufspersonen verlangt und beschlossen; ferner der Zusatz „unbefugt“, sowie die Einführung des Antragserfordernisses. Hingegen wurde nicht Folge gegeben einer Anregung von Cornaz, die Frage der Zeugnispflicht einheitlich zu regeln durch den Schlusssatz: „Nul ne peut être contraint de déposer devant les tribunaux sur un secret professionnel“. (Cornaz schlug überdies zur Kennzeichnung der Ausnahmen von der Schweigepflicht die französische Formel „hors les cas où la loi l'oblige à se porter dénonciateur“ vor.) Abgelehnt wurde auch die Einschränkung des geschützten Geheimnisses auf eine Tatsache, die einen Schaden verursachen kann (Gabuzzi und Bezzola) oder die geeignet ist, jemandes Ehre zu verletzen (Correvon und Gretener). Gegen letztere Einschränkung wandte Müller ein: „Die Geheimnisse, die den Rechtsanwälten von ihren Klienten anvertraut werden, berühren in der Regel nicht die Ehre, sondern Vermögensinteressen der Klienten.“ Ferner machte Stooss gegen die gedachten Einschränkungen die richtige und wichtige Bemerkung: „Die Mitteilung eines anvertrauten Berufsgeheimnisses verletzt unter Umständen weder das Vermögen noch die Ehre des Betreffenden, ist

⁴⁰⁾ Vergl. zum folgenden: Verhandlungen der (ersten) Expertenkommission, Band II, S. 12 ff., 561; Werner, a. a. O., S. 172 ff.; Finger, a. a. O., S. 400 ff.

aber gleichwohl geeignet, ihn in seinen persönlichen Verhältnissen schwer zu verletzen, so z. B. wenn ein Arzt dritten mitteilt, jemand, z. B. ein Verlobter, leide an einer unheilbaren Krankheit.“ Auf Grund der Arbeiten der ersten Expertenkommission erhielt schliesslich die Bestimmung, als Art. 94 des Vorentwurfes von 1896 (eingereiht den Verbrechen gegen den Frieden und die persönliche Sicherheit), folgenden Wortlaut:

„Wer jemandem unbefugt etwas mitteilt, was er zufolge seines Berufes geheimzuhalten verpflichtet war, wird auf Antrag mit Geldstrafe bis zu 10,000 Franken oder mit Gefängnis bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden.“

Die gleiche Bestimmung ging, von kleineren rein redaktionellen Änderungen abgesehen, über in den Vorentwurf von 1903, Art. 108. Der betreffende Abschnitt, nunmehr „Verbrechen gegen die persönliche Rechtssicherheit“ überschrieben, umfasste, infolge veränderter systematischer Ausscheidung, nur noch Bedrohung, Hausfriedensbruch, Verletzung des Berufsgeheimnisses und des Briefgeheimnisses.

Erhebliche Neuerungen bringt erst der Vorentwurf von 1908. Systematisch bildet dieser Vorentwurf einen eigenen (zwölften) Abschnitt „Berufsverbrechen“, der nur unzüchtige Handlungen von Geistlichen und von Ärzten, falsches ärztliches Zeugnis und Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 192) zum Gegenstande hat. Der Kreis der Täter umfasst nicht mehr alle schweigepflichtigen, sondern nur ganz bestimmte Berufspersonen, das Berufsgeheimnis ist genauer umschrieben und die Einwilligung des Berechtigten vorbehalten. Art. 192 lautet:

„Wer als Geistlicher, als Rechtsanwalt, als Verteidiger, als Notar, als Arzt, als Apotheker, als Gehülfe solcher Personen, oder als Hebamme, ein Geheimnis, das ihm zufolge seines Berufes anvertraut worden ist, oder das er in der Ausübung seines Berufes wahrnimmt, ohne Einwilligung des Berechtigten offenbart, wird auf Antrag

mit Busse oder mit Gefängnis bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden.“

Eine Ergänzung erfuhr dieser Artikel durch Art. 211, dessen Abs. 2 die im ersten Absatz statuierte Anzeigepflicht durch den Satz einschränkte: „Das Berufsgeheimnis bleibt vorbehalten.“

Art. 192 des Vorentwurfes von 1908 bildete die Grundlage für die Verhandlungen der zweiten Expertenkommission, die übrigens, wie hier schon bemerkt sei, den Art. 211 gänzlich gestrichen hat.⁴¹⁾

In den Beratungen, die durch die „Erläuterungen“ von Zürcher ergänzt werden,⁴²⁾ stand im Vordergrund der Diskussion die Frage, welche Ausnahmen von der Schweigepflicht — abgesehen von der im Text schon vorgesehenen Einwilligung des Berechtigten — zugelassen werden sollten, und in welcher Weise Bundesrecht und kantonales Recht ineinander zu greifen hätten. Zürcher hatte bereits in seinen „Erläuterungen“ daraufhingewiesen, dass die Art. 25 (Ausnahmen von der Strafdrohung, insbesondere wegen Amts- oder Berufspflicht) und 27 (Notstand) des Vorentwurfs 1908 wohl schon ausreichten, um die berücksichtigungswerten Fälle zu decken. Hingegen beantragten Hafter und Burckhardt die Aufnahme der Ausnahmen in das Strafgesetzbuch; Hafter verlangte Strafflosigkeit, „wenn die Preisgabe durch ein öffentliches Interesse oder durch ein berechtigtes Privatinteresse geboten ist“,⁴³⁾ während Burckhardt „höhere Interessen“

⁴¹⁾ Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band V, S. 245.

⁴²⁾ Vergl. zum folgenden: Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band IV, S. 363 ff., Band V, S. 88 ff.; Zürcher, Erläuterungen zum Vorentwurf von 1908, Bern 1914, S. 350 ff.

⁴³⁾ Vergl. Maier, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Jahrg. 22, S. 313 ff. (im Anschluss an den österreichischen Entwurf) und die in der Materialiensammlung von Hafter, Schw. Zeitschr., Jahrg. 21, S. 224 f. mitgeteilten Eingaben. A. M. Ladame, Schw. Zeitschr., Jahrg. 23, S. 333.

schlechthin vorbehalten wollte. Max Huber wollte noch den Begriff der gesetzlichen Ermächtigung einführen, Reichel nur das dem Täter „kraft gesetzlicher Vorschrift obliegende Berufsgeheimnis“ schützen, um nicht in das kantonale Verwaltungsrecht einzugreifen. Delaquis wünschte Weglassung der „berechtigten Privatinteressen“ im Antrage Hafter. Ein Antrag Müller wollte die Preisgabe des Geheimnisses nur solchen Personen gegenüber erlauben, die durch den Fortbestand desselben von einer erheblichen Gefahr bedroht sind.⁴⁴⁾

In der zweiten Lesung blieb ein Antrag Studer, den ganzen Artikel zu streichen (weil man mit den Bestimmungen über Ehrverletzung usw. sicherlich auskomme), in der Minderheit. Burckhardt kam auf die Ausdehnung des Täterkreises (unter Anführung von Beispielen, siehe unten) zurück, ohne jedoch einen Antrag zu stellen. Keinen Widerhall fand eine Eingabe der Unfallversicherungsanstalt, wonach eine Verletzung des ärztlichen Geheimnisses nicht vorliegen sollte, „wenn ein Arzt jemandem eine Auskunft erstattet, der, kraft Gesetzes oder kraft Übereinkunft, ein berechtigtes Interesse an der Feststellung eines Tatbestandes durch einen Arzt oder an der Mitteilung eines ärztlichen Urteils hat.“

⁴⁴⁾ Beachtlich die Warnung Müllers, der davon ausgeht, „dass das Berufsgeheimnis nur in den dringendsten Fällen soll preisgegeben werden. Nun ist gesagt worden, diese Bestimmung sei mit der Regelung der Denunziations- und Zeugnispflicht in Verbindung zu bringen. Ich glaube, man darf den hier genannten Personen keine Denunziationspflicht auferlegen, was doch nach dem Antrag Hafter der Fall wäre. Aber auch die Zeugnispflicht soll man für diese Personen soweit als möglich einschränken. Sie sollen auch mit ihrem Willen nicht als Zeugen abgehört werden dürfen.“ Müller warnte auch vor der gefährlichen Unbestimmtheit des Begriffs des öffentlichen Interesses, worunter „so ziemlich alles einbezogen werden“ könne.

Abgelehnt wurde ein Antrag Deschenaux, den Kreis der Gehilfen einzuschränken auf „tout assistant ou employé supérieur de ces personnes“.

Das Ergebnis war der — in die Vergehen gegen Amts- und Berufspflicht eingestellte — Art. 287 des Vorentwurfes von 1916, der bei gleicher Systematik und mit nur redaktionellen Änderungen in den Entwurf von 1918 übergang als Art. 285:

„1. Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, Ärzte, Apotheker, Gehülfen solcher Personen und Hebammen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen zufolge ihres Berufes anvertraut wird, oder das sie bei der Ausübung ihres Berufes wahrnehmen, werden, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

Ebenso werden bestraft Medizinstudierende, die ein Geheimnis offenbaren, das sie bei ihren Studien wahrnehmen.

Die Pflicht zur Geheimnisbewahrung besteht auch nach der Beendigung der Berufsausübung oder der Studien.

2. Die Offenbarung ist nicht strafbar, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt oder zur Wahrung eines höheren Interesses notwendig ist.“

Im Gegensatz zu den ersten Vorentwürfen, die ganz allgemein die verschwiegenheitspflichtigen Berufspersonen der Strafdrohung unterwarfen, wurde seit 1908 dem entgegengesetzten Extrem einer abschliessenden Aufzählung der Vorzug gegeben. Die abschliessende Aufzählung birgt einerseits die Gefahr in sich, Wesentliches zu übergehen⁴⁵⁾ (auch andere Berufsarten, so z. B. die Vertreter des Bank-, Versicherungs- oder Pressewesens, weisen ihrer Natur nach auf Diskretionspflichten hin), und dürfte andererseits durch die Betonung des ohnehin genügend gesicherten

⁴⁵⁾ Für Erweiterung des Täterkreises auch Finger, a. a. O., S. 371; Bendix, Archiv für Strafrecht und Strafprozess, Jahrg. 52, S. 14 (nennt u. a. Redakteure, Angestellte der Krankenkassen); Wolff, Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses (Strafr. Abh., Heft 86), S. 95 f.; v. Lilienthal, Z. f. d. ges. Str. Bd. 15, S. 329; deutscher Gegenentwurf (1911), § 291, Begr. S. 271; öst. Entwurf § 403 (exemplifikative Methode).

Geheimnisses der Geistlichen über das Ziel hinausschiessen. Wir würden einer vermittelnden Fassung den Vorzug geben, die zwar mit der ersten Expertenkommission alle zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufspersonen einbezieht, jedoch, gleich einzelnen Kantonen, die Medizinalpersonen, die Rechtsberater und Notare exemplifikativ hervorhebt. Dass Medizinstudierende einbezogen werden, ist sachlich durchaus richtig, und es wird sich nur fragen, ob man sie nicht zu den Gehilfen rechnen kann, oder, verneinendenfalls, ob nicht noch die einem Rechtsanwalt etc. zur Ausbildung zugewiesenen Personen genannt werden müssten.⁴⁶⁾ Vielleicht könnte man im ersten Absatz die Gehilfen weglassen und im zweiten Absatz etwa sagen: „Ebenso wird bestraft, wer diesen Personen als Gehilfe oder zum Zwecke der Ausbildung zugeteilt ist, wenn er ein Berufsgeheimnis offenbart.“

Andererseits würden wir es — in Anlehnung an das luzernische Recht (siehe oben) — begrüßen, wenn im ersten Absatz eingefügt würde: die Angehörigen dieser Personen. Denn dem Geheimnis sind die Angehörigen unter Umständen gefährlicher als der Berufsträger selbst. Eine andere Erweiterung des Täterkreises soll, weil sie streng genommen einen neuen Tatbestand bedeutet, weiter unten behandelt werden.

Dass den beruflich anvertrauten die beruflich wahrgenommenen Tatsachen gleichgestellt werden, kann gebilligt werden. Denn die Praxis wird zu unterscheiden wissen zwischen Tatsachen, die der Betreffende als Berufsperson, und solchen, die er ausserhalb des Berufes wahrnimmt. Ebenso ist es richtig, die Geheimhaltungspflicht auch nach Beendigung des Berufsverhältnisses andauern zu lassen.

Hingegen erscheinen uns die in Ziffer 2 gemachten Vorbehalte teils überflüssig, teils bedenklich. Der Vor-

⁴⁶⁾ Für Einbeziehung aller Studierenden, nicht bloss der Medizinstudierenden, Maier, a. a. O., S. 314.

behalt hinsichtlich der Einwilligung könnte als selbstverständlich fortbleiben,⁴⁷⁾ zumal da im Rahmen einer wirklichen und wirksamen Einwilligung von einem Geheimnis kaum mehr zu sprechen sein dürfte, und die rechtfertigende Bedeutung der Einwilligung gerade bei unserem Delikt ausser Zweifel steht, worauf auch das Antragsersfordernis hindeutet. Die Fassung des Entwurfes lässt überdies nicht genügend deutlich hervortreten, dass die Zustimmung auch stillschweigend erteilt oder den Umständen des Falles zu entnehmen sein kann. Erscheint sonach die Betonung der Einwilligung im Entwurf möglicherweise sogar als zu eng, so geht andererseits die Freigabe des Berufsgeheimnisses „zur Wahrung eines höheren Interesses“ viel zu weit.⁴⁸⁾ Gibt es überhaupt zwei Ärzte oder zwei Richter, die über den Begriff des höheren Interesses vollkommen einig sind? Und wann wird die Auffassung des Arztes vom höheren Interesse mit der des Richters übereinstimmen? Liegt nicht die Gefahr nahe, dass der eine oder andere Arzt vielleicht sogar seine wissenschaftlichen Interessen⁴⁹⁾ oder seine Honorar-

⁴⁷⁾ Gut Finger, a. a. O., S. 398 (zum freiburgischen Strafgesetzbuch von 1868). A. M. Werner, a. a. O., S. 182 f., der folgerichtig das Antragsersfordernis bekämpft. S. o. Anm. 16.

⁴⁸⁾ Weitgehend im Sinne einer Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht das deutsche Reichsgericht, besonders in einer vielbemerkten Entscheidung vom 16. Mai 1905 (Entscheidungen in Strafsachen, Band 38, S. 62). Gegen diese Entscheidung besonders Pallaske, Deutsche Juristenzeitung, Bd. 11, S. 293 ff.; Finger, a. a. O., S. 364 Anm. 2; dafür u. a. Placzek, a. a. O., S. 24 ff. Für die Interessenabwägung vergl. Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, Halle a. S. 1905, S. 110 ff., bes. S. 115; hiergegen Finger, a. a. O., S. 368 ff. Vgl. auch W. Jellinek (a. a. O., S. 673), der seinerseits (S. 682 ff.) die Lehre vom unsittlichen Verträge zugrundelegt.

⁴⁹⁾ Treffend unter andern Merkel in Holtzendorffs Handbuch, Band 3, Berlin 1874, S. 845; Hippe, Archiv für Strafrecht, Jahrg. 46, S. 293; Krauss, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Jahrgang 1, S. 166. Wegen der Honorarinteressen oben Anm. 23.

interessen als die höheren betrachten könnte? Zuzugeben ist allerdings, dass, wie immer das Gesetz lauten möge, die Standesehre des Arztes oder des Anwaltes in weitaus den meisten Fällen den richtigen Weg weisen wird. Das darf aber den Gesetzgeber weder hindern, die Gefahr des Missbrauchs im Auge zu behalten, noch ihn veranlassen, alles dem freien Ermessen der schweigepflichtigen Berufspersonen einerseits,⁵⁰⁾ des Richters andererseits zu überlassen. Besonders gefährlich erscheint die Weite der Ausnahmebestimmung, wenn man an die — ja ebenfalls schweigepflichtigen — Gehilfen und Medizinstudierenden denkt, zu denen nach unserem Vorschlage noch die Angehörigen hinzukämen. Soll man wirklich von allen den Gehilfen und in der Ausbildung Begriffenen eine Interessenabwägung verlangen dürfen, die selbst dem in seinem Berufe Gereiften und Erfahrenen oft so gut wie unmöglich sein wird, weil die mächtigen Faktoren subjektiven Wertens und Empfindens immer wieder hereinspielen müssen, selbst bei heissem Bemühen um Objektivität? Wir sind zudem der Meinung, dass, selbst wenn Ziff. 2 des Art. 285 wegfiel, der schweizerische Entwurf, in Verbindung mit dem kantonalen Verwaltungs- und Prozessrecht, eher zu viele als zu wenige Handhaben böte, um in berücksichtigungswerten Fällen die Bestrafung wegen Geheimnisbruchs auszuschliessen. Wir erinnern zunächst an die Notwehr und an die schon von Zürcher geltend gemachte Vorschrift über den Notstand (jetzt Art. 33),⁵¹⁾ die die Gefahr für beliebige Personen (nicht,

⁵⁰⁾ Bedenklich weitgehend Gross, Archiv für Kriminalanthropologie, Band 13, S. 241 ff.; deutscher Entwurf 1919, § 355 Abs. 3, Denkschrift, S. 297.

⁵¹⁾ Über Notwehr und Notstand vergl. u. a. Friedersdorff, Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen durch Rechtsbeistände, Medizinalpersonen und ihre Gehilfen. § 300 St. G. B., Diss. Halle 1906, S. 28 ff.; Kahl, a. a. O., S. 359; Finger, a. a. O., S. 368 Anm. 1; skeptisch W. Jellinek, a. a. O., S. 672 ff. Zu beachten ist, dass die deutsche Literatur vorwiegend an den

wie das geltende deutsche Recht, nur für die Angehörigen) und für beliebige Rechtsgüter (nicht, wie das geltende deutsche Recht, nur für Leib und Leben) genügen lässt, und den Täter für straflos erklärt, dem die Preisgabe des gefährdeten Gutes „den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte“. Das berechtigte Erfordernis, wonach es sich um eine nicht anders abwendbare Gefahr handeln muss, passt genau auch auf die Konflikte zwischen Diskretionspflicht und sonstiger Berufspflicht. Das gleiche gilt bei näherem Zusehen von dem Erfordernis der Unmittelbarkeit der Gefahr. Denn niemand wird, selbst bei nachgiebigster Auffassung des Berufsgeheimnisses, dem Arzt oder dem Anwalt das Recht oder die Pflicht zuschreiben, fremde Lebensverhältnisse, namentlich Familienverhältnisse, für eine fernere Zukunft zu ordnen und sich so gewissermassen mit der Rolle eines Vormunds oder der Vorsehung zu belasten oder zu schmücken. Weit entfernt, die durch den Notstand des Entwurfes gedeckten Ausnahmen von der Schweigepflicht als unzureichend zu betrachten, möchten wir eher eine Einschränkung des Notstandsartikels unter anderem gerade auch deshalb für erwägenswert halten, weil der Artikel in der Fassung des Entwurfes geeignet ist, die Diskretionspflicht dem beruflichen und dem richterlichen Ermessen zu sehr anheimzugeben. Neben den Artikeln über Notstand (wie auch über Notwehr) greift ferner Art. 31 (im Vorentwurf 1908 Art. 25) ein, in Verbindung mit der kantonalen Prozessgesetzgebung und Verwaltungs-, besonders Medizinalgesetzgebung. Das kantonale Prozessrecht, das ja durch ein eidgenössisches Strafgesetzbuch nicht berührt würde, trägt, wie oben gezeigt, dem Berufsgeheimnis auch seinerseits Rechnung. Wo es aber bestimmten Berufspersonen, etwa im Strafprozess, das Zeugnisweigerungsrecht ver-

(engeren) Notstandsbegriff des § 54 R. St. G. B. anknüpft. Binding, a. a. O., S. 127, geht davon aus, dass die Frage der Pflichtenkollision durch das Reichsstrafgesetzbuch gar nicht beantwortet sei.

sagt, da haben wir es mit einer gesetzlichen Ausnahme von der Schweigepflicht zu tun, und eine Bestrafung kommt (siehe auch Art. 31 des Entwurfes) nicht in Betracht. Eine Frage de lege ferenda ist es dann, ob die kantonalen Prozessrechte den Kreis der Weigerungsberechtigten, etwa zum mindesten im Zivilprozess, entsprechend erweitern und so die Ausnahmen von der Schweigepflicht vermindern sollen. Aus der kantonalen Verwaltungsgesetzgebung wurden bereits bezeichnende Beispiele von gesetzlichen Anzeigepflichten erörtert. Auch diese Gesetzgebung würde neben einem eidgenössischen Strafgesetzbuch bestehen bleiben.⁵²⁾ Soweit sie eingreift, wäre, ebenfalls im Hinblick auf Art. 31 des Entwurfes, von einer Bestrafung des Geheimnisbruchs keine Rede.

Der Rechtszustand, der sich mit dem Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches ergeben würde, liesse also in sehr zahlreichen Fällen Raum für die Straflosigkeit des Geheimnisbruchs, sei es unmittelbar auf bundesrechtlicher, sei es mittelbar auf kantonrechtlicher Grundlage. Nehmen wir diese Durchlöcherungen der Diskretionspflicht hin, so bedarf das Berufsgeheimnis einer anderweitigen, sogleich zu erörternden Sicherung. Ziff. 2 des Art. 285 aber sollte unseres Erachtens dahinfallen. Statt dessen befürworten wir, trotz aller hiergegen vorgebrachten Bedenken, die Wiedereinsetzung des Wörtchens „unbefugt“ oder den Gebrauch einer Wendung wie: „ohne durch eine Berufspflicht zur Offenbarung genötigt zu sein“; durch letztere würde angedeutet, dass es immer wieder Berufsaufgaben sind, die der Gesetzgeber der — ebenfalls beruflichen — Schweigepflicht entgegensetzen kann. Jedenfalls ist die Umgrenzung der Schweigepflicht nicht Sache des Strafgesetzgebers, der hier, wie in vielen anderen Fällen, ergänzende Normen sonstiger Art voraussetzt oder erwartet. Bei der Wahl zwischen einem be-

⁵²⁾ Vergl. Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band IV, S. 374 (Thormann).

scheidenen Blankett und einer unbestimmten Interessenklausel ist ersteres, für unsere Materie wenigstens, immer noch das kleinere Übel. Die hier eingreifende kantonale Prozess- und Verwaltungsgesetzgebung aber sollte das Berufsgeheimnis soweit irgend möglich achten.⁵³⁾ Dabei ist nicht zu verkennen und nicht zu beanstanden, dass der Kreis der zur Zeugnisverweigerung Berechtigten enger gezogen sein wird als der Kreis der möglichen Täter des Geheimnisbruchs, und dass mit den Zwecken und Interessen der Zivilrechtspflege eine stärkere Durchbrechung der Zeugnispflicht vereinbar ist als mit den Zwecken und Interessen der Strafrechtspflege. Die Medizinalgesetzgebung ihrerseits sollte mit Statuierung von Anzeige- und Meldepflichten sparsam sein und, von den ansteckenden Krankheiten abgesehen, höchstens Verbrechen (im engeren Sinne) gegen Leib oder Leben der Anzeigepflicht unterstellen. Ebenso sollte die sonstige Verwaltungsgesetzgebung und die zugehörige Praxis, besonders im Gebiete der Versicherung, jedes unnötige Eindringen in die Sphäre des Berufsgeheimnisses vermeiden.

Da man aber auch für die Zukunft bestenfalls mit erheblichen Abschwächungen der Schweigepflicht rechnen muss, so bedarf es einer Vertiefung und Verbreiterung des Geheimnisschutzes auf anderem Wege.⁵⁴⁾ Während

⁵³⁾ Mit der Durchbrechung der Zeugnispflicht muss sich, wie in der Literatur mehrfach hervorgehoben wurde, Schonung der beruflichen Aufzeichnungen (Handakten, Krankenjournale usw.) verbinden. Vergl. z. B. Beling, a. a. O., S. 20 ff.; Bleuler, a. a. O., S. 1 ff.

⁵⁴⁾ Zu beachten und zu begrüßen ist es, dass nach dem schweizerischen Entwurf (Art. 19) auch der — an sich zweifellos mögliche (vergl. z. B. W. Jellinek, a. a. O., S. 692) — Versuch des Geheimnisbruchs unter Strafe steht. Nach der vom Entwurf bevorzugten subjektiven Theorie (Art. 20) wäre freilich strafbarer Versuch grundsätzlich auch gegeben, wenn der Täter die Tatsache irrtümlich für geheim gehalten hätte. (Milderung nach ‚freiem Ermessen; Absehen von Strafe nur möglich bei Handeln ‚aus Unverstand‘.) Der strafbaren Teilnahme ist natürlich

der schweizerische Entwurf nur den vorsätzlichen⁵⁵⁾ Geheimnisbruch (vergl. Art. 16 Abs. 1) unter Strafe stellt, scheint uns gerade bei diesem Delikt eine Bestrafung auch der Fahrlässigkeit erwägenswert.⁵⁶⁾ Von den Berufspersonen verlangen und erwarten wir, dass sie auf ihre Berufsaufgabe ganz besondere Sorgfalt und Aufmerksamkeit verwenden, und wir begnügen uns nicht mit einer bloss negativen Enthaltung derselben von bewussten und gewollten Pflichtverletzungen. Charakteristische Fälle der Fahrlässigkeit, durch leichtfertiges Plaudern oder durch leichtsinniges Umgehen mit den beruflichen Aufzeichnungen (Handakten, Krankengeschichten), sind leicht vorstellbar; die Gefährdung des Geheimnisträgers ist in solchen Fällen vielleicht besonders erheblich. Dazu kommt, dass nicht selten wohl die Fahrlässigkeit, nicht aber der Vorsatz beweisbar sein wird. (Lehnt man den *dolus eventualis* ab, so wird die Lücke noch empfindlicher.) Fürchtet man, mit der Bestrafung der Fahrlässigkeit schlechthin zu weit zu gehen, so strafe man wenigstens die grobe Fahrlässigkeit.

Aber auch in extensiver Richtung ist die Strafdrohung der Erweiterung zugänglich. Wir möchten in dieser Hinsicht einen einfachen Vorschlag machen, der

auch der Extraneus fähig. (Art. 24.) Handelt die Berufsperson unvorsätzlich, so fällt der Extraneus möglicherweise unter Art. 25. — Als Strafmittel eignet sich, neben den Hauptstrafen, besonders das Berufsverbot. (Art. 51.) Für gewisse Fälle könnte Strafschärfung vorgesehen werden wie im öst. Entwurf § 403 Ziff. 4 Abs. 1.

⁵⁵⁾ Nimmt der Täter irrtümlich an, er sei zu der Tat berechtigt, ohne dass eine Verkennung des Sachverhalts (Art. 17) zu grunde läge, so kommt ihm nur Strafmilderung zu gute. (Art. 18.)

⁵⁶⁾ Für das deutsche Strafrecht (§ 300) wird gewöhnlich die Straflosigkeit der Fahrlässigkeit angenommen, vergl. Olshausen, a. a. O., Note 10 zu § 300; a. M. jedoch, mit beachtlichen Gründen, Wahlberg, Ärztliche Verbrechen in Holtzendorffs Rechtslexikon, Band 1, Leipzig 1880, S. 164; Seréxhe, a. a. O., S. 72 ff. Letzterer erzählt (S. 75 Anm. 161) einen bezeichnenden Fall nach Placzek.

u. E. in der gleichen Linie liegt wie die Bestrafung aller derjenigen Delikte, die ein anderes, früheres Delikt notwendig oder doch regelmässig voraussetzen und mit dem „Vordelikt“ mehr oder weniger eng, mehr oder weniger akzessorisch verknüpft sind. Dem Gesetzgeber genügt für den strafrechtlichen Vermögensschutz nicht die Bestrafung des Diebstahls, des Betruges, des Wuchers usw.; er verschont vielmehr weder den Hehler noch den Erwerber oder Veräusserer wucherlicher Forderungen mit Strafe. Zum Schutze der Urkunden und der Geldeinrichtung werden nicht bloss Fälschung und Verfälschung mit Strafe bedroht, sondern auch Benützung bzw. Verbreitung der Fälsifikate. Ja, die letzteren Handlungen sind auch dann verbrecherisch, wenn statt des früheren Delikts ein strafloses „Fälschen“ bzw. „Verfälschen“ vorausging, sei es dass der sogen. „Vortäter“ unzurechnungsfähig war oder der etwa zum subjektiven Tatbestande gehörenden besonderen Absicht ermangelte. Warum soll der gleiche gesetzgeberische Gedanke nicht auch auf den Schutz der Geheimsphäre Anwendung finden? Warum soll straflos sein, wer von einer geheimnispflichtigen Berufsperson ein Berufsgeheimnis erfährt und dasselbe nun grundlos an einen Dritten weiter verrät? Die Bestrafung des durch die Berufsperson in das Berufsgeheimnis Eingeweihten wäre gleichermassen vorzusehen, mag nun die Berufsperson das Geheimnis befugt oder unbefugt mitgeteilt haben. Ein solcher Strafschutz, dem schon durch die Indiskretionsdelikte der neueren Entwürfe (oben Anm. 15) die Wege geebnet sind, würde den Ernst des Berufsgeheimnisses verstärken, die Berufspersonen selbst, die nun damit rechnen müssten, auch andere in die Strafbarkeit zu verstricken, zur Vorsicht mahnen, im Publikum das Vertrauen in die Kraft des Berufsgeheimnisses erhöhen und die Freude an der Kenntnisnahme von fremden Privatgeheimnissen vermindern. Letzteres schon deshalb, weil, besonders bei schwächeren und bei niedrig gesinnten Naturen, die Kenntnis von einer Tatsache schon einen

Anreiz zum Weiterplaudern bedeutet; droht nun diesem Weiterplaudern Strafe, so wird mancher es vorziehen, von vornherein schon von der Kenntnissnahme verschont zu bleiben und sein Ohr der Indiskretion zu verschliessen; schliesslich gehören zu jeder Indiskretion mindestens zwei Personen, eine, die ausplaudert und eine, die zuhört oder das Ausgeplauderte sonst zur Kenntnis nimmt und es eventuell weiterplaudert. Die erste würde sich häufig zurückhalten, wenn sie nicht bei der zweiten auf ein gewisses Interesse rechnen könnte; die zweite könnte manche Indiskretion verhindern, wenn sie der ersten Interesselosigkeit oder Ablehnung entgegenstellte. So ist denn bei Entgegennahme unerlaubter Offenbarung der kriminelle Anteil des Aufnehmenden an sich schon grösser als man glaubt; macht er sich nun auch noch zum Verbreiter des Gehörten, so kann eine Bestrafung durchaus am Platze sein. Selbst wenn die Berufsperson nach Auffassung des Gesetzgebers keine strafbare Verletzung der Geheimnispflicht begangen, sondern das Geheimnis erlaubterweise offenbart hat, muss ebenfalls der Empfänger dieser Mitteilung zur Verschwiegenheit strafrechtlich verpflichtet werden. Jeder Erweiterung des Kreises der Eingeweihten — mag die Einweihung selbst eine verbrecherische oder eine durch den Gesetzgeber als berechtigt anerkannte sein — hat eine Erweiterung des Kreises der Geheimnispflichtigen zu entsprechen.⁵⁷⁾

Dabei mag eine möglichst vorsichtige und zugleich elastische Fassung gesucht werden, die vor Härten bewahrt und in allen beachtlichen Fällen ein Absehen von Strafe ermöglicht. Legen wir den schweizerischen Entwurf zugrunde, so erhielte unser Vorschlag ungefähr folgende, dem Art. 285 einzufügende Fassung:

„Ebenso wird bestraft, wer eine Tatsache, die er von einer dieser Personen erfahren hat, und die, wie

⁵⁷⁾ Eine gewisse Erweiterung des Täterkreises über die Berufspersonen hinaus bringt schon der sehr beachtliche Vorschlag von Werner, a. a. O., S. 186 ff., mit sich.

er weiss, unter dem Berufsgeheimnis steht, ohne begründete Veranlassung in einer Weise verbreitet, die geeignet ist, demjenigen, auf den sich das Berufsgeheimnis bezieht, erheblich zu schaden; in besonders leichten Fällen kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von Strafe absehen.“

Diese Strafbestimmung ist, wie ersichtlich, sehr viel milder gehalten als die gegen die Berufspersonen selbst gerichtete. Der Täter muss ohne begründete Veranlassung gehandelt haben. Die für die Berufspersonen selbst abgelehnte Elastizität der Formel ist bei den Extranei durchaus am Platze. Der Begriff des Berufsgeheimnisses geht aus der Hauptvorschrift genügend deutlich hervor und braucht daher in der akzessorischen nicht nochmals definiert zu werden. Die Verbreitung muss in einer Weise geschehen, die dem Betroffenen erheblich zu schaden geeignet ist. Hingegen möchten wir nicht so weit gehen, geradezu schädigende Absicht zu fordern. Denn was getroffen werden soll, ist eben der gedankenlose Klatsch.⁵⁸⁾ Schliesslich wird der Bestimmung durch Zulassung freier Strafmilderung (dies im Hinblick auf die Methode des Entwurfes, zu der hier nicht Stellung genommen werden soll) und selbst des Absehens von Strafe jede Härte genommen, während eine gewisse abschreckende Wirkung wohl erwartet werden darf.

Unser Vorschlag bleibt übrigens gerade auch für den Fall bestehen, dass die von uns angeregte Ausdehnung des Täterkreises der eigentlichen Berufsgeheimnisverletzung verworfen werden sollte. Denn das Bedürfnis nach einer

⁵⁸⁾ In der oben Anm. 48 erwähnten Entscheidung des deutschen Reichsgerichts wird erzählt, eine Hausbewohnerin habe die diskrete Tatsache „im ganzen Hause verbreitet“. In diesen Worten liegt der Schwerpunkt des typischen Sachverhalts und eine Rechtfertigung für unseren Vorschlag. Eine streng vertrauliche Warnung seitens des Arztes könnte unter Umständen wenigstens begreiflich erscheinen, das Weiterplaudern seitens des Eingeweihten ohne ernstlichen Grund verdient aber zweifellos Strafe.

Verstärkung des Geheimnisschutzes durch andere Mittel wäre eben dann sogar noch lebhafter, und insbesondere die Familien- und Hausgenossen stünden immerhin unter einer heilsamen strafrechtlichen Warnung. Eine Ausdehnung des Zeugnisweigerungsrechts auf die Extranei kann hingegen unterbleiben.

IV. Das Berufsgeheimnis im weiteren Sinne.

Zu den Berufsgeheimnissen in einem wesentlich weiteren Sinne kann man auch die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse rechnen, obwohl der Grundgedanke hier ein wesentlich anderer ist als dort. Die Berufsgeheimnisse der bisher behandelten Art werden geschützt, weil „die menschlichen Verhältnisse es zwingend erheischen, dass man sich gewissen Personen offenbart, und weil hier auch ein Interesse des Staates an dem Schutze besteht, da er diesen Vertrauenspersonen eine bevorzugte Stellung eingeräumt hat.“⁵⁹⁾ Der Schutz des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses hingegen bewegt sich auf dem Gebiete des Immaterialgüterschutzes und gehört zum Kampfe gegen den unlauteren Wettbewerb. Die Vermögenssphäre im weiteren Sinn wird durch die Verletzung getroffen, und als Schutzobjekt vor allem die „Kundschaft“,⁶⁰⁾ genauer vielleicht — vom Standpunkt des Interessenten aus — das Vorhandensein einer Kundschaft bezeichnet. Systematisch gehört daher, wie teilweise auch in Gesetzen⁶¹⁾ und Entwürfen — soweit sie die ver-

⁵⁹⁾ Friedländer, Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses, Berlin 1903, S. 201. Im Geschäfts- und Betriebsgeheimnis wird nach Friedländer, ebd. S. 211 f., „das Resultat der physischen und geistigen Kraft des Gewerbetreibenden geschützt und ihm ein Recht daran, als dem Ausflusse seiner Persönlichkeit, gewährt.“

⁶⁰⁾ Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band II, S. 383 (Zürcher); Zürcher, Erläuterungen, S. 167 ff.

⁶¹⁾ Zur kantonalen Gesetzgebung Stooss, Grundzüge Band 2, S. 171 ff. Für das deutsche Recht zu vergleichen die,

schiedenen Geheimnisbrüche nicht überhaupt zusammenfassen — zum Ausdruck kommt, der Bruch solcher Geheimnisse in einen andern Zusammenhang als der Bruch des Berufsgeheimnisses im eigentlichen Sinne. Das Strafgesetzbuch von St. Gallen, Art. 173 Ziff. 3, trifft allerdings die Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses in Verbindung mit der eigentlichen Berufsgeheimnisverletzung. Schaffhausen behandelt den Fall in seinem Strafgesetzbuch (§ 171 Ziff. 3) unter den Verbrechen und Vergehen wider Treue und Glauben. Aus der Gesetzgebung über den unlauteren Wettbewerb sei erwähnt das bisherige freiburgische Gesetz vom 29. April 1900, das in Art. 3 den Geheimnisbruch bedroht; an Stelle dieses Gesetzes tritt im neuen freiburgischen Strafgesetzbuch Art. 100, der das entsprechende Delikt den Vermögensdelikten zuweist. In den schweizerischen Vorentwürfen hat die systematische Unterbringung mehrfach gewechselt. Der Vorentwurf von 1894, Art. 89, behandelte die betreffenden Fälle mit andern Geheimnisbrüchen bei den Verbrechen gegen den Frieden; der Vorentwurf der ersten Expertenkommission von 1896, Art. 95, wies sie, ebenfalls mit andern Geheimnisbrüchen, den Verbrechen gegen den Frieden und die persönliche Sicherheit zu, der Vorentwurf von 1903, Art. 160, den Verbrechen gegen die Sicherheit des Handels- und Geschäftsverkehrs. Seit dem Vorentwurf von 1908, Art. 97, erscheint die Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses unter den Vermögensdelikten.

Der eigentümlichen Natur des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses entsprechend ist seine Verletzung nicht nur durch Verrat, sondern auch durch wirtschaftliche Ausnützung oder durch Eindringen in die Geheimsphäre möglich und strafwürdig, wie in den Verhandlungen der

Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages; Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909, § 17; v. Liszt, a. a. O., S. 432 f.

grossen Expertenkommission besonders durch Zürcher und Gautier ausgeführt wurde.⁶²⁾ Trotzdem sich in der Diskussion mancherlei Bedenken geltend machten, teils mit Hinweis auf die Zuständigkeit der Spezialgesetzgebung, teils aus sachlichen, mit Beurteilung der sozialen Frage zusammenhängenden Gründen, wurde die Schutzbestimmung doch aufrechterhalten. Sie ging in folgender, mit dem Vorentwurf von 1916 (Art. 145) genau übereinstimmender Fassung in den Entwurf von 1918 über als Art. 139:

„Wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er zufolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte, verrät,

wer den Verrat sich zunutze macht,

wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er durch unerlaubte Mittel ausgekundschaftet hat, zum Zwecke des Wettbewerbes verwertet oder andern mitteilt,

wird, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.“

Das neue freiburgische Strafgesetzbuch (Art. 100) weicht hiervon nur insofern ab, als dem Abs. 2 nur unterfällt, „wer sich den unerlaubten Verrat wissentlich zunutze macht.“ („Celui qui met à profit cette révélation, sachant qu'elle est illicite.“) Vielleicht sollte auch im ersten Absatz der subjektive Tatbestand eingeeengt werden, etwa durch das Erfordernis einer eigennützigen oder schädigenden Absicht.⁶³⁾

Die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze werden natürlich ebenso eingreifen können wie beim eigentlichen Berufsgeheimnis, vergl. aus dem schweizerischen Entwurf besonders die Art. 31 und 33. Das Prozessrecht aber

⁶²⁾ Protokoll, Band II, S. 382 ff. Über die Beratungen der ersten Expertenkommission vergl. Verhandlungen, Band II, S. 15 ff. (Stooss und Zürcher.)

⁶³⁾ Vgl. hierzu die ähnliche Anregung von Rolin, *Revue de droit international et de législation comparée*, tome XIX, p. 145.

wird solchen Geheimnissen gegenüber die Zeugnispflicht nur mit Vorsicht, etwa nur im Zivilprozess, zurücktreten lassen.⁶⁴⁾

V. Ergebnisse.

Wir fassen sie kurz zusammen:

Die Strafdrohung gegen Bruch des Berufsgeheimnisses sollte alle Pflichtigen umfassen, unter Hervorhebung einiger Beispiele. Den Gehilfen sind die Angehörigen gleichzustellen.

Ausser dem Vorsatz ist auch die Fahrlässigkeit mit Strafe zu treffen.

Der Strafgesetzgeber soll im speziellen Teil einfach die unbefugte Offenbarung bedrohen, die unentbehrlichsten Ausnahmen den Bestimmungen des allgemeinen Teils, sowie der Prozess- und Verwaltungsgesetzgebung überlassend, die ihrerseits, soweit irgend möglich, das Berufsgeheimnis zu schonen hat.

Eine eigene Strafdrohung soll, wenn auch in vor- sichtigster Form, diejenigen treffen, die ohne selbst zu den schweigepflichtigen Berufspersonen zu gehören, Berufsgeheimnisse verbreiten.

Die Verletzung des Berufsgeheimnisses im weiteren Sinne (Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis) wird vom schweizerischen Entwurf mit Recht bei den Vermögensdelikten behandelt. Der Deliktsbegriff ist eventuell durch Vermehrung der subjektiven Merkmale zu verengern.

⁶⁴⁾ Vergl. Zürich, Zivilprozessordnung § 188. (Erlassung der Mitteilung nach freiem Ermessen des Gerichts.)