

Gutachten

erstattet dem

Verein Ethik und Medizin in der Schweiz (VEMS)

zur Bedeutung des Bundesgerichtsurteils

2C_658/2018

von

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser, Zürich

Inhalt

1	Auftrag.....	2
2	Vorbemerkung.....	2
3	Fragestellung	3
4	Aufbau	3
5	Angaben im Rahmen der Gutachtensbeauftragung.....	3
6	Zum Entscheid 2C_658/2018.....	5
6.1	Ausgangslage und bundesgerichtliche Entscheidung	5
6.2	Ausgangspunkt: Rechtlicher Schutz und Bedeutung des Arztgeheimnisses.....	5
6.3	Einordnung der interessierenden kantonalen Bestimmung.....	8
6.3.1	Allgemeines	8
6.3.2	Nicht berücksichtigte Bestimmung von Art. 6 ZGB.....	8
6.3.3	Nicht berücksichtigte Bestimmung von Art. 33 ATSG.....	9
6.4	Einschränkung des Arztgeheimnisses im Zusammenhang mit Straftaten.....	9
6.5	Einschränkung des Arztgeheimnisses im Zusammenhang mit Straftaten von Angehörigen von Gesundheitsberufen.....	9
6.6	Einschränkung des Arztgeheimnisses im Zusammenhang mit dem öffentlichen Gesundheitsschutz	10
6.7	Einschränkung des Arztgeheimnisses im Zusammenhang mit gesundheitsrechtlichen Qualitätsanforderungen.....	10
7	Ergebnisse und Zusammenfassung/Beantwortung der gestellten Fragen.....	11
7.1	Nicht berücksichtigte Bestimmungen des Bundesrechts	11
7.2	Zutreffende Festlegungen des Bundesgerichts	12
7.3	Nicht zutreffende Festlegungen des Bundesgerichts	12
7.4	Beantwortung der gestellten Fragen.....	13
7.4.1	Ist das Urteil 2C_658/2018 mit der BV Art. 13 und EMRK Art. 8 vereinbar?	13
7.4.2	Ist die Begründungsgrundlage mit Art. 321 StGB vereinbar?	13
7.4.3	Ist es möglich oder wie wäre es allenfalls möglich, dass bei der bisherigen Begrenzung der Schweigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde geblieben wird, wie sie bis dato festgeschrieben war?	13

1 Auftrag

Am 29. September 2021 wurde der Unterzeichnende angefragt, ob er zu bestimmten Fragen des Arztgeheimnisses, die im Urteil des Bundesgerichts 2C_658/2018 angesprochen werden, ein Gutachten schreiben könne. Dies wurde in der Folge grundsätzlich bejaht, worauf am 1. Oktober 2021 der Auftrag zur Erstellung des Gutachtens erteilt und die zu beantwortenden Fragen gestellt wurden.

2 Vorbemerkung

Das vorliegende Gutachten wird in völliger Unabhängigkeit erstattet. Es nennt alle verwendeten Quellen und bezeichnet gegebenenfalls bestehende Unsicherheiten bei der

Bewertung bestimmter Fragen. Wie üblich kann mit der Abgabe des vorliegenden Gutachtens nicht die Zusicherung verbunden sein, dass politische Behörden, Verwaltungsstellen oder Gerichtsbehörden bei der Beurteilung der entsprechenden Frage zu denjenigen Auffassungen gelangen, welche im vorliegenden Gutachten als zutreffend bezeichnet werden.

3 Fragestellung

Im Rahmen des Gutachtens sind folgende Fragen zu beantworten (vgl. dazu auch Ziff. 5):

1. Ist das Urteil 2C_658/2018 mit der BV Art. 13 und EMRK Art. 8 vereinbar?
2. Ist die Begründungsgrundlage mit Art. 321 StGB vereinbar?
3. Ist es möglich oder wie wäre es allenfalls möglich, dass bei der bisherigen Begrenzung der Schweigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde geblieben wird, wie sie bis dato festgeschrieben war?

4 Aufbau

Im Aufbau hält sich das vorliegende Gutachten an die vorgenannten Fragen. Es wird – nach einer Darstellung der Ausgangslage (Ziff. 5) – zunächst aufgezeigt, welches die Grundzüge des bundesgerichtlichen Urteils sind; dabei werden die verschiedenen Festlegungen des Urteils je näher eingeordnet und gewürdigt (Ziff. 6). Gestützt darauf können die gestellten Fragen beantwortet werden (Ziff. 7).

5 Angaben im Rahmen der Gutachtensbeauftragung

Im Rahmen des Begutachtungsauftrags wurden die interessierenden Fragen wie folgt umschrieben:

Das Bundesgerichtsurteil 2C_658/2018 vom 18. März 2021 wirft eine Reihe wichtiger Fragen zum Patientenschutz auf. Fr. Dr. Catja Wyler van Laak (www.wylervanlaak.ch) ist mit Fragen zum Patientenschutz an den VEMS gelangt. Im Grundsatz geht es darum, dass Kantonsärzte und -ärztinnen ohne formales Verfahren Akteneinsicht in Krankengeschichten mit der Begründung eine Qualitätskontrolle durchführen können was aus unserer Sicht abwegig ist. Das Patientengeheimnis gehört gemäss gängiger Rechtsauslegung dem Patienten. Dieses Selbstverständnis kommt auch in aktuellen Neuerungen zum elektronischen Patientendossier zum Ausdruck. Allein der Patient bestimmt, ob ein solches Dossier über ihn eingeführt wird und wem er Einsicht in das Patientendossier gewährt. Das Bundesgericht argumentiert nun, dass es rechtens ist, wenn die Vertreter der Gesundheitsdirektionen Einsicht in Patientenakten erhalten, da auch die Kantonsärzte dem Arztgeheimnis unterstehen. Folgt man dieser Logik, würde das heissen, dass ein Patientengeheimnis jeweils jedweden Arzt/Ärztin zur Verfügung gestellt werden kann. Die Qualitätssicherung der niedergelassenen Ärztinnen und Ärzte untersteht in der Schweiz dem Schweiz. Institut für ärztliche

Weiter- und Fortbildung (SIWF). Alle drei Jahre müssen niedergelassene Ärztinnen und Ärzte gegenüber dem SIWF belegen, dass sie eine festgelegte Mindestanzahl von Fortbildungen einschliesslich Super- und Intervision zur Qualitätssicherung besucht haben. Darüber hinaus fragt sich, ob Kantonsärzte/Kantonsärztinnen überhaupt qualifiziert sind, eine solche „Qualitätskontrolle“ vorzunehmen, bedarf es doch jeweils eines fachspezifischen Berichtswesens und diesbezüglich einer speziellen Ausbildung im Rahmen der Facharztausbildung und des jeweiligen Schwerpunktes.

Wir haben gemeinsam mit Fr. Dr. Wyler van Laak folgende Fragen formuliert:

1. Ist das Urteil 2C_658/2018 mit der BV Art. 13 und EMRK Art. 8 vereinbar?
2. Ist die Begründungsgrundlage mit Art. 321 StGB vereinbar?
3. Ist es möglich oder wie wäre es allenfalls möglich, dass bei der bisherigen Begrenzung der Schweigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde geblieben wird, wie sie bis dato festgeschrieben war, in den gängigen Kommentaren zu Art. 321 StGB vertreten wird und wie der Zürcher Strafrechtler Mausbach es in seiner Publikation über die ärztliche Schweigepflicht schreibt: »Für eine Offenbarung gegenüber der zuständigen vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde ist dem Grundsatz nach ebenfalls weder eine Berechtigung noch eine Verpflichtung des Arztes gegeben. Weder auf Verlangen noch initiativ sind der Aufsichtsbehörde Einsicht in Krankenunterlagen zu gewähren, noch sonstige schweigepflichtsgeschützten Informationen zu kommunizieren« (Schulthess 2010, S. 133).
4. Fr. Dr. Wyler van Laak hatte sich bereits mit dem Juristen der Schweizerischen FMH Hr. Papini, Mitverfasser eines Artikels in der Schweizerischen Ärztezeitung mit dem Titel „Wie reagiere ich auf Auskunftsbegehren der Aufsichtsbehörde?“ in der Schweizerischen Ärztezeitung 20/21: 102(24): 799-800 in Verbindung gesetzt. In diesem Beitrag wird beschrieben, dass die Kantonsärzte zukünftig im Rahmen ihrer gesetzlich vorgeschriebenen und regelmässigen Kontrollfunktion (man geht von einer Überprüfung der Dienstleistungsqualität von alle 3 bis 4 Jahre aus) Einsicht in beliebige Patientendossiers und andere Akten nehmen können. Fr. Dr. Wyler van Laak hatte Hr. Papini neben der grundsätzlichen Fragestellung, Fragen 1 und 2, darauf aufmerksam gemacht, dass man sich im Rahmen des Bundesgerichtsurteils 2C_658/2018 im Kontext der Angaben zur Verhältnismässigkeit des Vorgehens der Kantonsärzte- und -ärztinnen auf DTF 141 IV 77 E.5.2 beruft. Auch dieses Urteil ist öffentlich und kann im Internet heruntergeladen werden. Es geht hier aber um die strafprozessuale Sicherstellung, Entsiegelung und Durchsuchung von ärztlichen Berufsunterlagen durch die Staatsanwaltschaft und deren Notwendigkeit zur Verhältnismässigkeit, also einem vollkommen anderen Rechtskorpus in dem die Rahmenbedingungen der Verhältnismässigkeit einer kantonsärztlichen Qualitätssicherung, (Verwaltungsakt) durch das Gericht definiert werden sollen. Fr. Dr. Wyler van Laak machte darauf aufmerksam, dass sie das für eine relevante Absurdität hält, deren Kenntnis wichtig sein könnte, um die Qualität des Urteils 2C_658/2018 zu durchleuchten. Wir stellen in diesem Zusammenhang folgende Frage: Wie ist der unter 9.5 beschriebene Aspekt der Notwendigkeit der Wahrung der Verhältnismässigkeit unter Bezugnahme auf DTF 141 IV 77 Ez.5.2. juristisch einzuschätzen. Darf die genannte Beschreibung eines verwaltungsrechtlichen Aktes der Verhältnismässigkeit mit einem strafprozessualen Vorgehen begründet werden?

6 Zum Entscheid 2C_658/2018

6.1 Ausgangslage und bundesgerichtliche Entscheidung

Das Tessiner Gesetz über die Gesundheitsförderung und die Koordination des Gesundheitswesens vom 18. April 1989 (Gesundheitsgesetz [LSan/TI]; RL 801.100) legt die allgemeinen Grundsätze für das Gesundheitswesen fest und regelt die gesundheitspolizeilichen Bestimmungen unter Vorbehalt der Spezialgesetze, des Bundesrechts sowie der interkantonalen und internationalen Konventionen im Gesundheitsbereich mit normativer Wirkung (Art. 1 LSan/TI). Das Gesundheitsgesetz regelt insbesondere das Berufsgeheimnis der Angehörigen der Gesundheitsberufe und deren Meldepflicht. Sie enthält auch strafrechtliche Bestimmungen.

Auf Beschwerde hin stellte das Bundesgericht im Ergebnis das Folgende fest:

Il ricorso è parzialmente accolto. Sono annullati l'art. 68 cpv. 3 LSan/TI e, parzialmente, l'art. 68 cpv. 2 San/TI, limitatamente ai termini «di malattia, lesione o (...) perseguibile d'ufficio». Per il resto, il ricorso è respinto.

6.2 Ausgangspunkt: Rechtlicher Schutz und Bedeutung des Arztgeheimnisses

In der Literatur werden die Schweige- und Geheimhaltungspflichten von Arzt und Ärztin wie folgt umschrieben:

65

«Die Beratung und Behandlung von Patienten bedingt, dass der Arzt Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphäre betreffenden Informationen erhält. Diese beziehen sich auf den Patienten selber, nicht selten auch auf Angehörige oder Dritte. Die Betroffenen werden solche Informationen nur erteilen wollen, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet ist. Die Geheimhaltungspflichten des Arztes sind daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung (Aebi-Müller et al., § 9 Rz 55). Die Geheimhaltungspflicht schützt die Persönlichkeit des Patienten. Er allein hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er seine Angelegenheiten Dritten offenbaren will (Aebi-Müller et al., § 9 Rz 61).

66

Vertraulichkeitspflichten von Ärzten ergeben sich aus unterschiedlichen Rechtsgrundlagen. Neben den vertraglich begründeten Vertraulichkeitspflichten (Art. 398 OR) sind namentlich das strafrechtlich geschützte Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB), die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zur Bearbeitung und Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten (Art. 3 ff., Art. 35 DSGVO) sowie die Berufspflichten von Medizinalpersonen (Art. 40 MedBG) zu beachten. All diese Vorgaben zur Vertraulichkeit von Patientendaten kommen kumulativ zur Anwendung. Der Arzt hat das jeweils höchste Schutzniveau zu beachten. Die konkreten Rechtsfolgen einer Verletzung von

Vertraulichkeitspflichten bestimmen sich nach jeder missachteten Teilrechtsordnung. Soweit die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, ist daher eine Kumulation von straf-, zivil-, verwaltungs- und standesrechtlichen Sanktionen möglich (zum Ganzen Aebi-Müller et al., § 9 Rz 56).

67

Die Geheimhaltungspflicht, welche sich aus dem Behandlungsauftrag (Art. 398 OR,) ergibt, beinhaltet alle Informationen die der Arzt über den Patienten, Angehörige und Dritte, im Rahmen der Behandlung erfahrene Sachverhalte, alle Ergebnisse der Untersuchungen des Arztes inklusive deren Grundlage wie bspw. Laborberichte, technischen Analysen oder Röntgenbilder (BGE 75 IV 71). Massgebend ist allein das Geheimhaltungsinteresse des Patienten. Die vertragliche Geheimhaltungspflicht des Arztes verbietet jede Weitergabe des Geheimnisses an Dritte (Aebi-Müller et al., § 9 Rz 59; Gächter/Rütsche, Rz 369). Die Geheimhaltungspflicht bleibt auch nach Abschluss der Behandlung bestehen im Sinne einer «nachwirkenden Treuepflicht» (Aebi-Müller et al., § 9 Rz 63; Gächter/Rütsche, Rz 369). Die vertragliche Geheimhaltungspflicht geht weiter als die strafrechtliche Geheimhaltungspflicht, die nur die geheimhaltungswürdigen Tatsachen erfasst (Gächter/Rütsche, Rz 369).

68

Patientendaten sind auch durch mehrere Strafbestimmungen geschützt: Art. 321 StGB regelt die Verletzung des Berufsgeheimnisses, Art. 321^{bis} StGB bezieht sich auf den Sonderfall der medizinischen Forschung, während Art. 320 StGB das Amtsgeheimnis erfasst. Subsidiär ist die berufliche Schweigepflicht auch in der nebenstrafrechtlichen Bestimmung in Art. 35 DSG verankert (Gächter/Rütsche, Rz 377). Unter die Bestimmung zum Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB fallen Ärzte, die als Beamte i.S.v. Art. 110 Abs. 3 StGB tätig sind und öffentliche Aufgaben erfüllen (BGE 135 IV 198 E. 3), bspw. Kantonsärzte, Gefängnisärzte, nebenamtliche Bezirksärzte, Ärzte, die im Auftrag von Gerichten oder Behörden medizinische Gutachten erstellen sowie Ärzte an öffentlichen und privaten Spitälern, die im Bereich der OKP öffentliche Leistungsaufträge erfüllen. Medizinalpersonen können somit alternativ Art. 320 StGB oder 321 StGB unterstehen, je nachdem, ob das Geheimnis ihre öffentliche oder private Aufgabe betrifft (Gächter/Rütsche, Rz 378; Aebi-Müller et al., § 9 Rz 70).

69

Als Geheimnis i.S.v. Art. 321 StGB gilt alles, was der Patient dem Arzt zwecks Ausführung des Auftrages anvertraut oder was der Arzt in Ausübung seines Berufes wahrnimmt. Was hingegen dem Arzt privat mitgeteilt wird, fällt nicht unter das Berufsgeheimnis. Der Inhalt der geheim zu haltenden Tatsachen ist nicht streng auf medizinische Informationen beschränkt, sondern beinhaltet auch berufliche, partnerschaftliche oder andere persönliche Schwierigkeiten (BGE 101 Ia, 10 E. 5c). Der Informationsaustausch innerhalb eines an der Behandlung eines Patienten beteiligten Arbeitsteams stellt keine Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses dar (Gächter/Rütsche, Rz 381). Die Strafbarkeit entfällt, wenn der Patient seine Einwilligung zur Weitergabe der Informationen gibt. Ebenso entfällt eine Verletzung der Schweigepflicht im Rahmen der gesetzlichen Auskunftspflichten, Meldepflichten oder Anzeigepflichten (Art. 321 Abs. 3 StGB). Gemäss Art. 57 Abs. 6 KVG ist der

Leistungserbringer verpflichtet, dem Vertrauensarzt Auskunft zu erteilen, womit der Leistungserbringer von der Schweigepflicht entbunden ist (vgl. Art. 42 N 33).

70

Die Geheimhaltungspflicht nach Art. 321 StGB erfasst alle staatlich zugelassenen sowie in Ausbildung begriffenen Ärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren, Apotheker, Hebammen, Psychologen sowie ihre Hilfspersonen, bspw. medizinische Praxisassistentinnen, Pflege- und Laborpersonal sowie im Einzelfall unter ärztlicher Kontrolle tätige Therapeuten (Gächter/Rütsche, Rz 381; Aebi-Müller et al., § 9 Rz 73 f.).

71

Bezüglich der nebenstrafrechtlichen Bestimmung in Art. 35 DSG wird auf die Kommentierung in BSK DSG-Niggli/Maeder, Art. 35 verwiesen.»¹

Ergänzend ist festzuhalten, dass – über die vorgenannten Bestimmungen hinaus – auch Art. 33 ATSG Schweigepflichten festlegt, von denen Arzt und Ärztin erfasst werden. Die Literatur hält dazu das Folgende fest:

*»Art. 33 ATSG umschreibt den Kreis der von der Schweigepflicht erfassten Personen ausserordentlich weit. Während in der zunächst beratenen Fassung der Bestimmung diejenigen Personen angesprochen werden, welche die Sozialversicherung durchführen oder den Vollzug kontrollieren (vgl. BBl 1991 II 197, 1999 4591), wurde in der Folge der Anwendungsbereich auf Personen ausgedehnt, welche die Durchführung beaufsichtigen. Damit trug der Gesetzgeber der neuesten Gesetzesentwicklung im Sozialversicherungsrecht Rechnung (vgl. dazu als Beispiel altArt. 83 KVG; dazu BBl 2000 264 sowie *EUGSTER/LUGINBÜHL, 113).*

Damit werden diejenigen Personen erfasst, welche (1) die Sozialversicherung durchführen, (2) die Durchführung kontrollieren oder (3) die Durchführung beaufsichtigen. Die Kontrolle der Durchführung bezieht sich dabei auf die – allenfalls gestützt auf eine interne Anordnung vorgenommene – einzelfallweise Überprüfung, während mit dem Begriff der Beaufsichtigung die in Art. 76 ATSG geregelte allgemeine Aufsicht gemeint ist.

Es reicht aus, wenn die betreffende Person an der Durchführung einer der in Art. 33 ATSG erwähnten Funktion «beteiligt» ist. Damit soll klargestellt werden, dass die verpflichteten Personen sowohl Mitarbeitende des betreffenden Versicherungsträgers als auch externe Personen sein können, die beigezogen wurden oder denen die Durchführung übertragen wurde (vgl. BBl 2000 264). Von der Schweigepflicht von Art. 33 ATSG erfasst sind mithin auch etwa Medizinalpersonen,

¹ BSK KVG-Hummel, Art. 57 N 65-71.

*Abklärungsstellen, Heilanstalten oder Eingliederungsstätten (vgl. *MAESCHI, Kommentar, N 6 zu Art. 95 MVG).»²*

Ausgehend von diesen rechtlichen Grundlagen ist nachfolgend eine Einordnung des interessierenden Urteils des Bundesgerichts vorzunehmen. Dabei ist jeweils auf alle vorgenannten rechtlichen Grundlagen abzustellen.

6.3 Einordnung der interessierenden kantonalen Bestimmung

6.3.1 Allgemeines

Die interessierende kantonale Bestimmung gehört in den Bereich des kantonalen Gesundheitsrechts. Das Bundesgericht hält eingangs zutreffend fest, dass im Bereich des Gesundheitsrechts den Kantonen verschiedenen Kompetenzen verbleiben.³

Weil es sich um eine Bestimmung des kantonalen Rechts handelt, ist deren Übereinstimmung mit dem übergeordneten Bundesrecht von zentraler Bedeutung. Dabei geht es um die vorgenannten Bestimmungen, welche allesamt zum Bundesrecht gehören.⁴

6.3.2 Nicht berücksichtigte Bestimmung von Art. 6 ZGB

Einschränkend ist zu beachten, dass nach Art. 6 Abs. 1 ZGB die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt werden. Insoweit wird mithin die bundesrechtlich geregelte Vertragsfreiheit nicht zentral sein; durch eine kantonale öffentlich-rechtliche Befugnis kann also auf das Ausmass der Vertragsfreiheit eingewirkt werden. So sind die Kantone beispielsweise im Rahmen ihrer Kompetenzen befugt, Einschränkungen der Vertragsfreiheit festzulegen. Freilich sind verschiedene Grenzen zu beachten. So muss beispielsweise ein öffentliches Interesse an der betreffenden kantonalen Regelung aufgezeigt sein. Dies gilt gerade mit Blick auf die Vertragsfreiheit gemäss Art. 19 OR. Diesbezüglich besteht eine reiche Kasuistik,⁵ welche zeigt, dass die Haltung des Bundesgerichts ist diesbezüglich recht uneinheitlich ist.⁶

Wird die Begründung des Bundesgerichtsentscheids analysiert, fällt auf, dass auf die Regelung von Art. 6 ZGB nirgends Bezug genommen wird. Es mag sein, dass das Bundesgericht die Problematik des Verhältnisses zwischen der kantonalen öffentlich-rechtlichen Bestimmung und dem Bundeszivilrecht, insbesondere dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, nicht erkannt bzw. mangels Rüge nicht berücksichtigt hat. Indessen kommt gerade dem Grundsatz der bundeszivilrechtlich festgelegten Vertragsfreiheit bezogen auf

² KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 33 N 16-18.

³ Vgl. E. 3.3.3.

⁴ Dazu Ziff. 6.2.

⁵ Zusammenfassung der Rechtsprechung: BSK ZGB-Lardelli Flavio/Vetter Meinrad, Art. 6 N. 29.

⁶ BGE 85 I 17 E. 9.

kantonale öffentlich-rechtliche Regelungen, welche diese Vertragsfreiheit einschränken, besondere Bedeutung zu.

6.3.3 Nicht berücksichtigte Bestimmung von Art. 33 ATSG

Hinzuweisen ist zudem darauf, dass das Bundesgericht in keiner Weise auf Art. 33 ATSG und die hier verankerte Schweigepflicht hinweist und sich deshalb auch nicht damit auseinandersetzt. Es wird davon auszugehen sein, dass in weiten Bereichen die ärztliche Tätigkeit zulasten eines Sozialversicherungsträgers (Krankenversicherer, Unfallversicherer) erfolgt; in allen diesen Fällen muss die Regelung von Art. 33 ATSG zwingend einbezogen werden.

6.4 Einschränkung des Arztgeheimnisses im Zusammenhang mit Straftaten

Das Bundesgericht geht in seinem Urteil vertieft auf die Meldepflicht im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen ein. Dabei hält das Bundesgericht fest, dass die Meldepflicht sich auf klar abgegrenzte Situationen beschränken muss, in denen ein übergeordnetes Interesse besteht, dass die Strafverfolgungsbehörde von der strafbaren Handlung erfährt. Soweit eine kantonale Regelung über diesen engen Bereich hinaus Meldepflichten statuiert, verstösst diese Norm gegen das übergeordnete Bundesrecht.⁷ Allenfalls im kantonalen Recht verankerte Meldepflichten müssen sich auf aussergewöhnliche Todesfälle beschränken; solche sind anzunehmen, wenn bei einem Todesfall Anzeichen für einen unnatürlichen Tod bestehen.⁸

Insoweit schafft das bundesgerichtliche Urteil eine erwünschte Klärung und Eingrenzung.

6.5 Einschränkung des Arztgeheimnisses im Zusammenhang mit Straftaten von Angehörigen von Gesundheitsberufen

Nach Art. 68 Abs. 3 des kantonalen Gesundheitsgesetzes müssen Angehörige der Gesundheitsberufe jeden Fall einer strafbaren Handlung melden, den eine Fachperson des Gesundheitswesens im Zusammenhang mit ihrer Funktion oder ihrem Beruf begangen hat. Das Bundesgericht hält dazu fest, die Bestimmung sei nicht näher spezifiziert und trage der Vielfalt der zu beurteilenden Situationen nicht Rechnung. Damit sei das strafrechtlich relevante Bestimmtheitsgebot verletzt. Entsprechend erweist sich nach bundesgerichtlicher Auffassung die Bestimmung als bundesrechtswidrig und wird deshalb aufgehoben.⁹

Aus diesen Überlegungen des Bundesgerichts lässt sich direkt ableiten, dass eine kantonale öffentlich-rechtliche Bestimmung genügend konkret sein muss und auf näher spezifizierte Weise regeln muss, worauf sich Meldepflichten beziehen. Dabei muss berücksichtigt werden,

⁷ Vgl. dazu insbesondere E. 5.2.

⁸ Dazu Art. 253 Abs. 1 StPO.

⁹ Dazu E. 6.3.2.

dass es sich um eine strafrechtliche Bestimmung handelt, bei welcher besonders hohe Anforderungen an die Spezifizierung des umschriebenen Sachverhalts bestehen.

6.6 Einschränkung des Arztgeheimnisses im Zusammenhang mit dem öffentlichen Gesundheitsschutz

In E. 9 des Urteils setzt sich das Bundesgericht mit der Frage auseinander, ob und inwieweit im Rahmen einer Aufsicht Einblick in Unterlagen eines Behandlungsverhältnisses genommen werden kann. Das Bundesgericht hält fest, dass sich solche Aufsichtsverfahren an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit halten müssen und dass zudem die beaufsichtigenden Personen ihrerseits an eine strikte Schweigepflicht gebunden sind (E. 9.4, 9.5).

Es stellt einen allgemeinen Grundsatz dar, dass im Rahmen von Aufsichtsverfahren in Akten Einsicht genommen werden kann, auch wenn im Übrigen die betreffenden Informationen von einem Berufsgeheimnis bzw. von einer Schweigepflicht erfasst werden. Insoweit sind keine grundsätzlichen Einwände erkennbar, welche gegen eine solche Einsicht erhoben werden könnten. Dabei ist zu beachten, dass es sich ausschliesslich um aufsichtsrechtliche Verfahren handelt und dass zudem – worauf das Bundesgericht besonders hinweist (E. 9.5) – das Prinzip der Verhältnismässigkeit gewahrt werden muss.

Freilich muss bei der Einordnung der in Frage stehenden Aufsichtsmaßnahmen differenziert werden. Die reaktive Aufsicht, d.h. die auf konkrete Beschwerde hin erfolgende Aufsicht, und die durch einen bestehenden Bericht ausgelöste Aufsicht einerseits müssen von der ordentlichen proaktiven Aufsicht andererseits abgegrenzt werden. Im Rahmen der proaktiven Aufsicht überprüft im Kanton Tessin der Kantonsarzt alle vier bis fünf Jahre die Qualität der Versorgung. Ob aus diesem Grund eine Aufhebung bzw. Einschränkung von Berufsgeheimnissen und Schweigepflichten zulässig ist, wird im Folgenden vertiefter zu prüfen sein.

6.7 Einschränkung des Arztgeheimnisses im Zusammenhang mit gesundheitsrechtlichen Qualitätsanforderungen

Das Bundesgericht lässt in E. 9.5 zu, dass im Rahmen einer ordentlichen proaktiven Aufsicht auch Krankenakten der Patientinnen und Patienten einbezogen werden können, welche regelmässig Informationen aus der Privatsphäre der betreffenden Personen beinhalten.

Wenn das Bundesgericht bei solchen Ausgangslagen zulässt, dass Schweigepflichten und Berufsgeheimnisse ausser Acht gelassen werden, wird eine nicht überzeugende Wertung der auf dem Spiel stehenden Interessen vorgenommen. Zwar hält das Bundesgericht fest, dass die beaufsichtigenden Personen im Rahmen einer solchen periodischen und proaktiven Aufsicht die sensiblen Patientendaten schützen müssen (E. 9.5 am Ende). Indessen bedeutet dies im Wesentlichen, dass die Sphäre des Patienten dadurch geschützt wird, dass die beaufsichtigenden Personen ihrerseits an die Geheimhaltung und Vertraulichkeit gebunden

sind (dazu E. 9.4 am Ende). Eine routinemässige und in Abständen von wenigen Jahren pauschal durchgeführte proaktive Aufsicht kann indessen nicht so ausgestaltet sein, dass ohne konkrete Anhaltspunkte auch in entsprechende Patientenunterlagen Einsicht genommen werden kann. Um dies zu tun, muss im konkreten Fall ein konkreter Hinweis darauf bestehen, dass eine Berufspflicht in schwerer wiegendem Masse verletzt ist. Dies ist indessen bei den hier interessierenden periodischen und proaktiven Kontrollen gerade nicht verlangt.

Insoweit ist dem Bundesgericht also entgegen zu halten, dass die vielfältigen bundesrechtlichen Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und zur Schweigepflicht unzureichend berücksichtigt wurden. Es ist offensichtlich, dass dem Bundesgesetzgeber zentral daran lag, die Interessenabwägung zugunsten der Schweigepflicht bzw. zugunsten des Berufsgeheimnisses vorzunehmen.

Zu keinem anderen Ergebnis kann führen, dass in den Materialien zur hier interessierenden proaktiven Aufsicht festgehalten wird, es gehe darum, die Qualität der Versorgung zu überprüfen. Diesbezüglich lässt das Bundesgericht ausser Acht, dass auf Bundesebene zahlreiche und breit gestreute Bestimmungen zur Qualitätssicherung bestehen. Gerade im Bereich des Krankenversicherungsrechts hat der Bundesgesetzgeber eine Reihe von qualitätssichernden und -gewährleistenden Regelungen erlassen. Es ist diesbezüglich auf Art. 58 bis Art. 58h KVG hinzuweisen. Zudem legt Art. 59 KVG Sanktionen fest, welche im Rahmen der Anforderungen bezüglich Qualitätsentwicklungen festgelegt werden können. Es ist wenig schlüssig, bei dieser Ausgangslage der kantonalen Aufsichtsbehörde hinzutretende Qualitätsüberprüfungen zuzuordnen und zudem zuzulassen, dass im Rahmen einer allgemeinen Qualitätsüberprüfung bereits proaktiv Einsicht in Patientendaten genommen werden darf.

Damit ist in dieser Frage das bundesgerichtliche Urteil nicht überzeugend.

7 Ergebnisse und Zusammenfassung/Beantwortung der gestellten Fragen

7.1 Nicht berücksichtigte Bestimmungen des Bundesrechts

Das Bundesgericht zählt zwar eine Reihe von bundesrechtlichen Bestimmungen auf, welche das Berufsgeheimnis schützen sowie Schweigepflichten festlegen. Indessen lässt das Bundesgericht ausser Acht, dass eine Schweigepflicht im Behandlungsvertrag auch vertraglich vereinbart werden kann und dass diesbezüglich die Vertragsfreiheit gilt. Zwar haben nach Art. 6 ZGB Bestimmungen des Bundeszivilrechts gegenüber allfälligen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des kantonalen öffentlichen Rechts zu weichen, doch gilt dies nicht absolut. Die bundesrechtlich festgelegte Vertragsfreiheit hat ein hohes Gewicht, und es muss ein klares öffentliches Interesse bestehen, um durch eine öffentlich-rechtliche Norm des

kantonales Recht die Vertragsfreiheit einzuschränken. Es ist bedauerlich, dass das Bundesgericht sich diesbezüglich mit Art. 6 ZGB nicht auseinandergesetzt hat.

Ausser Acht gelassen hat das Bundesgericht zudem die zentrale Bestimmung von Art. 33 ATSG. Hier werden Ärztinnen und Ärzte zu einer nicht eingeschränkten Schweigepflicht verpflichtet. Weil das ärztliche Handeln weitestgehend im Rahmen des Sozialversicherungsrechts vergütet wird, bestimmt dieses absolute Schweigegebot das ärztliche Handeln praktisch vollständig.

Es ist wenig schlüssig, dass das Bundesgericht diese beiden Bestimmungen ausser Acht gelassen hat.

7.2 Zutreffende Festlegungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht nimmt bezogen auf verschiedene Fragen zutreffende Würdigungen vor. Insbesondere anerkennt das Bundesgericht den hohen Stellenwert des Patientenschutzes und stellt auf den notwendigen Schutz der hochsensiblen Patientendaten ab. Daraus leitet das Bundesgericht zutreffend ab, dass eine Einschränkung des Berufsgeheimnisses bzw. der Schweigepflicht voraussetzt, dass in einem konkreten Anwendungsfall konkret aufgezeigt wird, weshalb eine entsprechende Einschränkung notwendig und erforderlich ist. Das Bundesgericht weist auch zutreffend darauf hin, dass regelmässig das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden muss.

7.3 Nicht zutreffende Festlegungen des Bundesgerichts

Dem Bundesgericht kann nicht gefolgt werden, wenn es zulässt, dass im Rahmen einer proaktiven Aufsicht mit Blick auf die Sicherung der Qualität Einsicht in Patientenunterlagen genommen werden kann. Hier übergeht das Bundesgericht den bundesrechtlich gewährleisteten hohen Schutz der entsprechenden Daten und Unterlagen. Das Bundesgericht lässt auch vollständig ausser Acht, dass im Krankenversicherungsgesetz auf Bundesebene weit reichende und breit gefächerte Qualitätsanforderungen festgelegt sind; es sind zudem auf Bundesebene Sanktionen möglich. Insoweit verliert die vom Bundesgericht berücksichtigte proaktive periodische Kontrolle mit Blick auf die Wahrung der Qualität ihre Bedeutung weitestgehend. Es ist insoweit wenig schlüssig, gestützt auf das kantonale Recht bei einer pauschalen, periodischen, proaktiven Aufsicht Einsicht in Patientendaten zuzulassen, um die Qualität zu sichern. Die entsprechenden Qualitätsanforderungen sind umfassend auf Bundesebene geregelt, weshalb diesbezüglich dem kantonalen Recht keine hohe Bedeutung mehr zukommt.

7.4 Beantwortung der gestellten Fragen

7.4.1 Ist das Urteil 2C_658/2018 mit der BV Art. 13 und EMRK Art. 8 vereinbar?

Art. 13 BV bezieht sich auf den Schutz der Privatsphäre. Art. 8 EMRK regelt das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Beide Bestimmungen bringen zum Ausdruck, dass in der Schweiz das Privat- und Familienleben besonders geschützt ist und dass die betreffende Person Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens hat. Diese vorgegebene Wertung ist auch bei der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von kantonalen Bestimmungen wegleitend. Es müssen stark überwiegende Interessen bestehen, damit das Privat- und Familienleben eingeschränkt wird.

Die im kantonalen Gesetz vorgesehene proaktive periodische Kontrolle darf nicht beinhalten, dass ohne bereits bestehende konkrete Anhaltspunkte eines verpönten Verhaltens einzig mit Blick auf die Qualitätssicherung Eingriffe in das Privat- und Familienleben vorgenommen werden. Die Würdigung des Bundesgerichts überzeugt nicht.

7.4.2 Ist die Begründungsgrundlage mit Art. 321 StGB vereinbar?

Art. 321 StGB hält fest, dass das ärztliche Berufsgeheimnis nicht absolut gilt. Indessen ist bei allfälligen Ausnahmen im Rahmen der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit der betreffenden Norm bzw. im Rahmen der Anwendung entsprechender Normen zu berücksichtigen, wie im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips vorzugehen ist und wie die Interessenabwägung ausfallen muss. Es kommt hinzu, dass auf Bundesebene neben Art. 321 StGB weitere Bestimmungen vorliegen, welche dazu bestimmt sind, den Schutz der Patientendaten zu gewährleisten. Ferner fällt ins Gewicht, dass im Rahmen der Vertragsfreiheit im Behandlungsvertrag ein Schutz der entsprechenden Daten vereinbart werden kann. Insoweit darf das in Art. 321 StGB erfasste Berufsgeheimnis nur unter besonderen Voraussetzungen eingeschränkt werden.

7.4.3 Ist es möglich oder wie wäre es allenfalls möglich, dass bei der bisherigen Begrenzung der Schweigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde geblieben wird, wie sie bis dato festgeschrieben war?

Ob eine konkrete kantonale Norm die Schutzbestimmungen des Bundesrechts berücksichtigt oder nicht, kann erst durch Überprüfung der betreffenden Norm festgestellt werden. Jedenfalls zeigt das hier interessierende Urteil, dass die Kantone die entsprechenden Grenzen zu berücksichtigen haben.

Das Bundesgericht hat bestimmte Regelungen des Kantons Tessin als nicht verfassungsmässig betrachtet und die entsprechenden Bestimmungen aufgehoben.

Es kommt bezogen auf die proaktive Aufsicht hinzu, dass mit Blick auf Art. 33 ATSG, auf die krankenversicherungsrechtlichen Qualitätsbestimmungen sowie auf Art. 6 ZGB überzeugender ist, ebenfalls eine fehlende Verfassungsmässigkeit anzunehmen.

Es sind also bezogen auf die Einschränkungen des Berufsgeheimnisses bzw. der Schweigepflicht die Grenzen sorgfältig zu bestimmen und zu berücksichtigen. Insoweit müssen neu geschaffene kantonale Bestimmungen, welche das Berufsgeheimnis oder die Schweigepflicht einschränken, sorgfältig gewürdigt werden; die durch das Bundesrecht gesteckten Grenzen müssen beachtet werden.

Zürich, 28. Januar 2022



Prof. Dr.iur. Ueli Kieser

Literatur

BSK KVG KVAG, Basel 2020

KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2020

PAPINI CIRO, Das Bundesgericht präzisiert die Rechtsprechung zum Arztgeheimnis, Schweizerische Ärztezeitung 2022;103(03):49-51