



VPB 3/2010 vom 1. Dezember 2010

2010.9 (S. 87-90)

Archivierung von Patientendokumentationen

EJPD, Bundesamt für Justiz

Gutachten vom 30. Juni 2010

Stichwörter: Berufsgeheimnis, Arztgeheimnis, Archivierung von Patientendaten.

Mots clés: Secret professionnel, secret médical, archivage de données de patients.

Termini chiave: Segreto professionale, segreto medico, archiviazione dei dati dei pazienti.

Regeste:

Die Übergabe von Patientendaten an das Staatsarchiv verletzt das Arztgeheimnis (Art. 321 StGB). Die Archivierung liesse sich allenfalls durch ein Gesetz rechtfertigen, das sich spezifisch an Ärztinnen und Ärzte und ihre Hilfspersonen richtet. Da ein solches Gesetz das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) einschränken würde, wäre aber sorgfältig zu prüfen, inwieweit die Archivierung von Patientendokumentationen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig wäre (Art. 36 BV).

Regeste:

Remettre les données de patients à l'archive cantonal viole le secret médical (art. 321 CP). L'archivage pourrait être justifié par une loi qui s'adresse spécifiquement aux médecins et leurs auxiliaires (art. 321 CP). Toutefois, comme une telle loi restreindrait le droit fondamental à l'autodétermination en matière d'informations (art. 13 al. 2 Cst.), il conviendrait d'examiner soigneusement dans quelle mesure un tel archivage serait justifié par un intérêt public et proportionné (art. 36 Cst.).

Regesto:

La consegna di dati di pazienti all'archivio cantonale viola il segreto medico (art. 321 CP). L'archiviazione potrebbe essere giustificata da una legge specifica applicabile ai medici e ai loro ausiliari. Poiché una simile legge limiterebbe il diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa (art. 13 cpv. 2 Cost.), occorrerebbe esaminare accuratamente fino a che punto l'archiviazione della documentazione sui pazienti sarebbe proporzionata e giustificata da un interesse pubblico (art. 36 Cost.).

Rechtliche Grundlagen: StGB 321; BV 13 II, 36

Base juridique: CP 321; Cst. 13, 36

Basi legali: CP 321 ; Cost. 13, 36

Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 30. Juni 2010 zur Frage der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, ob die Archivierung von Patientendokumentationen der kantonalen und staatsbeitragsberechtigten Spitäler des Kantons Zürich im dortigen Staatsarchiv rechtskonform sei und ob sich auf Bundesebene ähnliche Probleme stellten.

Tragweite des Arztgeheimnisses nach Art. 321 StGB

Das *Arztgeheimnis* ist eines der in Artikel 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB) geschützten Berufsgeheimnisse. *Täter* im Sinne dieser Bestimmung kann nur sein, wer einen dort aufgeführten Beruf ausübt (Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 321 Ziff. 3). Zu prüfen ist somit erstens, ob die Tätereigenschaft bei der Übergabe von Patientendokumentationen im Hinblick auf deren Archivierung gegeben ist. Falls dies der Fall ist, ist weiter zu prüfen, ob die Übergabe den *Tatbestand* der Arztgeheimnisverletzung in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt. Abschliessend wird zu prüfen sein, ob für eine allfällige Rechtswidrigkeit *Rechtfertigungsgründe* vorliegen.

Als mögliche *Täter* nach Artikel 321 StGB werden namentlich *Ärzte sowie ihre Hilfspersonen*, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Als Hilfsperson gilt, wer den Geheimnisträger bei seiner Berufstätigkeit unterstützt und dabei Kenntnis des fremden Geheimnisses erhält (Basler Kommentar, Art. 321 Ziff. 6). Dazu gehören etwa das Krankenpflegepersonal oder der Verwalter oder die Verwalterin bis zu den untergeordneten Hilfskräften, die beispielsweise in der Reinigung, bei der Ambulanz oder beim Telefondienst beschäftigt sind (Stefan Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 321 Ziff. 13.; vgl. a. Julian Mausbach, Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners im schweizerischen Strafvollzug aus strafrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2010, S. 115 ff.). Die Tätereigenschaft gemäss Artikel 321 StGB ist somit für den Arzt wie für das Spitalpersonal gegeben.

Die Erfüllung des *Tatbestandes* erfordert *in objektiver Hinsicht* als *Tatobjekt* ein fremdes Geheimnis, d.h. eine Tatsache, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt ist und an deren Geheimhaltung für den Geheimnisherrn ein berechtigtes Interesse besteht, das er gewahrt wissen will, und die dem Geheimnisträger infolge seines Berufes anvertraut oder von ihm in dessen Ausübung wahrgenommen worden ist (Basler Kommentar, Art. 321 Ziff. 10 ff.). Die Patientendokumentationen stellen ein solches fremdes Geheimnis dar. Die *Tathandlung* besteht darin, das fremde Geheimnis einer nicht ermächtigten Drittperson zu offenbaren, d.h. ihr das Geheimnis zur Kenntnis zu bringen oder ihr die Kenntnisnahme zu ermöglichen. Bei einer für die Behandlung des Patienten erforderlichen Zusammenarbeit des Arztes mit anderen Personen (z.B. einer Fachärztin) wird von einer impliziten Ermächtigung ausgegangen, das Geheimnis zu offenbaren. Im Übrigen ist der Arzt aber – auch gegenüber Verwaltungsangehörigen des Spitals – zur Verschwiegenheit verpflichtet, und zwar ungeachtet von Subordinationsverhältnissen (Basler Kommentar, Art. 321 Ziff. 16; Praxiskommentar, Art. 321 Ziff. 32). Die Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses dauert bis zum Tod des Geheimnisträgers, d.h. des Arztes bzw. seiner Hilfsperson (vgl. BGE 123 IV 76 f., E. 2a; 119 II 222 ff.). Es besteht über den Tod des Patienten hinaus (BGE 87 IV 107; Heinrich Honsell [Hrsg.], Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 258). Die Archivierung des Dossiers im Staatsarchiv ist für die Behandlung des Patienten nicht erforderlich. Der Tatbestand der Offenbarung eines fremden Geheimnisses ist damit in objektiver Hinsicht erfüllt. *In subjektiver Hinsicht* ist Vorsatz erforderlich; Eventualvorsatz genügt. Die Übergabe von Patientendokumentationen an das Staatsarchiv erfolgt vorsätzlich. Somit erfüllt die Übergabe von Patientendokumentationen an das Staatsarchiv den Tatbestand der Arzt- bzw. Berufsgeheimnisverletzung. Strafbar machen sich der beteiligte Arzt und dessen Hilfspersonen.

Rechtfertigungsgründe

Zu klären bleibt nun, ob die Rechtswidrigkeit der Übergabe von Patientendokumentationen durch *Rechtfertigungsgründe* aufgewogen wird: Als Rechtfertigungsgründe kommen neben einer Einwilligung oder Entbindung nach Artikel 321 Ziffer 2 StGB oder einer Strafuntersuchung gegen den Geheimnisträger (Basler Kommentar, Art. 321 Ziff. 22) Meldepflichten nach Artikel 321 Ziffer 3 StGB in Betracht. Diese Bestimmung ermächtigt den Bund und die Kantone, die Zeugnispflicht und die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde zu regeln. Der Begriff «Auskunftspflicht» ist weit zu verstehen. Er erfasst auch Meldungen, die ohne entsprechende Anfrage erfolgen müssen oder können (Honsell, S. 352). Die Kantone sind grundsätzlich frei, wie sie von ihrer Kompetenz nach Artikel 321 Ziffer 3 Gebrauch machen wollen (BGE 102 Ia 520 f., E. 3a). Soweit das Gesetz den Berufsgeheimnisträger zur Meldung des Berufsgeheimnisses verpflichtet oder berechtigt, ist er vom Berufsgeheimnis entbunden und zur Offenbarung befugt. Es muss sich dabei indes auf *besondere, auf den Geheimnisträger zugeschnittene Gesetzesbestimmungen* handeln. Pflichten, die jedermann treffen, können Artikel 321 StGB nicht derogieren (Praxiskommentar, Art. 321 Ziff. 38; vgl. auch unser Gutachten betreffend die Errichtung eines Krebsregisters, VPB 48 (1984) 31, S. 190 f.).

Auf Bundesebene sehen z.B. Artikel 27 des Epidemiegesetzes, Artikel 15 des Betäubungsmittelgesetzes oder Artikel 14 des Strassenverkehrsgesetzes entsprechende Meldepflichten resp. -rechte vor. Diese Bestimmungen verpflichten oder ermächtigen explizit Ärzte, den zuständigen Behörden Fälle von übertragbaren Krankheiten, Betäubungsmittelmissbrauch oder Fahruntüchtigkeit zu melden. Für Beispiele kantonaler Regelungen sei auf Honsell (S. 203) und Mausbach (S. 183 ff.) verwiesen.

Im Kanton Zürich regelt das *Archivgesetz* die Übergabe von Akten «öffentlicher Organe» an die Archive (§ 1 Archivgesetz). Öffentliche Organe sind nach § 2 Archivgesetz «Behörden und Amtsstellen des Kantons und der Gemeinden, andere öffentliche Einrichtungen sowie natürliche und juristische Personen des Zivilrechts, soweit sie mit öffentlichen Aufgaben betraut sind». Die öffentlichen Organe im Zuständigkeitsbereich des Staatsarchivs haben ihre Akten diesem zur Übernahme anzubieten, wenn sie die Akten nicht mehr benötigen, in der Regel aber spätestens 10 Jahre danach (§ 8 Abs. 1 Archivgesetz). Diese Bestimmungen richten sich allgemein an die öffentlichen Organe. Sie sind nicht explizit auf den Arzt und seine Hilfspersonen zugeschnitten. Die Gesetzesbestimmungen des Archivgesetzes vermögen somit Artikel 321 StGB nicht zu derogieren.

Der Umgang der öffentlichen Organe mit ihren Dokumenten ist ausserdem im *Gesetz über Information und Datenschutz (IDG)* geregelt. «Öffentliche Organe» sind gemäss § 3 IDG «der Kantonsrat, die Gemeindeparlamente sowie die Gemeindeversammlungen, Behörden und Verwaltungen des Kantons und der Gemeinden, sowie Organisationen und Personen des öffentlichen und privaten Rechts, soweit sie mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut sind». Nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist haben die öffentlichen Organe ihre Informationen dem zuständigen Archiv anzubieten (§ 5 Abs. 3 IDG). Auch das IDG enthält somit allgemeine, für alle öffentlichen Organe geltende Bestimmungen und keine arzt-spezifischen Vorschriften. Es kann deshalb Artikel 321 StGB ebenfalls nicht derogieren.

Die Psychiatrische Universitätsklinik Zürich (PUK) schliesslich hat mit dem Staatsarchiv eine besondere *Vereinbarung über die Aktenablieferung und Archivierung* abgeschlossen (nachfolgend «Vereinbarung»). Diese stützt sich auf das Archivgesetz und die zugehörige Verordnung, das Datenschutzgesetz, die Weisungen der Gesundheitsdirektion sowie die Verordnung über die kantonalen Krankenhäuser, die am 1. Januar 2010 abgelöst wurde durch die Verordnung über die kantonalen psychiatrischen Spitäler, sowie die – seit 2005 aufgehobene – Patientenrechtverordnung. Die Vereinbarung sieht in Ziffer 3 vor, dass die PUK dem Staatsarchiv die Krankengeschichten von Patientinnen und Patienten anbietet. Dies ist zwar eine spezifische Regelung, doch ist sie bloss konsensueller und nicht

gesetzlicher Natur. Sie vermag eine fehlende gesetzliche Grundlage nicht zu ersetzen und genügt nicht zur Rechtfertigung eines Verstosses gegen Artikel 321 StGB.

Nach Ziffer 6.2. der Vereinbarung hat das Personal des Staatsarchivs zwar das Arztgeheimnis zu beachten. Dies mag den Patientenakten in der Praxis den gleichen Schutz verschaffen, den sie in der Obhut des Arztes genossen. Es ändert indes nichts an der Strafbarkeit der Aktenablieferung des Arztes und seiner Hilfspersonen, da das Personal des Staatsarchivs nicht zu den Personen zählt, deren Einbezug durch den Arzt medizinisch geboten ist.

Der Arzt und seine Hilfspersonen machen sich somit nach Artikel 321 StGB strafbar, wenn sie dem Staatsarchiv Patientendokumentationen anbieten. *Das Arztgeheimnis steht der Übergabe von Patientendokumentationen an das Staatsarchiv entgegen.*

Angefügt sei, dass bei der medizinischen Forschung Artikel 321^{bis} Absatz 2 StGB einen zusätzlichen Rechtfertigungsgrund vorsieht (Basler Kommentar, Art. 321^{bis} Ziff. 7 ff.). Berufsgeheimnisse dürfen für die Forschung im Bereich der Medizin oder des Gesundheitswesens offenbart werden, wenn eine Sachverständigenkommission dies bewilligt und der Berechtigte nach Aufklärung über seine Rechte es nicht ausdrücklich untersagt hat (vgl. für weitere Hinweise Niklaus Ruckstuhl, Art. 321^{bis} StGB: Das Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung, Basel/Genf/München 1999).

Rechtslage im Bund

Zur *Rechtslage im Bund* können wir auf das Bundesgesetz über die Archivierung (BGA) verweisen, das die Archivierung von Unterlagen der Bundesversammlung, des Bundesrates, der Bundesverwaltung und weiterer Bundesorgane regelt. Es sieht vor, dass rechtlich, politisch, wirtschaftlich, historisch, sozial oder kulturell wertvolle Unterlagen des Bundes archiviert werden; die Archivierung leistet einen Beitrag zur Rechtssicherheit sowie zur kontinuierlichen Verwaltungsführung und schafft insbesondere die Voraussetzungen für die historische und sozialwissenschaftliche Forschung (Art. 2). Die Bundesstellen müssen alle Unterlagen, die sie nicht mehr ständig benötigen, dem Bundesarchiv zur Übernahme anbieten. Zusammen mit den Bundesstellen legt dieses fest, welche Unterlagen archivwürdig und ihm damit abzuliefern sind (Art. 6 u. 7). Das Archivgut ist nach 30 Jahren, im Falle von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen nach 50 Jahren öffentlich zugänglich (Art. 9 u. 11); bei einem überwiegenden schutzwürdigen Interesse kann der Bundesrat die Schutzfrist verlängern (Art. 12). Die Einzelheiten sind in der Archivierungsverordnung geregelt. Da es keine eidgenössischen Spitäler gibt, werden dem Bundesarchiv keine Patientendokumentationen angeboten. Auch beim Bundesamt für Gesundheit und dem Bundesamt für Statistik fallen keine Patientendaten an. Deshalb gibt es auf Bundesebene keine gesetzlichen Bestimmungen über die Archivierung von Patientendokumentationen. Es sind uns auch keine Fälle im Zusammenhang mit anderen vom Berufsgeheimnis geschützten Dokumenten bekannt.

Fazit

Zusammenfassend kommen wir zum Schluss, dass zur Rechtfertigung der Übermittlung von Patientendokumentationen ans Staatsarchiv keine genügende gesetzliche Grundlage besteht. Der Arzt und seine Hilfspersonen, die Patientendokumentationen dem Staatsarchiv übermitteln oder die Übermittlung ermöglichen, machen sich nach Artikel 321 StGB strafbar. Eine Archivierung von Patientendokumentationen liesse sich allenfalls durch ein Gesetz rechtfertigen, das sich spezifisch an die Ärzte und ihre Hilfspersonen richtet. Da ein solches Gesetz das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) einschränken würde, wäre aber sorgfältig zu prüfen, inwieweit die Archivierung von Patientendokumentationen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig wäre (Art. 36 BV).