

# Das Arztgeheimnis im Haftpflichtfall, eine Schweizerreise

Marisa Bützberger\*

Ob und wann sich ein Arzt, der mit einem Haftpflichtanspruch konfrontiert wird, vom Arztgeheimnis befreien lassen muss, wird in den Kantonen derzeit sehr unterschiedlich gehandhabt. Der Beitrag stellt dar, dass und inwiefern allgemeine Rechtsgrundsätze und übergeordnete Vorschriften die Geheimnisoffenbarung gegenüber der eigenen Anwältin und der Haftpflichtversicherung rechtfertigen können.

La question de savoir si et quand un médecin confronté à une action en responsabilité doit être libéré du secret médical est actuellement traitée de manière très différente dans les cantons. Cette contribution expose dans quelle mesure des principes généraux du droit et des dispositions impératives peuvent justifier la levée du secret à l'égard de son propre avocat et de sa compagnie d'assurance responsabilité.

## I. Erfahrungen, die unterschiedlicher nicht sein könnten

Unlängst in einem Schweizer Kanton: Ein Staatsanwalt orientiert einen Arzt über die Eröffnung eines Strafverfahrens und schreibt: *«Sie haben im Vorfeld der geplanten Einvernahme wie auch des angedachten Gutachtensauftrages die Möglichkeit, allenfalls selbst einen Verteidiger beizuziehen. Hierfür setze ich Ihnen eine Frist von 10 Tagen.»* Der Arzt wendet sich an seine – auf Wunsch der Patientin bereits involvierte – Haftpflichtversicherung, diese an eine Rechtsanwältin. Die Rechtsanwältin lässt sich – noch vor dem ersten Instruktionsgespräch – eine Vollmacht ausstellen und wird bei Staatsanwalt und Gegenanwalt vorstellig, mit der Bitte, ihr eine allenfalls vorliegende Befreiung vom Arztgeheimnis zukommen oder – falls noch notwendig – ausstellen zu lassen. Der Gegenanwalt antwortet mit einem Strafantrag wegen Arztgeheimnisverletzung bei Vollmachtserteilung. Er droht der Rechtsanwältin mit einem standesrechtlichen Verfahren und unterstellt ihr einen Interessenskonflikt, zeitgleich fordert er eine umgehende Befragung des Arztes durch den Staatsanwalt und gelangt mit dem Fall an die Presse. Der Staatsanwalt weigert sich, die Strafanzeige wegen Arztgeheimnisverletzung an die Hand zu nehmen. Das kantonale Obergericht hebt diese Verfügung auf und verpflichtet den Staatsanwalt, den Sachverhalt bei Mandatsübernahme zu ermitteln. Die erneute Einstellungsverfügung bleibt unangefochten.

Kurz davor in einem anderen Kanton: Ein Arzt will sich im Rahmen eines Haftpflichtverfahrens vom Arztgeheimnis entbinden lassen. Die zuständige Gesund-

heitsbehörde lässt ihn wissen: *«Wir teilen Ihnen mit, dass wenn Sie zur Wahrung ihrer Interessen (z.B. im Rahmen einer Haftpflichtstreitigkeit, eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens oder eines Strafverfahrens) eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt beiziehen, Sie ohne Befreiung von der Schweigepflicht berechtigt sind, der Rechtsvertreterin oder dem Rechtsvertreter, die oder der ebenfalls der beruflichen Schweigepflicht untersteht, alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Einblick in die relevanten Dokumente zu verschaffen. Auf Ihr Gesuch wird aus erwähntem Grund nicht eingetreten. Besten Dank für Ihre Kenntnisnahme.»*

Was gilt denn nun? Kann es sein, dass vergleichbare Handlungen in einem Kanton gegen eine gesamtschweizerisch gültige Strafbestimmung verstossen, während sie anderswo ohne Weiteres zulässig sind? Worauf muss eine Ärztin achten, die sich bei drohender Haftung anwaltlich beraten oder vertreten lassen will? Darf eine Patientin ihrem Arzt, gestützt auf das Arztgeheimnis, gar die Verteidigung erschweren?

Der vorliegende Artikel stellt in aller Kürze die Rechtsgrundlagen des ärztlichen Berufsgeheimnisses und die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen vor und widmet sich sodann den unterschiedlichen kantonalen Regelungen und Praktiken bei der Befreiung vom Arztgeheimnis im Haftpflichtfall. Anhand allgemeingültiger Normen und Prinzipien wird die Notwendigkeit einer Befreiung vom Arztgeheimnis gegenüber den unterschiedlichen Geheimnisempfängern geprüft. Abschliessend erfolgen Empfehlungen an betroffene Ärzte, ihre Rechtsvertreter und Haftpflichtversicherungen.

\* Fachanwältin für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Limmatlegal. Die Autorin vertritt vornehmlich Ärzte, Spitäler und Haftpflichtversicherungen.

## II. Die Rechtsgrundlagen

### A. Einleitung

Die beiden eingangs erwähnten Entscheide, welche unterschiedlicher nicht hätten ausfallen können, haben eines gemeinsam: Sowohl das Obergericht des einen wie auch die Gesundheitsbehörde des anderen Kantons stützen sich bei ihrem Entscheid auf Art. 321 StGB.

Art. 321 StGB<sup>1</sup> ist die wohl zentralste, aber bei Weitem nicht einzige Bestimmung, die in Zusammenhang mit dem ärztlichen Berufsgeheimnis beachtet werden muss. Im Bereich des Gesundheitswesens nehmen zahlreiche weitere Gesetze sowohl auf kantonaler wie auch auf Bundesebene<sup>2</sup> auf die ärztliche Schweigepflicht Bezug.

Zu beachten sind weiter generelle wie auch spezifische Datenschutzbestimmungen, welche die Sammlung, Aufbewahrung und Weitergabe sensibler Personendaten anhand wichtiger Grundprinzipien, wie beispielsweise den Prinzipien der Verhältnismässigkeit, der Erforderlich- oder Zweckmässigkeit<sup>3</sup> sowie der Datensicherheit<sup>4</sup>, regeln. Für private Medizinalpersonen gilt das Datenschutzgesetz des Bundes,<sup>5</sup> für öffentlich-rechtliche Verhältnisse die entsprechenden kantonalen Vorschriften.

Weiter sind dem Zivil- und Strafprozessrecht<sup>7</sup>, dem Sozialversicherungsrecht<sup>8</sup>, internationalen Vereinbarungen wie auch medizinischen Leit- oder Richtlinien<sup>9</sup> Bestimmungen zu entnehmen, welche die ärztliche Schweigepflicht tangieren, auf welche hier nicht im Detail eingegangen werden kann.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Bei öffentlich-rechtlichen Behandlungsverhältnissen ist zusätzlich das Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB zu beachten. Zum noch nicht abschliessend geklärten Verhältnis von Art. 320 und 321 StGB vgl. DAVID CUENAT, *Le secret médical dans le canton de Jura – portée, procédure et questions pratiques*, RJJ 2017, 18 ff. sowie BGE 118 II 254.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. Art. 40 f) des Medizinalberufegesetzes (MedBG) oder Art. 27 e) des Psychologieberufegesetzes (PsyG).

<sup>3</sup> Art. 4 DSGVO.

<sup>4</sup> Art. 7 DSGVO.

<sup>5</sup> Vgl. insbesondere Art. 35 DSGVO. Zu beachten ist, dass das DSGVO aufhängige Zivil- oder Strafprozesse keine Anwendung findet (Art. 2 Abs. 2 lit. c).

<sup>6</sup> Art. 163 ZPO (Verweigerungsrecht der Parteien), Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO (Verweigerungsrecht Dritter).

<sup>7</sup> Art. 170, 171 StPO.

<sup>8</sup> Insbesondere Art. 28 Abs. 3 ATSG und Art. 33 ATSG; vgl. UELI KIESER, *Medizinische Gutachten – rechtliche Rahmenbedingungen*, HILL 2004 II, Nr. 19.

<sup>9</sup> Vgl. z.B. zu den rechtlichen Anforderungen für vertrauensärztliche Berichte die Aufstellung in Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB160142 vom 30. August 2016 E. 3.2, teilweise publiziert in JAR 2018, 583.

<sup>10</sup> Vgl. zum Ganzen ANCA LUPU, *Question pratiques sur le secret médical*, FZR 2015, 121.

### B. Das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB

#### 1. Grundsatz Art. 321 Abs. 1 StGB

Nach Art. 321 Abs. 1 StGB<sup>11</sup> werden Ärzte<sup>12</sup>, die ein Geheimnis offenbaren, welches ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder welches sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, auf Antrag<sup>13</sup>, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Zweck von Art. 321 StGB im Gesundheitsbereich ist es, die Privatsphäre der Patienten zu schützen sowie ein Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten zu gewährleisten. Entsprechend ist der Geheimnisbegriff weit auszulegen. Unter Geheimnis fällt nach allgemeiner Definition jede Tatsache, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt ist und an deren Geheimhaltung für den Geheimnisherrn ein berechtigtes Interesse besteht, das er gewahrt wissen will.<sup>14</sup> Das Bundesgericht geht in Bezug auf das ärztliche Geheimnis noch weiter und bestimmt, darunter falle alles, was der Patient dem Arzt zwecks Ausübung des Auftrages anvertraut, aber auch alles was der Arzt in Ausübung seines Auftrages wahrnimmt.<sup>15</sup> So unterliegen insbesondere die Identität des Patienten und die Tatsache, dass er sich in ärztlicher Behandlung befindet, der Schweigepflicht.<sup>16</sup>

Nicht strafbar ist jedoch, wer das Geheimnis aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten oder aufgrund einer schriftlichen Bewilligung der Aufsichtsbehörde offenbart (Art. 321 Abs. 2 StGB). Vorbehalten bleiben weiter die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde (Art. 321 Abs. 3 StGB).

#### 2. Die Einwilligungserklärung nach Art. 321 Abs. 2 StGB

Eine Einwilligung nach Art. 321 Abs. 2 StGB muss vom Patienten selbst ausgehen.<sup>17</sup> Es handelt sich um ein höchstpersönliches, nicht vererbbares Recht.<sup>18</sup> Die

<sup>11</sup> Zu den einzelnen Tatbestandselementen vgl. auch die gängigen Strafrechtskommentare.

<sup>12</sup> Zusammen mit Geistlichen, Rechtsanwälten, Verteidigern, Notaren, Patentanwälten, Revisoren, Zahnärzten, Chiropraktikern, Apothekern, Hebammen, Psychologen, Pflegefachpersonen, Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Ernährungsberatern, Optometristen, Osteopathen sowie den jeweiligen Hilfspersonen. Der persönliche Geltungsbereich von Art. 321 StGB kann in Spezialgesetzen zusätzlich ausgeweitet werden (vgl. z.B. Art. 3c Abs. 4 BetmG).

<sup>13</sup> Vgl. Art. 30, 31 StGB.

<sup>14</sup> BSK-OBERHOLZER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Strafrecht*, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 321 StGB N 14.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 75 IV 71.

<sup>16</sup> Urteil des BGER 2C\_1049/2019 vom 1. Mai 2020 E. 3.3.

<sup>17</sup> BGE 97 II 369.

<sup>18</sup> Urteil des BGER 1P.359/2001 vom 1. Oktober 2001; das uneingeschränkte Einsichtsrecht des Patienten geht nach dessen Tod nicht auf die Erben über. Dem Konflikt zwischen den Geheimhaltungsinteressen

Einwilligung des Patienten setzt Urteilsfähigkeit (nicht jedoch Mündigkeit oder Handlungsfähigkeit)<sup>19</sup> voraus. Ein blosser Informant, d.h. diejenige Person, die dem Arzt Einblick in ein fremdes Geheimnis gewährt, ist nicht einwilligungsberechtigt.<sup>20</sup> Will ein Anwalt anstelle seines Mandanten eine entsprechende Einwilligung abgeben, bedarf es hierfür einer expliziten Vollmacht.<sup>21</sup>

Die Einwilligung untersteht keiner Formvorschrift, sie kann mündlich oder gar stillschweigend oder konkludent<sup>22</sup> erfolgen, was jedoch nicht leichtfertig anzunehmen ist.<sup>23</sup> Im Rahmen von Behandlungsketten sowie in Notfallsituationen darf zum Zwecke der Behandlung, wenn keine anderweitigen Indizien bekannt sind, auf die mutmassliche Einwilligung abgestellt werden.<sup>24</sup> Bei urteilsunfähigen Patienten gelten in Rahmen der medizinischen Behandlungen die Vorschriften des ZGB zu den medizinischen Behandlungen sinngemäss.<sup>25</sup>

Zu Beweis Zwecken empfiehlt es sich, die Einwilligung schriftlich einzuholen. Hierbei ist die Formulierung möglichst präzise zu halten. Pauschale Einwilligungserklärungen, welche gegenüber einer nicht genauer definierten Personengruppe oder für die Zukunft erfolgen, können gegen Art. 27 ZGB verstossen und damit ungültig sein.

### 3. Die Entbindung durch die vorgesetzte Behörde nach Art. 321 Abs. 2 StGB

Ebenfalls bereits auf Bundesebene vorgesehen ist die Möglichkeit, sich durch die (kantonale) Aufsichtsbehörde<sup>26</sup> von der Schweigepflicht befreien zu lassen.

des Erblassers und den berechtigten Interessen der Erben, über die Urteilsfähigkeit des Erblassers oder allfällige Fehlbehandlungen aufgeklärt zu werden, wird in der Praxis häufig dahingehend Rechnung getragen, dass das Einsichtsrecht einem Vertrauensarzt der Erben gewährt wird, welcher diese über gewisse Punkte informieren darf (vgl. z.B. Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 22. Dezember 1989, publiziert in ZBl 91/1990, 384).

<sup>19</sup> Der Arzt darf Eltern minderjähriger, aber urteilsfähiger Jugendlicher nur dann informieren, wenn er sich auf die Einwilligung des Patienten/der Patientin stützen kann.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 75 IV 71; dies kann im Falle von Informationen über Erkrankungen in der Familie problematisch sein, JÜRGEN BOLL, Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis, Zürich 1983, 21.

<sup>21</sup> Gemäss Auskunft der Zürcher Gesundheitsbehörden genügen Standardvollmachten hierfür nicht.

<sup>22</sup> BGE 98 IV 217.

<sup>23</sup> Vgl. Urteil des BGER 2C\_37/2018 vom 15. August 2018 E. 6.3.2, aus einer engen Verbundenheit oder Kontaktpflege mit Angehörigen kann nicht ohne Weiteres auf eine Einwilligung geschlossen werden.

<sup>24</sup> Vgl. BRIGITTE TAG, Die Verschwiegenheit des Arztes im Spiegel des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung des Kantons Zürich, ZStrR 122/2004, 1, 11; MORITZ KUHN/TOMAS POLEDNA, Arztrecht in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, 750.

<sup>25</sup> Patientenverfügung, Vorsorgeauftrag, Vertretungskaskade; allerdings ist hier umstritten, wie weit die Befreiung geht, vgl. CUENAT (Fn. 1), 18 ff.; Leitfaden zur beruflichen Schweigepflicht von Gesundheitsfachpersonen im Kanton Basel-Stadt (Juni 2017), 7.

<sup>26</sup> Welche Behörde zuständig ist, ergibt sich aus dem kantonalen Recht. Zumindest im Fall des Amtsgeheimnisses bleibt die bisherige Auf-

Als entsprechende Behörde figurieren je nach Kanton die Gesundheitsdepartemente oder -direktionen bzw. diesen angegliederte Ämter. Teilweise sind die Gesuche an den Kantonsarzt oder eigens dafür geschaffene Ausschüsse zu richten.

Zur Gesuchstellung ist grundsätzlich nur die geheimhaltungspflichtige (natürliche) Person, in unserem Falle der Arzt oder die Ärztin, legitimiert.<sup>27</sup> Das Gesuch kann zwar auch von einer Personengruppe (mehrere Gesundheitsfachpersonen gemeinsam), nicht jedoch von einer juristischen Person gestellt werden. Entbunden werden kann grundsätzlich sowohl gegenüber natürlichen wie auch gegenüber juristischen Personen.<sup>28</sup>

Eine bestimmte Form ist gesetzlich nicht vorgesehen. Viele Kantone kennen im Internet abrufbare Gesuchsformulare. In diesen Formularen wird explizit nach dem Namen der betroffenen Person gefragt. Wenige Kantone, die nicht mit Formularen operieren, fordern in einem ersten Schritt eine anonymisierte Meldung unter Angabe der Initialen der betroffenen Person.<sup>29</sup> Die FMH empfahl ihren Mitgliedern bis vor Kurzem, vor der Stellung eines schriftlichen Gesuches den Fall telefonisch und in anonymisierter Form mit den zuständigen Behörden zu besprechen.<sup>30</sup>

Die Gesuche sind stets zu begründen. Anzugeben ist nebst dem Grund des Gesuches auch, weshalb keine Einwilligung des Patienten eingeholt werden konnte.

Die zuständige Behörde wird eine Rechtsgüter- und Interessenabwägung vornehmen und die Entbindung

sichtsbehörde für die Entbindung zuständig (BGE 123 IV 75). Im Urteil des BGER 2C\_361/2012 vom 19. September 2012 wurde dies auch für das Arztgeheimnis nach Art. 321 StGB thematisiert, nicht jedoch entschieden. Der Arzt hatte das Gesuch sicherheitshalber in zwei Kantonen gestellt.

<sup>27</sup> Vgl. als Ausnahme hierzu Art. 448 Abs. 2 ZGB, welcher die KESB in bestimmten Fällen zur Antragsstellung berechtigt. In BGE 142 II 256 hat zudem das Bundesgericht einer Drittperson, welche einen Arzt in einem Haftpflichtprozess als Zeugen angerufen hatte, das Beschwerderecht gegen eine ablehnende Verfügung der Behörde eingeräumt; in dem im Urteil des BGER 4C.111/2006 vom 7. November 2006 geschilderten Fall wurde der Arzt vom von Dritten angegangenen Kantonsarzt aufgefordert, sich zu erklären, weshalb er kein entsprechendes Gesuch stelle; vgl. als weiteren Anwendungsfall Urteil des Cour de justice des Kantons Genf vom 18. Juni 2013, publiziert in ATA/378/2013.

<sup>28</sup> Gemäss Erfahrungen aus dem Kanton Zürich sowie gemäss Leitfaden zur beruflichen Schweigepflicht von Gesundheitsfachpersonen im Kanton Basel-Stadt (Juni 2017), <[www.sg.ch/gesundheits-sozial/gesundheits/bewilligungen/entbindung-vom-berufsgeheimnis/\\_jcr\\_content/Par/sgch\\_downloadlist/DownloadListPar/sgch\\_download\\_141499564.ocFile/Merkblatt%20Schweigepflicht%20von%20Gesundheitsfachpersonen.pdf](http://www.sg.ch/gesundheits-sozial/gesundheits/bewilligungen/entbindung-vom-berufsgeheimnis/_jcr_content/Par/sgch_downloadlist/DownloadListPar/sgch_download_141499564.ocFile/Merkblatt%20Schweigepflicht%20von%20Gesundheitsfachpersonen.pdf)>, besucht am 5.4.2020.

<sup>29</sup> Leitfaden Schweigepflicht von Gesundheitsfachpersonen der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (März 2016), 13, <[www.gef.be.ch/gef/de/index/direktion/organisation/ra/publikationen.html](http://www.gef.be.ch/gef/de/index/direktion/organisation/ra/publikationen.html)>, besucht am 5.4.2020.

<sup>30</sup> FMH Leitfaden, Rechtliche Grundlagen, Version 2013, 102; nicht enthalten in der neusten Version, abrufbar unter <[www.fmh.ch/files/pdf7/rechtliche-grundlagen-2020-de.pdf](http://www.fmh.ch/files/pdf7/rechtliche-grundlagen-2020-de.pdf)>, besucht am 4.5.2020.

nur bewilligen, wenn dies zur Wahrung überwiegender privater oder öffentlicher Interessen notwendig ist bzw. wenn die Interessen an der Entbindung die Interessen an der Geheimhaltung klar überwiegen.<sup>31</sup> Die Entbindung kann auch nur partiell erfolgen oder an Auflagen gebunden sein. Zur Klärung der Haftungsfragen im Todesfall erfolgt die Auskunftserteilung zum Schutz des Patienten nicht selten an einen Vertrauensarzt der Hinterbliebenen.<sup>32</sup>

Dem Patienten kommt Parteistellung im Verfahren um die Befreiung vom Berufsgeheimnis zu. Er ist in der Regel<sup>33</sup> anzuhören und hat auch Beschwerderechte.<sup>34</sup> Entbindungsverfahren mit nicht einwilligungsfreudigen Patienten können entsprechend lange dauern.<sup>35</sup>

Eine Entbindung berechtigt, verpflichtet jedoch nicht zur Preisgabe des Geheimnisses.<sup>36</sup> Wobei es jedoch kaum Sinn macht, eine Entbindung einzuholen, wenn eine solche aus Sicht des Arztes verweigert werden soll. Dem Gesuchsformular des Kantons Nidwalden ist diesbezüglich folgender Passus zu entnehmen: *«Mit dem Einreichen des Gesuchs bringt die gesuchstellende Person zum Ausdruck, dass sie selbst nach sorgfältiger Abwägung der Interessen zur Ansicht gelangt ist, dass es gerechtfertigt ist, Einblick in die Patientendokumentationen zu geben. Hält sie die Entbindung nicht für gerechtfertigt, so hat sie dies, in der Regel, der Einsicht verlangenden angehörigen Person mitzuteilen. Ein Gesuch bei der Gesundheitsdirektion dürfte sich in diesen Fällen erübrigen.»*<sup>37</sup>

#### 4. Die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen nach Art. 321 Abs. 3 StGB

Wie einleitend ausgeführt, ist eine Befreiung vom Arztgeheimnis gemäss Art. 321 Abs. 3 StGB nicht notwendig, wenn gesetzliche Meldepflichten bestehen. Solche

finden sich sowohl im Bundesrecht<sup>38</sup> wie auch in den kantonalen Gesetzgebungen, wobei Letztere, wie noch zu zeigen sein wird, sehr unterschiedlich ausfallen können.

#### C. Allgemeine Rechtfertigungsgründe

Der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches kennt diverse Ausnahmebestimmungen, welche eine Rechtmässigkeit begründen, ein Verschulden ausschliessen oder zumindest die Strafbarkeit verneinen oder die Strafe mindern können.<sup>39</sup> Hierzu gehören die gesetzlich erlaubten Handlungen (Art. 14 StGB), die Bestimmungen des Notrechts (Art. 15–18 StGB), in der Person des Täters liegende Schuldausschlussgründe (Art. 19 StGB) sowie der Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB). Weiter gilt der gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen. Dieser setzt jedoch voraus, dass die Straftat notwendig und angemessen ist, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen, die Tat also insoweit den einzigen möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt, als die Interessen, welche der Täter zu wahren sucht.<sup>40</sup> Voraussetzung für die Zubilligung eines übergesetzlichen Notstandes oder der Wahrnehmung berechtigter Interessen ist, dass das verwendete Mittel dem verfolgten Ziele angemessen ist. Dies trifft nicht zu, wenn dem Täter zur Erreichung des Zieles andere, gesetzliche Mittel zur Verfügung stehen und ihm zugemutet werden kann, davon Gebrauch zu machen.<sup>41</sup>

#### III. Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen

Gemäss Schweizer Bundesverfassung kann der Bund immer dann gesetzgeberisch tätig werden, wenn die Bundesverfassung ihm die notwendige Kompetenz zuweist. Liegt keine solche Kompetenzzuweisung vor, sind die Kantone zuständig.<sup>42</sup>

Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts ist laut Art. 123 BV grundsätzlich Sache des Bundes. Sollen kantonale Sonderregelungen greifen, bedarf es einer expliziten Ermächtigung hierzu. Eine solche ist – wie bereits dargelegt – in Art. 321 StGB Abs. 2 (für die

<sup>31</sup> Urteil des BGer 2C\_215/2015 vom 16. Juni 2016 E. 5.1 (nicht publizierte Erwägung zu BGE 142 II 256); Urteil des BGer 2C\_37/2018 vom 15. August 2018 E. 6.4.2.; Urteil des BGer 2C\_1049/2019 vom 1. Mai 2020 E. 3.4.ff.

<sup>32</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_37/2018 vom 15. August 2018 E. 6.4.4 sowie Fn. 18

<sup>33</sup> Vgl. für allfällige Ausnahmesituationen wie laufende Strafuntersuchungen CUENAT (Fn. 1), 34 f.

<sup>34</sup> Urteil des BGer 2P.77/1994 vom 23. Dezember 1994 E. 2b.

<sup>35</sup> Im eingangs erwähnten Verfahren konnte die Patientin durch die kantonale Gesundheitsdirektion letztlich überzeugt werden, eine Einwilligung zu erteilen, dennoch konnte der beschuldigte Arzt in den ersten 1,5 Jahren nach Einleitung des Strafverfahrens noch nicht zur Sache befragt werden; vgl. auch Urteil des BGer 2C\_1049/2019 vom 1. Mai 2020 E. 4. bei laufender Strafantragsfrist.

<sup>36</sup> Leitfaden zur beruflichen Schweigepflicht von Gesundheitsfachpersonen im Kanton Basel-Stadt (Juni 2017), 11; vgl. aber auch Art. 163, 166 Abs. 1 lit. b ZPO sowie Art. 170 Abs. 2, 171 Abs. 3 StPO, welche Aussagepflichten vorsehen oder die Verweigerung bei erteilter Einwilligung/Ermächtigung vom Glaubhaftmachen eines überwiegenen Geheimhaltungsinteresses abhängig machen.

<sup>37</sup> <[www.nw.ch/\\_docn/130507/Entbindung\\_von\\_der\\_beruflichen\\_Schweigepflicht.pdf](http://www.nw.ch/_docn/130507/Entbindung_von_der_beruflichen_Schweigepflicht.pdf)>, besucht am 8.6.2020.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 443 Abs. 2 ZGB (Meldung betr. hilfsbedürftiger Erwachsener) Art. 314 c, d ZGB (Meldung betr. hilfsbedürftiger Kinder und Jugendlicher), Art. 453 Abs. 2 ZGB (Selbst-/Fremdgefährdung), Art. 3 Abs. 1 BetmG (suchtbedingte Störung), Art. 15 d SVG (Fahreignung), Art. 12 EpG, Art. 59 HMG, Art. 54a UVG, Art. 84 MVG.

<sup>39</sup> Vgl. StGB: Erstes Buch Allgemeine Bestimmungen, 2. Titel Strafbarkeit, 3. Rechtmässige Handlungen und Schuld.

<sup>40</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich ZH SB160257 vom 16. August 2017 E. 6.5.2.1 m.w.H., abrufbar unter <[www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-suchen.html](http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-suchen.html)>, besucht am 1.8.2020.

<sup>41</sup> BGE 94 IV 68 (Amtsgeheimnisverletzung durch Detektiv-Wachtmeister Kurt Meier); BGE 129 IV 6.

<sup>42</sup> Art. 3, 42 und 43 BV.



Entbindung zuständige Behörde) und Abs. 3 (Meldepflichten) vorgesehen.

Demgegenüber fällt dem Bund im Bereich des Gesundheitsrechts lediglich eine fragmentäre Kompetenz zu, er regelt nur die ihm explizit zugewiesenen Teilbereiche,<sup>43</sup> der Rest fällt in die Kompetenz der Kantone. So kommt es, dass die kantonalen Gesundheitsgesetze zusätzliche Bestimmungen zur Schweigepflicht im Gesundheitswesen kennen, indem sie beispielsweise weitere Berufsgattungen (wie Drogisten, Optiker, Podologen etc.) der Schweigepflicht unterstellen<sup>44</sup> oder bestimmte Disziplinar massnahmen vorsehen. Dies scheint angesichts der Kompetenzaufteilung zweifelsfrei zulässig zu sein.

Fraglich ist jedoch, inwiefern die kantonalen Gesetze die Bestimmungen des Strafgesetzbuches auch einschränken können. Art. 321 Abs. 3 StGB sieht einen ausdrücklichen Vorbehalt kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vor.<sup>45</sup> Die kantonalen Gesundheitsgesetze kennen jedoch nebst diesen Meldepflichten gegenüber Behörden auch bloss Melderechte und teilweise gar Auskunftsrechte gegenüber Drittpersonen (z.B. Inkassostellen) und gehen damit – zumindest im Strafrecht – über die ihnen ausdrücklich eingeräumte Gesetzgebungskompetenz hinaus.

Doch selbst wenn gewisse gesetzliche Vorgaben die kantonalen Kompetenzen sprengen sollten, kann dies der sich danach richtenden Ärztin nicht zum Vorwurf gemacht werden, denn wer handelt, wie das Gesetz (und hierzu gehört auch die kantonale Gesetzgebung)<sup>46</sup> gebietet oder erlaubt, verhält sich gemäss Art. 14 StGB rechtmässig.

Wer in Fällen, in denen zwar keine gesetzliche Grundlage gegeben ist, in denen die kantonalen Aufsichtsbehörden eine Entbindung jedoch nicht für notwendig erachten oder – wie das eingangs genannte Beispiel zeigt – gar verweigern, auf eine Entbindung verzichtet, dürfte sich ebenfalls auf die bundesrechtlichen Rechtfertigungsgründe berufen können. Zu denken ist beispielsweise an den Rechtsirrtum nach Art. 21 StGB oder die Wahrung berechtigter Interessen. Es lohnt sich entsprechend, rund um das Berufsgeheimnis nicht nur die gesetzlichen Regelungen von Bund und Kantonen, sondern auch deren Umsetzung in der Praxis zu kennen.

<sup>43</sup> Art. 3, 42, 118 BV.

<sup>44</sup> Vgl. z.B. für den Kanton St. Gallen Art. 17 i.V.m. Art. 3 VBG (Verordnung über die Ausübung von Berufen im Gesundheitswesen); vgl. weiter § 21 Abs. 1 GesG BS.

<sup>45</sup> Zu denken ist v.a. an die Meldepflicht von aussergewöhnlichen Todesfällen oder aber Verbrechen und Vergehen sowie Gefährdungsmeldungen bei Selbst- oder Drittfährdung.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 129 IV 172 E. 2.4; BGE 141 IV 417 E. 3.

## IV. Das Arztgeheimnis im Haftpflichtfall

### A. Die kantonalen Regelungen und Praktiken

Derzeit haben lediglich vier Kantone die Frage des Arztgeheimnisses im Haftpflichtfall gesetzlich geregelt.

Am weitesten geht der Kanton Aargau, welcher die Schweigepflicht zur Wahrung von Verfahrensrechten bei von Patientinnen und Patienten beziehungsweise deren gesetzlichen Vertretungen gegen die schweigepflichtige Person angestregten Verfahren aufhebt (§ 21 Abs. 2 lit. f GesG AG). Die schweigepflichtige Person wird zudem, sofern der Datenschutz in geeigneter Weise sichergestellt ist, ausdrücklich zur Datenbekanntgabe gegenüber ihrer rechtlichen Vertretung sowie gegenüber ihrer Haftpflichtversicherung berechtigt (§ 21 Abs. 4 lit. a und c GesG AG).

In § 61 Abs. 1 lit. f der Verordnung über die Berufe, Organisationen und Betriebe im Gesundheitswesen (VBOB AG) wird die Behörde, gegenüber welcher das Patientengeheimnis im Zusammenhang mit von Patientinnen und Patienten angestregten Verfahren gemäss § 21 Abs. 2 lit. f GesG AG offenbart werden darf, mit «*die Behörde, bei der die Patientin oder der Patient [...] das Verfahren gegen die schweigepflichtige Person anhängig gemacht hat*» definiert. Die Geheimnisoffenbarung gegenüber Behörden darf entsprechend erst nach Verfahrenseinleitung erfolgen. Gemäss Botschaft wird die Befreiung damit begründet, dass der Patient mit der Verfahrenseinleitung bereits einen Teil der Geheimnisse gegenüber einer Behörde offenbart habe. Obwohl in der Botschaft auch die Strafverfolgungsbehörden genannt werden, hegt hier das Aargauer Gesundheitsdepartement gewisse Bedenken, da das Strafverfahren vom Staat und damit nicht von der Patientin selbst geführt wird. Das Gesundheitsdepartement regt daher an, in Strafverfahren dennoch eine Einwilligung/Entbindung einzuholen.

Auch im Kanton Baselland besteht eine gesetzliche Befreiung zur Verteidigung in zivil- und strafrechtlichen Verfahren sowie in Verfahren medizinischer Staatshaftung (§ 22 Abs. 2 lit. f GesG BL).

In Basel-Stadt ist von der Schweigepflicht gegenüber den zuständigen Behörden, einer Inkassostelle und einer allfälligen Rechtsvertretung im Rahmen der erforderlichen Angaben befreit, wer zur Durchsetzung oder Abwehr von Forderungen den Rechtsweg beschreiten muss (§ 27 Abs. 4 GesG BS). Gemäss Gesetzesmaterialien<sup>47</sup> und von der Gesundheitsdirektion auf Anfrage vertretener Auffassung ist auch die Haftpflichtversicherung unter den Begriff «*allfällige Rechtsvertretung*»

<sup>47</sup> Ratschlag des Grossen Rates zum Gesundheitsgesetz, abrufbar unter <[www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100367/000000367315.pdf](http://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100367/000000367315.pdf)>, besucht am 5.4.2020.

zu subsumieren. Der Begriff der «erforderlichen Angaben» ist jedoch mit Blick auf die Geheimhaltungsinteressen der Patientinnen und Patienten zurückhaltend zu interpretieren.

Das Gesundheitsgesetz des Kantons Solothurn befreit Ärzte zur Verteidigung in zivil- und strafrechtlichen Verfahren sowie in Verfahren medizinischer Staatshaftung vom Berufsgeheimnis. Die Befreiung bezieht sich jedoch nur auf Daten, die prozessual von Bedeutung sind (§ 18 Abs. 2 lit. d Gesundheitsgesetz SO). Laut Auskunft der zuständigen Behörde erstreckt sich diese Befreiung auch auf die Haftpflichtversicherung des beschuldigten Arztes, da die Bestimmung ihres Zweckes verlustig ginge, wenn für die schweigespflichtige Person selber das Berufsgeheimnis von Gesetzes wegen entfalle, für den Beizug eines Anwaltes oder einer Haftpflichtversicherung jedoch eine Entbindung in die Wege geleitet werden müsste.

Im Kanton Obwalden ist im Rahmen einer anstehenden Gesetzesrevision eine ausdrückliche gesetzliche Entbindung vorgesehen. Art. 39a lit. e des revidierten Gesundheitsgesetzes soll eine Befreiung vom Berufsgeheimnis zur Verteidigung in zivil- und strafrechtlichen Verfahren sowie in medizinischen Staatshaftungsverfahren beinhalten. Bis zum Inkrafttreten dieser Bestimmung wird vom Gesundheitsamt Obwalden empfohlen, eine Befreiung einzuholen.

Zwei weitere Kantone verfügen zwar nicht über eine gesetzliche Regelung der Materie, vertreten jedoch in öffentlich zugänglichen Publikationen die Auffassung, dass sich eine Befreiung vom Arztgeheimnis in gewissen Fällen erübrigen kann.

So führt ein im Internet abrufbarer Leitfaden der Berner Behörden unter dem Titel 3.3.6 Auskünfte an eigene Rechtsvertretung aus:<sup>48</sup> «Zieht eine Fachperson zur Wahrung ihrer Interessen (z.B. im Rahmen einer Haftpflichtstreitigkeit, eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens oder eines Strafverfahrens) eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt bei, so ist sie ohne Befreiung von der Schweigepflicht berechtigt, der Rechtsvertreterin oder dem Rechtsvertreter, die oder der ebenfalls der beruflichen Schweigepflicht untersteht, alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Einblick in die relevanten Dokumente zu verschaffen.» Auf entsprechende Gesuche zur Befreiung des Arztgeheimnisses wird aufgrund dieser Auffassung nicht eingetreten.

Auch die Behörden des Kanton St.Gallen schreiben in ihrem Merkblatt zur Schweigepflicht von Gesundheitspersonen unter dem Titel Auskünfte an eine eige-

ne Rechtsvertretung:<sup>49</sup> «Zieht eine Gesundheitsfachperson zur Wahrung ihrer eigenen Interessen (z.B. im Rahmen einer Haftpflichtstreitigkeit, eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens oder eines Strafverfahrens) eine Rechtsvertreterin oder einen Rechtsvertreter bei, so ist sie ohne Entbindung von der Schweigepflicht berechtigt, dieser bzw. diesem alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Einblick in die relevanten Dokumente zu verschaffen. Die Rechtsvertretung untersteht mithin selbst der Schweigepflicht nach Art. 321 StGB.»

Ähnliche Auffassungen werden in weiteren Kantonen zwar nicht explizit publiziert, so doch auf entsprechende Nachfrage hin vertreten. So darf sich gemäss E-Mail-Auskunft der Gesundheitsdirektion im Kanton Luzern der Arzt bei drohenden Haftpflichtverfahren ohne Entbindung vom Berufsgeheimnis an einen Anwalt oder seine Haftpflichtversicherung wenden, um seine Rechte zu wahren, soweit der Patient (und nicht Dritte!) solche Ansprüche geltend machen. Man gehe von einer impliziten Einwilligung des Patienten zur Preisgabe von Tatsachen aus dem Behandlungsverhältnis aus, die sich letztlich auf das Rechtsmissbrauchsverbot stütze.

Im Kanton Freiburg wird gemäss Mail-Auskunft von einer «impliziten» Befreiung vom Arztgeheimnis gegenüber Haftpflichtversicherung und Rechtsanwalt ausgegangen, wobei erstere aus der Versicherungspflicht (Art. 86a GesG FR), letztere aus dem gleichen Schutzniveau des Anwalts- und Arztgeheimnisses (Art. 321 StGB) abgeleitet werde. Ähnlich wird im Kanton Neuenburg argumentiert, wobei gegenüber der Haftpflichtversicherung eine Anonymisierung gefordert wird. Die zuständige Juristin des Kantons Waadt erinnert im telefonischen Gespräch an das Prinzip der Waffengleichheit und die konkludente Zustimmung bei Einleitung eines Prozesses, mahnt jedoch zeitgleich zur Vorsicht und empfiehlt beim kleinsten Zweifel das Einfordern einer Einwilligung oder Entbindung.

Vorsicht geboten ist bei gesetzlichen Befreiungen zur Durchsetzung von Forderungen aus dem Behandlungsverhältnis. Damit sind gemäss Auskünften und Materialien zu den jeweiligen Gesundheitsgesetzen bloss Inkassoforderungen gemeint.<sup>50</sup> Dies teilen die Behörden der Kantone Graubünden, Schaffhausen und Zug mit und fordern im Haftpflichtfall weiterhin eine Befreiung.

<sup>48</sup> Leitfaden Schweigepflicht von Gesundheitsfachpersonen der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (März 2016), <[www.gef.be.ch/gef/de/index/direktion/organisation/ra/publikationen.html](http://www.gef.be.ch/gef/de/index/direktion/organisation/ra/publikationen.html)>, besucht am 5.4.2020.

<sup>49</sup> Leitfaden zur beruflichen Schweigepflicht von Gesundheitsfachpersonen im Kanton Basel-Stadt (Juni 2017), <[www.sg.ch/gesundheitssoziales/gesundheitsbewilligungen/entbindung-vom-berufsgeheimnis/\\_jcr\\_content/Par/sgch\\_downloadlist/DownloadListPar/sgch\\_download\\_141499564.ocFile/Merkblatt%20Schweigepflicht%20von%20Gesundheitsfachpersonen.pdf](http://www.sg.ch/gesundheitssoziales/gesundheitsbewilligungen/entbindung-vom-berufsgeheimnis/_jcr_content/Par/sgch_downloadlist/DownloadListPar/sgch_download_141499564.ocFile/Merkblatt%20Schweigepflicht%20von%20Gesundheitsfachpersonen.pdf)>, besucht am 5.4.2020.

<sup>50</sup> Art. 15 Abs. 2 lit. e GesG SH, Art. 29 Abs. 2 GesG GR, § 37 Abs. 4 GesG ZG.

Kleinere Kantone wie Appenzell Inner- und Ausserrhoden, Jura, Uri und Nidwalden hatten bislang noch keine entsprechenden Fälle zu verzeichnen und geben an, dass sie die Frage anhand der Aktenlagen eines allfällig sich präsentierenden Falles beurteilen würden, wobei tendenziell die Notwendigkeit einer Befreiung bejaht wird. Der Kanton Schwyz weist explizit darauf hin, dass bloss ein deutliches höheres öffentliches oder privates Interesse eine Entbindung rechtfertige. Jederzeit zulässig sei jedoch eine Konsultation von Anwalt oder Haftpflichtversicherung in anonymisierter Form.

Aus dem Kanton Wallis teilen die Behörden mit, dass auch ihre Gesetzgebung zwar keine gesetzliche Bestimmung in diesem Bereich vorsehe, jedoch in Art. 31 Abs. 4 GG VS auf die Bundesgesetzgebung verweise. Soweit das Bundesrecht eine Befreiung vorsehe, z.B. wegen Rechtsmissbrauch, sei diese entsprechend auch im Kanton Wallis gültig.

Die Zürcher Behörden zeigen sich gemäss telefonischer Auskunft bei Geheimnisoffenbarung gegenüber der Haftpflichtversicherung eher kulant. Wenn eine Versicherung im Gesetz zwingend vorgesehen sei, solle man sie auch kontaktieren können. Für eine Offenbarung gegenüber Anwälten solle sicherheitshalber ein Gesuch gestellt werden. Sowohl die Zürcher wie auch die Thurgauer Behörden weisen zu Recht darauf hin, dass die Aufsichtsbehörde lediglich eine allfällige Entbindung ausstellt. Es ist letztlich die Justiz, welche über eine allfällige Verletzung urteilt.

Der Kanton Glarus kennt keine gesetzliche Befreiung und hat auf die erläuternde Anfrage nicht geantwortet. Keine Auskunft wurde von den Kantonen Genf und Tessin eingeholt.<sup>51</sup> Auch diese Kantone haben in ihren Gesundheitsgesetzen keine Befreiung für den Haftpflichtfall statuiert.

## B. Überlegungen zu den jeweiligen Geheimnisempfängern

### 1. Geheimnisoffenbarung gegenüber dem eigenen Rechtsvertreter

Am 23. Dezember 2011 titelte der Blick am Abend: «Stolpert SNB-Chef Hildebrand über seine schöne Frau?» Diese hatte kurz vor Festsetzung des Euro-Kurses durch die Schweizer Nationalbank Dollarkäufe getätigt. Aufgedeckt wurde das Ganze durch einen Bankmitarbeiter, welcher sich in einem ersten Schritt

an einen Rechtsanwalt wandte. Folge dieses Artikels waren, nebst dem Rücktritt des Nationalbankpräsidenten Hildebrand, diverse Strafverfahren. Gegen den damaligen Whistleblower wurde u.a. wegen Bankgeheimnisverletzung, gegen seinen Anwalt wegen Verleitung und Gehilfenschaft dazu ermittelt.

Was die Geheimnisoffenbarung zwischen Whistleblower und Anwalt anbelangt, hielt das Obergericht des Kantons Zürich unter Hinweis auf Art. 29 ff. BV, Art. 6 Ziff. 3 und 8 EMRK sowie Art. 14 Abs. 3 lit. b und Art. 17 IPBPR fest: «Grundsätzlich hat jedermann das Recht, sich rechtlich beraten zu lassen, sich insbesondere an einen Anwalt seiner Wahl zu wenden. Diesem Recht kommt Verfassungsrang sowie Menschenrechtscharakter zu.» Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid. Der Beschwerdegegner habe sein Anliegen bei einem Rechtsanwalt zur Sprache bringen dürfen und könne sich dafür rechtfertigend auf Art. 14 StGB berufen.<sup>52</sup>

Gleiches muss im Bereich des Arztgeheimnisses gelten. Der Arzt, der sein Anliegen gegenüber seinem Rechtsvertreter im Rahmen eines anwaltlichen Mandatsverhältnisses zur Sprache bringt, handelt daher grundsätzlich rechtmässig im Sinne von Art. 14 StGB. Altbundesrichter Martin Schubarth kommt in einem einschlägigen Artikel aus dem Jahre 2008 zum selben Schluss, stützt sich hierbei jedoch auf den rechtfertigenden Notstand nach Art. 17 StGB.<sup>53</sup>

### 2. Geheimnisoffenbarung gegenüber der Haftpflichtversicherung?

Eine bundesgerichtliche Klärung der Geheimnisoffenbarung gegenüber der Haftpflichtversicherung dürfte auf sich warten lassen, zumal das Einschalten der Haftpflichtversicherung nicht selten auf Wunsch und in der Regel zugunsten des Patienten erfolgt. Ein Anrufen der Haftpflichtversicherung dürfte jedoch auch gegen den Willen des Patienten zulässig sein. Der Abschluss einer derartigen Versicherung ist gemäss den kantonalen Gesundheitsgesetzen Voraussetzung zur Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung. Diese Gesetzesvorschrift würde ihres Zweckes beraubt, wenn dem Arzt nicht gestattet wäre, im Haftpflichtfall diese gesetzlich vorgesehene Versicherung zu involvieren, zumal er mit einer verspäteten Meldung in der Regel gegen den Versicherungsvertrag verstösst und damit die Deckung gefährdet.

<sup>51</sup> Bei der Genfer Commission du secret professionnel scheint es sich um eine schwer erreichbare ad hoc-Kommission zu handeln, der zuständige Tessiner Kantonsarzt wurde aufgrund der COVID-19-Situation im Tessin im Redaktionszeitpunkt nicht angegangen.

<sup>52</sup> Urteil des BGer 6B\_200/2018 bzw. 6B\_210/2018 vom 8. August 2018 E. 2.4.

<sup>53</sup> MARTIN SCHUBARTH, Arztgeheimnis: Kann sich der Arzt, der sich an einen Anwalt wendet, auf Notstand berufen? Schweizerische Ärztezzeitung 2008, 1250.



### 3. *Geheimnisoffenbarung gegenüber Untersuchungs- und Gerichtsbehörden?*

Hat ein Patient sein Geheimnis durch Einleitung eines Straf- oder Zivilverfahrens bereits gelüftet,<sup>54</sup> ist von einer konkludenten Einwilligung zur Befreiung vom Berufsgeheimnis auszugehen, welche dem Arzt erlaubt, sich angemessen zu verteidigen.<sup>55</sup> Diese Regel kann jedoch nur da Gültigkeit beanspruchen, wo das Verfahren durch den Geheimnisherrn selber eingeleitet wird. Dies ist insbesondere bei der Geltendmachung von Ansprüchen durch Hinterbliebene oder bei Strafverfahren nach ausserordentlichen Todesfällen nicht der Fall. In diesen Fällen ist ein Gesuch an die Gesundheitsbehörden unumgänglich.

### 4. *Geheimnisoffenbarung im Rahmen der Gutachtenserstellung?*

Wird ein Arzt aufgefordert, einem Gutachter Auskünfte oder Akten zu übermitteln, bedarf er hierfür der Einwilligung des betroffenen Patienten oder einer Entbindung durch die Gesundheitsdirektion.<sup>56</sup> Genauso darf der medizinische Gutachter selbst seine Erkenntnisse nur gegenüber berechtigten Personen offenbaren.<sup>57</sup>

Eine Versicherung hingegen ist befugt, rechtmässig beschaffte medizinische Unterlagen zu bearbeiten und hierfür externe Sachverständige beizuziehen. Zwar untersteht auch der Arzt, der, ohne in einem Patientenverhältnis zur betroffenen Person zu stehen, ein Aktengutachten erstellt, der Strafbestimmung von Art. 321 StGB, es fehlt jedoch am objektiven Tatbestandselement der Offenbarung eines Geheimnisses, wenn er seinem Auftraggeber ausschliesslich auf der Basis der von diesem zur Verfügung gestellten Unterlagen seine Schlüsse mitteilt.<sup>58</sup>

### 5. *Geheimnisoffenbarung gegenüber der Presse?*

Presseanfragen erfolgen in der Regel nur wenige Tage, wenn nicht gar Stunden vor Veröffentlichung des geplanten Beitrages, man kann sich daher fragen, ob sich der betroffene Arzt allenfalls auf den rechtfertigenden Notstand nach Art. 17 StGB berufen kann.<sup>59</sup> Fraglich ist weiter, ob der Geheimnisschutz nach dem Wortlaut von Art. 321 StGB weiterhin Bestand hat, wenn die Presse bereits mit Details aus dem Behandlungsverhältnis bedient worden ist, und ob aus dem Anrufen der Presse durch die Patientin selbst nicht auf eine konkludente Einwilligung zu schliessen ist.

In der Regel wird der betroffene Arzt jedoch unabhängig von den Antworten auf obige Fragen besser bedient sein, auf das Arztgeheimnis zu verweisen und die anfragenden Journalisten an ihre Pflicht zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte<sup>60</sup> zu ermahnen.

### 6. *Geheimnisoffenbarung als Zeuge in einem gegen Dritte gerichteten Haftpflichtprozess?*

Wird ein Arzt von einem Patienten als Zeuge angerufen, begründet dies gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch eine Befreiung vom Berufsgeheimnis.<sup>61</sup> Der vom Berufsgeheimnis befreite Arzt untersteht in diesem Falle grundsätzlich der Zeugnispflicht,<sup>62</sup> es sei denn, er könne glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.<sup>63</sup>

In BGE 141 II 256 hat das Bundesgericht einer Drittperson, welche sich die Zeugenaussage eines Arztes zunutze machen wollte, ein Beschwerderecht gegen einen ablehnenden Ermächtigungsentscheid der zuständigen Behörde erteilt.

### C. *Umfang der Geheimnisoffenbarung?*

Sowohl die Einwilligung des Patienten wie auch die Ermächtigung durch die Behörde kann beschränkt erfolgen, indem die Personen, gegenüber denen das Geheimnis gelichtet werden darf, oder aber die bekannt zu gebenden Tatsachen genauer bestimmt werden. Auch da, wo eine Geheimnisoffenbarung aufgrund einer Einwilligung oder einer gesetzlichen Grundlage gerechtfertigt ist, ist stets auf die Interessenlage des Patienten Rücksicht zu nehmen und es sind die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten. So ist beispielsweise

<sup>54</sup> Vgl. aber auch die Auffassung des Aargauer Gesundheitsdepartementes unter IV.A. Streng genommen lässt sich die Auffassung vertreten, dass der Patient im Zivilverfahren allenfalls nur einen bestimmten Bereich des Geheimnisses lüften will oder dass die Patientin den Gang des Strafverfahrens nicht selbst bestimmen kann.

<sup>55</sup> Vgl. Urteil des BGER 2C\_503/2011 vom 21. September 2011 E. 2.4 (betr. Anwaltsgeheimnis).

<sup>56</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 2005, publiziert in ZR 2005 N 74; im Urteil des BGER 4A\_200/2016 vom 5. Oktober 2017 E. 3 musste das Bundesgericht die Verwertbarkeit (gestützt auf Art. 152 Abs. 2 ZPO, rechtswidrig beschaffte Beweismittel) eines Gutachtens beurteilen, welches gestützt auf Aussagen diverser behandelnder Ärzte erstellt worden war, wobei der Patient nur einen Teil davon vom Arztgeheimnis entbunden hatte. Im konkreten Fall hatte das kantonale Gericht ausgeführt, es habe das Gutachten beurteilt, ohne die darin eingeflossenen Aussagen der nicht entbundenen Ärzte zu beachten, was das Bundesgericht als genügend beurteilte, zumal der Beschwerdeführer die durch die Vorinstanz gezogenen Schlüsse nicht anfocht.

<sup>57</sup> Für Gutachten im Bereich der Sozialversicherung vgl. KIESER (Fn. 8); Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB160142 vom 30. August 2016, publiziert in JAR 2018, 583.

<sup>58</sup> Urteil des Kreisgerichts St. Gallen ST.2005.99-SG2E-CAC, ST2005.100-SG2E-CAC, ST.2005.101-SG2E-CAC, ST.2003.40156 vom 1. Dezember 2005, publiziert in SG 2006 Nr. 1586, sowie Urteil des Obergerichts

des Kantons Bern SK-Nr. 2006/363 vom 18. Januar 2007, publiziert in SG 2008 Nr. 1603.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu auch HEIDI AFFOLTER-EIJSTEN, Die Stellung des Arztes im Strafverfahren, AJP 1997, 565, 573 f.

<sup>60</sup> Insbesondere durch Unkenntlichkeit.

<sup>61</sup> BGE 97 II 369.

<sup>62</sup> BGE 97 II 369.

<sup>63</sup> Art. 177 StPO, Art. 166 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO.



se die Datensicherheit zu gewährleisten und es ist nur das Nötige und Zweckmässige zu offenbaren<sup>64</sup>, wobei es – gemäss den obigen Ausführungen – dem Arzt jedoch gestattet sein muss, die Relevanz einzelner Sachverhaltselemente mit seinem Anwalt zu erörtern.

## V. Fazit und Empfehlungen

Das Arztgeheimnis ist für das Gesundheitswesen zweifellos von grosser Bedeutung. Es darf daher nur mit Zurückhaltung und nicht leichtfertig davon abgewichen werden.

Doch auch der zur Geheimhaltung verpflichtete Arzt hat, wie jeder Mensch, ein Anrecht darauf, sich zu verteidigen und seine Rechte zu wahren. Es muss ihm insbesondere erlaubt sein, sich gegen Vorwürfe und Forderungen zu wehren und sich hierbei durch seinen Anwalt und seine Haftpflichtversicherung unterstützen zu lassen. Dieses Recht lässt sich für den Kontakt mit dem Anwalt aus der Bundesverfassung bzw. der EMRK für den Kontakt mit der Haftpflichtversicherung aus der Versicherungspflicht ableiten.

Angesichts der kantonal sehr uneinheitlichen Praxis und um unliebsamen Überraschungen und langwierigen Prozessen vorzubeugen, ist der Arzt dennoch gut beraten, zurückhaltend vorzugehen und Erstanfragen

in anonymisierter Form vorzunehmen. Die angerufene Rechtsanwältin und der Sachbearbeiter der Haftpflichtversicherung sollten bei jedem Erstkontakt vorab die Frage des Arztgeheimnisses thematisieren und dem Arztgeheimnis unterliegende Informationen nur mit Bedacht bzw. mit Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit<sup>65</sup> verwenden.

Wird eine Ärztin von einem Patienten mit konkreten Forderungen oder Vorwürfen konfrontiert, empfiehlt es sich, diesen umgehend um eine schriftliche Einwilligung zur Geheimnisbekanntgabe zu ersuchen. Wird die Einwilligung durch den Patienten verweigert oder ist das Einholen einer entsprechenden Entbindung nicht möglich, beispielsweise weil der Patient verstorben oder urteilsunfähig ist und Forderungen oder Vorwürfe von Drittpersonen an den Arzt herangetragen werden, sollte sich dieser stets an die kantonalen Aufsichtsbehörden wenden.

Abschliessend und ganz allgemein gilt: Ein Patient, der sich lediglich auf das Arztgeheimnis beruft, um die Stellung einer Ärztin im Verfahren zu schwächen, bedient sich eines Rechtsinstituts in zweckwidriger Art und Weise und begeht damit einen Rechtsmissbrauch i.S. von Art. 2 Abs. 2 ZGB.<sup>66</sup> Gleiches gilt jedoch auch für den Arzt, der das Arztgeheimnis zu seinem eigenen Schutz anrufen will.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> Vgl. hierzu auch AFFOLTER-EIJSTEN (Fn. 59), 565, 573 f.

<sup>65</sup> Art. 12 lit. a BGFA, für einen Anwendungsfall bezüglich Bankkunden-geheimnis vgl. Urteil des BGer 6B\_247/2019 vom 22. Juni 2020 E. 2.2.

<sup>66</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_503/2011 vom 21. September 2011 E. 2.4.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 171 Abs. 2 und 3 StPO; «Le secret professionnel du médecin n'est pas un droit ou un privilège constitué en sa faveur, lorsque celui qui a droit au secret, c'est-à-dire celui qui l'a confié et qui en est le maître, délie la personne qui le détient, cette personne doit parler si un intérêt supérieur ne s'y oppose pas» (vgl. Urteil des Cour de Justice GE vom 2. Dezember 1977, SJ 1978, 561); zum Umgang mit Patientendaten in einem gegen den Arzt geführten Strafverfahren vgl. auch BGE 141 IV 77 m.w.H.