

Regina E. Aebi-Müller

Patientendaten und Persönlichkeitsschutz

Aktuelle Fragestellungen aus der Sicht einer Zivilrechtlerin

Patientendaten werden durch den Gesetzgeber spezifisch geschützt, weil ihre Bekanntgabe an Dritte für den Betroffenen besondere Gefahren birgt. Solche Gefahren bestehen nicht nur bei der Datenbearbeitung durch Unternehmen und Forschende, vielmehr kann das Bekanntwerden von Gesundheitsdaten auch im sozialen Näheverhältnis einschneidende Konsequenzen haben. Die Autorin erläutert anhand aktueller Problemstellungen (Vertretungsrechte Angehöriger, Melderechte im Erwachsenenschutz und postmortale Schutzlücken), wo der Gesetzgeber das Konzept der Einwilligung des Patienten in die Datenbearbeitung übergeht und welche Konsequenzen dies hat.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht, Datenschutz, Personenrecht, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Zitiervorschlag: Regina E. Aebi-Müller, Patientendaten und Persönlichkeitsschutz, in: Jusletter 27. April 2020

Inhaltsübersicht

1. Einleitung und Problemstellung
2. Grundsätzliches zur persönlichkeitsrechtlichen Einordnung von Gesundheitsinformationen
 - 2.1. Allgemeines zum Schutzbedürfnis bei personenbezogenen Informationen
 - 2.2. Insbesondere zum Arzt-Patienten-Verhältnis
 - 2.3. Einwilligung und Widerruf als Steuerungsinstrumente
3. Durchbrechung der Selbstbestimmung: Ausgewählte Einzelfragen
 - 3.1. Mitteilung von Gesundheitsdaten an Angehörige des Patienten
 - 3.1.1. Übersicht
 - 3.1.2. Urteilsunfähiger Patient: Gesetzliche Vertretung durch Angehörige
 - 3.1.3. Urteilsfähiger Patient: Vermutung der Einwilligung zur Bekanntgabe von Gesundheitsdaten an Angehörige?
 - 3.1.4. Zwischenergebnis
 - 3.2. Melderechte und Meldepflichten im Erwachsenenschutzrecht
 - 3.2.1. Ausgangslage
 - 3.2.2. Das System der Melderechte im Erwachsenenschutzrecht des ZGB
 - 3.2.2.1. Gefährdungsmeldung
 - 3.2.2.2. Kantonalrechtliche Melderechte und -pflichten
 - 3.2.2.3. Mitwirkungspflicht in einem hängigen erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren
 - 3.2.2.4. Zusammenarbeitspflicht und Melderecht bei ernsthafter Gefahr
 - 3.2.3. Die Meldepflicht des Beauftragten nach Art. 397a OR
 - 3.2.3.1. Grundsätzliches
 - 3.2.3.2. Meldepflicht erst nach formeller Entbindung vom Berufsgeheimnis?
 - 3.2.4. Melderechte und -pflichten in arbeitsteiligen Organisationen
 - 3.2.5. Zwischenergebnis
 - 3.3. Patientendaten nach dem Tod des Patienten
 - 3.3.1. Ausgangslage: Kein postmortaler Persönlichkeitsschutz, aber...
 - 3.3.2. Strafrecht: Strafbarkeit endet nicht mit dem Tod des Geheimnisherrn
 - 3.3.3. Erbrecht: Keine Vererblichkeit höchstpersönlicher Rechte
 - 3.3.4. Datenschutzrecht: Kein Auskunftsanspruch von Erben oder Angehörigen (?)
 - 3.3.5. Rechtsprechung
 - 3.3.6. Zwischenergebnis
4. Schlusswort

1. Einleitung und Problemstellung

[1] Das Verhältnis zwischen dem Datenschutzrecht einerseits und dem Persönlichkeitsschutz des ZGB andererseits ist nicht abschliessend geklärt.¹ Einigkeit besteht immerhin insoweit, als das Datenschutzrecht nicht Daten schützt, sondern dem Schutz der Persönlichkeit des Einzelnen dient (Art. 1 DSG). Das Datenschutzrecht wird insofern verstanden als spezifische persönlichkeitsrechtliche Antwort auf moderne Speicher-, Verarbeitungs- und Kombinationsmöglichkeiten von personenbezogenen Daten, die eine besondere Bedrohung für die Persönlichkeit bedeuten. Der vorliegende Beitrag wendet sich nicht diesen in besonderem Mass mit der elektronischen Datenverarbeitung verbundenen Bedrohungen zu, sondern fokussiert auf die Frage, inwiefern

¹ Vgl. dazu u.a. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, Rz. 611 ff.

Patientendaten – und zwar auch wenn sie nicht elektronisch verarbeitet werden – für den Persönlichkeitsschutz des Patienten von Bedeutung sind.

[2] Persönlichkeitsverletzungen im Umfeld von Patientendaten können sehr unterschiedliche Handlungen als Ausgangspunkt haben. Im Vordergrund steht nachfolgend einerseits die **Be-kanntgabe** von Patientendaten (in Abgrenzung zur Erhebung, Speicherung, Auswertung und weiteren Formen der Datenbearbeitung). Andererseits werden mit Bezug auf die Adressaten dieser Informationen insbesondere persönliche Nähebeziehungen sowie erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen beleuchtet, d.h. es wird der Frage nachgegangen, was die Offenbarung von Gesundheitsinformationen für die **Beziehungsgestaltung im Patientenumfeld** und die konkrete Lebensgestaltung bedeutet. Die Offenbarung von Gesundheitsdaten an Angehörige und Erwachsenenschutzbehörden ist in besonderem Mass geeignet, den Betroffenen daran zu hindern, seine Individualität nach eigenen Wünschen zu entfalten und sein Leben und seine zwischenmenschlichen Beziehungen nach persönlichen Präferenzen zu gestalten. Und zugleich wird das Prinzip der informationellen Selbstbestimmung in besonderem Mass durchbrochen, wie im Folgenden näher darzulegen ist.

2. Grundsätzliches zur persönlichkeitsrechtlichen Einordnung von Gesundheitsinformationen

2.1. Allgemeines zum Schutzbedürfnis bei personenbezogenen Informationen

[3] Es gibt **verschiedene Theorien** dazu, was personenbezogene Informationen schützenswert macht und warum der Umgang mit diesen Daten persönlichkeitsverletzend sein kann. Im Folgenden wird auf diese Theorien nicht in allgemeiner Form eingegangen, vielmehr werden nur zwei Sichtweisen, die besonders überzeugend erscheinen, kurz vorgestellt und anschliessend deren Übertragung auf das Arzt-Patienten-Verhältnis angeregt. Das Ergebnis dieser Überlegungen hat der Gesetzgeber im Datenschutzgesetz sozusagen vorweggenommen: Daten über die Gesundheit einer Person sind nach Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSG «besonders schützenswert»,² was impliziert, dass deren Bearbeitung in besonderem Mass geeignet ist, eine Persönlichkeitsverletzung herbeizuführen.

[4] Zieht man zur Begründung der Schutzwürdigkeit personenbezogener Informationen den **rollentheoretischen Ansatz** bei,³ wird betont, dass der Einzelne in einem bestimmten Umfeld eine selektive Informationsweitergabe anstrebt, die sich daran orientiert, welche Rolle er in diesem Umfeld wahrnimmt. Als Ehepartner und Elternteil teilt der Einzelne andere persönliche Informationen mit als er dies tut, wenn er beispielsweise als Professor seine Studierenden unterrichtet, seinem Hobby nachgeht oder als Vereinspräsident waltet. Die nicht konsentierte, unkontrollierte und damit aus Sicht des Betroffenen dysfunktionale Weitergabe von Informationen hat zur Folge, dass die selektive Wahrnehmung im jeweiligen Umfeld nicht mehr aktiv gesteuert werden kann. Die Rollentheorie trägt m.a.W. richtigerweise dem Umstand Rechnung, dass sich das Le-

² Mit Recht kritisch zur abstrakten Kategorisierung u.a. BEAT RUDIN, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Bern 2015, N 20 f. zu Art. 3 DSG (zit. SHK-BAERISWYL/PÄRLI); zum Begriff der Gesundheitsdaten u.a. PHILIPPE MEIER, Protection des données, Bern 2011, Rz. 486 ff.

³ Dazu AEBI-MÜLLER (Fn 1), Rz. 638 ff.

ben des Einzelnen in verschiedenen sozialen Teilsystemen entfaltet und die Abgrenzung dieser Teilsysteme durch Offenbarung personenbezogener Daten erschwert oder verunmöglicht wird.⁴

[5] Noch überzeugender erscheint der Ansatz, **Privatheit als Voraussetzung der Autonomie** zu begreifen.⁵ Die Möglichkeit, die Offenbarung von personenbezogenen Informationen zu steuern, ermöglicht danach erst die persönliche und freie (d.h. auch: durch die Meinung Dritter unbeeinflusste) Lebensgestaltung, die Steuerung von Beziehungen zu konkreten Dritten (Angehörige, Arbeitskollegen usw.) und die Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit. Beziehungen können nur dann gestaltet werden, wenn die beteiligten Personen Informationen über sich selber zurückhalten oder gezielt offenbaren können – soziale Beziehungen (persönlicher oder rechtlicher Natur) werden wesentlich reguliert durch die Informationen, die mitgeteilt oder verschwiegen werden. Kann der Einzelne nicht selber über diesen Informationsfluss bestimmen, verliert er seine Autonomie in der Beziehungsgestaltung. Da dem Einzelnen die Beziehungen in seinem nächsten familiären Umfeld regelmässig wichtig sind, erhellt daraus, dass eine nicht konsentierte und damit unkontrollierte Offenbarung im Umfeld der Angehörigen besonders einschneidend ist.

[6] Aus beiden Theorien ergibt sich, dass es für den Einzelnen und seine Lebensgestaltung einen erheblichen Unterschied ausmacht, **wer konkret von persönlichen Informationen erfährt**. Es ist daher nicht verwunderlich, dass in der Gerichtspraxis die Einsichtnahme eines Arztes in Patientenakten als weniger schwerwiegend beurteilt wird als die Einsichtnahme Angehöriger (dazu hinten, Rz. 56).

2.2. Insbesondere zum Arzt-Patienten-Verhältnis

[7] Gesundheitsinformationen werden als **besonders persönlichkeitsnahe Daten** in aller Regel nur selektiv Dritten mitgeteilt. Angaben über die physische und psychische Gesundheit, ansteckende oder leistungsbeeinträchtigende Erkrankungen oder Verletzungen, das Meiden oder Inanspruchnehmen bestimmter Gesundheitsdienstleistungserbringer, spezifische Behandlungen und Behandlungsverweigerungen sind oftmals auch geeignet, (zutreffende oder unzutreffende) **Rückschlüsse auf andere Persönlichkeitsmerkmale** nahezulegen, beispielsweise auf die Ausübung gefährlicher Sportarten, Ernährungsgewohnheiten, sexuelle Praktiken, religiöse oder weltanschauliche Ansichten. Damit wiegt die Bekanntgabe solcher Informationen nochmals schwerer und ist in besonders hohem Masse geeignet, die Wahrnehmung des Betroffenen durch Dritte (positiv oder negativ) und damit dessen persönliches und rechtliches Beziehungsgefüge zu beeinflussen. Kann der Patient nicht steuern, wer Einsicht in die Patientenakte erhält oder von einer bestimmten Diagnose erfährt, so wird er daher in seiner autonomen Beziehungsgestaltung – sowohl im sozialen Nahbereich wie auch in der Gestaltung vertraglicher (arbeitsvertraglicher, versicherungsvertraglicher usw.) Beziehungen – erheblich gestört.

[8] Für die Diagnose und die Behandlung ist eine **Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient** nun allerdings von zentraler Bedeutung. Teilt der Patient dem Arzt wesentliche Informationen (z.B. über bestimmte gesundheitsrelevante Verhaltensweisen, über die vorhandene oder fehlende Compliance bei der Einnahme verschriebener Arzneimittel usw.) nicht mit, weil er einen Vertraulichkeitsbruch befürchtet, so hat dies unmittelbare Auswirkungen auf Qualität und

⁴ AEBI-MÜLLER (Fn 1), Rz. 639 f.

⁵ AEBI-MÜLLER (Fn 1), Rz. 646 ff.

Erfolg der Behandlung. Im unmittelbaren Arzt-Patienten-Verhältnis geht es dabei weniger um die Gestaltung gerade dieser Beziehung durch Regulierung von Information, sondern vielmehr um die Gewissheit des Patienten, dass (rechtliche und persönliche) Beziehungen zu *anderen* Personen als dem Arzt (u.a. Angehörige) nicht durch ein Bekanntwerden intimer Informationen beeinflusst oder gar gefährdet werden. Insofern hat der Schutz von Patientendaten mehrere Zweckrichtungen:⁶

- Zunächst einmal soll aus den eben genannten Gründen die **Privat- und Geheimsphäre des einzelnen Patienten** geschützt werden.
- Zudem soll mit der Geheimhaltungspflicht des Arztes das **Vertrauen in den Berufsstand** gestärkt werden, weil die Ausübung des Arztberufes auf dieses Vertrauen angewiesen ist. So betrachtet hat auch die Ärzteschaft ein Interesse an einem wirksamen Geheimnisschutz.⁷
- In grössererem Zusammenhang gesehen würde ein beeinträchtigtes Vertrauen in Ärzte auch das Rechtsgut der **öffentlichen Gesundheit** beeinträchtigen.⁸ Besonders evident ist dies im Kontext ansteckender Krankheiten.

[9] Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber das Berufsgeheimnis des Arztes in besonderer Weise betont und geschützt: Neben den allgemeinen Rechtsgrundlagen u.a. in Art. 28 ZGB, der eidgenössischen und kantonalen Datenschutzgesetzgebung und der auftragsrechtlichen Treuepflicht (Art. 398 OR), finden sich **spezifische Regelungen zum Schutz von Gesundheitsdaten** im Arzt-Patienten-Verhältnis, namentlich in Art. 321 StGB, Art. 40 lit. f MedBG⁹ sowie in zahlreichen kantonalen Gesundheitsgesetzen, Patientenreglementen usw. Für spezifische Bereiche der Medizin finden sich nochmals konkretisierte Normen, u.a. im Bereich der Humanforschung und der Genetik.¹⁰

2.3. Einwilligung und Widerruf als Steuerungsinstrumente

[10] Ausgangspunkt der erwähnten gesetzlichen Regeln ist die im strafrechtlichen Berufsgeheimnis besonders deutlich zum Ausdruck gebrachte Vermutung, dass die Mitteilung von vertraulichen gesundheitsbezogenen Gesundheitsdaten an Dritte regelmässig und dem Grundsatz nach widerrechtlich ist. Wer Gesundheitsdaten an Dritte weitergibt, muss sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen können. Wichtigster Rechtfertigungsgrund für das Offenbaren von Gesundheitsdaten an Dritte ist die **Einwilligung des Patienten** (Art. 28 Abs. 2 ZGB, Art. 321 Ziff. 2

⁶ Vgl. zu den Zweckrichtungen des strafrechtlichen Berufsgeheimnisses STEFAN TRECHSEL/MARK VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), *Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2018, N 1 zu Art. 321 StGB; ausführlich JULIAN MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners im schweizerischen Strafvollzug aus strafrechtlicher Sicht*, ZStStr Band 55, Zürich 2010, S. 43 ff.

⁷ MAUSBACH (Fn 6), S. 46.

⁸ Vgl. die Hinweise im Urteil des Bundesgerichts 2C_37/2018 vom 15. August 2018 E. 6.2.3.

⁹ Die Bestimmung stellt allerdings keinen eigenständigen Geheimnisschutz dar, vielmehr handelt es sich um einen «dynamischen Verweis auf die jeweils geltende Schweizer Rechtsordnung», Urteil des Bundesgerichts 2C_37/2018 vom 15. August 2018 E. 6.2.1.

¹⁰ Für eine gründliche Übersicht über die Bestimmungen im internationalen und nationalen Recht, die sich mit dem Schutz von Patientendaten befassen, siehe AGNES HERTIG PEA, *La protection des données personnelles médicales est-elle efficace?*, Etude des moyens d'action en droit suisse, Diss. Neuchâtel 2013, Basel 2013, 54 ff.

StGB, Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 5 DSG).¹¹ Daneben kommen nur in seltenen Fällen andere Rechtfertigungsgründe (überwiegender Interesse, Gesetz) in Betracht. Die Einwilligung des Patienten muss dabei nach allgemeinen Regeln des Persönlichkeitsschutzes hinreichend konkret sein.¹² Sie muss sich daher grundsätzlich auf bestimmte Gesundheitsdaten beziehen und auf die Bekanntgabe an einen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis.¹³ Die Einwilligung bedarf daher auch der angemessenen Information, damit sich der Patient ein Bild darüber machen kann, welche konkreten Auswirkungen die Datenbearbeitung haben kann.¹⁴ Die Einwilligung muss so dann freiwillig erfolgen¹⁵ und sie kann jederzeit widerrufen werden.¹⁶ Dies ergibt sich in allgemeiner Form schon aus Art. 27 ZGB.¹⁷

[11] Mit der Einwilligung in die Datenweitergabe und mit dem Widerruf einer solchen Einwilligung gelangt der Patient, so jedenfalls die Theorie, in die Position, selber präzise steuern zu können, wer über welche Gesundheitsinformationen verfügt und wer nicht. Dahinter steht die (mehr oder weniger deutlich ausformulierte) Vorstellung des Gesetzgebers, dass der Patient letztlich die **Herrschaft über seine Gesundheitsdaten** haben soll und die Vorstellung, dass er zur Wahrnehmung dieser Herrschaft auch tatsächlich in der Lage ist.

[12] In jüngster Zeit wurde dieses Konzept verschiedentlich konkretisiert. So verfügt der Patient beispielsweise im Kontext des elektronischen Patientendossiers über zahlreiche Möglichkeiten, um die Inhalte und Zugriffsberechtigung zu steuern. Ob diese Möglichkeiten vom Durchschnittsbürger wirklich informiert und sinnvoll genutzt werden können, ist eine andere Frage, der hier nicht nachgegangen werden soll. Auch im Bereich des Humanforschungsrechts finden sich detaillierte Regelungen zur Einwilligung. Auch hier kann fraglich sein – insbesondere im Zusammenhang mit dem sog. Generalkonsent – ob der Einzelne die mit der einfachen Unterschrift unter eine Einwilligungserklärung verbundenen Konsequenzen tatsächlich zu überschauen vermag. Als drittes Beispiel sind Einwilligungserklärungen im Zusammenhang mit genetischen Untersuchungen genannt. In all diesen Konkretisierungen des Prinzips der Einwilligung im Umgang mit Patientendaten geht der Gesetzgeber selbstverständlich davon aus, dass der Patient in der Lage ist, selbstbestimmt den Informationsfluss zu lenken und wohlüberlegt Gesundheitsdaten nur, aber immerhin, an ganz bestimmte Dritte preiszugeben.

¹¹ Exemplarisch DOMINIQUE MANAÏ, *Droits du patient face à la biomédecine*, 2. Aufl., Bern 2013, 140 ff.

¹² MANAÏ (Fn 11), 140.

¹³ Dazu RAPHAËL HAAS, *Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB*, Diss. Luzern 2007, Zürich 2007, Rz. 807 ff.

¹⁴ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, *Arztrecht*, Bern 2016, § 9, Rz. 64; DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen*, 2. Aufl., Zürich 2018, N 67 f. und 72 ff. zu Art. 4 DSG; BRUNO BAERISWYL, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Bern 2015, N 59 ff. zu Art. 4 DSG (zit. SHK-BAERISWYL).

¹⁵ Ausführlich dazu MEIER (Fn 2), Rz. 851 ff.

¹⁶ MEIER (Fn 2), Rz. 840 ff.

¹⁷ Exemplarisch zum Datenschutzrecht: ROSENTHAL/JÖHRI (Fn 14), N 93 und 104 ff. zu Art. 4 DSG; CORRADO RAMPINI, in: *Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz*, 2. Aufl., Basel 2006, N 14 zu Art. 13 DSG. Zum Zivilrecht: HAAS (Fn 13), Rz. 800.

3. Durchbrechung der Selbstbestimmung: Ausgewählte Einzelfragen

[13] Nach dem bisher Gesagten könnte man den Eindruck gewinnen, der Patient habe – sofern er seine Möglichkeiten denn auch tatsächlich nutzt – grundsätzlich stets die Möglichkeit, die Offenbarung von Gesundheitsdaten an Dritte zu verhindern. Nur ganz ausnahmsweise könnte diese Selbstbestimmung dann durchbrochen werden, wenn ein Dritter ein überwiegendes Interesse an ganz bestimmten Informationen nachzuweisen vermag. Bei näherem Hinsehen zeigt sich nun allerdings, dass diese Annahme voreilig wäre. Tatsächlich gibt es verschiedenste Durchbrechungen des Einwilligungskonzepts. Nachfolgend sollen drei aktuelle Bereiche, in denen vom Konzept der Selbstbestimmung des Patienten bewusst abgewichen wird, angeschnitten werden. Die drei Bereiche weisen keinen besonderen inneren Zusammenhang auf, sie wurden deshalb ausgewählt, weil sie nach hier vertretener Ansicht in besonderem Mass die konkrete Lebens- und Beziehungsgestaltung des Patienten betreffen können und in Lehre und Rechtsprechung zu wenig aufgearbeitet sind bzw. regelmässig Fragen aufwerfen. In allen drei Bereichen geht es nicht um die im Datenschutzrecht besonders bedeutsame elektronische Bearbeitung von Daten, deren Verknüpfung und dauerhafte Speicherung, sondern vielmehr um eine Information im sozialen Nahraum des Patienten:

- Gesetzliche Angehörigenvertretung (= keine bewusste Steuerung durch Patienten)
- Kindes- und Erwachsenenschutzrecht: Melderechte und -pflichten (auch gegen den Willen des Betroffenen, mit womöglich einschneidenden Folgen)
- Eingeschränkter postmortaler Persönlichkeitsschutz (als zeitliche Begrenzung der Steuerungsmöglichkeiten, die auch die Beziehungen zu Lebzeiten betreffen kann)

3.1. Mitteilung von Gesundheitsdaten an Angehörige des Patienten

3.1.1. Übersicht

[14] Dieser erste Fokus des Beitrages ist einerseits der kürzeste und rechtlich einfachste. Zugleich ist er aber auch – mit Blick auf Durchbrechungen des Prinzips der Steuerung der Datenbekanntgabe durch den Betroffenen – der vielleicht eindrücklichste, zumal die Bekanntgabe von Gesundheitsinformationen an nahe Angehörige den Betroffenen in seinem nächsten Lebensumfeld betrifft. Dabei werden im Folgenden nur zwei Problemfelder angesprochen:¹⁸ Erstens die gesetzliche Angehörigenvertretung bei urteilsunfähigen Patienten, die eine entsprechende Aufklärung impliziert (sogleich, Ziff. 3.1.2), und zweitens die in der Praxis häufig vorkommende, teilweise gar durch kantonale Gesetzgebung «abgesegnete» Informationsteilung an beliebige, mehr oder weniger nahestehende Angehörige unabhängig von einer konkreten Notwendigkeit und einem nachgewiesenen oder mutmasslichen Patientenwillen (hinten, Ziff. 3.1.3).

¹⁸ Ausgeklammert bleiben insbesondere die Fragen nach einem überwiegenden Informationsinteresse von Angehörigen (z.B. bei einer ansteckenden Geschlechtskrankheit des Patienten) sowie nach genetischen Erkrankungen und Prädispositionen, die Blutsverwandte des Betroffenen mitbetreffen können. Zu beiden Themen gibt es eine Fülle an einschlägiger Literatur.

3.1.2. Urteilsunfähiger Patient: Gesetzliche Vertretung durch Angehörige

[15] Nicht nur die Datenbekanntgabe, auch die Behandlung als solche stellt einen grundsätzlich widerrechtlichen Eingriff in die Persönlichkeit dar. Dieses Konzept, das das Skalpell des Arztes gewissermassen dem Messer des Mörders gleichsetzt,¹⁹ wird zwar punktuell immer wieder in Frage gestellt, hat sich aber in der Praxis etabliert und wird jedenfalls im Zivilrecht²⁰ auch von einer grossen Mehrheit der Lehre geteilt. Es ist anerkannt, dass der ärztliche Heileingriff – von wenigen Ausnahmen, auf die hier nicht einzugehen ist, abgesehen – nur rechtmässig ist, wenn eine aufgeklärte Einwilligung vorliegt. Da die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung ein relativ höchstpersönliches Recht i.S.v. Art. 19c ZGB ist,²¹ genügt es, wenn der Patient urteilsfähig ist – volle Handlungsfähigkeit ist nicht erforderlich. Fehlt allerdings die Urteilsfähigkeit mit Bezug auf den Behandlungssentscheid, ist für den rechtmässigen Heileingriff grundsätzlich²² ein Vertreterentscheid nötig. Das neue Erwachsenenschutzrecht hat für diese Sachlagen eine gesetzliche Vertretungsbefugnis eingeführt, die vergleichbar ist mit der Vertretung des urteilsunfähigen Kindes durch seine sorgeberechtigten Eltern. Art. 378 ZGB sieht eine ganze Kaskade von Vertretungsberechtigten vor. Dabei steht zwar an erster Stelle der durch den Patienten vorgängig im urteilsfähigen Zustand eingesetzte Vertreter, an zweiter Stelle der behördlich eingesetzte Beistand.²³ Hat der Patient jedoch nichts vorgekehrt und existiert auch keine Beistandschaft mit Bezug auf medizinische Belange – regelmässig trifft beides zu –, so sind bestimmte Angehörige in einer bestimmten Reihenfolge von Gesetzes wegen, ohne weiteres Zutun des Patienten, zur Vertretung berechtigt. Zur Ausübung des Vertretungsrechts bedürfen sie gewisser Informationen, und diese sollen nun, ebenfalls von Gesetzes wegen, durch den Arzt vermittelt werden. Art. 377 ZGB, der den harmlosen Randtitel «Behandlungsplan» trägt, berechtigt und verpflichtet den Arzt dazu, «die vertretungsberechtigte Person über alle Umstände [aufzuklären], die im Hinblick auf die vorgesehenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind, insbesondere über deren Gründe, Zweck, Art, Modalitäten, Risiken, Nebenwirkungen und Kosten, über Folgen eines Unterlassens der Behandlung sowie über allfällige alternative Behandlungsmöglichkeiten.»

[16] Während der Arztrechtler über diese im schweizerischen Recht erstmalige gesetzliche Verankerung der Aufklärungsinhalte frohlockt, stockt der auf Daten- und Persönlichkeitsschutz bedachten Juristin erst einmal der Atem. Denn selbst wenn die innerfamiliären Beziehungen tatsächlich so intakt sind, wie der Gesetzgeber sich das beim Erlass der Vertretungsregeln vorgestellt hat, so muss das nicht bedeuten, dass der Patient die Weitergabe seiner Patientendaten an die Angehörigen gutheisst. Nicht selten will der Patient gerade seine Nächsten vor schwierigen Gesprächen und Informationen schützen – ja, vielleicht hat er sogar selber das «Nichtwissen» vorgezogen, trotz oder sogar wegen eindeutiger Anzeichen einer schweren Erkrankung. Und nun wird der Arzt also pauschal und uneingeschränkt und ohne einen Hinweis auf einen mutmasslichen Willen des Patienten nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, «alle» medizinischen Umstände gegenüber dem Angehörigen offenzulegen. Der Patient selber, urteilsunfähig wie er ist,

¹⁹ Vgl. HEINRICH HONSELL, Einleitung, in: Honsell et al. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 15.

²⁰ Zur Argumentation im Strafrecht siehe AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG (Fn 14), § 8, Rz. 33 ff.

²¹ Exemplarisch BGE 134 II 235.

²² Ausgenommen ist der vergleichsweise seltene Fall der sog. hypothetischen Einwilligung, dazu u.a. HAAS (Fn 13), Rz. 925 ff.

²³ Zum Informationsrecht des Beistandes ausführlich KURT AFFOLTER-FRINGELI, Auskunftspflicht des Arztes gegenüber Beistand, ZKE 2018, S. 114 ff.

hat kein Vetorecht (mehr), er hat auch nicht vorgängig zugestimmt, es ist ihm gewissermassen einfach passiert, dass er urteilsunfähig geworden und nunmehr auf Vertretung angewiesen ist.

[17] Ich möchte hier nicht den Eindruck erwecken, dass dieses Vorgehen immer falsch ist, und ich gebe offen zu, dass ich auch nicht kluge Alternativen bieten kann. Aber es fällt auf, dass hier doch sehr pauschal und überaus weitgehend das Berufsgeheimnis des Arztes wegbricht in dem Moment, in dem der Patient seine Urteilsfähigkeit verliert und damit besonders vulnerabel ist.²⁴ Dabei ist in der erwachsenenschutz- und strafrechtlichen Literatur meines Wissens unbestritten, dass im Kontext des Vertreterentscheids der Vertreteraufklärung keine Entbindung vom Arztgeheimnis eingeholt werden muss.²⁵ Dies entspricht auch der medizinischen Praxis. Das ist eigentlich aus Sicht des Daten- bzw. Persönlichkeitsschutzes schon sehr erstaunlich, wenn man sich die grosse Zahl der nach Art. 378 Abs. 2 ZGB vertretungsberechtigten Personen vor Augen führt und dazu die Erfahrungstatsache, dass sich im Berufsalltag die behandelnden Ärzte kaum die Mühe nehmen abzuklären, ob die Voraussetzungen der Vertretungsbefugnis bei den (mehr oder weniger zufällig) gerade am Krankenbett anwesenden Angehörigen tatsächlich erfüllt sind.

3.1.3. Urteilsfähiger Patient: Vermutung der Einwilligung zur Bekanntgabe von Gesundheitsdaten an Angehörige?

[18] In vielen Fällen mag die Information der Angehörigen des urteilsunfähigen Patienten sachgerecht sein, vielleicht sogar vom mutmasslichen Willen des Patienten gedeckt. Wie steht es aber um den urteilsfähigen Patienten? Erstaunlicherweise wird auch hier das Einwilligungsprinzip nicht selten durchbrochen.

[19] Mit Bezug auf den **zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz** sowie das **strafrechtliche Berufsgeheimnis** des Arztes ist anerkannt, dass nicht zwingend die *ausdrückliche* Einwilligung des Betroffenen als Rechtfertigungsgrund für das Offenbaren des Geheimnisses²⁶ erforderlich ist. Vielmehr kann die **konkludente Einwilligung** genügen, wenn der Wille, gegenüber einem bestimmten Adressatenkreis auf die Geheimhaltung verzichten zu wollen, durch das Verhalten des Geheimnisherrn hinreichend klar zum Ausdruck gelangt.²⁷ Indessen darf nicht ohne konkrete Hinweise davon ausgegangen werden, dass die Mitteilung an Angehörige des Patienten zulässig ist.²⁸ Fällt es dem Arzt beispielsweise schwer, die fatale Diagnose dem urteilsfähigen Patienten direkt mitzuteilen, so darf er das Patientengespräch nicht umgehen, indem er die Angehörigen

²⁴ Einschränkend ist darauf hinzuweisen, dass der Informationsanspruch vertretungsberechtigter Angehöriger diese nicht dazu berechtigt, stellvertretend den Arzt vom Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB zu entbinden; dies hat jüngst MEIER sorgfältig herausgearbeitet: PHILIPPE MEIER, *Le proche représentant en matière médicale peut-il délier le médecin de son secret professionnel?*, ZKE 2018, S. 455 ff.

²⁵ Exemplarisch: ROLAND FANKHAUSER, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Art. 1–456 ZGB, Zürich 2016, N 4 zu Art. 377 ZGB; OLIVIER GUILLOD/AGNÈS HERTIG PEA, in: Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), *FamKomm*, Erwachsenenschutz, Bern 2013, N 20 und 24 zu Art. 377 ZGB; BENOÎT CHAPPUIS, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code Pénal II*, Basel 2017, N 81 zu Art. 321 StGB; WALTER BOENTE, in: *Zürcher Kommentar, Der Erwachsenenschutz*, Zürich 2015, N 53 zu Art. 377 ZGB.

²⁶ Zur Tathandlung des Art. 321 StGB siehe u.a. TRECHSEL/VEST (Fn 6), N 23 zu Art. 321 StGB.

²⁷ TRECHSEL/VEST (Fn 6), N 28 zu Art. 321 StGB; CR CP II-CHAPPUIS (Fn 25), N 144 zu Art. 321 StGB; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 83.

²⁸ CR CP II-CHAPPUIS (Fn 25), N 75 zu Art. 321 StGB; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 120.

an Stelle des Patienten informiert. Und Angehörige dürfen auch nicht zusätzlich zum Patienten informiert werden, wenn keine klaren Hinweise darauf vorliegen, dass der Patient dies wünscht. [20] Nochmals heikler ist die Rechtslage auf den ersten Blick aus **datenschutzrechtlicher Perspektive**. Im Anwendungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes ist Art. 4 Abs. 5 DSG zu beachten, wonach die Einwilligung zur Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten – wozu Gesundheitsdaten gehören (Art. 3 lit. c DSG) – der **ausdrücklichen Einwilligung** der betroffenen Person bedarf. Was bedeutet dies konkret? Erfüllt der Arzt lediglich den Behandlungsauftrag und ergibt sich die Datenbekanntgabe direkt aus dem Behandlungszweck (beispielsweise Instruktion der Pflegefachpersonen), ist diesbezüglich keine ausdrückliche Einwilligung erforderlich.²⁹ Ausdrücklichkeit bedeutet auch nicht unbedingt, dass der Patient selber sprechen oder unterzeichneten muss – die Datenbearbeitung als solche muss ausdrücklich kommuniziert werden.³⁰ Da die Information von Angehörigen in aller Regel nicht direkt mit der Behandlung zusammenhängt und dafür nicht erforderlich ist, drängt sich aus datenschutzrechtlicher Perspektive regelmässig eine – allenfalls auch nur ganz knappe – Absprache auf, etwa in dem Sinn, dass der Arzt bei der Visite den Patienten fragt, ob er die Angehörigen informieren dürfe. Bringt der Patient selber Angehörige mit zum Arztgespräch, so liegt nach hier vertretener Auffassung schon gar keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn der Arzt in Gegenwart dieses Angehörigen mit dem Patienten über Diagnose und Behandlung ein Gespräch führt. Selbst eine mutmassliche Einwilligung scheidet nach hier vertretener Auffassung beim urteilsunfähigen Patienten nicht aus, sofern davon ausgegangen werden kann, der Betroffene hätte die Datenbekanntgabe gewollt.³¹ Gegebenenfalls kann auch mit dem überwiegenden Interesse der betroffenen Angehörigen argumentiert werden,³² sind diese doch oftmals unmittelbar von einer akuten Krankheits- und Sterbesituation betroffen und müssen in der Lage sein, die entsprechenden Vorkehrungen (Organisation eines Pflegeplatzes, wenn mit der Rückkehr nach Hause nicht mehr gerechnet werden kann; Vorbereitungen im Hinblick auf die Bestattung usw.) rechtzeitig zu treffen.

[21] Aus dem Gesagten erhellt, dass ausserhalb von Einwilligungs- und Stellvertretungssituationen die Information von Angehörigen problematisch sein kann und sorgfältiger Abwägung bedarf. Vor diesem Hintergrund sind **kantonalrechtliche Bestimmungen**, wonach mit Bezug auf Angehörige die **Einwilligung vermutet** werden dürfe, problematisch. Nimmt man solche Bestimmungen³³ wörtlich, würde es sich um gesetzliche Vermutungen handeln, die eine Beweislastumkehr zur Folge hätten. Es wäre dann Aufgabe des Patienten, mit der (für das Strafrecht erforderlichen) Sicherheit zu beweisen, dass keine (konkludente) Einwilligung vorlag. Demgegenüber liegt im Normalfall mindestens im Zivil- und im Datenschutzrecht die Beweislast für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes beim Täter, der sich zu seiner Entlastung darauf beruft.³⁴

²⁹ Vgl. ROSENTHAL/JÖHRI (Fn 14), N 85 zu Art. 4 DSG.

³⁰ ROSENTHAL/JÖHRI (Fn 14), N 85 zu Art. 4 DSG; vgl. auch SHK-BAERISWYL (Fn 14), N 69 zu Art. 4 DSG, der zwar von der Unzulässigkeit einer bloss konkludenten Einwilligung ausgeht, gleichzeitig aber festhält, dass keine schriftliche Einwilligung verlangt sei, aber diese müsse «aus den Umständen klar als Willensäusserung der betroffenen Person hervorgehen»; eingehend zum Ganzen MEIER (Fn 2), Rz. 897 ff.

³¹ Ähnlich ROSENTHAL/JÖHRI (Fn 14), N 111 zu Art. 4 DSG.

³² ROSENTHAL/JÖHRI (Fn 14), N 112 zu Art. 4 DSG sowie N 7 ff. zu Art. 13 DSG.

³³ Exemplarisch: § 31 Patientenreglement für die Luzerner Psychiatrie, SRL 822b; § 37 Abs. 3 Gesetz über das Gesundheitswesen im Kanton Zug, BGS 821.1; § 42 Abs. 2 Gesundheitsgesetz des Kantons Schwyz, SRSZ 571.110.

³⁴ Zu Art. 28 Abs. 2 ZGB siehe anstatt vieler: HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, Rz. 12.14; ANDREAS MEILI in: Basler Kommentar ZGB

3.1.4. Zwischenergebnis

[22] Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Patient in seinem nächsten Umfeld nur beschränkt darüber bestimmen kann, wer Zugang zu seinen Gesundheitsinformationen erhält. Mit Verlust der Urteilsfähigkeit verliert er die Kontrolle mit Bezug auf die von Gesetzes wegen vertretungsberechtigten Angehörigen vollends. Schon zuvor wird sein informationelles Selbstbestimmungsrecht durch die medizinische Praxis, die sich teilweise sogar auf kantonale Normen stützen kann, durch Einwilligungsvermutungen erheblich aufgeweicht.

[23] Dieser grosszügige Umgang mit dem ärztlichen Berufsgeheimnis gegenüber Angehörigen erstaunt umso mehr, wenn man einen näheren Blick auf andere Sachlagen wirft, insbesondere auf Melderechte und -pflichten des Erwachsenenschutzrechts und auf Patientendaten nach dem Tod des Patienten. Nachfolgend soll nun noch auf diese beiden Themen eingegangen werden.

3.2. Melderechte und Meldepflichten im Erwachsenenschutzrecht

3.2.1. Ausgangslage

[24] Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde von einer hilfsbedürftigen Person, muss sie von Amtes wegen entsprechende Abklärungen treffen und gegebenenfalls die erforderlichen Massnahmen anordnen (Art. 446 ZGB). Wie aber erfährt die ESB überhaupt von einer Gefährdung? Der Gesetzgeber hat ein kompliziertes, nicht leicht durchschaubares Gefüge an Melderechten und Meldepflichten geschaffen, die oftmals auch Patientendaten mitumfassen. Dabei unterscheidet der Gesetzgeber zwischen Minderjährigen und Volljährigen; für Erstere gelten im Kinderschutzrecht mit den per 1. Januar 2019 neu gefassten Art. 314c–314e ZGB nochmals andere – und keineswegs leicht durchschaubare – Regeln. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf Melderechte und -pflichten im Erwachsenenschutzrecht.

3.2.2. Das System der Melderechte im Erwachsenenschutzrecht des ZGB

3.2.2.1. Gefährdungsmeldung

[25] Der Grundsatz in Art. 443 Abs. 1 Satz 1 ZGB liest sich wie folgt: «Jede Person kann der Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint.» Diese Aussage relativiert sich im hier interessierenden Kontext sofort im nächsten Satz: Nicht meldeberechtigt sind Personen, die einem Berufsgeheimnis unterstehen (Art. 443 Abs. 1 ZGB, zweiter Satz). Dieser Vorbehalt bezieht sich nach der ganz h.L. auf das strafrechtliche Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB und damit namentlich (auch) auf das Arztgeheimnis.³⁵ Das bedeutet indessen nicht, dass die Berufsgeheimnisträger nie meldeberechtigt wären – erforderlich ist indessen eine Entbindung von der Geheimhaltungspflicht i.S.v. Art. 321 Ziff. 2 StGB auf Gesuch des Arz-

I, 6. Aufl., Basel 2018, N 56 zu Art. 28 ZGB; HAAS (Fn 13), Rz. 87. Zum Datenschutzrecht u.a. ROSENTHAL/JÖHRI (Fn 14), N 77 zu Art. 4 DSG; SHK-BAERISWYL (Fn 14), N 70 zu Art. 4 DSG.

³⁵ M.w.H.: LUCA MARANTA/CHRISTOPH AUER/MICHÈLE MARTI, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, N 9 zu Art. 443 ZGB (zit. BSK ZGB-MARANTA/AUER/MARTI).

tes oder der Ärztin, sofern nicht der Patient selber in die Meldung einwilligt.³⁶ Im Rahmen des Entscheids der vorgesetzten Behörde bzw. der Aufsichtsbehörde findet eine Interessenabwägung statt; die Interessen des Patienten an einer Abklärung und ggf. Intervention der ESB sind abzuwägen gegen das Geheimhaltungsinteresse und die Wahrung des Vertrauensverhältnisses zum behandelnden Arzt.

[26] Keine Pflicht zur vorgängigen Entbindung vom Berufsgeheimnis besteht dann, wenn eine andere Norm des Bundesrechts oder des kantonalen Rechts vorliegt, die eine Ausnahme vom Berufsgeheimnis vorsieht.³⁷

3.2.2.2. Kantonalrechtliche Melderechte und -pflichten

[27] Der soeben erwähnte Vorbehalt kantonalen Rechts bedarf der Verdeutlichung, ist doch in der Literatur umstritten,³⁸ ob kantonale Melderechte und -pflichten das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB antasten dürfen. Nach hier vertretener Auffassung ist die Rechtslage insofern allerdings klar. Schon der Wortlaut von Art. 321 Ziff. 3 StGB erwähnt in der aktuellen Fassung ausdrücklich den Vorbehalt von «eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen [...].»³⁹ Aber auch die Entstehungsgeschichte der aktuellen Norm spricht für den Vorrang einschlägiger kantonaler Bestimmungen. Der Vorbehalt von kantonalen Meldepflichten war schon vor der Neuregelung der Melderechte und Meldepflichten in aArt. 443 Abs. 2 ZGB vorgesehen. Im Entwurf zur Neuregelung fand sich hingegen die explizite Bestimmung, wonach die Kantone «keine weiteren Meldepflichten gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde vorsehen» dürfen. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde diese Entwurfsbestimmung allerdings gestrichen und die bisherige Regelung in nArt. 443 Abs. 3 ZGB verschoben. Daraus ergibt sich, dass kantonale Meldepflichten zulässig sind, und zwar auch dann, wenn damit das strafrechtliche Berufsgeheimnis aufgeweicht wird. Dasselbe muss aufgrund des zitierten neugefassten Art. 321 Ziff. 3 StGB auch für kantonalrechtliche Melderechte gelten.

[28] Ärztinnen und Ärzte tun daher gut daran, sich rechtzeitig über die **in ihrem Kanton geltenden Melderechte und -pflichten** zu informieren. Wo die entsprechenden Normen zu finden sind, lässt sich indessen nicht generell sagen. Beispielsweise ermächtigt der Kanton Freiburg in Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über den Kindes- und Erwachsenenschutz⁴⁰ Gesundheitsfachpersonen, «Fälle von Personen, die hilfsbedürftig erscheinen, der Schutzbehörde [zu] melden, ohne dass sie sich dafür vom Berufsgeheimnis befreien lassen müssen.» Im Kanton Solothurn findet

³⁶ Seit der jüngsten, am 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Präzisierung von Art. 443 ZGB steht demgegenüber fest, dass die Meldepflicht von Personen, die in «amtlicher Tätigkeit» von einer hilfsbedürftigen Person erfahren, das Berufsgeheimnis (z.B. des in einem öffentlichen Spital angestellten Arztes oder des Schulzahnarztes) nicht aufhebt, vgl. nArt. 443 Abs. 2 ZGB. Zur Kontroverse im bisherigen Recht siehe u.a. BARBARA PFISTER PILLER, Kinderschutz in der Medizin, Elterliche und staatliche Bestimmungsrechte bei der medizinischen Behandlung des Kindes, LBR Band 107, Zürich 2016, Rz. 4.14 f.; PATRICK FASSBIND, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, N 3 zu Art. 443 ZGB (zit. OFK-ZGB-FASSBIND).

³⁷ Exemplarisch: Art. 3c BetmG; siehe auch sogleich zu Art. 453 Abs. 2 ZGB.

³⁸ Gegen den Vorrang des kantonalen Rechts sprechen sich namentlich aus: BSK ZGB-MARANTA/AUER/MARTI (Fn 35), N 32 zu Art. 443 ZGB; diese Kommentierung wurde indessen vor der jüngsten Revision verfasst, in der auch Art. 321 Ziff. 3 StGB ergänzt wurde.

³⁹ In diesem Sinne u.a. NIKLAUS OBERHOLZER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019, N 31 f. zu Art. 321 StGB; ferner KATHRIN AFFOLTER, Anzeige- und Meldepflicht (Art. 443 Abs. 2 ZGB), ZKE 2013, S. 47 ff., 47 f.

⁴⁰ KESV, SGF 212.5.11.

sich eine entsprechende Bestimmung nicht in den kantonalen Regeln zum Kindes- und Erwachsenenschutz, sondern in § 17 Abs. 1 des Gesundheitsgesetzes⁴¹. Eine Meldepflicht für alle «Gesundheitsfachpersonen, die in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit von der Hilfsbedürftigkeit einer Person Kenntnis erhalten» statuiert der Kanton Appenzell Ausserrhoden in Art. 48 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches.⁴² Eine auf Schutzbedürftigkeit wegen Suchtproblemen beschränkte Befreiung vom Berufsgeheimnis kennt das St. Galler Suchtgesetz.⁴³ Heikel mit Bezug auf die Normstufe sind wohl die Regelungen im durch den Spitalrat (des Luzerner Kantonsspitals) erlassenen Patientenreglement des Luzerner Kantonsspitals sowie im durch den Spitalrat der Luzerner Psychiatrie erlassenen Patientenreglement für die Luzerner Psychiatrie: Im ersten Erlass wird ein Melderecht der zuständigen ärztlichen Person an die KESB vorgesehen, «wenn die Interessen des Patienten oder der Patientin entsprechende Massnahmen nahelegen».⁴⁴ Für psychiatrische Patienten besteht bei analogen Sachlagen sogar eine Meldepflicht.⁴⁵ Der Kanton Bern hingegen nennt in verschiedenen Erlassen Melderechte und -pflichten, beschränkt sich dabei allerdings auf die blosse Wiederholung von Bundesrecht. Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren, besonders gut gefallen der Autorin des vorliegenden Beitrages allerdings die Kantone Neuenburg und Schaffhausen, wo überhaupt keine kantonalen Meldevorschriften zu finden sind. Eine aktuelle Zusammenstellung der kantonalen Sonderbestimmungen hat die Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz erstellt.⁴⁶ Ergänzend ist anzufügen, dass die Kantone nicht nur für die hier interessierenden erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren, sondern auch für diverse andere Sachverhalte Melde- und Mitwirkungsrechte bzw. -pflichten erlassen haben, ein illustratives, wenngleich etwas makabres Beispiel ist die Entbindung von der Geheimhaltungspflicht im Kanton Solothurn, wenn es um die Leichenidentifikation geht.⁴⁷

[29] Umgekehrt gilt indessen, dass **kantonale Geheimhaltungspflichten**, etwa in Vertraulichkeitspflichten für Gesundheitsfachpersonen, die oftmals in kantonalen Gesundheitsgesetzen zu finden sind,⁴⁸ die bundesrechtlichen Melderechte und -pflichten nicht zu verdrängen vermögen.⁴⁹ Denn diesbezüglich fehlt es nach hier vertretener Auffassung schlicht an einem einschlägigen Vorbehalt des Bundesrechts (vgl. Art. 5 Abs. 1 ZGB).

⁴¹ GesG, BGS 811.11.

⁴² EG zum ZGB bGS 211.1.

⁴³ Art. 10 SuG, sGS 311.2.

⁴⁴ § 36 Reglement über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten des Luzerner Kantonsspitals (Patientenreglement LUKS), SRL 820b; in dieser Bestimmung erfolgt aber zugleich ein «Vorbehalt» bezüglich § 39 desselben Erlasses, der «Auskunft und Einsicht Dritter» regelt. Das Verhältnis von Melderecht und Vertraulichkeitspflicht erschliesst sich der unbefangenen Leserin nicht ohne Weiteres.

⁴⁵ § 44 Patientenreglement für die Luzerner Psychiatrie, SRL 822b.

⁴⁶ Melderechte und Meldepflichten, Merkblatt vom März 2019, Anhang 2: Kantonale Meldevorschriften (Stand März 2019), abrufbar unter https://www.kokes.ch/download_file/view/1108/501 (zuletzt besucht am 19. Februar 2020).

⁴⁷ § 16 Abs. 2 lit. h) des Gesundheitsgesetzes des Kantons Solothurn, BGS 811.11.

⁴⁸ Exemplarisch § 16 Abs. 1 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Solothurn, BGS 811.11.

⁴⁹ Vgl. LUCA MARANTA, Im «Irrgarten» zwischen Meldepflichten, Melderechten und Berufsgeheimnissen – die Revision der Meldevorschriften im Kinderschutz, ZKE 2018, S. 231 ff., 249.

3.2.2.3. Mitwirkungspflicht in einem hängigen erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren

[30] Art. 448 ZGB betrifft die «Mitwirkungspflichten und Amtshilfe» (Marginalie). Interessanterweise unterscheidet das Gesetz hier – und zwar sowohl in der früheren wie auch in der revidierten Fassung – zwischen Gesundheitsfachpersonen und anderen Berufsgeheimnisträgern. Während Letztere⁵⁰ gemäss Abs. 3 nicht zur Mitwirkung verpflichtet sind, sind dem Berufsgeheimnis unterstellt Gesundheitsfachpersonen⁵¹ zur Mitwirkung in einem erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren verpflichtet, sofern sie von der «geheimnisberechtigten Person» dazu ermächtigt wurden «oder die vorgesetzte Behörde oder die Aufsichtsbehörde sie auf eigenes Gesuch oder auf Gesuch der Erwachsenenschutzbehörde vom Berufsgeheimnis entbunden hat.» Die Mitwirkungspflicht betrifft die Abklärung des Sachverhalts nach Eröffnung eines erwachsenenschutzrechtlichen Verfahrens. Mit anderen Worten hat bei dieser Sachlage die ESB bereits (anderweitig) Kenntnis von einer möglichen Gefährdung erlangt und hat ein entsprechendes Verfahren eröffnet. Trifft dies zu, verliert der Patient nach einer Entbindung vom Berufsgeheimnis die Hoheit über seine Gesundheitsdaten, und zwar (dies im Unterschied zu Art. 453 ZGB) unabhängig von der Schwere der Gefährdung. Ungewöhnlich ist an der zitierten Norm überdies, dass die Entbindung nicht nur auf Gesuch des Berufsgeheimnisträgers erfolgen kann, sondern dass die ESB zur Gesuchstellung befugt ist – die Entbindung vom Berufsgeheimnis kann m.a.W. gegen den Willen des Berufsgeheimnisträgers erfolgen und dieser ist nach erfolgter Entbindung zur Preisgabe der entsprechenden Gesundheitsdaten verpflichtet. Das widerspricht der Regelung von Art. 321 Ziff. 2 StGB, wo für die Gesuchstellung einzig der Berufsgeheimnisträger genannt wird; die neuere und konkretere Norm des Erwachsenenschutzrechts geht jedoch der strafrechtlichen Bestimmung zweifellos vor. Insofern kann beispielsweise der Hausarzt seinem Patienten auch nicht verbindlich zusichern, der Erwachsenenschutzbehörde keine Informationen bekanntzugeben und mit dieser nicht zusammenzuarbeiten.

3.2.2.4. Zusammenarbeitspflicht und Melderecht bei ernsthafter Gefahr

[31] Art. 453 ZGB äussert sich primär zur Zusammenarbeitspflicht, sekundär aber auch zur Meldeberechtigung, wenn «die ernsthafte Gefahr [besteht], dass eine hilfsbedürftige Person sich selbst gefährdet oder ein Verbrechen oder ein Vergehen begeht, mit dem sie jemanden körperlich, seelisch oder materiell schwer schädigt». In dieser Sachlage sind auch Personen, die dem Amts- oder Berufsgeheimnis unterstehen, meldeberechtigt. Diese Sachlage wird etwa dann vorliegen, wenn ein Arzt eine fürsorgerische Unterbringung für nötig erachtet – eine solche Massnahme setzt nämlich nach Art. 426 ZGB eine erhebliche Gefährdung des Betroffenen voraus, der nicht anders als durch Unterbringung begegnet werden kann.⁵² Eine vorgängige Entbindung vom Arztsgeheimnis ist diesfalls nach Art. 453 Abs. 2 ZGB nicht erforderlich;⁵³ in der Praxis kommt es aller-

⁵⁰ Darunter fallen nach ausdrücklicher Nennung in Art. 448 Abs. 3 ZGB «Geistliche, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Verteidigerinnen und Verteidiger, Mediatorinnen und Mediatoren sowie ehemalige Beiständinnen und Beistände, die für das Verfahren ernannt wurden.»

⁵¹ Das Gesetz zählt in der geltenden Fassung folgende Gesundheitsberufe auf: «Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Apothekerinnen und Apotheker, Hebammen und Entbindungsberufe, Chiropraktoren, Psychologen sowie ihre Hilfspersonen».

⁵² Merkblatt KOKES, Melderechte und Meldepflichten an die KESB nach Art. 314c, 314d, 443 sowie 453 ZGB, publ. in: ZKE 2019, S. 142 ff., 154.

⁵³ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001, S. 7091; OFK ZGB-Fassbind (Fn 36), N 3 zu Art. 453 ZGB.

dings gelegentlich doch vor, dass Ärzte aus Unsicherheit über die Rechtslage bei der zuständigen Behörde um Entbindung ersuchen.

3.2.3. Die Meldepflicht des Beauftragten nach Art. 397a OR

3.2.3.1. Grundsätzliches

[32] Das **Arzt-Patienten-Verhältnis** qualifiziert sich regelmässig als **Auftrag**,⁵⁴ soweit der Behandlungsvertrag dem Privatrecht untersteht.⁵⁵ Daher ist neben den soeben erläuterten, im ZGB geregelten Melderechten auch der im Auftragsrecht untergebrachte Art. 397a OR einschlägig.⁵⁶ Die Bestimmung lautet wie folgt: «Wird der Auftraggeber voraussichtlich dauernd urteilsunfähig, so muss der Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers benachrichtigen, wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt ist.»

[33] Die zitierte Bestimmung wäre eigentlich bei Art. 443 ZGB gut aufgehoben, sie wurde bei der Revision des Erwachsenenschutzrechts gleichzeitig mit dieser Norm entworfen und gehört materiell an sich klar zum Erwachsenenschutzrecht. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich nicht eindeutig, warum die Bestimmung im Auftragsrecht eingefügt wurde. Die Platzierung im OR lässt sich mit der besseren Sichtbarkeit für Beauftragte erklären und damit, dass die Meldepflicht die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR konkretisiert.⁵⁷ Die **Meldepflicht** stellt mit anderen Worten eine Ergänzung der auftragsrechtlichen Nebenpflichten dar und qualifiziert sich damit als genuin vertragliche Pflicht, deren Missachtung eine Vertragsverletzung bedeutet und Schadenersatzfolgen nach sich ziehen kann.⁵⁸ Es handelt sich überdies nach einhelliger Auffassung um eine zwingende Norm, die nicht durch vertragliche Abrede wegbedungen werden kann.⁵⁹ Damit steht für das auftragsrechtliche Arzt-Patienten-Verhältnis fest, dass wiederum eine Durchbrechung der informationellen Selbstbestimmung des Patienten vorliegt. Der Patient verliert im Auftragsverhältnis mit der voraussichtlich dauernden Urteilsunfähigkeit gleichzeitig auch die Herrschaft über diese Information.

[34] Was unter **voraussichtlich dauernder Urteilsunfähigkeit** zu verstehen ist, konkretisiert Art. 397a OR nicht. Da die Urteilsfähigkeit relativ ist und damit stets bezogen auf ein konkretes, rechtlich relevantes Verhalten beurteilt werden muss,⁶⁰ fragt sich, worauf sich die Urteilsunfähigkeit beziehen muss, damit sie zu einer Meldepflicht führt. Aufgrund der ratio legis kann kaum zweifelhaft sein, dass es primär darum geht, «die für das konkrete Auftragsverhältnis notwendigen Rechtshandlungen vorzunehmen»⁶¹, wozu u.a. die Instruktion und Überwachung des

⁵⁴ Exemplarisch: AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 2, Rz. 35.

⁵⁵ Zur Abgrenzung des privatrechtlichen vom öffentlichrechtlichen Behandlungsverhältnis ausführlich und m.w.H. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 2, Rz. 8 ff.

⁵⁶ FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/RAPHAEL MÄRKI, Haftung für die Verletzung der Meldepflicht nach Art. 397a OR, Haftpflichtprozess 2018, Zürich 2018, S. 173 ff., 176.

⁵⁷ Vgl. CAROLE GEHRER CORDEY/GION GIGER, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 319–529 OR, Zürich 2016, N 2 zu Art. 397a OR (zit. CHK-GEHRER CORDEY/GIGER).

⁵⁸ Eingehend dazu KRAUSKOPF/MÄRKI (Fn 56), S. 191 ff.

⁵⁹ M.w.H.: CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (Fn 57), N 3 zu Art. 397a OR; ausführlich SUSAN EMMENEGGER, Erwachsenenschutzrecht und Meldepflicht der Bank (Art. 397a OR), in: Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 111 ff., 134 ff.

⁶⁰ Anstatt vieler: EUGEN BUCHER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11–19d ZGB, N 112 ff. zu Art. 16 ZGB.

⁶¹ KRAUSKOPF/MÄRKI (Fn 56), S. 179.

Beauftragten gehören.⁶² Auch die Dauerhaftigkeit der Urteilsunfähigkeit beurteilt sich nach dem konkreten Vertragsverhältnis, vorliegend somit nach der Behandlungsbedürftigkeit des Urteilsunfähigen.⁶³ Kann der Patient voraussichtlich auf Dauer keine aufgeklärte Einwilligung zu notwendigen medizinischen Behandlungen erteilen oder solche Behandlungen ablehnen, hat eine Meldung zu erfolgen, wenn sie zur Interessenwahrung des urteilsunfähigen Patienten angezeigt ist. Nur mit grösster Zurückhaltung ist eine weitergehende Pflicht des Arztes zu bejahen, eine Meldung auch dann zu erstatten, wenn diese zwar nicht für das Behandlungsverhältnis erforderlich erscheint, die Interessen des Patienten aber anderweitig – z.B. im Vermögensbereich oder mit Bezug auf die Wohnumstände – gefährdet sind.⁶⁴

[35] Wann aber ist die Meldung eines urteilsunfähigen Patienten an die Erwachsenenschutzbehörde tatsächlich «angezeigt» im Sinne des Gesetzes? Die Meinungen in der Literatur darüber, wie die **Gefährdungslage** sein muss, damit die Meldepflicht greift, gehen auseinander.⁶⁵ Im Bereich des Arzt-Patienten-Verhältnisses ist die Kontroverse allerdings von vergleichsweise untergeordneter Bedeutung. Da der Gesetzgeber in Art. 370 ff. ZGB (Patientenverfügung) und in Art. 377 ff. ZGB (gesetzliche Vertretungsrechte) sowie in Art. 379 ZGB (Handeln des Arztes in dringlichen Fällen) gerade für den urteilsunfähigen Patienten Regeln erlassen hat, die in vielen Fällen die Behandlung nach dem mutmasslichen Willen des Betroffenen sicherstellen, wird die Meldepflicht nach Art. 397a OR sich primär auf dauernd urteilsunfähige Chronischkranke ohne Patientenverfügung und nahe Angehörige beschränken. Das Anwendungsgebiet ist in der Arzt-Patienten-Beziehung somit beschränkt. Hätte der Gesetzgeber nämlich in allen Fällen dauernd urteilsunfähiger Patienten eine Information der Erwachsenenschutzbehörde – beispielsweise als Kontrollmechanismus gegenüber den erwähnten Instrumenten des Erwachsenenschutzrechts – angestrebt, dann hätte eine solche Norm Eingang in das Erwachsenenschutzrecht finden müssen. Dem ist aber nicht so, vielmehr ist die Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde bei urteilsunfähigen Patienten gerade die Ausnahme, die besonderer Grunde bedarf (vgl. Art. 373 ZGB zur Patientenverfügung bzw. Art. 381 ZGB zur Vertretung).

[36] Erfolgt eine Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde und eröffnet diese ein Verfahren, trifft den Arzt im Folgenden gestützt auf Art. 448 ZGB unter Umständen – und nach Entbindung vom Berufsgeheimnis – eine **Mitwirkungspflicht** (vorne, Rz. 30). Während die blosse Meldung nach Art. 397a OR inhaltlich keine Details zu den Ursachen der Urteilsunfähigkeit beinhalten muss⁶⁶ und insofern das Patientendossier noch weitestgehend vertraulich bleibt, müssen im Rahmen der Mitwirkungspflicht unter Umständen weitreichende Geheimnisverletzungen erfolgen.

3.2.3.2. Meldepflicht erst nach formeller Entbindung vom Berufsgeheimnis?

[37] Würde man Art. 397a OR im Erwachsenenschutzrecht finden, wäre offenkundig, dass damit der Beauftragte, im vorliegenden Kontext der Arzt, vom Berufsgeheimnis entbunden ist, soweit die Erfüllung der Meldepflicht greift. Umso mehr erstaunt, dass in der Literatur nicht vollständig

⁶² CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (Fn 57), N 5 zu Art. 397a OR.

⁶³ Vgl. KRAUSKOPF/MÄRKI (Fn 56), S. 180 f.

⁶⁴ KRAUSKOPF/MÄRKI (Fn 56), S. 186 f.; WALTER FELLMANN, Meldepflicht des Beauftragten nach Art. 397a OR, Anwaltsrevue 2013, S. 354 ff., 356.

⁶⁵ Siehe die Übersicht über den Meinungsstand bei KRAUSKOPF/MÄRKI (Fn 56), S. 184 ff.

⁶⁶ Ähnlich CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (Fn 57), N 10 zu Art. 397a OR.

geklärt ist, ob die Meldung nach Art. 397a OR eine vorgängige Entbindung vom Berufsgeheimnis erfordert. Die Frage ist für das Arztgeheimnis von erheblicher praktischer Bedeutung, weshalb ihr nachfolgend vertieft nachgegangen werden soll.

[38] Eine Minderheit der Autoren vertritt die Auffassung, Art. 397a OR impliziere keine Entbindung vom Berufsgeheimnis. Diese sei durch den Berufsgeheimnisträger daher vor einer Meldung einzuholen.⁶⁷ Andere Autoren, insbesondere diejenigen, die eine thematische Nähe zum Erwachsenenschutz- oder zum Strafrecht aufweisen, halten dafür, dass Art. 397a OR eine genügende Rechtsgrundlage für eine Mitteilung ohne vorgängige Entbindung vom Berufsgeheimnis darstelle.⁶⁸ Art. 397a OR ist nach dieser Lehrmeinung als Rechtfertigungsgrund i.S.v. Art. 321 Ziff. 3 StGB zu verstehen.⁶⁹ Dieser Auffassung ist aus folgenden Gründen der Vorzug zu geben:

[39] Dass keine Entbindung nötig ist, zeigt zunächst einmal der Vergleich zu den gleichzeitig erlassenen Bestimmungen im Erwachsenenschutzrecht. So findet sich z.B. im bereits erwähnten Art. 377 Abs. 2 ZGB kein Hinweis auf das Arztgeheimnis, es ist, wie erwähnt, (vorne, Rz. 17) selbstverständlich, dass es sich bei der Aufklärung des Vertreters des Urteilsunfähigen um eine gesetzliche Ausnahme vom Berufsgeheimnis handelt. Offenkundig handelt es sich bei der fehlenden Erwähnung des Berufsgeheimisses oder einer Entbindungspflicht nicht um ein redaktionelles Versehen: Die Bestimmung von Art. 397a OR war schon im Vorentwurf zum neuen Erwachsenenschutzrecht enthalten, wurde unverändert in den Entwurf überführt und dann diskussionslos geltendes Recht. Die Meldepflicht des Beauftragten wurde damit zeitgleich und von derselben Expertenkommission formuliert, die anderswo im Erwachsenenschutzrecht das Berufsgeheimnis ausdrücklich erwähnt hat; siehe dazu Art. 443 Abs. 1 und 2 ZGB (Vorbehalt des Berufsgeheimisses als Ausnahme von der allgemeinen Meldeberechtigung); Art. 448 Abs. 2 ZGB (Entbindung vom Berufsgeheimnis als Voraussetzung für Mitwirkung im erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren); Art. 453 Abs. 2 ZGB (Melderecht von Berufsgeheimnisträgern bei ernsthafter Gefahr).

[40] Überdies wäre es auch in höchstem Maße inkonsequent, wenn der Gesetzgeber einerseits eine eigentliche Meldepflicht im Interesse des Auftraggebers statuieren würde, gleichzeitig aber diese Meldepflicht gerade für die in der Praxis wichtigsten Beauftragten (Anwälte, Notare, Ärzte usw.) durch das strafrechtliche Berufsgeheimnis einschränken würde, notabene ohne dies im Kontext der Meldepflicht auch nur zu erwähnen.⁷⁰

[41] Darüber hinaus zeigt ein Vergleich mit Bestimmungen ausserhalb des Zivilrechts, die gemeinhin als Ausnahme vom Berufsgeheimnis nach Art. 321 Ziff. 3 ZGB angesehen werden, dass dort regelmässig weder das Berufsgeheimnis explizit erwähnt wird, noch ausdrücklich festgehal-

⁶⁷ So namentlich FELLMANN (Fn 64), S. 357, der sich zwar explizit nur zum Anwaltsgeheimnis äussert, seine diesbezüglichen Ausführungen (u.a. zur Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses) können indessen ebenso auf das Arztgeheimnis bezogen werden; zustimmend (ohne Beschränkung auf bestimmte Berufsgeheimnisträger) CR CP II-CHAPPUS (Fn 25), N 99 ff. zu Art. 321 StGB.

⁶⁸ Exemplarisch: Merkblatt KOKES, Melderechte und Meldepflichten an die KESB nach Art. 314c, 314d, 443 sowie 453 ZGB, publ. in: ZKE 2019, S. 142 ff., 151; HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl., Bern 2018, Rz. 20.04; THOMAS GEISER, Mitwirkung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in Schadenersatzfällen, Personen-Schaden-Forum 2019, Zürich 2019, S. 15 ff., 25; KRAUSKOPF/MÄRKI (Fn 56), S. 189; siehe auch m.w.H. CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (Fn 57), N 13 zu Art. 397a OR.

⁶⁹ DAVID OSER/ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., Basel 2020, N 2 zu Art. 397a OR; ROLAND BÜHLER, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 2 zu Art. 397a OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (Fn 57), N 13 zu Art. 397a OR.

⁷⁰ Ähnlich argumentieren BSK ZGB I-MARANTA/AUER/MARTI (Fn 35), N 20 zu Art. 443 ZGB, mit Bezug auf den (per 1. Januar 2019 revidierten) aArt. 443 Abs. 2 ZGB.

ten wird, dass keine Entbindung nötig sei. Dies trifft etwa für die Meldebefugnis nach Art. 3c BetMG zu, ebenso für Art. 12 EpG. Warum im Gegensatz zu diesen Bestimmungen im Auftragsrecht des OR eine implizite Entbindung vom Berufsgeheimnis nicht genügen sollte, ist schwer nachvollziehbar. Es muss also dem Grundsatz nach dabei bleiben, dass eine Meldepflicht oder ein Melderecht, das nicht ausdrücklich mit dem Vorbehalt des Berufsgeheimnisses versehen ist, als Ausnahme von der Entbindungspflicht und damit aus strafrechtlicher Sicht als Rechtfertigungsgrund zu verstehen ist.⁷¹

[42] Bedenkt man, dass die Meldepflicht erst dann zur Anwendung gelangt, wenn der Auftraggeber den aus Sicht des Erwachsenenschutzrechts schwerwiegendsten Schwächezustand überhaupt – dauernde Urteilsunfähigkeit – erlitten hat, dann ist eine solche Meldung verhältnismässig. Ein Interessenkonflikt zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten ist in dieser Sachlage nämlich oftmals vorprogrammiert: Der urteilsunfähige Auftraggeber kann nämlich den Beauftragten nicht mehr überwachen und das Mandat auch nicht entziehen – was im hier interessierenden Bereich insofern von Bedeutung ist, weil das «Berufsgeheimnis» (wie der Name schon impliziert) für Tätigkeiten gilt, die der Beauftragte von Berufes wegen und damit in aller Regel entgeltlich ausübt. Versteckt sich der Beauftragte hinter seinem Berufsgeheimnis und meldet die dauernde Urteilsunfähigkeit nicht, obschon diese Meldung – wie der Gesetzeswortlaut es verlangt – im Interesse des Auftraggebers liegt, so verstösst er offenkundig gegen seine vertraglichen Treuepflichten und sein Vorgehen ist (wegen des erwähnten Interessenkonflikts) keinesfalls durch die Berufung auf den (zufolge Urteilsunfähigkeit nicht mehr rechtlich relevanten) Willen des Auftraggebers gedeckt.⁷² Ist hingegen die Meldung aufgrund der konkreten Sachlage nicht nötig (z.B. weil der Patient mit Bezug auf die Behandlung durch Angehörige seinen Interessen und seinem mutmasslichen Willen entsprechend vertreten wird, Art. 377 f. ZGB), dann entfällt auch die Meldepflicht, ist doch diese, wie dargelegt, an die Voraussetzung geknüpft, dass sie «zur Interessenwahrung angezeigt erscheint» (Art. 397a OR).⁷³

[43] Der Umweg über die Entbindungsbehörde – die an Stelle des Beauftragten, aber aufgrund von dessen Informationen die Interessenabwägung vornimmt – hätte überdies zur Folge, dass die Patientendaten einem (noch) weiteren Personenkreis zur Kenntnis gelangen. Dies ist auch deshalb von besonderer Brisanz, weil der Umfang der vom Beauftragten an die ESB zu übermittelnden Informationen sehr viel geringer ist als die Daten, die die Entbindungsbehörde für ihren Entscheid benötigt. Für die ESB ist nach hier vertretener Auffassung die Meldung ausreichend, dass eine bestimmte Person, zu der der Meldepflichtige ein Mandatsverhältnis unterhält, voraussichtlich auf Dauer urteilsunfähig ist. Welcher Art das Mandat ist und welche Gründe den Beauftragten zur Meldung bewogen haben, bleibt – ebenso wie sämtliche weiteren Details des Auftragsverhältnisses – zumindest vorerst vertraulich.

⁷¹ Besonders deutlich BSK StGB-OBERHOLZER (Fn 39), N 32 zu Art. 321 StGB: «Soweit das Gesetz den Berufsgeheimnisträger zur Meldung seiner in Ausübung des Berufs gemachten Feststellungen verpflichtet oder zumindest berechtigt, ist er von der Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses entbunden [...].»

⁷² In der Literatur wird treffend darauf hingewiesen, dass die unterlassene Meldung zu einer Schadenersatzpflicht des Beauftragten führen kann; exemplarisch CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (Fn 57), N 9 zu Art. 397a OR; BSK OR-OSER/WEBER (Fn 69), N 3 zu Art. 397a OR.

⁷³ Dazu u.a. CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (Fn 57), N 7 zu Art. 397a OR, die mit Recht ausführen, dass die Interessenabwägung sich auf das konkrete Auftragsverhältnis beziehen muss; im vorliegenden Kontext sind somit Behandlungssituationen gemeint. Ist das Interesse des (dauernd oder vorübergehend) urteilsunfähigen Patienten aufgrund der Vertretungsregelung gefährdet, ergibt sich die Anzeigeberechtigung des Arztes schon aus Art. 381 Abs. 3 ZGB, dies ebenfalls ohne vorgängigen Antrag auf Entbindung vom Berufsgeheimnis.

[44] Die Kontroverse darüber, ob eine Entbindung vom Arztgeheimnis nötig sei oder nicht, entbehrt insofern der Praxisrelevanz, als in Fällen «dauernder Urteilsunfähigkeit» der Betroffene in die Meldung nicht einwilligen kann, sodass der Beauftragte befugt ist, nach seinem mutmasslichen Willen zu entscheiden.⁷⁴ Liegt aber die Meldung, wie es Art. 397a OR voraussetzt, im Interesse des urteilsunfähigen Auftraggebers, so darf dessen mutmassliche Einwilligung regelmässig unterstellt werden. Die Gefährdungsmeldung an die ESB ist daher schon aus diesem Grund nicht strafbar.

3.2.4. Melderechte und -pflichten in arbeitsteiligen Organisationen

[45] Die erwähnten gesetzlichen Bestimmungen beziehen sich, mit Ausnahme der Meldepflicht nach Art. 397a OR, allesamt auf die Berufsgeheimnisträger selber, wobei das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB bekanntlich auch die Hilfspersonen des primären Geheimnisträgers erfasst. Das bisher Gesagte betrifft mit anderen Worten nicht nur Ärztinnen und Ärzte, sondern beispielsweise auch deren Praxisassistenten, Sekretärinnen und weitere Hilfspersonen.⁷⁵ Wie hingegen in grösseren arbeitsteiligen Organisationen, insbesondere im privaten oder öffentlichen Spital, vorzugehen ist, lässt das Gesetz vordergründig ungeklärt. Spitalinterne Regeln, wonach sich der Geheimnisträger vor einer Meldung oder Mitwirkung mit der Spitalleitung oder dem Rechtsdienst absprechen muss bzw. deren Genehmigung einholen muss, sind aus zwei Gründen unzulässig. Erstens würde daher das Geheimnis ohne entsprechende Rechtsgrundlage und ohne ersichtlichen Rechtfertigungsgrund an zuvor am Behandlungsverhältnis nicht beteiligte Dritte offenbart, was einen strafbaren Geheimnisbruch darstellt. Und zweitens dürfen die im Gesetz vorgesehnen Melderechte und -pflichten nicht durch spitalinterne Regeln eingeschränkt, erschwert oder verzögert werden – zulässig wäre, wie dargelegt, einzig eine (ausdrückliche) kantonalrechtliche Erweiterung der Meldepflicht. Unproblematisch sind damit lediglich anonymisierte Rückfragen des Berufsgeheimnisträgers beispielsweise an den Rechtsdienst des Spitals oder Absprachen unter mehreren an der Behandlung beteiligten und damit bereits über den Sachverhalt informierten Berufsgeheimnisträgern.

3.2.5. Zwischenergebnis

[46] Das Erwachsenenschutzrecht (einschliesslich Art. 397a OR, der materiell dem Erwachsenenschutzrecht zugehört) weicht mit den erläuterten Melderechten und -pflichten das Berufsgeheimnis des Arztes und Konzept der informierten Einwilligung betreffend die Weitergabe von Patientendaten erheblich auf. Wo nach dem gesetzgeberischen Wertungsentscheid die Meldung wichtiger ist als die informationelle Selbstbestimmung, bleibt dem Patienten daher keine Möglichkeit zur Geheimhaltung seiner Gesundheitsdaten. Die Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde zieht entsprechende Abklärungen und womöglich einschneidende Folgen für die Lebensführung des Betroffenen nach sich.

⁷⁴ Zum Rechtfertigungsgrund der Einwilligung BSK StGB-OBERHOLZER (Fn 39), N 33 zu Art. 321 StGB; TRECHSEL/VEST (Fn 6), N 28 zu Art. 321 StGB.

⁷⁵ Eine Unterscheidung zwischen den primären Berufsgeheimnisträgern und deren Hilfspersonen findet sich hingegen neuerdings im Bereich des Kinderschutzes, wo Art. 314c Abs. 2 sowie Art. 314e Abs. 2 ZGB das Melde- bzw. Mitwirkungsrecht auf den primären Berufsgeheimnisträger beschränkt, während sich die Hilfspersonen vorgängig entbinden lassen müssen. Im Erwachsenenschutzrecht wurde auf eine entsprechende Unterscheidung verzichtet.

3.3. Patientendaten nach dem Tod des Patienten

[47] Eine weitere Aufweichung der informationellen Selbstbestimmung des Patienten könnte sich dadurch ergeben, dass die Gesundheitsdaten nach dem Tod nicht mehr oder nur eingeschränkt vor Offenbarung an Dritte geschützt sind. Dieser Fragestellung soll nachfolgend nachgegangen werden.

3.3.1. Ausgangslage: Kein postmortaler Persönlichkeitsschutz, aber...

[48] Nach Art. 31 Abs. 1 ZGB endet die Persönlichkeit mit dem Tod. Dies hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der ganz h.L. zur Konsequenz, dass in der Schweiz **kein postmortaler Persönlichkeitsschutz** existiert.⁷⁶ Gegenüber der verstorbenen, rechtlich nicht mehr existenten Person kann daher auch keine Persönlichkeitsverletzung mehr begangen werden.⁷⁷ Das bedeutet nun allerdings mit Bezug auf Gesundheitsinformationen betreffend den Verstorbenen nicht unbedingt, dass diese nach Belieben Dritten bekanntgegeben werden dürfen. Insbesondere mit Bezug auf Informationswünsche von Angehörigen, die über die Umstände des Versterbens Bescheid wissen möchten, ist nach der Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von einer gewissen **Fortwirkung des Persönlichkeitsschutzes** auszugehen.⁷⁸ Der Grund dafür ist naheliegend: Damit der Patient zu Lebzeiten frei ist, sich seinem Arzt anzuvertrauen, braucht er oftmals die Gewissheit, dass seine Geheimnisse auch nach seinem Tod nicht oder jedenfalls nur ganz eingeschränkt verfügbar sind.⁷⁹ Schulbuchbeispiel ist der brave, als treu bekannte Ehemann, der sich in den Ferien in Südostasien eine Geschlechtskrankheit einfängt und nicht will, dass diese Eskapade nach seinem Tod das Andenken an ihn beeinträchtigt. Schon etwas heikler mit Bezug auf eine Interessenabwägung ist das Beispiel des Patienten, der im Wissen um eine todbringende Erkrankung eine Lebensversicherung abschliesst und weiß, dass die Versicherungssumme nicht ausbezahlt oder zurückgefordert wird, wenn die Versicherungsgesellschaft erfahren sollte, dass er beim Ausfüllen des Antragsformulars geschummelt hat. Auch wenn man ein solches Vorgehen nicht gutheisst, zeigt es doch, dass das Interesse an einer Geheimhaltung nicht zwingend mit dem Tod endet.

[49] Diesem Geheimhaltungsinteresse und dem dadurch postmortal fortwirkenden Persönlichkeitsschutz steht gelegentlich ein **konkretes Interesse von Angehörigen oder Erben an Gesundheitsdaten** oder Behandlungsinformationen gegenüber. Typische Beispiele sind der Verdacht auf Behandlungsfehler im Vorfeld eines allfälligen Arzthaftungsprozesses oder die unklare Testierfähigkeit des Verstorbenen hinsichtlich einer umstrittenen Verfügung von Todes wegen.⁸⁰ Bei diesen Sachlagen ist eine Interessenabwägung erforderlich. Selbstredend ist es auch zulässig, dass ein Patient vor seinem Tod ausdrücklich erlaubt, dass bestimmten Personen postmortal Auskunft erteilt werden darf.⁸¹

⁷⁶ Exemplarisch: BGE 129 I 302 E. 1.2.; BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (Fn 60), N 32 zu Art. 11 ZGB; AEBI-MÜLLER (Fn 1), Rz. 327 ff.

⁷⁷ AEBI-MÜLLER (Fn 1), Rz. 327.

⁷⁸ Vgl. zum Folgenden AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 145 ff.

⁷⁹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 146.

⁸⁰ Vgl. den Sachverhalt im Urteil des Bundesgerichts 2C_1035/2016 vom 20. Juli 2017.

⁸¹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 147.

[50] Wie das grundsätzlich anerkannte Schutzbedürfnis des Verstorbenen (bzw. dessen lebzeiti-ger Schutz vor postmortaler Datenbekanntgabe) rechtlich abgesichert und mit berechtigten Interessen von Angehörigen in Einklang gebracht werden kann, ist weder vom Gesetzgeber⁸² noch von Lehre und Rechtsprechung abschliessend geklärt. Im Folgenden ist nach den anwendbaren Rechtsgrundlagen zu unterscheiden, anschliessend erläutere ich einige Beispiele aus der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

3.3.2. Strafrecht: Strafbarkeit endet nicht mit dem Tod des Geheimnischerrn

[51] Art. 321 StGB nennt den Tod des Patienten an sich nicht als Grund für ein Erlöschen des Berufsgeheimnisses.⁸³ Daher gilt der Geheimnisschutz sogar gegenüber den Angehörigen und Erben des Patienten.⁸⁴ Allerdings ist zweierlei zu bedenken: Erstens können die Angehörigen des Verstorbenen u.U. ein überwiegendes Interesse an einem Geheimnisbruch geltend machen, etwa im Zusammenhang mit einem Haftpflichtprozess gegen den Arzt wegen eines möglichen Arztfehlers.⁸⁵ Zweitens handelt es sich bei Art. 321 StGB um ein Antragsdelikt. Erfolgt der Geheimnisbruch erst nach dem Tod des Patienten, so ist in der Lehre umstritten, ob die Angehörigen antragsberechtigt sind.⁸⁶ Zu verneinen ist dies nach hier vertretener Auffassung dann, wenn der Geheimnisbruch erst nach dem Tod des Geheimnisträgers erfolgt ist.⁸⁷ Verneint man die Antragsberechtigung der Angehörigen oder haben gerade diese den Geheimnisbruch verlangt, bleibt der Arzt mangels Strafantrag straffrei.

3.3.3. Erbrecht: Keine Vererblichkeit höchstpersönlicher Rechte

[52] Höchstpersönliche Rechte werden vom Grundsatz der Universalsukzession nicht erfasst, sie gehen daher nicht an die Erben über.⁸⁸ Hingegen sind vertragliche Ansprüche zwischen Arzt und Patient grundsätzlich vererblich, was u.a. dazu führt, dass die Erben Honorarforderungen des Arztes – soweit nicht durch die Krankenkasse gedeckt – begleichen müssen.⁸⁹ Da der Patient – neben dem datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch, dazu sogleich – auch ein vertragliches Auskunftsrecht gegenüber dem Arzt hat, fragt sich, ob dieses an die Erben übergeht oder nicht.⁹⁰ In Lehre und Rechtsprechung wird dies mit Recht verneint: Weder die auftragsrechtliche Treue-

⁸² Der Gesetzgeber hätte dazu an sich Gelegenheit gehabt: Mit der Motion Kessler, 15.3873, wurde im Herbst 2015 verlangt, die «Grundlagen für einen zeitgemässen postmortalen Persönlichkeitsschutz» durch ein «Recht auf Ein-sicht in Krankenakten von Verstorbenen» zu schaffen. Auf Antrag des Bundesrates wurde die Motion am 1. Juni 2017 durch den Nationalrat abgelehnt.

⁸³ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 148; ANTOINE EIGENMANN, Succession et secrets, in: Steinauer/Mooser/Eigenmann (Hrsg.), Journée de droit successoral 2019, Bern 2019, 93 ff., Rz. 45.

⁸⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_1035/2016 vom 20. Juli 2017 E. 4.2.1 m.H. auf BGE 135 III 597 E. 3.3; BSK StGB- OBERHOLZER (Fn 39), N 18 zu Art. 321 StGB; siehe zum Meinungsstand in der Literatur u.a. CR CP II-CHAPPUI (Fn 25), N 84 ff. zu Art. 321 StGB; ferner MEIER (Fn 2), Rz. 1014.

⁸⁵ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 151.

⁸⁶ Vgl. TRECHSEL/VEST (Fn 6), N 27 f. zu Art. 321 StGB, m.w.H.; CR CP II-CHAPPUI (Fn 25), N 139 zu Art. 321 StGB.

⁸⁷ CR CP II-CHAPPUI (Fn 25), N 139 zu Art. 321 StGB; a.M. BRIGITTE TAG, in: Kuhn/Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 757 f., die den Angehörigen auch bei postmortalem Geheimnisschutz das Antrags- recht zugesteht; vgl. ferner AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 149.

⁸⁸ Anstatt vieler: TARKAN GÖKSU, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457–640 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2016, N 8 zu Art. 560 ZGB.

⁸⁹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 146.

⁹⁰ Vgl. EIGENMANN (Fn 83), Rz. 37 ff.

noch die Vertraulichkeitspflicht enden mit dem Tod des Auftraggebers (des Patienten), die Erben können daher weder Akteneinsicht noch -herausgabe verlangen.⁹¹ Zu Lebzeiten kann der Patient auch die Rechenschaftspflicht des Beauftragten gegenüber den Erben aufheben.⁹²

3.3.4. Datenschutzrecht: Kein Auskunftsanspruch von Erben oder Angehörigen (?)

[53] Das Datenschutzgesetz des Bundes äussert sich bislang überhaupt nicht zum Schutz der Personendaten von verstorbenen Personen. Dürften Erben oder Angehörige an Stelle des Verstorbenen den datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch (Art. 8 DSG) geltend machen, so würde dies im Ergebnis bedeuten, dass sie Einsicht in sämtliche Krankenakten nehmen könnten. Offenkundig widerspräche dies dem erläuterten Schutzbedürfnis des Betroffenen (vgl. Ziff. 3.3.1). Entsprechend ist davon auszugehen, dass auch das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht unvererblich ist,⁹³ es ist mit anderen Worten als höchstpersönliches Recht zu qualifizieren.⁹⁴

[54] Eine konkrete Regelung zum Tod des Betroffenen findet sich im geltenden Bundesrecht einzig in Art. 1 Abs. 7 VDSG. Danach besteht nach dem Tod ein eigener Rechtsanspruch auf Auskunftserteilung über die Daten eines Verstorbenen, «wenn der Gesuchsteller ein Interesse nachweist und keine überwiegenden Interessen von Angehörigen der verstorbenen Person oder von Dritten entgegenstehen». Ein Auskunftsinteresse wird, so die Bestimmung weiter, durch «nahe Verwandtschaft sowie Ehe mit der verstorbenen Person» begründet. Die zitierte Verordnungsbestimmung entbehrt allerdings nicht nur einer hinreichenden Delegationsnorm im DSG, sie ist zudem mit dem Schutzzweck von Art. 321 StGB unvereinbar.⁹⁵

[55] Mit der Revision des DSG möchte der Bundesrat die im Bereich des Datenschutzrechts bestehende Rechtsunsicherheit beseitigen. Im Entwurf wurde daher mit E-Art. 16 DSG eine – nach hier vertretener Auffassung durchaus gelungene – Bestimmung konzipiert, die sowohl berechtigten Einsichtsinteressen Angehöriger wie auch dem Vertraulichkeitsinteresse des Verstorbenen Rechnung tragen sollte.⁹⁶ Da die Entwurfsbestimmung in der Herbstsession 2019 durch den Nationalrat verworfen wurde,⁹⁷ ist derzeit offen, ob sie, allenfalls in modifizierter Form, dereinst in Kraft treten wird. Vorliegend ist nicht näher darauf einzugehen.

3.3.5. Rechtsprechung

[56] Die Gerichte hatten mehrfach Gelegenheit, sich zum postmortalen Schutz von Gesundheitsdaten und Einsichtsinteressen von Angehörigen zu äussern. Nachfolgend sollen nur drei Beispiele erwähnt werden:

⁹¹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 146 m.w.H.

⁹² EIGENMANN (Fn 83), Rz. 39.

⁹³ Urteil des Bundesgerichts 2C_1035/2016 vom 20. Juli 2017 E. 4.2.1 m.H. auf BGE 140 V 464 E. 4.2; BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBOU (Fn 17), N 4 und 8 zu Art. 8 DSG; BSK DSG-MAURER-LAMBOU/KUNZ (Fn 17), N 6 zu Art. 2 DSG.

⁹⁴ EIGENMANN (Fn 83), Rz. 88.

⁹⁵ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 148; BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBOU (Fn 17), N 8 zu Art. 8 DSG; offen gelassen wurde die Gesetzeskonformität von Art. 1 lit. 7 VDSG in BGE 140 V 464; vgl. zum Ganzen auch EIGENMANN (Fn 83), Rz. 89 ff.; MEIER (Fn 2), Rz. 1012.

⁹⁶ Entwurf vom 15. September 2017, BBl 2017, S. 7193 ff.; Botschaft des Bundesrates vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 S. 6941 ff., 7044 ff.

⁹⁷ Vorlage des Bundesrats, 17.059, Totalrevision des Datenschutzgesetzes, AB 2019 N 1773 ff.

- In einem Urteil vom 26. April 1995⁹⁸ hielt das Bundesgericht fest, dass das Interesse des Sohnes an der Krankengeschichte der verstorbenen Mutter mit deren Interesse auf Geheimhaltung dieser Daten abgewogen werden müsse. Die Beschränkung des Einsichtsrechts finde ihre Rechtfertigung im Schutz der Privatsphäre einer verstorbenen Person. Diese Beurteilung ist umso mehr zu begrüßen, als der Sohn, der einen Kunstfehler geltend gemacht hatte, durch Vermittlung eines neutralen bzw. durch den Sohn bezeichneten Arztes hätte Auskunft erhalten können. Dieses Vorgehen erlaubt eine ausgewogene Lösung, indem der Angehörige soweit nötig Auskunft erhält, während die übrigen Teile des Patientendossiers ihm gegenüber vertraulich bleiben.⁹⁹ Dieser Weg bestätigt übrigens die eingangs erwähnte Sichtweise, wonach die Vertraulichkeit von Gesundheitsdaten massgeblich vom Empfänger der Information abhängt: Obschon durch die Einsichtnahme eines «dazwischengeschobenen» Arztes eine weitere Person Kenntnis von den Gesundheitsdaten erlangt, ist dies für die konkrete Lebens- und Beziehungsgestaltung eines Patienten weniger problematisch als eine direkte, vollständige und ungefilterte Kenntnisnahme durch Angehörige.
- Das Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau musste sich mit der Frage befassen, ob der Bruder eines bei Komplikationen einer medizinischen Behandlung Verstorbenen Einsicht in dessen Krankengeschichte nehmen darf.¹⁰⁰ Das Gericht hielt mit Recht fest, dass einzig aufgrund der engen familiären und persönlichen Verbindung mit dem Verstorbenen nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden dürfe, dass dieser mit der Offenlegung der ganzen Krankengeschichte einverstanden gewesen wäre. Auch hier musste daher aufgrund einer Interessenabwägung entschieden werden, wobei dem Bruder die Krankengeschichte stellvertretend über eine ärztliche Vertrauensperson teilweise zugänglich gemacht wurde. Der Entscheid ist auch deshalb von Interesse, weil ausdrücklich festgehalten wird, dass das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht nicht aufgrund von Art. 1 Abs. 7 VDSG an die Erben übergeht.
- Eine etwas andere Interessenlage hatte kürzlich das Bundesgericht zu beurteilen.¹⁰¹ Nach dem Suizid einer Frau, die sich unmittelbar vor ihrem Tod zur stationären Behandlung in einer psychiatrischen Klinik befunden hatte, verlangten deren Ehemann sowie die minderjährigen Töchter Einsicht in die Krankengeschichte, wobei sie sich auf ihr eigenes Interesse an Trauerbewältigung und Informationen über die Motive des Suizids beriefen. Das Motiv der Trauerbewältigung wurde indessen nicht als hinreichend für eine Einsicht in die gesamten Krankenakten anerkannt und mit Bezug auf einen möglichen Behandlungsfehler hatten die Angehörigen nicht behauptet, dass sie ein Verfahren gegen die Klinik eingeleitet hätten oder dies konkret beabsichtigten. Daher blieb es beim vorinstanzlichen Entscheid, wonach eine partielle Einsichtnahme nur über Vermittlung der Vertrauensärzte gewährt wurde.

⁹⁸ Abgedruckt in: Pra 1996, Nr. 94.

⁹⁹ Ähnlich der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 18. November 2015, TVR 2015, Nr. 20, E. 6.4.

¹⁰⁰ TVR 2015 (a.a.O.), Nr. 20.

¹⁰¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_37/2018 vom 15. August 2018; dazu PETER BREITSCHMID, Nähe und Distanz – Wissen und Geheimnisse, Bemerkungen zur familieninternen Informationslage in Gesundheitsbelangen, Pflegerecht 2019, S. 151 ff., 152 ff.

3.3.6. Zwischenergebnis

[57] Die Rechtslage nach dem Tod eines Patienten ist nach dem Gesagten nicht vollständig geklärt, weil Datenschutz-, Straf-, und Auftragsrecht (in Verbindung mit der erbrechtlichen Universalsukzession) keine ausdrücklichen Regeln vorsehen. Aufgrund von Lehre und Rechtsprechung kann jedoch davon ausgegangen werden, dass Angehörige und Erben jedenfalls nicht im Sinne eines Automatismus Einsichtsrechte beanspruchen können, sondern eine Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich ist.¹⁰² Dabei scheint in der Praxis das Interesse im Zusammenhang mit einem möglichen Arzthaftungsprozess im Vordergrund zu stehen, denkbar sind aber auch spezifische Offenbarungsrechte im Zusammenhang mit einer genetischen Prädisposition oder schweren ansteckenden Erkrankungen.¹⁰³ Der postmortale Schutz der Patientendaten wird in diesen Sachlagen regelmässig dadurch gewahrt, dass ein Vertrauensarzt an Stelle der Angehörigen Einsicht nimmt und diesen nur diejenigen Informationen zur Verfügung stellt, die zur Interessenwahrung erforderlich sind. Ausserhalb eines solchen überwiegenden Interesses bleibt es beim Grundsatz, dass für die Einsichtnahme eine vor dem Tod erteilte Einwilligung des Patienten erforderlich ist.¹⁰⁴

4. Schlusswort

[58] Ob Patienten immer in der Lage sind, nicht nur über Behandlungsentscheide, sondern auch über die Preisgabe oder das Zurückhalten von Patientendaten aufgeklärt, urteilsfähig und selbstbestimmt zu entscheiden, kann zum vornherein fraglich sein. Dennoch geht der Gesetzgeber von einer informationellen Selbstbestimmung auch mit Bezug auf Gesundheitsdaten aus. Wie der vorliegende Beitrag gezeigt hat, wird das Prinzip aber in verschiedener Hinsicht durchbrochen – und zwar gerade auch in Bereichen, die für den Patienten erhebliche praktische Konsequenzen haben können. Ein sorgsamer und zurückhaltender Umgang mit diesen Ausnahmen ist angezeigt.

Die Autorin ist ordentliche Professorin für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern.

Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die verschriftlichte, leicht ergänzte und mit wenigen Literaturhinweisen angereicherte Fassung meines Vortrages an der Tagung «Patientendaten im Fokus von Recht und Medizin» vom 30. Januar 2020 an der Universität Luzern. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

Für die sorgfältige Überarbeitung der Fussnoten danke ich meinem Lehrstuhlmitarbeiter Luca Oberholzer, BLaw. Die Ausführungen zum Einbezug von Angehörigen wurden inspiriert durch mein SNF-Projekt «Gesetzliche Vertretungsrechte von Angehörigen für medizinische Entscheide: juristische Dimensionen»; ich danke dem SNF für die Unterstützung meiner Forschungsarbeit.

¹⁰² Vgl. auch EIGENMANN (Fn 83), Rz. 96 ff.

¹⁰³ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn 14), § 9, Rz. 150 f.

¹⁰⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_37/2018 vom 15. August 2018 E. 6.3.2.