

ADVOKATUR

DR. ANDREAS JOST

THERES STÄMPFLI

DR. FRITZ KILCHENMANN

BEAT MESSERLI LL.M.

WALTER STREIT LL.M.

Fürsprecher

Eingetragen im Anwaltsregister

Hochschule für Angewandte Psychologie HAP

Workshop 'Krankengeschichte' 2005

Referatsunterlage

1. *Einleitung*

2. *Fragestellungen*

- Überblick über die anwendbaren Normen
- Wie muss eine Krankengeschichte aus rechtlicher Sicht beschaffen sein?
- Welche Auskunftsrechte besitzt der Patient gegenüber dem Psychotherapeuten?
- Welche Auskunftspflichten hat der Psychotherapeut gegenüber Dritten?
- Welche Auskunftspflichten hat der Psychotherapeut in Prozessen?
- Welche Melderechte oder -pflichten hat der Psychotherapeut gegenüber den Strafverfolgungsbehörden?

3. *Überblick über die anwendbaren Normen*

Gesellschaftsstrasse 27 | Postfach 6858 | 3001 Bern

Telefon +41 (0)31 302 66 55 | Telefax +41 (0)31 302 68 58

lawyers@jskms.ch | www.jskms.ch

- a. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.
- b. Die anwendbaren Normen sind verschieden, je nachdem, ob die Rechtsbeziehung zwischen dem Psychotherapeuten und dem Patienten dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht untersteht.
- c. Die Beziehung untersteht dem öffentlichen Recht, wenn der Psychotherapeut seine Tätigkeit für eine dem öffentlichen Recht unterstellte Institution ausübt. Beispiel: ein Psychotherapeut ist bei einer Klinik angestellt oder er führt eine eigene Praxis, erbringt aber zusätzlich Leistungen für eine Klinik und behandelt deren Patienten im Rahmen des zwischen der Klinik und dem Patienten bestehenden Rechtsverhältnisses. Indessen: Auf die Trägerschaft kommt es nicht oder jedenfalls nicht entscheidend an. Eine Klinik mit einer privaten Trägerschaft hat mit ihren Patienten nicht notwendigerweise ein privatrechtliches Verhältnis. Unter bestimmten Bedingungen (Integration in die kantonale Gesundheitsversorgung; Aufsicht; Leistungsverträge etc.) ist das Rechtsverhältnis öffentlich rechtlicher Natur. Beispiel: Schlössli Oetwil.

Ist die Rechtsbeziehung dem öffentlichen Recht unterstellt, so kommen die Normen des kantonalen Gesundheits- und Datenschutzrechts zur Anwendung. Zu erwähnen sind namentlich die in vielen Kantonen bestehenden Patientengesetze und -dekrete. Im Kanton Zürich ist § 17 des Patientinnen- und Patientengesetzes (ZH-Lex 813.13) massgebend, der die Führung einer Patientendokumentation über die Behandlung und die Aufklärung vorschreibt. Eine ähnliche Vorschrift enthält § 12 der zürcherischen Verordnung über die nichtärztlichen Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten (ZH-Lex 811.61). Diese Bestimmungen sagen allerdings wenig über den Inhalt einer Krankengeschichte im Einzelnen aus. Kaum aussagekräftig ist auch das kantonale Datenschutzgesetz des Kantons Zürich, welches allgemeine und auch für das Anlegen und Führen von Krankengeschichten geltende Dokumentationsgrundsätze aufstellt.

- d. Die Beziehung zwischen Psychotherapeut und Patient untersteht dem Privatrecht, wenn der Psychotherapeut eine eigene Praxis führt und die Behandlung dort stattfindet. Achtung: Die Rechtsbeziehung ist privatrechtlicher Natur. Davon zu trennen ist jedoch die öffentlich rechtliche Frage, welche Voraussetzungen ein Psychotherapeut erfüllen muss, damit er zur Berufsausübung im Rahmen privatrechtlicher Rechtsbeziehungen zu seinen Patienten befugt ist.

Vertragsrechtlich ist das Rechtsverhältnis zwischen Psychotherapeut und Patient wie das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient als Auftrag zu qualifizieren. Der Psychotherapeut schuldet nicht einen bestimmten Erfolg, sondern eine sorgfältige und getreue Ausführung des Auftrags, d.h. der Beratung. Er ist verpflichtet, gestützt auf seine Rechenschaftspflicht eine

Krankengeschichte zu führen, in welcher er namentlich die Diagnose und den Verlauf der Behandlung festhält. Die massgebende Bestimmung (Art. 400 OR) lautet:

Der Beauftragte ist schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgend einem Grund zugekommen ist, zu erstatten.

- e. Auf das Verhältnis zwischen dem in eigener Praxis tätigen Psychotherapeuten und seinem Patienten ist jedoch nicht nur das Auftragsrecht anwendbar. Der Psychotherapeut untersteht auch den Bestimmungen des eidgenössischen (nicht des kantonalen) Datenschutzgesetzes (DSG; SR 235.1). Dieses regelt u.a. die Bearbeitung von Daten durch private Personen. Als private Personen gelten auch frei praktizierende Psychotherapeuten, und die Angaben über den psychischen Zustand des Patienten sind als Gesundheitsdaten ohne Weiteres als Daten im Sinn des DSG anzusehen.
- f. Nebst dem Auftragsrecht und dem Datenschutzrecht bestehen weitere Normen, welche für die Führung von Krankengeschichten und das Auskunftsrecht des Patienten massgebend sind. Zu erwähnen sind:

Fliessen Krankengeschichten in Verfahren ein (z.B. in sozialversicherungsrechtliche Verfahren oder in Verfahren im Hinblick auf die Anordnung eines fürsorglichen Freiheitsentzugs), so hat der Betroffene gestützt auf die Verfahrensgarantien der Bundesverfassung einen Anspruch auf rechtliches Gehör, der u.a. auch das Akteneinsichtsrecht umfasst. Ein Akteneinsichtsrecht besteht u.U. auch ausserhalb eines eigentlichen Verfahrens, sofern schutzwürdige Interessen an der Öffnung der Krankengeschichte bestehen (BGE 122 I 153).

Das Auskunftsrecht des Patienten hat ferner Berührungspunkte mit dem Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) und mit dem ähnlich formulierten menschenrechtlichen Anspruch gemäss Art. 8 EMRK.

Schliesslich bestehen wichtige Verknüpfungen zwischen der Pflicht zur Führung einer Krankengeschichte und dem Prozessrecht. In Arzthaftpflichtfällen ist der Patient zur Begründung eines Vorwurfs häufig massgeblich auf die Krankengeschichte angewiesen. Wird diese mangelhaft geführt, so kann der Betroffene in einen Beweisnotstand geraten. Die Praxis behilft sich in solchen Fällen damit, dass sie die Anforderungen an den Beweis des Behandlungsfehlers, der grundsätzlich dem Patienten obliegt, herabsetzt. Nach einer bestimmten Lehrmeinung muss bei Verletzung der Dokumentationspflicht sogar eine Beweislastumkehr erfolgen.

4. *Inhaltliche Bestimmungen über das Führen einer Krankengeschichte*

Wie bereits ausgeführt, enthalten weder das Obligationenrecht noch die einschlägigen Bundes- und kantonalen Erlasse über den Datenschutz und über die Aufzeichnung von Patientendaten konkrete und detaillierte Bestimmungen über den Inhalt einer Krankengeschichte. Das DSG und die kantonalen Datenschutzgesetze stellen immerhin wichtige Grundsätze der Datenbearbeitung auf, welche bei der Führung einer Krankengeschichte zu beachten sind:

- Daten müssen rechtmässig beschafft werden. Dieser Grundsatz kommt insbesondere bei der Beschaffung von Informationen bei Drittpersonen zum Tragen. Die Beschaffung bedarf in der Regel einer Einwilligung des Betroffenen.
- Grundsatz von Treu und Glauben: Daten dürfen nur in einer Art und Weise erhoben und bearbeitet werden, mit welcher der Betroffene rechnen konnte oder musste. Es wäre mithin nicht zulässig, bei der Anamnese Fragen zu stellen, welche für andere Zwecke, zum Beispiel für statistische Zwecke benötigt werden, ohne dass dies dem Patienten offen gelegt wird.
- Daten können nur insoweit erhoben und bearbeitet werden, als sie tatsächlich benötigt werden. Dieser zentrale Grundsatz kommt vor allem dann zum Tragen, wenn Daten an Versicherer weiter gegeben werden müssen.
- Daten müssen schliesslich so erhoben, bearbeitet und gespeichert werden, dass eine nicht sachgerechte Verwendung ausgeschlossen wird.

Um weitere Richtlinien inhaltlicher Art zu gewinnen, behilft sich der Jurist eines Kunstgriffs. Da die bei der Ausführung eines Auftrags anzuwendende Sorgfalt objektiviert ist, muss danach gefragt werden, was von einem gewissenhaften Psychotherapeuten in einer gleichen Situation erwartet werden darf. Dabei kann die Meinung von Fachleuten herangezogen oder können anerkannte Usancen berücksichtigt werden. Massgebend können auch die Richtlinien von Fachverbänden sein. Die Gerichte haben für verschiedene Berufe, auf welche Auftragsrecht anwendbar ist, Dokumentationspflichten konkretisiert. Beispielsweise hat sich das Bundesgericht zu den Anforderungen an einen Operationsbericht geäussert und die Frage beurteilt, ob die Vernichtung von nicht vorgeschriebenen Videokassetten zulässig war. Im Bereich der Psychotherapie fehlen aber soweit ersichtlich Urteile, die den Inhalt von Krankengeschichten spezifizieren.

Es ist m.E. relativ klar, dass der Psychotherapeut das Gespräch nicht protokollieren muss. Von ihm wird ja nicht nur ein Abhören, sondern eine Mitwirkung im Gespräch verlangt, und eine solche Partizipation lässt es nicht zu,

sich in erster Linie auf das Registrieren der Äusserungen des Patienten zu beschränken. Ebenso falsch wäre aber die Annahme, es müssten überhaupt keine Notizen gemacht werden. In rechtlicher Hinsicht würde ich im Sinn einer Minimalforderung verlangen, dass der Psychotherapeut wesentliche Themen des Gesprächs stichwortartig und zudem den Punkt notiert, an welchem das Gespräch abgebrochen und der Patient entlassen wurde. Selbstverständlich sind ebenfalls ausserordentliche Beobachtungen zu notieren, welche auf eine eingetretene oder drohende Veränderung der psychischen Situation schliessen lassen.

5. *Auskunftsrechte des Patienten*

- a. Der Grundsatz ist klar: Der Patient hat einen Anspruch darauf, die Krankengeschichte einzusehen, und zwar die ganzen Aufzeichnungen und nicht nur einen Auszug. Das Recht, Einsicht in die Krankengeschichte zu erhalten, ist als Teil des Selbstbestimmungsrechts des Patienten grundsätzlich unverbrüchlich. Mit anderen Worten: es gibt dem Patienten gegenüber grundsätzlich kein Geheimhaltungsrecht.
- b. Dieser Grundsatz ist wie folgt zu präzisieren. Die Einsicht erstreckt sich auf die tatsächlich angefertigte Krankengeschichte, und nicht bloss auf eine zusammenfassende Wiedergabe der Aufzeichnungen. Ferner: Es darf nicht unterschieden werden zwischen internen und externen Aufzeichnungen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat vor wenigen Jahren erkannt, dass die Ausscheidung von externen Akten, welche allein der Auskunftspflicht unterliegen, nicht zulässig ist. Interne 'geheime' Akten sind allerdings abzugrenzen von blossen Notizen zum Eigengebrauch. In solche Unterlagen kann der Patient keine Einsicht nehmen. Es handelt sich beispielsweise um eine Notiz über ein Thema, welches der Psychotherapeut in der nächsten Sitzung anschneiden will. Notizen über Beobachtungen, welche während der Behandlung gemacht werden, und mögen sie noch so subjektiv gefärbt sein, stellen jedoch keine Notizen zum Eigengebrauch dar. Überhaupt wird datenschutzrechtlich nicht zwischen objektiven Feststellungen und subjektiven Werturteilungen unterschieden.
- c. Der Grundsatz des vollen Einsichtsrecht kann ausnahmsweise durchbrochen werden, namentlich in den beiden folgenden Fällen:

Erstens kann die Einsicht in Angaben von Dritten unter Umständen verweigert werden. Solche Drittauskünfte sind in der Behandlung seelischer Krankheiten relativ häufig. Sie werden aber meistens in der Annahme abgegeben, dass sie vertraulich behandelt und dem Betroffenen nicht preisgegeben werden. Die gegenläufigen Interessen sind abzuwägen (Beispiel: Art. 22 DSG-BE; BSG 152.04; Art. 39a GesG; BSG 811.01).

Zweitens kann die Einsicht verweigert werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie einen Aufklärungsschaden bewirken könnte. Derartige Fälle werden mit dem Begriff des therapeutischen Privilegs erfasst. Dessen Konturen sind aber unscharf. Das Bundesgericht hat das therapeutische Privileg so weit ersichtlich erst in einem einzigen Urteil zur Sprache gebracht. Zur Debatte stand aber nicht das Schutzinteresse des Betroffenen 'vor sich selbst', sondern das Interesse von Drittinformatanten, weshalb dieser Fall trotz der ausdrücklichen Erwähnung des therapeutischen Privilegs genau genommen keinen Anwendungsfall darstellt (BGE 122 I 153). Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat in einem kürzlich publizierten Fall offen gelassen, ob die Einsichtnahme in Unterlagen einer psychiatrischen Klinik (auch) gestützt auf das therapeutische Privileg beschränkt werden darf (BVR 2005, 301). Das Bundesgericht hat jedoch – vor allem im Zusammenhang mit der Eingriffsaufklärung des Arztes – in mehreren Fällen festgehalten, eine Information dürfe dem Patienten vor-enthalten werden, wenn sie Angstzustände hervorrufe (BGE 122 I 153 mit weiteren Hinweisen). In kantonalen Gesetzen ist dieser Grundsatz zum Teil ausdrücklich verankert (Beispiel: Art. 22 DSG-BE; BSG 152.04).

In der deutschen Praxis befürworten die Gerichte unter Berufung auf das therapeutische Privileg eine Befugnis des Psychotherapeuten, das Einsichtsrecht des Patienten zu beschränken. Sie stützen sich dabei auf die Überlegung, dass der Therapeut für die Behandlung der seelischen Erkrankung eine persönliche Beziehung schaffen muss. So hat der Bundesgerichtshof in einem Fall sinngemäss folgendes ausgeführt:

Die Tätigkeit des Therapeuten erschöpft sich nicht im technisch-somatischen Bereich. Ihr ist vielmehr regelmässig die gegenseitige Zuwendung zwischen Arzt und Patient eigen, und es gehört zur Berufspflicht des Therapeuten, diesen Kontakt, der auch seine eigene Person mit einbezieht, herbeizuführen. Aufgrund dieser Besonderheit werden auch Eintragungen in die Krankengeschichte erfolgen, welche für die Kenntnismahme des Patienten weder geeignet noch bestimmt sind.

Ausgehend von dieser deutschen Praxis sind auch in der Schweiz Stimmen laut geworden, die eine Einschränkung des Einsichtsrechts geradezu zwingend verlangen. Es wird argumentiert, mit der Öffnung der gesamten Unterlagen werde dem Patienten das Skalpell in die Hand gegeben, dessen sich der Psychotherapeut zur Behandlung des seelischen Leidens bedient, und dies könne wiederum zu einer Schädigung oder sogar zu einer Verschlimmerung des seelischen Leidens führen. Es wird sogar die Behauptung aufgestellt, die Offenlegung der integralen Krankengeschichte stelle eine Verletzung des Behandlungsvertrags dar.

Die weitgehende Befürwortung des therapeutischen Privilegs ist nicht unproblematisch. Es ist zu beachten, dass der Psychotherapeut eine Beschränkung der Einsicht dem Patienten nicht verheimlichen darf. Er muss

daher berücksichtigen, dass der Patient die ihm bekannt gegebene selektive Offenlegung der Unterlagen als Bevormundung empfindet. Überzeugender ist der auch in der schweizerischen Gerichtspraxis verfolgbare Ansatz (vgl. den zitierten Berner Fall), dem Psychotherapeuten im Einzelfall die Verantwortung für eine Abwägung der gegenläufigen Interessen zu übertragen. Die Gründe für die allfällige Beanspruchung des Privilegs sind in der Krankengeschichte zudem detailliert festzuhalten.

Nur der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang noch auf Art. 8 Abs. 3 DSG hingewiesen. Diese Bestimmung erlaubt die Bekanntgabe von sensiblen Aufzeichnungen durch einen Arzt, wenn der Patient durch eine 'ungeschützte' Einsichtnahme Schaden erleiden könnte. In der Literatur wird diese Bestimmung als paternalistisch abqualifiziert. Es sind aber Situationen vorstellbar, beispielsweise bei einem gestörten Verhältnis zwischen Patient und Therapeut, in welchen die Einschaltung eines Dritten zur Erläuterung der Krankengeschichte Sinn machen kann.

6. *Auskunftspflicht des Psychotherapeuten (Beispiel: Sozialversicherung)*

- a. Im Sozialversicherungsrecht ist die Mitwirkung des Versicherten von zentraler Bedeutung. Sie stellt das Pendant dar zum Untersuchungsgrundsatz, der das Sozialversicherungsverfahren beherrscht. Weigert sich der Versicherte, Angaben zu seinem Gesundheitszustand zu machen und unterlässt er es, seinen Arzt oder Therapeuten vom Berufsgeheimnis zu entbinden, so müssen die Behörden zwar den Sachverhalt gleichwohl von Amtes wegen abklären. Der Versicherte riskiert jedoch Kostenfolgen.
- b. Psychotherapeuten werden häufig mit Auskunftsbegehren konfrontiert, sei dies seitens ihrer Patienten oder seitens der Träger der Sozialversicherung. Der Grundsatz ist klar: Der Therapeut darf die von ihm erhobenen Gesundheitsdaten den Trägern der Sozialversicherung nicht ohne Einwilligung des Patienten bekannt geben. Eine nicht autorisierte Bekanntgabe stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar. Es stellt sich somit die Frage, welche Anforderungen an die Einwilligung zu stellen sind, damit diese die Bekanntgabe rechtfertigt. Die Einwilligung setzt voraus, dass sich der Patient über den Umfang und den Inhalt der offen zu legenden Daten im Klaren ist. Der Psychotherapeut ist daher verpflichtet, den Bericht, welchen er den Behörden erstatten will, mit dem Patienten zu besprechen.

7. *Auskunftsrechte- und -pflichten in Prozessen; Meldepflichten*

- a. Fragen der Auskunftserteilung stellen sich namentlich auch in Zivil- und Strafprozessen. Solange das Prozessrecht bundesrechtlich nicht vereinheitlicht ist, sind die jeweiligen kantonalen Prozessordnungen massge-

bend. Am Beispiel des Kantons Bern stellt sich die Rechtslage vereinfacht wie folgt dar:

- b. Art. 321 StGB (SR 311.0) verbietet bestimmten Berufsleuten (namentlich Ärzten) unter Strafandrohung, Geheimnisse zu offenbaren, welche sie in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit wahrgenommen haben. Vorbehalten bleiben prozessuale Bestimmungen, welche derartige Personen zum Zeugnis verpflichten. Nach der bernischen Strafprozessordnung können diese Personen zwar das Zeugnis verweigern. Das Gericht kann sie jedoch dazu anhalten, das Verfahren zur Entbindung vom Berufsgeheimnis durch die zuständigen Aufsichtsbehörden einzuleiten. Ärzte dürfen sich trotz einer Entbindung vom Berufsgeheimnis auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen, haben aber darzutun, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.

Psychotherapeuten gehören zwar nicht zu den Berufsleuten gemäss Art. 321 StGB. Trotzdem haben sie in gewissen Fällen das Recht, das Zeugnis in Straf- und Zivilprozessen zu verweigern. In Strafprozessen kann das Gericht von der Auskunftspflicht entbinden, sofern das Interesse an der Geheimhaltung bedeutender als das Interesse an der Wahrheitsfindung ist. In Zivilprozessen sind Psychotherapeuten generell zur Verweigerung der Aussage berechtigt, sofern sie nicht von der Geheimhaltungspflicht entbunden worden sind.

- c. Psychotherapeuten sind nach bernischer Gesundheitsgesetzgebung ermächtigt (d.h. nicht verpflichtet), den Strafbehörden ungeachtet der Bindung an das Berufsgeheimnis Wahrnehmungen mitzuteilen, welche auf ein Verbrechen oder Vergehen gegen Leib und Leben, die öffentliche Gesundheit oder die sexuelle Integrität schliessen lassen, ebenso Wahrnehmungen bei der Behandlung einer Person im Straf- oder Massnahmenvollzug, welche auf eine Gemeingefährlichkeit oder auf eine Veränderung der Gemeingefährlichkeit hindeuten.