

Christian Peter

Das Begehren um Löschung von Patientendaten

Das aktuell diskutierte «Recht auf Vergessen» kollidiert im medizinischen Bereich mit zahlreichen Vorschriften, die zur Dokumentation verpflichten. Der vorliegende Beitrag legt die entsprechenden Dokumentationspflichten dar, erläutert den Begriff der «Löschung von Patientendaten» und zeigt auf, in welchen Fällen Patientendaten auch gegen den Willen der Betroffenen nicht gelöscht werden dürfen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht

Zitiervorschlag: Christian Peter, Das Begehren um Löschung von Patientendaten, in: Jusletter 2. September 2019

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Gründe für die Erstellung und Aufbewahrung einer Patientendokumentation
 - 2.1. Pflicht zur Führung einer Patientendokumentation
 - 2.1.1. Privatrechtliche Vorgabe
 - 2.1.2. Gesundheitsrechtliche Vorgaben
 - 2.1.3. Spezifische medizinische Dokumentationspflichten
 - 2.1.4. Berufsrechtliche Vorgaben
 - 2.1.5. Dauer der Aufbewahrung
 - 2.1.5.1. Privatrechtliche Aufbewahrungsfristen
 - 2.1.5.2. Gesundheitsrechtliche Aufbewahrungsfristen
 - 2.1.5.2.1. Kantonale Aufbewahrungsfristen
 - 2.1.5.2.2. Nationale Aufbewahrungsfristen
 - 2.1.6. Archivierungsrechtliche Aufbewahrungspflichten
 - 2.1.7. Beginn des Fristenlaufes
 - 2.2. Aufbewahrung aufgrund eigener Interessen: prozessuale Beweissicherung
 - 2.2.1. Aktuelles Verjährungsrecht
 - 2.2.2. Zukünftiges Verjährungsrecht
 - 2.3. Zwischenfazit
3. Löschbegehren
 - 3.1. Recht auf Vergessen
 - 3.2. Was ist Löschen
 - 3.3. Umfang der Löschung
4. Rechtfertigungsgründe für eine Aufbewahrung von Patientendaten gegen den Willen der Betroffenen
 - 4.1. Gesetzliche Aufbewahrungspflicht als Rechtfertigung für eine Aufbewahrung
 - 4.2. Überwiegende private Interessen als Rechtfertigungsgrund
 - 4.3. Keine Herausgabepflicht der Behandelnden
5. Fazit

1. Ausgangslage

[Rz 1] Das Recht auf Vergessen ist aufgrund der laufenden Revisionen der verschiedenen Datenschutzgesetze und im Zuge der neuen europäischen Regulierungen einer breiten Öffentlichkeit ins Bewusstsein gerückt. Daher erstaunt es nicht, dass sich auch Patientinnen und Patienten – in der Regel aufgrund einer Unzufriedenheit mit einer medizinischen Behandlung – an dieses Recht erinnern und die Löschung aller ihrer Patientendaten verlangen.

[Rz 2] Diese Bitte kollidiert jedoch zum einen mit den Pflichten der Behandelnden, eine Patientendokumentation zu führen und aufzubewahren, und zum anderen mit dem Bedürfnis der Behandelnden, die Behandlungsdokumentation aufzubewahren, um allfälligen haftpflichtrechtlichen Forderungen entgegen treten zu können.

[Rz 3] Wie die Behandelnden mit diesen Interessengegensätzen umgehen müssen und welche Auswirkungen diese auf das Löschbegehren haben, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

2. Gründe für die Erstellung und Aufbewahrung einer Patientendokumentation

2.1. Pflicht zur Führung einer Patientendokumentation

[Rz 4] Gesundheitsfachpersonen haben ihre Behandlung zu dokumentieren.¹ Die Dokumentation dient der Rechenschaftsablegung, der Therapiesicherung und der Beweismittelsicherung.² Des Weiteren dient sie der Transparenz der erbrachten Leistungen für die Krankenversicherung und ist wichtigste Grundlage zur Abrechnung im KVG-Bereich. Zudem dient sie den Behandelnden zur Selbstkontrolle, ob sie lege artis vorgegangen sind.³

[Rz 5] Die Rechtsgrundlage für die Erstellung und Aufbewahrung der Patientendokumentation sind mannigfaltig und können in vier Gruppen aufgeteilt werden: privatrechtliche Vorgaben, öffentlich-rechtliche Vorgaben, spezialgesetzliche Vorgaben und berufsrechtliche Vorgaben.

2.1.1. Privatrechtliche Vorgabe

[Rz 6] Der privatrechtliche Behandlungsvertrag zwischen Patient und Behandelnden wird als Auftrag qualifiziert.⁴ Die Pflicht, eine Patientendokumentation zu führen, ergibt sich aus der vertraglich geschuldeten Sorgfaltspflicht, der Rechenschaftspflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 OR⁵ und dem Persönlichkeitsschutz (Recht auf Kontrolle der ärztlichen Behandlung) gemäss Art. 27 ZGB.⁶

[Rz 7] Den Behandelnden wiederum dient die Behandlungsdokumentation als Arbeitsmittel für das sorgfältige Tätigwerden. Daher müssen die Informationen während der Behandlung auch zur Verfügung stehen.⁷

2.1.2. Gesundheitsrechtliche Vorgaben

[Rz 8] Viele kantonale Spital- oder Gesundheitsgesetze statuieren für den öffentlichen und den privatrechtlichen Behandlungsvertrag die Pflicht der Leistungserbringer, eine Behandlungsdokumentation zu führen.

[Rz 9] Im Kanton Luzern z.B. ist die Dokumentationspflicht von Personen, die Inhaber der entsprechenden Bewilligung sind, in § 26 GesG LU niedergeschrieben, im Kanton Bern findet man eine solche Bestimmung im Art. 26 GesG BE, im Kanton BL in § 24 GesG BS oder im Kanton AG § 15 Abs. 1 Bst. b GesG AG. Im Gesundheitsgesetz des Kantons Zürich wird unter § 13 Abs. 1

¹ WALTER FELLMANN, in: Moritz W. Kuhn, Thomas Poledna (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Auflage, S. 136 und 164; CHRISTIAN PETER, *Rechtskunde kompakt, Rechtshandbuch für Gesundheitsfachpersonen in der Schweiz*, Bern 2019, S. 131.

² REMO WAGNER, *Die ärztliche Dokumentation*, Diss. SG 2017, S. 7.

³ REMO WAGNER, *Die ärztliche Dokumentation*, Diss. SG 2017, S. 7f.

⁴ An statt vieler: WALTER FELLMANN, in: Moritz W. Kuhn, Thomas Poledna (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Auflage, S. 112.

⁵ REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Die Dokumentationspflicht des Arztes*, in: Walter Fellmann und Stephan Weber, *Haftpflichtprozess 2016*, 2016, S. 21.

⁶ LUKAS S. BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, Zürich 1996, S. 169; WALTER FELLMANN, in: Moritz W. Kuhn, Thomas Poledna (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, 2. Auflage, S. 136.

⁷ Daher ist ein Begehren auf vollständige Löschung der Daten letztendendes auch als Widerruf des Behandlungsverhältnisses zu qualifizieren. REMO WAGNER, *Die ärztliche Dokumentation*, Diss. SG 2017, S. 150.

GesG ZH eine Pflicht zur Führung einer Patientendokumentation statuiert und zusätzlich werden noch konkrete Vorgaben bezüglich Art, Umfang sowie Aufbewahrung und Herausgabe der Patientendokumentation gemacht.

[Rz 10] Im Kanton St. Gallen wird die Dokumentationspflicht durch Art. 14 Verordnung über die Ausübung der medizinischen Berufe (VMB SG) geregelt.

[Rz 11] Für den Kanton Neuenburg findet sich die ärztliche Dokumentationspflicht in Art. 64 Abs. 1 des Loi de santé, der vorsieht, dass Personen, die einen Beruf ärztlichen Beruf ausüben, «doivent tenir pour chaque patient un dossier indiquant le résultat des investigations, le diagnostic et les prestations fournies ou prescrites».

2.1.3. Spezifische medizinische Dokumentationspflichten

[Rz 12] Nebst den genannten allgemeinen Pflichten der kantonalen Gesundheitsgesetz finden sich zudem themenspezifische Dokumentationspflichten in bundesrechtlichen Spezialerlassen. So z.B. im

- Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Art. 34 Abs. 1 Bst. a Transplantationsgesetz): Aufzeichnungspflicht aller für den Schutz der Gesundheit bedeutsamen Vorgänge.
- Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Art. 24 Abs. 1 FMedG): Samenzellenspende muss auf zuverlässige Weise dokumentiert werden.
- Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 2 Bst. a Sterilisationsgesetz): Arzt muss in der Behandlungsdokumentation festhalten, auf Grund welcher Feststellungen er auf die Urteilsfähigkeit der betroffenen Person geschlossen hat.
- Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (Art. 14 Abs. 1 GUMG): Das Beratungsgespräch ist zu dokumentieren.

[Rz 13] Zudem enthält die in Art. 426 ff. ZGB geregelte fürsorgerische Unterbringung ausdrückliche Dokumentationspflichten. So verlangt Art. 433 Abs. 1 ZGB, dass der Arzt bei Unterbringung einer Person in einer Einrichtung zufolge psychischer Störung einen schriftlichen Behandlungsplan erstellt.

2.1.4. Berufsrechtliche Vorgaben

[Rz 14] Das Medizinalberufegesetz statuiert keine ausdrückliche ärztlichen Dokumentationspflicht, doch eine Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung (Art. 40 Bst. a MedBG). Die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung beschreibt ein Vorgehen nach allgemein anerkannten Grundsätzen des medizinischen Berufes. Die Bestimmung greift, wenn das Verhalten der Ärzte gegen Regeln von grundsätzlichem Gehalt verstösst. Es muss sich um grobes Fehlverhalten handeln, das über den Einzelfall hinauswirkt, weil es die Vertrauenswürdigkeit der betroffenen Medizinalperson in Frage stellt.⁸ Wird der Dokumentationspflicht

⁸ WALTER FELLMANN ZU Art. 40, in: Ayer et al., Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar; Rz. 59.

nicht nachgegangen, muss die Vertrauenswürdigkeit in Frage gestellt werden. Zumal die Dokumentationspflicht kantonalrechtlich gefordert und auch im Ständesrecht festgeschrieben ist.

[Rz 15] Zudem umfasst die Berufspflicht nach Art. 40 Bst. c MedBG auch die Pflicht, die Rechte der Patientinnen und Patienten zu wahren. Z.B. auch die, welche sich aus dem Auftragsrecht ergeben, wie die Rechenschaft des Beauftragten, aus welcher die Erstellung einer Behandlungsdokumentation resultiert.⁹

[Rz 16] Das Gesundheitsberufegesetz, welches in Anlehnung an das MedBG die Berufe der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner, Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten, Ergotherapeutinnen und Ergotherapeuten, der Hebammen, Ernährungsberaterinnen und Ernährungsberater, der Optometristinnen und Optometristen sowie der Osteopathinnen und Osteopathen regelt (und wohl Anfangs 2020 in Kraft tritt) sieht in Art. 16 Bst. a und d für die genannten Berufe analoge Pflichten wie diejenigen der Ärzte gemäss Art. 40 MedBG vor.

[Rz 17] Schliesslich sieht auch die Standesordnung der Ärzte in Art. 12 eine Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht vor und selbst einige der zurzeit in Kraft stehenden SAMW-Richtlinien statuieren in unterschiedlicher Weise Dokumentationspflichten.

2.1.5. Dauer der Aufbewahrung

2.1.5.1. Privatrechtliche Aufbewahrungsfristen

[Rz 18] Zwar wird im Auftragsrecht eine Aufbewahrungspflicht statuiert, das Gesetz verzichtet jedoch auf die Festlegung einer Aufbewahrungsdauer.¹⁰ Die Lehre geht mit Blick auf entsprechende öffentlich-rechtliche Regelungen, die Verjährungsfrist für Schadenersatzklagen gemäss Art. 60 Abs. 1 OR und die steuerrechtliche Aufbewahrungspflicht gemäss Art. 126 Abs. 3 DBG, von einer Aufbewahrungspflicht während zehn Jahren nach Abschluss der Behandlung aus.¹¹

[Rz 19] Bei der auftragsrechtlichen Aufbewahrungsfrist handelt es sich jedoch um eine Mindestaufbewahrungsdauer und sie steht einer längeren Aufbewahrung nicht entgegen.

2.1.5.2. Gesundheitsrechtliche Aufbewahrungsfristen

2.1.5.2.1. Kantonale Aufbewahrungsfristen

[Rz 20] Im Kanton Zürich¹² und Luzern¹³ müssen Patientendokumentationen zehn Jahre aufbewahrt werden. Auch der Kanton Bern sieht eine Mindestaufbewahrungsfrist von zehn Jahren vor, oder so lange, wie es im Interesse der Gesundheit des Patienten ist.¹⁴ Bei der Behandlungsdokumentation von Kindern bis 18 Jahren sowie den Geburtsverlauf betreffende Unterlagen verlangt die Patientenrechtsverordnung des Kantons Bern sogar eine Aufbewahrungsdauer von 20 Jahren.¹⁵ Auch für die Dokumentation von Behandlungen, deren Risiken sich nach dem

⁹ WALTER FELLMANN zu Art. 40, in: Ayer et al., Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar; Rz. 103.

¹⁰ LUKAS S. BRÜHWILER-FRÉSEY, Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht, Zürich 1996, S. 197 f.

¹¹ REMO WAGNER, Die ärztliche Dokumentation, Diss SG 2017, S. 94.

¹² § 13 Abs. 3 GesG ZH; § 18 Abs. 2 PatG ZH.

¹³ § 26 Abs. 2 GesG LU.

¹⁴ Art. 26 Abs. 2 GesG BE.

¹⁵ Art. 6 Abs. 2 PatV BE.

gewöhnlichen Lauf der Dinge erst spät verwirklichen können, ist eine angemessen längere Aufbewahrungsfrist vorzusehen.¹⁶

[Rz 21] Somit kann festgehalten werden, dass das kantonale Recht eine Aufbewahrungsdauer von mindestens zehn Jahren vorgibt und diese in bestimmten Kantonen und in spezifischen Fällen sogar noch länger ausfallen kann.

2.1.5.2.2. Nationale Aufbewahrungsfristen

[Rz 22] Neben allgemeinen kantonalen Aufbewahrungspflichten bestehen noch nationale Pflichten, gewisse Informationen der Behandlungsdokumentation für eine bestimmte Dauer aufzubewahren.

[Rz 23] So müssen zum Beispiel Laborprotokolle und Analysenberichte, welche die Untersuchungen zum Ausschluss einer übertragbaren Krankheit betreffen, während 20 Jahren aufbewahrt werden,¹⁷ gestützt auf das Transplantationsgesetz sind bei jeder Entnahme und jeder Transplantation Namen, Vornamen und Geburtsdaten der spendenden sowie der empfangenden Person aufzuzeichnen und während ebenfalls 20 Jahren aufzubewahren,¹⁸ oder alle für die Sicherheit bedeutsamen Vorgänge im Zusammenhang mit Blut oder Blutprodukten müssen aufgezeichnet und es muss sichergestellt werden, dass die Daten bis zur Person (diese muss mit dem ganzen Namen und Geburtsdatum gekannt sein), die das Blut gespendet oder empfangen hat, während 30 Jahren zurückverfolgt werden können.¹⁹

[Rz 24] Besondere Dokumentationspflichten bestehen auch für den Einsatz medizinischer Strahlenquellen. Gestützt auf die Medizinischen Strahlenquellen-Verordnung sind alle dosisbestimmenden Daten der einzelnen Bestrahlungen in einem Bestrahlungsprotokoll festzuhalten und zum Schutz vor ionisierender Strahlung müssen alle dosisbestimmenden Daten der einzelnen Bestrahlungen einer Patientin oder eines Patienten in einem Bestrahlungsprotokoll festgehalten und während 20 Jahre aufbewahrt werden.²⁰ Auch die Röntgenverordnung sieht eine Dokumentationspflicht jeder Behandlung vor und diese muss während 20 Jahren aufbewahrt werden.²¹

2.1.6. Archivierungsrechtliche Aufbewahrungspflichten

[Rz 25] Schliesslich ist noch drauf hinzuweisen, dass gewisse Kantone auch archivierungsrechtliche Aufbewahrungspflichten für Behandlungsdokumentationen von öffentlichen Spitälern kennen.²² Die Archivgesetzgebung regelt die Übergabe von Behandlungsdokumentation öffentlicher Organe an Archive zwecks systematischer Erfassung, Erhaltung und Betreuung. Dadurch soll si-

¹⁶ Art. 6 Abs. 3 PatV BE.

¹⁷ Art. 19 Abs. 3 Verordnung über mikrobiologische Laboratorien.

¹⁸ Art. 34 f. Transplantationsgesetz.

¹⁹ Art. 40 HMG.

²⁰ Art. 5 Verordnung des EDI über den Umgang mit geschlossenen radioaktiven Quellen in der Medizin.

²¹ Art. 20 Abs. 1, 2 und Abs. 5 Verordnung des EDI über den Strahlenschutz bei medizinischen Röntgensystemen.

²² Z.B. der Kanton Aargau. Dort können Behandlungsdokumentationen bei Bestehen eines besonderen öffentlichen Interesses archiviert werden (Art. 15 Abs. 2 GesG AG). Oder im Kanton Obwalden, wo Einrichtungen mit öffentlichen Aufgaben Patientendokumentationen nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist dem Staatsarchiv zur Übernahme anbieten müssen (Art. 50 Abs. 5 GesG OW). Der Kanton Zürich sieht in § 18a Patientinnen- und Patientengesetz eine Anbieterpflicht für Institutionen mit öffentlichen Aufgaben vor.

chergestellt werden, dass wertvolle Unterlagen aufbewahrt werden und dadurch ein Beitrag zur Rechtssicherheit sowie zur kontinuierlichen, rationellen und nachvollziehbaren Verwaltungsführung geleistet wird.²³ Natürlich übernehmen die Spitäler und Kliniken die Archivierung nicht selber, die Archivierung durch staatliche Archive ist jedoch nur möglich, wenn die Institutionen ihre Behandlungsdokumentation aufbewahren und nicht vorzeitig löschen.

2.1.7. Beginn des Fristenlaufes

[Rz 26] Aus den kantonalen Erlassen wird nicht immer klar ersichtlich, wann der Fristenlauf für die Aufbewahrung der Behandlungsdokumentation startet. Zur Disposition steht die letzte Konsultation als fristauslösendes Ereignis oder die letzte Konsultation eines Behandlungsfalles.

[Rz 27] Das Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich oder das Gesundheitsgesetz des Kantons Obwalden sprechen klar vom «Abschluss der letzten Behandlung».²⁴ Das Gesundheitsgesetz des Kantons Bern schweigt zum Start des Fristenlaufes, ebenso das Gesundheitsgesetz des Kantons Luzern.²⁵ Die Standesordnung FMH wiederum definiert in § 12 klar das Ende der Behandlung als Fristbeginn.

[Rz 28] Die Fristauslösung sollte vernünftigerweise erst mit dem letzten Patientenkontakt angenommen werden, weil auf diese Weise eine umfassende Verfügbarkeit der Behandlungsdaten sichergestellt werden kann.²⁶ Dies führt jedoch dazu, dass sich die Aufbewahrungsdauer von Behandlungsdokumentationen von wiederkehrenden Patienten mit jedem Besuch, auch wenn die einzelnen Besuche miteinander nichts zu tun haben, verlängert.

[Rz 29] Der Ansatz entspricht jedoch am ehesten der Verjährungsfrist der auftragsrechtlichen Rechenschaftsablegung von zehn Jahren ab Beendigung des Auftragsverhältnisses. Dadurch erhält die gesamte Behandlungsdokumentation denselben Fristenlauf und die Aufbewahrungspflicht für einzelne Teile der Behandlungsdokumentation erlischt nicht fortlaufend.

2.2. Aufbewahrung aufgrund eigener Interessen: prozessuale Beweissicherung

[Rz 30] Das Obligationenrecht, die Gesundheitsgesetze der Kantone und Spezialgesetze statuieren Dokumentationspflichten und definieren Aufbewahrungsfristen. Neben diesen Pflichten kann es auch im ureigenen Interesse der Behandelnden liegen, eine Behandlung zu dokumentieren²⁷ oder die Minimalaufbewahrungsdauer zu verlängern.²⁸ Insbesondere, wenn es um die Sicherstellung von Beweisen für einen möglichen Haftpflichtprozess geht.

²³ REMO WAGNER, Die ärztliche Dokumentation, Diss. SG 2017, S. 118.

²⁴ § 18 Abs. 2 Patientinnen und Patientengesetz ZH, Art. 50 Abs. 5 Gesundheitsgesetz OW.

²⁵ Art. 26 Gesundheitsgesetz BE; § 26 Abs. 2 Gesundheitsgesetz LU.

²⁶ REMO WAGNER, Die ärztliche Dokumentation, Diss. SG 2017, S. 95.

²⁷ Diese eigenen Interessen an der Führung der Behandlungsdokumentation sind vor dem Hintergrund, dass eine Pflicht zur Dokumentation besteht, nicht weiter zu verfolgen.

²⁸ Eine solche Verlängerung kann jedoch mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben kollidieren.

2.2.1. Aktuelles Verjährungsrecht

[Rz 31] Die Fristen für die Verjährung unterscheiden sich je nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Liegt ein privatrechtlicher Behandlungsvertrag vor, verjähren die Ansprüche aus Vertrag gemäss Art. 127 OR zehn Jahre nach der Vertragsverletzung. Bei einem öffentlich-rechtlichen Behandlungsverhältnis richtet sich die Frist nach den kantonalen Haftungsgesetzen, die zum Teil merklich kürzer sein kann.²⁹ Liegt kein Behandlungsvertrag vor und muss aus Delikt geklagt werden, muss der Schaden bereits binnen eines Jahres geltend gemacht werden.³⁰

[Rz 32] Es muss jedoch beachtet werden, dass die strafrechtlichen Verfolgungsfristen auch für die Verjährung der Haftungsansprüche gelten, wenn eine strafbare Handlung vorliegt.³¹ So verlängert sich z.B. die Frist auf 15 Jahre, wenn eine Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord im Raum steht.³²

2.2.2. Zukünftiges Verjährungsrecht

[Rz 33] Für das privatrechtliche Behandlungsverhältnis verlängert sich aufgrund der am 1. Januar 2020 in Kraft tretenden Änderungen des Verjährungsrechts die absolute Verjährungsfrist bei allen Körperschäden und Todesfällen von zehn auf 20 Jahren.³³

[Rz 34] Die öffentlichen-rechtlichen Behandlungsverhältnisse richten sich weiterhin nach kantonalem öffentlich-rechtlichen Haftungsrecht.

[Rz 35] Somit besteht für Behandelnde, welche aufgrund eines privatrechtlichen Behandlungsverhältnis aktiv werden, ein grosses Interesse, während diesen 20 Jahren, in denen sie mit einem Haftungsbegehren konfrontiert werden können, die Behandlungsdokumentation aufzubewahren. Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass die FMH ihren freipraktizierenden Ärzten die Empfehlung herausgegeben hat, die Behandlungsdokumentationen während 20 Jahren aufzubewahren.³⁴

2.3. Zwischenfazit

[Rz 36] Die Behandelnden werden mannigfaltig verpflichtet, eine Behandlungsdokumentation zu führen, und unterstehen der gesundheitsrechtlichen Pflicht, diese (mindestens) zehn Jahre – je nach Kanton für bestimmte Teile bis 20 Jahre – aufzubewahren. Darüber hinaus haben sie, um Haftungsklagen zu entgegnen, ein Interesse, die Dokumentation während den Jahren, in welchen ihnen Haftungsbegehren drohen – aktuell zehn bis 15 Jahre je nach Delikt, ab 2020 20 Jahre – aufzubewahren.

²⁹ § 24 Abs. 1 Haftungsgesetz ZH sieht z.B. eine Frist von zwei Jahren vor.

³⁰ Art. 60 Abs. 1 OR.

³¹ Art. 60 Abs. 2 OR.

³² Art 97 Abs. 1 Bst. b StGB i.V. m. Art. 115 StGB.

³³ Art. 128a nOR, resp. Art. 60 Abs. 1bis nOR.

³⁴ Die Generalsekretärin der FMH, URSINA PALLY HOFMANN in der Schweizer Ärztezeitung, 2018;99 (51–52):1825 – 1826, S. 1825.

3. Löschbegehren

3.1. Recht auf Vergessen

[Rz 37] Mit einem Löschbegehren wird versucht, das «Recht auf Vergessen» sicherzustellen. Das Konzept des «Recht auf Vergessen» ist in der Schweiz vom Bundesgericht bereits im Jahr 1983 im Rahmen der Konkretisierung von Art. 28 ZGB entwickelt worden. Das Bundesgericht entschied im Fall Irniger, dass bei einem Straftäter allein schon das Ziel der Resozialisierung eines dem «normalen Lauf der Dinge entsprechenden Vergessens» bedürfe.³⁵

[Rz 38] Die betroffene Person soll nicht nur darüber entscheiden, ob, wann und in welchem Umfang die persönlichen Lebenssachverhalte an die Öffentlichkeit gelangen, sondern generell über den Gegenstand und den Umfang der Datenbearbeitung durch Dritte.³⁶

[Rz 39] In der praktischen Umsetzung bedeutet dies, dass Daten, welche zur Zweckerfüllung nicht mehr benötigt werden, entweder gelöscht oder anonymisiert³⁷ werden müssen.

[Rz 40] Zwar stützt sich die bisherige Rechtsprechung in der Schweiz auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Wer in seiner Persönlichkeit verletzt wird, kann nach Art. 28 Abs. 1 ZGB gegen jeden klagen, der an der Verletzung mitwirkt. Widerrechtlich ist die Verletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) weist eine identische Regelung auf. Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei nach Art. 12 Abs. 1 DSG die Persönlichkeit des Betroffenen nicht widerrechtlich verletzen. Eine widerrechtliche Bearbeitung liegt nach Art. 12 Abs. 2 Bst. b DSG insbesondere dann vor, wenn Daten ohne Rechtfertigungsgrund gegen den ausdrücklichen Willen einer Person bearbeitet werden. Die Rechtfertigungsgründe in Art. 13 Abs. 1 DSG sind mit jenen von Art. 28 Abs. 2 ZGB identisch.

[Rz 41] Das Recht auf Vergessen gilt somit nicht absolut. Im Einzelfall können auch andere Interessen eine Rolle spielen und es muss sorgfältig abgewogen werden, welches Gut stärker wiegt, der Schutz der Privatsphäre (Recht auf Vergessen) oder das Interesse an der Datenbearbeitung (zur Abwehr möglicher haftpflichtrechtlicher Ansprüche).

[Rz 42] Es gibt keine zeitlich definierten Vorgaben, wann Daten zu löschen sind, und somit keinen expliziten Zeitbezug. Der implizite Zeitbezug ergibt sich aus den erwähnten Rechtsansprüchen auf Sperrung, Vernichtung oder Berichtigung gemäss Art. 15 Abs. 1 DSG. Da die Aufbewahrung und Archivierung von Personendaten Formen des Bearbeitens im Sinne von Art. 3 Bst. e DSG darstellen, kann im Rahmen von Art. 12 Abs. 2 Bst. b DSG mit dem Widerspruchsrecht die vollständige oder teilweise Löschung von Personendaten gefordert werden. Die Begrenzung der Datenbearbeitungsdauer ist eine konkrete Anwendung des auch im Datenschutzgesetz verankerten Verhältnismässigkeitsprinzips. Daten, welche nicht mehr benötigt werden, dürfen nicht mehr bearbeitet werden.

[Rz 43] Art. 12 Abs. 2 Bst. b DSG hält jedoch e contrario auch fest, dass mit einem Rechtfertigungsgrund Daten einer Person auch gegen deren ausdrücklichen Willen bearbeitet werden

³⁵ BGE 109 II 353.

³⁶ ROLF H. WEBER, Information und Schutz Privater, ZSR 1999 II, 1–86, S. 74, m.w.H.

³⁷ Siehe hierzu die nachfolgende Ziffer.

dürfen. Daher ist einem Löschbegehren nur nachzukommen, wenn die Datenbearbeitung nicht anderweitig gerechtfertigt werden kann.

3.2. Was ist Löschen

[Rz 44] Unter dem Begriff Löschung ist die Unkenntlichmachung gespeicherter Daten zu verstehen.³⁸ Dies kann durch die physische Vernichtung des Datenträgers (zum Beispiel durch Schreddern der Festplatte) erreicht werden oder mit speziellen Löscheräten, welche durch eine spezifische Magnetisierung die Informationen ganzer Festplatten unleserlich machen. Speichermedien können auch durch mehrmaliges Überschreiben mit zufälligen Zeichenfolgen (Wipen) nachhaltig gelöscht werden.

[Rz 45] Da Personendaten im Sinne des DSG Daten sind, welche sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 Bst. a DSG), könnten bei diesen Daten auch ihr Bezug zu einer bestimmbaren Person aufgehoben werden. Werden bestimmte Angaben unwiderruflich gelöscht oder überschrieben, sodass die betroffenen Personen weder direkt noch indirekt durch den Dateneigentümer allein sowie auch nicht unter Zuhilfenahme jedes anderen Beteiligten identifiziert werden können, verlieren die Daten ihren Status als Personendaten. Sie sind anonymisiert.³⁹ Anonymisierte Daten unterliegen nicht mehr den Vorgaben des Datenschutzrechts. Nach diesen Vorgaben wird die Bestimmbarkeit einer Person nach der Anonymisierung unwiderruflich, sprich unumkehrbar und gänzlich, ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang wird auch von faktisch anonym gesprochen.⁴⁰

[Rz 46] Ob der erforderliche Aufwand zur Re-Identifizierung einer Person unverhältnismässig ist, muss im Einzelfall beurteilt werden, wobei verschiedenste Kontextfaktoren zu berücksichtigen sind. Insbesondere sind dies der wirtschaftliche oder sonstige Vorteil der infrage stehenden Daten für potenzielle Interessenten, deren Bereitschaft zur Leistung eines unverhältnismässig grossen Aufwands und die den potenziellen Interessenten zur Verfügung stehenden Mitteln und Ressourcen. Dabei sind auch die Möglichkeiten der modernen Technik, wie z. B. im Internet verfügbare Suchwerkzeuge, zu beachten.

[Rz 47] Die Anonymisierung ist demnach genügend, wenn der Aufwand zur Feststellung der Identität des Betroffenen nach der allgemeinen Lebenserfahrung so gross erscheint, dass nicht damit gerechnet werden muss, dass ihn ein Dritter, der an den Angaben interessiert ist, vernünftigerweise auf sich nehmen würde.⁴¹

³⁸ Siehe zum Thema Löschen: Merkblatt Vernichten elektronischer Daten vom Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich (https://dsb.zh.ch/dam/dsb/publikationen/formulare_und_merkblaetter/Merkblatt_Vernichten_elektronischer_Daten.pdf).

³⁹ Als anonymisiert gelten Personendaten, welche unwiderruflich auf eine solche Weise verändert werden, dass die betroffenen Personen weder direkt noch indirekt durch den Dateneigentümer allein sowie auch nicht unter Zuhilfenahme jedes anderen Beteiligten identifiziert werden können. Vgl. ISO/IEC 29100:2011, Information technology – Security techniques – Privacy Framework, Pkt. 2.2.

⁴⁰ KURT PAULI, in: Urs Maurer-Lambrou und Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz, 2. Auflage, Basel, 2006, RN 12 zu Art. 21 CHDSG, S. 300.

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 1C_230/2011 vom 31. Mai 2012, E.6.1, zu Google Street View.

[Rz 48] Somit ist die Anonymisierung der Löschung gleichzusetzen.⁴² Zwar verfolgt der Verantwortliche bei der Anonymisierung einen bestimmten Zweck – die Weiterverwendung der anonymisierten Daten –, was bei der Löschung nicht der Fall ist. Da sich dieser Zweck aber nicht auf Personendaten bezieht, darf sich das Datenschutzrecht für diesen Zweck nicht interessieren.

[Rz 49] Diese Meinung vertraten auch die österreichische Aufsichtsbehörde.⁴³ Im zu beurteilenden Fall hat der Verantwortliche ein Löschrgehen mit den Worten bestätigt, dass er die Daten des Antragstellers je nach System entweder gelöscht oder «DSGVO-konform anonymisiert» habe. Die Datenschutzbehörde gab dem Verantwortlichen recht. Die Anonymisierung müsse aber eine vollständige sein. Also müsse sichergestellt werden, dass weder der Verantwortliche selbst, noch ein Dritter ohne unverhältnismässigen Aufwand einen Personenbezug wiederherstellen kann.⁴⁴

3.3. Umfang der Löschung

[Rz 50] Eng mit der Aufbewahrung der Patientendaten trotz Löschrgehen verbunden ist die Frage, auf welchen Datenträgern die Löschung – der grundsätzlich keine berechtigten Interessen entgegenstehen – vorgenommen werden muss. Da, um den Informationssicherheitsvorgaben gerecht zu werden, die Daten an mehreren Orten gespeichert werden müssen, stellt sich die Frage, ob eine Löschung auch auf diesen Sicherungskopien erfolgen muss.

[Rz 51] Entscheidend ist, ob das Spital ein überwiegendes privates Interesse geltend machen kann, welches der Löschung, z.B. auf einem Back-up-Medium entgegen steht.⁴⁵ Im Zentrum steht der Aufwand, der mit der Löschung von Daten auf den Backups einhergeht.

[Rz 52] Es geht um eine Abwägung der verschiedenen Interessen. Je geringfügiger die Verletzung der Persönlichkeit der betroffenen Person ist, desto weniger gewichtig muss das Interesse an der zur Diskussion stehenden Datenbearbeitung sein.

[Rz 53] Werden die Patientendaten aus den Primärsystemen gelöscht, können sie auch nicht mehr im Tagesbetrieb genutzt werden und selbst ein unrechtmässiger Zugriff eines Users wird verunmöglicht. Die auf Back-up-Medien gesicherten Daten nach Daten der das Löschrgehen betreffenden Person zu durchforsten, stellt ein Aufwand dar, der in Bezug auf die durch den Verbleib der Daten entstehende Persönlichkeitsverletzung ungerechtfertigt erscheint und somit unverhältnismässig ist. Für den Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Person entscheidend ist, dass ihre Daten im Spital oder der Praxis nicht mehr genutzt werden.

⁴² BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, §12, in: Eva Maria Belser, Astrid Epiney, Bernhard Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Rz. 117; in dem Sinne auch der EDSB (heute: EDOeB) in seinem 9. Tätigkeitsbericht 2001/2002, S. 61.

⁴³ Entscheid DSB-D123.270/0009-DSB/2018 vom 5. Dezember 2018.

⁴⁴ Siehe eingehender hierzu: d:r daten:recht Blog vom 1. Februar 2019, Österreichische Datenschutzbehörde: Anonymisierung von Personendaten als Form der Löschung, <http://datenrecht.ch/oesterreichische-datenschutzbehoerde-anonymisierung-von-personendaten-als-form-der-loeschung/> (zuletzt besucht am 15. August 2019).

⁴⁵ Vergleiche hierzu nachfolgend Ziffer 4.

4. Rechtfertigungsgründe für eine Aufbewahrung von Patientendaten gegen den Willen der Betroffenen

[Rz 54] Gemäss Art. 12 Abs. 2 Bst. b DSG liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn eine Datenbearbeitung gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Personen erfolgt und kein Rechtfertigungsgrund dafür vorliegt.

[Rz 55] Mit einem Löschbegehren wird unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die betroffene Person die Datenbearbeitung nicht (mehr) wünscht. Will man diesem Begehren nicht nachkommen, muss zwingend gestützt auf Art. 13 DSG eine Rechtfertigung bestehen.⁴⁶ In Frage kommt eine Rechtfertigung durch Gesetz sowie ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse. Wenn sich der Bearbeiter auf eine solche Rechtfertigung berufen kann, ist ein ausdrücklich erklärtes Verbot, z.B. eine Löschung, unbeachtlich.⁴⁷

4.1. Gesetzliche Aufbewahrungspflicht als Rechtfertigung für eine Aufbewahrung

[Rz 56] Wie unter Ziffer 2.1. dargelegt, besteht eine gesetzliche Pflicht, eine Behandlungsdokumentation zu führen und diese aufzubewahren. Die Dauer beträgt gemäss den meisten kantonalen Gesundheitsgesetzen zehn Jahren. Spezialgesetzliche Bundesnormen sehen sogar für Teile der Behandlungsdokumentation eine Aufbewahrungsfrist von 20 Jahren vor. Während diesen Fristen ist die Datenbearbeitung durch die Behandelnden durch Gesetz im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSG gerechtfertigt resp. sogar geboten. So enthält z.B. das Gesundheitsgesetz des Kantons Basel-Stadt eine Androhung einer Busse von bis zu CHF 50'000.-, wenn die Dokumentation ohne Berechtigung ganz oder teilweise vernichtet wird.⁴⁸

[Rz 57] Liegt eine gesetzliche Aufbewahrungspflicht vor, so geht diese dem Löschbegehren vor und ein Abwägen von gegenüberstehenden Interessen erübrigen sich.

[Rz 58] Die Aufbewahrung der Behandlungsdokumentation ist deshalb während laufender Aufbewahrungsfrist datenschutzrechtlich auch dann zulässig, wenn die betroffene Person die Löschung verlangt.⁴⁹ Die Behandelnden trifft eine gesetzliche Pflicht zur Wahrung ihrer Interessen und daher sind sie höher zu gewichten, als die Interessen der betroffenen Person an der Löschung.⁵⁰

4.2. Überwiegende private Interessen als Rechtfertigungsgrund

[Rz 59] Eine persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung kann durch überwiegende private Interessen gerechtfertigt sein. In erster Linie kommen hierbei Interessen der bearbeitenden Person in Frage. Bei der Interessenabwägung können grundsätzlich alle Interessen von allgemein aner-

⁴⁶ CORRADO RAMPINI, zu Art. 12, in: Urs Maurer-Lambrou und Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz, 2. Auflage, Basel, 2006, Rz 13.

⁴⁷ BGE 127 III 481 E. 3a.bb und 3b und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4086/2007 vom 26. Februar 2008.

⁴⁸ § 63 Abs. 2 Bst. g. GesG BS.

⁴⁹ REMO WAGNER, Die ärztliche Dokumentation, Diss. SG 2017, S. 98 f.

⁵⁰ REGINA E. AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, Rz 254.

kanntem Wert berücksichtigt werden.⁵¹ Den schützenswerten Bearbeitungsinteressen steht das Diskretionsinteresse der betroffenen Person gegenüber. Je nach Schwere der aus der Bearbeitung resultierenden Persönlichkeitsverletzung können die überwiegenden privaten Interessen bejaht werden oder nicht.

[Rz 60] Im Allgemeinen wird davon ausgegangen, dass eine Aufbewahrung der Behandlungsdokumentation aus Gründen der Beweissicherung in zeitlicher Hinsicht während der Dauer der einschlägigen Verjährungsfrist aus datenschutzrechtlicher Sicht zulässig ist.⁵² Das Diskretionsinteresse, welches durch eine längere Aufbewahrungsdauer tangiert aber nicht schwer verletzt wird, muss gegenüber den Interessen der Behandelnden, prozessrechtlich gewappnet zu sein, zurücktreten.

4.3. Keine Herausgabepflicht der Behandelnden

[Rz 61] Einer Löschung gleich kommt die Herausgabe der Originalbehandlungsdokumentation und das Verbot an die Behandelnden, Kopien zu erstellen. Dies ist auch nicht mit Verweis auf die Herausgabepflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 Abs. 1 OR zulässig.⁵³ Die Herausgabepflicht des Beauftragten erfasst zwar sowohl Gegenstände aller Art, welcher der Beauftragte vom Auftraggeber oder von Dritten erhalten hat, als auch diejenigen Gegenstände, die zu schaffen er sich selber verpflichtet hat.⁵⁴ Bei der Behandlungsdokumentation handelt es sich jedoch um ein Arbeitsmittel der Behandelnden und dieses muss nach Abschluss der Behandlung nicht ausgehändigt werden.⁵⁵ Selbst diejenigen Autoren, welche das Recht auf die Herausgabe der Originalbehandlungsdokumentation bejahen, räumen den Behandelnden ein Recht ein, Kopien zu erstellen, damit ihre begründeten Interessen auch Beachtung finden.⁵⁶

[Rz 62] Folglich kann denjenigen Personen, welche die Herausgabe der Originalunterlagen (sollte es solche in Zeiten der elektronischen Patientendokumentation überhaupt noch geben) verlangen, entgegnet werden, dass lediglich eine Kopie herausgegeben wird oder dass bei der Herausgabe der Originale noch eine Sicherungskopie der Behandlungsdokumentation erstellt und zurückbehalten wird (wie bei der Weigerung zur Löschung kann dies mit der Aufbewahrungspflicht und den eigenen Interessen, allfälligen haftpflichtrechtlichen Ansprüchen entgegnen zu können, gerechtfertigt werden).

⁵¹ CORRADO RAMPINI zu Art. 13, in: Urs Maurer-Lambrou und Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz, 2. Auflage, Basel, 2006, Rz 22.

⁵² REMO WAGNER, Die ärztliche Dokumentation, Diss SG 2017, S. 98f.

⁵³ LUKAS S. BRÜHWILER-FRÉSEY, Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht, Zürich 1996, S.195.

⁵⁴ WALTER FELLMANN, in: Moritz W. Kuhn, Thomas Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, S. 139; a.A. REGINA E. AEBI-MÜLLER, WALTER FELLMANN, THOMAS GÄCHTER, BERNHARD RÜTSCHKE, BRIGITTE TAG, Arztrecht, Bern 2016, §9 Rz 43.

⁵⁵ WALTER FELLMANN, in: Moritz W. Kuhn, Thomas Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Auflage, S. 139. Anders als die Röntgenbilder, welche der Arzt von einem Dritten erhalten hat oder selber angefertigt hat. Das Patientinnen- und Patientengesetz ZH hält sogar fest, dass die Patientendokumentation im Eigentum der Institution steht (§ 18 Abs. 1). Daraus resultiert, dass kein Herausgabeanspruch auf die Originale besteht.

⁵⁶ REGINA E. AEBI-MÜLLER, WALTER FELLMANN, THOMAS GÄCHTER, BERNHARD RÜTSCHKE, BRIGITTE TAG, Arztrecht, Bern 2016, §9 Rz 47.

5. Fazit

[Rz 63] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass während der Dauer der gesetzliche Aufbewahrungspflichten und auch darüber hinaus während der 20 Jahren (ab 1. Januar 2020), während denen Patientinnen und Patienten haftpflichtrechtliche Ansprüche geltend machen könnten, die Behandelnden Löschbegehren ablehnen dürfen und dies in ihrem eigenen Interesse auch tun sollten.

Dr. iur. CHRISTIAN PETER, CAS Information Security and Risk Management ist Partner der HEP & Partner GmbH und unterstützt Organisationen im Gesundheitswesen u.a. in datenschutzrechtlichen Belangen. Er hat Lehraufträge an verschiedenen Fachhochschulen.