

Les connaissances et les capacités dont doit faire preuve un médecin-conseil ne diffèrent pas de celles que doit employer un médecin qui est consulté directement par un patient. Le médecin-conseil reste soumis au secret professionnel à l'égard de l'employeur (c. 1.2.) ; le TF considère que l'art. 328b CO permet à l'employeur de traiter des données concernant le travailleur mais uniquement si celles-ci portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Ainsi, le TF considère que **le médecin-conseil n'avait pas à transmettre l'intégralité de son analyse à l'employeur.** Le TF se réfère aussi au Manuel de formation au cabinet médical FMH (*Praxisleitfaden FAMW/FMH*) qui prévoit qu'un médecin-conseil ne doit transmettre que le moment auquel l'incapacité de travail a commencé, sa durée, son étendue et son origine (maladie ou accident). Puisqu'en outre l'employé n'avait délié le médecin-conseil que pour établir un certificat destiné à l'employeur, le médecin-conseil a bien violé son devoir de garder le secret (c. 2.2 et 2.3) ; sur le plan subjectif, le TF considère que ce médecin-conseil expérimenté connaissait les directives FMH qui nécessitent le consentement spécifique de l'employé (« *informed consent* ») pour transmettre des informations sensibles. Il a par ailleurs remis à l'employeur des informations qui n'avait aucune pertinence pour juger de l'incapacité du travailleur, telles que sa situation financière et personnelle. Le TF retient donc la commission par dol éventuel (c. 3.1. et 3.2). A noter la distinction avec la transmission d'informations d'un médecin-conseil à l'égard d'un assureur qui reste soumise à l'art. 57 LAMal (c. 3.1.).

Auteure : Rébecca Grand, avocate à Lausanne

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 30. August 2016.

Sachverhalt:

A.

Am 30. Mai 2013 kündigte A., Verwaltungsrat der B. AG, das Arbeitsverhältnis mit C. per Ende November 2013. Nachdem sich C. am 3. Juli 2013 wegen Differenzen mit A. in ärztliche Behandlung begab, wurde ihm mehrmals eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert, letztmals bis zum 12. September 2013. Die B. AG verlangte sodann eine vertrauensärztliche Untersuchung, welche von X., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, am 9. September 2013 durchgeführt wurde. Am Folgetag versandte X. eine "Vertrauensärztliche Beurteilung der Arbeitsfähigkeit" von C. an die B. AG. Die Staatsanwaltschaft wirft X. vor, seine Geheimhaltungspflicht verletzt zu haben, zumal der Umfang und der Detaillierungsgrad der Beurteilung den Rahmen eines Zeugnisses über eine vertrauensärztliche Untersuchung bei Weitem sprengte.

B.

Das Bezirksgericht Zürich erklärte X. am 18. November 2015 der Verletzung des Berufsgeheimnisses schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 160.--. Dagegen erhob X. Berufung. Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte das erstinstanzliche Urteil am 30. August 2016.

C.

X. führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, er sei freizusprechen.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt, er sei weder therapeutisch noch diagnostisch für C. tätig gewesen, sondern als Gutachter. Als solcher übe er nicht den Beruf des Arztes aus und unterstehe demnach nicht dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB. Auch genieße er nicht das Vertrauen, welches ein Patient seinem behandelnden Arzt entgegenbringe. Der Beschwerdeführer verweist dabei auf verschiedene Lehrmeinungen, welche seinen Standpunkt belegen würden (Beschwerde, S. 3 ff.).

Die Vorinstanz erwägt diesbezüglich, dass Tatsubjekt von Art. 321 StGB nicht nur der therapeutisch tätige Arzt sei, sondern jede Person, die über einen medizinischen Hochschulabschluss verfüge. Dies umfasse auch Ärzte, die bloss diagnostisch oder als medizinische Experten tätig sind. Mithin unterstehe auch der Vertrauensarzt eines Arbeitgebers dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB. Dies ergebe sich sowohl aus dem weit gefassten Wortlaut als auch aus der ratio legis der Strafbestimmung und werde auch in der Lehre so vertreten (Urteil, S. 14).

1.2. Nach dem vom Beschwerdeführer erwähnten Basler Kommentar gelten als Ärzte im Sinne von Art. 321 StGB die nach Absolvierung eines medizinischen Hochschulstudiums staatlich approbierten oder in Ausbildung begriffenen Personen, die therapeutisch oder diagnostisch an Menschen tätig sind. Die Geheimhaltungspflicht entstehe aus der ärztlichen Behandlung als solcher. Nicht erforderlich sei deshalb, dass ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient bestanden habe. Dem Berufsgeheimnis verpflichtet sei daher auch der Amts- oder Anstaltsarzt ebenso wie der Rechtsmediziner oder Pathologe (NIKLAUS OBERHOLZER, in: Basler Kommentar, StGB II, 3. Aufl. 2013, N. 9 zu Art. 321 StGB). MANUEL STENGEL hält in diesem Zusammenhang fest, dass es sich bei den vom Vertrauensarzt erarbeiteten Ergebnissen und den diesen zugrundeliegenden Informationen grundsätzlich um geheimnisgeschütztes Wissen handle. Die Informationen seien nicht öffentlich bekannt und der Arbeitnehmer habe ein schützenswertes Interesse, diese geheim zu halten. Der vom Arbeitgeber eingesetzte Vertrauensarzt unterstehe demnach dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB (MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, 2014, S. 146 f.). Sowohl der Arzt, der vom Patienten selber aufgesucht wird, als auch der Vertrauensarzt, der von einem Arbeitgeber eingesetzt wird, werden wegen ihrer berufsspezifischen Kenntnisse und Fähigkeiten in Anspruch genommen. Auch der vom Arbeitgeber eingesetzte Vertrauensarzt muss über umfassende Informationen über den Gesundheitszustand des Exploranden verfügen, um der ihm übertragenen Aufgabe sachgerecht nachkommen zu können. Der Arbeitnehmer, der zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung aufgeboten wird, darf darauf vertrauen, dass diese Informationen nicht ohne Weiteres an den Arbeitgeber weitergeleitet werden. Mithin ist - entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers - auch der von einem Arbeitgeber eingesetzte Vertrauensarzt dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB unterstellt. Ob und in welchem Umfang der Arzt dem Arbeitgeber berichten darf, hängt davon ab, ob er seitens des Arbeitnehmers vom Geheimnis entbunden worden ist.

2.

2.1. Nach Art. 321 Ziff. 2 StGB ist der Täter nicht strafbar, der das Geheimnis aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten offenbart. Der Beschwerdeführer rügt, C. habe ihn ermächtigt, dem Arbeitgeber ein ärztliches Zeugnis zuzustellen. Er habe C. mitgeteilt, dass er die Entbindungserklärung für seine Untersuchung benötige. Dass die Entbindungserklärung nicht nur die Untersuchung, sondern auch das Verfassen und Versenden eines Berichtes an den Arbeitgeber umfasse, habe C. verstanden.

Die Exploration sei ausführlich und derart umfassend gewesen, dass die Grundlagen für ein umfassendes Gutachten vorlagen. C. habe sehen können, wie er sich laufend Notizen von der Exploration machte, und habe nie nachgefragt, welche Informationen er für den Bericht verwenden werde. C. habe bereitwillig Auskunft erteilt und sich der Verwertung seiner Angaben in einem Bericht nicht widersetzt. Die von C. unterzeichnete Entbindung sei umfassend gewesen. Der Beschwerdeführer macht geltend, er erstelle auch Gutachten zuhanden von Versicherungen und habe dafür stets dasselbe Formular verwendet. Die Vorinstanz gehe davon aus, dass dieses unzureichend sei. Ihm zu unterstellen, er habe in seiner gesamten bisherigen Berufstätigkeit stets in Kauf genommen, das Berufsgeheimnis zu verletzen, mache aber keinen Sinn. Die Vorinstanz sei nicht darauf eingegangen, dass ein ärztliches Zeugnis im Sprachgebrauch auch ein medizinisches Gutachten darstellen könne. Der Auftraggeber, mithin der Arbeitgeber, habe keine Angaben hinsichtlich des Ausmasses des erwarteten Zeugnisses gemacht und es sei derselbe Preis wie bei Versicherungsfällen vereinbart worden. Der Beschwerdeführer macht geltend, es sei für ihn klar gewesen, dass dasselbe Vorgehen wie bei Versicherungsfällen erwarten worden sei.

2.2. Die Vorinstanz erwägt in diesem Zusammenhang, es folge aus Art. 328b OR, dass der Arbeitgeber vom Vertrauensarzt nur diejenigen Angaben erheben darf, welche die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind. Dazu gehören Tatsache, Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit sowie die Antwort auf die Frage, ob es sich um eine Krankheit oder einen Unfall handelt. Die Diagnose dürfe indes nicht erhoben werden. Der Vertrauensarzt dürfe dem Arbeitgeber so weit Auskunft erteilen, als er vom Arztgeheimnis befreit ist, was in der Regel durch den Wunsch des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber ein Arztzeugnis zuzustellen, konkludent in dem durch Art. 328b OR abgesteckten Rahmen erfolge. Nach dem Praxisleitfaden der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften und der Verbindung der Schweizer Ärzte und Ärztinnen (Praxisleitfaden SAMW/FMH) habe das Arbeitsunfähigkeitszeugnis festzuhalten, seit wann die Arbeitsunfähigkeit bestehe, wie lange sie dauern werde, ob sie vollständig oder teilweise sei und ob die Behandlung wegen Krankheit oder Unfall erfolge. Der Praxisleitfaden SAMW/FMH halte ausdrücklich fest, dass das Arbeitsunfähigkeitszeugnis an den Arbeitgeber keine Diagnose zu enthalten habe und der Arbeitgeber keinen Anspruch habe, diese zu erfahren. Auch das Manual der Schweizerischen Gesellschaft für Vertrauens- und Versicherungsärzte (Manual SGV) weise explizit darauf hin, dass in das Arbeitsunfähigkeitszeugnis zuhanden eines Arbeitgebers oder eines Versicherers nur die unbedingt erforderlichen Angaben aufzunehmen seien. Es handle sich hierbei um die Personalien des Betroffenen, den Begriff Arbeitsunfähigkeit, ob es sich um Krankheit oder Unfall handle, Beginn und Ende der Arbeitsunfähigkeit, Grad derselben, Ausstellungsdatum des Zeugnisses, Stempel und Unterschrift des Arztes. Vom Arztzeugnis zuhanden eines Arbeitgebers zu unterscheiden sei das umfassendere ärztliche Gutachten (Urteil, S. 7 ff.). Vorliegend habe C. den Beschwerdeführer nicht umfassend vom Berufsgeheimnis befreit. Er habe ihn nur ermächtigt, der Arbeitgeberin einen üblichen arbeitsrechtlichen Bericht zuzustellen, welcher ausschliesslich Angaben darüber enthalte, ob und in welchem Umfang eine Arbeitsunfähigkeit bestehe, wie lange diese dauern werde und inwiefern die allfällige gesundheitliche Einschränkung einen konkreten Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit habe. Der Beschwerdeführer habe den Tatbestand von Art. 321 StGB objektiv erfüllt, indem er der Arbeitgeberin weitergehende Informationen zukommen gelassen habe (Urteil, S. 16 f.).

2.3. C. ermächtigte den Beschwerdeführer schriftlich, "zuhanden von Kostenträger (Krankenkasse, Unfallversicherung, IV, Taggeldversicherung, Behörden etc.) sowie Drittpersonen (Arbeitgeber etc.) ärztliche Zeugnisse zu verfassen" (act. 1/8/2). Die Entbindung erfolgte im Rahmen einer vertrauensärztlichen Untersuchung, die von der Arbeitgeberin verlangt worden war. Die Annahme der Vorinstanz, dass diese Erklärung keine über den Rahmen von Art. 328b OR hinausgehende Information der Arbeitgeberin erlaubte, ist nicht zu beanstanden. Auch die blosser Ausstellung eines Zeugnisses bedarf einer eingehenden Untersuchung und der Mitwirkung des Exploranden. Die Einwände des Beschwerdeführers, die Untersuchung sei umfassend gewesen und C. habe gegen die Weitergabe von Informationen an die Arbeitgeberin nicht opponiert, sind somit belanglos. Ebenso unbeachtet müssen

die Abmachungen zwischen dem Beschwerdeführer und der Arbeitgeberin bleiben, zumal Letztere nicht über das Geheimnis ihres Arbeitnehmers verfügen darf. Ob der Beschwerdeführer auch im Rahmen seiner früheren Gutachtertätigkeit das Berufsgeheimnis verletzte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und würde ohnehin nur die Frage des Vorsatzes betreffen. Objektiv ist der Tatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses erfüllt.

3.

3.1. Zur subjektiven Tatbestandsmässigkeit erwägt die Vorinstanz im Wesentlichen, dass der Praxisleitfaden SAMW/FMH dem Beschwerdeführer bekannt gewesen sei. Der zur Diskussion stehende Bericht enthalte derart viele sensible Informationen, deren Relevanz für die Frage der Arbeitsfähigkeit nicht ersichtlich sei, dass dem Beschwerdeführer augenfällig sein musste, dass er nicht sämtliche Informationen an die Arbeitgeberin weiterleiten durfte. Entgegen seinen Vorbringen sei davon auszugehen, dass er als erfahrener Arzt auch gewusst habe, dass die mit der Auftraggeberin vereinbarte Entlohnung kein Gradmesser dafür sein konnte, in welchem Umfang er vom Berufsgeheimnis entbunden wurde, zumal selbstredend der Arbeitnehmer und nicht dessen Arbeitgeberin Herr über die anlässlich der Untersuchung anvertrauten oder wahrgenommenen Geheimnisse war. Auch habe dem Beschwerdeführer bekannt sein müssen, dass, wie im Praxisleitfaden SAMW/FMH ausdrücklich festgehalten, für die Einwilligung des Betroffenen zur Auskunftserteilung an Dritte die Regeln des "informed consent" gelten. Der Beschwerdeführer habe C. nicht vorgängig darüber aufgeklärt, welche Informationen er der Arbeitgeberin mitteilen würde. Unter diesen Umständen habe ihm bewusst sein müssen, dass die schriftliche Ermächtigungserklärung von C. vom 9. September 2013 nicht als umfassender und vorbehaltloser Generalverzicht auf das Arztgeheimnis verstanden werden konnte, sondern lediglich als Einwilligung in die Zustellung eines vertrauensärztlichen Zeugnisses an die Arbeitgeberin im üblichen, gesetzlich zulässigen Rahmen. Die Vorinstanz fügt hinzu, dass selbst der Vertrauensarzt eines öffentlichrechtlichen Krankenversicherers nach Art. 57 KVG an das Arztgeheimnis gebunden sei und dem Versicherer nur jene Informationen weiterleiten dürfe, die zur Beurteilung eines Leistungsanspruches erforderlich seien. Der Vertrauensarzt habe nicht nur bei privaten Arbeitgebern, sondern auch gegenüber einem Versicherer sich auf die Weitergabe von für die jeweilige Fragestellung erforderlichen Daten zu beschränken. Im Unterschied zum Arbeitgeber könne für einen Versicherer allerdings die Kenntnis der Diagnose und weiterer medizinischer Daten erforderlich sein. Die entsprechende Sach- und Rechtslage sei dem Beschwerdeführer bekannt gewesen. Die Vorinstanz folgt dem Beschwerdeführer, wenn er vorbringt, er habe den Bericht streng nach den Richtlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie erstellt. Sie hält aber fest, dass es sich vorliegend nicht um ein psychiatrisches Gutachten im Rahmen eines versicherungsrechtlichen Verfahrens zuhanden einer Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde handelte. Dies sei auch ohne besondere Sachkenntnis allein aufgrund der Umstände der Auftragserteilung offensichtlich gewesen. Im Ergebnis könne nicht lediglich von einem sorgfaltswidrigen Nichtwissen des Beschwerdeführers ausgegangen werden. Namentlich wegen der Weitergabe der subjektiven Äusserungen von C. zum Konflikt am Arbeitsplatz und den zahlreichen, mit der Frage der Arbeitsfähigkeit nicht in einem direkten Zusammenhang stehenden Detailangaben zu dessen persönlichen, beruflichen und finanziellen Umständen musste sich dem Beschwerdeführer eine Verletzung des Berufsgeheimnisses als derart wahrscheinlich aufdrängen, dass eventualvorsätzliches Handeln angenommen werden müsse. Gleich zu werten sei der Umstand, dass er der Arbeitgeberin eine Diagnose offenbarte, von der er klar wusste, dass sie für die Frage der Arbeitsfähigkeit überhaupt nicht relevant war. Der Beschwerdeführer habe sich über derart elementare, jedermann einleuchtende Vorschriften hinweggesetzt, dass sich der Schluss, dass es ihm gleichgültig war, sensible Daten ohne wirksame Einwilligung weiterzuleiten, aufdränge (Urteil, S. 17 ff.).

3.2. Der Beschwerdeführer bringt zusammengefasst vor, es habe ihm anhand der konkreten Umstände jegliches Unrechtsbewusstsein gefehlt, was eine vorsätzliche oder eventualvorsätzliche Tatbegehung

ausschliesse. Es sei ihm nicht bewusst gewesen, dass ein Bericht an einen Arbeitgeber weniger Angaben enthalten müsse als ein Gutachten zuhanden einer Versicherung (Beschwerde, S. 7 ff.). Die Vorinstanz zog unter anderem in Erwägung, dass auch der Vertrauensarzt einer Versicherung sich auf die Weitergabe der im Hinblick auf die konkrete Fragestellung erforderlichen Angaben zu beschränken habe. Sie hielt ebenso fest, dass der zur Diskussion stehende Bericht derart viele für die Frage der Arbeitsunfähigkeit nicht relevante Informationen enthielt, dass es für den Beschwerdeführer offensichtlich sein musste, dass er diese nicht ohne Weiteres an die Arbeitgeberin weiterleiten durfte. Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen Argumenten der Vorinstanz nicht auseinander. Eine Beschwerdebegründung, welche die vorinstanzlichen Erwägungen ausklammert, genügt den Anforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG nicht. Auf die Rüge des Beschwerdeführers, er habe nicht vorsätzlich gehandelt, ist deshalb nicht einzutreten.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Kosten sind dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.