

Rechtliche Aspekte von Videoüberwachung von Patientinnen und Patienten durch Private aus der Sicht der SPITEX

Kurzgutachten

Inhalt:

1. Einleitung.....	1
1.1 Ausgangslage	1
1.2 Fragestellung	1
1.3 Abgrenzung.....	1
1.4 Begriffliches zur Videoüberwachung	1
2. Grundsätzliche rechtliche Aspekte	2
2.1 Videoüberwachung von Angehörigen	2
2.2 Videoüberwachung von Angestellten	3
2.3 Medizinisches Berufsgeheimnis	4
2.4 Amtsgeheimnis.....	4
2.5 Menschenwürde.....	5
3. Würdigung aus einer Gesamtsicht	5
3.1 Tendenzielle Unzulässigkeit der Videoüberwachung beim SPITEX-Einsatz.....	5
3.2 Schutzpflicht der SPITEX-Organisation	6
3.3 Verweigerungsrechte und Handlungsmöglichkeiten der Pflegenden	6
4. Rechtliche Handlungsmöglichkeiten der SPITEX-Organisation.....	7

Bern, 13. September 2016

kettiger.ch

law^ssolutions
Advokatur
Beratung
Projektbegleitung

Daniel Kettiger
Rechtsanwalt, Mag.rer.publ.
Birkenweg 61
CH-3013 Bern

Fon: +41 31 335 68 67
Mail: info@kettiger.ch
Web: www.kettiger.ch

1. Einleitung

1.1 Ausgangslage

Die SPITEX-Organisationen im Kanton Bern stellen offenbar einen Trend dahingehend fest, dass Angehörige ihre pflegebedürftigen Familienmitglieder mit Videoanlagen überwachen. Dies ist mit den heute verfügbaren Technologien offenbar recht kostengünstig möglich, zu denken ist etwa an Webcams. Wenn nun Pflegefachpersonen der SPITEX-Organisation an diesen Klientinnen und Klienten pflegerische Handlungen vornehmen, dann werden auch sie durch die Videoüberwachung erfasst. Die überwachenden Familienangehörigen führen so – gewollt oder ungewollt – eine Überwachung der Arbeit der SPITEX-Mitarbeitenden durch.

1.2 Fragestellung

Bei der gegebenen Ausgangslage stellen sich für die SPITEX-Organisationen die folgenden Fragen, die nachfolgend abzuklären sind:

- a. Ist eine Videoüberwachung von kranken bzw. pflegebedürftigen Angehörigen rechtlich zulässig?
- b. Dürfen die Mitarbeitenden bei ihrer Arbeit durch solche Videoanlagen bildlich erfasst und mit-überwacht werden?
- c. Welche Lösungen drängen sich für die SPITEX auf?

1.3 Abgrenzung

Das vorliegende Kurzgutachten befasst sich ausschliesslich mit privaten (von Privatpersonen betriebenen) Videoüberwachungsanlagen *in privaten Haushalten*. Nicht Gegenstand der Abklärungen sind Überwachungsanlagen in privaten Heimen sowie Überwachungsanlagen ausserhalb der Wohnung (Hauseingänge, Parkplätze, etc.) in privaten Häusern und Anlagen, durch welche die SPITEX-Mitarbeitenden auf dem Weg zur Klientin bzw. zum Klienten ebenfalls erfasst werden können. Ebenfalls nicht begutachtet wird die Frage der Zulässigkeit der Aufzeichnung von SPITEX-Einsätzen zu Schulungs- und Qualitätssicherungszwecken.

1.4 Begriffliches zur Videoüberwachung

Der Begriff der Videoüberwachung wird in diesem Kurzgutachten untechnisch und weit verstanden. Er umfasst sämtliche Anlagen, die Aufnahme und Wiedergabe von bewegten Bildern ermöglichen, sowohl Analog- wie Netzwerkkameras, namentlich konventionelle Videoüberwachungsanlagen, Video over IP und Webcams.¹

Von der Unmittelbarkeit der Überwachung her werden folgende Arten der Videoüberwachung unterschieden:²

- *aktiv/direkt*: Überwachung in Echtzeit; die Bildaufnahme wird ohne Zeitverzögerung an einem Bildschirm gezeigt, vor dem die Überwacherin bzw. der Überwacher sitzt (wird z.B. zur Überwachung von Eingängen mit Logendienst eingesetzt).
- *passiv/indirekt*: Digitale Aufzeichnung auf Datenträger; die Bilder werden laufend auf einen Datenträger aufgezeichnet und abgespeichert.

¹ Das Angebot an Videoüberwachungs-Hard- und Software für private und kommerzielle Anwendungen ist fast unendlich gross, vgl. etwa <http://www.freysicherheit.ch/index.php/produkte/videoeberwachung>; <https://www.aptex.ch/videoeberwachung/>; <http://www.imhotec.ch/videoeberwachung/videoeberwachung-fuer-private/>; <http://www.nchsoftware.com/surveillance/de/index.html> (alle zuletzt besucht am 06.09.2016).

² Vgl. LUCIEN MÜLLER, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – insbesondere zur Verhütung und Ahndung von Straftaten, Zürich/St. Gallen 2011, S. 23.

2. Grundsätzliche rechtliche Aspekte

2.1 Videoüberwachung von Angehörigen

Eine Videoüberwachung von Privatpersonen in deren Wohnung ist grundsätzlich ein schwerer Eingriff in deren informationelle Persönlichkeit.³ Angesichts der Tatsache, dass eine Videoüberwachung in ärztlichen Behandlungsräumen als grundsätzlich unzumutbar betrachtet wird,⁴ muss auch die Aufzeichnung von Pflegehandlungen rechtlich als nicht zumutbar und daher unzulässig betrachtet werden. Es gibt allerdings Medizinalpersonen, welche die Videoüberwachung von zu Hause gepflegten Personen befürworten oder sogar als notwendig betrachten.⁵ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) dem Einsatz von Videoüberwachung selbst im Kontext von Zwangsbehandlungen eher skeptisch gegenübersteht.⁶

Zulässig ist die Videoüberwachung von pflegebedürftigen Angehörigen mit deren *ausdrücklicher Einwilligung* nach vorgängiger Information und Aufklärung.⁷

Bei Klientinnen und Klienten, die nicht (mehr) urteilsfähig sind, kann eine solche Einwilligung von der privaten, überwachenden Person nicht rechtsgültig eingeholt werden. Es stellt sich die Frage, ob die Verletzung der Privatsphäre durch die Videoüberwachung eventuell durch ein überwiegendes privates Interesse gerechtfertigt ist. Ein solches kann bei pflegebedürftigen Personen allenfalls auch bei diesen selber liegen.⁸ Allerdings fällt dieses überwiegende private Interesse an Überwachung gerade während der Dauer der Pflegehandlungen durch SPITEX-Mitarbeitende dahin, da in diesem Zeitraum eine professionelle und damit viel bessere Überwachung und Stabilisierung des Gesundheitszustands durch die anwesenden Pflegenden gewährleistet ist. Nun ist zusätzlich (d.h. unabhängig von der privatrechtlichen Betrachtungsweise) die Videoüberwachung im privaten Raum ohne ausdrückliche Zustimmung aller betroffenen Personen strafbar (Art. 179^{quater} StGB). Der geschützte Bereich erstreckt sich dabei gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht nur über den engeren Wohnbereich sondern auch auf Krankenzimmer in Spitälern.⁹ Die Rechtfertigungsgründe sind die gleichen wie bei Art. 179^{bis} StGB.¹⁰ Von den diesbezüglich anerkannten Rechtfertigungsgründen¹¹ kommt im hier massgeblichen Kontext der Hilfe und Pflege zu Hause nur die Einwilligung in Betracht. Mit der *ausdrücklichen Einwilligung* der aufzunehmenden Person(en) besteht fällt die Strafbarkeit dahin. Mithin können aber pflegebedürftige Familienangehörige, die nicht urteilsfähig und damit nicht einwilligungsfähig sind, gar nie rechtmässig videoüberwacht werden.¹²

Ohne ausdrückliche Einwilligung durch die Klientin oder den Klienten ist somit die Persönlichkeitsverletzung, die durch eine Videoüberwachung während der Pflege durch die SPITEX stattfindet, nie gerechtfertigt – sie verstösst gegen die Regelungen des Persönlichkeitsschutzes des Privatrechts und ist strafbar (Art. 179^{quater} StGB). Eine Privatperson darf deshalb

³ Vgl. MÜLLER (Fn. 2), S. 326.

⁴ Vgl. MÜLLER (Fn. 2), S. 330.

⁵ Vgl. Schauplatz Spitex_5/09, S. 7.

⁶ Vgl. SAMW, Medizin-ethische Richtlinien, Zwangsmassnahmen in der Medizin vom 19. November 2015, S. 29: "Ebenso kann die Verletzung der Privatsphäre durch eine dauernde Überwachung als invasiver empfunden werden als die Einschränkung durch eine mechanische Barriere oder umgekehrt."

⁷ Gleicher Auffassung MÜLLER (Fn. 2), S. 336.

⁸ Vgl. MÜLLER (Fn. 2), S. 338.

⁹ Vgl. PETER VON INS/RENÉ WYDER, BSK StGB, 3. Aufl. Art. 179^{quater}, Rz. 11, unter Hinweis auf BGE 90 VI 74 ff.

¹⁰ Vgl. VON INS/WYDER (Fn. 9), Rz. 20.

¹¹ Vgl. PETER VON INS/RENÉ WYDER, BSK StGB, 3. Aufl. Art. 179^{bis}, Rz. 20 und 22 ff.

¹² Obwohl in diesen Fällen eine strafbare Handlung besteht, bleibt die Täterin bzw. der Täter aber straffrei, da es sich bei Art. 179^{quater} StGB um ein Antragsdelikt handelt und eine urteilsunfähige Person den für die Strafverfolgung erforderlichen Strafantrag nicht stellen kann.

pflegebedürftige Angehörige während der Pflege nur rechtmässig mit Videoanlagen überwachen, wenn diese zur Aufnahme während der Pflegehandlungen – und nicht nur generell einer dauernden Überwachung – ausdrücklich zustimmen.

2.2 Videoüberwachung von Angestellten

Grundsätzlich sollten Videoüberwachungsanlagen am Arbeitsplatz nur dann eingesetzt werden, wenn der angestrebte Zweck nicht durch weniger einschneidende Massnahmen erreicht werden kann.¹³ Eine Videoüberwachung kann aus organisatorischen Gründen, aus Gründen der Sicherheit oder zur Produktionssteuerung zulässig sein. Die Arbeitnehmenden dürfen dabei nicht oder nur ausnahmsweise von der Kamera erfasst sein.¹⁴ Die Videoüberwachung im Gesundheitswesen stellt einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeitenden dar.¹⁵ Sie wird etwa zur Überwachung der Intensivversorgung von Patientinnen und Patienten als zulässig erachtet.¹⁶ Eine Videoüberwachung der SPITEX-Mitarbeitenden während der Pflege wäre durch die SPITEX-Organisation aus arbeitsrechtlicher Sicht somit nur ausnahmsweise zu ganz bestimmten Zwecken (z.B. Ausbildung, Qualitätssicherung, Beweissicherung in rechtlich heiklen Pflegefällen) zulässig – allenfalls würde dann nur Personal eingesetzt, das in die Videoaufnahmen ausdrücklich einwilligt. Zudem regelt im öffentlichen Arbeitsrecht Art. 26 ArGV 3 die Überwachung am Arbeitsplatz. Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen sollen, dürfen demnach nicht eingesetzt werden (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3).¹⁷ Sind Überwachungs- oder Kontrollsysteme aus andern Gründen erforderlich, sind sie so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3).¹⁸

Ob auch eine Videoüberwachung während der Arbeit durch eine Drittperson als Überwachung am Arbeitsplatz betrachtet werden muss, ist nicht geklärt. Es besteht jedoch kein sachlicher Grund, weshalb dem Auftraggeber erlaubt sein soll, was dem Arbeitgeber verboten ist. Letztlich muss die Frage aber nicht geklärt werden. Denn eine Videoaufnahme im privaten Raum (insbesondere am Krankenbett) ist gemäss Art. 179^{quater} StGB nur erlaubt, wenn alle Betroffenen zustimmen (vgl. oben Ziff. 2.1). Ohne Zustimmung der Pflegenden ist somit die Fortführung der Videoüberwachung von pflegebedürftigen Angehörigen während Pflegehandlungen unrechtmässig und strafbar.

¹³ Siehe zur Zulässigkeit der Videoüberwachung am Arbeitsplatz insbesondere <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00763/00983/00996/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 06.09.2016); REBEKKA RIESSELMANN-SAXER, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2002, S. 117 f.

¹⁴ Vgl. ROBERTA PAPA/THOMAS PIETRUSZAK, Datenschutz im Personalwesen, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, Rz. 17.65 f.

¹⁵ Vgl. ANDREAS FRODL, Betriebsführung im Gesundheitswesen, Führungskompendium für Gesundheitsberufe, Wiesbaden 2013, S. 141.

¹⁶ Vgl. FRODL (Fn. 15), S. 141.

¹⁷ Vgl. DANIEL KETTIGER, Familie und Arbeitsplatz: heikle Ortung, Follow-up Location Based Services, digma 2012.1, S. 37.

¹⁸ Vgl. KETTIGER (Fn. 17), S. 37.

2.3 Medizinisches Berufsgeheimnis

Das Pflegepersonal der SPITEX-Organisationen untersteht dem *Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB*. Da die Pflege auf ärztliche Verordnung hin ausgeführt wird, kommt ihm nach herrschender Lehre die Stellung von "Hilfspersonen" im Sinne von Art. 321 Ziff. 1 StGB zu.¹⁹ Das Berufsgeheimnis darf mit Einwilligung der Klientin bzw. des Klienten oder mit einer schriftlichen Bewilligung der zuständigen Behörde durchbrochen werden (Art. 321 Ziff. 2 StGB).

Die Aufnahme von Pflegehandlungen mit Videogeräten durch (ausenstehende) Dritte, bzw. die Übertragung von Bildern von Pflegehandlungen aus dem Behandlungsraum hinaus stellt eine Verletzung des Berufsgeheimnisses dar, dies unabhängig davon, ob es sich um eine direkte oder indirekte Videoüberwachung handelt. Mithin ist eine Videoüberwachung während der Pflege nur mit einer diesbezüglichen ausdrücklichen Einwilligung der zu pflegenden Person (im Sinne einer Entbindung vom Berufsgeheimnis) zulässig.

2.4 Amtsgeheimnis

Da die öffentliche SPITEX im Kanton Bern Teil der institutionellen Sozialhilfe ist, findet auf ihre Tätigkeit auch das *Sozialhilfegeheimnis* (Art. 8 Abs. 1 SHG) Anwendung. Beim Sozialhilfegeheimnis im Kanton Bern handelt es sich nach überwiegender Auffassung – auch jener des Verfassers – nicht um eine eigenständige Geheimhaltungspflicht sondern bloss um eine besondere Ausprägung des Amtsgeheimnisses²⁰. Eine Videoüberwachung von Pflegehandlungen der SPITEX verletzt demnach das Amtsgeheimnis.

Das Amtsgeheimnis bzw. das Sozialhilfegeheimnis entfällt, wenn eine *schriftliche Einwilligung* der vorgesetzten Behörde vorliegt. Diese schriftliche Einwilligung stellt einen Rechtfertigungsgrund (Art. 14 StGB) dar.²¹ Die Einwilligung der durch die vom Amtsgeheimnis betroffene Drittperson genügt für sich nicht und stellt keine Aussagenermächtigung dar; allerdings ist beim Vorliegen einer solchen Einwilligung genau zu prüfen, ob neben dem dahingefallenen privaten Interessen an der Geheimhaltung noch ein selbstständiges öffentliches Geheimhaltungsinteresse besteht.²² Ein solches kann bei Pflegehandlungen zum Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Klientschaft und Pflegenden²³ sowie zum Schutz des Personals (vgl. oben Ziff. 2.2) durchaus bestehen und wäre zu schützen.

Ohne Entbindung vom Amtsgeheimnis durch die zuständige vorgesetzte Stelle sind Pflegehandlungen unter laufender Kamera einer Videoüberwachung strafbar und damit unzulässig.

¹⁹ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 321, Rz. 10; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 321, Rz. 13; TOMAS POLEDNA/BRIGITTE BERGER, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002, S. 151, Fn. 513; THOMAS GÄCHTER/IRENE VOLLENWEIDER, Gesundheitsrecht, 2. Aufl., Basel 2010, S. 144, Rz. 615.

²⁰ Vgl. MARIANNE SCHWANDER, Geheimhaltungspflichten und Datenaustausch in der Sozialen Arbeit, ZKE 2/2015; S. 104 f.; in diesem Sinne wohl auch BGE 138 I 331 E. 6.2, S. 340 f.

²¹ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 12; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Handkommentar StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 4.

²² Vgl. OBERHOLZER (Fn. 21), Art. 320, Rz. 13; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth, Praxiskommentar StGB, 2. Aufl., Art. 320, Rz. 13.

²³ Vgl. NIKLAUS OBERHOLZER, BSK StGB, 3. Aufl., Art. 320, Rz. 4 f.; TRECHSEL/VEST, (Fn. 22), Art. 320, Rz. 1.

2.5 Menschenwürde

Da die auf der Grundlage des Leistungsvertrags mit dem Kanton erbrachten Leistungen der SPITEX-Organisationen – wie erwähnt – Teil der institutionellen Sozialhilfe sind, gilt die SPITEX-Organisation als Teil der öffentlichen Verwaltung und ist damit uneingeschränkt an die Grundrechte gebunden.

Mithin ist für die Pflege durch die SPITEX die Menschenwürde (Art. 7 BV) ein wegleitender verfassungsrechtlicher Grundsatz. Die Menschenwürde ist nach der hier vertretenen Auffassung bei der Hilfe und Pflege zu Hause nicht bloss ein verbindliches Auslegungs- und Konkretisierungsprinzip²⁴, sondern ein grundrechtlicher, d.h. direkt aus der Verfassung ableitbarer individueller Anspruch²⁵. Denn der Pflege liegt als grundlegende Kultur zu Grunde, "dass der Mensch, seine Würde und Einmaligkeit geschützt und bewahrt werden müssen"²⁶, und es besteht kein anderes Grundrecht, dass die Menschenwürde in Rahmen der Pflege garantieren würde. So greift der Schutz der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) bei Pflegehandlungen – insbesondere bei den Pflegehandlungen an Langzeitpatientinnen und -patienten ohne bzw. ohne westliche körperliche Eingriffe – zu kurz, da keine Einschränkung der Bewegungsfreiheit stattfindet und es nicht nur um den Schutz der körperlichen und psychischen Unversehrtheit geht. Auch der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) deckt das Schutzbedürfnis nicht ab, da Pflegehandlungen in die Intimsphäre und nicht nur in die Privatsphäre eingreifen und für die zu pflegende Person entwürdigend im engeren Sinn sein können.²⁷ In der Pflegepraxis werden denn ja auch sich im Behandlungsraum befindliche Angehörige von zu pflegenden Personen während der Pflegehandlungen regelmässig aus dem Raum gewiesen und eine Videoüberwachung in ärztlichen Behandlungsräumen gilt als grundsätzlich unzumutbar²⁸.

Aus der Sicht der Menschenwürde ist die Bildwiedergabe (egal ob direkt oder indirekt) von pflegerischen Handlungen entwürdigend und grundsätzlich mit Art. 7 BV nicht vereinbar, unabhängig davon, ob die betroffene Person einwilligt oder nicht. Denn die Garantie der Menschenwürde zielt darauf ab, die Menschen vor Handlungen zu schützen, die wir heute auf Grund unserer bisherigen Erfahrungen als unmenschlich und entwürdigend erkennen.²⁹ Der grundrechtliche Gehalt der Menschenwürde stellt gleichzeitig den Kerngehalt des Grundrechts dar und duldet deshalb kaum Eingriffe.³⁰ Ob die urteilsfähige betroffene Person selber auf den grundrechtlichen Schutz verzichten kann, ist ungeklärt.³¹

3. Würdigung aus einer Gesamtsicht

3.1 Tendenzielle Unzulässigkeit der Videoüberwachung beim SPITEX-Einsatz

Legt man strenge Massstäbe an die Wahrung der Grundrechten (hier der Menschenwürde, vgl. Ziff. 2.5), so ist davon auszugehen, dass Videoaufnahmen von Pflegehandlungen durch

²⁴ Vgl. dazu EVA MARIA BELSER/EVA MOLINARI, BSK BV, Art. 7, Rz. 36.

²⁵ Vgl. dazu BELSER/MOLINARI (Fn. 24), Art. 7, Rz. 41 ff.; PHILIPPE MASTRONARDI, St. Galler Kommentar BV, 3. Aufl., Art. 7, Rz. 29 f.; GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 7, Rz. 7 f., mit Hinweisen.

²⁶ PIERRE-ANDRÉ WAGNER, Pflege und Recht, SBK-ASI, Langenthal 2009, S. 15; im gleichen Sinne die Ethischen Grundsätze für die Pflege 1990 des SBK: "Die Würde des Menschen und die Einzigartigkeit des Lebens stehen im Zentrum allen pflegerischen Handelns" (zitiert nach SBK-ASI, Ethik und Pflegepraxis, Bern 2003, S. 5), vgl. auch die Präambel des ICN-Kodex für Pflegende (siehe SBK-ASI, Ethik und Pflegepraxis, Bern 2003, S. 34).

²⁷ Als Beispiel sei hier die manuelle Kot-Entfernung durch Pflegende aus dem Enddarm eines Para- oder Tetraplegikers erwähnt.

²⁸ Vgl. MÜLLER (Fn. 2), S. 330.

²⁹ Vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, S. 129.

³⁰ Vgl. KIENER/KÄLIN (Fn. 29), S. 132.

³¹ Vgl. KIENER/KÄLIN (Fn. 29), S. 65 f.

private Dritte unzulässig sind. Bei Pflegehandlungen an nicht urteilsfähigen Personen ist das Aufnehmen von Pflegehandlungen durch private Dritte in jedem Fall unzulässig (vgl. Ziff. 2.1).

Bei einer liberalen Auslegung aller zu beachtender Rechtsnormen kann davon ausgegangen werden, dass Videoaufnahmen von Pflegehandlungen der öffentlichen SPITEX durch private Dritte allenfalls dann zulässig sind, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Es liegt eine ausdrückliche Einwilligung der (urteilsfähigen) zu pflegenden Person vor.
- Es liegt die Einwilligung aller an den Pflegehandlungen beteiligten (und damit aufzuzeichnenden) Mitarbeitenden der SPITEX-Organisation vor.
- Es liegt eine Befreiung vom Amtsgeheimnis vor.

3.2 Schutzpflicht der SPITEX-Organisation

Die SPITEX-Organisation hat gegenüber den zu pflegenden Klientinnen und Klienten eine dreifache Garant- bzw. Schutzpflicht: Als Teil der institutionellen Sozialhilfe, als Betrieb, in dem regulierte Gesundheitsberufe ausgeübt werden, und aus Auftragsrecht. Diese Schutzpflicht bezieht sich auch auf die Wahrung der Privatsphäre³² und der Würde bei pflegerischen Handlungen. Als Teil der institutionellen Sozialhilfe darf es die SPITEX-Organisation zudem nicht zulassen, dass Dritte an Klientinnen bzw. Klienten strafbare Handlungen vornehmen – jedenfalls nicht während der Anwesenheit von SPITEX-Mitarbeitenden. Wenn Videoaufnahmen von Dritten rechtlich nicht zulässig sind, so hat die SPITEX deshalb mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln aktiv einzugreifen. Die Schutzpflicht der SPITEX-Organisation gegenüber ihren Klientinnen und Klienten ergibt sich unabhängig von rechtlichen Betrachtungen auch aus den für die Pflege geltenden ethischen Grundsätzen: Das ethische Prinzip "Autonomie" gebietet die Achtung der Würde und den Schutz der Privatsphäre,³³ das ethische Prinzip "nicht schaden" gebietet den Schutz vor Gefahren,³⁴ mithin auch den Schutz vor strafbaren Handlungen Dritter.

Als Arbeitgeberin ist eine SPITEX-Organisation verpflichtet, die Persönlichkeit der Mitarbeitenden zu schützen (Art. 328 OR). Diese Schutzpflicht beschränkt sich nicht auf Unterlassungsansprüchen der Angestellten gegenüber der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers, sondern umfasst auch Handlungspflichten der letzteren, insbesondere wenn es um den Schutz vor Eingriffen bzw. Übergriffen von Dritten am Arbeitsplatz geht.³⁵ Die SPITEX-Organisation ist mithin verpflichtet, Mitarbeitende vor ungewollten und unzulässigen Videoüberwachungen während ihres Einsatzes aktiv zu schützen.

3.3 Verweigerungsrechte und Handlungsmöglichkeiten der Pflegenden

Im Gesundheitswesen tätige Personen – insbesondere Medizinalpersonen und Pflegendе – können im Kanton Bern die Mitwirkung an einer Behandlung verweigern, die ihren ethischen oder religiösen Überzeugungen widerspricht, sofern die Behandlung nicht erforderlich ist, um eine schwere und unmittelbare Gefahr für die Gesundheit der Patientin oder des Patienten abzuwenden (Art. 23 Abs. 1 GesG). Dieses Recht schliesst es mit ein, eine Pflegeleistung zu verweigern, wenn diese durch ein Videoüberwachungsgerät aufgezeichnet wird und die Klientin bzw. der Klient der Mit-Aufzeichnung der Pflegehandlung nicht ausdrücklich zugestimmt hat bzw. nicht zustimmen kann. Die Pflegefachpersonen haben allerdings ihre rechtli-

³² Im Kanton Bern garantiert bei bewilligungspflichtigen Berufen im Gesundheitswesen Art. 15 der Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten und der Gesundheitsfachpersonen (Patientenrechtsverordnung, PatV; BSG 811.011) ausdrücklich die Wahrung der Privatsphäre.

³³ Vgl. SBK-ASI, Ethik und Pflegepraxis, Bern 2003, S. 12.

³⁴ Vgl. SBK-ASI, Ethik und Pflegepraxis, Bern 2003, S. 16.

³⁵ Vgl. WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 416, S. 117.

chen und ethischen Bedenken vorgängig der Klientin bzw. dem Klienten mitzuteilen (Art. 23 Abs. 2 GesG).

Wenn von einer strafbaren Handlung eines Dritten auszugehen ist (Art. 179^{quater} StGB), weil die Klientin bzw. der Klient der Aufzeichnung der Pflegehandlung nicht ausdrücklich zugestimmt hat bzw. nicht zustimmen kann, so steht der Pflegefachperson alternativ die Möglichkeit offen, im Sinne des rechtfertigenden Notstands (Art. 17 StGB) die Videoüberwachung durch die Drittperson zum Schutz der Klientin bzw. des Klienten während der Pflegehandlung eigenmächtig zu unterbrechen, selbst wenn dadurch die Überwachungseinrichtung beschädigt wird.

4. Rechtliche Handlungsmöglichkeiten der SPITEX-Organisation

Die bisherigen Ausführungen zeigen auf, dass für SPITEX-Organisationen ein Handlungsbedarf besteht, wenn Private gegenüber ihren pflegebedürftigen Angehörigen Videoüberwachungsanlagen einsetzen und dadurch auch Pflegehandlungen der SPITEX miterfasst werden können.

Bei bestehenden Pflegeverhältnissen sind die Klientin bzw. der Klient und allenfalls die überwachenden Angehörigen auf die rechtliche und ethische Problematik hinzuweisen und es sollte versucht werden, eine gemeinsame einvernehmliche Lösung zu finden. Wenn die Klientin bzw. der Klient grundsätzlich mit der Dauerüberwachung einverstanden ist, so kann die Lösung darin liegen, dass in einem Vertrag zwischen der Klientin bzw. dem Klienten und der Person, welche die Videoanlage betreibt, einerseits sowie der SPITEX-Organisation andererseits festgelegt wird, dass die SPITEX-Mitarbeitenden befugt sind, die Anlage während der Vornahme von Pflegehandlungen auszuschalten bzw. die Linsen abzudecken. In diesem Fall sollte gleichzeitig ein Haftungsausschluss der SPITEX-Organisation vereinbart werden für den Fall, dass die SPITEX-Mitarbeitenden vergessen, die Videoüberwachung wieder zu aktivieren und aus diesem Grund der Klientin bzw. dem Klienten ein Schaden entsteht. Wenn bei einem Einverständnis der Klientin bzw. des Klienten zur Überwachung keine Einigung im beschriebenen Sinne zustande kommt, muss der Abbruch der SPITEX-Leistung wegen Unzumutbarkeit für das Personal in Erwägung gezogen werden.

Wenn eine Videoüberwachung von urteilsfähigen Klientinnen und Klienten ohne deren Einverständnis erfolgt oder wenn die Videoüberwachung bei urteilsunfähigen Klientinnen und Klienten erfolgt und die überwachende Person nicht bereit ist, diese einzustellen, so ist die SPITEX-Organisation verpflichtet, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu informieren, weil ein Schutzbedürftigkeit bzw. eine Hilfsbedürftigkeit der Klientin bzw. des Klienten besteht, die durch die SPITEX oder andere Institutionen nicht abgedeckt werden kann (Meldepflicht nach Art. 443 Abs. 2 ZGB). Vorgängig ist beim Kantonsarztamt eine Befreiung vom Berufsgeheimnis einzuholen.³⁶

Es empfiehlt sich, die Frage der Videoüberwachung durch Angehörige künftig *in den Behandlungsverträgen* zu regeln und zwar in dem Sinne, dass diese grundsätzlich ausgeschlossen und nicht zulässig ist. In Fällen, in welchen sich eine Videoüberwachung aus fachlicher Sicht als sinnvoll erweist und die Klientin bzw. der Klient zustimmt, kann dann eine abweichende Vereinbarung in einem besonderen Vertrag getroffen werden (siehe oben).

Letztlich wird empfohlen, mit der Gesundheits- und Fürsorgedirektion die Diskussion zu führen, ob die Frage der Videoüberwachung durch Angehörige im *Leistungsvertrag* mit den SPITEX-Organisationen geregelt werden soll. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte im Leistungsvertrag festgehalten werden, dass die SPITEX-Organisation zum Abbruch der SPITEX-Leistung berechtigt ist, wenn sich keine einvernehmliche Lösung finden lässt.

³⁶ Vgl. Leitfaden "Schweigepflicht von Gesundheitsfachpersonen" der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern vom März 2016, Ziff. 3.3.2, S. 11.

13. September 2016/D. Kettiger