Europäische Hochschulschriften



Emmanuel Laskaridis

Elektronische Patientenakte

Ärztliche Dokumentationspflicht und elektronische Datenverarbeitung



PETER LANG

Emmanuel Laskaridis

Elektronische Patientenakte

Ärztliche Dokumentationspflicht und elektronische Datenverarbeitung



PETER LANG
Europäischer Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2002

Gedruckt mit Unterstützung
des Deutschen Akademischen Austauschdienstes.

Gedruckt auf alterungsbeständigem,
säurefreiem Papier.

D 16
ISSN 0531-7312
ISBN 3-631-50504-3

© Peter Lang GmbH
Europäischer Verlag der Wissenschaften
Frankfurt am Main 2003
Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany 1 2 3 4 5 7

www.peterlang.de



RUPRECHT-KARLS-
UNIVERSITÄT
HEIDELBERG

DIE ELEKTRONISCHE PATIENTENAKTE

ÄRZTLICHE DOKUMENTATIONSPFLICHT UND ELEKTRONISCHE DATENVERARBEITUNG

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaft
vorgelegt bei der Juristischen Fakultät
der Ruprecht-Karls-Universität
in Heidelberg
von

Emmanouil Laskaridis

Heidelberg 2003

Den Leuten, die mutig und geduldig

für die Gerechtigkeit kämpfen.

Sie brauchen nicht - wie ich -

über Gerechtigkeit zu schreiben und zu reden

Στη Σάντυ, τον Δήμο και την υπόλοιπη

παρέα της νομικής

«ην γαρ παρη φιλανθρωπιη, πάρεστι και φιλοτεχνιη»

Ἱπποκράτης, Παραγγελίαι L, IX, 258

„Wenn Medizin mit Philanthropie (Menschenliebe) einhergeht, kommt es zur Vollendung der ärztlichen Kunst“

Hippokrates, Praeceptiones L, IX, 258

Vorwort

Ganz besonders möchte ich mich bei Prof. Dr. iur. Ludwig Häsemeyer, Prof. Dr.iur. Konstantinos Kerameas, dem Mediziner Thomas Athanassiou und dem Diplominformatiker Mine van der Haak für ihre Hilfsbereitschaft als auch für die Gespräche, die sie mit mir geführt haben. Vor allem möchte ich Prof. Dr.iur. Erik Jayme, Peter Thomas, Holger Stadtmüller, Thobias Darge, Lakis Georgiadis und Ioannis Laskaridis für all ihre Unterstützung danken. Ioannis Lianos und Manolis Melissaris danke ich für die Korrektur der Zusammenfassung auf französisch und englisch.

Die Inschrift der Universitätsbibliothek Heidelberg von Apostolus Paulus: “τό γάρ γράμμα αποκτείνει τό δέ πνεύμα ζωοποιεί“ (2 Kor. 3, 6) habe ich mir beim Verfassen dieser Dissertation als Leitmotiv gehabt. Trotzdem haben die Formalien den Geist dieser Doktorarbeit überwältigt.

Rechtsprechung wie Literatur wurden bis September 2002 berücksichtigt. Die vorliegende Arbeit bezieht sich auf die alte Fassung des BGB (vor 2. Januar 2002). Diese Dissertation konnte erst dank der finanziellen Unterstützung seitens des DAAD, Alexandros Onassis Stiftung sowie des Kölnerischen Gymnasialstiftungsfonds verfasst und publiziert werden.

Inhaltsübersicht

INHALTSÜBERSICHT IX

INHALTSVERZEICHNIS XIII

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS XXVII

§ 1. GEGENSTAND UND METHODE DER ARBEIT 1

A. Entwicklung der ärztlichen Dokumentation und BGH-Rechtsprechung 1

B. Das Problem 4

C. Abgrenzung der Aufgabe 6

D. Aufbau der Darstellung 7

E. Methode der Darstellung 9

§ 2. ERFORDERNIS DER BEGRIFFSBESTIMMUNG 12

B. Die Artbegriffe 17

C. Fazit 19

ERSTER TEIL: DIE ARZTLICHE DOKUMENTATIONSPFLICHT

§ 3. DIE RECHTSGRUNDLAGEN DER ÄRZTLICHEN DOKUMENTATION 23

A. Verfassungsrechtliche Grundlagen 23

B. Zivilrechtliche Grundlagen 24

C. Berufsrechtliche Grundlagen 26

D. Gesundheitsrechtliche Grundlagen 27

§ 4. TELEOLOGISCHE AUSLEGUNG DER BETREFFENDEN RECHTSNORMEN 29

A. Zielorientierung der Dokumentation 30

B. Umfang und Inhalt der Patientenakte 50

§ 5. DIE DOKUMENTATIONSPFLICHTVERLETZUNG IM ARZTHAFTPFLICHTPROZESS 63

A. Einleitung 63

B. Abgrenzung zwischen grobem Behandlungsfehler und Dokumentationspflichtverletzung 67

C. Ausnahmefall: Beide Kategorien führen zu gleichen Rechtsfolgen 76

D. Beweiserleichterungen bei der Dokumentationspflichtverletzung 86

§ 6. AUSSERPROZESSUALE FOLGEN DER DOKUMENTATIONSPFLICHTVERLETZUNG 113

A. Dokumentationspflichtverletzung als eigenständige Anspruchsgrundlage 113

B. Berufsrechtliche Maßnahmen 124

C. Strafrechtliche Maßnahmen 127

ZWEITER TEIL: DIE ELEKTRONISCHE PATIENTENAKTE

§ 7. BEGRIFFE UM DIE ELEKTRONISCHE PATIENTENAKTE 133

A. Elektronische Patientenakte als Gattungsbegriff 133

B. Die Artbegriffe 136

C. Zusammenfassung 140

§ 8. SACHZWANG ZUR ELEKTRONISCHEN DOKUMENTATION 142

A. Nachteile der konventionellen Dokumentation 142

B. Die Vorteile moderner Informationstechnologie 146

C. Schwäche der Digitalisierung 151

§ 9. ZULÄSSIGKEIT DER EDV-ARCHIVIERUNG 154

A. Keine Verpflichtung zur EDV-Archivierung 154

B. Die Zulässigkeit einer ausschließlich digitalen Dokumentation 155

C. Schlußfolgerung 166

§ 10. VERPFLICHTUNG ZUR ORDNUNGSMÄßIGKEIT DER ELEKTRONISCHEN ARCHIVIERUNG 168

A. Die „Notwendigkeit einer ordnungsmäßigen ärztlichen Dokumentation“ 168

B. Die Anforderung an die Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Patientenakte 169

C. Begriffsbestimmung der „Ordnungsmäßigkeit“ 182

D. Die Umsetzung des Ordnungsmäßigkeitsprinzips 184

E. Organe zur Festlegung und Umsetzung der Standards 207

F. Zumutbarkeit der EDV-Sicherungs- und Schutzmaßnahmen 213

G. Schlußfolgerung 219

§ 11. AUFBEWAHRUNGSPFLICHT 221

A. Art der Leistungserbringung 221

B. Aufbewahrungsdauer und Aufbewahrungspflichtverletzung 230

C. Stellungnahme 243

§ 12. KONVENTIONELLE UND ELEKTRONISCHE DOKUMENTATION ALS URKUNDE 245

A. Urkundenbeweis und ärztliche Dokumentation 245

B. Beweiskraft der elektronischen Patientenakte 256

§ 13. WARTUNG UND FERNWARTUNG 281

A. Problemstellung 281

B. Eine rechtspolitische Frage 285

C. Datenschutz und ärztliche Schweigepflicht 295

D. Geltendes Recht und die datenschutzrechtlichen Konflikte bezüglich der Wartung 300

E. Lösungsvorschlag zum Datenschutz bei der Einschaltung externer Dokumentationsstellen 306

F. Gesetzgeberischer Vorschlag 346

G. Die Fernwartung 346

H. Schlußfolgerung 356

ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE 359

EDV-GLOSSAR 382

ENTSCHEIDUNGSREGISTER 395

I. Ordentliche Gerichte 395

II. Sozialgerichte 409

LITERATURVERZEICHNIS 411

Inhaltsverzeichnis

INHALTSÜBERSICHT IX

INHALTSVERZEICHNIS XIII

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS XXVII

§ 1. GEGENSTAND UND METHODE DER ARBEIT 1

A. Entwicklung der ärztlichen Dokumentation und BGH-Rechtsprechung 1

B. Das Problem 4

C. Abgrenzung der Aufgabe 6

D. Aufbau der Darstellung 7

E. Methode der Darstellung 9

I. Die Wechselwirkung zwischen Rechtswissenschaft und Informatik 9

1. Die kumulative Anwendung der Axiome beider Wissenschaften 9

2. Die alternative Anwendung der Erkenntnisse beider Wissenschaften 10

II. Die Heranziehung der Rechtsprechung und der Fachliteratur 10

§ 2. ERFORDERNIS DER BEGRIFFSBESTIMMUNG 12

A. Der Gattungsbegriff 13

B. Die Artbegriffe 17

I. „Konventionelle Dokumentation“ 17

II. „Elektronische Dokumentation“ 18

C. Fazit 19

ERSTER TEIL: DIE ÄRZTLICHE DOKUMENTATIONSPFLICHT

§ 3. DIE RECHTSGRUNDLAGEN DER ÄRZTLICHEN DOKUMENTATION 23

A. Verfassungsrechtliche Grundlagen 23

B. Zivilrechtliche Grundlagen 24
C. Berufsrechtliche Grundlagen 26
D. Gesundheitsrechtliche Grundlagen 27

§ 4. TELEOLOGISCHE AUSLEGUNG DER BETREFFENDEN RECHTSNORMEN 29

A. Zielorientierung der Dokumentation 30
I. Zwecke der ärztlichen Dokumentation 30
1. Therapiesicherung 30
a) Die BGH-Rechtsprechung 30
b) Die Literatur 32
2. Rechenschaftslegung 34
a) Dem Patienten gegenüber 34
b) Dem Kostenträger gegenüber 38
II. Funktionen der Dokumentation 40
1. Beweissicherung: Ein Zweck oder eine Funktion? 40
a) Beweiserhaltungspflicht 41
b) Beweisschaffungspflicht 42
aa) Gründe der Anerkennung 42
bb) Gründe für die Ablehnung 44
c) Stellungnahme 46
2. Forschungsfunktion 48
B. Umfang und Inhalt der Patientenakte 50
I. Umfang der ärztlichen Dokumentation 50
II. Inhalt der ärztlichen Dokumentation 53
1. Der obligatorische Inhalt der ärztlichen Dokumentation 53
2. Der fakultative Inhalt der ärztlichen Dokumentation 61

§ 5. DIE DOKUMENTATIONSPFLICHTVERLETZUNG IM ARZTHAFTPFLICHTPROZESS 63

A. Einleitung 63
I. Beweisführungsgrundsätze 63
II. Abweichungen im Arzthaftpflichtprozess 64
III. Beweiserleichterungen je nach Fallkonstellation 66

B. Abgrenzung zwischen grobem Behandlungsfehler und Dokumentationspflichtverletzung 67

I. Notwendigkeit klarer Grenzen 67

II. Abgrenzungshindernisse 68

1. „Innerer Zusammenhang“ 68

2. Gleiche beweisrechtliche Folgen 69

III. Unterschiede zwischen den beiden Beweisfiguren 70

1. Verschiedene Rechtfertigungsgründe für die Beweiserleichterungen 70

2. Die Beweiserleichterungen betreffen andere Tatbestandsvoraussetzungen 74

C. Ausnahmefall: Beide Kategorien führen zu gleichen Rechtsfolgen 76

I. Dokumentationspflichtverletzung bei sukzessiver Arztbehandlung 77

1. Nachbehandelnder Arzt wegen groben Behandlungsfehlers verklagt. 78

2. Vorbehandelnder Arzt wegen Dokumentationspflichtverletzung angeklagt. 78

II. Dokumentationspflichtverletzung als Diagnosefehler 80

1. EKG-Fall 81

2. Kreatininwert-Fall 83

3. Ergebnisse der kritischen Würdigung der Rechtsprechung 84

D. Beweiserleichterungen bei der Dokumentationspflichtverletzung 86

I. Schadenschätzung (§ 287 ZPO) 88

II. Beweisvereitelung (§ 444 ZPO) 91

1. Tatbestandliche Voraussetzungen 92

a) Subjektive Voraussetzungen 93

b) Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit 95

c) Zeitpunkt der Beweisvereitelung 96

2. Rechtsfolgen 96

3. Schlußfolgerung 97

III. Anscheins- oder prima-facie-Beweis 99

1. Anscheinsbeweis und Organisationspflichtverletzung 99

2. Anscheinsbeweis bei unvollständiger Dokumentation 100

3. Anscheinsbeweis bei vollständiger Dokumentation 102

IV. Indizienbeweis 104

1. Mittelbarer Beweis 104
2. Unterschied zum Anscheinsbeweis 106

V. Beweislastumkehr 107
1. Ultima poena 107
2. Unterschied zum Anscheinsbeweis und Reichweite der Beweislastumkehr 109

VI. Wann ist eine Beweiserleichterung und wann Beweislastumkehr anzuwenden? 110

VII. Zusammenfassung 112

ZWEITER TEIL: DIE ELEKTRONISCHE PATIENTENAKTE

§ 6. AUSSERPROZESSUALE FOLGEN DER DOKUMENTATIONSPFLICHTVERLETZUNG 113

A. Dokumentationspflichtverletzung als eigenständige Anspruchsgrundlage 113

I. Vertragsrecht 115
1. Regelfall: Dokumentation als Nebenpflicht 115
a) Anfängliche Unmöglichkeit der Dokumentenabgabe (analog zu § 306 BGB) 115
b) Nachträgliche Unmöglichkeit (§ 275 II BGB) 116
aa) Nicht zu vertretende Unmöglichkeit 116
bb) Zu vertretende Unmöglichkeit 117
c) Schuldner- (§ 286 BGB) und Gläubigerverzug 117
d) Positive Vertragsverletzung 117
2. Dokumentation als Hauptleistungspflicht 118
a) Unmöglichkeit 119
aa) Nicht zu vertretende Unmöglichkeit (§ 323 BGB) 119
bb) Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit (§§ 325, 280 BGB) 119
(1) Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 325 I 1 BGB) 119
(2) Rücktritt und Abstandnahme 121
b) Weitere Ansprüche des Patienten 121

II. Deliktsrecht 121

III. Haftungsfragen bei der elektronischen Archivierung 123

B. Berufsrechtliche Maßnahmen 124
C. Strafrechtliche Maßnahmen 127
I. Die an die Dokumentationspflichtverletzung anknüpfenden Delikte .. 127
II. Ne bis in idem 129

§ 7. BEGRIFFE UM DIE ELEKTRONISCHE PATIENTENAKTE 133

A. Elektronische Patientenakte als Gattungsbegriff 133
I. Auf der Suche nach einem geeigneten Ausdruck 133
II. Definition 134
B. Die Artbegriffe 136
I. Persönliche Aufzeichnungen 137
II. Technische Aufzeichnungen 138
III. Elektronische Aufzeichnungen 138
IV. Sonstige Gegenstände 140
C. Zusammenfassung 140

§ 8. SACHZWANG ZUR ELEKTRONISCHEN DOKUMENTATION 142

A. Nachteile der konventionellen Dokumentation 142
I. Zeitvergeudung beim Schreiben, Suchen und Kopieren 142
II. Handschrift verursacht Fehler und Zeitverschwendung 143
III. Papierspezifische Nachteile 144
IV. Forschungsschwierigkeiten 145
B. Die Vorteile moderner Informationstechnologie 146
I. Zeitersparnis durch EDV 146
II. Ersetzung der Handschreibung 148
III. Die elektronische Dokumentation ist platzsparender 148
IV. Kostenersparnis 149
V. Forschungsmöglichkeit 150
C. Schwäche der Digitalisierung 151

§ 9. ZULÄSSIGKEIT DER EDV-ARCHIVIERUNG 154

A. Keine Verpflichtung zur EDV-Archivierung 154

B. Die Zulässigkeit einer ausschließlich digitalen Dokumentation 155

I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit 156

II. Strafrechtliche Unbedenklichkeit 157

III. Zivilrechtliche Zulässigkeit 158

1. Gestaltungsfreiheit 158

2. Elektronische Archivierung und „Verkehrspflichten“ 160

IV. Berufsrechtliche Zulässigkeit 163

V. Zulässigkeit nach anderen gesundheitsrechtlichen Vorschriften 163

VI. Kassenarztrechtliche Zulässigkeit 164

VII. Teledienst- und Datenschutzgesetz 165

C. Schlußfolgerung 166

§ 10. VERPFLICHTUNG ZUR ORDNUNGSMÄßIGKEIT DER ELEKTRONISCHEN ARCHIVIERUNG 168

A. Die „Notwendigkeit einer ordnungsmäßigen ärztlichen Dokumentation“ 168

B. Die Anforderung an die Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Patientenakte 169

I. Ordnungsmäßigkeitsprinzip und elektronische Dokumentation 169

II. Die datenschutzrechtliche Forderung nach Ordnungsmäßigkeit bei der Datenverarbeitung 171

III. Die Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Archivierung im Zivilrecht 172

1. Vertragsrecht 172

a) Regelungslücke bezüglich der Dokumentationspflichterfüllung beim Vertragsabschluß 172

b) Festlegung der Verkehrssitte 174

aa) Heranziehung von Rechtsvorschriften ähnlicher Fachgebiete 174

bb) Festlegung der Verkehrssitte kraft Standesrechtes 175

2. Deliktsrecht 177

a) Ordnungsgemäße elektronische Dokumentation als Verkehrssicherungspflicht des Arztes 177

aa) Beherrschung des bestimmten Sachbereichs 178

bb) Berufliche Verkehrssicherheitsverantwortung 178
b) Verstoß gegen das Ordnungsmäßigkeitsprinzip 179
c) Nicht ordnungsgemäße elektronische Dokumentation als Organisationsfehler 179
d) Intensität der Gefahrabwendungspflicht 181

C. Begriffsbestimmung der „Ordnungsmäßigkeit“ 182

I. Ordnungsmäßigkeit - ein „schillernder Begriff“ 182

II. Festlegung des Begriffes 183

D. Die Umsetzung des Ordnungsmäßigkeitsprinzips 184

I. Die absichtliche Unterlassung einer Konkretisierung 184

II. Das Erfordernis zur Festlegung der zu einer ordnungsgemäßen elektronischen Archivierung erforderlichen Maßnahmen 186

III. Die Grundsätze der Ordnungsmäßigkeit 187
1. Verfügbarkeit 187
a) Die Gefahr 187
b) Begriffsbestimmung der Verfügbarkeit 188
c) Erforderliche Maßnahmen zur Gewährleistung der Verfügbarkeit 189
aa) Stromversorgung 189
bb) Erforderliche Hardware 190
cc) Erforderliche Software 192
2. Vertraulichkeit 193
a) Die Gefahr 193
b) Begriffsbestimmung der Vertraulichkeit 194
c) Erforderliche Maßnahmen zur Gewährleistung der Vertraulichkeit 194
aa) Authentifikation 195
bb) Identifikation 198
3. Unversehrtheit (Integrität) 201
a) Die Gefahr 201
b) Der Begriff 202
c) Erforderliche Maßnahmen zu Gewährleistung der Integrität 202
aa) Kontroll-Programme 202
bb) Protokollierung 204
4. Rechtsverbindlichkeit 206

a) Begriffsbestimmung der Rechtsverbindlichkeit 206
b) Erforderliche Maßnahmen zu Gewährleistung der Rechtsverbindlichkeit 206
E. Organe zur Festlegung und Umsetzung der Standards 207
I. Der Bedarf an Kommissionen 207
II. Der Datenverwalter und der Datenbegleiter 208
1. Der Datenverwalter 208
2. Der Datenbegleiter 209
3. Stellungnahme 210
a) Die Rechtsnatur dieser Organe 210
b) Grenzziehung der Haftung dieser Organe 211
F. Zumutbarkeit der EDV-Sicherungs- und Schutzmaßnahmen 213
I. Differenzierung je nach Einzelfall 215
II. Qualitätssicherung 217
G. Schlußfolgerung 219

§ 11. AUFBEWAHRUNGSPFLICHT 221

A. Art der Leistungserbringung 221
I. Speicherformen 222
1. Grundsätze 222
a) Speicherung von analogen Dokumenten 222
b) Speicherung von originär elektronischen Dokumenten 223
2. Die wichtigsten Anforderungen 224
a) Sichere Speicherform 224
b) Elektronischer Speicherträger 225
3. Notwendigkeit einer Verfahrensdokumentation über die EDV-Archivierung 227
II. Aufbewahrungsort 228
III. Aufbewahrungsumfang 229
B. Aufbewahrungsdauer und Aufbewahrungspflichtverletzung 230
I. Aufbewahrungsdauer 230
1. Zehn Jahre 230
2. Unter zehn Jahre 231
3. Über zehn Jahre 232

4. Dreißigjährige Aufbewahrung wegen Anspruchsverjährung? 232
5. Stellungnahme: Zehnjährige Aufbewahrung mit Vorbehalt von Ausnahmen 233

II. Löschungs- oder Sperrungspflicht 236
1. Löschungspflicht 236
2. Sperrungspflicht 239
3. Das Verhältnis zwischen diesen Pflichten und der Aufbewahrungspflicht 240

III. Folgen der Aufbewahrungspflichtverletzung 241

C. Stellungnahme 243

§ 12. KONVENTIONELLE UND ELEKTRONISCHE DOKUMENTATION ALS URKUNDE 245

A. Urkundenbeweis und ärztliche Dokumentation 245

I. Erfordernis der Differenzierung je nach Art der Aufzeichnung 245

II. Freie Beweiswürdigung der Krankenunterlagen gemäß § 286 ZPO 248

III. Andere Arten von Urkunden 249
1. Öffentliche und private Urkunde 249
2. Unterschriebene und nicht unterschriebene Privaturkunde 250

IV. Die Rechtslage in den USA 252
1. Hearsay-Verbot 252
2. Ärztliche Dokumentation als zugelassenes Beweismittel 253
3. Ärztliche Dokumentation als Business Record 254

B. Beweiskraft der elektronischen Patientenakte 256

I. Das Bedürfnis nach einer Abstufung 256

II. Die „nicht ordnungsgemäße elektronische Patientenakte“ 257

III. Urkundeneigenschaft der „ordnungsgemäßen elektronischen Patientenakte“ 257
1. Argumente gegen eine Gleichstellung mit Privaturkunden 257
2. Gleichstellung mit Privaturkunden in der Schweiz und in Griechenland 259
3. Schlußfolgerung 260

IV. Die „elektronisch signierte“ Patientenakte 262
1. Die elektronische Signatur 262

a) Begriffsbestimmung ... 262
b) Entwicklung der elektronischen Signatur ... 264
aa) Die ersten beiden technischen Phasen ... 264
bb) Die dritte technische Phase: Nachweis der Authentizität ... 264
cc) Die vierte technische Phase: Nachweis der Identität ... 265
2. Gleichstellung der elektronischen Signatur mit der handschriftlichen Unterschrift ... 267
a) Die Ergründung einer sicheren Infrastruktur ... 267
b) Die Gleichstellung beider Formen von Urkunden in Frankreich und Griechenland ... 268
c) Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers zu erwarten ... 269

V. Gleichstellung der elektronischen mit den konventionellen Urkunden ... 271
1. Die Eigenschaften einer Urkunde ... 271
2. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf ... 272

VI. Die Beweiskraft des Computerausdruckes der elektronischen Patientenakte ... 274
1. Die Rechtslage im Ausland ... 274
a) USA ... 274
b) Vereinigtes Königreich ... 276
c) Frankreich ... 277
2. Schlußfolgerungen für Deutschland ... 278

§ 13. WARTUNG UND FERNWARTUNG ... 281

A. Problemstellung ... 281
I. Die technische Entwicklung ... 281
II. Der Schatz an Einsichten und Interessen ... 283
B. Eine rechtspolitische Frage ... 285
I. Die Rechtslage in den USA ... 286
1. „Free Flow of Information“ ... 286
2. „Right of Privacy“ ... 288
3. „Medical Confidentiality“ ... 289
4. Ergebnis: Wartung und Fernwartung einwandfrei zugelassen ... 290
II. Die Rechtslage in der Europäischen Union und in Deutschland ... 291
1. Datenschutz hat Vorrang ... 291

2. Europäische Informationsfreiheit 292
3. Hemmung der Digitalisierung wegen Anforderung an datenschutz-freundliche Wartung 294

C. Datenschutz und ärztliche Schweigepflicht 295

I. Gemeinsame Aufgaben 295

II. Unterschiede zwischen den Datenschutz und Schweigepflicht 296
1. Die betroffenen Personen 297
2. Die Anforderungen 298

D. Geltendes Recht und die datenschutzrechtlichen Konflikte bezüglich der Wartung 300

I. Wartung durch interne Dokumentationsstellen 300

II. Wartung durch externe Dokumentationsstellen 302
1. EDV-Techniker in der Regel nicht schweigepflichtig 302
2. Ausnahmefall: der regelmäßig vor Ort betreuende Wartungstechniker 304
3. Rechtliche Behandlung von externen Dokumentationsstellen in den USA 305

E. Lösungsvorschlag zum Datenschutz bei der Einschaltung externer Dokumentationsstellen 306

I. Einwilligung 307
1. Vom ärztlichen Engagement zur Patientenautonomie 307
2. Rechtsgrundlagen der Einwilligung 310
a) Der Arzt muß die Privatsphäre des Patienten schützen 310
b) Die ausschließliche Verfügungsmacht des Patienten 310
3. Die leichtfertige Verwendung der Einwilligung 311
4. Rechtfertigung einer Ablehnung 314
a) Ältere, ungebildete und leidende Patienten wollen und dürfen keine Entscheidungsverantwortung tragen 314
b) Willkürliche Benutzung der Einwilligung 315
c) Einwilligungserfordernis als Druck auf den Patienten 316
d) Praktische Schwierigkeit bei der Einholung der Einwilligungen 318
5. Stellungnahme 319

II. Vertragliche Vereinbarungen zwischen Krankenhausträger und Wartungsunternehmer 320
1. Vertragliche Vereinbarungen: die amerikanische Praxis 320
2. Die Rechtslage in Deutschland 321

a) Keine vertragliche Qualifizierung der EDV-Techniker als ärztliche Gehilfen ... 321
b) Lediglich der Patient darf seine personenbezogenen Daten weiterleiten ... 322
c) Verstoß gegen das Datenschutzgesetz ... 323
3. Stellungnahme ... 323
III. Anonymisierung ... 325
1. Die homöopathische Lösung ... 325
2. Ungerechtfertigte Bedenken gegen die Anonymisierung ... 328
3. Vorteile der Anonymisierung ... 329
4. Die kostenaufwendige Kryptierung erfordert eine Datensparsamkeit ... 331
a) Nur die kritischen Daten sind zu anonymisieren ... 332
aa) „Confidential“ und „nonconfidential information“ ... 332
bb) Kritische und unkritische Daten ... 335
b) Zumutbarkeit dieser Maßnahmen ... 336
5. Anonymisierung und die datenschutzrechtliche Forderung nach Einwilligung ... 337
IV. Kommissionen ... 338
1. Die Datenschutzbeauftragten ... 338
2. Unabhängige und der Zentralen Ethikkommission ähnelnde Instanzen ... 339
a) Die Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission ... 339
b) Die Institutional Review Boards ... 340
c) Datenverwendungs-Kommissionen ... 341
3. Anforderung an eine Bundeskommission für die elektronische Sicherheit ... 342
a) Befugnisse ... 342
b) Die deliktische Haftung einer Datenverwendungs-Kommission 344
F. Gesetzgeberischer Vorschlag ... 346
G. Die Fernwartung ... 346
I. Fernwartung von Hardware ... 347
II. Fernwartung von Software ... 348
1. Fernwartung und § 203 Abs. 3 StGB ... 349
2. Entbehrlichkeit der Einwilligung bei Existenz eines Rechtfertigungsgrundes ... 350

3. Vertragliche Vereinbarungen 352
4. Technische Vorkehrungen 352

H. Schlußfolgerung 356

ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE 359

EDV-GLOSSAR 382

ENTSCHEIDUNGSREGISTER 395

I. Ordentliche Gerichte 395

II. Sozialgerichte 409

LITERATURVERZEICHNIS 411

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
ABl.	Amtsblatt
AblEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AcP	Arciv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADF	Application data file
a.E.	am Ende
AEKV	Arzt-Ersatz-Vertrag
AG	Aktiengesellschaft
AHRS	Arzthaftpflicht-Rechtsprechung
A.L.R:	Annotated Law Reports
altgr.	Altgriechisch
Amer J Em Med	American Journal of Emergency Medicine
AMIS	Arzneimittelinformations- und –verordnungssystem
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Ann.	Annotated
AO	Abgabenordnung
ÄP	Ärztliche Praxis
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbStoffVO	Arbeitsstoff-Verordnung
Art.	Artikel
ArztR	Arztrecht (Zeitschrift)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AWV	Arbeitsgemeinschaft für wirtschaftliche Verwaltung e.V.
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebsberater (Zeitschrift für Recht und Wirtschaft)
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
belgCC	belgisches Code Civile
BfD	Bundesbeauftragten für den Datenschutz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMV-Ä	Bundesmantelverträge für Ärzte
BMV-Z	Bundesmantelverträge für Zahnärzte

BO	Berufsordnung
BSG	Bundessozialgericht
BStatG	Bundesstatistikgesetz
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Information
Bt-Drs	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
bzw.	beziehungsweise
C.F.R.	Code of Federal Regulations
Cass.	Cour de Cassation
CD	Compact Disc
CD-ROM	Compact Disc – Read Only Memory
chr.	chronique (Sonderheft der französischen juristischen Zeitschrift Dalloz)
CI	Coded Information im Sinne eines Standard-Kodierungsverfahrens
Cir.	Circuit
CNIL	Commission Nationale de l` Informatique et des Libertés
Com.	Commission
CoR	Computerreport der NJW
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CT	Computertomographie
D.	Recueil Dalloz (französische juristische Zeitschrift)
d.h.	das heißt
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
DDE	Dynamic Data Exchange
ders.	derselbe
DES	Data Encryption Standard
DGMR	Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht
DHHS	Department of Health and Human Services
DIMDI	Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information
Diss.	Dissertation
DKFZ	Deutsches Krebsforschungszentrum
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DNS	Desoxybribonukleinsäure
DOS	Disk Operating System
DRiZ	Deutsche Richter Zeitung
DSA	Digitale Substraktionsangiographie
DSB	Datenschutz-Berater (Zeitschrift)
DSRL	Datenschutzrichtlinie (95/46/EG)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)

d.v.A.	der vorliegenden Arbeit
EBM	Einheitlicher Bewertungsmaßstab für kassenärztliche Leistungen
ED	Electronic Data
EDG	Elektrodermatogramme
EDI	Electronic Data Interchange
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EEG	Elektroenzephalogramm
EG	Europäische Gemeinschaft
EKG	Elektrokardiogramm
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EPROM	Electrically Programmable Read Only Memory
ERISA	Employee Retirement Income Security Act of 1974
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende (Seite, Paragraph)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fed.R.Evid.	Federal Rules of Evidence
ff.	fort folgende (Seiten, Paragraphen)
Fla.	Florida
Fn.	Fußnote
FOIA	Freedom of Information Act of 1966
FS	Festschrift
GBl.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
GoB	Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung (gemäß HGB)
grStGB	griechisches Strafgesetzbuch (Ποινικός Κώδικας)
grZGB	griechisches Zivilgesetzbuch (Αστικός Κώδικας)
grZPO	griechische Zivilprozeßordnung (Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας)
HGB	Handelsgesetzbuch
HIPAA	Health Insurance Portability and Accountability Act (H.R. 3103)
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HTML	HyperText Markup Language
HTTP	HyperText Transfer Protocol
i.d.F.	in der Fassung
i.V.m.	in Verbindung mit
ICD	International Classification of Diseases

ICR	Intelligent Character Recognition
I.E.E.Π.Υ.Υ.	Ινστιτούτο Έρευνας και Ελέγχου των Υπηρεσιών Υγιεινής (Institut zur Forschung und Aufsicht der Gesundheitsleistungen)
IJBio-MedC	International Journal of Bio-Medical Computing
IJMedInf	International Journal of Medical Informatics
Ins.	Insurance
ISDN	Integrated Services Digital Network
IT	Informationstechnik (ggb. informationstechnische ...)
IV	Informationsverarbeitung
JAMA	Journal of The American Medical Association
JCP	La Semaine Juridique (französische juristische Zeitschrift)
JGenIntMed	Journal of General Intensive Medicine
JTelmTelc	Journal of Telemedicine and Telecare
Jur.	Jurisprudence (Sonderheft der französischen Zeitschrift Le Dalloz)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KOM	Kommission (Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission)
KVK	Krankenversichertenkarte
L.R.	Law Review
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LSG	Landessozialgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MBO	Musterberufsordnung
Md.	Maryland (Reports)
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenkassen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MedGV	Verordnung über die Sicherheit medizinisch-technischer Geräte
MedK	Medizinische Klinik (Zeitschrift)
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
Mich.	Michigan (Reports)
MPG	Medizinproduktgesetz
N.	Νόμος (=Griechisches Gesetz)
N Eng J Med	New English Journal of Medicine
N.Y.	New York (Reports)
NCI	Noncoded Information

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NRS	National Research Council
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
N.W.	North Western Reporter
N.Y.S.	New York Supplement
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o.V.	ohne Verfasser
OCR	Optical Character Recognition
OLE	Object Link Embedded
OLG	Oberlandesgericht
OP	Operationssaal
OR	Obligationenrecht
PACS	Picture Archiving and Communication System
PGP	Pretty Good Privacy (Verschlüsselungssystem)
PIN	Persönliche Identifikationsnummer
Rdnr	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGRK	Das BGB-Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs
RGZ	Reichsgericht Zivilsachen
ROM	Read Only Memory
RPG	Recht und Politik im Gesundheitswesen
RSA – System	Verschlüsselungssystem, das von Ramist, Shamir und Adleman entwickelt wurde
S.	Seite
s.a.	statt allen
SchuldR	Schuldrecht
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SigG	Signaturgesetz
SMA	Scholz - Medis - Arzneimittelinformationssystem
sog.	sogenannte(r)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
SZ	Süddeutsche Zeitung
TDG	Teledienstegesetz
TDSV	Telekommunikationsdienstunternehmen-Datenschutzverordnung
Tenn.	Tennessee (Reports)

TFG	Transfusionsgesetz
TKO	Telekommunikationsordnung
u.a.	und andere
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
U.S.C.	United States Codes
URO	Utilization Review Organization
Urt.v.	Urteil vom
US	United States (of America)
USV	Unabhängige Stromversorgung
usw.	und so weiter
v.	von; bei Entscheidungen aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis: versus
VBG	Verband der gewerblichen Berufsgenossenschaften
VerfG	Verfassungsgericht
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
V	Verordnung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WORM	Write Once Read Many (Speichermedium)
WWW	World Wide Web
ZaeFQ	Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung
z.B.	zum Beispiel
ZEKO	Zentralethikkommission
zit.	zitiert
ZME	Zeitschrift für medizinische Ethik
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

§ 1. Gegenstand und Methode der Arbeit

A. Entwicklung der ärztlichen Dokumentation und BGH-Rechtsprechung

Schon in der frühen ägyptischen Zivilisation um ca. 3000 v.C. existierten Patientenakten aus Papyrus.[1] Viele Jahrhunderte später empfahl Hippokrates seinen Schülern, sich Aufzeichnungen über ihre Patienten anzufertigen, da sie nahezu unerläßlich seien, um dem Arzt eine möglichst effektive Berufsausübung zu ermöglichen.[2] Dem Ratschlag folgten die Ärzte über viele Jahrhunderte hinweg, ganz nach dem römischen Motto „*scripta manent"*. Diese medizinische Tradition hielt der Bundesgerichtshof erst am 4.12.1962 in einem Urteil fest, in dem festgestellt wurde, daß das Krankenblatt „dem guten ärztlichen Brauch" diene und eine „*Gedächtnisstütze des Arztes"* sei.[3] Jedoch sei der Arzt keinesfalls verpflichtet, die Krankengeschichte sorgfältig und vollständig zu dokumentieren. Durch schriftliches Niederlegen von Behandlungsdaten solle der Arzt vielmehr in die Lage versetzt werden, die Unzulänglichkeiten seines eigenen Gedächtnisses zu kompensieren. Eine ärztliche Verpflichtung zur angemessenen Dokumentation bestünde wegen der Unzumutbarkeit aber nicht.[4]

---

[1] *Barber/Douglas*, Int. J. Bio-Med. 1994, 33.

[2] *Leiner/Gaus/Haux,* Medizinische Dokumentation (1999), S. 3. Im allgemeinen zur Geschichte der Medizin vgl. *Brandenburg*, Der Arzt in der Altpersischen Kultur, Stuttgart 1969; *Kolta/Schwarzmann-Schafhauser*, Die Heilkunde im alten Ägypten, Stuttgart 2000; zum Stand der Medizin in der altgriechischen und römischen Zeiten *Teukin/Temkin* (Hrsg.), Ancient Medicine, Baltimore 1967. Vgl. ferner Festschrift für *Münsinger* (Hrsg.), Arzt und Patient im Mittelalter, Stuttgart 1997; *Eutichiades*, Die Ausübung der Medizin in Byzantion, Athen 1983 und *Kater*, Doctors and Hitler, London 1989. Vgl. ferner bezüglich der Geschichte der ärztlichen Schweigepflicht instruktiv *Goerke*, ZaeFQ 1999, 716-722.

[3] BGH VersR 1963, 168; ebenso BGH JZ 1963, 369.

[4] Vgl. *Kaufmann*, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß (1984), S. 71. Die Entwicklung der Rechtsprechung findet sich auch bei *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S. 37-39.

Diese Leitlinie der höchstrichterlichen Rechtsprechung[5] wurde von der Literatur[6] stark kritisiert. Die Kritik gab Anlaß zu einer Rechtsprechungsänderung, welche sich erstmals in einem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 27.06.1978[7] (bekannt auch als das „Dokumentationsurteil“) widerspiegelte. „Daß eine Pflicht des Arztes zu angemessener Dokumentation besteht, ist inzwischen auch in den ärztlichen Berufsordnungen allgemein anerkannt“.[8] Der Bundesgerichtshof nahm in diesem Grundsatzurteil erstmals an, daß die ordnungsgemäße Führung, Aufbewahrung und Vorlage der Krankenunterlagen eine dem Patienten gegenüber obliegende vertragliche Nebenpflicht sei, deren Verletzung beweisrechtliche Konsequenzen zugunsten des Patienten habe.

Im Wege der Digitalisierung hat die ärztliche Dokumentation in der Zwischenzeit eine wesentliche Fortentwicklung erfahren. Im Zuge dieses Prozesses gewinnt die elektronische Datenverarbeitung seit längerer Zeit in fast allen Bereichen des Krankenhauses immer mehr an Bedeutung: Dabei wird auf den Stationen sowohl die Pflegedokumentation als auch die ärztliche Dokumentation per Computer erfaßt; außerdem werden in verschiedenen diagnostischen Bereichen und im OP Dokumentationssysteme benutzt.[9] Die Einführung von Sonderpauschalen und ähnlichen Abrechnungsvarianten hat jedoch dazu geführt, daß man sich die primär zur Kostenerfassung eingesetzte elektronische Datenverarbeitung[10] auch für die Behandlungsdokumentation

---

[5] So BGH NJW 1963, 389; BGH AHRS, Nr. 6450/4.

[6] Vgl. *Daniels*, NJW 1976, 345. Vgl. *Dunz*, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung (1974), S. 32 und *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S. 39-41, m.w.N.

[7] BGHZ 72, 132, 137 = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil).

[8] BGHZ 72, 132, 137 = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil).

[9] Vgl. *Erb*, DuD 1997, 565-568.

[10] Vgl. *Kuhn*, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation (1991), S. 5-6 über den Begriff und die historische Entwicklung der EDV.

zunutze machte, obwohl dabei ursprünglich nicht an eine elektronische Dokumentation gedacht war.[11] Eine der wichtigsten Errungenschaften der Digitalisierung ist der Einsatz von medizinischen Expertensystemen, auf die sich der Arzt bei der Diagnose sowie der Therapie des Patienten verläßt.[12]

Außerdem ist die Digitalisierung der Dokumentation eine Folge der besonders hohen Anforderungen an die Qualitätssicherung der Patientenversorgung. Zur Realisierung dieser Anforderungen sind in den Krankenhäusern nun wesentlich mehr Daten zu erheben und zu verarbeiten als bisher. So sind beispielsweise Abrechnungsdaten künftig pro Patient fallbezogen zu erstellen. Die zunehmende Einbeziehung wirtschaftlicher Faktoren in die Krankenbehandlung mit der damit verbundenen Forderung nach Kostentransparenz[13] hat schließlich zur Anwendung elektronischer Patientendokumentationssysteme in den Krankenhäusern geführt.

Hinsichtlich der Qualitätssicherung werden in den verschiedenen medizinischen Disziplinen jeweils fachspezifisch festgelegte Datensätze für statistische Vergleiche erhoben. Der gesteigerte Bedarf an medizinischen Dokumentationsdaten[14] - besonders in Krankenhäusern – macht eine EDV-technische Unterstützung inzwischen auch außerhalb der Verwaltungsbereiche erforderlich. Dank digitaler Netzwerke wird eine erfolgreiche ärztliche Zusammenarbeit und eine damit einhergehende Therapiesicherheit ge-

---

[11] In der Zahnarztpraxis seit 1968 eingeführt. Vgl. *Deutsch*, MedR 1998, 206, 207 B I.

[12] Ausführlich zu medizinischen Expertensystemen vgl. *Schmitz*, Nutzung technikgestützter Informationssysteme in Arztpraxen (1990); *Janßen*, Medizinische Expertensysteme und staatliche Regulierung (1997) und *Kardasiadou*, Die Produkthaftung für fehlerhafte medizinische Expertensysteme (1998). Zu technischen Einzelheiten und Entwicklungen sowie zur kritischen Darstellung der existierenden Softwareprogramme instruktiv *Jackson*, Introduction to Expert Systems (1999).

[13] Vgl. LSG Bad.-Württ. MedR 2000, 285.

[14] Fachleute rechnen damit, daß sich alle zwei bis drei Jahre die Zahl der EDV-gestützten Dateien verdoppeln wird. Vgl. *Schmidt-Beck*, NJW 1991, 2335.

währleistet. Die Kommunikation zwischen den verschiedenen medizinischen und administrativen Abteilungen der Krankenhäuser ist inzwischen viel einfacher geworden, da die elektronischen Subsysteme dieser Abteilungen zu sogenannten Krankenhausinformationssystemen vernetzt worden sind.[15] So erhalten z.B. Labor-, Radiologie- und OP-Systeme aktuelle Patientendaten von der zentralen Patientenverwaltung.[16] Die neueren technischen Entwicklungen - bezüglich des Einsatzes digitalisierter Röntgenbilder[17] und Telemedizin[18] - und die seit dem 1.1.2000 geltende Gesundheitsreform[19] beschleunigen die EDV-Einführung in allen medizinischen, d.h. diagnostischen und therapeutischen Bereichen.

B. Das Problem

Die Entwicklung hin zur digitalen Dokumentation scheint eindeutig und irreversibel zu sein. Daher sollten auch juristische Probleme der inzwischen anerkannten und heute zunehmend angewendeten elektronischen Archivierungsmethoden gelöst werden. Die unvermeidliche, das Arzt-Patienten-Verhältnis betreffende EDV-Anwendung im medizinischen Bereich, bringt eine Fülle nachfolgend zu spezifizierender Probleme mit sich, welche die Gesetzgebung offensichtlich noch nicht berücksichtigt hat.[20] Zunächst muß die

---

[15] Vgl. *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts (1999), § 101, Rdnr. 1 und *Rumler-Detzel*, VersR 1994, 254. Vgl. auch *Deutsch*, Medizinrecht (1999), Rdnr. 203.

[16] In den USA hat die verbreitete Vernetzung nicht nur innerhalb, sondern auch außerhalb des Krankenhauses zur Zentralisierung der Patientendaten in einigen Institutionen wie etwa dem Medical Information Bureau (MIB) geführt. Vgl. *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 2.

[17] Zum Einzug der digitalen Bildverarbeitung in die Röntgenologie vgl. FAZ v. 18.11.1997, S. 31.

[18] Vgl. s.a. *Hoppe*, MedR 1998, 462 ff. und *Ulsenheimer/Heinemann,* MedR 1999, 197 ff.

[19] Vgl. BT-Dr.14/1245. Vgl. ferner *Haage*, MedR 2000, 262, 263 ff und *Erb*, DuD 1997, 565f.

[20] Die amerikanische Gesetzgebung ist auch zurückhaltend den neuen technischen Entwicklungen gegenüber, obwohl die Patienten sensibler als in Deutschland hinsichtlich

ärztliche Dokumentationspflicht neu überdacht werden. Eine Untersuchung der Zuverlässigkeit der elektronischen Patientenakte bezüglich ihrer Authentizität[21], Beweisgeeignetheit und jederzeitigen Verfügbarkeit[22] muß vorgenommen werden, damit beurteilt werden kann, ob sie zuzulassen ist. Deshalb muß konkreter darauf eingegangen werden, ob und unter welchen Voraussetzungen eine lediglich elektronische Archivierung rechtlich anerkannt werden soll. Insofern liegt ein Schwerpunkt auf der Frage, welche Schutzmaßnahmen die Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Patientenakte gewährleisten können.

Auch die Aufbewahrungspflicht muß neu überdacht werden. Hierbei stellt sich die Frage, auf welchen Speicherträgern und wie lange die elektronische Dokumentation zu erhalten ist. Darüber hinaus gewinnen die ärztliche Schweigepflicht und das Datenschutzrecht an Bedeutung, solange interne oder externe Dokumentationsstellen die EDV-Anlagen der Praxis oder des Krankenhauses warten und damit potentiell Zugriff zu allen Patientendaten haben. Diese Rechtsfragen haben in den letzten zehn Jahren Anlaß zu einigen juristischen Aufsätzen gegeben.[23] Da es jedoch bisher an einer kritischen Auseinandersetzung mit den oben genannten rechtlichen Problemen und an ihrer fachwissenschaftlichen Vertiefung fehlt, ist es Zielsetzung der vorliegenden Arbeit, diese Forschungslücke zu schließen.

---

der Verwendung ihrer Daten sind. Vgl. hierzu *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 1: „Our laws have not kept pace with today´s information-rich environment."

[21] Zur Definition dieses Wortes vgl. das EDV-Glossar.

[22] Siehe unten § 10 D III, S. 118 ff. d.v.A.

[23] Vgl. insbesondere *Schmidt-Beck*, NJW 1991, 2335-2337; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337-341; alle Aufsätze des 10. Heftes der DuD 1997; *Deutsch*, MedR 1998, 206-208; *Reichow/Hartleb/Schmidt*, MedR 1998, 162-167; *Bäumler*, MedR 1998, 400-405; *v. Ferber*, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 5 (2000), S. 211-226 und *Wienke/Sauerborn,* MedR 2000, 517-519.

C. Abgrenzung der Aufgabe

Die vorliegende Arbeit ist der ärztlichen Dokumentation, insbesondere ihrer elektronischen Form, gewidmet. Man hat zwar schon vor einigen Jahrzehnten den Computer als „Universalheilmittel“ angesehen. Heutzutage ist dieser Mythos zumindest im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung in den Hintergrund getreten. Mittlerweile hat man erkannt, daß sein Einsatz nicht nur zu unerwarteten Lösungen führt, sondern gleichzeitig auch unberechenbare Gefahren mit sich bringt. Ein elektronischer Speicherträger kann so sicher und zugleich so unzuverlässig sein, wie das Papier selbst. Der Grad der Zuverlässigkeit hängt bei beiden Erscheinungsformen nur von den getroffenen Sicherungsmaßnahmen ab. Sowohl die papierorientierte, als auch die elektronische Dokumentation sind unzuverlässig, solange die Sicherheitsvorschriften nicht eingehalten werden.

Demzufolge muß großer Wert auf das Verständnis des Zusammenhangs zwischen ärztlicher Dokumentation und elektronischer Patientenakte gelegt werden. Darauf zielt in erster Linie die vorliegende Arbeit ab. Erst danach sollen praktische Einzelfragen geklärt werden. Wird nämlich die Grenze zwischen den Begriffen genau definiert und ihre jeweilige Rechtsgrundlage festgelegt, fällt auf, inwieweit die elektronische Patientenakte neue juristische Probleme bezüglich der ärztlichen Dokumentations- und Schweigepflicht mit sich bringt. Die Darstellung der ärztlichen Dokumentationspflicht ist bewußt umfangreich gehalten, weil ihr Verständnis als eine *conditio sine qua non* für die Bemühungen um Lösungen der juristischen und praktischen Probleme der elektronischen Patientenakte erscheint. Je besser man die rechtlichen Bestimmungen über die Dokumentationspflicht kennt, desto stärker gewinnt man die Überzeugung, daß diese im Bereich der elektronischen Dokumentation weiterentwickelt und angewandt werden müssen.

D. Aufbau der Darstellung

Die ärztliche Dokumentationspflicht stützt sich nicht nur auf die Rechtsprechung, sondern auch auf mehrere Rechtsnormen. Die Pflicht zur Dokumentation hat dabei keine uneingeschränkte Geltung. Die vorhandenen Rechtsvorschriften müssen teleologisch und restriktiv ausgelegt werden, da ansonsten die Freiheit des ärztlichen Handelns zu stark eingeschränkt würde. Die ärztliche Dokumentation dient in erster Linie der Therapie des Patienten und der Rechenschaftslegung des Arztes gegenüber Patient und Krankenkasse. Diese Erkenntnis hat den Aufbau der vorliegenden Analyse bestimmt. Im Hinblick auf den medizinischen Wert der Krankenunterlagen werden in ihrem ersten Teil nicht nur Umfang und Inhalt der Dokumentationspflicht, sondern auch die Schwere von Dokumentationspflichtverletzungen erörtert. Diese Pflicht-verletzungen haben grundsätzlich beweisrechtliche Folgen. Sie werden je nach Schwere der Dokumentationspflichtverletzung abgestuft und entsprechend differenziert dargestellt. Es ist schließlich darauf einzugehen, daß der Wert der fehlenden medizinischen Unterlagen einerseits und das Gewicht der daraus folgenden beweisrechtlichen Sanktionen andererseits in einem bestimmten Verhältnis zueinander stehen müssen.

Im zweiten Teil wird darauf eingegangen, welche Probleme im Rahmen der Digitalisierung auftauchen. Nach einem kurzen Rückblick auf Geschichte und Gründe, die zur Digitalisierung der Patientenakte geführt haben, wird dann gezeigt, daß sowohl für die elektronische als auch für die konventionelle Dokumentation grundsätzlich die gleichen gesetzlichen Regeln gelten. Für die Gleichbehandlung der elektronischen und der konventionellen Dokumentation ist lediglich eine Voraussetzung erforderlich: ihre Ordnungsmäßigkeit. Ohne die Gewährleistung einer ordnungsgemäßen elektronischen Archivierung müßte der Weg hin zur Digitalisierung der Patientenakte versperrt werden.

Der Verfasser hat sich die Konkretisierung der schon vorhandenen, großzügig ausgestalteten Rechtsnormen des Zivil- und Datenschutzrechts unter Bezugnahme auf internationale Fachliteratur der Medizininformatik zur Aufgabe gemacht. Um dem Verhältnismäßigkeitsgebot gerecht zu werden, muß die Zumutbarkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen auf die jeweilige Größe der medizinischen Einrichtung individuell abgestimmt werden. Es wird auch auf die Frage der Aufbewahrung eingegangen. Dabei wird zuerst nach dem zuverlässigeren Speicherträger gesucht und im Anschluß daran wird versucht, anhand eines Vergleichs verschiedener Rechtsvorschriften über Aufbewahrungsfristen eine Faustregel zu entwickeln. Mit Einführung der digitalen Patientenakte stellt sich der Rechtswissenschaft zugleich die dringliche Aufgabe, ihre Beweiskraft neu zu durchdenken und zu regeln. Eine Erweiterung des zivilprozessualen Begriffs der Urkunde durch Hinzufügung einiger Paragraphen scheint unerläßlich, um den Beweiswert nicht nur der elektronischen Patientenakte sondern aller elektronisch signierten Urkunden zu bestimmen. Die abschließende Aufgabe, der diese Arbeit gerecht zu werden versucht, knüpft an eine Organisationspflicht des Arztes an: seine Verpflichtung zur Wartung der EDV-Anlagen. Dieser Verpflichtung kommt er durch den Einsatz von technischem Fachpersonal nach. Das Arzt-Patienten-Verhältnis nimmt durch die Einbeziehung von EDV-Technikern eine größere Dimension an. Der dadurch entstandene Rechtszustand bringt eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich, die das Persönlichkeits- und Selbstbestim-mungsrecht des Patienten bedroht. Der Verfasser hat angesichts der führenden Rolle der USA in der technischen Kommunikationsentwicklung neben der deutschen auch die amerikanische Fachliteratur herangezogen. Es wird die Entwicklung der heutigen Dogmatik und Technik verfolgt und ein Überblick über Lösungsversuche des Problems gegeben.

E. Methode der Darstellung

I. Die Wechselwirkung zwischen Rechtswissenschaft und Informatik

Um von einer rechtlichen Akzeptanz der vorgeschlagenen Maßnahmen sprechen zu können, muß vermieden werden, die juristischen Normkomplexe einerseits und die Erkenntnisse der Informatik andererseits bloß zusammenhangslos nebeneinander aufzulisten. Beides muß vielmehr in einer bestimmten Wechselwirkung zueinander gesehen werden. Deshalb ist es wichtig, sich zu vergegenwärtigen, daß Medizininformatik und Arztrecht keine konkurrierenden, sondern vielmehr zusammenhängende Wissenschaften sind, soweit sie einem gemeinsamen Zweck dienen: dem Wohl der Gesundheit des Patienten [24]. Aus dem Arztrecht herzuleitende Grundsätze, wie z.B. derjenige des *salus aegroti suprema lex*, dringen nicht nur in die Medizin, sondern auch in die Medizininformatik ein.[25] Insofern gibt es die oben unterstellte Wechselwirkung zwischen Rechtswissenschaft und Informatik. Es kommt aber häufig vor, daß beide Wissenschaften nur eine Lösung anbieten. Dann gibt es zwei Alternativen:

1. Die kumulative Anwendung der Axiome beider Wissenschaften

Diese Methode wird hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit und Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Archivierung angewandt. Die elektronische Patientenakte kann nur dann zulässig sein, wenn die Informationstechnik ein gewisses Sicherheitsniveau gewährleisten kann. Eine Synthese aus den Erkenntnissen der Rechtswissenschaft (bzw. des Computerrechts) und der Informatik (bzw. Informationssicherheit) kann als

---

[24] Herleitung aus dem griechischen Wort „θεραπεία“, was ursprünglich Dienst und Wartung bedeutete. Vgl. *Wahrig,* Deutsches Wörterbuch (2000).

[25] Zur Durchdringung der Rechtswissenschaft durch die Informatik und zum Schutz des Bürgers vor der EDV in der amerikanischen, deutschen und griechischen Rechtsordnung vgl. *Gerontas* (1991), S. 64-91 und passim.

Basis dienen, damit bestimmt werden kann, wie die in diesem Zusammenhang dem Patienten gegenüber obliegenden Pflichten erfüllt werden können, so daß der für die Zulässigkeit vorausgesetzte Begriff der „Ordnungsmäßigkeit“ erfüllt werden kann. Diese Synthese spiegelt sich auch in dem neuerdings vorgeschlagenen § 416 a ZPO wider, in dem eine Gleichstellung der elektronischen Dokumente mit privaten Urkunden unter Einhaltung der technischen Standards anvisiert wird.

2. Die alternative Anwendung der Erkenntnisse beider Wissenschaften

Eine kumulative Anwendung der technischen und rechtlichen Lösungen wäre nicht in allen Fallkonstellationen vorteilhaft, so z.B. nicht bei der Wartung von EDV-Anlagen. In diesem Fall wäre von einer kumulativen Anwendung der technischen (z.B. Anonymisierung) und der rechtlichen Lösungen (z.B. Einwilligung des Patienten) abzuraten. Werden die Patientendaten anonymisiert, erübrigt sich jedoch das Erfordernis einer Einwilligung seitens des Patienten. Dann decken sich die aus Informatik und Rechtswissenschaft herzuleitenden Methoden, so daß die Auswahl einer Lösung die andere zwingend ausschließt.

II. Die Heranziehung der Rechtsprechung und der Fachliteratur

Arztrecht ist Richterrecht. Deshalb wird die richterliche Spruchpraxis im ersten Kapitel der Arbeit als die wesentliche Grundlage zur Beantwortung der umstrittenen Fragen herangezogen. Neuere Rechtsprechungsfälle über die Dokumentationspflichtverletzung werden besonders berücksichtigt. Dies kann aber im zweiten Kapitel der Abhandlung nicht fortgesetzt werden, da sich die richterliche Spruchpraxis bedauerlicherweise mit den Problemen der elektronischen Patientenakte bislang kaum befaßt hat. Nur einzelne Urteile setzten sich mit allgemeinen Fragen des Computerrechts auseinander, die jedoch für die in dieser Untersuchung aufgeworfenen Fragen nicht besonders relevant

sind. Auf der Suche nach Lösungen der im Rahmen der elektronischen Archivierung auftretenden Probleme haben die aus der deutschen und amerikanischen Fachliteratur entnommenen Erkenntnisse und Axiome der Informatik vieles beigetragen.[26]

[26] *Kersten*, Sicherheit in der Informationstechnik (1995); *Hammer*, Sicherungsinfrastrukturen (1995); *Köhler*, Medizinische Dokumentation und Information. Handbuch für Klinik und Praxis (1997) und ganzes Heft 21 von DuD 1997. Ferner *Försström/Rigby*, IJMedInf 1999, 171-175; *Leiner/Gaus/Haux*, Medizinische Dokumentation (1999); *Computer Science and Telecommunications Board of National Research Council*, For the Record (2000); *Dennis*, Privacy and Confidentiality of Health Information (2000).

§ 2. Erfordernis der Begriffsbestimmung

Begriffe als elementare Bestandteile rationaler Erkenntnis spiegeln auf logisch-abstrakte Weise bestimmte Gruppen von Gegenständen in ihren charakteristischen Merkmalen wider. Die Formung und Festlegung von Begriffen durch Abstraktion, Definition und Explikation bereits bestehender Begriffe ist im Regelfall bei jeder wissenschaftlichen Arbeit erforderlich. Diese Praxis führt zur Kategorisierung von Gegenständen innerhalb eines Erkenntniszusammenhangs und ermöglicht durch entsprechende Zuordnung von Bezeichnungen die Bildung einer Systematik im Sinne von Gattungs- und Artbegriffen.[27] Durch eine adäquate Begriffsbestimmung wird ein Höchstmaß nicht nur an Übersichtlichkeit, sondern auch an Rechtssicherheit gewonnen, weil im Rahmen eines solchen Systems, wäre es je „vollständig", auf jede Rechtsfrage eine Antwort allein im Wege einer logischen Gedankenoperation gegeben werden könnte.[28]

Je größer die Abstraktionshöhe der benutzten Begriffe, desto flexibler ist die wissenschaftliche Arbeit oder das Gesetz, das sich auf sie bezieht. Insofern trägt zu Recht § 10 der Musterberufsordnung für Ärzte den Titel „Dokumentationspflicht", weil dieser Terminus sprachlich abstrakt genug ist, um sowohl die konventionelle als auch die elektronische Dokumentation zu umfassen. Gleiche Gedanken stehen wahrscheinlich im Hintergrund der „höchstrichterlichen Rechtsprechung", die regelmäßig von einer ärztlichen

---

[27] *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1991), S. 437 ff., in der er über eine Abgrenzung zwischen „höheren" und „niederen" Begriffen spricht, die der Abgrenzung zwischen Gattungs- und Artbegriffen ähnelt. Vgl. auch *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 17.

[28] *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1995), S. 264-265.

Dokumentationspflicht spricht.[29] Die Auswahl eines solchen abstrakten Begriffes, der durch Flexibilität geprägt wird, hat die unveränderte Anwendung der für die ärztliche Dokumentation geltenden Leitlinien auf die elektronische Dokumentation ermöglicht. Wegen ihres hohen Abstraktionsgrades und demzufolge ihrer Flexibilität wurde die „ärztliche Dokumentationspflicht“ auch als Titel dieser Dissertation übernommen.

Drei zentrale Begriffe sind für unsere Untersuchung konstitutiv: der „höchste“[30] Begriff ist die „ärztliche Dokumentation“, unter den die anderen zwei Begriffe, „konventionelle“ und „elektronische Dokumentation“, subsumiert werden können. Diese Hierarchie zwischen den drei Begriffen ermöglicht durch entsprechende Zuordnung von Bezeichnungen die Bildung einer Systematik im Sinne von Gattungs- und Artbegriffen.

A. Der Gattungsbegriff

I. Wortwahl: „ärztliche Dokumentation“

Die „ärztliche Dokumentation“ wird in der Literatur unterschiedlich terminologisiert: “Krankenblätter”, “Behandlungsunterlagen”, “Krankenunterlagen”, “Untersuchungsunterlagen”, “Untersuchungsbefunde”, “Befundmaterial”, “Aufzeichnungen” “Befunddokumentation”, “Krankenkartei”, “Krankengeschichte”, „Patientenakte“.[31] Diese Termini sind dem Gesetzgeber

---

[29] BGHZ 72, 132 ff = NJW 1978, 2337ff (Dokumentationsurteil); BGH VersR 1983, 983 ff; BGHZ 99, 391 = NJW 1987, 1482 =MedR 1987, 238 = VersR 1987, 1089 (Lungenbefund); BGH NJW 1993, 2375 = VersR 1993, 836, 837 (Routinekontrolle auf Sudeck); BGH NJW 1999, 860-862 = MDR 1999, 36-37 = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 181 (unterlassene Überprüfung des Kreatininwertes).

[30] „Höchster“ Begriff ist derjenige, unter den die meisten anderen subsumiert werden können. Vgl. *Larenz/Canaris* (1995), S. 264, 266.

[31] Ein Blick auf die Titeln der Bücher und Aufsätze, die im Literaturhinweis zur Beschreibung der ärztlichen Dokumentation benutzt werden, zeigt die Vielfalt von

nicht unbekannt, weshalb sie in verschiedenen gesetzlichen Regelungen angesprochen werden.[32] Nur die Rechtsprechung benutzt regelmäßig den Begriff „ärztliche Dokumentation“. Die einwandfreie Akzeptanz dieses Begriffes aus der Rechtsprechung ist darin begründet, daß in der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes, auf deren Grundlage die Dokumentationspflicht als ärztliche Pflicht dem Patienten gegenüber angenommen wurde,[33] meistens die Rede von einer „ärztlichen Dokumentation“ war. Die ärztliche Dokumentation wird als Gattungsbegriff erachtet.[34] Darüber hinaus ist diese Entscheidung als „*Dokumentation*s-Urteil“ und nicht als „Aufzeichnungs-„ oder „Krankenunterlagen-Urteil“ bekannt, was den Vorzug der „ärztlichen Dokumentation“ als Gattungsbegriff beweist. Doch *Lenkaitis*[35] ist anscheinend anderer Meinung und betrachtet die „Krankenunterlagen“ als Gattungsbegriff. Für seine Abweichung gibt es allerdings eine Begründung. Das Dokumentations-Urteil[36], durch das die „ärztliche Dokumentation“ als indirekter Gattungsbegriff anerkannt wurde, ist kurz vor seiner Dissertation veröffentlicht worden, weshalb die Meinung des Bundesgerichtshofes von ihm unberücksichtigt geblieben war. Gegen die Meinung von *Lenkaitis* und für die Bestätigung unserer terminologischen

---

Begriffen. Vgl. für alle diese Bezeichnungen *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S. 27, Fn. 1.

[32] So sind beispielsweise in § 97 StPO die Begriffe „Aufzeichnungen“ (§ 97 Abs. 1, Nr. 2 StPO) und „Untersuchungsbefunde“(§ 97 Abs. 1, Nr. 3 StPO) belegt. Im SGB V (§ 284 ff.) ist die Rede von „Daten“ (insbesondere „Sozialdaten“). In der letzten Musterberufsordnung (§ 10 MBO-Ä 1997) wird der Begriff „Aufzeichnungen“ ständig benutzt.

[33] BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337 (Dokumentationsurteil).

[34] Die „ärztliche Dokumentation“ erscheint in diesem Urteil als Begriff nie im Plural, da der Arzt nur eine und nicht mehrere ärztliche Dokumentationen vornehmen kann. Dadurch wird auch bewiesen, daß die „ärztliche Dokumentation“ als Gattungsbegriff anerkannt wird.

[35] *Lenkaitis,* Krankenunterlagen (1979)*,* S. 19-23.

[36] BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337 (Dokumentationsurteil).

Konvention spricht auch § 10 der letzten Musterberufsordnung (MBO), in welcher der Begriff „Dokumentation“ als Oberbegriff verwendet wird.[37]

Der begrifflichen Festlegung seitens der Rechtsprechung und der Musterberufsordnungen ist zuzustimmen. Als Gattungsbegriff, der alle Aufzeichnungen beinhaltet und unter den sowohl „konventionelle“ und „elektronische Dokumentation“ subsumiert werden kann, ist unumstritten nur die „ärztliche Dokumentation“ anzuerkennen.[38]

II. Begriffsinhalt

Als Gattungsbegriff darf nur eine umfassende und extensive Definition verwendet werden. Insofern ist der Definition von *Opderbecke/Weißauer* zuzustimmen: „Dokumentation ist das Aufzeichnen sowie das Sammeln und Ordnen von Daten und Fakten mit dem Ziel, bestimmte Geschehensabläufe festzuhalten. Dieser Geschehensablauf ist bei der ärztlichen Dokumentation des Krankheits- und Behandlungsverlaufs auf die Phasen bezogen, in denen ein bestimmter Arzt oder eine bestimmte Institution für die Beobachtung und Behandlung des einzelnen Patienten verantwortlich ist”.[39] Nach *Schmidt-Beck*[40] gibt die ärztliche Dokumentation alle Daten wieder, die der Arzt und sein Hilfspersonal zur Erfüllung der ärztlichen Aufgabenstellung im Wege der Übermittlung durch den Patienten oder durch eigene Erhebung gewonnen

---

[37] Dies geht aus dem Titel („Dokumentationspflicht“) und dem ersten Absatz („ordnungsgemäße Dokumentation“) dieses Paragraphen hervor. Der Begriff „Aufzeichnungen“ wird in allen Absätzen des gleichen Paragraphen benutzt, um die Unterbegriffe zu bezeichnen.

[38] Anders *Hohloch*, NJW 1982, 2577, 2579, der davon ausging, der Begriff „Dokumentation“ täusche begriffliche, sachliche und rechtliche Klarheit vor.

[39] *Opderbecke/Weißauer*, MedR 1984, 211. Diesen engen Zusammenhang zwischen Krankenunterlagen und Behandlung hat auch schon vor langer Zeit *Jäckel* in seiner eigenen Definition über die Krankenunterlagen betont; vgl. *Jäckel*, Rechtsnatur der Krankenunterlagen (1971), S.163, 164.

[40] *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S. 26

haben. Beide Definitionen lassen das Element des Aufbewahrens der Dokumentation außer Acht.[41] Die Definition von *Nüßgens* ist im Vergleich damit vollständiger, weil er *das Element des Aufbewahrens* berücksichtigt.[42] „Dokumentationspflicht ist die Pflicht, alle für die Behandlung wichtigen Umstände aufzuzeichnen und sie ebenso wie sonstige Krankenunterlagen *aufzubewahren*".[43] Diese Definition ist nach Ansicht des Verfassers ideal, weil sie *allgemein* und *abstrakt genug ist,* um den *variablen Begriff* der ärztlichen Dokumentation zu beschreiben und den unaufhaltsamen medizinischen und technischen Fortschritt einzuschließen.

Unter Dokumentation soll nicht nur ein Schriftstück oder eine Urkunde, sondern ganz allgemein jede Aufzeichnung verstanden werden, die zur Therapiesicherheit führt.[44] Die ärztliche Dokumentation umfaßt daher alle im Rahmen der Behandlung des Patienten durch den Arzt oder durch das nichtärztliche Personal angefertigten Aufzeichnungen, unabhängig davon ob der Arzt die Dokumentation seines Patienten in einem Papierarchiv aufbewahrt oder in einem Computer speichert**.** Zur ärztlichen Dokumentation zählen sowohl die konventionelle als auch die elektronische Dokumentation. Hinzu kommen weitere Aufzeichnungen technischer Art sowie alle Gegenstände, die anläßlich der Behandlung „Teil" der Dokumentation wurden.[45] Die einzelnen Aufzeichnungen werden im zweiten, sich mit der elektronischen Patientenakte befassenden Teil dieser Arbeit ausgeführt.

---

[41] Siehe unten § 11, S. 118 d.v.A.

[42] *Nüßgens,* RGRK (1989), § 823 Anh. II, Rdnr. 261; vgl. *Baumgärtel*, FS Bruns (1980), S. 93, 99.

[43] Zu den drei Gruppen von Unterlagen, aus denen die Dokumentation besteht, vgl. *Opderbecke/ Weißauer*, MedR 1984, 211, 212.

[44] Vgl. *Bender* betont den beweisrechtlichen Charakter der Dokumentation; *Bender*, VersR 1997, 918.

B. Die Artbegriffe

Die Artbegriffe stellen eine niedrigere Abstraktionsstufe als der Gattungsbegriff „ärztliche Dokumentation“ dar. Sie zeichnen sich durch einen engeren Anwendungsbereich als der Gattungsbegriff aus, sind aber durch das unterscheidende Merkmal der Speicherform gekennzeichnet: die konventionelle Dokumentation erfolgt auf Papier, während die elektronische Dokumentation auf einem elektronischem Datenträger festgehalten wird. Im Gegensatz dazu ist der Gattungsbegriff unabhängig von diesen Merkmalen und deshalb von seinem Umfang her geeignet, alle dokumentarischen Varianten und gestalterischen Ausprägungen der ärztlichen Erkenntnisquellen zu erfassen.

I. „Konventionelle Dokumentation“

„Konventionell“ heißt „gebräuchlich, dem Herkommen gemäß“.[46] In Anlehnung an diese Begriffsbestimmung ist unter „konventionelle Dokumentation“ die gebräuchliche, uns überlieferte Dokumentation zu verstehen. Diese ist grundsätzlich die papierene Dokumentation. Das Wort „ärztliche Dokumentation“ erinnert uns heutzutage überwiegend an Karteiakten und papierene Akten, weil diese Gestalt der Dokumentation uns überliefert ist. Stößt der Leser auf den Begriff „konventionelle Dokumentation“, soll er darunter alle auf Papier oder papierähnlichen Stoffen (wie z.B. Karton) erfaßten Krankenunterlagen verstehen. Dieser Definition zufolge ist es einleuchtend, warum die „konventionelle Dokumentation“ einen Gattungsbegriff darstellt, denn sie ist von einer niedrigeren Abstraktionshöhe als der Begriff „ärztliche Dokumentation“.

---

[45] So *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 19; *Bender*, VersR 1997, 918; *Wasserburg* NJW 1980, 617, 619.

[46] *Wahrig,* Deutsches Wörterbuch (2000).

Als schillernder, abstrakterer Begriff ist die ärztliche Dokumentation ein oberer Gattungsbegriff. Für ihn gilt das logische Gesetz, daß der „höchste“ Begriff derjenige ist, unter den (durch Hinzufügung weiterer unterscheidender Merkmale) die meisten anderen subsumiert werden können, da er den weitesten Umfang oder Anwendungsbereich besitzt.[47] Dementsprechend können unter dem Begriff „ärztliche Dokumentation“ sowohl konventionelle als auch elektronische Dokumentationsvarianten subsumiert werden. Die „konventionelle“, papierene Dokumentation als niederer, doch zugleich inhaltsreicher Gattungsbegriff[48] weist ein signifikantes Differenzierungsmerkmal im Vergleich zur „ärztlichen Dokumentation“ auf: sie ist immer auf Papier aufgezeichnet.

II. „Elektronische Dokumentation“

Wie oben bereits aufgeführt, ist die papierene Dokumentation als „konventionell“ und „herkömmlich“ zu kennzeichnen, weil sie uns überliefert wurde. Im Gegensatz dazu ist die elektronische Patientenakte als „nicht konventionelle“ Dokumentation zu charakterisieren, weil sie uns nicht von unseren Vätern überliefert wurde, sondern erst seit einigen Jahrzehnten existiert[49]. Die elektronische Dokumentation ist auch ein Artbegriff, der zur ärztlichen Dokumentation gehört. Ihr Begriffsinhalt kann je nach Fallkonstellation kleiner, größer oder genauso groß wie bei der elektronischen Dokumentation sein. So werden z.B. in einigen Krankenhäusern Pflegedaten nur in digitaler und nicht in konventioneller Form erfaßt. Die Analyse dieses zweiten Artbegriffes wird im zweiten Teil dieser Dissertation unter dem Titel

---

[47] *Larenz/Canaris,* Methodenlehre (1995), S. 266.

[48] Vgl. *Larenz/Canaris,* Methodenlehre (1995), S. 266.

[49] Nach *Hermeler* ist die elektronische Dokumentation bisher noch weitgehend eine Zukunftsvision; *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 9.

„elektronische Patientenakte“ vorgenommen. In diesem Teil werden auch die ärztlichen *persönlichen, technischen und elektronischen Aufzeichnungen* untersucht, die zur Patientenakte gehören.[50]

C. Fazit

Die Begriffsbildung ist eine *conditio sine qua non* für jede wissenschaftliche Arbeit. Falls man die Begriffe eines Themas nicht hinreichend klar und umfassend definiert, kann die Untersuchung möglicherweise zum falschen Ergebnis führen. Deshalb wurde schon erläutert, was ärztliche und konventionelle Dokumentation heißt und in welchem Rang untereinander und in welcher Beziehung sie miteinander stehen (Gattungs- und Artbegriff). Der Artbegriff der „elektronischen Patientenakte“ wird aus textstrukturellen Gründen im zweiten Teil dieser Arbeit behandelt. In den anschließenden Abschnitten wird die Problematik aktueller Themen erörtert, die an den Gattungsbegriff dieser Dissertation anknüpfen.

[50] *Lenkaitis* geht davon aus, daß es noch einen weiteren Artbegriff gibt: die „sonstigen Gegenstände“; *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 22. Diese Fallgruppe gehört nicht zur ärztlichen oder elektronischen Dokumentation, sondern zur Befunderhebungspflicht, die als selbständige Pflicht angenommen wird. In der Tat fällt der Begriffsumfang der „sonstigen Gegenstände“ mit dem des Gattungsbegriffs „Befunderhebung“ zusammen. Vgl. auch *Frahm/Nixdorf,* Arzthaftungsrecht (1996), S. 87-90, Rdnrn. 120-123, die auch die „Verstöße gegen Befunderhebungs- und Befundsicherungspflichten“ als eigene, von Dokumentationsversäumnissen unabhängige Kategorie aufführen.

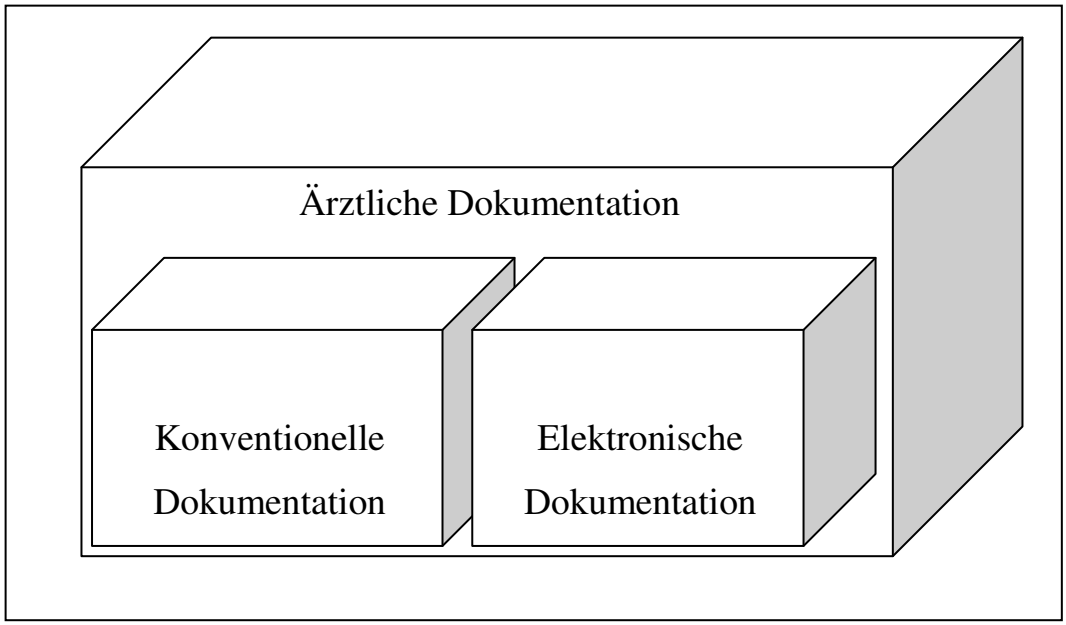


Abbildung 1: *Die Grundbegriffe der Dissertation*

Erstes Kapitel

Die ärztliche Dokumentationspflicht

§ 3. Die Rechtsgrundlagen der ärztlichen Dokumentation

Die ärztliche Dokumentation beinhaltet immer die gleiche Pflicht, nur ihre Gestalt hat sich im Laufe der Zeit verändert. Deshalb sind die Rechtsgrundlagen der ärztlichen Dokumentationspflicht dieselben, auch wenn die Dokumentation mittels einer EDV-Anlage erfolgt. Nachfolgend werden die Rechtsgrundlagen der ärztlichen Dokumentationspflicht aufgeführt.

Wenn man sich auf eine bestimmte Weise verhalten soll, dann spricht man von einer Pflicht. Der Arzt hat während der Behandlung seines Patienten besondere Pflichten. Sein Verhalten ist nicht völlig frei und unkontrollierbar. Er muß eine Diagnose und Therapie für die Krankheit bestimmen und dem Patienten das Risiko der ausgewählten Therapie erklären. Dementsprechend ist die Rede von einer ärztlichen Verpflichtung zur Diagnose, Therapie und Aufklärung.

Daran schließen sich eine Reihe weiterer Fragen an, etwa danach, ob überhaupt eine Pflicht zur Dokumentation besteht. Wird eine solche Pflicht bejaht, lautet dann die nächste Frage, welches ihre Quelle ist - das Gesetz, das Standesrecht oder der Arztvertrag? Wird das Verhalten des Arztes durch die in der ärztlichen Dokumentation verankerten Rechtsnormen eingeschränkt?

A. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die Dokumentationspflicht wird ebenso wie das Recht auf Einsicht des Patienten in die Krankenunterlagen zugleich unter dem Aspekt des *Persönlichkeitsrechts* gesehen.[51] Der dem Gesundheitsschutz dienende

[51] Siehe *Bittner*, Die virtuelle Patientenakte (2001), S. 25 und *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 23-24. Vgl. ferner *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht (1999), Rdnr. 456; *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 59, Rdnr. 1; BGHZ 85, 327, 332 = NJW 1983, 328, 329.

Charakter[52] der Dokumentation führt auch dazu, daß ihr Mangel gegen den Persönlichkeitsschutz verstößt, weil der Patient möglicherweise erneut die gleichen medizinischen, insbesondere diagnostischen Maßnahmen durch den nachbehandelnden Arzt erdulden muß (beispielsweise Maßnahmen, die ihm mit einer Überstrahlung belasten können; darin liegt ein Verstoß gegen die körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG). Für ein so wichtiges Rechtsgut wie das menschliche Leben muß zudem die Dokumentation angefertigt und aufbewahrt werden, damit der Patient zu jedem Zeitpunkt über seinen Zustand informiert werden kann. Anderenfalls würde der Patient lediglich als Objekt behandelt, und sein Persönlichkeitsrecht dadurch verletzt (Verstoß gegen die Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG).[53] Damit findet die Dokumentationspflicht verfassungsrechtlich ihre wesentliche Grundlage in diesem fundamentalen Rechtsprinzip des Persönlichkeitsschutzes.[54]

B. Zivilrechtliche Grundlagen

Die erste eindeutige *Anerkennung* wurde der ärztlichen Dokumentationspflicht nicht durch den Gesetzgeber, sondern *durch die Rechtsprechung* zuteil. So hat der Bundesgerichtshof diese Pflicht zum ersten Mal im Urteil vom 27.6.1978 angenommen. Danach ergebe sich die Dokumentationspflicht *aus dem Behandlungsvertrag als selbständige Nebenpflicht.*[55] Teilweise wird die Doku-

---

[52] Vgl. unten § 4 A I 1, S. 31 ff. d.v.A.

[53] Vgl. s.a. BGHZ 99, 391, 397 = NJW 1987, 1482 ff. = MedR 1987, 238 ff. = VersR 1987, 1089 ff. (fehlendes Lungenbefund) und die instruktive Anm. *Giesen* in MedR 1988, 238 f.

[54] Vgl. *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht (1999), Rdnr. 456 m. w. V. auf die BGH - Rechtsprechung und *Kaufmann*, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß (1984), S. 79.

[55] BGHZ 72, 132 ff. = NJW 1978, 2337 ff. (Dokumentationsurteil). Vgl. auch BGHZ 85, 328, 331 = NJW 1983, 328. Von dieser materiellrechtlichen Dokumentationsverpflichtung ist die prozessuale Pflicht des Arztes zur Vorlage der Dokumentation im Rahmen einer

mentationspflicht auch als Teil der ärztlichen Behandlungspflicht angesehen,[56] weil sie sich aus der selbstverständlichen ärztlichen Therapiepflicht ergebe.[57] Die Literatur hat sich der Ansicht des BGH weitgehend angeschlossen.[58] Seither ist die Führung ordnungsgemäßer Krankenunterlagen eine seitens des Arztes gegenüber dem Patienten verbindliche Vertragspflicht; Drittinteressen bestimmen deshalb ihren Umfang grundsätzlich nicht.[59] Der gegenwärtige Schutzbereich dieser Pflicht wird durch die Dokumentationszwecke bestimmt und eingeschränkt.[60]

Es kann ferner dazu festgestellt werden, daß sich die Dokumentationspflicht als solche aus einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB ergibt.[61]

Beweisaufnahme zu unterscheiden. Einige *Verfasser (Kaufmann*) behaupten, daß die ärztliche Dokumentationspflicht sich aus dem *prozessualen* Recht ergebe. Vgl. *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 98 f. und *Kaufmann,* Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß (1984), S. 69 und 75-76. Nach Ansicht des Verfassers ist eine solche Behauptung zurückzuweisen. Eine prozessuale Begründung der *materiellen* Dokumentationspflicht ist nicht möglich. So auch *Schmidt-Beck,* Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S. 45-46.

[56] Vgl. BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil). In der Tat ist eine ordnungsgemäße arbeitsteilige Therapie ohne sorgfältige Dokumentation nicht möglich. Zweifelnd *Bockelmann* FS Jescheck (1985), S.163, 702.

[57] BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil); so auch *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S.15; *Franzki*, Der Arzthaftungsprozeß (1984), S.37; *Wasserburg* NJW 1980, 617, 618; *Baumgärtel*, Handbuch (1991), Bd. I, § 823 Anh. C II, Rdnr. 56.

[58] *Baumgärtel,* FS Bruns (1980), S. 93; *Deutsch,* Medizinrecht (1999), Rdnr. 354. Hiervon ist die prozessuale Pflicht zur Vorlage der Dokumentation im Rahmen einer Beweisaufnahme zu unterscheiden. So auch die griechische Literatur, deren Meinung zufolge die ärztliche Dokumentationspflicht sich als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag gemäß §§ 330 Abs. 2 und 288 grZGB (§§ 276 Abs. 2 und 242 BGB entsprechend) ergibt. Vgl. auch *Politis,* Arzthaftung (1996), S. 65-66.

[59] Vgl. für die Dokumentationspflicht als Vertragspflicht BGHZ 85, 327 = NJW 1983, 328; *Hohloch* NJW 1982, 2577; *Wasserburg* NJW 1980, 617, 618. Deren Einschränkung wegen ihres vertraglichen Wurzel verkennt *Schmidt-Beck* in Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S.77.

[60] Vgl. unten § 4 A I, S. 31 ff. d.v.A.

[61] So auch *Bender*, Das postmortale Einsichtsrecht (1998), S. 52.

Hiergegen kann nicht eingewendet werden, bei dieser Ableitung handele sich um eine unzulässige Fiktion,[62] denn das Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung dient der Lückenausfüllung auf der Basis des hypothetischen Parteiwillens.

C. Berufsrechtliche Grundlagen

Für die Annahme einer ärztlichen Dokumentationspflicht hat bei der Entscheidung des Bundesgerichtshofes eine große Rolle gespielt, daß die Dokumentation bereits eine *Standespflicht* darstellt.[63] Dieser standesrechtliche[64] Charakter wird auch von den aktuellen Berufsordnungen berücksichtigt: „Sie (nämlich die erforderliche Aufzeichnungen) sind nicht nur Gedächtnisstützen, sie dienen auch dem Interesse der Patientinnen und Patienten“ (§10 Abs.1 MBO).[65] Ebenso in den Bundesmantelverträgen: „Der Kassenarzt hat über den Befund und die Behandlungsmaßnahmen die erforderliche Aufzeichnungen zu machen“ (§5 Abs.1 BMV-Ä). „Der Kassenarzt ist verpflichtet, über jeden behandelten Kranken Aufzeichnungen zu machen, aus denen die einzelnen Leistungen, die behandelten Zähne und, soweit erforderlich, die Diagnose sowie die Behandlungsdaten ersichtlich sein müssen“ (§5 Abs.1 BMV-Z).

Ein Anspruch des Patienten auf die Befolgung dieser Vorschriften durch den jeweiligen Arzt *besteht nicht*, da feststeht, daß es sich bei der Berufsordnung und den Bundesmantelverträgen um bloße verbandliche Interna handelt; für

---

[62] So aber *Bockelmann*, FS Jescheck (1985), S. 693, 703, Fn. 37.

[63] „Daß eine *Pflicht* des Arztes zu angemessener Dokumentation besteht, ist inzwischen in den ärztlichen Berufsordnungen allgemein anerkannt“, BGHZ 72, 132, 137 = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil). Vgl. auch *Broglie* in *Ehlers/Broglie*, Praxis (1994), S.195 und *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 23-24.

[64] Vgl. für den Unterschied zwischen Standesethik und Standesrecht *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 37-53, besonders S. 37 und 45.

[65] Musterberufsordnungen für Ärzte i.d.F. von 1997.

den Patienten können sich lediglich Rechtsreflexe ergeben.[66] Dieser Annahme liegt die Erkenntnis zugrunde, daß sich die Rechtsnatur von der Dokumentationspflicht unterscheidet, je nachdem, ob sie eine vertragliche oder standesrechtliche Pflicht darstellt. Das Vertragsrecht als bürgerliches Recht und das Standesrecht als verbandsinternes öffentliches Recht gehören zwei verschiedenen Rechtskreisen an, die grundsätzlich unverbunden nebeneinander stehen.[67] Den Unterschied zwischen zweierlei Rechtsgrundlagen unterstreicht auch *Baumgärtel*.[68] Demnach beruht die Dokumentationspflicht auf dem Standesrecht, wenn die vertragliche Arzthaftung nicht greift.

D. Gesundheitsrechtliche Grundlagen

Es gibt noch andere Rechtsgrundlagen der Dokumentationspflicht, die nicht in dem Dokumentationsurteil[69] erwähnt, doch von der Literatur[70] berücksichtigt werden. Die Dokumentation wird von vielen gesundheitsrechtlichen Vorschriften abgeleitet. Sie ergibt sich z.B. aus § 66 Abs. 1 S. 1 der Strahlenschutzverordnung vom 30.06.1989,[71] § 28 Abs. 2 der Röntgen-verordnung vom 08.01.1987,[72] § 10 Abs. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 23.07.1953,[73] § 19 Arbeitsstoff-Verordnung, § 37

---

[66] Vgl. *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S. 34-36, der zu diesem Thema weitere Argumentationen präsentiert.

[67] *Lenkaitis,* Krankenunterlagen (1979), S. 108.

[68] *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnr. 498.

[69] So der BGHZ 72, 132-137 = BGH NJW 1978, 2337-2339 (Dokumentationsurteil)

[70] Statt anderer *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 59, Rdnr. 3.

[71] „Die Ergebnisse der Messungen und Ermittlungen nach den §§ 62 und 63 sind aufzuzeichnen".

[72] „Über jede Anwendung von Röntgenstrahlen sind Aufzeichnungen anzufertigen".

[73] „Jeder Arzt … muß über diese Behandlung genaue Aufzeichnungen machen". Vgl. auch § 13 Abs. 2 des griechischen Gesetzes „Über den Schutz vor Geschlechtskrankheiten und die Regelung zusammenhängender Themen" N. 1193/1981.

Abs.3 Jugendarbeitsschutzgesetzes und aus zahlreichen Kammergesetzen der Länder, wie z.B. § 30 Abs. 2 des Baden-Württembergischen Kammergesetzes.[74] Der Kassenarzt ist außerdem zur Aufzeichnung für die Leistungsabrechnung aus § 295 Abs. 1 SGB V, dem Heilberufsgesetz, § 47 Abs. 1 BMVÄ, § 11 Abs. 12 AEKV und der Gebührenordnung EBM verpflichtet.[75]

[74] In der Fassung vom 31.5.1976, GBl. S. 473, geändert durch Gesetz vom 4.7.1983, Gbl. 265. Vgl. m.w.N. ausführlich *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 59, Rdnr. 3, Fn. 8 m.w.N.

[75] *Broglie* in *Ehlers/Broglie,* Praxis(1994), S.195.

§ 4. Teleologische Auslegung der betreffenden Rechtsnormen

Aus dem vorherigen Kapitel ergibt sich zweifellos eine Verpflichtung zur Dokumentation. Wie weit aber diese Verpflichtung geht, ist nicht so eindeutig. Deswegen wird diese Dokumentationspflicht heutzutage weit gefaßt, was die Freiheit ärztlichen Handelns einschränkt. Insofern ist die Befürchtung von *Laufs*[76] nachvollziehbar, daß „die im Dienste des Patientenwohls stehende Freiheit ärztlichen Handelns weiter an Terrain verlieren wird".

Eine Eingrenzung dieser Verpflichtung wäre nach der Dokumentationspflicht zugrunde liegenden Regelungsabsicht vom Gesetzgeber erwartet worden, weswegen von einer „Lücke"[77] des Gesetzes die Rede ist. Die getroffene Regelung geht zu weit, weil der Arzt auch zur überflüssigen Dokumentation verpflichtet werden kann. Die übertrieben umfassende Dokumentation führt potentiell zur Überlastung der ärztlichen Tätigkeit mit Büroarbeit führt und langfristig zu Lasten der Behandlung des Patienten gehen kann. Demzufolge muß man von einer „verdeckten"[78] Lücke ausgehen, was die Frage des Umfangs der Dokumentation angeht. Die Anwort zu dieser Frage muß der Richter ad hoc geben. Er selbst aber darf nicht willkürlich die Rechtsnormen weit oder eng anwenden, sondern er muß nach dem hinter der Regelung

---

[76] Vgl. den Kommentar von *Laufs* über die Gesundheitsreform 2000. *Laufs*, NJW 1999, 2717, 2719.

[77] Zu dem Begriff der „Lücke" vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (1995), S. 194 und *Brox* AT BGB (2000), Rdnr. 63.

[78] Zur „offenen" und „verdeckten" Regelungslücke vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (1995) S. 197-200 und *Brox,* AT BGB (2000), Rdnr. 67.

stehenden Zweck (altgr. „Telos“) suchen.[79] Gemäß dieser Suche ist er befugt und verpflichtet, die gesetzliche Pflicht zur Dokumentation im Geiste des Gesetzes einzuschränken (teleologische Reduktion). Das folgende Kapitel bietet dem Richter eine Richtschnur für die Suche nach der *ratio legis*.

A. Zielorientierung der Dokumentation

Um Sinn und Zweck der Rechtsnormen zu entdecken, ist eine Abgrenzung zwischen den Begriffen „Zweck“ und „Funktion“ notwendig,. Unter Zweck ist zu verstehen, was der Arzt mit der Anfertigung der Dokumentation beabsichtigt. Der Zweck entspricht ärztlicher Pflicht und muß bei Erhebung der Dokumentation obligatorisch vom Arzt berücksichtigt werden. Nach Ansicht des Verfassers stellen nur die Therapiesicherung und die Rechenschaftslegung Dokumentationszwecke dar.

Im Gegensatz dazu ist unter Funktion eine Benutzung der Dokumentation durch den Mediziner zu verstehen, die der Arzt während der Erstellung derselben nicht beabsichtigt hat. Der Arzt kann die Funktionen der Dokumentation fakultativ berücksichtigen. Er verletzt aber nicht seine Dokumentationspflicht, wenn er die Funktionen der Krankenunterlagen (z.B. Beweissicherung, Forschung) außer Acht läßt. Zu einer solchen Begrenzung der Dokumentationspflicht zwingt die knappe Arbeitszeit.

I. Zwecke der ärztlichen Dokumentation

1. Therapiesicherung

a) Die BGH-Rechtsprechung

[79] Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (1995) S. 210-216 und *Brox,* AT BGB (2000)*,* Rdnr. 67. Zum Zweck der ärztlichen Dokumentation *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 25-26 und 112-113 und *Bittner*, Die virtuelle Patientenakte (2001), S. 22-23.

Der wesentliche Dokumentationszweck besteht in der *Sicherung der ordnungsgemäßen Behandlung* (sowie Aufklärung) des Patienten. Man spricht in diesem Kontext von Therapiesicherung. Dieser Zweck ist auch der eindeutig *dominierende.*[80] Er wurde bis 1978 (Dokumentationsurteil)[81] unter dem Terminus "Gedächtnisstütze des Arztes" als alleinige *Funktion* angenommen. Doch diese Betrachtung entspricht nicht den heutigen Bedürfnissen der modernen Medizin. Hat der Arzt früher, um eine „optimale" Behandlung gewährleisten zu können, die Unzulänglichkeiten des eigenen Gedächtnisses freiwillig durch die schriftliche Fixierung von Behandlungsdaten ausgeglichen, so gelangt er heute schnell an die Grenzen seiner Gedächtniskapazität.

Obwohl hierbei eine gesetzliche Regelung fehlt, hat sich das Recht an die aktuellen Herausforderungen durch richterliche Rechtsfortbildung angepaßt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat unter Berücksichtigung der Therapiesicherung den Umfang der obligatorischen Dokumentation erheblich eingeschränkt.[82] So hat der VI. Zivilsenat des *Bundesgerichtshofes* in seinem Urteil v. 24.01.1989 entschieden, daß die Gründe der Wahl einer Operationsmethode bei einer operativen Versorgung des Oberarmknochenschafts nicht zu dokumentieren seien, weil die Dokumentation primär therapeutischen Belangen diene.[83] Dem ist zuzustimmen. Dies wäre nur dann

---

[80] Vgl. BGH NJW 1989, 2330 f. = VersR 1989, 512 f.; BGH NJW 1993, 2375 f. = VersR 1993, 836 f. (Routinekontrolle auf Sudeck); BGH NJW 1999, 860 f. = MDR 1999, 36 f. = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 181 (unterlassene Überprüfung des Kreatininwerdes) und BGH NJW 1999, 3408, 3409 = LM § 823 Nr. 186 (zu spät erkannter Pleuraerguß), in denen ausgesprochen wird, daß eine Dokumentation die aus medizinischer Sicht nicht erforderlich ist, auch aus Rechtsgründen nicht geboten. Vgl. ferner BGH NJW 1993, 2375 = VersR 1993, 836; BGHZ 129, 6 = NJW 1995, 1611 = VersR 1995, 709.

[81] BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil).

[82] So BGH NJW 1993 2375 f. = VersR 1993, 836 f. (Routinekontrolle auf Sudeck); BGH NJW 1994, 797, 799 f. = VersR 1994, 682 ff (chronische Entzündung des Weisheitszahnes) und BGH NJW 1999, 3408, 3409 (zu spät erkannter Pleuraerguß).

[83] BGH NJW 1989, 2330 ff.. Vgl. auch BGHZ 85, 327, 329 = NJW 1983, 328.

erforderlich gewesen, wenn der Operationsschritt, der medizinisch geboten war, ein Abweichen von der üblichen Technik dargestellt hätte. Die Verpflichtung, die Gründe der Auswahl einer bestimmten Operationsmethode zu vermerken, die lege artis und üblich sind, schränkte das Grundrecht der wissenschaftlichen Freiheit (Art. 5, Abs. 3 S. 3 GG) unangemessen ein.[84] In die gleichen Fußspuren trat das Oberlandesgericht Oldenburg mit seinem Urteil von 25.11.1997.[85] Demnach sei es nicht erforderlich, bei Dokumentation einer medizinisch indizierten Magenresektion nach Billroth II, die genauen Ausmaße des entfernten Magens in den Operationsbericht aufzunehmen, denn zu dokumentieren sei nur das, was aus medizinischer Sicht für das Verständnis der Vorgänge auch für etwaige Folgebehandlungen notwendig sei.

Der Bundesgerichtshof hat schon mehrmals unterstrichen, daß die weitere Behandlung des Patienten sofort durch denselben Arzt als auch durch dessen zwangsläufigen oder frei gewählten Nachfolger durch eine unzulängliche Dokumentation entscheidend erschwert werden könne.[86] Diese Erschwernis war ein entscheidender Grund für die Anerkennung der ärztlichen Dokumentationspflicht.[87]

b) Die Literatur

---

[84] Vgl. *Ulsenheimer/Heinemann*, MedR 1999, 197, 199 zur Methodenfreiheit und Telemedizin.

[85] OLG Oldenburg, ArztR 1998, 235.

[86] BGHZ 99, 391 = NJW 1987, 1482 = MedR 1987, 238 = VersR 1987, 1089 (fehlender Lungenbefund); BGH NJW 1993, 2375 ff. = VersR 1993, 836 ff (Routinekontrolle auf Sudeck); BGH NJW 1994, 799 ff. = VersR 1994, 682 ff (chronische Entzündung des Weisheitszahnes); OLG München 1996, VersR 1997, 977 (keine Eintragung über Hinzuziehung eines Arztes bei Notfallverlegung).

[87] BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil).

Die Literatur stimmt hinsichtlich der dominierenden Rolle des Therapiesicherungszwecks der Rechtsprechung zu.[88] Der Aufzeichnungspflicht liege ein *prophylaktischer Charakter* zugrunde. Die Erfassung therapeutisch relevanter Daten und die geordnete Führung einer Krankengeschichte erlaubt die sorgfältige und von den Zufälligkeiten des Gedächtnisses unabhängige Behandlung des Patienten. Der Inhalt der Aufzeichnungen gewährleiste die therapeutische Sicherheit des Patienten in der Behandlung. Dies ist einwandfrei anzunehmen. Hinzu gesellt sich aber auch, daß die Aufzeichnung einer Krankengeschichte gewiß auch ärztlichen Interessen dient. Sie ist in erster Linie Arbeitsmittel und Arbeitsunterlage für den Arzt. Sie hilft ihm bei den unterschiedlichsten Aktivitäten und ermöglicht letztlich erst die ärztliche Arbeitsteilung. Insoweit geht die Literatur davon aus, daß die Dokumentation „ärztliches Instrument" zur Unterstützung der Therapie des Patienten ist.[89] Darüber hinaus wird der Therapiesicherungszweck auch in § 11 Abs. 1[90] und § 14 Abs. 1[91] Transfusionsgesetz hervorgehoben.

Insoweit ist der Therapiesicherungszweck unstreitig und anerkannt und stellt eine verbindliche Richtschnur für den Arzt dar. Er muß in erster Linie lediglich „das aufzeichnen, was im Interesse der ordnungsgemäßen medizinischen

---

[88] Vgl. *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 102; *Kaufmann*, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß (1984), S. 77; *Francke/Hart*, Patienteninfomation (1987), S.83; *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S.78; *Laufs*, Arztrecht (1993), Rdnr. 615; *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch, § 59, Rdnr. 5 *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht (2001), Rdnr. 202 (1). Vgl. auch die Aufsätze von *Opderbecke/Weißauer*, MedR 1984, 211, 212; *Sommer/Brinkmann*, MedR 1985, 151, 152; *Borchert*, CR 1993, 718; *Bender*, VersR 1997, 918, 921. Vgl. auch *Bäumler*, MedR 1998, 400, 401: „Es geht primär um die Sicherheit der Unterrichtung des weiter behandelnden Arztes";

[89] Vgl. oben Fn. 88.

[90] „...für Zwecke der ärztlichen Behandlung der spendenden Person..." (§ 11 Abs. 1 TFG).

[91] „...für Zwecke der ärztlichen Behandlung der von der Anwendung betroffenen Personen..." (§ 14 Abs. 1 TFG).

Betreuung erforderlich ist“. Er muß sich während des Therapievorgangs stets fragen, ob die durchgeführte ärztliche Maßnahme oder die erhaltene Information oder eine sonstige Information oder der sonstige Gegenstand für die (eigene) Weiterbehandlung oder den hypothetischen Fall des Arztwechsels aus medizinischer Sicht zu dokumentieren ist.[92] Nur durch eine solche Dokumentation wird die Vermeidung von fehlerhaften Therapien oder Übertherapien gewährleistet.[93]

2. Rechenschaftslegung[94]

a) Dem Patienten gegenüber

Der Bundesgerichtshof[95] ist in seiner Erkenntnis noch einen Schritt weiter gegangen: Demnach bestehen keine Bedenken, dem Arzt außerprozessual „eine Art“ *Rechenschaftspflicht* aufzuerlegen, was allerdings in der Literatur teilweise kritisiert wird.[96] Dieser Satz wurde zuerst vom *Reichsgericht* anerkannt. Dies hatte aus den Einzelnormen der §§ 666, 675, 681 Abs.2, 713 i.V.m. §§ 157, 242 BGB den Grundsatz abgeleitet, daß rechenschaftspflichtig

---

[92] *Opderbecke/Weißauer* behaupten, daß allein die Therapiesicherung den Umfang der Dokumentation bestimmt; *Opderbecke/Weißauer* MedR 1984, 211, 215.

[93] So *Sommer/Brinkmann,* MedR 1985, 151, 152.

[94] Oder „Rechenschaftsgabe”. So BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil); *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S.79 ff.; *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch, § 59, Rdnr. 6; *Inhester*, NJW 1995, 685, 689; *Sommer/Brinkmann* MedR 1985, 151-153. *Bender* hält diesen Begriff für übertrieben und zieht den Begriff „Behandlungsinformation” vor, in *Bender*, VersR 1997, 918, 922. Andere benutzen den Begriff „Überprüfung”. So beispielsweise *Opderbecke/Weißauer*, MedR 1984, 211, 212 und *Narr,* Ärztliches Berufsrecht (1994), Rdnr. 936.

[95] BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil).

[96] BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil); vgl. auch OLG Saarbrücken VersR 1988, 916 und OLG München NJW 1992, 2973, a; Vgl. auch *Bockelmann* FS Jescheck (1985), Bd I, S. 693, 703; *Bender*, VersR 1997, 918, 922; *Kuhlendah*l, ArztR 1980, 233; *Inhester*, NJW 1995, 685, 689; *Opderbecke/Weißauer*, MedR 1984, 211, 215*; Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S. 48 ff.; *Bittner*, Die virtuelle Patientenakte (2001), S. 24.

derjenige sei, der fremde Angelegenheiten besorge.[97] Zum ersten Mal hat der *Bundesgerichtshof* im Urteil vom 27.6.1978[98] die Rechenschaftspflicht als weiteren Grund für die von ihm bejahte Dokumentationspflicht des Arztes angeführt: „Dem Arzt obliegt eine Art Rechenschaftspflicht ähnlich der, die bei der Verwaltung fremden Vermögens seit langem als selbstverständlich angesehen wird". Er hat hinzugefügt: „Ein Vergleich der Interessenlagen kann hier mindestens nicht zu einer verminderten Aufzeichnungspflicht des Arztes im Vergleich zum Vermögensverwalter führen."

Zehn Jahre später bestätigte das Oberlandesgericht Saarbrücken diesen Beschluß in seinem Urteil von 10.06.1987[99]. In diesem Fall kam es beim Geburtsvorgang zu einer Schulterdystokie beim Neugeborenen, was eine hohe Plexusparese zur Folge hatte. Im Geburtsbericht stand nur der Vermerk „schwere Schulterentwicklung". Die Klägerin warf dem Arzt vor, die Schulterdystokie fehlerhaft gelöst und dadurch ihre Gesundheitsschäden verursacht zu haben. Das OLG sah den bloßen Hinweis auf die „schwere Schulterentwicklung" nicht als ausreichende Dokumentation an, sondern verlangte, daß der Arzt das von ihm zur Behandlung der Schulterdystokie tatsächlich angewendete Vorgehen jedenfalls in großen Zügen hätte wiedergeben müssen, um seiner Rechenschaftspflicht gegenüber dem Patienten zu genügen. Das OLG Saarbrücken stimmte dem zu. Der Vermerk „schwere Schulterentwicklung" im Geburtsbericht genügte den Anforderungen an eine vollständige Dokumentation nicht.

---

[97] RGZ 1973, 286, 288; dem RG folgend BGH NJW 1979, 1304, 1305. Wegen dieser Rechenschaftspflicht erstreckt sich die Dokumentationspflicht auch auf die sog. „Verlaufsdaten" *Sommer/Brinkmann*, MedR 1985, 151, 152.

[98] BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337 (Dokumentationsurteil).

[99] OLG Saarbrücken VersR 1988, 916. Ebenso zur Rechenschaftspflicht des Arztes BGHZ 99, 391, 397 = NJW 1987, 1482 f. = VersR 1987, 1089 f. (fehlender Lungenbefund) und Anm. *Giesen* in MedR 1987, 1089 ff.

Die Meinung der Rechtsprechung ist zu billigen. Die Dokumentation soll nicht nur der Information des Aufzeichnenden oder des mit der Nachbehandlung befaßten Arztes dienen, sondern auch dem Bedürfnis des Patienten nach Rechenschaftslegung,[100] also eine Überprüfung ermöglichen, ob der Aufzeichnende *lege artis* therapiert hat.[101] Diese Möglichkeit muß dem Patienten geboten werden, nicht etwa, um dem erstbehandelnden Arzt Vorwürfe zu machen oder ihn gar zu verklagen, sondern *um im eigenen Interesse „ganz sicher zu gehen“*. Es geschieht nicht selten, daß sich der Patient mit einer Krebsdiagnose nicht abfinden will und hofft, daß die Überprüfung durch einen anderen Arzt zu einer anderen Diagnose und Prognose führt. Die Dokumentation ist hier erforderlich, um die Diagnose von dritter Seite verifizieren lassen zu können, ohne daß eine vollständig neue Anamnese mit all ihren invasiven Untersuchungen wiederholt werden müßte.

Insofern ist der Anspruch auf Dokumentation unter den gleichen Vorzeichen zu sehen wie der Anspruch auf Einsicht in die Krankenunterlagen. Beide sollen auch gewährleisten, daß *der Patient* letztlich *nicht zum Objekt der Behandlung* degradiert wird.[102] So wie der weiter- oder mitbehandelnde Kollege wissen will, was bereits medizinisch unternommen wurde, interessiert es den Patienten, über den gesamten Geschehensablauf in Kenntnis gesetzt zu werden. Die Pflicht zur Rechenschaft des Arztes über Vorbeugemaßnahmen, durchgeführte Behandlungen und Operationen ist durchaus sachgerecht, weil dem Patienten meistens nicht nur die Sachkunde zur Kontrolle fehlt, sondern weil er vor allem bei der Operation nicht mitbekommt, was mit ihm

---

[100] Terminus technicus, den Peter und Bender benutzen. Vgl. *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S.79, *Bender*, VersR 1997, 918, 922.

[101] Vgl. *Opderbecke/Weißauer*, MedR 1984, 211, 212.

[102] Vgl. den verfassungsrechtlichen Aspekt auch oben § 3 A, S. 118 d.v.A.

geschieht.[103] Das hat die Angewiesenheit des Patienten auf die Fähigkeiten und Fertigkeiten der Experten zur Folge. Diese Angewiesenheitsrelation[104] ist auch bei den treuhänderischen Geschäften üblich.[105] Bei diesen Geschäften wie auch bei der ärztlichen Behandlung besteht, wie *Francke/Hart*[106] es nennen, eine typische „Experten-Klienten-Beziehung", aus der sich eine Rechenschaftspflicht ergibt. Diese Ähnlichkeiten zwischen den beiden Rechtsbeziehungen wurden auch in höchstrichterlichen Entscheidungen betont. Sie führten zur Anlehnung der ärztlichen Rechenschaftspflicht an diejenige bei fremder Vermögensverwaltung.

Bockelmann[107] behauptet, daß *dieser Vergleich hinke*. Mittelbar beruft er sich auf die Besonderheiten der Arzthaftung.[108] Ähnlich argumentiert *Kuhlendahl,*[109] der glaubt, daß hierbei keine Analogie zu der Vermögensverwaltung bestehe sei, weil die Atypik der menschlichen Konstitution die ärztliche Dokumentationspflicht von anderen Dokumentationspflichten unterscheide. *Bender*[110] ist der gleichen Meinung und hält die Argumentation im Sinne einer Rechenschaftspficht "für zu formalistisch" und die §§ 666, 675, 681 BGB für unanwendbar, "denn das Arztrecht ist kein Sonderrecht". Diese kritischen Stimmen übersehen aber, daß zum einen jeder, der es vertraglich

---

[103] Vgl. *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823 BGB, Rdnr. 357, der von einer Überlegenheitsposition des Arztes ausgeht.

[104] „Der Patient ist daher auf die Dokumentation des Behandlungsvorganges durch den Arzt angewiesen": *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823 BGB, Rdnr. 357.

[105] BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil); *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S. 79 ff.; Uhlenbruck in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001) § 59, Rdnrn. 6-7.

[106] *Francke/Hart*, Patienteninformation (1987), S.7.

[107] *Bockelmann*, FS Jescheck (1985), S.703.

[108] Vgl. BGHZ 85, 327, 333 = NJW 1983, 328, 329.

[109] *Kuhlendahl*, ArztR 1980, 233.

[110] *Bender*, VersR 1997, 918, 922.

übernimmt, fremde Interessen wahrzunehmen, zur Rechenschaft verpflichtet ist (unabhängig davon, was der Gegenstand dieser Rechenschaft ist), zum anderen, daß die Rechenschaft für den Fall einer Inanspruchnahme zugleich auch Beweiskraft hat und Legitimation für die finanziellen Forderungen des Arztes und des Krankenhauses sein kann. Die Tatsache, daß die Rechenschaftspflicht des Arztes und des Vermögensverwalters sich voneinander unterscheiden, obwohl sie viele gemeinsame Grundbestandteile haben, spricht nicht unbedingt dafür, daß der Arzt kein Vermögensverwalter ist. Die grundsätzlich bestehende Pflichtengleichheit zieht keineswegs zwingend dieselbe Art und Weise der Pflichterfüllung nach sich. Insoweit sind die Besonderheiten des jeweiligen Rechtsverhältnisses zu berücksichtigen. Dies hat der Bundesgerichtshof zum Ausdruck gebracht, als er davon sprach, daß die ärztliche Rechenschaftspflicht „ä*hnlich*“[111] und nicht gleich der des Vermögensverwalters sei.

b) Dem Kostenträger gegenüber

Den Arzt trifft keine umfassende Pflicht zur Rechnungslegung als Ausfluß der oben erwähnten Rechenschaftspflicht. Die Rechenschaft bezieht sich zumindest nicht primär auf Behandlungsfehler oder gar auf Grundlagen für Schadensersatzansprüche, sondern lediglich auf die medizinischen Leistungen, die vom Arzt und Krankenhausträger gegenüber dem Patienten erbracht worden sind.[112] Dies hat schon vor 15 Jahren das Bundessozialgericht festgestellt: „Patientendaten innerhalb des kassenärztlichen Versorgungssystems sind insoweit zu offenbaren, als ärztliche Behandlung in Anspruch

---

[111] Vgl. nochmals BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil).

[112] Demzufolge behauptet *Schmitz*, daß „Dokumentation zu Abrechnungszwecken“ und „medizinische Dokumentation“ zu unterscheiden sind. *Schmitz,* Informationssysteme in Arztpraxen (1990), S. 190.

genommen wird und die an der Leistungserbringung Beteiligten für ihren Leistungsbeitrag auf die Information angewiesen sind. Ohne diese beschränkte Offenbarungsbefugnis wäre das kassenärztliche Versorgungssystem, so wie es gesetzlich ausgestaltet ist, nicht funktionsfähig."[113]

Allerdings muß der Kostenträger eine Möglichkeit haben, zu kontrollieren, in welchem Umfang erstattungsfähige Leistungen gegenüber dem Patienten erbracht worden sind. Dadurch wird der Fall des Abrechnungsbetrugs überprüft.[114] Deshalb muß der Arzt für seine Leistungen die erforderlichen Aufzeichnungen anfertigen und aufbewahren. Falls der Arzt gegen diese Dokumentationspflicht verstößt, ist § 95 Abs. 6 SGB V auszulegen.[115] Diese Überprüfung dient der ärztlichen Honorarforderung, für die der Arzt allein die Beweislast trägt. Es besteht insoweit ausschließlich ein finanzielles ärztliches Eigeninteresse. Beim Kassenpatienten ist zwar die Abrechnung von Leistungen, über die keine Aufzeichnungen vorliegen, eine Pflichtverletzung des Arztes, aber die Pflicht zur genauen Abrechnung besteht gegenüber der kassenärztlichen Vereinigung, und nicht auch gegenüber dem versicherten Mitglied der Krankenkasse (§ 294 SGB V).[116]

Eine gewissenhafte, peinlich genaue Leistungsabrechnung gehört zu den Grundpflichten des Kassenarztes. Die Auskünfte dürfen nicht weiter reichen, als dies zur ordnungsgemäßen Prüfung der Leistungspflicht notwendig ist (§ 295 Abs. 1 SGB V). Die gebotene geldliche Rechenschaft der Ärzte und die notwendige Aufsicht über die Finanzgebühren wie die Wirtschaftlichkeit der

---

[113] BSG, NJW 1986, 1574 (Herausgabe von Röntgenaufnahmen an Kassenärztliche Vereinigung).

[114] Zum Abrechnungsbetrug aus verschiedenen Aspekten vgl. das 8-9 Heft (1998) der ZaeFQ, 602-619.

[115] Vgl. LSG Nordrh.-Westf. MedR 2001, 103-105.

[116] Vgl. *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S.79 f.; BSG MedR 1994, 206, 208; *Bender* VersR 1997, 918, 920.

Kliniken, erlauben keinesfalls die Vorlage vollständiger ärztlicher Aufzeichnungen.[117] Hierbei ist die Nutzung von EDV-Anlagen erforderlich. Der ursprüngliche Zweck für den Einsatz von Computern war, daß sie zu rechnen, und deshalb wurden sie „Rechner“ genannt. Das indiziert den substantiellen Beitrag der EDV zur Rechnungslegung indiziert.

Zusammenfassend wird die Rechenschaftslegung von der Rechtsprechung[118] und der überwiegenden Mehrheit der Literatur[119] als Zweck der ärztlichen Dokumentation angenommen, die vom Arzt während der Anfertigung seiner Krankenblätter oder des Einsatzes der elektronischen Dokumentation berücksichtigt werden muß.[120]

II. Funktionen der Dokumentation

1. Beweissicherung: Ein Zweck oder eine Funktion?

Unter “Beweissicherung” soll “die Herstellung und Sicherung von Beweismitteln für den noch ungewissen Haftungsprozeß”[121] verstanden werden. Die Beweissicherungspflicht hat also gerade die noch ungewisse Prozeßgefahr vor Augen. Mit den bereits dargestellten Dokumentationszwecken bewegt man sich, jedenfalls dem Grunde nach, auf dem gesicherten Boden der herrschenden Meinung. Das gilt aber nicht für die *Beweissicherung, deren Charakter umstritten ist,* wie schon der Titel dieses Kapitels andeutet.

---

[117] Vgl. *o.V.* DÄBl 1988, 732 und *Mehrhoff*, NJW 1990, 1524, 1525.

[118] Vgl. BVerfG NJW 1997, 1633 f.

[119] Nach *Frahm/Nixdorf* habe der Arzt nur das aufzuzeichnen, was medizinisch erforderlich sei. Alles andere sei als überflüssig zu betrachten. Demnach sei also die Rechenschaftslegung nur eine Funktion. Vgl. *Frahm/Nixdorf,* Arzthaftungsrecht (1996), S. 91-92, Rdnr. 125.

[120] Zur vom § 305 Satz 1 SGB V abgeleiteten Rechenschaftspflicht der Krankenkassen dem Patienten gegenüber vgl. *v.Hirschfeld/Stampehl* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 31-32.

Während der *Bundesgerichtshof* unter Verweis auf den „Grundsatz der Waffengleichheit im Arztfehlerprozeß“ im Dammschnitturteil[122] von einer Beweisführung des Arztes spricht, der dieser weithin „durch Vorlage einer ordnungsgemäßen Dokumentation genüge“, ist im Dokumentationsurteil[123] davon die Rede, daß der Arzt, soweit eine Pflicht zur Dokumentation ohnehin bestehe, sich „auch beweisrechtlich“ nicht auf eine angebliche Unzumutbarkeit der erforderlichen Aufzeichnungen berufen könne.

Der Meinung des Dokumentationsurteils folgt auch der größte Teil der Literatur, die eine Beweissicherungspflicht zugunsten des Patienten anerkennt.[124] *Peter,*[125] der trotz seiner eigenen Vorbehalte diese Pflicht bejaht, nimmt eine weitere Abgrenzung vor und behauptet, daß „in Wirklichkeit zwei durchaus unterschiedliche Rechtspflichten hinter dem Begriff der Beweissicherung stünden: zum einen die Beweiserhaltungspflicht, zum anderen die Beweisschaffungspflicht”.

a) Beweiserhaltungspflicht

Bei der Beweiserhaltungspflicht geht es darum, vorhandene Beweise zu erhalten.[126] Die schon vorhandenen Dokumente dürfen auf keinen Fall

---

[121] *Bender*, VersR 1997, 918, 923.Vgl. auch BGH NJW 1993, 2676 und BGH NJW 1996, 125, 127, und *Hart,* MedR 2000, 1-5.

[122] BGH NJW 1978, 1681, 1682.

[123] BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil).

[124] So *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S. 80ff und *Gräfin von Strachwitz-Helmstatt* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 151. *Bender* schlägt eine Spaltung der Relativierung dieser Pflicht vor. Vgl. *Bender,* VersR 1997, 918, 923.

[125] Zur Beweiserhaltungspflicht vgl. *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S. 85ff; *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 304 ff; *Deutsch*, Medizinrecht (1999), Rdnr. 357; *Bergmann*, Arzthaftung (1999), S. 159 f.

[126] Zur Beweissicherungspflicht vgl. *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S. 85 ff.; *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 304 ff.; *Deutsch*, Medizinrecht (1999), Rdnr. 357; *Bergmann*, Arzthaftung (1999), S. 159 f.

vernichtet werden, auch wenn sie keine Bedeutung für die Therapie oder die Rechenschaftsabgabe haben, weil sie trotzdem möglicherweise als Beweise vor Gericht benutzt werden können. Die Beweiserhaltungspflicht ist dem Arzt grundsätzlich zumutbar. Diese Beweiserhaltungspflicht ist in Rechtsprechung[127] und Literatur unbestritten.[128]

Als fraglich kann sich allenfalls erweisen, wie lange das Beweismittel zu erhalten und aufzubewahren ist und ob die Sanktionen, welche die Folge der Nichterstellung oder mangelhafter Erstellung der Krankenunterlagen sind, voraussetzen, daß der Rechtsstreit zum Zeitpunkt der Verletzung der Beweiserhaltungspflicht vorhersehbar gewesen sein muß. Auf diese Fragen wird im Kapitel über die „Aufbewahrungspflicht“ noch näher einzugehen sein.

b) Beweisschaffungspflicht[129]

aa) Gründe der Anerkennung

Für die Anerkennung dieser Beweisschaffungspflicht spricht *die Unmöglichkeit eigener beweissichernder Tätigkeit des Patienten*. So ist es für Unfallopfer oder narkotisierte Patienten völlig unmöglich, den Geschehensablauf zu verfolgen. Regelmäßig ist dem Patienten daher die Vornahme eigener beweissichernder Maßnahmen nicht möglich, so daß das gesamte, gerade auch prozessual relevante Geschehen, von ärztlicher Seite voll und ganz beherrscht wird.[130]

---

[127] So s.a. BGH NJW 1996, 779 ff. = VersR 1996, 330 ff. = MedR 1996, 215 f. (nicht gesicherte Röntgenaufnahmen) und OLG Zweibrücken, VersR 1999, 719 (Aufbewahrung von Bestellunterlagen).

[128] *Deutsch*, Medizinrecht (1999), Rdnr. 357; *Bergmann*, Arzthaftung (1999), S. 159 f.

[129] Dieser terminus technicus wird vom Peter benutzt; *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S.87.

[130] Vgl. *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823 BGB, Rdnr. 405.

Während für den Patienten die Erstellung einer prozeßfesten Dokumentation regelmäßig nicht in Betracht kommt, erweist sich eine patientenorientierte und beweissichernde Tätigkeit für den Arzt als möglich und zumutbar. Dabei zeigt auch der Vergleich mit anderen bestehenden Beweissicherungspflichten (z.B. Kaufmann, Rechtsanwalt) einerseits, daß insoweit dem Arzt nichts Ungewöhnliches abverlangt wird, sondern lediglich bestehende Rechtsgrundsätze in vergleichbaren Rechtsverhältnissen auch im Arzt-Patienten-Verhältnis Geltung beanspruchen. Andererseits wird der Blick auf die ethischen Maßstäbe gelenkt, welche die Inpflichtnahme des Arztes ebenfalls rechtfertigen. *Die Rechtsgemeinschaft vertraut den Ärzten hohe und höchste Rechtsgüter an.* Der Gegenstand des ärztlichen Berufes ist nicht ein Grundstück (wie beim Architekten) oder ein Computer (wie beim Computertechniker), sondern sind die wichtigsten Rechtsgüter, nämlich die Menschenwürde (Art.1, Abs.2, S.1 GG), das Leben und die Gesundheit des Patienten (Art.1, Abs.1, S.1 GG) sowie der Persönlichkeitsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG). Darin besteht der große Unterschied zwischen dieser Profession und den anderen Berufen, in denen eine geringe oder überhaupt keine Beweisschaffungspflicht anerkannt wird.

Darüber hinaus beläßt die Rechtsgemeinschaft den Ärzten die *Freiheit der Methode*, letztlich also die Möglichkeit, nach eigenem, berufsständisch gelenktem Ermessen die anvertrauten Güter „zu verwalten“. Begreift man aber die Freiheit als zu verantwortende Freiheit, dann ergibt sich ärztlicherseits ein erhöhtes Maß an Verantwortung gegenüber dem Patienten und der Rechtsgemeinschaft. Aus dieser Verantwortung ergibt sich gemäß einem Teil der Literatur[131] die Beweissicherungspflicht. *Peter*[132] behauptet, „daß die

[131] Statt vieler *Bender*, VersR 1997, 918, 924.

[132] *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S.92-93.

Beweisschaffungspflicht für den Arzt *de lege lata* im Rechtssinne möglich und zumutbar sei". Deshalb müsse er auch aus beweissichernden Gründen den Geschehensablauf dokumentieren. Ein Teil der Literatur stimmt dem zu.[133] *Uhlenbruck*[134] nimmt an, daß "es lebensfremd erscheint, einer Dokumentationspflicht den Beweissicherungszweck abzusprechen. Tatsache ist, daß jeder Dokumentation zugleich auch eine prozessuale Beweisfunktion zukommt".

bb) Gründe für die Ablehnung

Die Beweisschaffungspflicht ist allerdings umfassender als die Beweiserhaltungspflicht, weswegen sie nicht durch die Annahme der letzeren gerechtfertigt ist. Der Bundesgerichtshof führte im Dammschnitturteil[135] aus: "Damit erfordert der Grundsatz der Waffengleichheit im Arztfehlerprozeß zunächst, daß der Arzt dem klagenden Patienten Aufschluß über sein Vorgehen in dem Umfang gibt, in dem ihm dies ohne weiteres möglich ist und er insoweit auch zumutbare Beweise erbringt". Damit aber werden mittelbar Anforderungen an die Art und Weise der ärztlichen Dokumentation gestellt, die einer Pflicht zur Führung solcher Unterlagen (aus beweisrechtlichen Gründen) gleichzustellen ist. Das heißt im Ergebnis nichts anderes, als daß der Arzt für das Vorhandensein von Beweismitteln zu sorgen, mithin die Beweismittel zu

---

[133] So *Waibl*, NJW 1987, 1513, 1520; *Hanau*, FS Baumgärtel (1990), S. 121, 128. Anders *Baumgärtel* FS Bruns (1980), S. 93, 102.

[134] *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 59, Rdnr. 8.

[135] BGH NJW 1978, 1681 ff.

beschaffen hat. Hätte der Bundesgerichtshof in seinem Urteil[136] nicht davon gesprochen, daß der Arzt „zumutbare Beweise", sondern "zumutbare Beweismittel" zu erbringen habe, wäre dies noch deutlicher und klarer gewesen. Die Ausdehnung der Beweiserhaltungspflicht hin zu einer Beweisschaffungspflicht scheint daher fraglich. Diese Richtung des Bundesgerichtshofes wird auch von der neueren Rechtsprechung gefolgt. So ging das *Oberlandesgericht Düsseldorf* in seinem Urteil vom 21.4.1994[137] davon aus, daß die Verweigerung einer Patientin, in einen AIDS-Bluttest einzuwilligen, nicht dokumentationspflichtig gewesen sei, weil sie aus medizinischen Gründen nicht notwendig gewesen sei. Die Dokumentationspflicht des Arztes ziele aber allein auf die medizinische Seite der Arzt-Patienten-Beziehung, nicht hingegen auf die Beweissicherung für einen Haftpflichtprozeß.

Die Argumentation gegen die Anerkennung der Beweisschaffungspflicht kann in drei Punkten zusammengefaßt werden:

1. Jede Partei muß für sich selbst sorgen. Es besteht dann grundsätzlich weder eine Pflicht, seinem Gegner „Waffen in die Hand zu geben[138]„ noch bei der Ermittlung des Sachverhalts in die Hände des Gegners zu spielen. Grundsätzlich ist keine Partei verpflichtet, dem potentiellen Prozeßgegner hilfreiches Material zu verschaffen, über das er schon von sich aus verfügt.

2. So ist zwar durchaus anerkannt, daß das vielbeschworene Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient allein eine Durchbrechnung dieser Regel nicht zu rechtfertigen vermag;[139] die Praxis zeigt aber, daß die Tendenz schon

---

[136] BGH NJW 1978, 1681 ff.

[137] OLG Düsseldorf MedR 1996, 79 ff.

[138] OLG Hamm, NJW-RR 1987, 1395.

[139] Vgl. BGH MedR 1970, 833.

früh darauf hinauslief, das Regel-/Ausnahmeverhältnis im Arzt-Patienten-Verhältnis, wenn nicht umzukehren, so doch in vielerlei Hinsicht zu durchbrechen. Der Beginn eines Rechtsstreits ist nicht geeignet, etwaige Treuepflichten aus einer früheren Beziehung der Parteien zu verstärken oder ins Leben zu rufen; eher ist von diesem Zeitpunkt an anzunehmen, daß sich die Beteiligten nicht mehr als Partner, sondern als Gegner gegenüberstehen und es gilt daher, sich einen gewissen Spielraum für erlaubte prozeßtaktische Entscheidungen freizuhalten.[140]

3. Die Annahme, daß der Arzt verpflichtet sei, alles, was später möglicherweise einmal bedeutsam und Gegenstand eines beweisrechtlichen Interesses sein könnte, aufzuzeichnen, wäre rechtstechnisch zu unbestimmt und in der Praxis nicht durchführbar, weil der Arzt im Rahmen seiner Tätigkeit nicht alle denkbaren Interessen des Patienten berücksichtigen und erforderlichenfalls zu deren Schutz eine Dokumentationsmaßnahme einleiten kann. Er ist kein „Dokumentensammler".[141]

c) Stellungnahme

Gemäß der oben erwähnten Kritik ergibt sich keine Beweissicherungspflicht zugunsten des Patienten aus der Dokumentationspflicht in dem Sinne, daß der Arzt (insbesondere, aber nicht nur) bei Verletzungen eines Patienten verpflichtet sein könnte, die Verletzungsfolgen so zu dokumentieren, daß daraus ein Beweis für einen bestimmten Geschehensablauf gezogen werden könnte. Eine solche Verpflichtung läßt sich - wie oben schon gezeigt wurde - weder aus dem Berufsrecht noch aus dem Behandlungsvertrag ableiten.

---

[140] Anderer Ansicht *Bender*, VersR 1997, 918, 926.

[141] So *Bender*, VersR 1997, 918, 921; vgl. ferner *Hofstetter*, der von einer sich ausdehnenden (und übertriebenen) Dokumentationspflicht ausgeht; *Hofstetter*, Arztrecht (1991). Vgl.

Wenn man davon ausgeht, daß eine ausgedehnte Beweissicherungsfunktion vorhanden ist, dann könnte man die Dokumentationspflicht unabhängig von ihrer medizinischen Funktion auf die späteren Haftungsmöglichkeiten beziehen und den Arzt dazu zwingen, zu Zwecken der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit sein gesamtes Handeln zu protokollieren. Dies führte aber zu einer *„defensiven Medizin"*, bei der sich die ärztliche Dokumentation nicht mehr am Heilerfolg, sondern an der Minimierung von Haftungsrisiken orientierte. Aus diesem Grund hat der Bundesgerichtshof[142] zu Recht betont, daß nur solche Dokumentationsdefizite Beweiserleichterungen auslösten, die in der Tat medizinischer Natur seien. Bei diesen dient die Dokumentation also der ärztlichen Behandlung und nicht irgendeiner sonstigen Überwachung des Arztes. Nach Ansicht des Verfassers ist die Erwartung, daß der Arzt für alle denkbaren beweisrechtlichen Interessen des Patienten sorgen muß, als übertrieben zu betrachten, weil der Arzt kein Jurist ist und seine Tätigkeit wesentlich erschwert wird, wenn er stets und vorsorglich auch juristische Aspekte berücksichtigen muß.

Viele Juristen werfen die Frage auf, ob es eigentlich einen Unterschied zwischen dem Therapiezweck, der Rechnungslegung und dem Beweissicherungszweck gebe. Es wurde dabei vielfach die Ansicht vertreten, daß alle Daten, die der Arzt aus Beweisgründen erhalten habe, automatisch der Therapie und der Rechenschaftslegung dienten und umgekehrt. Demnach sei eine Abgrenzung zwischen den verschiedenen Zwecken unnötig. Das folgende Beispiel widerlegt diese Anwort: Es ist üblich, in Krankenhäusern die Entlassung des Patienten aus dem Krankenhaus zu dokumentieren, auch wenn

---

auch *Hart,* der sich selbst die Frage stellt: „Arzt als Normanwender statt Kommunikationspartner?", MedR 2000, 1, 4 unter 5 b.

[142] BGH NJW 1993, 2375, 2376; ebenso bereits BGH VersR 1989, 512, 513; *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 111, Rdnrn. 1 ff.

die Abwesenheit nur vorübergehend war. Was ist der Zweck dieser Dokumentation? Offensichtlich ist es die Beweissicherung. Der Arzt vermerkt die Abwesenheit des Patienten nicht aus rein medizinischen Gründen, sondern um sich vor dem Versicherer zu schützen, falls der Patient während seiner Abwesenheit vom Krankenhaus verletzt wird oder stirbt (z.B. bei einem Verkehrsunfall getötet wird). Es kann nicht behauptet werden, daß diese Dokumentation auf die Therapiesicherung zielt. Daraus ist abzuleiten, daß es Fälle gibt, bei denen die Dokumentation nur einen Beweiswert und keine medizinische Bedeutung hat.

2. Forschungsfunktion

In der Forschung, insbesondere in der Epidemiologie, besteht das Bedürfnis nach Registern, die alle die Patienten betreffenden Umständen, ausweisen. Durch deren Nutzung ist nicht nur die Sicherung und Verbesserung der Qualität der Versorgung, sondern auch der Gewinn von Erkenntnissen über Gesundheitsrisiken oder über therapeutische Ergebnisse möglich. Diese Funktion wird auch in § 287 Abs. 1 SGB V unter dem Titel "Forschungsvorhaben" erwähnt: „Die Krankenkassen und die Kassenärztliche Vereinigungen dürfen mit Erlaubnis der Aufsichtbehörde die Datenbestände ... für Forschungsvorhaben, insbesondere zur Gewinnung epidemiologischer Erkenntnisse, von Erkenntnissen über Zusammenhänge zwischen Erkrankungen und Arbeitsbedingungen oder von Erkenntnissen über örtliche Krankheitsschwerpunkte, selbst auswerten oder über die sich aus § 304 ergebenden Fristen hinaus aufbewahren."

Die medizinische Dokumentation kann im Bereich der Forschung zweierlei leisten. Zuerst stellt sie geeignete Angaben zur nachträglichen kritischen Reflexion einzelner Krankheitsverläufe bereit, um so eventuell Ansätze für eine Verallgemeinerung zu finden. Zweitens stellt sie geeignete Angaben für eine

Auswahl von Patienten mit bestimmten Eigenschaften bereit (z.B. alle männlichen Patienten mit einem Vorderwandinfarkt). Diese Auswahl bildet dann die solide Grundlage für eine wissenschaftliche Untersuchung, die speziell geplant und dokumentiert werden muß.[143] Alle diese Leistungen stellen aber nicht den Hauptzweck der Dokumentation dar. Der Arzt denkt beim Anfertigen der Krankenakten nicht an die medizinische Forschung, sondern an die Behandlung. Deshalb ist die Forschung nicht Zweck, sondern Funktion der ärztlichen Dokumentation.[144] *Nur ausnahmsweise kann die Forschung der Zweck der Dokumentation sein*, und zwar, wenn die Behandlung einer experimentellen Auswertung dient. Diese ist in den verschiedenen Forschungsinstituten (wie z.B. DKFZ) der Fall, in denen die Behandlung einen experimentellen Charakter hat. Deshalb ist von einer Differenzierung zwischen statistischer und experimenteller Forschung auszugehen. Erstere wird nachträglich von den Forschern betrieben, wobei letztere vom Arzt von Anfang an bezweckt wird.[145]

Zusätzliche Möglichkeiten einer Verarbeitung der Krankenakten[146] und vor allem eine einfache Anonymisierung bietet die *elektronische Dokumentation* an.[147] Dank der elektronischen Datenverarbeitung ist eine Anonymisierung der

---

[143] Vgl. *Lippert*, MedR 1999, 364-366 über die urheberrechtlichen und gesellschaftlichen Aspekte der Fälschung von Forschungsdaten.

[144] Zur Abgrenzung zwischen Zweck und Funktion vgl. unten § 4 A, S. 30 f. d.v.A.

[145] Vgl. § 40 Abs. 1 und 2 der Bekanntmachung der Neufassung des Arzneimittelgesetzes von 11. Dezember 1998, Bundesgesetzblatt Jahrgang 1998, Teil I Nr. 80, ausgegeben zu Bonn am 17. Dezember 1998.

[146] Darunter werden hauptsächlich die statistischen Auswertungen verstanden. Vgl. *Schmitz*, Informationssysteme in Arztpraxen (1990), S. 194.

[147] Vgl. unten unter „Forschungsschwierigkeiten“ (S. 118 d.v.A.) und „Forschungsmöglichkeit“ (S. 118 d.v.A.) entsprechend und *Reichow/Hartleb/Schmidt*, MedR 1998, 162, 163 II. Für die allgemeinere Verwendung von anonymisierten Daten von Ärztlichen Fachverbänden in Deutschland und in den USA vgl. *Heydwolff/Anderson*,

Sozialdaten gemäß § 287 Abs. 2 SGB V viel leichter geworden. Hinzu kommt auch die schnelle und problemlose Datenübermittlung über elektronische Netzwerke, die Patienteninformationen für Forscher und Forschungsvorhaben verfügbar werden läßt.[148] Dokumentierten ärztliche Praxen und Krankenhäuser zeitnah in automatisierter Form, so könnten sie z.B. Fälle von ansteckenden Krankheiten sofort oder kurzfristig an Gesundheitsämter oder andere zentrale Stellen melden. Bei entsprechender rechtlicher Grundlage ließen sich Seuchen und andere Gefahren für die Volksgesundheit schneller erkennen.[149]

B. Umfang und Inhalt der Patientenakte

I. Umfang der ärztlichen Dokumentation

Ein Problem, das die konventionelle und die elektronische Dokumentation betrifft, ist die Bemessung des Umfangs notwendiger Aufzeichnungen. Diese Bemessung ist besonders schwierig, weil sich die ärztliche Praxis an den eigenen Bedürfnissen orientiert und es wegen der Unterschiedlichkeit in der praktischen Durchführung an einem verläßlichen Maßstab fehlt.[150] Dies gilt allein schon deshalb, weil der einzelne Arzt unterschiedliche Vorstellungen vom jeweiligem ärztlichen Bedürfnis haben kann und damit unter Umständen weiter oder weniger weit geht als sein Standeskollege.

DuD 1997, 569, 572, 4.2. Vgl. denselben Aufsatz für EU-Konzepte, die die Anonymisierung personenbezogener Daten behandeln.

[148] *Bäumler*, MedR 1998, 400, 402. Vgl. auch *Schmitz,* Informationssysteme in Arztpraxen (1990), S. 200 für die Bildübertragung durch schnelle Lichtwellenleiter. Vgl. auch Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission in DÄBl Sonderdruck, 10. Dezember 1999, S. 2 1 b für data linkage.

[149] *Reichow/Hartleb/Schmidt*, MedR 1998, 162, 163 II.

[150] Nach *Bittner* unterscheidet sich der Umfang der Dokumentationspflicht sowohl in Bezug auf die Praxis eines niedergelassenen Arztes, eines allgemeinen Krankenhauses oder einer Universitätsklinik, als auch in Bezug auf die Person des dokumentierenden Arztes; *Bittner*, Die virtuelle Patientenakte (2001), S. 27.

In der Rechtsprechung finden sich noch *keine klaren Anhaltspunkte* hinsichtlich des Umfanges der Dokumentationspflicht. Die meisten schwanken zwischen extensiver und restriktiver Ausgestaltung der Dokumentationspflicht, legen sich aber im Ergebnis nicht eindeutig fest. Der *Bundesgerichtshof*[151] spricht von der „Notwendigkeit einer ordnungsgemäßen ärztlichen Dokumentation“ und von einer Pflicht des Arztes zu angemessener Dokumentation, wie sie „gutem ärztlichem Brauch“ entspreche. Das LG Limburg[152] verlangt „eine sorgfältige und vollständige Führung der Krankenunterlagen“. § 11 MBO bezieht sich ebenfalls nur auf die in Ausübung des ärztlichen „Berufes getroffenen Feststellungen und getroffenen Maßnahmen“, über die der Arzt “hinreichende Aufzeichnungen zu fertigen” habe. Unklar bleibt dabei, ob damit alle Feststellungen und getroffenen Maßnahmen gemeint sind und was unter diesen beiden Begriffen zu verstehen ist. Vor allem bleibt *unklar*, was mit „*hinreichenden Aufzeichnungen“* gemeint ist.

Diese abstrakten Bezeichnungen führen keinesfalls zur Konkretisierung des Umfangs der Krankenakten, obwohl dies notwendig erscheint. Die Anerkennung der Dokumentation vermag als materielle Pflicht nur dann eine Hilfe für den Patienten zu sein, wenn es gelingt, sie zu bestimmen, denn nur dann läßt sich ein Pflichtverstoß im konkreten Fall ermitteln. „Mag die tatsächliche Übung auch immer für die Bewertung der Gesamtlage von Interesse sein, so kann sie letztlich nicht den Ausschlag dafür geben, ob etwas aufzeichnungspflichtig sein soll oder nicht.”[153] Auch die Feststellung, daß nebensächliche und unerhebliche Sachverhalte nicht zu dokumentieren seien,[154]

---

[151] BGHZ 72, 132, 138= NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil).

[152] LG Limburg NJW 1979 , 607.

[153] *Schmid*, NJW 1987, 681, 683.

[154] BGH NJW 1972, 1520.

hilft nicht allzuviel weiter, obwohl diese Aussage zutreffend ist: „Dem konkret Betroffenen geht es aber gerade darum, *ex ante* wissen zu wollen, was als nebensächlich und was als wichtig angesehen wird."[155]

Über den *notwendigen Inhalt* ärztlicher Krankenunterlagen kann nur vom rechtlichen Ansatzpunkt her Klarheit gewonnen werden. *Bender*[156] behauptet zu Recht, daß "der mit der höchstrichterlichen Anerkennung der ärztlichen Dokumentationspflicht einhergehende Schutz des Patienten letztlich wieder entwertet würde, wenn man die Feststellung des einzuhaltenden Dokumentationsstandards in die Hände der Ärzteschaft selbst legen würde".[157] Ein einseitiges, freies Bestimmungsrecht des Vertragspartners kann dazu führen, daß der Patient zum Objekt der ärztlichen Behandlung wird. Das Gebot der Rechtssicherheit verlangt aber eindeutige Grenzen, welche die bisherige Rechtsprechung noch nicht gewährleistet.[158] Es erscheint deshalb zweckmäßig, nicht so lange zu warten bis die Rechtsprechung notgedrungen eigene Maßstäbe entwickelt, sondern durch *Diskussion innerhalb der Ärzteschaft mit Mitbeteiligung der Patienten Grundsätze zu erarbeiten.*[159]

Zur Bestimmung des Umfangs der Dokumentationspflicht kann die oben gezogene Abgrenzung zwischen Zwecken und Funktionen wesentlich beitragen. Die dort aufgezeigten Grundsätze der Dokumentationszwecke sind auf eine inhaltliche Konkretisierung der Dokumentationspflichten gerichtet.

---

[155] *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S.117.

[156] *Bender*, VersR 1997, 918, 920.

[157] Zum Standardbegriff im Recht vgl. *Velten*, Der medizinische Standard (2001), S. 36 ff.

[158] In Einzelbereichen existieren zudem gesetzliche Vorgaben. So werden in § 3 der KSVO Berlin präzise Bestimmungen zur Führung und zum Inhalt der Dokumentation getroffen. § 2 VO zur Durchführung des Gestzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten (28.Dezember 1954, BGBl. I S. 523), § 37 Abs. 3 JArbSchG. § 28 Abs. 1 und 2 RöV und § 43 Abs. 1 StrlSchV setzen hingegen nur bestimmte Pflichtinhalte der ärztlichen Aufzeichnungen und nicht die gesamte inhaltliche Ausgestaltung fest.

[159] Vgl. *Opderbecke/Weißauer*, MedR 1984, 211, 212.

Alles, was schon als Zweck bezeichnet wurde (wie die Therapiesicherheit und die Rechenschaftslegung), entspringt einer ärztlichen Pflicht und muß aufgezeichnet werden.[160] Was im Gegensatz dazu nur als Dokumentationsfunktion gekennzeichnet ist, betrifft den fakultativen Inhalt der Dokumentation und besitzt keinen obligatorischen Charakter. In Bezug auf diese Abgrenzung zwischen Zwecken und Funktionen wird im nächsten Kapitel der Inhalt der ärztlichen Dokumentation dargestellt.

II. Inhalt der ärztlichen Dokumentation

1. Der obligatorische Inhalt der ärztlichen Dokumentation

Der Überblick über die medizinisch erforderlichen und daher erheblichen Inhalte (Mußdaten) sieht wie folgt aus:[161]

a) *Identifikationsdaten*: Hierunter fallen die Personalien des Patienten, das Datum des Praxis- oder Krankenhausbesuches, die Uhrzeit der ärztlichen Tätigkeit sowie die Namen der beteiligten Ärzte und Pflegekräfte, sofern deren Beteiligung nicht mit dem erlassenen Dienstplan übereinstimmt (so auch im Notfall).[162]

---

[160] Auch Informationen, die der Therapiesicherung oder Rechenschaftsabgabe dienen, werden nicht von der Dokumentationspflicht umfaßt, wenn sie nach allgemein anerkannten Regeln selbstverständlich sind oder sich *ex post* als relevant für die Therapie erweisen, die aber der Arzt zur Zeit der Behandlung als bedeutungslos ansehen konnte. Vgl. *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823 BGB, Rdnr. 415.

[161] Zum notwendigen Inhalt der ärztlichen Dokumentation vgl. *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S.121-126; *Schmid* NJW 1987, S.684 ff.; *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S.24ff.. Vgl. ferner *v.Hirschfeld/Stampel* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 30-31; *Bäumler*, VersR 1997, 918, ff; *Laufs* in *Uhlenbruck/Laufs*, Handbuch (1999), § 111 Rdnr. 3; *Bittner*, Die virtuelle Patientenakte (2001), S. 25-27. Zum Inhalt der ärztlichen Dokumentation in den USA vgl. *Roach*, Medical Records (1998), S. 29ff.

[162] Den gleichen Inhalt haben auch die „personal data“ in den USA. Vgl. oben *Roach*, Fn. 161 .

b) *Anamnesedaten*[163]: Die Befragung des Patienten soll sich hierbei an der Ermöglichung einer fundierten Diagnose und Therapie und einer späteren Überprüfung orientieren. Unter Anamnese sind die Daten des Patienten zum Anlaß des Arztbesuches und die derzeitigen Beschwerden zu verstehen (*aktuelle Anamnese*).[164] Die Angaben zu früheren Krankheiten und zu seinen beruflichen, familiären und sonstigen sozialen Verhältnissen gehören auch hierher (*Eigenanamnese*).[165] Ergänzt werden diese Daten durch die Auskünfte Dritter (wie von Angehörigen des Patienten) insbesondere zu dessen Krankheit sowie familiäre, berufliche und soziale Verhältnisse (*Fremdanamnese*; Sozialanamnese).

c) *Diagnosedaten*[166]: Darunter ist die aus Anamnese und Befund gezogene Schlussfolgerung des Arztes zu verstehen. Diese Daten bestehen aus der Beschreibung der körperlichen und geistig-seelischen Zustände des Patienten sowie Ablauf und Ergebnissen physikalischer, technischer und sonstiger Untersuchungen. Sind Kontrolluntersuchungen ohne positiven Befund geblieben, sind sie nicht zu dokumentieren.[167] Hierbei ist unmißverständlich zu erkennen zu geben, mit welcher Sicherheit von dem Vorliegen einer bestimmten Krankheit ausgegangen wird. Im Hinblick auf die Vollständigkeit einer Diagnose verlangt die ärztliche Wissenschaft auch Angaben über die Lokalisation und das Ausmaß des pathologischen Prozesses, die Ursache der

---

[163] Anamnese (*ανα*=zurück + *μιμνήσκειν*=erinnern): griechisches Wort, das ursprünglich Erinnerung und heute Vorgeschichte einer Krankheit nach Angaben des Kranken bedeutet.

[164] Zu dieser Anamnese braucht der Arzt keinen Dolmetscher hinzuziehen, auch wenn es um einen ausländischen Patienten geht, der die deutsche Sprache nicht ausreichend beherrscht. Vgl. KG MedR 1999, 226-228.

[165] Vgl. *v.Hirschfeld/Stampehl* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 22-23, die die Eigenanamnese Gedächtnisprotokoll nennen.

[166] Diagnose (*δια*=durch + *γνώση*=Kenntnis): griechisches Wort, das auf deutsch Untersuchung, Unterscheidung bedeutet.

[167] Vgl. dazu BGH MedR 1993, 430ff.

Erkrankung sowie die durch sie hervorgerufenen Funktionsstörungen.[168] Die Diagnose unterteilt sich in die Stadien der vorläufige Diagnose, Differentialdiagnose (Unterscheidung von ähnlichen Krankheitsbildern) und der endgültigen Diagnose.

d) *Verlaufsdaten* (Therapiemaßnahmen):[169] Unter diesen Daten ist die Darstellung des Krankheitsverlaufes während der Behandlung zu verstehen. Hierzu gehören die durchgeführten ärztlichen und pflegerischen Maßnahmen, die verordneten und verabreichten Arzneimittel, Infusionspläne, Fieberkurven, Laboruntersuchungen und ihre Ergebnisse sowie der Operationsbericht.[170] Zu dem letztgenannten gehört selbstverständlich auch ein Anästhesieprotokoll.[171] Anfängerkontrolle und Intensivmedizin sowie der Wechsel des Operateurs müssen ebenfalls dokumentarisch festgehalten werden.[172] Ein Berufsanfänger hat den Gang der von ihm selbständig durchgeführten Operation auch bei Routineeingriffen in den wesentlichen Punkten zu dokumentieren.[173] Verzichtet der Arzt auf einen nach der gewählten Methode in aller Regel medizinisch gebotenen Operationsschritt, weil die besondere Operationssituation ein

---

[168] Eine umfassende Diagnose lautet daher etwa*: Essentielle Hypertonie, Verschluß der Arteria cerebri media rechts unbekannter Ursache, kleiner frontoparietaler Hirninfarkt mit leichter Hemiparese links, Hyperlipoproteinämie*; *Schmid*, NJW 1987, 681, 685.

[169] Vgl. zusätzlich *Sommer/Brinkmann*, MedR 1985, 152; *Narr*, Ärztliche Berufsrecht, Stand 1994, S.579-580.

[170] Der Operationsbericht sollte als Minimum folgendes enthalten: Angaben zum zeitlichen Ablauf, den Operationssitus, die angewandte Technik und die Gründe ihrer Auswahl. Die allgemeine Regel des atypischen Verlaufs ist auch hier anwendbar: Je mehr sich der Operationsverlauf von dem routinemäßig erwarteten entfernt, umso ausführlicher und intensiver ist er zu dokumentieren. Vgl. auch BGH NJW 1989, 2330 f. = MedR 1989, 195 f. = ArztR 1989, 327 f. = VersR 1989, 512 f. (fehlende Dokumentation einer Nichtfreilegung des Nervus Radialis).

[171] Das Anästhesieprotokoll hat auf jeden Fall folgendes zu enthalten: Beatmungsdruck, Atemvolumina, Blutanalysen und sonstige Daten, die auf die Ventilation und den Gasaustausch einen Hinweis geben können.

[172] *Laufs*, Arztrecht (1993), Rdnr. 455.

Abweichen von der üblichen Technik erforderlich macht, so muß er diesen Verzicht dokumentieren und begründen.[174]

Diese Daten sichern auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, denn der Patient kann eine Entscheidung über das Ob und Wie der (weiteren) Behandlung nur dann treffen, wenn er über den bisherigen Verlauf der Behandlung detailliert und umfassend informiert wird. Nur in diesem Fall kann der Patient sein "Veto" richtig einlegen. Unter diesem Blinkwinkel versteht es sich von selbst, daß hierzu, entgegen der Ansicht des BGH, auch die ohne Befund endende Untersuchung gehört.

e) *Pflegedaten*: Sie sind in zwei Bereiche zu unterteilen: die Grundpflege und die Behandlungspflege.[175] Die *Grundpflege* betrifft alle Maßnahmen, die der unmittelbaren körperlichen Pflege und Versorgung des Patienten dienen, aber auch seine menschlich-psychologische Betreuung sowie die damit untrennbar verbundenen Patientenbeobachtungen einschließen. Unter *Behandlungspflege* werden diejenigen Maßnahmen zusammengefaßt, die aufgrund ärztlicher Anordnung der Behandlung des Patienten dienen und nicht vom Arzt höchstpersönlich, sondern vom Pflegepersonal ausgeführt werden müssen (Durchführungsverantwortung des Pflegepersonals). Die Palette dieser Maßnahmen reicht von Injektionen bis zur Durchführung einer ärztlich verordneten Infusionstherapie oder der Behandlung mittels eines Respirators in der Intensivmedizin.[176] Dabei bleibt die Erteilung der einzelnen Weisung

---

[173] AG Freiburg NJW 1990, 770.

[174] BGH NJW 1989, 2330 f. = MedR 1989, 195 f. = ArztR 1989, 327 f. = VersR 1989, 512 f. (fehlende Dokumentation einer Nichtfreilegung des Nervus Radialis). Vgl. ferner zur Dokumentation im Intensivstation in den USA *Roach*, Medical Records (1998), S. 155 ff.

[175] Umfangreiche Informationen für den Pflegeprozeß und seine Dokumentation in *Pohl/Ammenwerth/Eichstädter/Haux*, Pflegedokumentation 2000, ganzes Heft 12.

[176] Dazu ausführlicher *Opderbecke/Weißauer*, MedR 1984, 211, 213ff.

immer dem Arzt vorbehalten, der insoweit die Anordnungsverantwortung besitzt.

f) *Aufklärungsdaten*: Der Bundesgerichtshof hat betont, daß ein Fehlen von Aufzeichnungen hierüber nicht dazu führen dürfe, den Arzt als beweisfällig anzusehen. Gleichwohl wies er jedoch darauf hin, daß schriftliche Aufzeichnungen im Krankenblatt über Durchführung und wesentlichen Inhalt des Aufklärungsgespräches "nützlich und dringend zu empfehlen"[177] seien. In diesen Daten sind Zeitpunkt, Art und Inhalt des Aufklärungsgespräches sowie die Person des Aufklärenden festzuhalten. Beim Unterlassen des Hinweises auf aufklärungspflichtige Tatsachen ist niederzulegen, aus welchem Grund auf die an sich gebotene Aufklärung verzichtet wurde oder welche Personen anstelle des Patienten informiert worden sind und gegebenenfalls ihre Einwilligung erteilt haben. Verweigerungen und Beschwerden des Patienten sind ebenfalls zu dokumentieren.[178]

Die Aufklärung unterscheidet sich grob[179] in Eingriffsaufklärung, therapeutische und posttherapeutische Aufklärung. Dieser Abgrenzung folgen auch die entsprechenden Daten: *i) Eingriffsaufklärung*: Der medizinische Eingriff - auch der erfolgreiche - ist eine tatbestandsmäßige Körperverletzung, die nur durch die auf einer Eingriffsaufklärung beruhenden Einwilligung des Patienten gerechtfertigt wird. Für diesen Rechtfertigungsgrund (Einwilligung nach ordnungsgemäßer Information) trägt aber allein der Arzt der Beweislast,

---

[177] BGH NJW 1985, 1399.

[178] BGH NJW 1983, 332, 333; BGH NJW 1984, 1807; BGH NJW 1985, 1399. Vgl. zur Dokumentation der Aufklärung grundlegend *Laufs*, Arztrecht (1993), Rdnr. 455; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 338. Vgl. ferner bezüglich das amerikanische Recht *Roach*, Medical Records (1998), S. 62-86. Zum Beweis der Aufklärung durch Zeugen OLG München VersR 1991, 189; OLG Karlsruhe VersR 1988, 93, 94.

[179] Die Aufklärung über die Blutentnahme, die das Transfusionsgesetz vorsieht (§ 14 Abs. 1 TFG), kann beispielsweise in keine dieser Gruppen eingeordnet werden.

weswegen diese Aufklärung zum obligatorischen Inhalt der Dokumentationspflicht gehört[180] *ii) Therapeutische Aufklärung*: Der ärztliche Ratschlag, beispielsweise einen Facharzt zu konsultieren, ist nicht aufzeichnungspflichtig[181]. Der Arzt muß trotzdem im konkreten Fall - so wie der Arzt nach § 362 BGB die Durchführung des vereinbarten Eingriffs - die Erfüllung seiner therapeutisch indizierten Beratungspflicht nachweisen. Will der Arzt nicht beweisfällig bleiben, so wird er im eigenen Interesse entsprechende Krankenunterlagen führen müssen. *iii) Posttherapeutische Aufklärung*. Auch nach Behandlungsende ist der Arzt aus dem fortwirkenden Arztvertrag heraus verpflichtet, den Patienten darauf hinzuweisen und aufmerksam zu machen, welche Gefahren nach der Behandlung noch vorhanden sind und welcher Weg der günstigste ist, um potentielle Schadensauswirkungen zu begrenzen und zu beheben. Dieser Hinweis auf die posttherapeutische Gefahrenlage gehört auch in die Krankendokumentation und in den Arztbericht an den Überweisungs- oder Hausarzt des Patienten. So muß z.B. der Patient nach der Sistierung einer während der Darmoperation aufgetretenen Blutung darüber informiert werden, daß sich eine Darmperforation wegen der Therapiekomplikationen noch nachträglich ausbilden kann und daß in diesem Fall eine frühestmögliche Operation der günstigste Weg zur Begrenzung und Behebung der Schadensauswirkungen sei. Diese Hinweise gehören ebenfalls in die Krankendokumentation und in den Arztbericht an den Hausarzt des Patienten.[182]

---

[180] Vgl. *Gehle* in BGB-RGRK (12 Aufl. 1994) § 611, Rdnr. 334; *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S.76, 83; *Schmidt* NJW 1984, 2601, 2605f.; *Laufs*, Arztrecht (1993), Rdnrn. 176, 628.

[181] So OLG Braunschweig VersR 1980, 853, 855 aber mit falscher Begründung; vgl. auch *Bender*, VersR 1997, 918, 919-920.

[182] OLG Koblenz, MedR 2000, 37-40.

g) *Medikationsdaten*: Ein wichtiger Teil der Behandlung ist die Verschreibung von Medikamenten. Der Arzt soll nicht nur die Medikamente verschreiben, sondern auch ihre Dosierung und ihre Nebenwirkungen auf den Patienten festhalten. Ein Abweichen von Instruktionen des Herstellers muß immer dokumentiert werden. Je unerprobter, risikoreicher und je umstrittener ein Medikament ist, umso höher sind die Anforderungen an die Pflicht des Arztes, sie dokumentarisch zu erfassen.[183] Eine entscheidende Rolle bei der Verschreibung von Medikamenten spielt heutzutage die EDV-Archivierung. Medikamente für jede Krankheit können vom Computer (Expertensysteme) vorgeschlagen oder im Internet gesucht werden.[184]

h) *Transfusionsdaten*: Gemäß § 11 Abs. 1 TFG ist jede Spendeentnahme und die damit verbundenen Maßnahmen unbeschadet ärztlicher Dokumentationspflichten zu protokollieren. Nach § 14 Abs. 1 des gleichen Gesetzes hat die Dokumentation das Ergebnis der Blutgruppenbestimmung, soweit die Blutprodukte blutgruppenspezifisch verwendet werden, die durchgeführten Untersuchungen sowie die Darstellung von Wirkungen und unerwünschten Ereignissen zu umfassen.[185] Bei verwendeten Blutprodukten und Plasmaproteinen sind unverzüglich die Patientenidentifikationsnummer, Chargenbezeichnung, Pharmazentralnummer, das Datum und die Uhrzeit der Anwendung zu dokumentieren.[186]

---

[183] Vgl. *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823 BGB, Rdnr. 386.

[184] Vgl. *Schmitz,* Informationssysteme in Arztpraxen (1990), S. 174 ff; *Burger*, JAMA 278 (1997), 1380 ff. und *Schiff/Rucker*, JAMA 279 (1998), 1024-1029.

[185] Für die Einsichtnahme in eine Blutspenderdokumentation vgl. LG Düsseldorf NJW 1999, 873-874.

[186] Die Patientenidentifikationsnummer und die Pharmazentralnummer können alternativ durch andere Angaben ersetzt werden. Vgl. § 14 Abs. 2 Fall 1 und 3 TFG.

i) *Abrechnungsdaten*: In Bezug auf diese Daten, die die Rechnungslegung betreffen, ist die Rede von Entgelt- oder Abrechnungsdaten (§ 6 TDSV).[187] Sie sind normalerweise in einem gesonderten Teil der Akte enthalten und betreffen die Abrechnung der gegenüber dem Patienten erbrachten Leistungen.[188] Sie können vom Rechnungshof verlangt und geprüft werden. Falls sie über die ganze Akte verstreut sind, ist das Einsichtsrecht des Rechnungshofes auf die Patientenakte eingeschränkt.[189]

j) *Abschlußdaten*: Sie enthalten die Epikrise (abschließendes Urteil) und Prognose, Bemerkungen zur Arbeitsfähigkeit und zu Vertragsmaßregeln (Überweisungsscheine und Entlassungsberichte) und gegebenenfalls Sektionsprotokolle. Um eine Überprüfung zu ermöglichen, ob der Arzt die erforderlichen und nach den Regeln der Heilkunst gebotenen Empfehlungen gab, ist es jedoch notwendig, nichtbeachtete Ratschläge von Bedeutung zu vermerken.

Bloße ärztliche Vermutungen, ungesicherte Befunde und vorbereitende Erkenntnisse brauchen regelmäßig nicht dokumentarisch festgehalten zu werden.[190] Im Gegensatz dazu sollte eine Verdachtsdiagnose, die sich trotz eingeleiteter Behandlungsmaßnahmen später nicht bestätigt, dokumentiert werden.[191] Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes müssen die Krankenhäuser, wenn die Behandlungsunterlagen an andere Stellen herausgegeben wurden, über deren Verbleib Buch führen und dafür Sorge tragen, daß die Unterlagen

---

[187] Zur Rechnungslegung vgl. oben § 4 A I 2, S. 34 ff. d.v.A. Vgl. auch *Hobert* (1998), Datenschutz und Datensicherheit im Internet, S. 51 und § 6 TDSG.

[188] Vgl. LSG Nordrh.-Westf. MedR 2001, 103-105. Vgl. zu „financial data“ in den USA auch *Roach*, Medical Records (1998), S. 29.

[189] *Heintzen/Lilie*, NJW 1997, 1601, 1602. Vgl. BVerfG NJW 1997, 1633 f.

[190] *Laufs*, Arztrecht (1993), Rdnrn. 176, 628.

[191] *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 59, Rdnr. 10.

nach angemessener Zeit zurück zum Krankenhaus gelangen: die Bemühungen um Rückübersendung müssen entsprechned dokumentiert werden.[192] Es ist schließlich zu bemerken, daß die bei stationärer Behandlung gefertigten ärztlichen Aufzeichnungen ausführlicher und umfassender bei ambulanter Behandlung sind.[193]

2. Der fakultative Inhalt der ärztlichen Dokumentation

Sämtliche von der Dokumentationspflicht nicht erfaßten Daten können auch in der Krankengeschichte niedergelegt werden. Dies gilt für Routinemaßnahmen ebenso wie für andere bereits im Wege schriftlicher Anweisung festgelegten Pflegemaßnahmen, die nicht zum obligatorischem Inhalt der Krankenunterlagen gehören, aber fakultativ in Krankenblättern aufgeschrieben werden können.[194] Zum fakultativen Inhalt der ärztlichen Dokumentation gehören auch die persönlichen Notizen des Arztes, die nur zur Qualifizierung des Patienten gedacht sind, ohne therapeutisch notwendig zu sein; sie können schriftlich festgehalten werden. „Bei den nicht von der ärztlichen Dokumentationspflicht erfaßten fakultativen Daten ist insbesondere an persönliche Notizen des Arztes zu denken, die dieser vornehmlich aus wissenschaftlichen Erwägungen heraus festhalten und notieren wird. Dabei gilt es zu beachten, daß sich zum Teil Muß- und Kanndaten überschneiden können."[195] Im Rahmen dieser Abgrenzung zwischen Muß- und Kanndaten spricht man von einer *dualen Dokumentation*, die zulässig ist, soweit es das

[192] BGHZ 132, 47 ff. So auch *Giesen*, MedR 1997, 17, 20.

[193] Für diese Krankenunterlagen vgl. *Schmid*, NJW 1987, 681, 685.

[194] Vgl. *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S.124.

[195] *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S.124.

überwiegende Interesse der Behandlung des Patienten oder des Schutzes eines Dritten erfordert.[196]

Falls die Kanndaten konventionell angefertigt worden sind, sind sie nicht vom Bundesdatenschutzgesetz betroffen, weil dieses Gesetz nach § 1 Abs. 3 BDSG keine Anwendung auf personenbezogene Daten findet, die nicht zur Übermittlung an Dritte bestimmt sind und nicht in automatisierten Verfahren verarbeitet werden. Die persönlichen Notizen des Arztes sind in die sogenannten „internen“ Daten einzuordnen, die nicht zur Übermittlung an Dritte bestimmt sind. Diese Kanndaten unterliegen indes dem Datengeheimnis gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 5 BDSG.[197]

[196] Vgl. *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck, Handbuch (2001)*, § 59, Rdnrn. 9-10.

[197] Vgl. *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 85.

§ 5. Die Dokumentationspflichtverletzung im Arzthaftpflichtprozess

A. Einleitung

I. Beweisführungsgrundsätze

Von Ihering hat zu Recht behauptet, daß „der Beweis der Preis ist, um den die Rechte prozessual zu haben sind“.[198] Diesen Preis erbringt beim Arzthaftungsrecht der Patient, um seine Ansprüche zu verwirklichen, weil die Faustregel *„ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat“*[199] auch hier gilt. Demgemäß hat der Kläger (Patient) zu beweisen, daß die Tatbestandsmerkmale derjenigen Norm verwirklicht sind, auf die er sein Begehren stützt. Mit anderen Worten: Der Kläger trägt die Beweislast. Dabei regelt die Beweislast die Situation, in der eine bestrittene Tatsache nicht zur Überzeugung des Gerichts führen kann, weil entweder ein Beweis nicht angetreten oder nicht erbracht wird. Derjenige, der in diesem Fall des *non liquet* die Beweislast trägt, verliert den Prozeß.[200] Das bedeutet, daß er im Prozess unterliegt, wenn der Beweis

---

[198] *v. Ihering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 7. Aufl. (1924), 3. Teil, A. Abt. § 55, S. 206.

[199] „Dem obliegt der Beweis, wer etwas behauptet, und nicht wer etwas verweigert“. Dig. 22, 3, 2. Vgl. zum französischen Recht Art. 1315 CC, zum italienischen Recht Art. 2679 CC, zum griechischen Recht Art. 338 grZPO. Vgl. zum französischen Recht *Cass. 1er civ*., 9 nov. 1999, D. 2000, Jurisp., S. 118 ff mit Anm. von *P. Jourdain; P.Leveneur*, Contrats-Concurrence-Consommation, Mai 1997, Chr., S. 4. Zum deutschen Recht vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottland,* ZivilprozeßR (1993)*,* § 117 II.

[200] Vgl. *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 291f.. Zum „non liquet“ bei Dokumentationspflichtverletzung vgl. die instruktive Anm. *Giesen,* MedR 1988, 23 f. zum BGH-Urteil abgedruckt in BGHZ 99, 391, 395 = NJW 1987, 1482 ff. = MedR 1987, 238 ff. = VersR 1987, 1089 ff. (fehlender Lungenbefund).

scheitert.[201] Im Arzthaftungsprozeß trägt normalerweise der Patient die Beweislast für die von ihm vorgebrachten Tatsachen.[202]

II. Abweichungen im Arzthaftpflichtprozess

In Sonderfällen wird die Beweislast erleichtert oder umgekehrt. So weisen die *§§ 282, 831 Abs. 1 S. 2 BGB* dem Schuldner die Beweislast bezüglich des Verschuldens zu. Darüber hinaus trägt der Schuldner einer erfolgsbezogenen Pflicht die Beweislast auch hinsichtlich der Kausalität seines Verhaltens. Die Regelungen über die Beweislastumkehr weisen durch die richterliche Rechtsfortbildung im Arztrecht – in Abweichung von den allgemeinen Regeln – einige rechtstatsächliche Besonderheiten auf. Die grundlegende Besonderheit des Arzthaftungsprozesses ist *die Atypik der menschlichen Konstitution,*[203] die sich für denjenigen, den die objektive Beweislast trifft, erschwerend auswirkt. Die körperliche Verfassung eines jeden Patienten ist eigenartig und insofern unbeherrschbar. Dies bereitet besonders Schwierigkeit dem Arzt, der im Falle einer Beweislastumkehr über die Kausalität wegen der Eigentümlichkeit der menschlichen Konstitution nicht beweisen kann, daß der Schaden seines Patienten nicht durch seine Handlung, sondern durch andere unbeherrschbare Umständen verursacht wurde. Mit Rücksicht auf diese Besonderheit des Arztrechts führte eine häufige Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität zur Erfolgshaftung. Um den Gesundheitszustand im Einzelfall beweisen zu können,

---

[201] Vgl**.** BGH NJW 1973, 2208.

[202] Für die Beweisführung im Arzthaftungsrecht vgl. *Deutsch*, Medizinrecht (1999), Rdnr. 301 und *Laufs* in *Uhlenbruck/Laufs,* Handbuch (1999), § 107; vgl. ferner *Steffen/Dressler,* Arzthaftungsrecht (1999), Rdnrn. 578 ff., *Gräfin v. Strachwitz-Helmstatt* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 132 ff.

[203] Ausführlich für diesen und die anderen Gründe der Ablehnung der Anwendung des § 282 BGB im Arztrecht *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S. 189-190; *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 107, Rdnrn. 1-9. Zur Problematik bezüglich der Beweisschwierigkeiten beim Arzthaftungsprozeß und eine Beweislastumkehr in Frankreich vgl. *Leveuner,* Contrats-Concurrence-Consommation, Mai 1997, Chr. S. 4.

müßte der Arzt jede Einzelheit seines Handelns dokumentarisch absichern, was die Effektivität und Zügigkeit seines Eingriffs lähmte. „Schon aus diesen Gründen erscheint nachvollziehbar, daß kaum ein anderer Lebenssachverhalt so häufig von einer non-liquet-Situation geprägt ist wie gerade das Arzt-Patienten-Verhältnis“.[204]

Ein weiterer Unterschied zwischen dem Arzthaftungsprozeß und anderen Schadensersatzprozessen besteht darin, daß die zu beweisenden Geschehensabläufe nur *selten ex post nachvollziehbar* sind. Deswegen kennzeichnen *spezifische Beweisnöte auf beiden Seiten* den Arzthaftungsprozeß.[205] Aufgrund der Atypik der menschlichen Konstitution und der schwierigen Nachvollziehbarkeit von Geschehensabläufen ist die ständige Ablehnung einer Anwendung des § 282 BGB aus der Rechtsprechung zu rechtfertigen.[206] Nach Ansicht des *Bundesgerichtshofs*[207] ist „im Bereich des typischen ärztlichen Handelns in der Regel kein Raum für eine Anwendung der Vorschrift des § 282 BGB“.[208]

---

[204] *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S. 189.

[205] Hierbei ist die wichtige Rolle der Dokumentation zu betonen, weil meistens nur der Arzt die notwendige Beweise (Krankenunterlagen) erhält. Siehe *Bittner*, Die virtuelle Patientenakte (2001), S. 28 ff.

[206] § 282 ist allerdings anwendbar im Hinblick auf voll beherrschbare Nebenpflichten. Vgl. *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 292.

[207] BGH NJW 1980, 1333 (Ursächlichkeit versäumter ärztlicher Aufklärung für Einwilligungsentschluß); ebenso BGH NJW 1981, 2002, 2004 = VersR 1981, 730, 732 (vollständiger Operationsbericht zur Tubensterilisation).

[208] Vgl. auch *Gaupp*, Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse (1969), S. 67; *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 108, Rdnrn. 1-5 mit zahlreichen Beispielen. Kritisch hierzu *Giesen*, der § 282 BGB auch im Arzthaftungsrecht großzügiger zur Anwendung bringen möchte. Vgl. *derselbe* in JZ 1982, 448, 451 sowie in JZ 1990, 1053, 1062.

III. Beweiserleichterungen je nach Fallkonstellation

Ausnahmsweise können *Beweiserleichterungen* bis hin zur Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht angenommen werden. Die Beweislast wird grundsätzlich in zwei Fällen umgekehrt: a) entweder, wenn sich die zu beweisenden Tatsachen ganz im Bereich des Gegners zugetragen haben (so z.B. Verletzung von Berufspflichten), oder b) wenn von ihm Beweismittel manipuliert worden sind (so z.B., wenn die Dokumentation mangelhaft ist oder vereitelt wurde).[209] In die zweite Kategorie werden die Dokumentations- und Befundsicherungspflichtverletzung eingeordnet.[210] Der grobe ärztliche Behandlungsfehler, die Aufklärungspflichtverletzung und die voll beherrschbaren Risiken, die durch die Rechtsprechung entwickelten Kategorien von Beweisbegünstigungen darstellen, werden in die erste Kategorie eingestuft.[211]

Es ist einfach, die Kategorie der „Dokumentationspflichtverletzung“ von den Kategorien der „Aufklärungspflichtverletzung“ und von derjenigen der „voll beherrschbaren Risiken“ zu unterscheiden**.** Es ist jedoch nötig, zwischen grobem Behandlungsfehler und Dokumentationspflichtverletzung eine Grenze zu ziehen, weil beide gegebenenfalls zu gleichen Rechtsfolgen führen

---

[209] Vgl. s.a. *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen (1995), Rdnrn. 506-508, mit Beispielen aus dem Arztrecht.

[210] Die Befunderhebungs- und Befundsicherungspflichtverletzung können nicht als fünfte eigene Kategorie ausgestaltet werden, weil sie überwiegend Ähnlichkeiten mit der Dokumentationspflichtverletzung haben.

[211] Vgl. für die Beweislast im Arztrecht *Baumgärtel,* FS Bruns (1980), S. 93-109; *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch (2001), § 107, Rdnrn. 4 ff. *Müller*, NJW 1997, 3049-3056. Vgl. auch für die Beweislastumkehr im allgemeinen *Belling/Riesenhuber*, ZZP 1995, 455-456*, Baumgärtel*, Handbuch (1991), Band 1, § 282 Anh. C II, Rdnr. 20. Vgl. auch die französische Literatur dazu *Leveuner,* Contrats-Concurrence-Consommation, Mai 1997, Chron., S. 4.; *Viney/Jourdain*, JCP 1997**,** ed. G, I. 4016**,** S. 182 f, 186**;** *Sargos***,** D. Sirey 1996, Chron. S. 365, 367, 370; Cass. 1er civ., 9 nov. 1999, D. 2000, Jur. S. 118 ff mit Anm. von P. *Jourdain*.

können.[212] Mit dieser schwierigen Abgrenzung setzt sich das folgende Kapitel auseinander.

B. Abgrenzung zwischen grobem Behandlungsfehler und Dokumentationspflichtverletzung

I. Notwendigkeit klarer Grenzen

Bevor man sich mit den beweisrechtlichen Folgen der Dokumentationspflichtverletzung befaßt, ist eine Grenzziehung zwischen „grobem Behandlungsfehler“[213] und „Dokumentationspflichtverletzung“ notwendig. Der Bundesgerichtshof hat diese Notwendigkeit schon lange betont. Dabei erörterte er, daß die beweisrechtlichen Konsequenzen wegen einer unzulänglichen ärztlichen Dokumentation nicht unter die Grundsätze fallen, „die die Rechtsprechung für den Nachweis der Schadensursächlichkeit eines groben Behandlungsfehlers entwickelt hat“, *sondern „eigenen Grundsätzen*

[212] BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2338 (Dokumentationsurteil). Vgl. auch BGH NJW 1981, 2002; VersR 1981, 730 (vollständiger Operationsbericht zur Tubensterilisation); BGHZ 99, 391, 395 f. = NJW 1987, 1482 f. = MedR 1987, 238 = VersR 1987, 1089 f. (fehlender Lungenbefund); BGHZ 132, 47ff = NJW 1996, 1589ff = VersR 1996, 633 ff = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 (fehlendes EKG); OLG Düsseldorf, VersR 1997, 748,. Umfangreiche Verweisungen zur Rechtsprechung zum Thema „beweisrechtliche Folgen der Dokumentationslücken“ in *Steffen/Dressle*r, Arzthaftungsrecht (1999), Rdnr. 465. Vgl. auch in der Literatur *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 111, Rdnrn. 4 -12, mit weiteren Verweisungen.

[213] Zur Beweislast und der Schadenszufügung beim groben Behandlungsfehler vgl. instruktiv *Deutsch*, Medizinrecht (1999), Rdnrn. 302-304 und ausführlicher *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001*)*, § 110. Zum fahrlässigen Behandlungsfehler im Strafrecht vgl. *Müller*, DRiZ 1998, 159 ff und *Schreiber*, ZaeFQ 1998, 568, 571 ff m.w.N.. Vgl. ferner *Steffen/Dressler,* Arzthaftungsrecht (1999), Rdnrn. 128-320 im Anschluß an die neueren Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung.

folgen".[214] Diese Abgrenzung zwischen den beiden Kategorien bleibt jedoch nach wie vor unklar.[215]

Die Fallgruppe „grober Behandlungsfehler" ist vom Begriff „Behandlungsfehler" zu unterscheiden. Jener führt zu Beweiserleichterungen, dieser nicht. Die Dokumentationspflichtverletzung indiziert, daß ein Behandlungsfehler geschehen ist.[216] Trotzdem führt diese Erkenntnis nicht zu Beweiserleichterungen. Der „Behandlungsfehler" kann lediglich dann zu Beweiserleichterungen führen, wenn er vom Gericht als „grob" gekennzeichnet wird. Nur in diesem Fall nimmt der Richter Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten vor. „Grober Behandlungsfehler" ist eine Beweisfigur, die „zu Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr" führt.

II. Abgrenzungshindernisse

1. „Innerer Zusammenhang"

Die Schwierigkeit, die beiden Beweisfiguren voneinander zu unterscheiden, liegt zunächst darin, daß der Behandlungsfehler des Arztes im Regelfall durch seine Dokumentationspflichtverletzung bewiesen wird. Der Kläger versucht den Richter dadurch zu überzeugen, daß der Arzt ihn während der Behandlung unsorgfältig behandelt habe, weil er seine Nebenpflicht zur vollständigen Dokumentation verletzte. Es wird infolgedessen darauf eingegangen, ob ein

---

[214] BGHZ 72, 132, 139 = BGH NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil). Ebenso BGH NJW 1993, 2375 ff. = VersR 1993, 836 ff. (Sudeck-Syndrom).

[215] BGHZ 132, 47 ff. = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633 (fehlendes EKG). Vgl. auch die kritische Anm. v. *Laufs* zu diesem Urteil in LM 1996, § 823 (Aa) BGB, Nr.164. Demgemäß wird in diesem Urteil „das Gewicht der Befunderhebung und –sicherung als selbständige Beweisfigur durch deren Verbindung mit den Regeln zum groben Fehler relativiert". Vgl. *Kern,* MedR 1983, 135, 137; *Sick*, Arzthaftpflichtprozeß (1985), S. 77; *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S. 98-99 und die zustimmende Anm. von *Matthies* zum BGH-Urteil NJW 1983, 333, 335.

Behandlungsfehler vorhanden ist. *Baumgärtel*[217] spricht insofern von einem „inneren Zusammenhang“ zwischen dem Nachweis des Behandlungsfehlers und der Dokumentation des Behandlungsverlaufs, als die Dokumentationspflichtverletzung das unsorgfältige Verhalten des Arztes und damit seinen Behandlungsfehler indiziert.[218] Diese enge Beziehung zwischen den beiden Begriffen im Arzthaftungsprozeß ist durch die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung nachhaltig belegt, indem „eine lückenhafte Dokumentation zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhanges führt, wenn die Dokumentationslücke einen groben Behandlungsfehler indiziert, der als solcher die Grundlage für Beweiserleichterungen bildet.[219] Diese Festlegung verstärkt die schon betonte Unklarheit hinsichtlich der Grenzen zwischen den Fällen der Dokumentationspflichtverletzung und dem groben Behandlungsfehler.[220]

2. Gleiche beweisrechtliche Folgen

Der zweite Grund für die evidente Unklarheit liegt in der Festlegung der neueren Rechtsprechung, derzufolge in einigen Fällen eine unvollständige oder lückenhafte Dokumentation (bzw. Befunderhebung) die gleichen

---

[216] BGHZ 72, 132, 139 = NJW 1978, 2337, 2338 = LM § 282 ZPO Nr. 29 (Dokumentationsurteil);

[217] *Baumgärtel*, FS Bruns (1980), S. 93, 108.

[218] Vgl. auch *Mertens* MünchKomm, § 823 BGB, Rdnr. 414: „In Bezug auf den Kausalzusammenhang führt ein Verstoß gegen Dokumentationspflichten prinzipiell nur dann zu einer Beweiserleichterung, wenn ein grober Behandlungsfehler indiziert ist“. *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch, (1999), § 110, Rdnr. 15 erörtert den Zusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die Befunderhebungspflicht und dem grobem Behandlungsfehler.

[219] BGH NJW 1999, 3408 f. = VersR 1999, 1282 f. LM § 823 BGB Nr. 186 (zu spät erkannte Osteitis). So auch BGHZ 132, 47 ff. = NJW 1996, 1589 ff. = VersR 1996, 633 ff. = LM § 823 BGB Nr. 164 (fehlendes EKG); BGH NJW 1999, 860, 861 (Verkennung des Kreatininwerts).

[220] Vgl. Anm. von *Laufs* in LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 (fehlendes EKG).

beweisrechtlichen Folgen wie der grobe Behandlungsfehler habe.[221] Dies wurde in den Fällen „Nervus Radialis“, „EKG“, „Kreatininwert“ und „Osteitis“ angenommen.[222] Nachfolgend werden die Hauptunterschiede zwischen den beiden Beweisfiguren geschildert, um die Grenze zwischen ihnen leichter zu erkennen. Im Anschluß daran werden einige Ausnahmefälle, in denen sich die gleichen Rechtsfolgen aus Dokumentationspflichtverletzung und grobem Behandlungsfehler ergeben, erörtert.

III. Unterschiede zwischen den beiden Beweisfiguren

1. Verschiedene Rechtfertigungsgründe für die Beweiserleichterungen

Damit die Grenzziehung zwischen den beiden Beweisfiguren deutlich wird, muß zunächst Klarheit darüber gewonnen werden, welche der innere Rechtfertigungsgrund für die Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten ist. Grund dieser Erleichterungen ist im Falle des groben Behandlungsfehler die Erschwernis für den Patienten, sich zu informieren, welche Fehler bei der Behandlung aufgetreten sind (Aufklärungserschwernis).[223] Der Arzt hat hier im

---

[221] So BGHZ 132, 47 ff. = NJW 1996, 1589 f. = VersR 1996, 633 ff =LM § 823 BGB Nr. 164 (fehlendes EKG); BGH NJW 1999, 860, 861 (Verkennung des Kreatininwerts); vgl. auch unten § 5 C S. 77 d.v.A. Anders OLG Saarland, MedR 1999, 181-183. In diesem Urteil steht, daß die Nichterhebung von Befunden keinen groben Behandlungsfehler darstelle, wenn der dokumentierte Gesundheitszustand bei einer Nachuntersuchung keine Zweifel an der Richtigkeit der ursprünglichen Diagnose aufwerfe.

[222] BGH NJW 1989, 2330 f. = MedR 1989, 195 f. = ArztR 1989, 327 f. = VersR 1989, 512 f. (fehlende Dokumentation einer Nichtfreilegung des Nervus Radialis); BGHZ 132, 47 ff. = NJW 1996, 1589 ff. = VersR 1996, 633 ff = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 (fehlendes EKG); BGH NJW 1999, 860, 861 (Verkennung des Kreatininwertes); BGH NJW 1999, 3408, 3409 = LM § 823 BGB Nr. 186 (zu spät erkannte Osteitis). Vgl. auch besonders bezüglich der Beweissicherungspflichtverletzung LG Karlsruhe NJW-RR 1991, 124, 126.

[223] Bezüglich dieser Erschwernis für den Patienten vgl. auch oben § 5 A II, S. 65 ff. So auch BGH NJW 1999, 3408, 3409 = LM § 823 Nr. 186 (unvollständiger Operationsbericht). Falls bei einer Dokumentationspflichtverletzung das Aufklärungserschwernis als Grund der Beweiserleichterung erwähnt wird, betrifft diese Erleichterung den

Regelfall durch einen schwerwiegenden Verstoß gegen die anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst eine Lage geschaffen, die nicht erkennen läßt, wie sich der Gesundheitszustand des Patienten bei sachgerechter Behandlung entwickelt hätte. Er ist daher „näher daran", mit dem Beweisrisiko belastet zu werden als der Patient. Mit der Formulierung „näher daran" wird zur Grundlegung der Beweislastumkehr freilich nicht auf die Gefahrenbereichslehre zurückgegriffen. Die wertungsmäßige Grundlage der Beweislastumkehr ist vielmehr „die gerechte Interessenabwägung".[224]

Dieser Rechtfertigungsgrund der Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten wird auch neuerdings in dem Urteil von 27.1.1999 des *Oberlandesgerichts Hamm*[225] anerkannt. Im Sachverhalt dieses Urteils ging es um die mißlungene Sterilisation einer verheirateten Frau, die zur Geburt zweier Mädchen führte. Der beklagte Frauenarzt behauptete, er habe die Sterilisation fehlerfrei vorgenommen. Sollte das zur Sterilisation benutzte Gerät defekt gewesen sein, treffe ihn kein Verschulden, weil er dies nicht habe erkennen können. Dem *Oberlandesgericht* zufolge *konnte das Gegenteil nur dann bewiesen werden, wenn der Bauch der Klägerin geöffnet werde*, um Feststellungen darüber treffen zu können, ob die Verkochung des Eileitergewebes ausreichend gewesen sei. „Eine gerichtliche Anordnung, eine solche Maßnahme durchführen zu lassen, verbiete sich angesichts der mit einem solchen Eingriff verbundenen Gefahren für Leben und Gesundheit der

Kausalszusammenhang und nicht das objektive Fehlverhalten des Arztes. Insofern sind die Folgen identisch wie bei einem grobem Behandlungsfehler, und die Grenzen zwischen den beiden Kategorien werden schwer erkennbar. Vgl. BGHZ 99, 391, 398 f. = NJW 1987, 1482, 1484 = MedR 1987, 238, 240 = VersR 1987, 1089, 1091 (fehlender Lungenbefund) und dazu instruktive Anm. *Giesen*, MedR 1988, 23 ff.

[224] *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnr. 487 m.w.N. Anders *Deutsch*, FS Lange (1992), S. 441, der auf die Normzwecklehre zurückgreift.

[225] OLG Hamm NJW 1999, 1787.

Klägerin."[226] *Hierbei wird deutlich, welche* Darlegungs- und *Aufklärungserschwernisse für den Patienten auftauchen können*. Deshalb ist nach „gerechter Interessenabwägung" eine Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes gerechtfertigt.[227] Dem Berufungsgericht zufolge muß der Arzt beweisen, daß der Elektrokauter nicht ordnungsgemäß funktioniert habe. Dann kann ihm eine schuldhafte fehlerhafte Behandlung nicht nachgewiesen werden. Andererseits gehört das ordnungsgemäße Funktionieren des Elektrokauters zu dem Bereich, dessen Gefahren ärztlicherseits voll ausgeschlossen werden können und müssen. Will der Arzt dahingehend eine Haftung vermeiden, so muß er darlegen und beweisen, daß ihm das Nichtdokumentieren des Gerätes nicht erkennbar und nicht zu vermeiden war.[228]

Der Rechtfertigungsgrund der Beweiserleichterungen ist ein anderer bei der Dokumentationspflichtverletzung: die potentielle Beweisvereitelung (Abbildung 2).[229] Der wegen der Dokumentationspflichtverletzung beklagte Arzt kann beweisrechtlich belastet werden, wenn er mit größter Wahrscheinlichkeit den ursprünglichen Inhalt der Dokumentation geändert hat.[230] Diese Änderung

---

[226] OLG Hamm NJW 1999, 1787.

[227] So auch *Baumgärtel*, Handbuch (1991), Rdnr. 489; demnach sei eine Beweislastumkehr nur dann gerechtfertigt, „wenn sich die Beweissituation des Patienten gegenüber derjenigen, die bei ordnungsgemäßer Dokumentation vorhanden gewesen wäre, verschlechtert hat".

[228] Zum Organisationsverschulden vgl. Laufs, Arztrecht (1993), Rdnrn. 532 ff. und 622; *Giesen*, Arzthaftungsrecht (1995), Rdnrn. 168 ff. und *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 102, Rdnrn. 1 ff.

[229] Vgl. Taupitz, ZZP 100 (1987), 287, 299-304.

[230] Vgl. *Susallek* in *Geis*, Das Digitale Dokument (1995), S. 66. Vgl. auch BGH NJW 1988, 2949ff. für den Zusammenhang zwischen Beweiserleichterungen wegen Dokumentationslücken und der von diesen Lücken ausgehenden Aufklärungserschwernis für den Patienten. Kritisch *Hanau*, FS Baumgärtel (1990), S. 121, 135 m.w.N auf BGB-Rechtsprechung. Er wendet sich gegen die Beschränkung der Dokumentationspflicht auf das „theoretisch Notwendige".

der Dokumentation wurde in dem Veress-Nadel-Fall[231] nicht vermutet. Nach einem mißlungenen Versuch, eine laparoskopische Tubensterilisation durch Zuführung von Gas in die Bauchhöhle bei der Patientin durchzuführen, erlitt sie einen Kreislaufkollaps mit Herzstillstand. Das OLG München ging hierbei davon aus, Beweiserleichterungen zugunsten der für den behaupteten Behandlungsfehler beweispflichtigen Patientin seien außer Betracht zu lassen, obwohl eine Dokumentation über die Zuführung von Gas in die Bauchhöhle fehle. Die Begründung war, daß das Gas nicht in die Bauchhöhle einfloß. Der Weigerung des Gerichts, Beweiserleichterungen zugunsten der Patientin anzuwenden, ist voll zuzustimmen, weil der innere Rechtfertigungsgrund von Beweiserleichterungen aufgrund einer Dokumentationspflichtverletzung fehlte: Eine potentielle Beweisvereitelung ist auszuschließen, solange kein Dokument oder keine Aufnahme vorhanden war. D.h., daß eine Beweisvereitelung in diesem Fall unmöglich war, weil der Gegenstand der Beweisvereitelung fehlte. Beweiserleichterungen wären dann anzunehmen, wenn medizinisch erforderliche Unterlagen nicht angeschafft wurden, um dem Patienten Aufklärungserschwernisse zu bereiten.[232] Insofern vertritt *Baumgärtel* die Meinung, eine Beweiserleichterung sei nur dann gerechtfertigt, wenn sich die Beweissituation des Patienten gegenüber derjenigen, die bei ordnungsgemäßer Dokumentation vorhanden gewesen wäre, verschlechtert habe.[233]

Demgemäß ist die Dokumentation vollständig. Die Begründung für die Nichtanwendung der Beweiserleichterungen wegen Dokumentations-pflichtverletzung ist, daß keine Aufklärungserschwernis bezüglich des

---

[231] OLG München NJW 1992, 2973 .

[232] Zum Thema des medizinischen Wertes der Dokumentation vgl. oben § 4 A I 1, S. 31 ff. d.v.A. Zu Beweiserleichterungen je nach medizinischem Wert der fehlenden Unterlagen vgl. unten § 5 D, S. 87 ff. d.v.A.

[233] *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnr. 489.

Sachverhalts zu Lasten des Patienten durch diese konkrete Unterlassung bei der Anfertigung der Dokumentation existiert.[234]

2. Die Beweiserleichterungen betreffen andere Tatbestandsvoraussetzungen

Der zweite Unterschied zwischen den beiden Kategorien besteht darin, daß sie zum Beweis jeweils anderer Tatbestandsvoraussetzungen des § 823 BGB führen. Bei *groben*[235] *Behandlungsfehlern* wird die Beweislast zu Lasten des Arztes umgekehrt und der Patient *von der Beweisführung bezüglich des Kausalzusammenhangs* zwischen Behandlungsfehler und eingetretener Körperverletzung *befreit* (haftungsbegründende Kausalität).[236] Der Arzt findet sich dann in einer schwierigen Lage, weil er das Gericht davon überzeugen muß, daß der eingetretene Schaden mit Sicherheit nicht durch seine Tätigkeit verursacht wurde.[237] So hat z.B. nicht der Patient, sondern der Arzt zu beweisen, daß ein in der Nähe des Harnblasenausgangs zurückgelassener Tupfer nicht zum verzögerten Wundheilungsverlauf und Harnwegsinfekt

---

[234] Vgl. OLG Frankfurt, AHRS C, S. 67, 70. Demgemäß „sind Beweiserleichterungen dann und soweit geboten, als nach richterlichem Ermessen dem Patienten die volle Beweislast für einen Arztfehler angesichts der ärztlichen Dokumentationsversäumnisse nicht mehr zugemutet werden kann".

[235] Wollte man die Beweislast für den Kausalzusammenhang bei Vorliegen eines jeden, auch des einfachen Behandlungsfehlers zum Nachteil des Arztes umkehren, so käme dies im Ergebnis einer Erfolgshaftung des Arztes nahe. So auch *Baumgärtel* FS Bruns (1980), S. 93, 97. *Deutsch* benutzt das Adjektiv „schwer" statt „grob" für Behandlungsfehler; *Deutsch*, Medizinrecht (1999), Rdnr. 314.

[236] Vgl. *Baumgärtel*, FS Bruns (1980), S. 93, 94-98; *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 110, Rdnrn. 1-3, 6 und 15; *Borchert*, CR 1993, 718, 719; *Müller*, NJW 1997, 3049, 3052 f.. Vgl. auch BGH NJW 1999, 862-863 und OLG Köln VersR 1998, 1026. Allerdings kann allein aus Dokumentationsversäumnissen eine Beweiserleichterung für den Patienten für den Ursachenzusammenhang zwischen einer Behandlungsmaßnahme und dem geltend gemachten Gesundheitsschaden unmittelbar nicht hergeleitet werden.

[237] *Baumgärtel*, FS Bruns (1980), S.93, 96-98. Vgl. auch *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch, (1999), § 110, Rdnr. 13 und *Müller*, NJW 1997, 3049, 3052-3053.

geführt hat (Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und eingetretener Körperverletzung).[238]

Im Gegensatz dazu führen die Beweiserleichterungen im Rahmen *der Dokumentationspflichtverletzung* nicht zur Annahme der Kausalität, sondern zur Annahme *des Unterlassens der erforderlichen Aufnahmen und der therapeutischen Maßnahmen*. Dadurch wird auf das objektive Fehlverhalten des Arztes geschlossen *(Behandlungsfehler)*.[239] Dementsprechend kann eine Dokumentationspflichtverletzung dazu führen, daß auf das unsorgfältige ärztliche Verhalten und damit einen Behandlungsfehler geschlossen wird. So *indizieren* z.B. Mängel der ärztlichen Dokumentation bezüglich des Operationsberichts über eine Entfernung von Osteosynthesematerial am Oberarmknochen den Operationsfehler hinsichtlich der Schädigung des Nervus radialis.[240] Diese Erleichterung der Beweisführung hinsichtlich des Behandlungsfehlers durch die Dokumentationspflichtverletzung gilt aber nicht in umgekehrter Richtung.

Der Dokumentationsmangel darf also mit der Fallgruppe „grober Behandlungsfehler“ nicht verwechselt werden, sondern muß als einziger Grund für die Beweiserleichterungen und gegebenenfalls für die Beweislastumkehr erachtet werden. Beide Beweisfiguren haben verschiedene Rechtfertigungsgründe und Tatbestandsvoraussetzungen.

---

[238] Vgl. OLG Köln, VersR 1988, 140-141.

[239] So *Giesen*, Arzthaftungsrecht (1995), Rdnrn. 420, 424 und *Frahm/Nixdorf,* Arzthaftungsrecht (1996), S. 90, Rdnr. 124. Zur Annahme eines objektiven Fehlverhaltens im Falle einer Dokumentationspflichtverletzung vgl. auch BGHZ 132, 47, 52 ff. = NJW 1996, 1589 f. = VersR 1996, 633 f. = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 m. krit. Anm. *Laufs* (fehlendes EKG); BGH NJW 1998, 1780; BGH NJW 1998, 1782; BGH NJW 1999, 860, 861 II 3 b (unterlassene Überprüfung des Kreatininwertes).

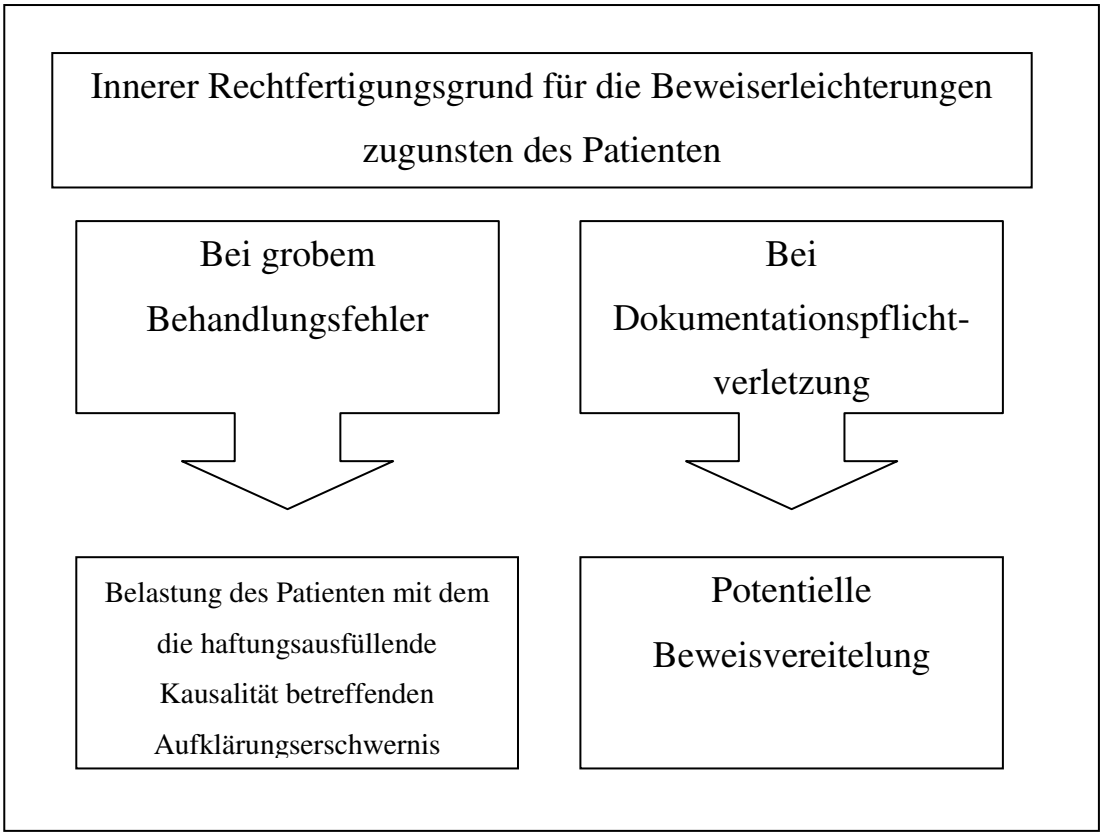


Abbildung 2: Rechtfertigungsgrund der Beweiserleichterung

C. Ausnahmefall: Beide Kategorien führen zu gleichen Rechtsfolgen

Rechtsprechung[241] und Literatur[242] unterstreichen, daß die Dokumentationspflichtverletzung zu Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr nur

[240] Vgl. BGH NJW 1989, 2330 f. = MedR 1989, 195 f. = ArztR 1989, 327 f. = VersR 1989, 512 f. (fehlende Dokumentation einer Nichtfreilegung des Nervus Radialis).

[241] So BGHZ 99, 391, 399f; BGH NJW 1989, 2330 ff; BGH NJW 1993, 2375 ff; OLG Frankfurt/M. VersR 1992, 578 ff. Abweichend BGHZ 132, 47 ff. = NJW 1996, 1589 ff. = VersR 1996, 633 ff. = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 m. krit. Anm. *Laufs* (fehlendes EKG); BGH NJW 1999, 860-862 = MDR 1999, 36-37 = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 181

hinsichtlich des objektiven Fehlverhaltens des Arztes führen kann. Eine Beweiserleichterung hinsichtlich des Kausalzusammenhanges zwischen ärztlichem Verhalten und Körperverletzung sei völlig ausgeschlossen. Sonst wären die Rechtsfolgen bei einer Dokumentationspflichtverletzung identisch mit denen bei einem grobem Behandlungsfehler.[243] Trotzdem wird im Folgenden aufgeführt, daß in zwei Ausnahmefällen beide Begriffe die gleiche Rechtsfolge haben, und zwar eine die Kausalität betreffende Beweiserleichterung.[244] Während der erste Fall in der Literatur verankert ist, entstammt der zweite Fall der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung. In beiden Fällen sind die Rechtsfolgen die gleichen wie bei einem groben Behandlungsfehler, da sie zur Beweislastumkehr bei der Kausalität führen.

I. Dokumentationspflichtverletzung bei sukzessiver Arztbehandlung

Heutzutage ist die sukzessive Arztbehandlung angesichts der hochgradigen Arbeitsteilung im medizinischen Sektor üblich. Hierbei verläßt sich und darf sich der nachbehandelnde Arzt auf die Vollständigkeit der von seinen Vorbehandelnden und ärztlichen Kollegen geführten Unterlagen verlassen. Falls die vom vorbehandelnden Arzt empfangenen Unterlagen jedoch mangelhaft sind und es dadurch aufgrund einer unnötigen oder falschen Therapie zu einem vermeidbaren Gesundheitsschaden kommt, gewinnt der Dokumentationsmangel für den Nachweis nicht des objektiven Fehlverhaltens,

(unterlassene Überprüfung des Kreatininwertes); BGHZ 138, 1 ff. = NJW 1998, 1780 ff. = VersR 1998, 457 ff. (nicht erkannte Netzhautablösung).

[242] Vgl. s. a. *Laufs* in *Uhlenbruck/Laufs*, Handbuch (1999), § 111, Rdnr. 4, der zu Recht auch Ausnahmen zu dieser Regel annimmt.

[243] So BGHZ 72, 132, 139 f = NJW 1978, 2337, 2339 (Dokumentationsurteil). Anders BGH NJW 1989, 2330 f. = MedR 1989, 195 f. = ArztR 1989, 327 f. = VersR 1989, 512 f. (fehlende Dokumentation einer Nichtfreilegung des Nervus Radialis).

[244] Vgl. *Baumgärtel*, FS Bruns (1980), S. 93, 96-97.

sondern des Ursachenzusammenhanges Bedeutung. Der Prozess vor dem Gericht wird dann folgendermaßen geführt:

1. Nachbehandelnder Arzt wegen groben Behandlungsfehlers verklagt.

Der nachbehandelnde Arzt kann einreden, daß er sich auf die falsche ärztliche Dokumentation des vorbehandelnden Arztes verlassen und deshalb eine falsche Therapie angewendet hat. Er muß deshalb das Gericht davon überzeugen, daß er den Patienten anders behandelt hätte, falls er über eine vollständige Dokumentation verfügt hätte. Falls das Gericht von seiner Darstellung überzeugt sein sollte, wird die Klage gegen den Arzt abgewiesen.

2. Vorbehandelnder Arzt wegen Dokumentationspflichtverletzung angeklagt.

Hierbei gilt die Faustregel, daß der Kläger außer dem Schaden auch das objektive Fehlverhalten und den Kausalzusammenhang beweisen muß. Der Schaden ist einfach zu beweisen. Für den Beweis des objektiven Fehlverhaltens ist die ärztliche Dokumentation notwendig. Falls diese Dokumentation vorliegt, ist das Vorhandensein oder Fehlen einfach zu beweisen. Falls sie aber fehlt, ist nicht von einer Beweiserleichterung zu Lasten des vorbehandelnden Arztes auszugehen, weil nicht der nachbehandelnde Arzt, sondern er für das Fehlen der Dokumentation einstehen muß. Dieser Dokumentationsmangel bereitet dem Patienten große Aufklärungserschwernisse, sofern er den Ursachen-zusammenhang betrifft. Es wäre für ihn unmöglich, das Gericht davon zu überzeugen, daß die mangelnde Dokumentation des erstbehandelnden Arztes kausal zum Behandlungsfehler des nachbehandelnden Arztes geführt hat. Deshalb soll er von einer Beweisführung hinsichtlich dieses Ursachenzusammenhangs entlastet werden. Beweiserleichterungen bis hin zur

Beweislastumkehr bezüglich der haftungsausfüllenden Kausalität sind insofern gerechtfertigt.

Die Entscheidung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes im *Mydriasis-Fall*[245] ist dementsprechend zu billigen: Bei einer akuten Visusverschlechterung (nämlich 0,2), die zur Netzhautablösung führen kann, ist eine Beweislastumkehr zu Lasten des vorbehandelnden Arztes anzunehmen, wenn die Visusverschlechterung von diesem nicht in der Patientenkarte festgehalten wurde. Dieser Eintrag „in die Karteikarte hätte für den Erstbekl. (nachbehandelnder Arzt)... eindeutig Anlaß für eine Augenhintergrunduntersuchung sein müssen“[246]. Diese Dokumentationspflichtverletzung des erstbehandelnden Arztes darf nicht zur Beweislastumkehr zu Lasten des nachbehandelnden Arztes führen. Dies wäre ungerechtfertigt.[247] Den Kausalzusammenhang zwischen Dokumentationspflichtverletzung und Schaden, der sich aus der auf die fehlende Dokumentation gestützten Behandlung des nachbehandelnden Arztes ergeben hat, kann aber der Patient normalerweise nicht beweisen. Deshalb ist hierbei von einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität auszugehen. Der vorbehandelnde Arzt kann sich jedoch von dieser Beweislast entlasten; er muß nur das Gericht davon überzeugen, daß der nachbehandelnde Arzt den Patienten falsch behandelt hätte, auch wenn die ihm übertragene Dokumentation vollständig gewesen wäre.

---

[245] BGHZ 138, 1 ff = BGH NJW 1998, 1780 ff = VersR 1998, 457 ff (nicht erkannte Netzhautablösung).

[246] BGHZ 138, 1, 3 = BGH NJW 1998, 1780, 1781 (nicht erkannte Netzhautablösung).

[247] Vgl. BGHZ 138, 1, 3 ff. = BGH NJW 1998, 1780, 1781f.

In diesem zweiten Fall stellt sich die Dokumentationspflichtverletzung als eigene Anspruchsgrundlage heraus.[248] Insofern ist *Frahm* und *Nixdorf* zuzustimmen, die auf folgenden Gesichtspunkt aufmerksam machen: „Wenn vielfach betont wird, die unterlassene oder lückenhafte Dokumentation bilde noch keinen eigenständigen Ansatz für eine Haftung, so ist dies zumindest unvollständig.“[249]

II. Dokumentationspflichtverletzung als Diagnosefehler

Meines Erachtens gibt es noch einen weiteren Fall, in dem Dokumentation und Diagnose sich fast decken und der Dokumentationsfehler, wie der grobe Behandlungsfehler, zu Beweiserleichterungen hinsichtlich der Kausalität führen soll. Dies trifft dann zu, wenn die Dokumentation so eng mit der Diagnose verbunden ist (und deshalb auch mit der Behandlung), daß man nicht zwischen den beiden differenzieren kann.[250]

Die Professoren der Medizin lehren in ihren Vorlesungen, daß die Diagnose 90% der Behandlung ausmache. Dies sei so, weil eine falsche Diagnose fast nie zur richtigen Behandlung führen könne. Allerdings stützt sich die Diagnose grundsätzlich auf die ärztliche Dokumentation. Falls die letztere unvollständig oder falsch ist, ist auch von einer falschen Diagnose auszugehen. In diesem Sinne gibt es einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen Dokumentation

---

[248] So ausführlich *Rigizahn*, MedR 1995, 391-393. Diese Fälle werden unten dargestellt, S. 114 ff. d.v.A.

[249] *Frahm/Nixdorf,* Arzthaftungsrecht (1996) Rdnr. 131.

[250] So z.B. in dem genanten Mydriasis-Fall BGHZ 138, 1 ff. = NJW 1998, 1780 ff = VersR 1998, 457 ff (nicht erkannte Netzhautablösung). Ebenso BGHZ 99, 391 ff. = NJW 1987, 1482 ff = MedR 1987, 238 ff. = VersR 1987, 1089 ff. (fehlender Lungenbefund); BGHZ 132, 47 ff = NJW 1996, 1589 ff = VersR 1996, 633 f. = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 (fehlendes EKG). Vgl. ferner *Strohmaier*, VersR 1998, 416, 418 f. mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung.

und Diagnose sowie zwischen Diagnose und Behandlung.[251] Damit steht fest, daß ein enger Zusammenhang zwischen diesen drei Begriffen vorhanden ist, was deren Abgrenzung voneinander heikel macht. Rechtsprechung und Literatur haben die mühsame Aufgabe übernommen, Grenzen zwischen der Dokumentation, der Diagnose und der Behandlung zu ziehen, obwohl dies auch aus medizinischer Sicht sehr schwierig ist. Diese Aufgabe hat die Rechtswissenschaft erfolgreich abgeschlossen.[252] Trotzdem gibt es immer noch Fälle, in denen diese Abgrenzung unklar ist. Die folgenden neueren BGH-Entscheidungen beweisen dies.

1. EKG-Fall

In dem ersten BGH-Urteil vom 13.2.1996[253] geht es um den „Zwillingsbruder" der Dokumentationspflicht, nämlich die Befunderhebungspflicht. In diesem Fall hat der behandelnde Arzt infolge einer fehlerhaften Auswertung des Elektrokardiogramms nicht erkannt, daß es sich um einen Infarktpatienten gehandelt hat, der bei sofortiger notfallmäßiger Einweisung ins Krankenhaus hätte gerettet werden können. Die Folge war der Tod des Patienten durch Herzinfarkt. Als der Arzt verklagt wurde und die Dokumentation vor Gericht brachte, fehlte das EKG. Die Auswertung der Dokumentation wurde trotzdem als fehlerhaft erachtet, weil eine Wahrscheinlichkeit von mehr als 90% für die Erkennbarkeit des vorangegangenen Infarkts aus dem EKG vorlag. Aus der mangelnden EKG-Aufzeichnung hätte sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so *deutlicher und gravierender Befund* ergeben*, daß* seine

---

[251] Der enge Zusammenhang zwischen der Dokumentation und dem Behandlungsverlauf läßt sich auch in der Begriffsbestimmung von *Opderbecke/Weißauer*, MedR 1984, 211 erkennen. Vgl. auch BGHZ 85, 327, 329 = NJW 1983, 328.

[252] Vgl. oben S. 64 ff. d.v.A.

[253] BGHZ 132, 47 ff. = NJW 1996, 1589 ff = VersR 1996, 633 ff (fehlendes EKG). Vgl. auch die kritische Anm. *Laufs* in LM § 823 (Aa) BGB, Nr. 164.

Berücksichtigung zur Vermeidung des Herzinfarkts geführt hätte. Diese *fundamental fehlerhafte* Dokumentation kann nicht durch die Bekundung von Zeugen nachvollziehbar ersetzt werden, weshalb sie als grob fehlerhaft zu charakterisieren ist. Nach diesem Urteil greifen wegen der fehlerhaften Auswertung Erleichterungen für den Kausalitätsnachweis bis zur Ursächlichkeitsvermutung ein. Hierbei sind die Grenzen zwischen Dokumentation bzw. Befunderhebung und Diagnose schwer zu ziehen. Das fehlende EKG stellt eine Dokumentationspflichtverletzung[254] dar, steht aber gleichzeitig in engem Zusammenhang mit der Diagnose und Therapie des Patienten. Deshalb hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß das fehlende EKG zur Beweislastumkehr hinsichtlich des Kausalitätszusammenhangs führt.[255] Dem Urteilsspruch ist voll zuzustimmen: Die Rechtsfolge der falschen Auswertung des EKG sollte auf jeden Fall eine Beweislastumkehr bezüglich des Ursachenzusammenhangs sein. Die Begründung vermag aber aus zwei Gründen nicht zu überzeugen: *Erstens* gehört das EKG zur Patientenakte, weshalb von einer Dokumentationspflichtverletzung eher als von einer Befunderhebungspflicht auszugehen ist[256]; *zweitens* ist die Abgrenzung zwischen Dokumentationspflichtverletzung und grobem Behandlungsfehler unberücksichtigt geblieben. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes liegt hierbei ein grober Behandlungsfehler vor. Nach Meinung des Verfassers sollte die

---

[254] Der Bundesgerichtshof hat das Fehlen des EKG als Befunderhebungspflichtverletzung behandelt. Nach Ansicht des Verfassers geht es hierbei um eine Dokumentationspflichtverletzung, weil diese elektronische Aufzeichnung eine unerläßliche Unterlage der Patientenakte darstellt.

[255] BGHZ 132, 47, 49 = NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633 (fehlendes EKG). Vgl. auch Anm. von Laufs in LM § 823 (Aa) BGB, Nr. 164. Vgl. BGH NJW 1999, 3408 = VersR 1999, 1282 = LM § 823 BGB (Aa) Nr. 186 (zu spät erkannte Pleuraerguß), in diesem Fall wurde der Operationsbericht als unvollständig betrachtet.

[256] Die Differenzierung zwischen den beiden Pflichten ist schwer, solange beide sich aus einer Beweiserhaltungspflichtverletzung ergeben und „den gleichen Beweis-

Urteilsbegründung anders sein. Es ist eher von einer Dokumentationspflichtverletzung, die sich dem Diagnosefehler nähert, auszugehen. *Laufs* betont deshalb zu Recht das Bemühen des Urteils, „das Gewicht der Befunderhebung und –sicherung als selbständige Beweisfigur durch deren Verbindung mit den Regeln zum groben Fehler“ zu relativieren.[257]

2. Kreatininwert-Fall

Ähnlich waren die Urteilsbegründung und der Urteilsspruch beim Kreatininwert-Fall. Nach dem Sachverhalt dieses Urteils v. 6.10.1998[258] des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes war der Kläger nach einem Verkehrsunfall mit Schmerzen im Nieren- und Thoraxbereich in die unfallchirurgische Abteilung eines Krankenhauses aufgenommen worden. Dort wurde bei dem verletzten Kläger eine Nierenprellung und eine Mikrohämaturie diagnostiziert. Der Grund der Mikrohämaturie konnte trotz der Cystoskopie und der zentralvenösen digitalen Substraktionsangiographie (DSA) nicht festgestellt werden. Zwei Monate nach seiner Entlassung aus dem Krankenhaus wurde ein akutes Nierenversagen diagnostiziert. Es wurde festgestellt, daß der Kläger an einem Goodpasture-Syndrom mit vollständiger Niereninsuffizienz litt. Der beklagte Arzt hätte eine Überprüfung des Kreatininwerts vornehmen müssen. Die Verkennung des Kreatininwerts stellt sich als fundamental fehlerhaft dar. Nach der Begründung des Urteils kann ein Verstoß des Arztes gegen die Pflicht zur Erhebung und Sicherung medizinischer Befunde „*für die Kausalitätsfrage* beweiserleichternde Bedeutung gewinnen, nämlich dann, wenn im Einzelfall zugleich auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen ist, weil sich bei der unterlassenen Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein *so*

lastgrundsätzen“ unterliegen. So *Baumgärtel*, Handbuch (1991) § 823 C II Rdnr. 63 m.w.N..

[257] *Laufs* Anm. in LM § 823 (Aa) BGB, Nr. 164.

deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, daß sich dessen Verkennung *als fundamental fehlerhaft* darstellen müßte.“[259]

3. Ergebnisse der kritischen Würdigung der Rechtsprechung

Solange Befunderhebungspflicht und Dokumentationspflicht in die gleiche Gruppe einzuordnen sind, [260] ist der aus dem Kreatininwert-Urteil abgeleitete Grundsatz zu verallgemeinern: eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität ist dann anzunehmen, wenn der fehlende Befund besonders deutlich und gravierend war. Hat der Dokumentationsmangel keine gravierende Auswirkung auf die Behandlung, ist von einer bloßen Dokumentationspflichtverletzung auszugehen, die für das objektive Fehlverhalten Bedeutung gewinnt. Anders ist es bei einer lückenhaften Dokumentation, die unmittelbar zur falschen Behandlung führt. Hier ist der Dokumentationsmangel als Diagnosefehler zu behandeln und soll zu Beweiserleichterungen bezüglich des Ursachenzusammenhanges führen.[261]

Welcher Befund oder welche Krankenunterlage gravierend ist, muß je nach Fallkonstellation beurteilt werden.[262] Ein EKG ist bei Behandlung eines Infarktpatienten jedenfalls als gravierend zu kennzeichnen. Insofern ist dem Urteilsspruch des EKG - Falles, der eine Beweislastumkehr bezüglich der haftungsbegründenden Kausalität zugunsten des Patienten annimmt, zuzustimmen.

---

[258] BGH NJW 1999, 860-862.

[259] BGH NJW 1999, 860, 861 II 3 b und die Anm, von Kullmann in LM § 823 (Aa) BGB Nr. 181. Vgl. auch BGHZ 132, 47, 52 f. = NJW 1996, 1589 f. = VersR 1996, 633 f. = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 (fehlendes EKG); BGH NJW 1998, 1780; BGH NJW 1998, 1782 und BGH NJW 1999, 3408, 3411.

[260] Vgl. oben (Fn. 256) d.v.A.

[261] Für den Begriff des Diagnosefehlers vgl. *Gräffin v. Strachwitz-Helmstatt* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 155-156.

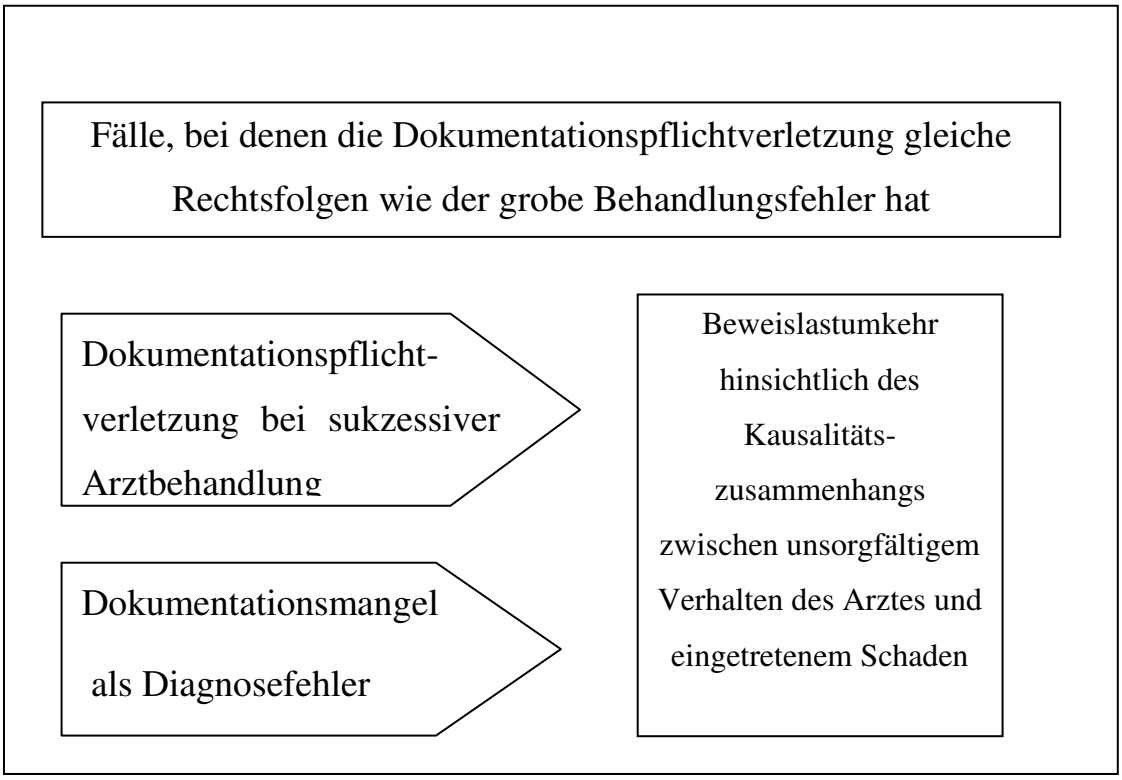


Abbildung 3: Dokumentationspflichtverletzung und Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität

Anders ist es aber im Kreatininwert-Fall, in dem mehrere Aufnahmen aufgezeichnet worden sind (Zystoskopie, DSA, Sonographische Kontrolluntersuchungen). Die in der Dokumentation fehlende zweite Kontrolle des Kreatininwerts sollte in diesem Fall nicht zur Beweislastumkehr hinisichtlich der Kausalitätsfrage führen. Mehrere wichtige Befunde wurden in der Dokumentation aufgezeichnet; insofern kann die Unterlassung einer zweiten Überprüfung des Kreatininwerts nicht als gravierend für die Behandlung eingestuft werden. Man könnte deshalb nur eine Beweiserleichterung bezüglich des objektiven Fehlverhaltens des Arztes und nicht der Kausalität annehmen. Der Urteilsspruch ist weitgehend abzulehnen.

[262] Vgl. Kreatininwert-Fall in BGH NJW 1999, 860, 861 = VersR 1999, 60 unter II 2.

Daß sowohl die Befundsicherungspflicht als auch der Dokumentationsmangel zu Beweiserleichterungen hinsichtlich der Kausalitätsfrage führen können, falls die fehlende Aufzeichnung deutlich und gravierend für die Behandlung ist, wird auch neuerdings im Osteitis-Fall bestätigt. [263]

D. Beweiserleichterungen bei der Dokumentationspflicht-verletzung

Rechtsprechung[264] und Literatur[265] gehen davon aus, daß eine Dokumentations-pflichtverletzung „zu Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr" hinsichtlich des objektiven Fehlverhaltens des Arztes führt. Es wird aber hierbei nicht konkretisiert, erstens was unter Beweiserleichterungen zu verstehen ist und zweitens gemäß welchen Kriterien die Grenzen zwischen bloßen Beweiserleichterungen und einer Beweislastumkehr gezogen werden.[266] Wohl deshalb hat die Rechtsprechung absichtlich keine Konkretisierung dieser

---

[263] BGH NJW 1999, 3408, 3409 = LM § 823 Nr. 186 (unvollständiger Operationsbericht). So auch in dem erwähnten EKG- und Kreatininwert-Fall. BGHZ 132, 47ff und BGH NJW 1999, 860 ff. entsprechend.

[264] BGHZ 72, 132, 137 f. = BGH NJW 1978, 2337, 2338f (Dokumentationsurteil); BGH NJW 1983, 332, 333 zu II 2; BGH NJW 1985, 2193 f.; BGH NJW 1986, 2365 f.; BGHZ 138, 1, 4 f.; BGH NJW 1993, 2375f = VersR 1993, 836 f. (Routinekontrolle auf Sudeck); BGHZ 129, 6 = NJW 1995, 1611 = VesR 1995, 706; OLG Düsseldorf VersR 1997, 748 (Nichtdokumentation einer Blutsperre). Abweichend BGHZ 99, 391 ff. = NJW 1987, 1482 ff = MedR 1987, 238 ff. = VersR 1987, 1089 ff. (fehlendes Lungenbefund); BGHZ 132, 47 ff = NJW 1996, 1589 ff. = VersR 1996, 633 f. = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 (fehlendes EKG) (mit krit. Anm. *Laufs)*, die von Beweiserleichterungen hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs ausgehen. Vgl. ferner *Gräfin v. Strachwitz-Helmstatt* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 152-153 und *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht (2001), Rdnr. 202 für Fälle aus der Rechtsprechung, bei denen Beweiserleichterungen wegen mangelnder Dokumentation bejaht oder verneint wurden. Vgl. auch *Stein/Jonas* (1997), § 286 ZPO, Rdnrn. 126 ff.

[265] *Giesen*, Arzthaftungsrecht (1995), Rdnr. 420; *Müller*, NJW 1997, 3049, 3051; *Deutsch,* Medizinrecht (1999), Rdnr. 310. Vgl. auch *Laufs* in *Uhlenbruck/Laufs*, Handbuch (1999), § 111, Rdnr. 4. Vgl. ferner zur freien Beweiswürdigung *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, Anhang nach § 286 ZPO; *Jauernig,* ZivilprozeßR (2000), § 49 V 1 und *Musielak,* ZPO (1999), § 286, Rdnr. 39.

[266] Instruktiv *Müller*, NJW 1997, 3049, 3051 f..

Beweiserleichterungen durchgeführt, damit ihr ein gewisser Freiraum und die nötige Flexibilität bei der Entscheidungsbildung erhalten bleibt. Allerdings ordnet § 286 ZPO die freie Würdigung von Tatsachenbehauptungen an.[267] Eine solche dem Richter gelassene Freiheit muß jedoch nicht zu Lasten der Rechtssicherheit gehen. Die freie Beweiswürdigung der Tatsachenbehauptungen gewährt keinen Freibrief für Willkür oder Gefühlsentscheidungen. Andererseits ist vor einer Scheingewißheit durch mathematisierte Beweiswürdigung zu warnen; sie könnte die Flexibilität der Rechtsprechung beschränken.[268]

Im Falle der Dokumentationspflichtverletzung wird eine gewisse Rechtssicherheit verlangt. Es muß festgelegt werden, wann und wie die Beweiserleichterungen angewandt werden. Die Gründe der Überzeugung des Gerichts sind im Urteil anzugeben (§ 286 I 2 ZPO), da die Parteien überzeugt werden sollen, daß die Beweiserleichterungen gerecht vom Gericht angewendet werden; dabei muß der höheren Instanz eine Nachprüfung dieser Anwendung möglich sein. Die Rechtsprechung hat bedauerlicherweise noch nicht konkretisiert, was man unter Beweiserleichterung zu verstehen hat, obwohl ein solcher Bedarf vorhanden ist.[269] Diese Konkretisierung wird im folgenden vorgenommen. Auf dieser Suche kann die Rechtsprechung zum groben Behandlungsfehler Hilfe leisten. Sie spricht auch von „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“, obwohl diese Erleichterungen anders als bei der Dokumentationspflichtverletzung den haftungsbegründenden Kausal-

---

[267] *Jauernig,* ZivilprozeßR (2000), § 49 V 1; demnach ordnet § 286 ZPO nicht die freie Beweiswürdigung an. Anders *Foerste* in *Musielak*, ZPO (1999), § 286, Rdnr. 9. Vgl. auch *Stein/Jonas* (1997), § 286 ZPO, Rdnr. 43.

[268] Zur Problematik der Scheingewißheit durch mathematisierte Beweiswürdigung vgl. BGH NJW 1989, 3162 und die Anm. *Rüßmann* ZZP 103 (1990), 65 ff. In dieser Anm. vgl. das Theorem von Bayes auf S. 68 ff.

zusammenhang betreffen. Die Rechtsprechung zum groben Behandlungsfehler ist umfangreicher als die zur Dokumentationspflichtverletzung.[270]

Die Beweiserleichterungen werden dabei nach medizinischer Bedeutung der fehlenden Krankenunterlagen abgestuft dargestellt. Zuerst werden die milderen und am Ende die größten Beweiserleichterungen ausgeführt.

I. Schadenschätzung (§ 287 ZPO)

Es ist unbestritten, daß § 287 ZPO das Beweismaß mindert.[271] Diese Erleichterung bezieht sich aber nicht auf die nach § 286 ZPO voll nachzuweisende haftungsbegründende Kausalität, welche die eigentlichen Schwierigkeiten im Arzthaftungsprozeß bereitet, sondern auf die haftungsausfüllende Kausalität, also die Verknüpfung von Rechtsgutverletzung und dem daraus resultierenden Schaden. Dementsprechend unterscheidet sich § 287 ZPO von anderen üblichen Beweiserleichterungen, die den haftungsbegründenden Ursachenzusammenhang betreffen. Er betrifft die keine besonderen Beweisschwierigkeiten bereitende haftungsausfüllende Kausalität. Deshalb nimmt dieser Paragraph in der vorgenommenen Abstufung der dem Patienten bei dessen Beweisführung am wenigsten helfenden Beweiserleichterung den ersten Rang ein. Sie ist gemäß dem

---

[269] Vgl. BGHZ 138, 1, 4 = NJW 1998, 1780, 1781 = VersR 1998, 457-458 wonach „das Berufungsgericht die Reichweite der Beweiserleichterung verkannt hat“.

[270] Vgl. *Gräfin v. Strachwitz-Helmstatt* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 144 ff.; *Müller*, NJW 1997, 3049, 3053 f. und *Stein/Jonas* (1997), § 286 ZPO Rdnrn. 127-128. Unter Beweiserleichterung versteht der Bundesgerichtshof grundsätzlich den Anscheinsbeweis und die Beweislastumkehr. Vgl. BGH NJW 1996, 779, 780 m.w.N.

[271] Beweismaß ist der Grad der richterlichen Erkenntnis, der erreicht sein muß, damit der Beweis gelingt; vgl. *Musielak*, ZPO (1999), § 286, Rdnr. 17. Zur Schadenschätzung als Beweiserleichterung vgl. *ders.* ZPO (1999), § 287, Rdnrn. 6, 11; *Jauernig,* ZivilprozeßR (2000), § 49 V 2 und *Lepa*, NZV 1992, 129, 132 ff. Speziell im Arztrecht *Giesen*, Arzthaftungsrecht (1995), Rdnr. 400 f.

Verhältnismäßigkeitsgebot nur beim Fehlen geringwertiger medizinischer Unterlagen anzuwenden.

Der Richter muß gemäß § 287 ZPO nach der Lebenswahrscheinlichkeit abschätzen, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich der Schaden beläuft.[272] Die Bestimmung gilt für Schadensersatzansprüche, gleichgültig, ob vertragliche oder gesetzliche. Der *Bundesgerichtshof*[273] führte hierzu aus, daß die Schätzung nach § 287 ZPO möglichst nahe an die Wirklichkeit herangeführt werden soll. § 287 ZPO läßt damit die Regeln über die Beweislast als Beweiswürdigungsregeln nicht zur Anwendung kommen, sondern begnügt sich im Rahmen seines Geltungsbereichs in Abweichung von § 286 ZPO mit einem reduzierten Wahrscheinlichkeitsurteil.

§ 287 ZPO wird schon lange vom *Bundesgerichtshof* auch für das Arzthaftungsrecht anerkannt.[274] Der Rechtfertigungsgrund der Anwendung dieser Erleichterung im Arzthaftpflichtprozess besteht darin, zahlreiche Schadensersatzklagen nicht daran scheitern zu lassen, daß der Kausalzusammenhang zwischen Rechtsgutverletzung und Schadensfolge (normalerweise Körperverletzung) nicht mit letzter Sicherheit zu klären ist. Die Höhe des Schadensersatzanspruchs wäre besonders im Arztrecht nur mit unverhältnismäßigem Aufwand vollständig aufklärbar und deshalb wird das strengere Beweismaß von § 286 ZPO abgemildert.[275] Es reicht nur die Ansteckung mit AIDS oder der Herzinfarkt wegen falscher Verschreibung und Überdosierung von Antikoagulanzien, um sich die Aufklärungserschwernis des Patienten vorzustellen, die bei Weiterentwicklung des Schadens (sog.

---

[272] S.a. *Müller*, NJW 1997, 3049, 3051; *Jauernig*, Fn. 271.

[273] NJW-RR 1993, 795 f. = VersR 1993, 1274 f.

[274] BGH NJW-RR 1988, 410 und NJW-RR 1992, 202; zustimmend *Rosenberg/Schwab/Gottwald,* ZivilprozeßR (1993), § 116 I und *Jauernig*, Fn. 271.

[275] Vgl. *Musielak*, (Fn. 271) und *Giesen*, (Fn. 271), Rdnr. 401.

Folgeschaden) noch größer wird. Diese Erschwernis wird jedoch durch die Anwendung des § 287 ZPO beseitigt, da der Richter hinsichtlich des Beweismaßes freier gestellt ist. Insofern entlastet § 287 I ZPO den beweisbelasteten Patienten vom Beweis der Schadenexistenz und des Schadenumfangs und gewährt ihm eine unerläßliche Beweiserleichterung.

Es wurde schon dargestellt, daß die Schadenschätzung die mildere Beweiserleichterung im Rahmen einer Dokumentationspflichtverletzung sein soll. Aus Rechtssicherheitsgründen stellt sich jedoch die Frage, wann sie zum Zuge kommt. Ihre Anwendung setzt die gleichzeitige Erfüllung zweier Bedingungen voraus. Die erste Bedingung liegt in der richterlichen Feststellung, daß die fehlende Dokumentation von gewisser Bedeutung für die Bestimmung des Schadens und Schadenumfangs ist. Diese Voraussetzung entspricht dem Rechtfertigungsgrund der Schadenschätzung, nämlich der Erleichterung des Aufklärungserschwernisses des Patienten und der Prozeßökonomie.[276] Die zweite Voraussetzung von § 287 ZPO ist die richterliche Überzeugung, daß die fehlende Dokumentation *einen zumindest kleinen medizinischen Wert hat.* Die letztere Bedingung bezieht sich auf das Verhältnismäßigkeitsgebot. Demnach das Nichtdokumentieren von geringwertigen medizinischen Befunden, kann lediglich zu einer milderen Beweiserleichterung, wie etwa der Schadenschätzung führen.[277].

Man darf nicht außer Acht lassen, daß § 287 ZPO der Schadendarstellung des Geschädigten ein gewisses Vertrauen entgegenbringt. Die Verhinderung von Feststellungen, die an sich um den Preis einer zumutbaren Mitwirkung des

[276] *Musielak*, (Fn. 271), Rdnrn. 1, 6, 11.

[277] Vgl. unten § 5 D, S. 111 d.v.A.

Geschädigten möglich wären, mißbraucht diesen Vertrauensvorschuß und führt zur Verwirkung der Gunst des § 287 ZPO.[278]

II. Beweisvereitelung (§ 444 ZPO)

Beweisrechtliche Sanktionen lassen sich aus der prozessualen Mitwirkungspflicht im Sinne einer Obliegenheit des Arztes herleiten. Der Arzt ist trotz der beschränkenden Bestimmungen der §§ 422, 423 ZPO auch prozessual zur Vorlage der Urkunden, auf die sich der Kläger bezieht, verpflichtet. Kommt er dieser Pflicht trotz einer Vorlageanordnung des Gerichts nicht nach, so kann dieses nach dem Grundgedanken des § 427 ZPO zu seinem Nachteil entscheiden, daß der Behandlungsfehler oder der Kausalzusammenhang nicht aufklärbar ist. Diese Schwierigkeit der Aufklärung kann auch zu seinem Vorteil gereichen, falls er in der Tat einen Behandlungsfehler begangen hat. Damit die eine Prozeßpartei von der potentiellen Versuchung zur Irreführung des Gerichts durch ihren Prozeßgegner geschützt wird, ist die Mitwirkungspflicht beider Parteien erforderlich.[279]

Nach § 444 ZPO „können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.“[280] Dies gilt nach dem Rechtsgedanken des § 444 ZPO dann, wenn das Gericht eine absichtliche Beweisvereitelung annimmt. Der Regelung liegt der Gedanke zugrunde, daß keine Partei Vorteile aus ihrem Verhalten ziehen soll, wenn sie

---

[278] Vgl. *Lepa*, NZV 1992, 129, 133-135. Vgl. außerdem Art. 932 grZGB, der dem Richter die gleiche Möglichkeit bietet.

[279] Zur Vorlegungspflicht grundlegend *Musielak* (1999), § 286 ZPO, Rdnrn. 1-5 und *Jauernig*, ZivilprozeßR (2000), § 55 III und IV. Das Beweisvereitelungsverbot stützt sich prozessual auf die Vorlegungs- und Mitwirkungspflicht. Vorprozessual kann sie aber nicht auf diesen Pflichten basieren, weil diese erst zu Beginn des Zivilprozesses eingreifen. Deshalb ist das Beweisvereitelungsverbot vor dem Prozess auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückzuführen. Vgl. auch *Baumgärtel*, Beweisvereitelung (1986), S. 64-68 ff.

[280] Vgl. auch § 427 ZPO.

durch ihr Verhalten dem Gegner arglistig die Beweisführung vereitelt. Dieses Prinzip gilt für jede Art des Beweises, sei es Zeugen-, Sachverständigen-, Augenscheins-, Urkundenbeweis oder Parteivernehmung. Vorliegend interessiert nur die Beweisvereitelung von Krankenunterlagen, weshalb im folgenden nur von Urkunden die Rede ist.

1. Tatbestandliche Voraussetzungen

§ 444 ZPO verlangt, daß die Urkunde nach §§ 422, 423 oder 432 ZPO vorgelegt wird.[281] § 444 ist gemäß § 422 ZPO i.V.m. § 810 BGB auch auf die ärztliche Dokumentation anwendbar. Dies hat auch die richterliche Spruchpraxis bestätigt. Hält der verklagte Arzt eine Röntgenaufnahme zurück[282] oder führt er die Krankenunterlagen unvollständig oder überhaupt nicht[283], so greift § 444 ZPO.

Die Beweisvereitelung erfordert *objektiv* ein Tun oder Unterlassen („beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht"). Gegenstand der Beweisvereitelung ist die Urkunde, unabhängig davon, ob sie konventionell oder elektronisch angefertigt worden ist,[284] da auch elektronische Speicherträger verändert oder

---

[281] Zu § 444 ZPO vgl. *Kaufmann*, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß (1984), S.98 mit weiteren Nachweisen; so auch *Schreiber* in MünchKomm ZPO (1992), § 444; *Frahm/Nixdorf,* Arzthaftungsrecht (1996), S. 104-105, Rdnr. 144; *Müller*, NJW 1997, 3049, 3052; *Schellhamer*, Zivilprozessrecht (1999), Rdnrn. 530 ff.; *Thomas/Putzo* (1999), § 444 ZPO; *Jauernig*, ZivilprozeßR (2000), § 56 VI; *Zöller* (2001), § 444 ZPO, Rdnr. 1;. Vgl. auch *Wasserburg*, NJW 1980, 617, 624 und *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287 ff .

[282] BGH NJW 1963, 389.

[283] BGHZ 72, 132; BGH NJW 1986, 59; NJW 1986, 2366; NJW 1988, 762; NJW 1989, 2330; OLG Saarbrüken VersR 1988, 916; OLG Karlsruhe VersR 1989, 852. Vgl. ferner zur Befundsicherung BGHZ 99, 391 = NJW 1987, 1482 = MedR 1987, 238 = VersR 1987, 1089 (fehlendes Lungenbefund); OLG Köln VersR 1988, 43; OLG Düsseldorf VersR 1988, 968.

[284] Die oben erwähnten Vorschriften werden nur auf ärztliche Aufzeichnungen angewendet. Technische Aufzeichnungen können nicht als Urkunde bezeichnet werden, sondern haben prozessual den Charakter von Augenscheinsgegenständen (§ 371 ff ZPO). Vgl. *Wasserburg* (Fn. 281).

beseitigt werden können. Nachfolgend wird auf die Voraussetzungen des § 444 ZPO mit Rücksicht auf die Besonderheiten, die sich im Rahmen einer elektronischen Archivierung ergeben, eingegangen.

a) Subjektive Voraussetzungen

Was die subjektiven Voraussetzungen der Beweisvereitelung betrifft, gehen die Meinungen auseinander. Ein Teil der Literatur hat die Beweisvereitelung entsprechend dem Wortlaut des § 444 ZPO („in der Absicht“) auf das vorsätzliche Verhalten beschränkt.[285] Der danach geforderte Vorsatz ist jedoch in der Regel nicht nachweisbar. Aus diesem Grund wird zurecht in der Rechtsprechung[286] und von Teilen der Literatur[287] jeder Grad von Fahrlässigkeit als ausreichend angesehen. Für die Frage des Verschuldens spielt auch der Zeitpunkt des beweisvereitelnden Verhaltens eine Rolle. Während es für eine absichtliche Beweisvereitelung nach dem Grundgedanken des § 444 ZPO gleichgültig ist, wann diese sich abgespielt hat, kann für ein vorprozessuales Verhalten der Vorwurf der Fahrlässigkeit nur erhoben werden, wenn die Partei unter Berücksichtigung aller Umstände erkennen mußte, daß das Beweismittel in einem künftigen Prozeß verwertet werden könnte.[288] Der Arzt muß gerade beim Eintritt von Komplikationen oder beim Erkennen seines eigenen Behandlungsfehlers viel eher als in sonstigen Fällen mit einer

---

[285] Vgl. *Schreiber* in MünchKomm § 444 ZPO, Rdnr. 2: „Notwendig ist Vorsatz, lediglich fahrlässiges Verhalten reicht nicht aus“. Vgl. auch *Baumgärtel*, FS Kralik (1986), S. 63-71, m.w.N.

[286] BSG NJW 1972, 535. Vgl. auch *Baumgärtel*, FS Kralik (1986), S. 70, m.w.N.

[287] *Kaufmann*, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß (1984), S.98 m.w.N.; so auch *Frahm/Nixdorf,* Arzthaftungsrecht (1996), S. 104-105, Rdnr. 144; *Schellhamer*, Zivilprozeßrecht, Rdnrn. 530 ff und *Zimmermann* (1998) § 444 ZPO Rdnrn. 1-3; *Thomas/Putzo* (1999), § 444 ZPO Rdnrn. 1-3; *Zöller*, § 444 ZPO, Rdnr. 1. Ebenso *Müller*, NJW 1997, 3049 ,3052.

[288] Vgl. *Baumgärtel,* FS Kralik (1986), S. 63, 69.

Inanspruchnahme rechnen und muß insoweit auch den zu erwartenden Beweisschwierigkeiten des Patienten Rechnung tragen.[289]

Dabei muß sich das Verschulden nicht objektbezogen auf eine Vernichtung des Beweisgegenstandes beziehen, sondern gerade auf die Vereitelung der Beweisfunktion. Deshalb spricht *Baumgärtel*[290] vom doppelten Vorsatz. Diese duale Voraussetzung gilt auch im Falle der Fahrlässigkeit. „Auch der Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit hat eine doppelte Voraussetzung: die gesetzliche oder vertragliche Pflicht zur Bewahrung des betreffenden Beweismittels und die Erkennbarkeit, daß das Beweismittel für einen künftigen Prozess Bedeutung haben könnte.“[291] Im allgemeinen ist also notwendig, daß für denjenigen, der eine Urkunde vernichtet oder vernichten läßt, bereits vor der Vernichtung erkennbar ist, daß diese später einmal Beweisfunktion haben kann.[292] Die Rechtsprechung hat zu Recht den Gesichtspunkt der fahrlässigen Beweisvereitelung bereits früher immer dann herangezogen, wenn die Anfertigung schriftlicher oder elektronischer Unterlagen oder technischer Aufzeichnungen nach den ärztlichen Gepflogenheiten zu erwarten gewesen wäre.[293] Gefordert ist lediglich ein Verhalten, das als Ausfluß der Tätigkeit „als Arzt“, nicht aber als mögliche „Prozeßpartei“ erscheint. Der *ärztliche* Standard,

---

[289] Vgl. *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 307.

[290] *Baumgärtel*, FS Kralik (1986), S. 63, 70.

[291] *Baumgärtel*, FS Kralik (1986), S. 63, 71.

[292] Eine solche Voraussetzung gilt nur für die Beweisvereitelung, nicht aber für die Dokumentationspflichtverletzung. Letztere kommt auch in Betracht, wenn der Arzt die Beweisfunktion der Krankenunterlagen nicht vorausgesehen, aber doch medizinisch erforderliche Dokumente vernichtet hat. Dieser Meinung über das Vorhersehen der Beweisfunktion zuzustimmen, könnte mittelbar zur Billigung eines Beweisschaffungszweckes der Dokumentation führen, was vom Verfasser abgelehnt wird. Vgl. *Frahm/Nixdorf,* Arzthaftungsrecht (1996), S. 105 und BGH VersR 1994, 562. Anders *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S. 80-99, besonders S. 86-87.

[293] Vgl. *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 310 mit weiteren Nachweisen. Vgl. auch S. 330-331.

die gute *ärztliche* Sitte, sind damit der Maßstab für die prozessuale Aufklärung durch den Arzt, welche später im Prozeß erwartet werden kann.[294]

b) Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit

Als Voraussetzung für eine Beweisvereitelung wird nicht nur ein schuldhafter Verstoß gegen die Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei gefordert, sondern ferner, daß der Verstoß gegen die Mitwirkungspflicht für die Nichtaufklärbarkeit eines entscheidungserheblichen Umstandes ursächlich wird. Andernfalls fehlt es an der Kausalität der Pflichtwidrigkeit. Wird z.B. das EKG nicht sorgfältig verwahrt, so gereicht dies dem Arzt nur dann zum Nachteil, wenn dieses für die Behauptung des Klägers beweiskräftig sein kann.[295] Ist das Krankenblatt nur in nebensächlichen oder sonst für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblichen Punkten nachlässig geführt worden, so ist die Sanktion nicht gerechtfertigt. Die oben genannten Paragraphen finden im Arztrecht auch dann Anwendung, wenn Krankenunterlagen *äußerlich erkennbare Manipulationen* (wie z.B. Radierungen[296] oder nachträgliche Änderungen der Dokumentation) enthalten. Solche erkennbaren Manipulationen sind bei der *elektronischen Patientenakte* der Ausnahmefall. In den meisten Fällen ist ein Sachverständiger erforderlich, um die Beeinträchtigung von elektronischen Speicherträgern festzustellen.

---

[294] Vgl. *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 312. Vgl. ferner zum Begriff des medizinischen Standards *Velten*, Der medizinische Standard (2001), S. 29 ff. und 81 f.

[295] Vgl. BGHZ 132, 47 ff. = NJW 1996, 1589 ff. = VersR 1996, 633 ff. = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 (fehlendes EKG) mit kritischer Anm. *Laufs*.

[296] Vgl. OLG Frankfurt/M. VersR 1992, 578 mit begründetem Nichtannahmebeschluß des BGH; vgl. auch *Franzki*, NJW 1975, 2225, 2227.

c) Zeitpunkt der Beweisvereitelung

Für das Vorliegen einer Beweisvereitelung kommt es nicht darauf an, ob sich der Vorgang während des Prozesses oder vorher abgespielt hat. Es ist für die Beurteilung also gleichgültig, ob ein Arzt ein für die Beweisführung wichtiges Dokument vor oder erst während des Prozesses vernichtet hat.[297] Demzufolge muß der Richter keinen besonderen Wert auf das durch die angewandte Software eingetragene Datum der Änderungen legen.

2. Rechtsfolgen

Als beweisrechtliche Reaktion auf die Beweisvereitelung ist prinzipiell jede schematische Lösung etwa in Form einer grundsätzlichen Beweislastumkehr abzulehnen. Vielmehr hat der Richter im Rahmen des § 286 ZPO unter gleichzeitiger – abgestufter – Herabsetzung des Beweismaßes das Vorliegen der infolge der Beweisvereitelung nicht mehr voll beweisbaren Tatsachen festzustellen.[298] Für die ärztliche Dokumentation kommt aber eine Beweislastumkehr unabhängig davon in Betracht, ob die nicht beweisbelastete Partei vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, weil die Schaffung und Bewahrung des Beweismittels hierbei allein in den Händen der nicht beweisbelasteten Partei liegt, ohne daß der Gegner einen Einfluß hierauf ausüben kann.

Eine schuldhafte Beseitigung oder Beeinträchtigung der ärztlichen Dokumentation *kann aber auch zu beweisrechtlich nachteiligen Folgen für den Patienten führen*. Die Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten gelten nicht, soweit er die ärztliche Schweigepflicht mißbräuchlich allein zur Stärkung seiner prozessualen Situation ausnutzt, wenn er etwa die Vernehmung

---

[297] So *Zöller*, § 444 ZPO, Rdnrn. 1-2.

[298] Vgl. *Baumgärtel*, FS Kralik (1986), S. 61, 73.

ärztlichen Personals etwa als Zeugen im Rechtsstreit gegen den beklagten Arzt zu verhindern versucht, und dadurch die Aufklärung des Geschehensablaufes blockiert.[299] Dies verstieße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und stünde seiner Mitwirkungspflicht entgegen. Die Rechtsprechung hat eine Beweislastumkehr in Anwendung der Grundsätze der Beweisvereitelung daher zu Recht immer dann verneint, wenn der Beweispflichtige, „der in erster Linie gehalten ist, unverzüglich alles erdenkliche zur Beweissicherung zu tun, selber in schuldhafter Weise die Beweisnot (mit)verursacht hat".[300] Insofern werden in Arzthaftungsfällen die Grundsätze über die Beweisvereitelung wegen zwischenzeitlich vernichteter Unterlagen dann besonders zurückhaltend anzuwenden sein, wenn dem Arzt ein Behandlungs- oder Aufklärungsfehler viele Jahre nach dem entsprechenden Vorfall vorgeworfen wird. Ganz allgemein trifft den Patienten der Vorwurf des Mitverschuldens, wenn auch er die Unaufklärbarkeit schuldhaft mit herbeigeführt hat.

§ 444 ZPO ist nicht nur in Bezug auf die konventionelle Dokumentation, sondern auch hinsichtlich *elektronischer Dokumente* (gegebenenfalls digitale Patientenkartei) anzuwenden. Wenn Disketten, CDs, Festplatten oder andere Datenträger, die Daten (hier: Patientendaten) beinhalten, zur Benutzung untauglich gemacht werden, dann ist § 444 ZPO anzuwenden. Unter diesen sind auch Fälle zu subsumieren, in denen es um die Zerstörung von EDV-Material geht.

3. Schlußfolgerung

Die Beweisvereitelung ist vor dem Anscheinsbeweis einzuordnen, weil sie zu milderen Sanktionen als im Falle des letzteren führt. Bei der Beweisvereitelung

---

[299] *Laufs*, Arztrecht (1993), Rdnrn. 617 ff. mit weiteren Nachweisen; vgl. auch oben unter § 11 B III, S. 118 ff. d.v.A.

[300] BGH, BB 1979, 1527.

werden nur die Behauptungen, welche die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunden betreffen, als bewiesen angesehen. Beim Anscheinsbeweis werden aber die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm als bewiesen betrachtet. Demzufolge bietet der Anscheinsbeweis dem Patienten eine größere Beweiserleichterung als § 444 ZPO dem Patienten anbietet.

Beweiserleichterungen unter dem Blickpunkt der Beweisvereitelung greifen allerdings ins Arzthaftungsrecht ein. Zwar kommt eine entsprechende Anwendung des § 444 ZPO auch bei nur fahrlässiger Beweisvereitelung in Betracht. Unabdingbare Voraussetzung ist jedoch, daß für denjenigen, der einen solchen Gegenstand vernichtet, schon vor der Vernichtung erkennbar war, daß dieser einmal Beweisfunktion haben könnte.[301] Beseitigte oder nicht gesicherte Berichte (z.B. Operationsberichte)[302] und Aufnahmen (z.B. Röntgenaufnahmen, EKG)[303] fallen unter § 444 ZPO, solange dadurch die dem Patienten normalerweise obliegende Beweisführung schuldhaft vereitelt wird.[304] Der Bundesgerichtshof hat in solchen Fällen zunächst dem Patienten den Nachweis des Behandlungsfehlers erleichtert.[305] Auf die Beweisvereitelung

---

[301] *Kaufmann*, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß (1984), S. 98 m.w.N. und *Giesen*, Arzthaftungsrecht (1995), Rdnr. 420; so auch *Frahm/Nixdorf,* Arzthaftungsrecht (1996), S. 104-105, Rdnr. 144; *Thomas/Putzo* (1999), § 444 ZPO Rdnrn. 1-3; *Müller*, NJW 1997, 3049 ,3052; *Zimmermann* (1998), unter § 444 ZPO Rdnrn. 1-3; *Schellhamer*, Zivilprozeßrecht (1999), Rdnrn. 530 ff und; *Zöller*, § 444 ZPO Rdnr. 1.

[302] BGH NJW 1989, 2330 f. = MedR 1989, 195 f. = ArztR 1989, 327 f. = VersR 1989, 512 f. (fehlende Dokumentation einer Nichtfreilegung des Nervus Radialis).

[303] Vgl. BGH NJW 1996, 779 ff = VersR 1996, 330 ff. = MedR 1996, 215 f. (nicht gesicherte Röntgenaufnahmen); BGHZ 132, 47 ff = NJW 1996, 1589 ff = VersR 1996, 633 f. = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 (fehlendes EKG) mit kritischer Anm. *Laufs*. Vgl. ferner BGH NJW 1998, 1780 ff und BGH VersR 1999, 60 f zu nicht gesicherten Befunden.

[304] Vgl. *Giesen*, Arzthaftungsrecht (1995), Rdnr. 420.

[305] Vgl. Wärmflasche-Fall, BGH NJW 1994, 1594.

konventioneller und elektronischer Krankenunterlagen wird ausführlicher im zweiten Teil der Dissertation eingegangen.[306]

III. Anscheins- oder prima-facie-Beweis

1. Anscheinsbeweis und Organisationspflichtverletzung

Was man grundsätzlich unter dem Wort „Beweiserleichterung“ versteht, ist der Anscheinsbeweis. Zu diesem Ergebnis kommt man unter Berücksichtigung der Literatur[307] und der Rechtsprechung[308]. Der Anscheinsbeweis ist eine Schöpfung der Rechtsprechung, die allein dem Ziel dient, befriedigende Prozeßergebnisse zu ermöglichen. Die Partei muß weniger behaupten und beweisen als das Gesetz verlangt.[309] Der prima-facie-Beweis setzt typische Geschehensabläufe voraus, bei denen es die allgemeine Lebenserfahrung oder die Erfahrungssätze der Wissenschaft erlauben, von einem eingetretenen Erfolg auf ein bestimmtes Ereignis zu schließen.[310] Im Arzthaftungsrecht kann nur im Ausnahmefall aus einem groben Behandlungsfehler auf die haftungsbegründende Kausalität geschlossen werden. Selten greift der Anscheinsbeweis für das Verschulden des Arztes und zwar bei Organisationspflichtverletzungen

---

[306] Siehe oben § 5 D II, S. 92 ff. d.v.A.

[307] Vgl. auch instruktiv *Rosenberg/Schwab/Gottwald,* ZivilprozeßR (1993), § 115 III; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnrn. 167, 366-367; *Stein/Jonas* (1997), § 286 ZPO, Rdnrn. 87 ff. und *Baur/Grunsy,* ZPO (1998), Rdnr. 167. Zur Beziehung zwischen „tatsächlichen Vermutungen“ und Anscheinsbeweis vgl. *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnrn. 367 ff.

[308] S.a. BGHZ 6, 169; BGHZ 39, 103, 107; BGH NJW 1978, 2032; BAGE 79, 115, 120; BGH NJW 1996, 779, 780 = VersR 1996, 330, 331 = MedR 1996, 215 (nicht gesicherten Röntgenaufnahmen).

[309] *Lepa*, NZV 1992, 129 und *Schellhammer,* Zivilprozeß (1999), Rdnr 404.

[310] *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZivilprozeßR (1993), § 115 III . Vgl. auch BGH LM § 286 ZPO Nr. 26 und BGHZ 141, 357, 362. Vgl. auch zum Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises ausführlich *Walther* ZZP 90 (1977), 270 ff.

seinerseits.[311] So stürzte z.B. eine 89 Jahre alte Frau, die in der Lage war, den 800 m langen Fußweg zu einer Arztpraxis allein zurückzulegen, dem ersten Anschein nach beim Herabsteigen von einer erhöhten Behandlungsliege und nicht erst unmittelbar vor dem Schreibtisch des Arztes infolge Gebrechlichkeit. Der Arzt haftete wegen Verletzung seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation seines Praxisbetriebes.[312] Zu den Organisationspflichten des Arztes gehört auch die Dokumentationspflicht, und demzufolge kann eine nicht ordnungsgemäße Dokumentation dem ersten Anschein nach auf den Nachweis des Behandlungsfehlers (objektives Fehlverhalten) schließen lassen.[313]

2. Anscheinsbeweis bei unvollständiger Dokumentation

Der Anscheinsbeweis spricht generell für Fahrlässigkeit bei der Pflichtverletzung.[314] So spricht er bei unvollständiger Dokumentation dafür, daß die ärztlich gebotenen und in der Dokumentation nicht aufgeschriebenen Maßnahmen unterlassen wurden. Das heißt, daß gemäß der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen ist, daß das *Nichtdokumentieren* einer ärztlich gebotenen Maßnahme entweder deren Unterlassung oder einen Behandlungsfehler indiziert. Voraussetzung ist aber, daß die Aufzeichnungen medizinisch geboten waren, um Ärzte oder Pflegepersonal über ihre zukünftigen Entscheidungen ausreichend zu informieren. Ist im Gegensatz dazu eine Dokumentation *medizinisch*[315] *nicht erforderlich*, werden *keine*

---

[311] *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnr. 256.

[312] Das Beispiel ist vom LG Koblenz NJW 1988, 1521, 1522. Vgl. auch OLG Saarbrücken, VersR 1991, 1289 f. und OLG Hamm, VersR 1998, 1243 f.

[313] *Giesen*, Arzthaftungsrecht (1995), Rdnr. 420; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnr. 256.

[314] *Musielak* (1999), § 286 ZPO, Rdnr. 26 m.w.N.

[315] Vgl. oben § 4 A I 1, S. 31 ff. d.v.A. Entsprechend der Meinung, daß die Beweisschaffung Zweck der Dokumentation ist, sollte in diesem Satz das Wort „medizinisch“ durch das

beweisrechtlichen Folgerungen gezogen. Fehlt z.B. das EKG in der Patientenakte eines Infarktpatienten, kann der Richter davon ausgehen, daß der Arzt ein EKG überhaupt nicht angefertigt hat oder daß das EKG bei der Behandlung des Patienten nicht berücksichtigt wurde.[316] Beides indiziert, daß der Arzt es an der erforderlichen Aufmerksamkeit hat fehlen lassen (objektives Fehlverhalten). Wurde nach einer Entfernung der Gallenblase und eines Gallensteins jedoch ein weiterer Gallenstein im Gallengang gelassen, stellt sich die Frage, ob der weitere Stein während der Operation auf einem Röntgenbild erkennbar war oder nicht. Das Fehlen des Röntgenbildes indiziert hierbei die Erkennbarkeit des weiteren Steins und das objektive Fehlverhalten des Arztes, denn bei einer Gallenstein-Operation ist ein Röntgenbild des Gallengangs medizinisch erforderlich.[317] Damit er den Anscheinsbeweis erschüttert, muß der beklagte Arzt den vollen Beweis dafür erbringen, daß der zweite Gallenstein sich erst nach der Operation des Patienten gebildet hat und deshalb nicht erkennbar war.

Wenn der Arzt in allen diesen Fällen den Anscheinsbeweis erschüttern will, hat er den Nachweis der ernsthaften Möglichkeit einer abweichenden Ursachenreihe zu führen.[318] Kann der Schaden nach den Geschehensabläufen die typische Folge auch einer anderen Ursache sein, dann genügt nicht der bloße Hinweis auf diese Geschehensabläufe, um den prima-facie-Beweis zu erschüttern. *Ebenso führt die Darlegung der theoretischen Möglichkeit eines*

Wort „beweisrechtlich“ ersetzt werden, was nach Ansicht des Verfassers unzumutbar ist. Vgl. oben § 4 B I, S. 41 ff. d.v.A.

[316] Vgl. BGHZ 132, 47 ff. = NJW 1996, 1589 ff = VersR 1996, 633 ff = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 (fehlendes EKG).

[317] Vgl. BGH NJW 1996, 779 ff. = VersR 1996, 330 ff. =MedR 1996, 215 f. In diesem Urteil hat der schon beschriebene Sachverhalt zu Beweiserleichterungen geführt. Vom Gericht wurde die Beweiserleichterung leider nicht konkretisiert.

[318] *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnr. 263. Vgl. auch *Stein/Jonas* (1997), § 286 ZPO, Rdnr. 97 f.

atypischen Verlaufs nicht zur Erschütterung des prima-facie Beweises.[319] *Die Tatsachen, aus denen eine solche Möglichkeit hergeleitet werden soll, bedürfen, soweit sie streitig sind, des vollen Beweises durch die Behandlungsseite*.[320]

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird meistens nicht erwähnt, ob das Gericht den Anscheinsbeweis bei der Erleichterung der Beweisführung des Patienten angewandt hat oder nicht.[321] Dies liegt nicht nur am Grundsatz der freien Beweiswürdigung, die den Richter weitgehend von Beweisregeln entbindet. Es gibt aber noch einen weiteren Grund dafür: Der Anscheinsbeweis befindet sich im Rahmen der wissenschaftlichen Erörterung in einer Existenzkrise. Man hält ihn mit § 286 I, II ZPO für nicht vereinbar, und obendrein benutzt der Prozeßrichter ihn nur selten.[322]

3. Anscheinsbeweis bei vollständiger Dokumentation

Die Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises ist im Rahmen des Arzthaftungsprozesses nicht ausschließlich dem Patienten vorbehalten. Auch der Arzt gerät in Beweisnotsituationen, die unter Anwendung der prima-facie Regeln beseitigt werden können. Schwierigkeiten für den Arzt bereitet z.B. vor allem der ihm aufgebürdete Beweis des tatsächlichen Verlaufs des

---

[319] BGH VersR 1995, 723.

[320] *Frahm/Nixdorf,* Arzthaftungsrecht (1996), S. 104, Rdnr. 143; anders *Hoffmann*, Der Anscheinsbeweis und die Lehre von der res ipsa loquitur, (1985), S. 75. *Frahm/Nixdorf* behaupten, daß der einfache Gegenbeweis (d.h. die Darlegung der Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs) für die Entkräftung des Anscheinsbeweises genüge. Vgl. auch *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnr. 264 f.; *Mertens* in MünchKomm, § 823 BGB, Rdnr. 407.

[321] So z.B. in OLG Düsseldorf, VersR 1995, 1316, 1317, wonach (ohne ausdrückliche Erwähnung des Anscheinbeweises) die zunächst vorhandene „Beweiskraft der Einwilligungsurkunde durch besondere Umstände erschüttert wird“. So auch in BGH NJW 1996, 779 ff., wo die Beweiserleichterung nicht konkretisiert wird.

[322] *Lepa*, NZV 1992, 129.

Aufklärungsgesprächs. Die immer häufiger benutzten Einwilligungsformulare sind kein Allheilmittel, denn sie stellen bloß ein Indiz für ein durchgeführtes Aufklärungsgespräch dar. Zugunsten des Arztes wird trotzdem der Anscheinsbeweis bei vorgelegter Einverständniserklärung und erbrachtem Beweis einer generell üblichen ausreichenden Aufklärung angewendet.[323] Dem behandelnden Arzt kann auch, soweit er aus unerlaubter Handlung für einen aus einer Behandlung entstandenen Schaden in Anspruch genommen wird, ein Anscheinsbeweis für eine von dem Patienten erteilte Einwilligung zur Seite stehen. Eine vollständige Dokumentation der ärztlichen Behandlung kann die Berufung auf die Anscheinsbeweisregeln wesentlich erleichtern und das gemäß § 286 ZPO geforderte Beweismaß senken. Ist in der Krankenakte des Patienten der Aufklärungszeitpunkt, die Aufklärungsperson und der Aufklärungsgegenstand eingetragen, ist der Anscheinsbeweis zugelassen,[324] nicht jedoch bei bloßem schriftlichen Hinweis auf ein Aufklärungsgespräch.[325]

Der Anscheinsbeweis wird zu Recht vom LG-Richter *Schellhammer*[326] als „schwächerer Bruder“ des Indizienbeweises gekennzeichnet, denn er läßt sich erschüttern. Dementsprechend wird er hier vor dem Indizienbeweis ausgeführt, wobei der letzte die größere, der Beweislastumkehr angenäherte Beweiserleichterung zugunsten des Patienten darstellt.[327]

---

[323] So BGH NJW 1981, 2002, 2003 f. = VersR 1981, 730, 731 (vollständiger Operationsbericht zur Tubensterilisation) und BGH AHRS 6810/1.

[324] *Frahm/Nixdorf,* Arzthaftungsrecht (1996), Rdnr. 201; *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823 BGB, Rdnr. 460.

[325] NJW 1996, 3073, 3074 = VersR 1996, 1239; OLG Schleswig VersR 1996, 634, 636.

[326] *Schellhammer*, Zivilprozeß (1999), Rdnr 518.

[327] Allerdings muß der Richter umgekehrt das Eingreifen auf Erleichterungen der Beweisführung untersuchen, d.h. von höchster zur niedrigeren Beweiserleichterung. Er muß sich zuerst fragen, ob eine Beweislastumkehr anzuwenden ist und am Schluß an die Schadenschätzung gemäß § 287 ZPO denken.

IV. Indizienbeweis

1. Mittelbarer Beweis

Eine für die Praxis wichtige und in der Literatur[328] hoch umstrittene Erleichterung der Beweisführung ist der Indizienbeweis. In der Zivilprozeßrechtspraxis ist der Indizienbeweis als „mittelbarer" Beweis von größerer Bedeutung als der „unmittelbare", weil er nicht auf tatsächliche Behauptungen (etwa objektives Fehlverhalten) gestützt wird, sondern auf Hilfstatsachen (etwa Dokumentationspflichtverletzung), die erst durch ihr Zusammenwirken mit anderen Tatsachen den Schluß auf das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals selbst rechtfertigen sollen.[329] Die engere Beziehung zwischen Dokumentationspflichtverletzung und Indizienbeweis wird in der Rechtsprechung seit langer Zeit anerkannt. Demnach ist die Unterlassung der erforderlichen Dokumentation ein Indiz dafür, daß der beklagte Arzt die ernste Gefahr nicht erkannt hat und die Durchführung vorbeugender Maßnahmen nicht in ausreichender Form angeordnet wurde, und daß daher das Pflegepersonal nicht intensiv genug auf die Prophylaxe geachtet hat.[330]

Ein Indizienbeweis ist überzeugungskräftig, wenn andere Schlüsse aus den Indiztatsachen ernstlich nicht in Betracht kommen. Der Richter muß also prüfen, ob die Gesamtheit aller vorgetragenen Indizien ihre Richtigkeit unterstellt und ihn von der Wahrheit der Hauptsachenbehauptung überzeugt. Lassen die Indiztatsachen, auch wenn man ihre Richtigkeit unterstellt, weder

---

[328] Vgl. die sich widersprechenden Beispiele von *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnr 280 und *Laufs* in *Uhlenbruck/Laufs*, Handbuch (1999), § 108, Rdnr. 4. Beim gleichen Sachverhalt (Hepatitis-B Fall) werden andere Beweiserleichterungen angenommen. *Baumgärtel* geht von einem Indizienbeweis aus, während *Laufs* von einem Anscheinsbeweis spricht.

[329] Vgl. *Gräfin v. Strachwitz-Helmstatt* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 148; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnrn 272 ff. m.w.N.

allein noch in Verbindung mit weiteren Indizien und mit dem sonstigen Sachverhalt einen hinreichend sicheren Schluß auf die Haupttatsache zu, so sind die entsprechenden Beweisangebote abzulehnen.[331]

Der Indizienbeweis ist als Erleichterung der Beweisführung bei einer Dokumentationspflichtverletzung besondere Beachtung zu schenken, weil in dem Fall ein „unmittelbarer" Beweis auszuschließen ist.[332] Solange wichtige Aufnahmen und Unterlagen aus der Patientenakte fehlen, Zeugen im Regelfall nicht vorhanden sind und der Patient einen Behandlungsfehler nicht wahrnehmen kann, greift der „mittelbare" Beweis der Haupttatsache. D.h. der Patient muß durch Beweis der Indiztatsachen das objektive Fehlverhalten des Arztes beweisen. Er muß z.B. den Richter davon überzeugen, daß er mit dem Hepatitis-B-Erreger durch seinen Zahnarzt angesteckt wurde. Falls keine Aufnahmen oder Zeugen für diese Beweisführung vorhanden sind, kann der Patient durch das Bennenen von zahlreichen durch Hepatitis-B-Erreger Erkrankten (Indiztatsachen) das unsorgfältige Verhalten des Zahnarztes beweisen (Haupttatsache: objektives Fehlverhalten).[333] Es ist hervorzuheben, daß der Patient im Regelfall die Beweislast für die Indizientatsache trägt, weil er das Verschulden des Arztes (Haupttatsache) zu beweisen hat. Bei einem *non*

---

[330] So BGH 1986, 2365, 267 = JZ 1986, 958, 960 mit Anm. *Matthies*. Vgl. auch NJW 1988, 762.

[331] *Gräfin v. Strachwitz-Helmstatt* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 148-149; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnrn 284, 291.

[332] Viel zu einschränkend ist die Annahme des Indizienbeweises im Arzthaftungsrecht von *Müller*, NJW 1997, 3049, 3052. Vgl. auch BGH NJW 1989, 3162 und die Anm. v. *Rüßmann* ZZP 103 (1990), 65 ff. Insbesondere interessant die Anwendung des Indizienbeweises bei medizinischen Expertensystemen; *ders.* ZZP 103 (1990), 65, 71.

[333] Vgl. OLG Düsseldorf VersR 1998, 461; OLG Düsseldorf VersR 1998, 103.

liquet in Bezug auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Indiztatsache ist der Indizienbeweis nicht anzuwenden.[334]

2. Unterschied zum Anscheinsbeweis

Sowohl beim Indizien- als auch beim Anscheinsbeweis ist der methodische Weg für den Richter jeweils derselbe: Aus der menschlichen Erfahrung wird ein Schluß auf das Vorliegen einer nicht unmittelbar zu beweisenden Tatsache gezogen.[335] Dennoch sind zwischen den beiden Beweisformen mehrere feine Unterschiede vorhanden.[336] Der Unterschied der beiden Beweisarten ist vor allem darin zu sehen, daß der Indizienbeweis von individuellen Sachlagen auf die Haupttatsache schließt, während der Anscheinsbeweis von typischen, der individuellen Gestaltung entbehrenden Sachverhalten auf ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal schließt.[337] Dies führt einerseits dazu, daß der Indizienbeweis oft eine höhere Wahrscheinlichkeit vermittelt, weil er auf konkreten Gründen beruht, während dem Anscheinsbeweis meist nur eine geringere Wahrscheinlichkeit zukommt, da er auf regelmäßig zutreffenden Annahmen, also abstrakten Gründen beruht. Andererseits ist beim Indizienbeweis ein höherer Aufklärungsaufwand und eine intensivere Sachverhaltsanalyse erforderlich als beim Anscheinsbeweis.[338] Dies gibt dem Indizienbeweis, wenn er lückenlos geführt ist, gegenüber dem Anscheinsbeweis eine höhere Überzeugungskraft. Der Anscheinsbeweis beruht auf einem

---

[334] *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnr 294; vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald,* ZivilprozeßR (1993) § 112 II 5.

[335] *Baur/Grunsky*, ZPO (1998), Rdnr. 167.

[336] Zu Unterschieden zwischen Anscheins- und Indizienbeweis vgl. *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnrn. 280 ff; *Stein/Jonas* (1997), § 286 ZPO, Rdnrn. 87 ff.; *Baur/Grunsky*, ZPO (1998), Rdnr. 167; *Schellhammer* (1999), Rdnr. 518 und *Musielak,* ZPO (1999), § 286 Rdnr. 25.

[337] *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnrn. 280 ff.

[338] Vgl. auch den „Hepatitis A"-Fall in *Baumgärtel*, Beweislastpraxis (1996), Rdnr. 280.

Wahrscheinlichkeitsurteil, der Indizienbeweis hingegen nicht, und insofern wird beim letzteren ein niedrigerer Grad richterlicher Überzeugung verlangt. Die schon erwähnte Überzeugungskraft des Indizienbeweises wird auch dadurch verstärkt, daß er endgültig und zwingend ist und nicht - im Gegensatz zum Anscheinsbeweis - „erschüttert“ werden kann.[339]

Daraus ergibt sich, daß der Indizienbeweis dem Patienten eine größere Hilfe bei der Beweisführung anbietet als der Anscheinsbeweis. Im Hinblick auf diese Erkenntnis hat der Indizienbeweis im Rahmen einer Abstufung nach dem zunehmenden Grad der Beweiserleichterung seine Stelle nach dem Anscheinsbeweis zu Recht eingenommen.

V. Beweislastumkehr

1. Ultima poena

Die höchste Stufe der Beweiserleichterungen stellt die Beweislastumkehr zu Lasten des Patienten dar. Wenn der Bundesgerichtshof von „Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr“[340] ausgeht, wird deutlich, daß die Beweislastumkehr nur als *ultima poena* eingesetzt werden darf. Sie gilt zusammen mit dem Anscheinsbeweis als „schon traditionelle“[341] Beweiserleichterung. Die Beweislastumkehr wegen Dokumentationspflichtverletzung

---

[339] *Lepa,* NZV 1992, 129, 131und *Schellhammmer*, Zivilprozeß (1999), Rdnr 518.

[340] Vgl. BGHZ 72, 132, 137 ff. = BGH NJW 1978, 2337, 2338 f. (Dokumentationsurteil); BGHZ 99, 391 ff. = NJW 1987, 1482 ff = MedR 1987, 238 ff. = VersR 1987, 1089 ff (fehlender Lungenbefund); BGH NJW 1989, 2330 f. = MedR 1989, 195 f. = ArztR 1989, 327 f. = VersR 1989, 512 f. (fehlende Dokumentation einer Nichtfreilegung des Nervus Radialis); BGH NJW 1999, 863 ff (unvollständiger Aufklärungsbogen) Brandenburg. OLG, (Urt. v. 13.1.1999 - 1 U 34/98), MedR 2001, 40. Zur Beweislastumkehr bei unzulänglicher Dokumentation vgl. auch *Stein/Jonas* (1997), § 286 ZPO, Rdnrn. 127, 127 a und *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht (2001), Rdnr. 206 m.w.N..

[341] *Giesen*, JZ 1982, 448, 453. So auch in den USA; vgl. unten den *Bondu v. Gurvich* Fall, S. 118 d.v.A.

betrifft im Regelfall das objektive Fehlverhalten des Arztes.[342] Das heißt, daß der Patient das objektive Fehlverhalten des behandelnden Arztes nicht zu beweisen braucht. Dies wurde auch vom Bundesgerichtshof bestätigt: "In erster Linie indiziert das Fehlen eines Vermerks, daß die aufzeichnungspflichtige Maßnahme unterblieben ist".[343]

Dementsprechend erfüllt der Vermerk „schwere Schulterentwicklung" im Bericht eines Geburtsvorganges, der zur Schulterdystokie führte, nicht die Erfordernisse ordnungsgemäßer Dokumentation, weil die angewendete Methode ausführlich beschrieben werden muß. Das Fehlen jeglicher Dokumentation zum Vorgehen des Arztes bei der Behandlung der Schulterdystokie begründet die Wahrscheinlichkeit, daß der Arzt vom Auftreten der Schulterdystokie überrascht wurde und infolgedessen überstürzt sowie ohne die gezielte Anwendung einer anerkannten Methode vorgegangen ist und forcierte Extraktionsversuche unternommen hat. Die Dokumentationspflichtverletzung ist hierbei als schwer zu kennzeichnen, da die Beschreibung des Ablaufs der Operation von einem überwiegend medizinischen Wert ist. Insofern ist die höchste Beweiserleichterung zugunsten des Patienten zu applizieren. Das *OLG Saarbrücken*[344] hat insofern zu Recht eine Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes hinsichtlich seines objektiven Fehlverhaltens angenommen.[345] Hierbei brauchte nicht der Patient zu beweisen,

---

[342] Ausnahmsweise betrifft sie auch die haftungsbegründende Kausalitätsfrage, wie bei groben Behandlungsfehler. Vgl. oben § 5 C, S. 77 ff. d.v.A.

[343] BGH NJW 1989, 2330 f. = MedR 1989, 195 f. = ArztR 1989, 327 f. = VersR 1989, 512 f. (fehlende Dokumentation einer Nichtfreilegung des Nervus Radialis) bei dem eine Umkehr der Beweislast für die Frage sowohl des Operationsfehlers und als auch dessen Ursächlichkeit angenommen wurde.

[344] OLG Saarbrücken VersR 1988, 916.

[345] So auch BGH NJW 1989, 2330 f. = MedR 1989, 195 f. = ArztR 1989, 327 f. = VersR 1989, 512 f. (fehlende Dokumentation einer Nichtfreilegung des Nervus Radialis), wo eine Beweislastumkehr hinsichtlich des objektiven Fehlverhaltens angenommen wurde, und

daß der Arzt nicht die richtige Methode angewendet hatte. Es lag vielmehr am Arzt, das Gericht davon zu überzeugen, daß er seine Patienten sorgfältig behandelt und alle erforderlichen, den Standards der Medizin entsprechenden Maßnahmen getroffen hat, obwohl er deren Dokumentation unterließ.[346]

2. Unterschied zum Anscheinsbeweis und Reichweite der Beweislastumkehr

Nach der Festlegung einer Dokumentationspflichtverletzung stellt sich der Richter die Frage, welche der stärkeren Beweiserleichterungen er anwenden muß. Er wählt meistens entweder die traditionelle Beweiserleichterung, den Anscheinsbeweis, oder die Beweislastumkehr. Die das Arztrecht betreffende Literatur betont vielfach die Verwandtschaft zwischen den beiden Beweisvorteilen, ohne von einem Hauptunterschied auszugehen.[347] Im Zivilprozeßrecht wird aber der folgende Unterschied zwischen den beiden Beweisformen betont: Der Anscheinsbeweis berührt die Beweislast überhaupt nicht, sondern verschiebt nur die Beweisführungslast.[348] Diese Differenzierung wirkt sich auch auf die beweismäßigen Anforderungen aus, die an seine Widerlegung zu stellen sind. Die Beweislastumkehr erfordert vom Arzt den vollständigen Beweis des Gegenteils, während beim Anscheinsbeweis der einfache Gegenbeweis reicht.

Brandenburg. OLG, (Urt. v. 13.1.1999 - 1 U 34/98), das unzutreffend eine Beweislastumkehr bezüglich des Ursachenzusammenhangs angenommen hat; zusammengefaßt in MedR 2001, 40.

[346] Vgl. *Velten*, Der medizinische Standard (2001), 75 f., 79 ff. und 114 ff.

[347] Vgl. s.a. *Gräfin v. Strachwirtz-Helmstatt* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 150-153. Vgl. instruktiv *Stein/Jonas* (1997), § 286 ZPO, Rdnrn. 126 ff.

[348] *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 286 ZPO, Rdnr. 21. Vgl. *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß (1975), S.155 ff.

VI. Wann ist eine Beweiserleichterung und wann Beweislastumkehr anzuwenden?

Die in der Überschrift gestellte Frage wird mittelbar von *Baumgärtel*[349] beantwortet. Er ist der Ansicht, daß der Anscheinsbeweis und die Beweislastumkehr im Rahmen des Arzthaftungsprozesses Bestandteile eines beweismäßigen „Sanktionspotentials“ zum Nachteil des Arztes seien, das nach der Schwere des festgestellten Fehlers abgestuft sei.[350] Das bedeutet, daß ein Anscheinsbeweis bei einfachen und die Beweislastumkehr bei groben Pflichtverletzungen vorzunehmen ist.

Diese Abstufung ist auch bei der Dokumentationspflichtverletzung zu applizieren. Die Grenzen zwischen beiden Beweisformen müssen nach der Schwere und dem medizinischen Wert der fehlenden Aufzeichnung gezogen werden. Demzufolge ist bei leichtester Dokumentationspflichtverletzung von einer Anwendung des § 287 ZPO auszugehen, wobei bei einer schweren Verletzung § 444 ZPO greifen sollte. Hinzu kommen der Anscheinsbeweis und die Beweislastumkehr. *Bei einem bloßen Dokumentationsmangel genügt ein Anscheinsbeweis, während bei einer schweren Dokumentationspflichtverletzung die Beweislastumkehr anzuwenden ist.* So ist z.B. als grobe Dokumentationspflichtverletzung das Fehlen des EKG bei einem wegen Herzinfarkt gestorbenen Patienten anzusehen und eine Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes anzunehmen.[351] Hinzu kommen Operationsberichte und

---

[349] *Baumgärtel*, Handbuch (1991), § 823 Anh. C II, Rdnr. 21.

[350] Hierbei ist die Rede von Beweiserleichterungen wegen grobem Behandlungsfehlers hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs. Vgl. *Baumgärtel*, Fn. 349.

[351] Der Bundesgerichtshof hat in diesem Fall von einer Beweislastumkehr betreffend die Kausalität gesprochen, obwohl es meines Erachtens um eine typische Dokumentationspflichtverletzung geht. Vgl. BGHZ 132, 47 ff. = NJW 1996, 1589 ff = VersR 1996, 633 ff = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 (fehlendes EKG).

Narkoseprotokolle, die vom *Bundesgerichtshof*[352] als die wichtigsten Unterlagen in Arztfehlerprozessen bezeichnet werden und ihr Fehlen dementsprechend als grobe Dokumentationspflichtverletzung betrachtet werden muß.[353] Übrigens hätte eine Anwendung der Beweislastumkehr auch beim einfachen Dokumentationsmangel zur Erfolgshaftung führen können, weil der mit der Behandlung unzufriedene Patient sich auf irgendwelche unwesentlichen Dokumentationsmängel hätte berufen können, um sich von der Beweislast zu befreien.

Das ausschlaggebende Kriterium für die Differenzierung zwischen einfacher und grober Dokumentationspflichtverletzung soll die Schwere des medizinischen Wertes der fehlenden Aufzeichnung sein.[354] Dieses Kriterium ist aber zu abstrakt. Deshalb muß der Richter im Einzelfall die besondere Konstitution des Patienten und seine Krankengeschichte berücksichtigen, um den medizinischen Wert der fehlenden Dokumentation zu konkretisieren.[355] Insofern bleibt die Leitlinie der höchstrichterlichen Rechtsprechung unberührt: „Unter welchen Voraussetzungen zusätzliche Beweiserleichterungen... in Frage kommen, hängt von der Lage des Falles ab.“[356]

---

[352] So BGH VersR 1981, 462, 463; BGH NJW 1989, 2330 f. = MedR 1989, 195 f. = ArztR 1989, 327 f. = VersR 1989, 512 f. (fehlende Dokumentation einer Nichtfreilegung des Nervus Radialis) So auch in *EKG-Fall* BGHZ 132, 47 ff. = NJW 1996, 1589 ff. = VersR 1996, 633 ff. = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164 (fehlendes EKG) und OLG Saarbrücken VersR 1988, 916 ff (nicht dokumentierte Schulterdystokie).

[353] *Giesen*, Arzthaftungsrecht (1995), Rdnr. 471.

[354] Nach *Hermeler* sollte das ausschlaggebende Kriterium für eine solche Differenzierung die Schwere der Schädigung des Patienten sein; Rechtliche Rahmenbedigungen der Telemedizin (2000), S. 31.

[355] Vgl. BGH LM Nr. 69 zu § 823 (Aa) und BGHZ 99, 391 ff. = NJW 1987, 1482 ff = MedR 1987, 238 ff. = VersR 1987, 1089 ff. (fehlender Lungenbefund) und instruktive Anm. *Giesen*, MedR 1988, 23 ff. Kritisch gegen die Beschränkung der Dokumentationspflicht durch den BGH auf das „therapeutisch Notwendige“ *Hanau*, FS Baumgärtel (1990), S. 135.

[356] BGHZ 138, 1, 5 (II b) = NJW 1998, 1782 f. (nicht erkannte Netzhautablösung).

VII. Zusammenfassung

Insgesamt ist also davon auszugehen, daß der gewöhnlich von der Rechtsprechung benutzte abstrakte Begriff der „Beweiserleichterung“ auf mehreren Ebenen abgestuft wird: Schadenschätzung, Indizienbeweis, Beweisvereitelung, Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr. Im Falle der Dokumentationspflichtverletzung ist eine Beweislastumkehr nur dann anzunehmen, wenn die Dokumentation eine gravierende Rolle für die Therapie des Patienten spielt (grobe Dokumentationspflichtverletzung). Einfache (oder leichte) Dokumentationspflichtverletzungen können nur zur Schadensschätzung bis maximal zum Anscheinsbeweis führen. Die richterlichen Entscheidungen sollten im Einzelfall erwähnen, welche von diesen Beweisformen anzuwenden sind, wenn die Rede von Beweiserleichterungen ist. Nur so kann verhindert werden, daß die Rechtssicherheit auf schwankendem Boden steht.[357]

[357] Vgl. Anm. *Laufs* in LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164.

§ 6. Ausserprozessuale Folgen der Dokumentations-pflichtverletzung

A. Dokumentationspflichtverletzung als eigenständige Anspruchsgrundlage

Nach gefestigter höchstrichterlicher Spruchpraxis[358] und einem großen Teil der Literatur[359] führen Mängel der ärztlichen Dokumentation im zivilrechtlichen Arzthaftungsprozeß lediglich zu Beweiserleichterungen für den Patienten, bilden also keine "eigenständige Anspruchsgrundlage". Diese Vorgehensweise wird im Ergebnis den meisten Fällen einer Dokumentationspflichtverletzung gerecht. Es gibt aber Fälle, bei denen die bloße Beweiserleichterung als mögliche Sanktion im Bereich der Verteilung der Beweislast nicht ausreicht und ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommt.

Der Schadensersatzanspruch aufgrund mangelhafter Dokumentation ist in zwei Fällen denkbar:[360] (1) Bei einer sukzessiven Nachbehandlung (worunter die Fehlbehandlung und die überflüssige Behandlung fallen) und (2) beim Schaden aufgrund einer erneuten Dokumentation.

---

[358] So BGH NJW 1981, 2002; NJW 1983, 151; NJW 1983, 332, 333 (unvollständige Dokumentation zur Tubensterilisation); NJW 1983, 832, 839; NJW 1987, 1482 (fehlendes Lungenbefund); NJW 1988, 294; NJW 1993, 2375, 2377 (Sudeck-Syndrom); NJW 1999, 3408, 3409 I (nicht erkannte Pleuraerguß). Vgl. auch OLG Saarbrücken VersR 1988, 916, 917; OLG Köln, VersR 1992, 1231; OLG Düsseldorf, VersR 1997, 748.

[359] So und *Laufs*, Arztrecht (1993), S.348, Rdnr.612; *Stegers*, Das arzthaftungsrechtliche Mandat in der anwaltlichen Praxis 1988, S.82-83; *Narr,* Ärztliches Berufsrecht (1994), S.580, Rdnr. 936; *Giesen*, Arzthaftungsrecht (1995), Rdnrn. 420-428; *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch, (1999), §111 Rdnrn. 4-;5 *Heinrichs* in *Palandt* (2001), § 282, BGB Rdnr. 20. Anderer Ansicht *Wasserburg* NJW 1980, 617ff.

[360] Vgl. auch *Wasserburg*, NJW 1980, 617, 620.

(1) Im ersten Fall hat der nachbehandelnde Arzt, der sich auf die ihm überlassenen und fehlerhaften Krankenunterlagen stützt, eine Fehlbehandlung vorgenommen (z.B. Eilbehandlung nach Angabe falscher Blutgruppe). Ein Dokumentationsmangel des vorbehandelnden Arztes kann dadurch einen Schaden verursachen, wenn etwa daraufhin eine unrichtige Therapie, eine Übertherapie oder kontraindizierte Maßnahmen[361] vorgenommen werden.[362] In diesem Fall führt die Dokumentationspflichtverletzung nicht nur zum Aufklärungserschwernis, sondern auch zum Schaden. Deshalb helfen hierbei bloße Beweiserleichterungen zugunsten des Patienten nicht.[363]

(2) Im zweiten Fall kann der Patient in den Fällen, in denen die Anfertigung einer Ersatzdokumentation noch möglich ist, durch die erneute Vornahme einer Untersuchung körperliche (wie überflüssige Behandlung mit Röntgenstrahlen) oder materielle Schäden (Kosten für die Neuvornahme der Untersuchung) erleiden.

Bei der Dokumentationspflichtverletzung kann sich eine Schadensersatzpflicht aus Delikt und Vertrag ergeben.[364] Im Vertragsrecht stellt sich die Frage welche BGB - Vorschriften des Vertragsrechts anwendbar sind. Je nachdem, ob die ärztliche Dokumentation als Neben- oder Hauptpflicht betrachtet wird, sind entsprechende Paragraphen des Schuldrechts anwendbar. Insofern wird im folgenden zwischen diesen beiden Pflichten differenziert.

---

[361] Vgl. auch BGH MedR 1998, 326-331, wo es um eine Körperverletzung durch medizinisch nicht indizierte Röntgenaufnahmen ging.

[362] *Nüßgens*, RGRK (1989), § 823 Anh. II, Rdnr. 267.

[363] *Rigizahn,* MedR 1995, S. 391.

[364] Zu Gemeinsamkeiten und Besonderheiten der vertraglichen und deliktischen Arzthaftung *Bittner*, Die virtuelle Patientenakte (2001), S. 14-20.

I. Vertragsrecht

1. Regelfall: Dokumentation als Nebenpflicht

Grundsätzlich stellt die ärztliche Dokumentation eine selbständige Nebenpflicht dar.[365] Hierbei sind grundsätzlich die Regelungen über die einseitigen Rechtsgeschäfte anzuwenden. Nach überwiegender Auffassung besteht ein Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma) beim Arztvertrag nur hinsichtlich der Hauptleistungspflichten (z.B. Diagnose, Therapie), nicht dagegen hinsichtlich der Nebenleistungspflichten, wie sie die Dokumentation in der Regel darstellt.[366] Demzufolge sind im Regelfall bei einer Dokumentationspflichtverletzung die Vorschriften über die einseitigen Rechtsgeschäfte einschlägig (§§ 242-304 BGB). Insofern steht der Arzt für folgende Leistungshindernisse ein:

a) Anfängliche Unmöglichkeit der Dokumentenabgabe (analog zu § 306 BGB)

Wenn die Anfertigung und Abgabe der Dokumentation von Anfang an unmöglich ist, dann kann der Patient Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Eine solche Unmöglichkeit ist vor allem *bei der elektronischen Dokumentation* vorstellbar, falls der Arzt von Beginn an weiß, daß seine EDV-Anlage nicht betriebsbereit ist. Wenn die EDV-Anlage schon vor Vertragsschluß defekt und eine Dokumentation geschuldet ist, liegt eine anfängliche Unmöglichkeit vor, die zum Schadensersatz führen kann.

---

[365] Vgl. *Wasserburg*, NJW 1980, 617, 619; *Hohloch*, NJW 1982, 2577, 2581; *Rieger*, Lexikon des Arztrechts (1984), Rdnr. 574; *Giesen*, Arzthaftungsrecht (1995), Rdnr. 420; *Deutsch*, Medizinrecht (1999), Rdnr. 354.

[366] Vgl. *Heinrichs* in *Palandt* (2001), § 320, Rdnr. 4; *Emmerich*, MünchKommentar (1994) § 320, Rdnr. 40. Siehe ausführlich zum Arztvertrag *Bittner*, Die virtuelle Patientenakte (2001), S. 5-10.

b) Nachträgliche Unmöglichkeit (§ 275 II BGB)

Eine nachträgliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn der Arzt die Dokumentation angefertigt hat, sie aber aus unvorhersehbaren Gründen nach Vertragsschluß nicht vorhanden ist. Fraglich kann nur sein, ob die Erstellung einer neuen ordnungsgemäßen Dokumentation für den Arzt nicht mehr möglich ist. *Bei einfachen und klaren Krankheiten* ist eine ordnungsgemäße Dokumentation meistens nachholbar, so daß eine Unmöglichkeit im Sinne der §§ 280 ff BGB nicht angenommen werden kann. In diesem Falle könnte für den Schadensersatzanspruch gegebenenfalls auf die positive Vertragsverletzung zurückgegriffen werden. Bei persönlichen Aufzeichnungen des Arztes wird bei komplizierten Diagnose- und Therapiemaßnahmen in der Regel davon auszugehen sein, daß eine Unmöglichkeit vorliegt. Denn es ist kaum vorstellbar, daß sich der Arzt nach einem gewissen Zeitraum unter Berücksichtigung der Vielzahl der Patienten an eine komplizierte Therapie erinnern wird.[367] Bei technischen und elektronischen Aufzeichnungen ist dies nicht der Fall, weil bei ihnen grundsätzlich ein Nachholen der Dokumentation auch nachträglich möglich ist (wie z.B. bei einer Computertomographie). Bei der nachträglichen Unmöglichkeit hat man zwischen nicht zu vertretender und zu vertretender Unmöglichkeit zu differenzieren.

aa) Nicht zu vertretende Unmöglichkeit

Falls der Arzt alle zur ordnungsgemäßen EDV-Archivierung erforderlichen Maßnahmen durchgeführt hat[368] und das Leistungshindernis damit außerhalb des ärztlichen Bereiches liegt, muß der Arzt dem Patienten das herausgeben oder abtreten, was er infolge des Unmöglichkeitsgrundes für die ursprünglich geschuldete Dokumentation erlangt hat (stellvertretendes commodum § 281 I

---

[367] Vgl. auch *Wasserburg*, NJW 1980, 617, 619.

BGB). Dies kann z. B. das sein, was der Arzt aufgrund der Computerstörungen von dem Hardware- oder Softwarehersteller erlangt hat.

bb) Zu vertretende Unmöglichkeit

Wenn der Arzt im Gegenteil nicht alle erforderlichen Maßnahmen für eine vollständige und ordnungsgemäße (konventionelle oder elektronische) Dokumentation getroffen hat, es ihm aber trotzdem unmöglich ist, dem Patienten seine Krankenunterlagen herauszugeben, dann ist er nicht mehr zu dieser Leistung verpflichtet. Der Patient kann dann neben dem stellvertretenden commodum nach § 281 BGB auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 280 I BGB) verlangen.

c) Schuldner- (§ 286 BGB) und Gläubigerverzug

Im Regelfall ist von einem *Schuldnerverzug* auszugehen, es sei denn, die Erfüllung der Dokumentationspflicht ist als absolutes Fixgeschäft zu sehen (etwa EKG bei akutem Herzinfarkt). Ein *Verzug seitens des Patienten* dahingehend, die ordnungsgemäß angebotene Dokumentation nicht anzunehmen, ist auch *vorstellbar*. Dies kann z.B. geschehen, wenn der Patient dem Klinikum, in dem er behandelt worden war, eine falsche Anschrift seines Hausarztes gegeben hat und deshalb der Arztbrief nie den Briefkasten des Hausarztes erreicht hat. Ähnliche Fallkonstellationen sind auch für die digitale Patientenakte vorstellbar, wenn die e-mail Adresse des Hausarztes oder gegebenenfalls des Krankenhausträgers vom Patienten falsch übermittelt worden war.

d) Positive Vertragsverletzung

---

[368] Vgl. oben § 10 D III, S. 118 ff. d.v.A.

Wie schon oben unter 1 a) festgestellt wurde, ist bei einfachen Diagnosen und Therapiemaßnahmen, die nachholbar sind, nicht von einer Unmöglichkeit auszugehen, weil das Nachholen der Dokumentation möglich ist. Vielmehr sollen dann die Regeln über die positive Vertragsverletzung angewandt werden. Die positive Vertragsverletzung ergibt sich aus Rechtsanalogie zu den §§ 280, 286 BGB. Die hauptsächliche Rechtsfolge der positiven Vertragsverletzung ist der Erfüllungsanspruch auf Nachholung der Dokumentation.[369] Bei analoger Anwendung des § 325 BGB besteht auch die Möglichkeit für den Patienten, statt diesem Erfüllungsanspruch Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

2. Dokumentation als Hauptleistungspflicht

Ausnahmsweise kann die ärztliche Dokumentation die Hauptleistung eines Arztvertrages darstellen. Dies kann bei Untersuchungen der Fall sein, die in einem Labor stattfinden und bei denen die Dokumentation einen großen oder manchmal den größten Wert darstellt. Dann handelt es sich beim Arztvertrag nicht um einen Dienstvertrag, sondern um einen Werkvertrag. Hierbei sollen nach herrschender Meinung[370] die Regelungen über die gegenseitigen Verträge angewandt werden. In zwei Fällen sind sogar die Regelungen für synallagmatische Rechtsgeschäfte anzuwenden (§§ 320 ff. BGB), und zwar: a) wenn die Parteien sich darauf geeinigt haben, daß die §§ 320ff. BGB auf die Dokumentationspflichtverletzung anwendbar sind[371] oder b) falls die Dokumentation gemäß §§ 133, 157 oder 242 BGB die Hauptleistung des Arztvertrages ist. Der letztere Fall kommt z.B. dann vor, wenn die Befunde -

---

[369] Vgl. auch *Rigizahn*, MedR 1995, 391, 392.

[370] Vgl. *Heinrichs* in *Palandt* (2001), § 320, Rdnr. 4; *Emmerich* in MünchKomm (1994) § 320, Rdnr. 40.

[371] Vgl. *Wiedemann* in SoergelKomm (1990), § 320 BGB, Rdnrn. 12-13.

und demzufolge die Dokumentation - einer beim Laboratorium aufgenommenen Untersuchung die Hauptleistung des Vertrages sind. Hierbei geht es meistens um einen Diagnosevertrag, den der Patient mit einem Institut abschließt.

a) Unmöglichkeit

aa) Nicht zu vertretende Unmöglichkeit (§ 323 BGB)

Ein solcher Fall ist vorstellbar, wenn die Vernichtung der Dokumentation auf Hardware- oder Softwarestörungen zurückzuführen ist, für die weder der Patient noch der Arzt (oder gegebenenfalls der Krankenhausträger) einzustehen hat. Dann läßt § 323 I BGB den Anspruch auf die Gegenleistung erlöschen: Es braucht nur bezahlt zu werden, was auch geleistet werden muß (funktionelles Synallagma). Das stellvertretende commodum soll der Patient – wie beim einseitigen Schuldverhältnis – weiterhin verlangen können.

bb) Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit (§§ 325, 280 BGB)

Wenn der Arzt einige zur Gewährleistung der Vollständigkeit und Ordnungsmäßigkeit erforderlichen Maßnahmen nicht getroffen hat, dann hat er für die Unmöglichkeit, die Patientenakten herauszugeben, einzustehen. Dementsprechend hat der Patient in den oben dargestellten Beispielsfällen nach § 325 BGB folgende Ansprüche:

(1) Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 325 I 1 BGB)

Falls die Dokumentation nicht angefertigt ist, darf der Patient die Rechte von § 325 I BGB in Anspruch nehmen. Das heißt, der Patient erhält nicht nur bloß den Wert der Dokumentation ersetzt, sondern auch alle Folgeschäden,[372] die ihm durch deren Ausbleiben entstanden sind. Hierbei kommt § 67 VVG

(Gesetzlicher Forderungsübergang) in Betracht, weil der Patient in Deutschland gesetzlich dazu verpflichtet ist, sich zu versichern. Gemäß dieser Regelung geht der Anspruch des Patienten auf Schadensersatz auf den Versicherer über. Nach der Begründung des Gesetzgebers soll die Vorschrift unter anderem dazu dienen, eine Bereicherung auf Seiten des Versicherungsnehmers zu verhindern[373]. Es ist durchaus denkbar, daß der Patient als Versicherungsnehmer vom Arzt den Ersatz seines Erwerbsschadens verlangen kann und er darüber hinaus von seinem Versicherer etwa ein Krankentagegeld erhält. Hierbei stellt sich die Frage nach der Vorteilsausgleichung: Soll der Arzt sich darauf berufen können, daß der Patient durch die schädigende Handlung gleichzeitig einen versicherungsrechtlichen Deckungsanspruch mit der Folge erhält, daß der zu kompensierende Schaden um die Versicherungsleistungen gekürzt werden muß? Diese Frage sollte bejaht werden, wenn es um eine Schadensversicherung geht[374]. In diesem Fall entsteht der Regreßanspruch des Versicherers automatisch, denn auch der schädigende Arzt soll keinen Vorteil dadurch erlangen, daß er durch die Versicherungsleistung entlastet wird. Für die sogenannte Summenversicherung ist diese Frage zu verneinen und demzufolge ist eine Bereicherung des Patienten in Kauf zu nehmen, denn er muß sich die Leistungen seines Versicherers nicht anrechnen lassen, und dieser kann infolgedessen auch keinen Regreß nehmen[375].

---

[372] Für Folgeschäden vgl. *Giesen*, Arzthaftungsrecht (1995), Rdnrn. 401, 418.

[373] Vgl. *Römer/Langheid*, VVG Kommentar (1997), § 67, Rdnr. 5.

[374] So *Römer/Langheid*, VVG Kommentar (1997), § 67, Rdnrn. 5-6.

[375] Über die Kritik an dieser Bereicherung des Versicherungsnehmers vgl. *Römer/Langheid*, VVG Kommentar (1997), § 67, Rdnr. 7. Vgl. dieselbe Fundstelle Rdnrn. 35 ff. über das Quotenvorrecht des Versicherungsnehmers.

(2) Rücktritt und Abstandnahme

Rücktritt und Abstandnahme vom Vertrag wegen vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit nach § 325 I 2 BGB und § 325 I 3 BGB i.V.m. § 323 II, III BGB entsprechend sind auch möglich.

b) Weitere Ansprüche des Patienten

Bei einem Schuldnerverzug oder positiver Vertragsverletzung seitens des Arztes darf der Patient die Rechte aus §§ 284 ff BGB und 320-327 BGB entsprechend in Anspruch nehmen.

II. Deliktsrecht

Die Anwendbarkeit von § 823 Abs. 1 BGB setzt zunächst die Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit voraus. Problematisch ist, daß die Verletzung eines dieser Rechtsgüter nur mittelbar durch den vorbehandelnden Arzt verursacht worden ist. Trotzdem wird § 823 BGB unter folgenden Voraussetzungen angewandt:[376]

(a) die Dokumentationspflichtverletzung ist als *adäquat kausal* für die Verletzung eines der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter des Patienten zu bezeichnen (haftungsbegründende Kausalität),

(b) die jeweilige Rechtsgutverletzung ist als vom *Schutzzweck* der Norm oder vom *Rechtswidrigkeitszusammenhang* des § 823 Abs. 1 BGB erfaßt anzusehen,

(c) die Zurechnung scheitert nicht daran, daß die Rechtsgutverletzungen unmittelbar auf einem eigenständigen Handeln des nachbehandelnden Arztes beruhen, etwa mit der Begründung, der nachbehandelnde Arzt habe - gemäß

[376] Vgl. *Rigizahn*, MedR 1995, 391, 393.

dem Vertrauensgrundsatz bei Arbeitsteilung - darauf vertrauen dürfen, daß die vom vorbehandelnden Arzt angefertigte Dokumentation mangelfrei sei, habe sich also gleichsam berechtigt fühlen dürfen, auf deren Grundlage wie geschehen zu behandeln,

(d) das *Unterlassen der Dokumentation*[377] ist unter Verweis auf die aus dem Arzt- oder Krankenhausvertrag folgende Handlungspflicht zuzurechnen, und schließlich ist auch, sofern für nötig erachtet,

(e) die Verletzung der Dokumentationspflicht als Verletzung einer dem vorbehandelnden Arzt obliegenden *Verkehrspflicht* zu bewerten.[378]

Hierbei ist eine Naturalrestitution des Verlustes des Geschädigten durch denselben Arzt, der die Dokumentationspflicht verletzt hat, nicht auszuschließen (sog. *restitutio ad integrum* § 249 S. 1 BGB). In einer Reihe von Fallgruppen erscheint die Wiederherstellung durch den Schädiger entweder ausgeschlossen (z.B. Tod des Patienten),[379] nicht ausreichend (z.B. eine Behandlung des geschädigten Patienten, die nicht zur vollständigen Heilung führt) oder zu aufwendig (z.B. Abflug in die USA, um dort von einem weltberühmten, spezialisierten Arzt behandelt zu werden). In diesem Fall ist von einem Geldersatz statt Naturalrestitution auszugehen[380].

---

[377] Im Gegensatz zur unkorrekten Dokumentation, bei der der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem Tun liegt. Über die Unterlassung im Deliktsrecht vgl. *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen (1995), Rdnrn. 37-40.

[378] Zur elektronischen Patientenakte und Verkehrspflicht vgl. unten § 10 B III 2, S. 118 f. d.v.A.

[379] Vgl. auch *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen (1995), Rdnr. 434 für den Geldersatz nach Fristsetzung.

[380] Naturalrestitution oder Geldersatz ist auch beim Nichtvermögensschaden möglich. Vgl. *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen (1995), Rdnrn. 429 ff.

Im Fall des Todes des Patienten ist als Schaden nicht der Tod eines Menschen[381], sondern nur die Kosten der Bestattung und die Angehörigenschäden (z.B. Unterhalt, den der Getötete während seiner mutmaßlichen Lebensdauer geleistet hätte) anzunehmen. Im Falle einer Verletzung des Patienten sind als Schaden die Heilungskosten (z.B. Arzt- und Krankenhauskosten, Kosten der Reise zu einem entfernt wohnenden Spezialisten), der Mehrbedarf (z.B. Fortbewegungsmittel für den Gelähmten und Schutzkleidung) und der Abhängigenschaden (z.B. entgangener Unterhalt des hinterbliebenen Ehepartners, § 844 II BGB) zu ersetzen.

Freilich wird man dem geschädigten Patienten in den hier behandelten Konstellationen auch einen Schmerzensgeldanspruch gegen den mangelhaft dokumentierenden Vorbehandler zugestehen müssen. Bei der Tötung des Patienten steht der Schmerzensgeldanspruch den Erben des Verstorbenen zu.[382]

III. Haftungsfragen bei der elektronischen Archivierung

Sofern elektronische Anwendungen in der Praxis eingesetzt werden, stellt sich die Frage, welche Haftungslage bei Fehlern in den Ausführungen, also vor allem bei einer fehlerhaften Datenübertragung oder –speicherung besteht. Eine Inanspruchnahme des jeweils behandelnden Arztes ist u.a. aus § 823 Abs. 1 oder 2 BGB i.V.m. § 203 Abs. 1 StGB denkbar. Desweiteren können sich Haftungsfragen bei einer Fehlübermittlung, unbefugter Einsichtnahme durch Dritte, Verlust der Patientendaten, Manipulation durch Dritte oder zufälliger Manipulation ergeben. Hierbei ist insbesondere fraglich, inwieweit dem Arzt ein mögliches Fehlverhalten des externen Archivs zugerechnet werden kann und ob die Betreiber des externen Archivs selbst in Anspruch genommen

---

[381] Anders im englischen Recht, wo die Verkürzung der Lebenserwartung als Selbstschaden anerkannt wird (*wrongful death*).

[382] Vgl. *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen (1995), Rdnr. 478 und Rdnrn. 483-489.

werden können. Die Haftung des Betreibers des externen Archivs ist sowohl gegenüber dem Arzt als auch gegenüber dem Patienten zu untersuchen.

B. Berufsrechtliche Maßnahmen

Wegen der Berufssolidarität ist eine Selbstkontrolle der Ärzteschaft jedoch meistens erfolglos. Seit Beginn der modernen ärztlichen Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert wird allerdings auch der Vorwurf erhoben, daß die ärztlichen Berufs- und Standesordnungen in erster Linie die Interessen der Ärzteschaft verfolgten und die Belange des Patienten demgegenüber eklatant vernachlässigten. Der obrigkeitliche Staat war immer dann und nur dann bereit, die Ärzteschaft ihrer Selbstkontrolle zu überlassen, wenn diese den Eindruck erwecken konnte, daß diese wirksam und erfolgreich war. *Funktionierte diese standesautonome Selbstkontrolle dagegen nicht, kam es regelmäßig zu einer Hypertrophie gesetzlicher Regelungen* und damit letztlich zu einer umfassenden Fremdbestimmung. Das Erfordernis von Ermächtigungen in den sogenannten Kammergesetzen der Länder für den Erlaß der Berufsordnungen durch die Ärztekammern ist ein Beweis für die Tendenz des Staates, den Freiraum der ärztlichen Tätigkeit mittelbar zu begrenzen.[383].

Es liegt an der merkantilistischen Einstellung unserer Gesellschaft, daß der Patient die ärztlichen Fehler auszunutzen versucht, um daraus Geld zu machen. Eine Lösung der Konflikte zwischen Arzt und Patient sollte aber nicht unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten betrachtet werden. Ein Arzt, der nicht heilen kann oder seinen Patienten fahrlässig falsch behandelt, sollte nicht nur seinem Patienten Schadensersatz leisten, sondern auch von seiner Tätigkeit – vorläufig oder endgültig - ausgeschlossen werden. Die Feststellung der Berufsunwürdigkeit träfe alle Ärzte gleich unabhängig davon, ob sie viel oder

[383] Vgl. *Taupitz*, NJW 1986, 2852.

wenig verdienen. Es gäbe sicherlich einige Ärzte, die gern eine Geldentschädigung durch ihre Versicherung bezahlen ließen, sofern sie die steigenden Versicherungsprämien im Einzelfall durch einige Arbeitsstunden ausgleichen können[384].

Demzufolge wäre dieses „interne Recht" der Ärzteschaft ideal, um alle Konflikte zwischen Arzt und Patient zu regeln. Die Berufsordnungen könnten die gleiche Stellung haben wie der hippokratische Eid in den ersten altgriechischen Berufsgenossenschaften, die „Asklipiades" genannt wurden[385]. Demzufolge wäre es z.B. in dem Falle, in dem der Arzt eine medizinisch erforderliche Dokumentation nicht angefertigt hat, besser, daß der Arzt von der Ärztekammer beurteilt wird. Auf der anderen Seite soll der Patient Geld zum Ausgleich seines Schadens bekommen, deshalb sollen seine zivilrechtlichen Ansprüche nicht ausgeschlossen werden. *Eine Kombination des Schadensersatzanspruches mit dem Berufsverbot wäre die ideale Maßnahme*, um den sozialen Frieden im Bereich der Arzthaftung zu realisieren.

Gegenstand des berufsgerichtlichen Verfahrens[386] sind meistens innerberufliche Pflichtverletzungen[387]. Je nach Fallkonstellation können bei einer

---

[384] Vgl. auch *Taupitz*, NJW 1986, 2852. Er geht von folgendem aus: „Sie sollen die Berufsangehörigen zur Erfüllung ihrer speziellen Berufspflichten anhalten und dadurch Ansehen und Funktionsfähigkeit des Standes garantieren".

[385] Erst im 4. Jahrhundert v.Chr. wurden die ersten ärztlichen Berufsgenossenschaften aufgebaut, die als Asklepiades (Ασκληπιαδες), bekannt waren. Die bekanntesten Asklepiades waren die auf Kos und Knidos, die von *Hippokrates* und *Euriphon* geführt wurden. Seit dieser Zeit entwickelten sich die Anfänge der Arzthaftung. Jedes neue Mitglied dieser Genossenschaften war verpflichtet, den hippokratischen Eid öffentlich zu leisten. Dieser Eid war nur internes Recht der ärztlichen Berufsgenossenschaften und verpflichtete jeden neuen Arzt zum pflichtgemäßen Verhalten der ärztlichen Wissenschaft und anderen Ärzten gegenüber. Vgl. die griechische Zeitung „Kathimerini" vom 12.10.1997, Spezialheft: Griechische Medizin und die deutsche Dissertation von *Ziegenhagen*, Die Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe, S. 88-90.

[386] Über die Gerichtsorganisation der Heilberufe vgl. *Vogt*, Ärztliche Selbstverwaltung im Wandel (1998), S. 164 ff und *Ziegenhagen*, Die Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe (1998), S. 218-219, wo sich auch zahlreiche Verweisungen finden.

Dokumentationspflichtverletzung folgende berufsgerichtliche Maßnahmen getroffen werden:

a) Warnung. Sie ist die mildeste Maßnahme. Sie kann bei unwesentlichen Dokumentationsmängeln angewandt werden[388].

b) Verweis. Der Verweis ist der Tadel eines bestimmten Verhaltens des Berufsangehörigen und ist bei leichten Dokumentationsfehlern zu verhängen[389].

c) Geldbuße. Diese Maßnahme kann bei unzureichender Risikoaufklärung[390] oder bei grober Dokumentationspflichtverletzung[391] verhängt werden.

d) Die Koppelung von Verweis und Geldbuße. In der Literatur wird die Koppelung beider Maßnahmen zuweilen als eine selbständige Maßnahme eigener Art angesehen. In der Heilberufsrechtsprechung wurden Verweis und Geldbuße, z.B. bei Operation des falschen Organs,[392] bei Nichtvorlage der Befundberichte an das Versorgungsamt oder bei der Nichtbeantwortung von Anfragen der Standesvertretung als Sanktion verhängt.[393] Eine Koppelung mit

---

[387] Vgl. *Ziegenhagen*, Die Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe (1998), S. 214-216.b für die inner- und außerberuflichen Pflichtverletzungen.

[388] Vgl. auch *Ziegenhagen*, Die Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe (1998), S. 268-269 für Fälle der Heilberufe, bei denen Warnungen verhängt wurden.

[389] Vgl. Hamburgisches Berufsgericht für die Heilberufe, Beschluß vom 22.10.1982 – I H.HeilBG 8/82-abgedruckt bei *Luyken* u.a. Unter A 2.7 Nr.24. Vgl. auch *Ziegenhagen*, Die Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe (1998), S. 272-273.

[390] Vgl. Bezirksberufsgericht für Ärzte in Stuttgart, Urteil vom 17.4.1991 -BGG 1/91- abgedruckt bei *Luyken* u.a. unter A 1.3 Nr.7, Höhe der Geldbuße: 1000 DM.

[391] Vgl. Bezirksberufsgericht für Ärzte in Stuttgart, Urteil vom 17.4.1991 -BGG 1/91- abgedruckt bei *Luyken* u.a. unter A 1.1 Nr.3.23, Höhe der Geldbuße: 3000 DM.

[392] Berufsgericht für Heilberufe beim Verwaltungsgericht Kassel, Urteil vom 18.12.1980 – BG 10/80- abgedruckt bei *Luyken* u.a. unter A 1.2 Nr. 17; dem berufsgerichtlichen Verfahren ging eine strafrichterliche Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten voraus, deren Vollstreckung gegen Zahlung einer Geldstrafe von 20000 DM zur Bewährung ausgesetzt wurde, Höhe der Geldbuße: 3000 DM.

[393] Berufsgericht für Heilberufe beim Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 16.5.1984 –BG 15/82- abgedruckt bei *Luyken* ua. unter A 1.2 Nr. 24, dem

anderen Maßnahmen, wie z.B. mit der Entziehung des passiven Wahlrechts kann ebenfalls durch die Berufsgerichte erfolgen.[394]

e) Entziehung des Berufswahlrechts. Diese Maßnahme wird selten verhängt.

f) Feststellung der Berufsunwürdigkeit. Sie ist in der Regel die härteste Rechtsfolge und wird von den Berufsgerichten bei schweren Verstößen gegen die Dokumentationspflicht ausgesprochen.[395] Nach einigen Heilberufsgesetzen besteht die Möglichkeit, daß das Landesberufsgericht auf Antrag des Berufsangehörigen frühestens zwei Jahre nach der Rechtskraft des auf die Unwürdigkeit erkennenden Urteils feststellen kann, ob der Betroffene wieder würdig ist, seinen Beruf auszuüben.[396]

C. Strafrechtliche Maßnahmen

I. Die an die Dokumentationspflichtverletzung anknüpfenden Delikte

Durch die vielfältigen Fallkonstellationen einer Dokumentations-pflichtverletzung können verschiedene Tatbestände des StGB erfüllt werden. So wird z.B. der objektive Tatbestand des § 246 StGB (Unterschlagung) erfüllt, wenn sich jemand eine ihm überlassene Diskette zueignet, um sie (vorübergehend) zu Hause zu gebrauchen[397]. Die Möglichkeiten, die ein Scanner oder im allgemeinen die modernen Kopiertechniken bieten, um eine

---

berufsgerichtlichen Verfahren ging eine strafrichterliche Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung und zu einer Verwarnung mit Strafvorbehalt voraus, Höhe der Geldbuße: 2500 DM.

[394] *Ziegenhagen*, Die Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe (1998), S. 276.

[395] § 10 Musterberufsordnung Ärzte, Landesberufsgericht für Heilberufe beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster, Urteil vom 27.9.1989 - ZA 1/88- abgedruckt bei *Luyken* u.a., Sammlung der Entscheidungen der Berufsgerichte für Heilberufe, Köln, 6. Ergänzungslieferung 1993 unter A 1.14 Nr.4.10.

[396] Vgl. *Ziegenhagen*, Die Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe (1998), S. 299, Fn.. 1176.

fremde Unterschrift zu reproduzieren und zu mißbrauchen, können auch im Arztrecht zur Anwendung der strafrechtlichen Normen (etwa Urkundenfälschung, § 267 StGB) führen. Als Urkunde gelten hier alle Aufzeichnungen, die vom Arzt angefertigt werden (persönliche Aufzeichnungen).

Desweiteren sind noch einige Delikte zu erwähnen, die sowohl die konventionelle als auch die elektronische Dokumentation zum Gegenstand haben: Delikte, die den Mißbrauch von Gesundheitszeugnissen und die unbefugte Datenveränderung sanktionieren. Bei dem Mißbrauch von Gesundheitszeugnissen geht es um ärztliche Bescheinigungen, die die Krankengeschichte, die Krankenscheine usw. beinhalten, welche gefälscht, ausgestellt oder gebraucht werden, um die Behörden oder Versicherungsgesellschaften zu täuschen. In diesen Fällen sind die §§ 277, 278 und 279 StGB (Fälschung von Gesundheitszeugnissen, Ausstellen und Gebrauch von Gesundheitszeugnissen) anwendbar.[398] Bei der zweiten Deliktsart geht es um Patientendaten, die vom Arzt, Medizininformatiker oder anderen Angestellten eines Krankenhauses gelöscht, dem Zugriff des Berechtigen auf Dauer entzogen oder unbrauchbar gemacht werden. Hierbei ist eine Bestrafung wegen Datenveränderung (§ 303 a StGB) möglich[399].

Bei den technischen Aufzeichnungen sind diese Normen jedoch nicht einschlägig, sondern es ist auf § 268 StGB (Fälschung technischer Aufzeichnungen) zu rekurrieren. § 268 StGB betrifft weder Fotokopien noch Computerausdrucke, sondern Darstellungen, die von einem technischen Gerät aufgezeichnet werden und dadurch die Vorstellung eines Sinngehaltes

---

[397] Vgl. *Cramer*, CR 1997, 693-697.

[398] Vgl. *Ulsenheimer* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 146, Rdnrn. 1-20.

[399] Vgl. *Hilgendorf*, JuS 1996, 890-893. Für die „Rechtswidrigkeit" der Datenveränderung vgl. dort S. 892.

vermitteln, wie z.B. ein EKG[400] oder ein EEG. Auch im Einscannen selbst, d.h. durch die Umwandlung der gemessenen Lichtwerte in binäre Daten, liegt keine Fälschung einer technischen Aufzeichnung im Sinne des § 268 StGB. Unter den Begriff der technischen Aufzeichnung fallen jedoch Darstellungen, die elektronisch wahrnehmbar gemacht werden (elektronische Dokumentation)[401]. Die einzige Bedingung ist eine feste, auf Dauer angelegte Verkörperung (auch Speicherung). Die der Weiterverarbeitung dienende vorübergehende Fixierung im Hauptspeicher eines Computers genügt jedoch nicht.

Es gibt auch andere Delikte, die nicht die konventionelle, sondern die elektronische Dokumentation zum Gegenstand haben, z.B. die Computersabotage (§ 303 b StGB), die eine Datenverarbeitungsanlage voraussetzt. Im Arztrecht ist auf § 303 b StGB zurückzugreifen, wenn die EDV-Anlage bzw. der Datenträger einer Praxis oder eines Krankenhauses so gravierend beschädigt wird, daß ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit aufgehoben, oder ihre Gebrauchsfähigkeit nicht unerheblich eingeschränkt wird[402].

II. Ne bis in idem

Nach Darstellung der Delikte, die an die Dokumentationspflichtverletzung anknüpfen, taucht die Frage nach deren Beziehung zu den berufsgerichtlichen Maßnahmen auf: Kann der Arzt zweimal für die gleiche Tat bestraft werden? Stünde eine solche doppelte Bestrafung mit dem Prinzip *ne bis in idem* in Einklang?

---

[400] Das EKG wird von *Lackner* als Beispiel für technische Aufzeichnungen erwähnt. Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB (1999), § 268 Rdnr. 3.

[401] Anders als bei der Urkundenfälschung (§ 267 StGB).

[402] Vgl. *Hilgendorf*, JuS 1996, 1082 über die Sabotagesoftware. Vgl. *ders.*, JuS 1996, 1082, 1083-1084 für die Lieferung fehlerhafter Software.

Diese Fragen sind wie folgt zu beantworten: Die berufsgerichtlichen Maßnahmen als Elemente der Selbstverwaltung der Ärzteschaft dienen im Gegensatz zum staatlichen Strafanspruch nicht primär der Sühne und Vergeltung, sondern Ordnungszwecken[403]. Der unterschiedliche Schutzzweck von Strafe und berufsgerichtlicher Maßnahme wird besonders augenfällig bei der Frage nach der Doppelbestrafung: Nur dann, wenn der von der Berufsgerichtsbarkeit verfolgte Zweck durch eine strafgerichtliche Verurteilung bereits erreicht wurde, scheidet eine nochmalige berufsgerichtliche Bestrafung wegen desselben Tatbestandes aus; bleibt nach der strafgerichtlichen Verurteilung dagegen noch ein besonderer „berufsrechtlicher Überhang" erkennbar, kann ohne Verstoß gegen den Grundsatz *ne bis in idem* (Art. 103 III GG) zusätzlich eine berufsgerichtliche Maßnahme verhängt werden[404].

Beispielsweise wird ein Arzt in der Regel zusätzlich zu einer Bestrafung wegen Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268 StGB), die mit der ärztlichen Tätigkeit und deren Abrechnung zusammenhängt, auch noch berufsgerichtlich belangt: Aus § 268 StGB wird keine Sonderpflicht für Ärzte abgeleitet; diese Vorschrift verbietet vielmehr jedermann, technische Aufzeichnungen zu verfälschen. Einem Arzt wird deshalb bei einem entsprechenden Verstoß von Seiten seines Standes zusätzlich vorgeworfen, daß *gerade er als Arzt eine besondere ärztliche Integritätspflicht nicht erfüllt habe.* Dieser besondere Vorwurf wird gerade eben nicht durch die allgemeine Strafrechtsnorm abgedeckt[405].

---

[403] Vgl. *Ziegenhagen*, Die Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe (1998), S. 35-42 und 52-60.

[404] Für die Abgrenzung zwischen Strafgerichtsbarkeit und Berufsgerichtsbarkeit vgl. *Ziegenhagen* Die Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe (1998), S. 35 ff.

[405] Vgl. *Taupitz*, NJW 1986, 2851, 2852.

Zweites Kapitel

Die elektronische Patientenakte

§ 7. Begriffe um die elektronische Patientenakte

A. Elektronische Patientenakte als Gattungsbegriff

I. Auf der Suche nach einem geeigneten Ausdruck

In der neueren Literatur werden verschiedene Ausdrücke benutzt, um die ärztlichen Aufzeichnungen auf elektronischen Datenträgern oder in anderen Speichermedien zu bezeichnen. Trotzdem ist die überwiegende Mehrheit dieser Ausdrücke ungeeignet, alle vorhandenen Aufzeichnungen zu erfassen. *Schmidt-Beck*[406] bevorzugt den Ausdruck „EDV-gestützte Dokumentation" und *Deutsch*[407] zieht die Bezeichnung „EDV-Dokumentation" heran. Diese Bezeichnungen sind weit genug, um als Gattungsbegriff benutzt werden zu können. Der ärztliche Bezug dieser Begriffe kommt jedoch durch diese Wörter nicht zum Ausdruck. Die gleichen Aufzeichnungen könnten wegen ihres abstrakten und ungenauen Charakters für die digitale Archivierung der Handelsbücher Anwendung finden. Die beide Termini sind deshalb zu unpräzise.

Im Gegensatz dazu ist die schon von *Ortner/Geis*[408] und den Medizininformatikern *Leiner/Gaus/Haux*[409] verwendete Bezeichnung „elektronische Patientenakte" ideal, um alle Aufzeichnungen auf elektronischen Datenträgern oder in anderen elektronischen Speichermedien zu bezeichnen und zu umfassen. Aus zwei Gründen ist dieser Begriff zu bevorzugen. Erstens

---

[406] *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S.87-88, 94 ff.

[407] *Deutsch*, MedR 1998, 206-208.

[408] *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337-341.

[409] *Leiner/Gaus/Haux*, Medizinische Dokumentation (1999), S. 121 ff. Vgl. auch *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 9.

zeigt er durch das Bestimmungswort[410] „Patienten-“, daß es sich um eine medizinische und keine allgemeine Dokumentation handelt. Zweitens unterscheidet sich das Grundwort „Akte“ ausreichend von den verschiedenen Artbegriffen,[411] die durch das Wort „Aufzeichnungen“ bezeichnet werden. Deshalb wird diese Bezeichnung hier nachfolgend verwendet.[412]

II. Definition

Die elektronische Patientenakte ist die Akte, in der den Patienten betreffende Daten und Fakten mittels EDV aufgezeichnet und eingeordnet werden, und zwar mit dem Ziel, den Krankheits- und Behandlungsverlauf festzuhalten (*Begriffsinhalt*).[413] Alle Artbegriffe, die unter die „ärztliche Dokumentation“ fallen, können auch zur „elektronischen Patientenakte“ gehören. Die beiden Begriffe unterscheiden sich inhaltlich allein dadurch, daß bei einer „elektronischen Patientenakte“ immer das Aufzeichnen auf einen elektronischen Datenträger erfolgt.[414] Im Hinblick auf die erwartete vollständige Ersetzung der konventionellen durch die elektronische Dokumentation ist davon auszugehen,[415] daß der Begriff „elektronische

---

[410] Für die zwei Teile (Bestimmungs- und Grundwort) des zusammengesetzten Wortes (Kompositum) vgl. *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch (2000), unter „Zusammensetzung“, S.115, 2.1.1.

[411] Vgl. unten § 7 B, S. 118 ff. d.v.A.

[412] In den USA werden die Begriffe „computerized“ oder „computer-based patient record“ verwendet. Vgl. *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 192 f. m.w.N.

[413] In der amerikanischen Literatur wird die elektronische Patientenakte anders definiert. Demnach sei sie „a system specifically designed to support users by providing accessibility to complete and accurate data alerts, reminders, clinical decision support systems, links to medical knowledge, and other aids.“; *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 192.

[414] Jenseits der papierenen und elektronischen steht die „mikroverfilmte“ Dokumentation. Sie hat den gleichen Begriffsumfang wie die anderen beiden Arten der Speicherung von ärztlichen Dokumenten und wird durch den Ausdruck „und anderen Speichermedien“ der aktuellen MBO (§10 Abs. 5) mitumfaßt.

[415] Eine solche völlige Ersetzung ist wahrscheinlich, wenn man daran denkt, daß ein Archiv-Raum in neuen Kliniken nicht mehr vorgesehen ist.

Patientenakte“ in einigen Jahrzehnten den gleichen Inhalt und Umfang wie der Begriff der „ärztlichen Dokumentation“ haben wird. Dies heißt, daß sie voraussichtlich als Synonyme verwendet werden.

Der Gattungsbegriff „elektronische Patientenakte“ ist vom unten ausgeführten Artbegriff „elektronische Aufzeichnung“ zu unterscheiden. Bei einer elektronischen Patientenakte kommt es darauf an, daß ein elektronischer Datenträger vorhanden ist, während der Begriff der „elektronischen Aufzeichnung“ besagt, daß die Aufzeichnungen durch einen Vorgang der Datenverarbeitung und nicht durch Menschenhand gemacht wurden. Wenn also ein elektronischer Speicherträger vorhanden ist, handelt es sich um eine elektronische Patientenakte, anderenfalls um eine konventionelle Dokumentation. Die elektronische Patientenakte als Begriff beinhaltet nicht nur die elektronischen Aufzeichnungen, sondern gegebenenfalls alle drei Formen von Aufzeichnungen (d.h. auch die persönlichen und technischen Aufzeichnungen).[416] So können z.B. eine persönliche Dokumentation oder eine Computertomographie je nach Speicherträger (Papier oder Festplatte, Diskette usw.) entweder der konventionellen oder der elektronischen Dokumentation zugeordnet werden.

Im Rahmen dieser Dissertation interessiert uns nur die *digitale*[417] Kommunikation zwischen *Computer-Anlagen*. Endgeräte, wie Fernsprechanlagen (§§ 10 bis 15 TKO), Telex (§§ 16 bis 20 TKO), Teletext (§§ 21 bis 24 TKO), Telefax (§§ 25 bis 28 TKO), Bildschirmtext (§§ 29 bis 32 TKO) und Temex (§§ 49-52 TKO) werden außerhalb meiner Forschung bleiben. In dieser Arbeit soll man unter dem Begriff „Telekommunikation“ nur die

[416] Vgl. oben § 7 A II, S. 118 f. d.v.A.

[417] Darunter werden die Kommunikationswege digitaler Natur verstanden. Zum Unterschied zwischen digitalen und elektronischen Signaturen vgl. *Weils*, IT Professional, Mai/Juni 2000, 24-30 und *Maniotis,* Digitale Signatur (1998), S. 36-38.

Datenübermittlung (grundsätzlich durch Datex-P und Datex-L) verstehen, mit deren Hilfe beliebige digitale Daten übertragen werden (§§ 33 bis 36 TKO).[418]

B. Die Artbegriffe

Der bereits benutzte Begriff „elektronische Patientenakte" ist von seinem Umfang her geeignet, alle Varianten der ärztlichen Erkenntnisquellen zu erfassen. So können z.B. Krankenkarteien, Tonbandaufnahmen, Röntgenbilder u.a. auch digital angefertigt werden. Dementsprechend umfaßt die Bezeichnung „elektronische Patientenakte" alle im Rahmen der ärztlichen Behandlung eines Patienten (durch Mensch oder Computer) angefertigten *persönlichen, technischen und elektronischen Aufzeichnungen.*[419] Alle drei stellen Artbegriffe dar, die unter dem Gattungsbegriff „elektronische Patientenakte" eingeordnet werden. *Alle drei Bezeichnungen unterscheiden sich nur dadurch, daß entweder ein Mensch, ein technisches Gerät oder ein Computer die Aufzeichnungen erstellt hat.*[420]

Die Differenzierung zwischen dreierlei Arten von Aufzeichnungen ist nicht nur für unsere Untersuchung, sondern für alle juristischen Auseinandersetzungen mit der ärztlichen Dokumentation erforderlich, weil je nach Art der Aufzeichnung andere Normkomplexe eingreifen. Bei fehlerhaften persönlichen Aufzeichnungen wird von einem persönlichen Verschulden des Arztes nach § 276 BGB ausgegangen. Anders ist dies bei fehlerhaften technischen und

---

[418] Vgl. *Kuhn*, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation (1991), S. 19-23.

[419] *Lenkaitis* geht davon aus, daß noch ein weiterer Artbegriff vorhanden ist: die *„sonstigen Gegenstände"*. *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 22.

[420] Vgl. auch *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 19 ff., der sich aber nicht auf die „elektronischen Aufzeichnungen" bezieht, weil sie bei der Anfertigung seiner Dissertation noch nicht vorlagen.

elektronischen Aufzeichnungen. Dort kommen die Regelungen der Produkt- bzw. Produzentenhaftung zum Zuge.[421]

I. Persönliche Aufzeichnungen

Der Begriff „persönliche Aufzeichnungen“ umfaßt alle schriftlichen oder *in die EDV eingegebenen* Notizen des Arztes und seiner medizinischen Hilfskräfte über das Krankheitsbild eines Patienten und alle übrigen mit der Behandlung zusammenhängenden Tatsachen und Wertungen sowie Niederschriften über den individuellen Krankheitsverlauf (*Begriffsinhalt*). Mit dem Begriff „persönliche Aufzeichnungen“ sind die *ärztlichen* - und nicht vom Computer angefertigten - Notizen über die Anamnese, Diagnose und Therapie des Patienten gemeint.

Wenn der Begriff der „persönlichen Aufzeichnungen“ unter den Gattungsbegriff „elektronische Patientenakte“ fällt, dann unterscheidet er sich schon dadurch von den Ausdrücken „Krankenblätter“, „Krankenpapiere“ und „Krankenkartei“, weil das Grundwort („Blätter“, „Papiere“, „Karteien“) den elektronischen Charakter ausschließt. Werden aber die persönlichen Aufzeichnungen der konventionellen Dokumentation zugeordnet, betreffen sie den gleichen Gegenstand wie die Krankenpapiere und Krankenkarteien und können daher als Synonyme gebraucht werden. Zu den „persönlichen Aufzeichnungen“ gehören also im wesentlichen die schriftlich oder elektronisch angefertigten Berichte eines Arztes, die er selbst an einen behandelnden Kollegen in Form eines Überweisungs-, Befund- oder Entlassungsberichts, ferner als Überweisungsschein und Sektionsprotokoll weiterleitet (*Begriffsumfang*).

---

[421] *Kardasiadou*, Fehlerhafte medizinische Expertensystemen (1998), S. 141 ff. und *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001)**,** § 55.

II. Technische Aufzeichnungen

Unter dem Begriff der technischen (oder mechanischen)[422] Aufzeichnungen fallen Untersuchungen wie Röntgenbilder, Elektrokardiogramme (EKG), Elektroenzephalogramme (EEG), Elektrodermatogramme (EDG), Audiogramme, Szintigramme und vieles mehr (*Begriffsumfang*).[423] Die „technischen Aufzeichnungen" sind in Anlehnung an § 268 Abs. 2 StGB, der für den Bereich des Strafrechts eine Legaldefinition des Begriffs „technischen Aufzeichnungen" darstellt, als der Diagnose dienende, durch technische Geräte selbständig bewirkte und dauerhaft verkörperte Abbildungen oder Darstellungen von Geschehensabläufen und Zuständen des menschlichen Körpers zu definieren (*Begriffsinhalt*).[424]

III. Elektronische Aufzeichnungen

Zunächst ist eine eindeutige Grenzlinie zu ziehen: Der Artbegriff „elektronische Aufzeichnungen"[425] ist von dem Gattungsbegriff „elektronische Patientenakte"[426] zu unterscheiden. Bei der Kennzeichnung einer Akte als „elektronisch" oder „konventionell" kommt es nur darauf an, ob der Datenträger das Papier oder ein elektronisches Speichermedium ist. Im Gegensatz dazu ist bei einer „elektronischen Aufzeichnung", nicht der Datenträger von Bedeutung, sondern der Ersteller oder der Erfasser der Daten.

---

[422] Vgl. jüngste Entscheidungen, in denen die Rede von mechanischen Aufzeichnungen ist. So BGH NJW 1998, 2736 ff.

[423] Vgl. auch den Katalog von *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S. 26-27.

[424] *Le nkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 21. Vgl. auch § 268 Abs. 2 StGB, der für den Bereich des Strafrechts eine Legaldefinition des Begriffs der technischen Aufzeichnungen darstellt.

[425] In der Literatur wird auch der Ausdruck „selbsttätige Aufzeichnungen" für den gleichen Begriff verwendet; vgl. *Bäumler*, MedR 1998, 400, 402, unter 2.

[426] Dieser noch einschlägige Ausdruck wird von *Ortner/Geis* benutzt. Vgl. *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337-341.

So stellt z.B. eine Computermessung des Augeninnendrucks oder Gesichtsfelds[427] immer eine elektronische Aufzeichnung dar, da die Messung durch den Computer erfolgt. Falls der Speicherträger dieser Computermessung das Papier ist, gehört diese Messung nicht zum Gattungsbegriff „elektronische Patientenakte", sondern fällt unter den Begriff „konventionelle Dokumentation". Zu den elektronischen Aufzeichnungen gehören etwa die digitale Substraktionsangiographie (DSA),[428] diverse Computermessungen[429] oder die Computertomographie, die immer nur vom Computer und nicht von einem Menschen erstellt werden.[430] Der Begriffsinhalt der „elektronischen Aufzeichnungen" ist wegen der medizinischen Expertensysteme stark erweitert worden.[431] Darunter werden die vom Computer selbst erstellten Lungenfunktiontests, Diagnose von Rheumaerkrankungen und Medikationsvorschläge eingeordnet.[432] In den USA ist es jedoch seit langem Usus, daß Computer Diagnosehypothesen mit Vorschlägen zu weiterführenden Patientenuntersuchungen machen sowie Therapie und Medikation empfehlen. Die Systeme, die solche medizinischen Aufgaben erledigen können, sind auch als informationsgestützte Systeme bekannt.[433]

---

[427] Vgl. BGH MedR 1999, 462-463. Das gleiche gilt auch für den Computertomographen; vgl. BGH NJW 1999, 1778-1779.

[428] Vgl. BGH, NJW 1999, 860-862. In der Entscheidung geht es um eine zentralvenöse DSA.

[429] Vgl. BGH MedR 1999, 462-463.

[430] Vgl. BGH NJW 1999, 1778-1779 und BGH NJW 1999, 862-863.

[431] Vgl. die Monographie von *Schmitz*, Informationssysteme in Arztpraxen (1990), insbesondere S. 167-242 und *Kardasiadou*, Fehlerhafte medizinische Expertensysteme (1998), S. 19-77.

[432] Vgl. *Kardasiadou*, Fehlerhafte medizinische Expertensysteme (1998), S. 35 f. und 40 f.

[433] So *Schmitz*, Informationssysteme in Arztpraxen (1990), S. 167 ff und passim. Anders *Kardasiadou*, Fehlerhafte medizinische Expertensysteme (1998), S. 40 und passim.

IV. Sonstige Gegenstände

Der Begriff der „sonstigen Gegenstände“ schließt alle Materialien ein, die aus Anlaß der ärztlichen Behandlung oder Untersuchung eines Menschen oder der Sektion einer Leiche entstanden oder sichergestellt worden sind. Dazu zählen histologische Präparate,[434] Blut- und Urinproben sowie Patientenfotos, Tonband- sowie Videoaufnahmen[435] und aus dem Körper entfernte Dinge wie etwa Kugeln.[436] Diese Gegenstände gehören eher zur Befunderhebungspflicht als zur Dokumentationspflicht, weshalb sie hier nicht Objekt der Untersuchung sein können.

C. Zusammenfassung

Diese Einführung enthält im wesentlichen drei Erkenntnisse hinsichtlich des Begriffes „elektronische Patientenakte“:

1. Ihr Begriffsumfang ist der gleiche wie der der konventionellen (ärztlichen) Dokumentation, doch setzt sich ihr semantischer Gehalt leicht davon ab. Der Begriffsumfang beider Bezeichnungen umfaßt gleichwohl alle drei oben genannten Arten von Aufzeichnungen: persönliche, technische und elektronische. Deshalb können beide vom Arzt alternativ angewendet werden, solange die erforderlichen Aufzeichnungen enthalten sind. Je nach spezifischen Charakter kann die Dokumentation konventionell (d.h. hauptsächlich auf Papier) oder elektronisch gestaltet werden.

2. „Elektronische Aufzeichnungen“ ist ein Artbegriff und „elektronische Patientenakte“ ist ein Gattungsbegriff. Insofern sind die beiden Begriffe zu unterscheiden.

---

[434] Zu Blutpräparaten vgl. LG Düsseldorf NJW 1999, 873-874.

[435] Zu Videoaufnahmen vgl. OLG Hamm NJW 1999, 1787-1788. Zu „Video-taped records“ einer telemedizinschen Behandlung vgl. *Stranberry*, J Telm Telc 1997, 179, 182.

3. Die elektronischen Aufzeichnungen gehören zur „konventionellen“ und zur „elektronischen Dokumentation“. Die „elektronischen Aufzeichnungen“ sind nicht zwangsläufig dem Begriff der „elektronischen Patientenakte“ zuzuordnen. Wenn die Aufzeichnungen auf einem Datenträger festgehalten werden, dann gehören sie zur „elektronischen Patientenakte“; wenn nicht, fallen sie unter die „konventionelle Dokumentation“. Die oben genannten drei Differenzierungsmerkmale lassen sich durch das aufgeführte Schaubild verdeutlichen.

[436] Für besondere Gegenstände vgl. *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 22-23.

§ 8. Sachzwang zur elektronischen Dokumentation

Bevor man sich mit den juristischen Problemen der Digitalisierung der ärztlichen Dokumentation auseinandersetzt, ist zu prüfen, aus welchen Gründen die vorgenommene Digitalisierung so weit verbreitet ist. Nachfolgend werden die Nachteile der papierenen Dokumentation und die entsprechenden Vorteile der elektronischen Patientenakte dargestellt, welche die Bevorzugung des EDV-Einsatzes begründen.

A. Nachteile der konventionellen Dokumentation

I. Zeitvergeudung beim Schreiben, Suchen und Kopieren

Bei der konventionellen Dokumentation werden die Patienteninformationen auf Karteikarten erfaßt und in einem Archiv abgelegt. Auf diesen patientenbezogenen Karteikarten sind - neben persönlichen Daten und Abrechnungsinformationen - Diagnosen und Untersuchungsergebnisse, Informationen zur Medikation, zum Verlauf einer Therapie, persönliche Bemerkungen und je nach Bedarf auch weitere Informationen aufgeführt. Obwohl die Karteikarte in einer gut strukturierten Kartei relativ schnell gefunden werden kann, sind Einzelheiten oft nur langsam und mühevoll zu eruieren. Häufig ist es schwierig, Zusammenhänge zeitlicher und sachlicher Art ohne großen Aufwand zu erkennen. Statistiken zeigen, daß ein untersuchender und behandelnder Arzt sowie das ärztliche Personal 30% bis 50% ihrer Zeit mit dem Schreiben, Suchen und Kopieren von medizinischem Wissen oder Informationen über den Patienten verbringen.[437] Dies hat unter anderem zur

[437] *Epple*, Der Einsatz von EDV(1994), S. 20. Bei Computereinsatz liegen 15 Minuten pro Tag und Patient für die Dateneingabe zugrunde. Vgl. *Weber/Vogt-Weber*, MedR 1999, 204, 206.

Folge, daß die Langzeitüberwachung von Risikopatienten häufig nicht in einer bedarfsgerechten Form durchgeführt werden kann.[438]

II. Handschrift verursacht Fehler und Zeitverschwendung

Ein weiterer Schwachpunkt der konventionellen Dokumentationsform liegt darin, daß die Eintragungen des Arztes auf den Karteikarten meist handschriftlich erfolgen. Eine Untersuchung über die medizinische Handschrift in den USA hat gezeigt, daß man bei handschriftlichen Notizen 11 Sekunden mehr (46%) pro Karteikarte benötigt, um sie zu lesen, als bei getippten Notizen.[439] Dies passiert, weil die Ärzte unter enormem Zeitdruck die Karteikarten ausfüllen. Eine andere Untersuchung stellte fest, daß 16% der Ärzte eine unleserliche und 17% eine schwer leserliche Handschrift haben.[440] Diese letztere Untersuchung geht davon aus, daß „ein bedeutender Verlust effektiver Arbeitszeit des medizinischen Hilfspersonals aus der unleserlichen Handschrift der Ärzte resultiert". Dementsprechend sind die handschriftlichen Karteikarten für Personal und Urlaubsvertreter sowie bei der Praxisübergabe für den übernehmenden Arzt oft nur schwer - gegebenenfalls gar nicht - zu entziffern.[441] Diese Schwierigkeit bei der Entzifferung hat zwei negative Folgen: Die eine liegt im zusätzlichen Zeitaufwand beim Versuch der Entzifferung. Zum zweiten können Unsicherheiten bei der Entzifferung von Handschriften, in Verbindung mit einer schlechten Kommunikation zwischen den Fachärzten, zu einer falschen Behandlung führen und schließlich Anlaß zu

---

[438] Vgl. *Schmitz*, Informationssysteme in Arztpraxen (1990), S. 193.

[439] *Kozak/Dittus/Smith* u.a., Deciphering the Physician Note. J Gen Int Med. 1994, 52-54.

[440] *O.V.,* JAMA 278 (1997), 2429-2430.

[441] *Schmitz*, Informationssysteme in Arztpraxen (1990), S. 192-193.

Rechtsstreitigkeiten sein.[442] Handschriftliche Rezeptausstellungen werden schon in den USA als altertümlich betrachtet, weil ein hohes Fehlerrisiko besteht und sie der wichtigste Grund für iatrogenische Krankheiten sind.[443] Gemäß einem Bericht der American Medical Association gehörten ärztliche Fehler aufgrund mißverständlicher Verschreibungen zu den zweithäufigsten und teuersten Klagen (90.000 arzthaftungsrechliche Klagen) in einem Zeitraum von 7 Jahren. 1994 betrug in den USA die durchschnittliche Summe des Schadensersatzes je Fall infolge dieser Klagen $120.722. Daher wird empfohlen, daß „Ärzte nie wieder eine Verschreibung *schreiben* sollen“,[444] was auch für die ärztliche Dokumentation verallgemeinert werden kann.

III. Papierspezifische Nachteile

Weitere Nachteile der konventionellen Dokumentation ergeben sich aus der Verwendung des Informationsträgers „Papier“ als Speichermedium. Zu nennen ist hierbei insbesondere der relativ große Raumbedarf für die Patientenkartei.[445] Wenn man davon ausgeht, daß Krankenakten 30 Jahre lang aufbewahrt werden, so sind für jedes (ausgelastete) Krankenhausbett je nach Fachgebiet zwischen 4 und 8 laufende Meter Regal für die Archivierung vorzusehen. Das sind für ein 500-Betten-Haus rund 3.000 laufende Meter Regal oder 400.000 Krankenakten. An großen Universitätskliniken ist der Bestand an Krankenakten manchmal größer als der Bestand der Universitätsbibliothek an medizinischen Büchern. Ein weiterer Nachteil des papiergebundenen Arztbüros ist die

---

[442] Oft geschieht es beispielsweise in den USA, daß „Thyroxine“ als „digoxin“ gelesen wird. Dieses Beispiel wird von *Schiff/Rucker*, JAMA 279 (1998), 1025, Tabelle 1, Fall 4 erwähnt.

[443] Vgl. *Schiff/Rucker*, JAMA 279 (1998), S. 1024 und Tabelle 1 auf Seite 1025; vgl. für die Gründe der fehlerhaften medizinischen Handschreibung *Cabral*, JAMA 278 (1997), 1116.

[444] Vgl. *Schiff/Rucker*, JAMA 279 (1998), S. 1024.

[445] Vgl. *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 13-14 und *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 190 f.

Unvollständigkeit des Archivs nach Zugriff. Ein gleichzeitiger Zugriff von zwei oder mehr Ärzten ist unmöglich bei der konventionellen Dokumentation, während die EDV diese Möglichkeit gewährt.

IV. Forschungsschwierigkeiten

Die Offenbarung aller dem Arztgeheimnis unterliegenden Daten (unabhängig von ihrer Form) ist zur Zeit nur im Falle der Einwilligung, der mutmaßlichen Einwilligung, des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) oder einer anderen Ermächtigungsgrundlage zulässig. Rechtfertigender Notstand greift bei der Übermittlung zu Forschungszwecken nicht. Von dieser Feststellung ausgehend, ist es verständlich, daß die konventionellen Krankenakten in höherem Maße als die elektronischen ungeeignet für Forschungszwecke sind, weil sie vom behandelnden Arzt und Datenlieferanten nicht sinnvoll anonymisiert werden können.[446] Bei einer handschriftlich angefertigten Dokumentation dauert das Herausfinden, Suchen, Aufnehmen oder Kopieren von Patientendaten länger. Das Zusammenführen von Daten über denselben Patienten aus verschiedenen Datenquellen ist zudem problematisch. Vor allem ist es schwer, einen schnellen und zusammenfassenden Überblick über die umfangreichen Informationen, die den Patienten betreffen, zu bekommen.[447]

Insgesamt sind also mit einer papiergebundenen, konventionellen Dokumentation erhebliche Nachteile verbunden.[448] Durch den Einsatz

---

[446] Vgl. *Reichow/Hartleb/Schmidt*, MedR 1998, 162, 165 unter 6 (b) über die Vergabe einer Kennziffer für eine anonymisierte Datenübermittlung an den Forscher. Zur Anonymisierung siehe § 13 E III, S. 118 ff. d.v.A.

[447] Vgl. *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 5 f. Vgl. auch oben § 4 B II 1, S. 49 ff. d.v.A.

[448] Anders *Bergmann/Streitz*, CR 1994, 77, 80, die in der konventionellen Arztdokumentation eher Vorteile sehen.

moderner Informationstechnologie lassen sich jedoch diese Nachteile vermeiden. Dies wird im folgenden aufgezeigt.

B. Die Vorteile moderner Informationstechnologie

Aktuelle Studien bestätigen, daß der Computereinsatz eine höhere Qualität der Patientendokumentation verspricht.[449] Die Befürchtungen vor verringerter Individualität der Pflegeplanung, Verlust an beruflicher Autonomie und erhöhtem Zeitbedarf sind heutzutage unbegründet.[450]

I. Zeitersparnis durch EDV

Was der Einsatz der EDV vor allem bietet, ist Zeitersparnis. Durch Anwendungen wie „AutoText“, und „AutoKorrektur“, die elektronische Programme anbieten, erfolgt das Erstellen der Krankenunterlagen schneller. Darüber hinaus ermöglicht die Entwicklung der verschiedenen Diktier-programme die Spracheingabe in den Computer, was das zeitaufwendige Eintippen ersetzt. Durch Diktieren braucht der Arzt statt 3:40´, 2:35´ pro Akte.[451] Durch die Anwendung spezialisierter medizinischer Programme wird das Suchen und Auffinden ebenfalls einfacher und schneller. Diese Programme haben Ähnlichkeiten zu „Excel“ oder anderen „Data Base“-Programmen und ermöglichen das Suchen nach Kategorien (wie z.B. Name, Krankheit oder Alter des Patienten).[452] Das ärztliche Hilfspersonal oder der Arzt selbst braucht keine

---

[449] Vgl. *Pohl/Ammenwerth,/Eichstädter/Haux,* Pflegedokumentation 2000, 7.

[450] Vgl. *Pohl/Ammenwerth,/Eichstädter/Haux*, Pflegedokumentation 2000, 7.

[451] Vgl. hierbei die Untersuchung und die statistischen Auswertungen von *Witt* in American Journal of Emergency Medicine 1995, 34-38. Solche Möglichkeiten wurden schon vor 20 Jahren als die ideale Lösung für kleine Praxis gehalten. Vgl. Dissertation von *Moser*, Elektronische Datenverarbeitung in der zahnärztlichen Prothetik, (1982), S. 57-59 und passim.

[452] Vor allem das Geburtsdatum und der Geburtsname sind die Ordnungskriterien (der sog. I-Zahl). Zu den Vorzügen der EDV im Bereich der ärztlichen Tätigkeit vgl. auch kurz *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), 47-49.

Zeit mehr mit dem Kopieren zu verschwenden. Alles kann auf Papier durch einen einfachen „Doppelklick“ auf den Befehl „Drucken“ aufgezeichnet werden. Diese ausgedruckte Dokumentation muß entweder gleich zum Arzt, ggf. Patient weitergeleitet oder gleich vernichtet werden, sonst wird die ärztliche Schweigepflicht von einer Verletzung bedroht.[453]

Obwohl es verblüffend klingt, kann jetzt der Arzt schneller über seine Diagnose und Behandlung entscheiden. Dies ist möglich durch die sogenannten „Expertensysteme“, die auf der „elektronischen Intelligenz“[454] basieren.[455] *Kersten*[456] behauptet zu Recht, daß die Steuerung kritischer Prozesse in der Medizintechnik ohne Informationstechnik kaum denkbar, oftmals sogar gänzlich unmöglich sei, weil der heutige Arzt enorm viele Informationen zu berücksichtigen habe. Der Mediziner hat nicht die Zeit, sich z.B. über die etwa 30.000 gegenwärtig bekannten und unterscheidbaren Krankheitsbilder zu informieren.[457] Die Expertensysteme, die den Arzt bei seinen Entscheidungen unterstützen, können die ärztliche Tätigkeit erleichtern und wertvolle Zeit des Arztes einsparen, *die dieser wiederum dann seinen Patienten widmen kann.*[458] Diese Systeme kommen gegenwärtig in Krankenhäusern und Arztpraxen selten

---

[453] Vgl. LG Kleve, CR 1990, 734, 735 zum Thema Sicherungskopien von gespeicherten Daten.

[454] Zum Begriff des Wortes siehe im Anhang „EDV-Glossar“.

[455] Letztlich hat der „Turing-Test“ bewiesen, daß die elektronische Intelligenz mehr ein Konzept als die Realität darstellt.

[456] *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 10.

[457] Vgl. *Schmitz*, Informationssysteme in Arztpraxen (1990), S. 170.

[458] Nach Meinung des Verfassers sollte die Zeit, die durch die EDV-Dokumentation gewonnen wird, nicht für die Übernahme von noch mehr Patienten verwendet werden, sondern zur Verbesserung der Arzt-Patient Beziehung und der Behandlung der schon angenommenen Patienten eingesetzt werden.

zum Einsatz, sind diesen aber wegen der zahlreichen Vorteilen dringend zu empfehlen.[459]

II. Ersetzung der Handschreibung

Die Fehler, die wegen falscher Entzifferung handgeschriebener Karteikarten oft geschehen, sind bei der Unterstützung durch EDV auszuschließen. Möglichkeiten wie Rechtschreibprüfung, Grammatikprüfung und AutoKorrektur mindern die Möglichkeiten falscher Behandlung des nachbehandelnden Arztes, der sich auf die falsch geschriebene Dokumentation gestützt hat. In der Studie einer Intensivstation in den USA wurde festgestellt, daß Korrektur-Programme die medizinische Produktivität, die Zufriedenheit mit den Krankenakten und die Lesbarkeit der ärztlichen Dokumentation verbessern.[460] Somit steht fest, daß „EDV schon eine Hauptrolle zur Lösung des Problems der Handschrift spielt".[461]

III. Die elektronische Dokumentation ist platzsparender

Wie schon erwähnt, verschlingen die konventionellen Krankenunterlagen viel Platz.[462] Die elektronische Dokumentation ist ebenfalls platzsparender im

---

[459] Vgl. auch *Maus*, DÄBl 1997, 2265 und *Schiff/Rucker*, JAMA 279 (1998), 1024, 1026 zu Anwendungen der zeitsparenden Expertensysteme (ICD-10 und elektronische Verschreibung entsprechend) und *Schmitz*, Informationssysteme in Arztpraxen, 1990. Vgl. auch die Dissertationen von *Janßen*, Medizinische Expertensysteme und staatliche Sicherheitsregulierung (1997) und *Kardasiadou*, Fehlerhafte medizinische Expertensysteme (1998). Zu neueren Entwicklungen in den medizinischen Expertensystemen in den USA vgl. *Jackson,* Expert Systems (1999), S. 231-242. In Deutschland sind nach *Hart* die Expertensystemen schon jetzt in der Intensivmedizin und der Onkologie verbreitet; *Hart*, MedR 2001, 1, 5.

[460] *Witt*, Amer J Emerg Med 1995, 34-36.

[461] *Cabral*, JAMA 278 (1997), 1116.

[462] Es wird geschätzt, daß mehr als 50 Millionen Röntgenbilder in einem Jahr in Kliniken und Arztpraxen in der Welt aufgenommen werden. Ihre Zahl kann jedoch durch digitale Archivierung gemindert werden, weil der Computer korrekter und schneller Vergleiche zwischen verschiedenen Röntgenbildern und Schlussfolgerungen über eine Diagnose

Vergleich zu konventionellen Krankenblättern. Es ist einfach und mit geringem technischen Aufwand möglich, die gesamten Daten elektronisch zu speichern.[463] Zusätzlich könnten Informationen ausgeführt werden. Die Fixierung der Daten auf Papier böte geringfügig gesteigerte Sicherheit gegen Datenverlust. Diese Datensicherheit muß nicht für alle erhobenen Daten bestehen, sondern nur für diejenigen, die der Arzt zu seiner Entscheidung und die nachfolgend behandelnden Ärzte für ihre Entscheidung benötigen.[464].

IV. Kostenersparnis

Der Einsatz von EDV am Schreibtisch des Arztes kann sehr zur Einsparung von Behandlungskosten beitragen. Daß durch die EDV Verwaltungskosten, insbesondere bei Abrechnungsvorgängen, reduziert werden, und Dokumentationsvorgänge rationalisiert werden, ist bekannt.[465] Besonders kostenintensiv ist bei der ärztlichen Behandlung die klassische Röntgendiagnostik. Die meisten der mehr als 50 Millionen Röntgenbilder, die in einem Jahr in Kliniken und Arztpraxen auf der Welt aufgenommen werden, mußten bisher in Fotolabors entwickelt, fixiert und später aufwendig archiviert werden. Dieses ganze Verfahren kann heutzutage durch digitale Röntgenapparaturen und das Scannen der herkömmlichen Röntgenbilder vermieden werden.[466] Der Mikrofilm spielt keine große Rolle mehr.[467] Auch in der konventionellen Radiologie ist der

machen kann, als der unter Zeitdruck arbeitende Arzt. Deshalb erübrigen sich Röntgenbilder, die früher aus Sicherheitsgründen angefertigt wurden. Vgl. *o.V,.* „Die digitale Bildverarbeitung hält Einzug in die Röntgenologie“, FAZ v. 18.11.1997, S. 31.

[463] *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 190 f.

[464] Es ist in der Regel ausreichend, wenn die Komplikationen und die dagegen vorgenommenen Maßnahmen dokumentiert wurden. So auch *Epple*, Der Einsatz von EDV (1994), S. 162.

[465] *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 191.

[466] „Allerdings steht der Einzug des digitalen Zeitalters jetzt auch in der Röntgenologie bevor“. *O.V.*, FAZ v. 18.11.1997, S.31.

[467] Vgl. *Reichow/Hartleb/Schmidt*, MedR 1998, 162, 163-164.

Wechsel vom Film zur digitalen Bilderzeugung vorgezeichnet und in Teilbereichen vollzogen. Eine amerikanische Schätzung geht sogar davon aus, daß bis zu 30% Prozent der Untersuchungen durch die Verwendung digitaler Bilderfassungsgeräte eingespart werden könnten.[468] So sind Doppeluntersuchungen optimaler Röntgenaufnahmen oder nicht mehr auffindbarer Aufnahmen durch EDV-Anwendungen vermeidbar. Die Reduktion der Anzahl von Röntgenaufnahmen hat auch einen ökonomischen Aspekt: Die Kostenersparnis betrüge in Deutschland - bezogen auf die klassische Röntgendiagnostik mit einem Gesamtvolumen von 2,23 Mrd. DM im Jahr 1994 - etwa 660 Mio. DM.[469] Berücksichtigt werden muß dabei allerdings, daß sich die derzeit noch ziemlich hohere Investitionskosten erst nach rund vier Jahren durch eingesparte Kosten amortisieren. Danach könnte in vollem Umfang von einer Kostenentlastung in der genannten Größenordnung ausgegangen werden.

V. Forschungsmöglichkeit

Wenn die ärztliche Dokumentation elektronisch aufgezeichnet wird, hat der Arzt jederzeit *einen umfassenden Überblick* über jeden einzelnen Krankheitsfall. Falls das benutzte elektronisches System keine sorgfältig geplante Zugriffs- (access control) und Einsichtskontrolle (audit control) vorsieht, können Patientendaten schnell und unbemerkt von nicht befugten Dritten abgerufen werden.[470] Die Möglichkeit, die gespeicherten medizinischen Informationen für statistische Auswertungen (Diagnose-, Medikamenten-,[471]

---

[468] *O.V.*, FAZ v. 18.11.1997, S. 31

[469] Wie in Fn. 468.

[470] Vgl. *Dennis*, Privacy and Confidentiablity (2000), S. 6.

[471] Für die Möglichkeit durch die Daten eines Software-Programmes, viel über den Erfolg, Mißerfolg und die negativen Nebenwirkungen der Medikamente zu erfahren vgl.

Einweisungs-, Überweisungsstatistik) zu nutzen, ist durch die Digitalisierung der Patientenakte umfassend erweitert.[472] Auch das Problem des Datenschutzes während der Forschung kann bei der elektronischen Dokumentation einfach vermieden werden, denn die nach einheitlichen Formaten gespeicherten Daten können *ohne großen Aufwand anonymisiert werden*. Aus diesen Gründen ist die elektronische Dokumentation besser als die konventionellen Krankenblätter der medizinischen Forschung dienlich.[473]

C. Schwäche der Digitalisierung

Ein Hauptproblem bei der EDV ist die Tatsache, daß *eine Ausbildung zur EDV-Anwendung erforderlich* ist, um eine EDV-Anwendung beherrschen zu können. Obwohl viele Medizinstudenten und jüngere Ärzte umfassende Erfahrung mit der Anwendung von EDV-Systemen haben, sind viele nicht mit den neuen Entwicklungen vertraut. Viele ältere Mediziner sind aufgrund bestehender Vorbehalte gegen solche Systeme nicht willens, Patientendaten unmittelbar in den Computer einzugeben.[474] Der Mangel an dieser Ausbildung hat seitens der Ärzte Verständnisfehler zur Folge. Die Arbeitsergebnisse der EDV können *leicht missinterpretiert* werden, da sie als formalisierte Informationen ohne realen Kontext dargeboten werden und mit steigender Benutzerfreundlichkeit *immer häufiger EDV-Laien als Anwender* auftreten. Diese Verständnisfehler

---

Schiff/Rucker, JAMA 279 (1998), 1026-1027 unter dem Titel: „Medication Education“ und „Capturing Feedback For The Future“.

[472] Diese Anwendungen sind z.B. im Software - Programm „Logician“ verfügbar. Vgl. auch die Kritik des Programmes *Burger* in JAMA 278 (1997), 1380, 1382 und die Webseite: http://www.medicalogic.com; Stand 17.11.2000 (zuletzt besucht am 3.7.2001).

[473] Vgl. auch unten unter § 4 A II, S. 49 f. d.v.A.

[474] Als Nachteil der Anwendung der ICD-10 in den EDV-Anlagen der Praxis und Krankenhäuser wird die vorangehend erforderliche Ausbildung betrachtet. Vgl. *Maus*, An der ICD-10 scheiden sich wieder die Geister, DÄBl 1997, C-2265-2266. Zu anderen Gefahren der „computerisierten Gesundheitsversorgung“, die seit 20 Jahren noch nicht beherrscht werden, vgl. *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S.49.

treten wegen der Komplexität und Unschärfe der Begriffe in der Medizin häufiger auf.[475] Ein einheitliches medizinisches Sprachsystem, das die Schnittstelle zwischen technischen und medizinischen Begriffen darstellte, erleichterte die Datenverarbeitung, brächte aber auch die Gefahr mit sich, daß gewisse Bereiche nicht mehr adäquat erfaßt würden. Auch die Akzeptanz von solchen Sprachregelungen wäre ungewiß.

Ein zweites Problem stellt die medizinische *Software* dar**,** der manchmal nicht zu vertrauen ist. Die Erfahrung zeigt, daß die *Automatisierung unvorhergesehene Fehler* mit sich bringen kann, wie z.B. Abhängigkeit von irreführenden Warnungen. Es ist verständlich, daß Mediziner oft ihr Verhalten an die EDV-Warnungen anpassen. Sie kehren jedoch zu ihren Standardkenntnissen zurück, wenn die EDV-Warnungen entfernt werden.[476] Ein weiteres Hindernis bei der EDV-Verbreitung ist der *Mangel an gleichen Standards der Hardware und Software* verschiedener Hersteller. Die verschiedenen und zahlreichen Software-Programme sind oft mit Programmen anderer Hersteller inkompatibel. Eine Vereinbarung zwischen den Krankenhausträgern und Software-Herstellern über die Software-Standards fehlt noch. Dieser Mangel an kompatibler Software und Hardware ist auf die kommerzielle Entwicklung zurückzuführen. Diese Entwicklung führt zu verschiedenen Plattformen,[477] wodurch gemeinsame Standards ausgeschlossen werden. Zu Recht fürchten *Schiff* und *Rucken*,[478] daß die medizinischen Aspekte der Software nicht ausreichend berücksichtigt werden, da die Software-Händler versuchen, ihre Software - Produkte an Krankenhäuser zu

---

[475] Vgl. *Epple*, Der Einsatz von EDV (1994), S. 21; v. *Hirschfeld/Stampel* in *Ehlers/Broglie,* Praxis (1994), S. 31.

[476] *Schiff/Rucker*, JAMA 279 (1998), 1024, 1027.

[477] Plattform ist die Einheit von Prozessoren und Betriebssystemen.

[478] *Schiff/Rucker*, JAMA 279 (1998), 1024.

verkaufen, und die Direktoren und Geschäftsführer der Verwaltung sich hauptsächlich auf die wirtschaftlichen Vorteile der Software konzentrieren.

Die *Kosten* der Anwendung der EDV (Anschaffung von Computern, regelmäßige Kosten durch Aktualisierung des Software) sind auch ein wesentliches Hindernis für den durchgehenden Einsatz der EDV am Schreibtisch des Arztes. Viele Ärzte werden weiterhin handschriftliche Krankenakten benutzen, was ein Risiko für den Patienten einschließt, *es sei denn Drittparteien (Sponsoren) wären bereit, einige der mit EDV verbundenen Kosten zu finanzieren.*[479]

[479] Vgl. *Cabral*, JAMA 278 (1997), 1116, 1117. Zu weiteren spezifischen Gefahren siehe *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 15.

§ 9. Zulässigkeit der EDV-Archivierung

A. Keine Verpflichtung zur EDV-Archivierung

Eine Verpflichtung zur EDV-Archivierung kann sich entweder aus dem Parteiwillen oder aus Rechtsnormen ergeben. Grundsätzlich hat der Vertragspartner kein Recht zur Einflußnahme auf das „Wie“ einer Leistungserfüllung. Die Art und Weise der Leistungserfüllung gehört zum Organisations- und Herrschaftsbereich des Leistungsschuldners, obwohl für sie eine Einschränkung gilt: sie muß ebenfalls ordnungsgemäß und klar sein (im Sinne des § 242 BGB). Gemäß dem Prinzip der *Gestaltungsfreiheit*, das sich aus Art. 2 I GG und § 305 BGB herleitet und dem im Schuldrecht eine zentrale Bedeutung zukommt, sind die Parteien frei, auch die Art und Weise der Erfüllung der Dokumentationspflicht zu bestimmen und demzufolge eine Pflicht zur EDV-Archivierung zu begründen. Dies ist momentan der einzige Fall, in dem eine Verpflichtung zur elektronischen Archivierung in Frage kommen kann. Aus den Rechtsnormen, welche die Dokumentationspflicht betreffen, ergibt sich *keine Pflicht* zur elektronischen Dokumentation.[480] Eine solche Anforderung wäre für eine kleine Praxis auch personell und wirtschaftlich unzumutbar. Es ist aber nicht auszuschließen, daß entweder der Gesetzgeber (Ethikkommissionen) oder die richterliche Rechtsfortbildung in Zukunft aufgrund der vielfältigen interdisziplinären Verflechtungen eine Pflicht zur elektronischen Dokumentation begründen wird.

[480] *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen (1995), Rdnr. 258.

B. Die Zulässigkeit einer ausschließlich digitalen Dokumentation

Daß die Dokumentation heutzutage tatsächlich zum großen Teil elektronisch angefertigt wird, spricht dafür, daß eine völlige, die konventionelle Patientenakte ausschließende Digitalisierung der Dokumentation zugelassen ist. Ihre Zulässigkeit ist jedoch fraglich, auch wenn sie ohne größere Bedenken angenommen wird. Die Frage nach der Zulässigkeit der Digitalisierung stellt sich heute noch nicht so dringend, weil die Dokumentation parallel vollständig auf Papier erfolgt. Das Verschwinden dieser konventionellen Form der Dokumentation ist nur eine Frage der Zeit.[481] Sie wird nach und nach von der digitalen Patientenakte ersetzt werden. Daß kein Archiv-Raum mehr für die Aufbewahrung der konventionellen Patientenakte in Neukliniken vorgesehen ist und daß die Pflegemaßnahmen nur digital gespeichert werden, spricht für eine solche Entwicklung. Im Zuge dieser Veränderung werden Bedenken aufkommen, inwieweit diese Ersetzung zulässig ist. Das vorliegende Kapitel befaßt sich mit der Frage, ob die erwartete Ersetzung der konventionellen Dokumentation und die anschließende völlige Digitalisierung im Gesundheitswesen zulässig sein sollen.[482]

Es ist unbestritten, daß es gleichgültig ist, ob das Speichermaterial Papierblätter, Disketten oder Festplatten sind. Die Definition der ärztlichen

---

[481] *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 203.

[482] Die elektronische Archivierung von Patientendaten wird von der überwiegenden Mehrheit der amerikanischen Staaten entweder ausdrücklich oder stillschweigend zugelassen. Ausnahmen stellen Idaho und Minnesota dar, die eine Speicherung der Patientendaten auf einem Mikrofilm oder photographischem Band erfordern; Idaho Code § 39-1394 und Minn.State § 145.30. Ausführlich zur Zulässigkeit der elektronischen Daten *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 193 f.

Dokumentation ist unabhängig vom Material der Datenträger.[483] Insofern ist der Begriff „ärztliche Dokumentation“ abstrakt und semantisch weit genug, um die neue elektronische Form der ärztlichen Archivierung mitzuumfassen. Durch diese extensive Interpretation des Begriffes ist eine EDV-Archivierung zu rechtfertigen und dadurch die sekundäre Lücke[484] des Gesetzgebers zu schließen.

Die elektronische Archivierung ist im Steuer- und Handelsrecht zugelassen. Im folgenden wird untersucht, ob diese Entwicklung auch auf das Arztrecht übertragen werden kann. Die Zulässigkeit der elektronischen Dokumentation soll aber nicht nur im Rahmen des Verfassungs- oder Zivilrechts überprüft werden. Die elektronische Dokumentation tangiert auch andere Rechtsgebiete, wie z.B. das Datenschutz-, Berufs-, und Kassenrecht.

I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Solange die Dokumentation ordnungsgemäß durchgeführt wird, ist es auch verfassungsrechtlich geboten, deren elektronische Form zuzulassen. Diese Ordnungsmäßigkeit dient der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2, Abs. 2 S. 1 GG) und dem Schutz der Menschenwürde des Patienten (Art. 1, Abs. 1, S. 1 GG).[485] Diese Grundrechte verstehen sich also nicht nur als Abwehrrechte gegenüber dem Staat, sondern gewähren auch subjektive Rechte einzelner gegenüber Dritten (Drittwirkung). So findet der Schutz

---

[483] Vgl. oben unter „Erfordernis nach Begriffsbestimmung“, S. 12 ff. d.v.A. Vgl. *Jäckel*, Rechtsnatur der Krankenunterlagen (1971) in: *Mergen*, Die juristische Problematik in der Medizin 1971, Band. II, S.164; *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 17.

[484] Als sekundär ist eine Lücke einer Norm zu kennzeichnen, wenn diese Lücke bei Erlaß des Gesetzes nicht vorlag, sondern erst später entstand. Vgl. *Brox* (2000) AT BGB, Rdnr. 64.

[485] Vgl. auch oben § 3 A, S. 28 d.v.A.

der Menschenwürde des Patienten in dem Datenschutzgesetz seine Ausprägung. Durch die Normen dieses Gesetzes entfaltet der Schutz der Geheimnissphäre des Patienten zwischen den Bürgern Drittwirkung.

II. Strafrechtliche Unbedenklichkeit

Gemäß dem im Strafrecht geltenden Prinzip *nullum crimen, nulla poena sine lege*[486] ist alles, was nicht im StGB oder in anderen strafrechtlichen Regelungen verboten ist. Die Krankenunterlagen werden nach § 97 Abs. 1 StPO durch ein Beschlagnahmeverbot geschützt. Aus dem genannten Absatz i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr.3 StPO ergibt sich, daß dieser Paragraph nicht nur für die konventionelle, sondern auch für die elektronische ärztliche Dokumentation gilt. Allerdings ist nach *Schäffer*[487] der Begriff „Aufzeichnungen“ in § 53 Abs. 1 Nr. 3 „ im weitesten Sinne zu verstehen“. Seiner Auffassung nach seien neben schriftlichen Aufzeichnungen in jeder Form und Schrift auch Lochstreifen sowie Daten- und Tonträger beschlagnahmefrei.[488] Dieser Auffassung entsprechend fällt unter den Beschlagnahmeschutz auch die elektronische Dokumentation. Darüber hinaus wäre es sinnlos, die konventionelle Dokumentation gemäß § 97 Abs. 1 StPO dem Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO) zu unterstellen und gleichzeitig die elektronische Dokumentation schutzlos zu lassen oder sie zu verbieten.

Hinzu kommen auch die Regelungen des StGB. Das Medium, auf dem sich die Aufzeichnungen befinden, ist vom Anwendungsbereich des § 11 Abs. 3

---

[486] Dig. 50, 16, 131 § 1 S. 2 Hs. 2 (Ulpian). Vollständiger ist die Wendung „Nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali“.

[487] *Schäffer* in *Löwe/Rosenberg,* StPO-Kommentar (1998), § 97, Rdnr. 45.

[488] *Schäffer* in *Löwe/Rosenberg,* StPO-Kommentar (1998), § 97, Rdnr. 45.

StGB her betrachtet gleichgültig.[489] Die elektronische Patientenakte fällt unter den Oberbegriff „Darstellungen“ des § 11 Abs. 3 StGB. Unter „Darstellung“ sind jegliche Arten stofflicher Zeichen zu verstehen, die sinnlich wahrnehmbar sind und einen Vorgang oder einen gedanklichen Inhalt vermitteln sollen, wobei die stoffliche Verkörperung von gewisser Dauer sein muß. Diese Anforderungen werden durch elektronische Datenträger erfüllt. Deshalb ist ihre Einordnung unter § 11 Abs. 3 StGB anzunehmen.[490] Zusammenfassend läßt sich aus dem abstrakten Charakter des § 97 Abs. 1, S. 1 StPO in Verbindung mit § 11 Abs. 3 StGB herleiten, daß die ärztliche Dokumentation auch elektronisch angefertigt werden darf. Demzufolge ist die elektronische Archivierung auch *strafrechtlich nicht verboten.*

III. Zivilrechtliche Zulässigkeit

Die elektronische Anfertigung der ärztlichen Dokumentation ist auch zivilrechtlich zulässig. Das Verbot einer solchen Archivierung läßt sich weder aus den Behandlungsverträgen noch aus dem Gesetz herleiten.

1. Gestaltungsfreiheit

Es ist selbstverständlich, daß Arzt (oder gegebenenfalls der Krankenhausträger) und Patient gemäß dem Prinzip der Gestaltungsfreiheit frei sind, die Art und Weise der Dokumentation zu vereinbaren (§§ 145 ff BGB). Infolgedessen dürfen die Parteien des Arztvertrages vereinbaren, daß die Dokumentation nur digital angefertigt wird. *Eine solche*

---

[489] *Nack* im Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, § 97, Rdnr. 10.

[490] Vgl. *Lackner/Kühl* § 11 StGB (1999), Rdnr. 28. Vgl. *Walther*, NStZ 1990, 523; *Sieber* JZ 1996, 494, 495; *Strange* CR 1996, 424, 426. In allen diesen Aufsätzen wird davon ausgegangen, daß die Darstellung im Sinne des § 12 Abs. 3 StGB Datenträger und Computernetze mitumfaßt.

Vereinbarung ist zulässig, solange die elektronische Patientenakte ordnungsgemäß angefertigt wird. Diese Ordnungsmäßigkeit braucht nicht ausdrücklich vereinbart werden, weil sie sich auch stillschweigend aus dem Vertrag nach § 157 BGB ergibt. § 157 kann eine solche Lücke der Parteivereinbarungen schließen und zur Ergänzung des „Plans" der Parteien beitragen, der hierbei eine „effektive", der Therapiesicherung und Rechenschaftsablegung dienende elektronische Dokumentation darstellt.

Eine Vereinbarung über eine nicht ordnungsgemäß durchgeführte, nachlässige elektronische Archivierung verstieße nicht nur gegen die *guten Sitten* (§ 138 BGB), sondern auch gegen mehrere *gesetzliche Verbote* (§ 134 BGB)[491]. Eine solche Vereinbarung verstieße ferner gegen das rechtliche Sollen, wie es im § 242 BGB fixiert ist. Dieser sich aus § 242 BGB ergebende objektive Maßstab kann durch das Standesrecht und das Bundesdatenschutzgesetz festgelegt werden. Zum Standesrecht gehörend sind hierbei grundsätzlich die Musterberufsordnungen zu verstehen, die den Begriff der „Verkehrssitte" im Arztrecht konkretisieren und entsprechende Sicherheitsvorkehrungen verlangen.[492]

In diesem Zusammenhang ist jedoch auch die Billigkeitskontrolle des § 242 BGB zu beachten. Sie enthält einen objektiven Maßstab, der unabhängig vom Parteiwillen auf die Art und Weise, den Inhalt und den Bestand der Leistungspflicht einwirkt. § 157 BGB bezieht sich also auf das rechtliche Wollen, § 242 BGB auf *das rechtliche Sollen.* § 242 erscheint

---

[491] Bezüglich dieser Verbote vgl. § 10 Abs. 5 S. 1 Musterberufsordnungen, § 4 Abs. I i.V.m. § 9 BDSG und § 28 Röntgenverordnung, welche die Zulässigkeit der elektronischen Speicherung und Datenverarbeitung vom Eingriff der elektronischen Sicherungsmaßnahmen abhängig macht.

[492] Abweichend *Lenkaitis*, der behauptet, daß die ärztlichen Berufsordnungen unter den Begriff der Verkehrssitte fallen. Vgl. *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 112-113 m.w.N.

nicht als bloßes Mittel zur Ergänzung der vertraglichen oder gesetzlichen Regelungen, sondern auch als ein den einzelnen Rechtsvorschriften *übergeordnetes Prinzip*,[493] und zwar auch bezüglich der Vorschriften des zwingenden Rechts. Deshalb ist eine Vereinbarung der Parteien, daß die Dokumentation nicht elektronisch angefertigt wird, ungültig, wenn sie gegen § 242 verstößt. Dies ist der Fall bei einer nicht ordnungsgemäßen, die Gesundheit des Patienten gefährdenden elektronischen Archivierung. Dies entspricht dem Grundsatz, daß die Geltendmachung von Rechten unzulässig ist, wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt. Eine EDV-Archivierung der Krankenunterlagen verstößt aber nicht gegen Treu und Glauben. Sie steht vielmehr in Übereinstimmung mit ihnen und der zu berücksichtigenden Verkehrssitte.

Dementsprechend ist eine elektronische Dokumentation zivilrechtlich zulässig, solange sie ordnungsgemäß, d.h. gemäß § 276 I 2 BGB mit der erforderlichen Sorgfalt angefertigt wurde.

2. Elektronische Archivierung und „Verkehrspflichten“

Diese, die ärztliche Dokumentation betreffende und in § 276 I 2 BGB vorausgesetzte, allgemeine Sorgfaltspflicht wird von der Rechtsprechung routinemäßig durch die „Verkehrspflichten“[494] konkretisiert. Die Verkehrspflichten sind im Rahmen dieser Untersuchung von besonderer

---

[493] Vgl. RGZ 85, 108.

[494] Dieser Begriff ist umfassender als jener der „Verkehrssicherungspflicht“ und deswegen beherrschender. So *v.Bar*, Verkehrspflichten (1980) passim; *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen (1995), Rdnr. 253 und *Rogge*, Verkehrspflichten bei Tätigkeit (1997), S. 33 f. *Medicus* benutzt abwechselnd beide Begriffe, vgl. *Medicus*, BürgerlR (1999), Rdnrn. 641 ff. und Rdnr. 199. Bezüglich der Beziehung zwischen den Verkehrspflichten und der Dokumentation vgl. *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S. 100.

Bedeutung, solange keine ausreichende Konkretisierung für die Praxis des digitalen Dokumentationspflichtrechts vorhanden ist.[495]

Der Arzt oder Krankenhausträger eröffnet durch den Einsatz der elektronischen Dokumentation einen neuen Weg im Dienste der Patientenversorgung. Dieser Weg ist aber mit gewissen Gefahren verbunden.[496] Daß durch die Benutzung von EDV-Anlagen für die Archivierung erhebliche Risiken entstehen, wie z.B. ein totaler Verlust der Patientendaten wegen eines Computervirus, ist für den Krankenhausträger erkennbar. Der Arzt verursacht dadurch einen Schaden gegenüber dem Patienten. Eine mangelhafte oder fehlende Dokumentation verletzt die Therapiesicherheit und kann zu einer falschen Behandlung durch Ärzte anderer Abteilungen oder durch nachbehandelnde Ärzte führen. Demzufolge muß der Arzt, der seine Archivierungsart modernisieren und digitalisieren will, für die Beseitigung der damit zusammenhängenden Gefahren sorgen. Es wäre ein *venire contra factum proprium* seitens der Praxisleiter oder Krankenhausträger, einerseits die Digitalisierung der Dokumentation im Dienste der Gesundheit des Patienten voranzubringen und andererseits jedoch die daraus erwachsenden und die Therapiesicherung bedrohenden Gefahren nicht zu verhindern.[497] Um diese Gefahr unter Kontrolle zu halten und ihren Eintritt zu verhindern, muß der behandelnde Arzt alle geeigneten und zumutbaren Maßnahmen ergreifen,

---

[495] Zu Verkehrspflichten allgemein *v.Bar*, Verkehrspflichten (1980); *Larenz/Canaris*, SchuldR BT (1994), § 76 III; *Deutsch,* Unerlaubte Handlungen (1995), Rdnrn. 253 ff.; *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823 Rdnrn. 219 ff; *Medicus*, BürgerlR (1999), Rdnr. 648; *Hager*, in StaudingerKomm (1999), § 823 E; *Esser/Weyers*, SchuldR BT (2000) § 55 V 2.

[496] *Hager*, in StaudingerKomm (1999), § 823 Rdnrn. E 13, und E 19.

[497] *Medicus*, BürgerlR (1999), Rdnr. 648 und *Esser/Weyers*, SchuldR BT (2000), § 55 V 2.

die eine vollständige, sichere elektronische Dokumentation gewährleisten. Ihm kommt letztlich die Aufgabe der Neutralisierung und Beseitigung dieser Gefahren zu.

Diese Zustandsverantwortlichkeit des Arztes stützt sich nicht nur darauf, daß lediglich er den Sachbereich der elektronischen ärztlichen Dokumentation beherrscht, sondern auch darauf, daß sich seine Tätigkeit auf die Volksgesundheit auswirkt.[498] Der Beruf des Arztes und die Funktion des Krankenhausträgers erfordern in besonderem Maße Sachkunde und Vorsorge. Um so mehr müssen beide für deren Fehlen einstehen. Der dem Arzt voll vertrauende Patient kann keinesfalls für die durch die Verwaltungshelfer des Arztes fahrlässig vernichteten Daten verantwortlich gemacht werden. Es ist vielmehr Teil der Organisationspflicht des Arztes, seinen Betrieb so zu organisieren, daß entsprechend technische Maßnahmen zur Vermeidung der beschriebenen Gefahren getroffen werden.[499] Auf die Notwendigkeit einer Sicherung der elektronischen Patientendaten vor möglichen Gefahren kann nicht deshalb verzichtet werden, weil diese neben der elektronischen Dokumentation auch konventionell gespeichert wurden oder weil der finanzielle Aufwand hierfür etwa für kleinere Arztpraxen unverhältnismäßig erscheint.[500] Wie stets bestimmt sich die zu erfüllende Verkehrspflicht nach objektiven Maßstäben, nicht nach der individuellen Leistungsfähigkeit. Eine digitale Archivierung von Patientendaten ist demzufolge lediglich unter der

---

[498] *Hager* in StaudingerKomm (1999), § 823 BGB, E 21.

[499] *Esser/Weyers*, SchuldR BT (2000), § 55 V 2. Ausführlich zu Organisationspflichten sowohl des Arztes wie auch des Krankenhausträgers vgl. *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 102, insbesonders Rdnrn. 1 und 18 f.

[500] *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823 Rdnr. 216. Ausführlich zu den Sicherungsmaßnahmen, die vom Krankenhausträger getroffen werden sollen, siehe unten § 10 D IV, S. 118 ff. d.v.A.

unabdingbaren Voraussetzung zu gestatten, daß der Arzt die für die Sicherheit der Digitalisierung erforderlichen Vorkehrungen getroffen hat.

IV. Berufsrechtliche Zulässigkeit

Die berufsrechtliche Zulässigkeit kann aus der Berufsordnung für Ärzte abgeleitet werden.[501] Nach *§ 10 Abs. 1 MBO* hat der Arzt über seine Feststellungen und Maßnahmen die erforderlichen Aufzeichnungen zu machen. Diese dürfen *auch auf „elektronischen* Datenträgern oder anderen Speichermedien“ vorgenommen werden, solange besondere Sicherungs- und Schutzmaßnahmen getroffen worden sind, um deren Veränderung, Vernichtung oder unrechtmäßige Verwendung zu verhindern (§ 10 *Abs. 5, S. 1* MBO).[502] Die in der Literatur vertretene Meinung, daß es bei der berufsrechtlichen Zulässigkeit der Digitalisierung medizinischer Dokumente auf den Schutz vor dem Zugriff Unbefugter ankommt, ist unzutreffend.[503] Sie hängt lediglich davon ab, ob sie gefahrlos der Therapiesicherung und der Rechenschaftsablegung dienen kann. Die Fälschungssicherheit stellt nur eine für die Zulässigkeit der Digitalisierung untergeordnete Bedingung dar.

V. Zulässigkeit nach anderen gesundheitsrechtlichen Vorschriften

Soweit in gesundheitsrechtlichen Vorschriften eine Aufzeichnungspflicht des behandelnden Arztes festgelegt wird (z.B. in § 28 I, II RöntgenVO; StrahlenschutzVO), ist es dem Arzt freigestellt, für diese Aufzeichnungen

---

[501] So *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S. 88*; Geis*, DuD 1997, 582*; Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 338.

[502] Musterberufsordnung in der Fassung des Beschlußprotokolls des 100. Deutschen Ärztetages 1997 in *Eisenach* = NJW 1997, 3076 ff.

[503] *Laufs* in *Uhlenbruck/Laufs*, Handbuch (1999), § 111, Rdnr. 9.

Bildträger oder andere Datenträger für die Aufbewahrung zu benutzen (§ 28 VI Nr. 1 RöntgenVO; § 43 IV StrahlenschutzVO).[504] Dies ergibt sich daraus, daß die gesundheitsrechlichen Vorschriften die EDV-Archivierung zulassen.[505] Nur für die Röntgenaufnahmen der *Direktradiographie* bestehen besondere Regelungen. Von § 28 Abs. 5 S. 2 RöntgenV wird die digitale Radiographie (die Wissenschaft zur digitalen Speicherung von Röntgenbildern) nicht erfaßt und ist demzufolge unzulässig.[506] Wenn also die elektronische Archivierung medizinischer Dokumente gesundheitsrechtlich zulässig ist, ist auch die Telearchivierung gesundheitsrechtlich zulässig, denn eine Beschränkung der gesundheitsrechtlichen Zulässigkeit auf die Archivierung innerhalb der Praxis oder Klinik besteht nicht.[507]

VI. Kassenarztrechtliche Zulässigkeit

Die Abrechnungsdokumentation ist nach § 95 III SGB V gemäß den vertraglichen Bestimmungen zu erfüllen. Die kassenarztrechtliche Zulässigkeit von EDV-gestützten Aufzeichnungen ergibt sich somit z.B. für den zahnärztlichen Bereich aus § 17 in Verbindung mit Abschnitt V der Anlage 2 zum Bundesmanteltarifvertrag der Zahnärzte. Auf das daraus für

---

[504] Vgl. *Geis*, DuD 1997, 582; *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S. 89*; Ortner/Geis*, MedR 1997,337, 338.

[505] Die digitale Archivierung läßt auch das Transfusionsgesetz zu. Vgl. § 14, Abs. 3 TFG.

[506] *Geis*, DuD 1997, 582; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 338.

[507] *Geis*, DuD 1997, 582. Fraglich ist aber immer noch die Zulässigkeit der Telemedizin.

den Arzt resultierende Genehmigungserfordernis gegenüber der kassenärztlichen Vereinigung sei hier nur am Rande hingewiesen.[508]

VII. Teledienst- und Datenschutzgesetz

Eine elektronische Archivierung ist auch nach dem Teledienstgesetz zulässig. Danach gelten „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bildern oder Tönen bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt“ als Teledienste (§ 2 Abs. 1 TDG).

Es ist unumstritten, daß die elektronischen Patientendaten personenbezogen und automatisiert sind und demzufolge unter den Anwendungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes fallen (§ 1 BDSG).[509] Für die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten gilt als allgemeiner Grundsatz ein sogenanntes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Das bedeutet: Die Verarbeitung und Nutzung von Daten ist verboten, es sei denn sie sind durch das Bundesdatenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift ausdrücklich erlaubt oder angeordnet, oder der Betroffene hat dazu seine Einwilligung erklärt (§ 4 Abs. 1 BDSG).[510] Das heißt, daß es auf die Einwilligung des Betroffenen überhaupt nicht ankommt, wenn eine Rechtsvorschrift den Umgang mit personenbezogenen Daten ausdrücklich erlaubt oder sogar anordnet. Solche Vorschriften sind hierbei die oben erwähnte Musterberufsordnung, die RöntgenV, die StrahlenschutzV.

---

[508] *Schmidt-Beck*, Die Dokumentationspflichtverletzung (1994), S. 88. Vgl. auch *ders.*, NJW 1991, 2335, 2336.

[509] *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 340; *Dammann* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 1, Rdnr. 219; *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 189 f.; *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 111, Rdnr. 2.

[510] Vgl. *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 18.

Demnach ist grundsätzlich die Verarbeitung und Nutzung von Patientendaten erlaubt.[511]

Diese „bereichsspezifischen Regelungen“ gehen dem Bundesdatenschutzgesetz vor (§ 1 Abs. 4 BDSG). Sie dürfen auch das Bundesdatenschutzgesetz zugunsten des Betroffenen verschärfen. In § 9 BDSG werden nicht einzelne technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherung vorgeschrieben, sondern es wird lediglich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt konkretisiert.[512] Erforderlich sind aber nicht alle möglichen Sicherungen zur Erzielung eines absoluten Schutzes, sondern nur diejenigen, die in einem angemessenen Verhältnis zum Schutzzweck stehen. Für die Verhältnismäßigkeit ist unter anderem die Sensibilität der zu schützenden Daten mitbestimmend, was für den medizinischen Bereich diesbezüglich gesteigerte Anforderungen bedeutet. Auf die erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen, die von § 10 Abs. 5 MBO und § 9 BDSG gefordert werden, wird im folgenden Kapitel eingegangen.

C. Schlußfolgerung

Aus den vorhergehenden Kapiteln ergibt sich, daß die vorhandenen Rechtsnormen einer ärztlichen Dokumentation durch EDV, bildgebende Verfahren und virtuelle Aufzeichnungen genügend Raum gehen.[513] Verfassungs-, zivil- und berufsrechtlich ist die elektronische Archivierung

---

[511] Vgl. *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 222 ff.

[512] Vgl. „Empfehlungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis“ DÄBl. 1993, B 2201-B 2205. Vgl. ferner *Velten*, Der medizinische Standard (2001), S. 75 ff. und 79 ff.

[513] *Epple*, Der Einsatz von EDV und die ärztliche Haftung, 1994; *Deutsch,* Medizinrecht (1999), Rdnr. 355; *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 59, Rdnr. 12.

zulässig. Sie ist auch strafrechtlich geboten. Die Anerkennung dieser Zulässigkeit durch die höchstrichterliche Rechtsprechung bleibt abzuwarten.

Diese Zulässigkeit der elektronischen Verarbeitung und Nutzung von Patientendaten wird in fast allen oben angeführten Rechtsvorschriften nicht bedingungslos angenommen. Die Datensicherung erfordert geeignete Maßnahmen zu treffen, damit eine ordnungsgemäße Archivierung gewährleistet wird. Es ist also davon auszugehen, daß Zulässigkeit und Ordnungsmäßigkeit sich wechselseitig bedingende Erfordernisse bei der elektronischen Archivierung von Patientendaten sind. Auf die Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Patientenakte wird im anschließenden Kapitel eingegangen.

§ 10. Verpflichtung zur Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Archivierung

A. Die „Notwendigkeit einer ordnungsmäßigen ärztlichen Dokumentation“

Im vorstehenden Kapitel wurde ausgeführt, daß die Dokumentation von Dateien nur dann zulässig sein soll, wenn sie auch ordnungsgemäß durchgeführt wird.[514] Diese Konvention ist keine willkürlich vom Verfasser vertretene Meinung, sondern wird aus der langjährigen Spruchpraxis des Bundesgerichtshofes abgeleitet. Erst in dem grundlegenden und vor etwa 20 Jahren erschienenen „Dokumentationsurteil“ war die Rede von der „Notwendigkeit einer ordnungsmäßigen ärztlichen Dokumentation“.[515] Diese Forderung nach einer ordnungsgemäßen ärztlichen Dokumentation hat sich seitdem in der höchstrichterlichen Rechtsfortbildung gefestigt und ständig weiter entwickelt.[516] Die Musterberufsordnung für Ärzte schreitet mit dieser langjährigen und stetigen richterlichen Forderung im Gefolge weiter voran, indem sie zurecht davon ausgeht, daß lediglich eine ordnungsgemäße Dokumentation dem Interesse des Patienten dient (§ 10 Abs. 1 S. 2 MBO).

---

[514] Vgl. auch *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 59, Rdnr. 11.

[515] BGHZ 72, 132, 138 = NJW 1978, 2337, 2339 = LM § 282 ZPO Nr. 29 unter 2 b (Dokumentationsurteil).

[516] BGHZ 85, 327, 330 = NJW 1983, 328 unter B I 1; BGH MedR 1988, 23, 24 unter 1. a (1); BGH NJW 1991, 2002, 2004 unter III; BGHZ 138, 1, 4 = NJW 1998, 1780, 1781 (nicht erkannte Netzhautablösung) unter II 1 a; BGH NJW 1999, 862, 863 = VersR 1999, 231, 232= LM § 823 (Aa) BGB Nr.182 = MDR 1999, S. 229, 230 (unterlassene Computertomographie bei Subarachnoidalblutung) unter II 2. Vgl. ferner *Uhlenbruck*, der eine Berücksichtigung der Grundsätze der Ordnungsmäßigkeit fordert; *Uhlenbruck* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 59, Rdnr. 11.

Hierbei ist jedoch hervorzuheben, daß sowohl die höchstrichterliche Spruchpraxis, wie auch die Musterberufsordnung sich lediglich auf die konventionelle Dokumentation beziehen. Während diese Leitsätzen einwandfrei für die papierene Dokumentation gelten, mag fraglich sein, ob sie auch die elektronische Dokumentation betreffen müssen. Auf diese Frage wird nachfolgend eingegangen.

B. Die Anforderung an die Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Patientenakte

Das Prinzip der Ordnungsmäßigkeit ist auch bezüglich der elektronischen Archivierung der Patientendaten anzunehmen. Dies wird deutlich durch a) einen Vergleich der Regelungen über die elektronische Archivierung in verschiedenen Rechtsgebieten b) das Datenschutzrecht und c) die Berufung auf eine sich aus § 823 Abs. 1 BGB ergebende Verkehrssicherungspflicht.

I. Ordnungsmäßigkeitsprinzip und elektronische Dokumentation

Der Grundsatz, daß eine Dokumentation ordnungsgemäß sein muß, ist in vielen Rechtsgebieten verbreitet, unabhängig davon, ob die angetroffenen Daten konventionell oder elektronisch erfaßt werden. Eine Dokumentation, die nicht ordnungsgemäß ist, steht im Widerspruch zu ihrem Zweck, der darin besteht, eine Handlung oder einen Geschehensablauf vollständig zu beschreiben und nachvollziehbar zu machen. Es ist plausibel, daß eine solche, nicht ordnungsgemäße Dokumentation unzulässig sein soll.

Auch im Handels- und Steuerrecht, wo eine Regelung zur elektronischen Archivierung schon lange vorgesehen ist, wird die Zulässigkeit eng mit den Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit verbunden. Nach § 257 Abs. 3 HGB und § 147 Abs. 3 AO ist die Speicherung auf anderen

Datenträgern nur zulässig, wenn dies den Grundsätzen der ordnungsmäßigen Buchführung (GoB) entspricht. Ähnliche Vorschriften gelten im Verwaltungsrecht,[517] wo auch die Ordnungsmäßigkeit *eine conditio sine qua non* der elektronischen Archivierung darstellt. Im Zivilprozeßrecht werden auch nur diejenigen Unterlagen als Urkunden akzeptiert, die vollständig und brauchbar sind (§ 444 ZPO).[518] Durchstreichungen und Radierungen können ihre Beweiskraft beeinträchtigen.[519]

Durch diesen Vergleich verschiedener Normregeln wird deutlich, daß die Ordnungsmäßigkeit ein unabdingbares Element der Archivierung darstellt.[520] Dieser Grundsatz gilt unabhängig von jeder Zeit, Rechtsordnung oder Rechtsgebiet, was dafür spricht, daß er dem stetigen und aus der gesellschaftlichen Realität abgeleiteten Naturrecht entspricht.[521] Unsere Gesellschaft erwartet von jeder Art von Dokumentation zu Recht, daß sie ordentlich und ordnungsgemäß realisiert

---

[517] Die Verwaltung ist gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Aus diesem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich der Grundsatz der Rechtmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung. Hier werden „Ordnungsmäßigkeit“ und „Rechtmäßigkeit“ gleichgesetzt, wobei die sonstige Besetzung des Begriffs, wie er aus dem Handelsrecht überkommen ist, aber verwischt wird. Vgl. auch *Tuner*, CR 1986, 261, 263.

[518] Vgl. mit instruktiven Beispielen aus der arztrechtlichen Rechtsprechung *Schellhammer*, Zivilprozeß (1999), Rdnr. 530-533 und *Jauernig*, ZivilprozeßR (2000), § 55 VI.

[519] BGH NJW 1988, 62 ff und *Jauernig*, ZivilprozeßR (2000), § 55 V 6.

[520] Zustimmend *Kilian*, NJW 1987, 695, 697-698.

[521] Zur Problematik „positives Recht und Naturrecht“ vgl. *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts 1989, S. 25 f. und 124 ff.; *Stammler*, Wirtschaft und Recht, 4. Aufl. Berlin 1921**,** S. 159 ff.; *ders*. Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911, S. 124 ff; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 4 Aufl., München 2000, S. 220 ff.; *Papachristou*, Einführung in die Rechtssoziologie (1984), S. 22 f., 25 ff. und 127 f.; *Raiser*, Das lebende Recht, Baden-Baden 1995, S. 104, 114 f., *Georgiades*, AT BGB (1997), S. 8-12. Vgl. ferner zur Theorie von „non-droit“ *Carbonnier*, Flexible droit (1988), S. 24 ff.

wird; das positive Recht ist dieser Betrachtungsweise gefolgt. Die elektronische Archivierung der Patientendaten muß auch in diese Fußspuren der bisherigen Gesetzgebung und gesellschaftlichen Wirklichkeit treten. Sie kann lediglich dann ihrem Titel als Dokumentation gerecht werden, wenn sie ordnungsgemäß ist.

II. Die datenschutzrechtliche Forderung nach Ordnungsmäßigkeit bei der Datenverarbeitung

Die Auffassung unserer Gesellschaft, daß die elektronische – wie auch die konventionelle - Dokumentation ordnungsgemäß sein muß, damit man ihr vertrauen kann, fand im Datenschutzrecht ihre Ausprägung.[522] Nach § 9 BDSG haben öffentliche und nicht-öffentliche Stellen, die personenbezogene Daten verarbeiten, „die technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um die Ausführung der Vorschriften dieses Gesetzes, insbesondere die in der Anlage zu diesem Gesetz genannten Anforderungen, zu gewährleisten".[523] Hiermit nimmt der Datenschutzgesetzgeber nicht nur das Erfordernis der Ordnungsmäßigkeit bei der elektronischen Datenverarbeitung zur Kenntnis, sondern treibt auch den Datenerheber durch entsprechende Maßnahmen zur Verwirklichung dieses Grundsatzes an.

---

[522] Im Datenschutzrecht setzen einige Autoren die „Ordnungsmäßigkeit" mit der „Rechtmäßigkeit" gleich (so *Nagel, Will* und *Simitis*), während andere zwischen den Begriffen (so *Laicher*) differenzieren. Vgl. *Tuner*, CR 1986, 264 ff. für einen kurzen Überblick über diese abweichenden Stellungnahmen. Nach Meinung des Verfassers betrifft das Datenschutzgesetz die Daten im allgemeinen. Seine abstrakten Regelungen können nichts zur Bestimmung des Begriffs der Ordnungsmäßigkeit der digitalen Archivierung beitragen.

[523] § 9 BDSG wird angewendet unabhängig davon, ob das BDSG im übrigen auf die zu speichernde Stelle Anwendung findet und ob es sich um automatisierte oder um konventionelle, papierene Datenverarbeitung handelt.

Die Frage, ob das Datenschutzrecht auch bezüglich der elektronischen Archivierung von Patientendaten gilt, muß man bejahen. Das Bundesdatenschutzgesetz ist gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG nur anwendbar, wenn Daten verarbeitet werden. Beim heutigen Stand der Automatisierung ist allerdings kaum noch eine Datenverarbeitung vorstellbar, die wegen fehlenden Dateibezugs nicht unter den Anwendungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes fällt.[524] Insofern betrifft das Bundesdatenschutzgesetz auch die Daten, die die elektronische Patientenakte beinhaltet. Dies stellt auch die Fachliteratur einstimmig fest.[525] Daraus folgend setzt sich das Prinzip der Ordnungsmäßigkeit mittels datenschutzrechtlichen Regelungen auch im Arztrecht durch und zwingt zu einer ordnungsgemäßen elektronischen Datenverarbeitung.

III. Die Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Archivierung im Zivilrecht

1. Vertragsrecht

a) Regelungslücke bezüglich der Dokumentationspflichterfüllung beim Vertragsabschluß

Im Regelfall liegt zwischen dem Patienten und dem Arzt ein Behandlungsvertrag vor. In diesem wird fast nie etwas über die Erfüllungsart der Dokumentationspflicht vereinbart. Sie bleibt insofern

---

[524] Dies wird auch vom Art. 8 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürliche Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr abgeleitet, der „Daten über die Gesundheit“ als besonders schützenswert ansieht. Zum Regelungsbereich des BDSG für Krankenhäuser vgl. *Inhester* NJW 1995, 685, 686 ff. Zur ärztlichen Dokumentation und Datenschutz vgl. *Geis*, DuD 1997, 582 ff; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337 ff; *Bäumler*, MedR 1998, 400.

[525] *Inhester*, NJW 1995, 685 ff; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 340 und *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 111, Rdnr. 2.

ungeregelt. Man könnte doch behaupten, daß die Art dieser Pflichterfüllung ausschließlich vom Gutdünken des Arztes abhängt. Der Grund für diese Unterlassung besteht darin, daß die Vertragsparteien grundsätzlich an der Hauptleistung der Behandlung interessiert sind und die Erfüllung von Nebenpflichten, wie die der Dokumentation, außer acht lassen. Eine schlechte oder gar unterlassene Erfüllung von Nebenpflichten kann aber katastrophale Folgen auch für die Behandlung des Patienten haben. Gerade deshalb muß man auf die Anfertigung und Aufbewahrung der elektronischen Patientenakte besonderen Wert legen und die Art ihrer sicheren Durchführung bestimmen. Dies wird teilweise in der Anlage zu § 9 BDSG durchgeführt. Die dort erwähnten Maßnahmen stellen eine Minimalsicherheit dar, die durch vertragliche Vereinbarungen nicht unterlaufen werden kann.[526] Da die Anlage zu § 9 BDSG besonders abstrakt ist, scheint eine Regelung bezüglich der Maßnahmen, die im Rahmen der Datenverarbeitung für eine angemessene Erfüllung der Dokumentationspflicht erforderlich sind, notwendig.

Diese Lücke des Behandlungsvertrags kann jedoch kraft § 242 BGB geschlossen werden.[527] Die Anwendung des § 242 BGB, der zur Ergänzung

---

[526] *BfD*, Bundesdatenschutzgesetz (1996), S. 15. Vereinbarungen die gegen §§ 4 und 9 BDSG verstießen, sind nach § 134 BGB nichtig. Vgl. ferner *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 114 ff.

[527] Die Bezugnahme auf § 157 BGB für die Ableitung und Anwendung dieser Grundsätze ist unnötig. Während § 242 zur Ergänzung des legislatorischen Plans für ein bestimmtes, typisiertes oder typisierbares Schuldverhältnis eingesetzt wird, dient § 157 zur Ergänzung des „Plans“ der Parteien für ein konkretes Geschäft. Beides liegt bei Verträgen oft nahe beieinander. Gerichtliche Entscheidungen zitieren deshalb oft die §§ 157 und 242 BGB nebeneinander, ohne klare Unterscheidung ihrer Anwendungsbereiche. Der Unterschied wird aber praktisch, wenn die Ergänzung des Vertrages nur aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles und nur für den konkreten Fall möglich ist, wenn also keine generalisierende, normative Ergänzung (für die allein § 242 zulässig wäre) vorgenommen wird. Vgl. *Schlechtriem*, SchuldR AT (2000), Rdnrn. 91-97.

des legislatorischen Plans für ein bestimmtes, typisiertes oder typisierbares Schuldverhältnis eingesetzt wird, ist geeignet, die in unserer Gesellschaft vorhandenen und gebilligten Standards für eine ordnungsgemäße elektronische Datenverarbeitung zu gewährleisten. Die Generalklausel des § 242 BGB („Verkehrssitte“) darf jedoch nicht durch persönliche Einstellungen des Rechtsanwenders oder gemäß den Auffassungen eines kleinen gesellschaftlichen Kreises bestimmt werden. Sie muß nach den Standards der heutigen gesellschaftlichen Realität festgelegt werden.

b) Festlegung der Verkehrssitte

aa) Heranziehung von Rechtsvorschriften ähnlicher Fachgebiete

Die Festlegung der bezüglich der elektronischen Archivierung geltenden Verkehrssitte ist in unserer vielfältigen Gesellschaft gewiß schwer. Der Rechtsanwender hat meistens keine Statistiken oder Fachberichte in der Hand, um die erforderlichen technischen Standards bestimmen zu können. Die in den Auffassungen unserer Gesellschaft herrschenden Standards mögen nicht nur in solchen Berichten ausgeprägt sein. Sie spiegeln sich auch in vielen fachspezifischen Regelungen wieder. Hierbei ist an die §§ 238 f. HGB und §§ 140 ff. AO zu denken. Sie heben im Ergebnis hervor, wie wichtig die Verkehrssitte für eine sichere elektronische Archivierung ist. Demnach muß die elektronische Archivierung stets ordnungsgemäß sein. Das Prinzip der „Ordnungsmäßigkeit“ der Dokumentation wird in § 238 HGB und § 147 AO näher festgelegt, in denen die Rede von „Grundsätzen der ordnungsgemäßen Archivierung“ ist. Diese Grundsätze bestehen in der Klarheit, Wahrheit, Vorsicht und Wirtschaftlichkeit der Buchführung und können mit der an sie anknüpfenden Rechtsprechung auf die Erfüllung der ärztlichen Dokumentationspflicht einwandfrei

übertragen werden (*Gesamtanalogie* oder *Rechtsanalogie*).[528] Denn in beiden Fällen geht es um eine elektronische Dokumentation, und beide dienen Allgemeininteressen. Die ordnungsgemäße Buchführung wird zum Schutz der allgemeinen Verkehrssicherheit und die ärztliche Dokumentation zum Schutz der Volksgesundheit (Therapiezweck) und zur Rechenschafts-ablegung gegenüber der Krankenversicherung (Rechenschaftsabgabe-Zweck) durchgeführt.[529]

Was die Verkehrssitte im Rahmen einer elektronischen Archivierung erfordert, kann sich auch aus dem Datenschutzrecht ergeben. Die Anlagen zu § 9 BDSG enthalten eine Menge von Sicherheitsmaßnahmen, die für eine sichere elektronische Datenverarbeitung erforderlich sind und tragen ohnehin zur Bestimmung der in unserer Gesellschaft vorhandenen Standards bei.

bb) Festlegung der Verkehrssitte kraft Standesrechtes

---

[528] So auch *Ortner/Geis*, MedR 1997,337, 339; *Inhester*, NJW 1995, S. 685ff, 689; *Schmidt-Beck*, NJW 1991, 2335 ff, 2336; *Kilian*, NJW 1987, 695 ff., 697. Vgl. zur Rechtsanalogie *Larenz/Wolf* (1997), S. 114, Rdnr. 69 und *Löwisch*, AT BGB (1997), Rdnr. 97. Zu Recht behauptet *Tuner*, daß die Buchführungsvorschriften der §§ 238-239 HGB in allen Bereichen verwendet werden, in denen eine Datenverarbeitung stattfindet. Er geht also davon aus, daß die Buchführungsvorschriften des HGB und der Abgabenordnung als allgemeiner Grundsatz gelten. Dementsprechend schlägt er ihre analoge Anwendung vor, wenn sie möglich ist. *Tuner*, CR 1986, 261, 262. Von einer analogen Anwendung dieser Vorschriften bei der ärztlichen Dokumentation geht auch *Borchert* aus. Vgl. *Borchert*, CR 1993, 718.

[529] Vgl. *Hüffer,* StaubsKomm (1995), § 238 HGB, Rdnr. 73. Ein feiner Unterschied zwischen der Buchführung und der ärztlichen Dokumentation liegt nur darin, daß jene der vermögensmäßigen Rechenschaftspflicht dienen, während die ärztliche Dokumentation der Aufklärungs- und Rechenschaftspflicht des Arztes über Vorbeugungsmaßnahmen, durchgeführte Behandlungen und Operationen dient.

Für die im Rahmen einer ärztlichen Dokumentation erforderlichen Standards muß man besonders die fachspezifischen Regelungen beachten, die zur Berücksichtigung der in ärztlichen Kreisen und Krankenhäusern herrschenden Übungen über den EDV-Einsatz als „Verkehrssitte" führen.[530] Die standesrechtlichen und standesethischen Normen stützen sich ebenfalls auf § 242 BGB und bestimmen den Inhalt vertraglicher Rechte und Pflichten. Dadurch wird die durch fehlende Absprache zwischen Arzt und Patienten sowie den Mangel an spezifischen arztrechtlichen Vorschriften bedingte Lückenhaftigkeit des Arztvertrages überwunden. Eine solche standesrechtliche Norm, die über § 242 BGB Eingang in den Arztvertrag findet, ist *§ 10 Abs. 5 MBO*:[531] „Aufzeichnungen auf elektronischen Datenträgern oder anderen Speichermedien bedürfen besonderer Sicherungs- und Schutzmaßnahmen, um deren Veränderung, Vernichtung oder unrechtmäßige Verwendung zu verhindern. Der Arzt hat hierbei die Empfehlungen der Ärztekammer zu beachten."

---

[530] Die ärztliche Übung darf als Verkehrssitte zur Bestimmung der Art und Weise der Leistungserfüllung lediglich herangezogen werden, wenn sie nicht zum Nachteil des Patienten gereicht. In der Entscheidung des OLG Stuttgart gereichte die ärztliche Übung zum Nachteil des Patienten und konnte deshalb nicht als Verkehrssitte angenommen werden. In dieser Entscheidung ging es um die ärztliche Übung, Röntgenbilder ausschließlich an Kollegen herauszugeben, was in der Tat das Einsichtsrecht des Patienten beeinträchtigte. Vgl. OLG Stuttgart NJW 1958, 2120. Vgl. auch *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 157-159, der dieses Urteil kritisiert.

[531] Zu Recht geht *Taupitz* davon aus, daß die Qualifikation der Musterberufsordnung als Rechtsquelle nicht ausschließt, sie als Spiegelbild einer bestehenden Verkehrssitte anzusehen. Die Sittenregel soll dadurch, daß sie fortan *auch* Rechtsregel ist, nicht aufhören, zugleich Sittenregel zu sein; *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe (1991), S. 1207-1210. Anderer Ansicht *Lenkaitis*, der behauptet, daß „die ärztlichen Berufsordnungen Rechtsqualität besitzen und nicht dem Begriff der Verkehrssitte unterfallen"; *Lenkaitis*, Krankenunterlagen (1979), S. 112 f.

2. Deliktsrecht

Anders als im französischen Rechtskreis, in dem das Prinzip der *non cumul* gilt, wird in Deutschland von einer vertraglichen und deliktischen Anspruchskonkurrenz ausgegangen. Demnach darf sich der Patient bei einem Verlust seiner elektronischen Patientenakte auf Anspruchsnormen des Deliktrechts berufen, auch wenn ein Vertrag zwischen ihm und seinem Arzt vorhanden ist, was den Regelfall darstellt. Seinen Anspruch auf eine ordnungsgemäße Dokumentation kann der Patient deliktisch auf § 823 Abs. 1 BGB stützen und zwar mittels der Berufung auf die Verkehrssicherungspflichten.

a) Ordnungsgemäße elektronische Dokumentation als Verkehrssicherungspflicht des Arztes

Der Arzt eröffnet durch die Applikation der modernen, digitalen Archivierung ein neues System im Dienste der Patientenversorgung. Diese Digitalisierung setzt aber die Patientendaten vielen Gefahren aus, die mit dem Betrieb von EDV-Anlagen verbunden sind. Hierbei kann man sich auf eine Verkehrssicherungspflicht des Arztes bzw. Krankenhausträgers berufen.[532] Als wesentliche Anknüpfungspunkte einer Verkehrssicherungspflicht des Arztes kommen im konkreten Fall folgende Tatbestände in

[532] Zu Verkehrspflichten im allgemeinen grundlegend *v.Bar*, Verkehrspflichten (1980); *Larenz/Canaris*, SchuldR BT (1994), § 76 III; mit instruktiven Beispielen aus dem Arztrecht *Deutsch,* Unerlaubte Handlungen (1995), Rdnrn. 253 ff.; *Rogge*, Selbstständige Verkehrspflichten bei Tätigkeiten im Interesse Dritter (1996); *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823 Rdnrn. 219 ff; *Medicus*, BürgerlR (1999), Rdnr. 648; *Hager* in StaudingerKomm (1999), § 823 E; *Esser/Weyers*, SchuldR BT/II (2000) § 55 V 2; *Schiemann* in ErmanKomm (2000), § 823, Rdnrn. 89 ff.; *Thomas* in *Palandt* KurzKomm (2001), § 823, Rdnrn. 58 ff.

Betracht: a) Die Beherrschung des bestimmten Sachbereichs seitens des Arztes und b) seine berufliche Verkehrssicherheitsverantwortung.[533]

aa) Beherrschung des bestimmten Sachbereichs

Die ärztliche Dokumentation und die Art ihrer Anfertigung, Aufbewahrung und Vernichtung ist grundsätzlich eine ärztliche Aufgabe, die dem Arzt im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit obliegt. Er kennt sich am besten damit aus, was ihm bei der Behandlung des Patienten dient. Deshalb ist auch die Wahl der Art der Dokumentation letztendlich Bestandteil seines Fachbereiches. Die Tatsache, daß nur er den bestimmten Sachbereich beherrscht, aus dem sich Gefahren für zahlreiche Patienten ergeben können, führt zu einer Zustandsverantwortlichkeit desjenigen, dem die Errichtung und Organisation der Praxis bzw. Krankenhauses obliegt.[534]

bb) Berufliche Verkehrssicherheitsverantwortung

Eine Verkehrssicherungspflicht ergibt sich hierbei auch kraft der beruflichen Stellung des Arztes.[535] Der gesundheitsfürsorgerische und für die Volksgesundheit besonders relevante und wichtige Charakter der ärztlichen Tätigkeit begründet eine Verantwortung des Krankenhausträgers gegenüber der Allgemeinheit für die Vermeidung bestimmter Gefahren.[536] Dazu gehört auch die Gefahr des Verlusts der hochsensiblen und für die richtige Behandlung notwenigen Patientendaten durch eine unsorgfältige elektronische Archivierung. Der Arzt ist diesbezüglich verpflichtet, alle

---

[533] Vgl. *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823, Rdnrn 210 ff. und *Schiemann* (Fn. 533); *Hager* in StaudingerKomm (1999), § 823, Rdnrn. E 12 ff.

[534] Vgl. *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823, Rdnr 211.

[535] *Hager* in StaudingerKomm (1999), § 823, Rdnr. E 8; *Esser/Weyers*, SchuldR BT/II (2000), § 55 V 2 a.

[536] *Esser/Weyers,* (Fn. 535).

erkennbaren, zu einem Datenverlust führenden Gefahren zu beseitigen und dadurch die bestmögliche Sicherheit bei der elektronischen Datenverarbeitung zu schaffen.

b) Verstoß gegen das Ordnungsmäßigkeitsprinzip

Wie bei diesen technischen Geräten kann man auch bei EDV-Anlagen davon ausgehen, daß ihre Überwachung und die Überprüfung auf ihre Funktionsfähigkeit in regelmäßigen Zeitabständen von immenser Bedeutung für das Wohl des Patienten sind.[537] Diese Pflicht des Arztes oder Krankenhausträgers nach Sicherung und Betriebsbereitschaft kann in dem schon ausgeführten Ordnungsmäßigkeitsprinzip zusammengefaßt werden. Die Ordnungsmäßigkeit kann in zwei Fällen beeinträchtigt sein: *Erstens* durch den Zugriff unbefugter Dritter auf die personenbezogenen Patientendaten. Eine solche Zugriffsmöglichkeit gefährdet den Persönlichkeitsschutz des Patienten und stellt insofern eine Verkehrssicherungs- und Schweigepflichtverletzung dar. Die Verfälschung der elektronischen Patientenakte oder ihre Nichtauffindbarkeit aufgrund technischer Störungen bilden den *zweiten* möglichen Fall eines Verstoßes gegen das Ordnungsmäßigkeitsprinzip. Während die Nichtauffindbarkeit der elektronischen Patientenakte einen Organisationsmangel darstellt, ist ihre Verfälschung und Unvollständigkeit ein Dokumentationsmangel. Beide gehen beweisrechtlich zu Lasten des Krankenhausträgers.[538]

c) Nicht ordnungsgemäße elektronische Dokumentation als Organisationsfehler

---

[537] *Thomas* in *Palandt* KurzKomm (2001), § 823, Rdnr. 110.

[538] Vgl. BGH NJW 1996, 779 ff und BGHZ 132, 47 ff.

In großen Krankenhäusern sind im Regelfall interne Dokumentationsstellen (EDV-Abteilung) vorhanden, die die Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Patientendaten gewährleisten sollen. Dies schließt jedoch nicht aus, daß den Geschäftsherrn schon deshalb Verkehrssicherungspflichten treffen, weil er eine komplexe Organisation geschaffen hat, die wegen ihrer eigenen Dynamik gefahrenträchtig ist. Für die Einhaltung dieser Verkehrspflichten ist der Krankenhausträger als Organträger auch dann verantwortlich, wenn das Versagen nicht auf einen ganz bestimmten Gehilfen zurückgeführt werden kann. Dieser Bereich wurde zunächst als Organisationsverschulden des Geschäftsherrn eingeordnet. Richtigerweise handelt es sich jedoch um die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht und somit allein um eine Frage des Verschuldens oder gar der Exkulpation nach § 831 Abs. 1 S. 2.[539] Der Krankenhausträger muß nicht mehr nur dafür sorgen, daß seine Helfer sorgfältig ausgesucht und eingewiesen worden sind, sondern er muß gewährleisten, daß die von seinem Rechenzentrum - gleichgültig von welcher Person – zu erbringende Dienstleistung, dem Standard einer ordnungsgemäßen elektronischen Dokumentation entspricht.[540] Ob menschliches oder technisches Versagen vorliegt, spielt weiter keine Rolle. Die speichernde Stelle ist für die gesamte Organisation der Verarbeitung verantwortlich, muß also für ein Fehlverhalten ihrer Beschäftigten ebenso einstehen wie für Mängel oder die Funktionsunfähigkeit der von ihr eingesetzten Verarbeitungsanlagen und Systeme.[541]

---

[539] *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 8 Rdnr. 20; *Schiemann* in ErmanKomm (2000), § 823, Rdnr. 83.

[540] *Schiemann* in ErmanKomm (2000), § 823, Rdnr. 84.

[541] *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 8 Rdnr. 20.

Eine Verpflichtung des Krankenhausträgers zur Aufsicht ist hier schwer zu begründen und zu realisieren, weil ihm das erforderliche Fachwissen fehlt. Die Verantwortung für diese Kontrolluntersuchungen muß auf den Leiter der Dokumentationsstelle übertragen werden. Der Leiter der EDV-Abteilung stellt ebenso wie der Chefarzt bei einer Operation ein haftungsrechtliches Organ dar, und haftet im Falle von Datenverlusten nach § 31 BGB.[542] Er muß für die Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Patientendaten einstehen. Im Falle eines Datenverlustes wegen Unterlassens der zur Datensicherung erforderlichen Maßnahmen darf der Patient sowohl gegen den Krankenhausträger als auch gegen den Leiter der EDV-Abteilung vorgehen. Der erstere haftet, weil er den Leiter der EDV-Abteilung bei der angemessenen Überwachung seiner Medizininformatiker beaufsichtigen muß.

d) Intensität der Gefahrabwendungspflicht

Es wurde schon aufgezeigt, daß die elektronische Patientenakte mit großen Gefahren behaftet. Das Prinzip der Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Archivierung strebt die Beseitigung von diesen Gefahren an. Die Intensität dieser Gefahrabwendung ist durch eine Abwägung im Einzelfall zu bemessen. Verkehrspflichten wie dies der EDV-Sicherung bestehen nur, wenn die Verhinderung der Gefahr dem Pflichtigen zumutbar ist. Völlige Gefahrlosigkeit braucht der Krankenhausträger oder Leiter der EDV-Abteilung regelmäßig nicht zu garantieren.[543] Je größer und je wahrscheinlicher die Gefahr ist, um so strenger ist die Gefahrabwendungspflicht. So z.B. muß eine strenge Abwehrpflicht gegen Viren gelten, die eine zentrale Datenbank völlig zerstören können. Soweit

[542] Vgl. *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823, Rdnrn 14, 464 f.

[543] Vgl. BGHZ 112, 74; BGH NJW 1980, 1159 und BGH NJW 1994, 3348.

die EDV-Gefahr nicht beherrschbar ist, folgt daraus nicht ohne weiteres das Recht, der Gefahr tatenlos gegenüber zu stehen. Ist also z.B. für eine kleine Praxis kostengemäß unmöglich, die erforderlichen Anti-Virus-Programmen einzukaufen oder die EDV-Anlagen regelmäßig zu warten, dann muß der Praxisleiter auf eine elektronische Dokumentation der Patientendaten verzichten.

Da es bei den Verkehrspflichten darum geht, den Tatbestand der fahrlässigen widerrechtlichen Verletzung zu präzisieren, steht es der Rechtsprechung nicht zu, abstrakte Gefahrvermeidungsverbote zu entwickeln. Sind Schäden eingetreten, so hat sich die abstrakte zur konkreten Gefahr verdichtet. Eine Pflicht zur Wartung der Hard- und Software der EDV-Anlagen soll der abstrakten Gefahr wegen angeordnet werden. Läßt etwa eine bestimmte Software Zugriffe von außen zu greifen deshalb Unbefugte auf Patientendaten zu und manipulieren diese, verstieße dies gegen den Grundsatz der Vertraulichkeit, der konkrete Gefahren verhindern will.

C. Begriffsbestimmung der „Ordnungsmäßigkeit“

I. Ordnungsmäßigkeit - ein „schillernder Begriff“

Die „Ordnungsmäßigkeit“ in der Datenverarbeitung wird zu Recht als „schillernder Begriff“[544] bezeichnet, weil sie einen *je nach Anwendungsbereich* verschiedenen Inhalt und Umfang hat. So wird z.B. oft „Ordnungsmäßigkeit“ mit „Rechtmäßigkeit“ gleichgestellt.[545] Die auf das

[544] *Tuner*, CR 1986, 261.

[545] Vgl. zusammenfassend die Auffassungen von *Auernhammer, Ruckriegel, Laicher, Will und Dammann-Simitis* in *Tuner*, CR 1986, 261, 264-266.

Bundesdatenschutzgesetz Bezug nehmende Literatur verwendet den Ausdruck „ordnungsmäßig“ nur am Rande und benutzt meistens die Worte „Rechtmäßigkeit“ - als Synonym zur Ordnungsmäßigkeit - und „Datensicherung“.[546] Auch im Verwaltungsrecht wird die „Ordnungsmäßigkeit“ im Sinne von „Rechtmäßigkeit“ verwendet.[547] In der Informatik wird aber „Ordnungsmäßigkeit“ anders erfaßt. Hier definiert man „Ordnungsmäßigkeit“ mit garantierten Abläufen der elektronischen Archivierung. Der juristische Begriff „Ordnungsmäßigkeit“ nähert sich eher dem „IT-Sicherheit“. Diese setzt sich mit der Abwehr von Gefahren auseinander.[548]

II. Festlegung des Begriffes

All diese unterschiedlichen Einstellungen zum Begriffsinhalt der „Ordnungsmäßigkeit“ sorgen selbstverständlich für große Verwirrung. Lediglich einer Ansicht muß der Vorzug gewährt werden. Nach Ansicht des Verfassers ist von der Auffassung von *Simitis*[549] auszugehen, der die Ordnungsmäßigkeit als *Oberbegriff* bezeichnet, welcher alle Datensicherungsmaßnahmen (die dem Datenschutz dienen) umfaßt. *Simitis*

---

[546] Zum Begriff der „Datensicherung“ ausführlich OLG Karlsruhe CR 1996, 348. Vgl. ferner *Tinnefeld/Ehmann,*Datenschutzrecht (1998), S. 232 ff; zusammenfassend *Tuner*, CR 1986,261, 264-266. Von diesen Verfassern wird auch die Datensicherung mit dem Datenschutz gleichgestellt. Eine enge Beziehung zwischen den beiden Begriffen ist anzunehmen: Die Maßnahmen des Datenschutzes dienen zugleich der Datensicherung; und der Schutz der Daten vor Verlust, Verfälschung, Diebstahl usw. dient auch dem Datenschutz.

[547] Dazu zusammenfassend *Tuner*, CR 1986,261, 263.

[548] Vereinfacht: „ordnungsgemäß“ heißt: „tut es, wie es sein soll“, und „sicher“ „tut nichts, wie es nicht sein soll“. Unter „Ordnungsmäßigkeit“ versteht man in der Informatik das Ziel oder die Eigenschaft, Daten so zu verarbeiten, wie es der Vorstellung des Betreibers eines Informationsverarbeitungssystems (IV-System) entspricht. Vgl. *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 72, 74.

[549] Die Ansicht von *Simitis* steht kurz in *Tuner*, CR 1986, 261, 266.

erweitert den Begriff der Ordnungsmäßigkeit richtigerweise über die übliche Auslegung hinaus. Datenschutzkontrolle und Datensicherungsmaßnahmen fallen alle unter den Begriff der Ordnungsmäßigkeit.[550]

Der Grundsatz der Ordnungsmäßigkeit hat mehr mit der Form und dem äußeren Sicherheitsrahmen der elektronischen Patientenakte zu tun und darf nicht mit inhaltlichen Voraussetzungen verwechselt werden. Er betrifft grundsätzlich die Datensicherheit und nicht die Vollständigkeit[551] oder Klarheit[552] der Patientenakte. Eine Patientenakte kann ordnungsgemäß sein, ohne daß ihre Vollständigkeit und Klarheit gewährleistet ist. Dies z.B., wenn die Patientenakte vor Datenverlusten oder -manipulationen gesichert ist, aber das Dokumentieren einiger Aufnahmen von Anfang an fehlte. Solange aber eine Patientenakte nicht ordnungsgemäß ist, sie ist bestimmt auch nicht vollständig und klar, weil erforderliche Daten im Regelfall wegen Betriebsstörungen fehlen.

D. Die Umsetzung des Ordnungsmäßigkeitsprinzips

I. Die absichtliche Unterlassung einer Konkretisierung

Obwohl sowohl im Berufsrecht (MBO) als auch im Datenschutzrecht (§ 9 BDSG) die Rede von „erforderlichen Maßnahmen“ zur Gewährleistung der

---

[550] So auch *Geiger* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 9 Rdnr. 4.

[551] Zur Vollständigkeit vgl. OLG München, AHRS-Kza 6450/27, S.48 (organische Hämorrhoiden; *Sick*, Arzthaftpflichtprozeß (1985), S.179; *Sick*, Arzthaftpflichtprozeß (1985), S. 179; *Francke/Hart*, Patienteninformation (1987), S.81; *Schmid*, NJW 1987, 681, 683; *Peter*, Das Recht auf Einsicht (1989), S. 119, 122. Vgl. auch *Kilian*, NJW 1987, 695, 697-698. Ausführlich zur Vollständigkeit der elektronischen Dokumentation in *Inheste*r, NJW 1995, 685, 689.

[552] Zur Klarheit vgl. BGH, NJW 1996 ,779 = MedR 1996, 215 (Beweisvorteil des Patienten als Verletzungsfolge). Vgl. KG MedR 1999, 226-227 (Kein Dolmetscher bei ausländischen Patienten).

elektronischen Dokumentation ist, wird dort auf den spezifischen inhaltlichen Charakter dieser Maßnahmen nicht näher eingegangen. Die Anlage zu § 9 BDSG stellt zwar einen billigenswerten Versuch der inhaltlichen Konkretisierung dar, doch scheint er an den Besonderheiten jeder fachspezifischen elektronischen Datenverarbeitung zu scheitern. So sollten z. B. für die ärztliche Dokumentation andere Sicherheitsmaßnahmen als für die elektronische kaufmännische Buchführung gelten. Ein entsprechendes Tätigwerden der Ärztekammer in Form des Erlasses von Richtlinien wäre ein entscheidender Schritt in die richtige Richtung. Bedauerlicherweise ist eine solche Überwachung durch die Ärztekammer, soweit in § 10 Abs. 5 S. 2 MBO vorgesehen, noch nicht verwirklicht; offensichtlich wird die Kammer immer nur dann aktiv, wenn von außen Hinweise auf Rechtsverstöße an sie herangetragen werden.[553]

Die Konkretisierung der für eine ordnungsgemäße elektronische Archivierung erforderlichen Maßnahmen seitens des Bundesdatenschutz- und Berufsrechts wurde bewußt unterlassen, denn eine solche Konkretisierung wäre äußerst schwierig gewesen. In der Praxis zeigte sich denn auch, daß sich die speziellen Soft- und Hardwareprodukte, welche die Sicherheit und Vertrauenswürdigkeit der EDV-Archivierung gewährleisten sollen, von Jahr zu Jahr weiterentwickelt haben. Gerade diese Tatsache macht aber eine detaillierte Konkretisierung des Begriffes „technische und organisatorische Maßnahmen“ äußerst schwierig.

[553] Vgl. auch *Borchert*, CR 1993, 718-723.

II. Das Erfordernis zur Festlegung der zu einer ordnungsgemäßen elektronischen Archivierung erforderlichen Maßnahmen

Trotz aller unter **II** (oben) erwähnten Schwierigkeiten muß das Prinzip der Ordnungsmäßigkeit aus zwei Gründen definiert werden. Der erste Grund wurzelt in den individuellen und kollektiven Interessen der Patienten und Krankenhausträger. Beide haben in der Tat ein vitales Interesse an einer ebenso ordnungsgemäßen wie sicheren Patientenakte, die der Therapie im Regelfall am besten dienen wird. Einerseits muß der Patient dabei sicher sein können, daß seine persönlichen Daten stets sorgfältig im Dienste seiner möglichst erfolgreichen Behandlung angefertigt und aufbewahrt werden. Andererseits ist auch der Arzt bestrebt, den sicheren Weg einzuschlagen und genau diejenigen Maßnahmen zu treffen, welche vom Gesetz oder von der ärztlichen Berufsordnung her gefordert werden. Eine Konkretisierung dieser Maßnahmen würde die Berufsausübung des Arztes auf jeden Fall erleichtern, weil er sich dann nicht mehr persönlich darum kümmern müßte, zu bestimmen, welche Maßnahmen für eine dem Patienten dienende elektronische Archivierung erforderlich sind.

Der zweite Grund ist die Rechtssicherheit, insofern der Richter eine Richtschnur für die Beurteilung einer Dokumentationspflichtverletzung benötigt. Falls die elektronische Archivierung nämlich nicht ordnungsgemäß ist, geht er zu Recht von einer Dokumentationspflicht-verletzung aus. Als EDV-Laie hat er aber naturgemäß mehr oder weniger ausgeprägte Probleme, festzustellen, wann nun eine elektronische Datenverarbeitung ordnungsgemäß ist und welche Maßnahmen i.S.v. § 9 BDSG erforderlich sind. Aus dieser Perspektive kann hier von einer Lücke gesprochen werden, auf deren Schließung nachfolgend einzugehen sein wird.

III. Die Grundsätze der Ordnungsmäßigkeit

Im Folgenden wird auf konkrete Gefahren eingegangen, die eine ordnungsgemäße Dokumentation potentiell bedrohen. Je nach Charakter und Intensität der Gefahr müssen bestimmte Grundsätze beachtet werden, die sich auf die Beseitigung dieser Gefahr beziehen. Nach Ansicht des Verfassers ist der Auffassung von *Hilgendorf*[554] zu folgen, der vier Grundsätze zur Gewährleistung der Sicherheit in der Informationstechnik heranzieht.[555] Diese Grundsätze bestehen: a) in der Vertraulichkeit der Daten, b) in der Unversehrtheit (Integrität) von Systemen und Daten, c) in der Verfügbarkeit von Daten und Dienstleitungen und d) in der Verbindlichkeit von Informationen.

1. Verfügbarkeit

a) Die Gefahr

Maschinen sind immer dann als verfügbar anzusehen, wenn ihre Funktion aufrechterhalten bleibt oder sich in zeitlich akzeptablem Rahmen verzögert.[556] Die Verfügbarkeit kann entweder durch zufällige Einflußfaktoren (z. B. durch Feuer und/oder Wasser ausgelöste Katastrophen, technisches Versagen, Bedienungsfehler oder Fehler bei der

---

[554] *Hilgendorf,* JuS 1996, 510. Vgl. ferner *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 62 ff.; *Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik*, Handbuch für die Bewertung der Sicherheit von Systemen der Informationstechnik, 2 Aufl. 1995 und *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 19-20. Siehe ferner *Anderson/British Medical Association*, Sicherheit in medizinischen Informationssystemen, Gliederungspunkt 3., abrufbar unter: http://ourworld.compuserve.com/homepages/gesundheitsdatenschutz/bma-s-d.htm (Stand).

[555] Ausführlich zu technischen Lösungen der Digitalisierung *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 91 ff.

[556] Vgl. *Herda,* Elektronische Dokumente (1995). Einführung in die technische Problematik: in Bundesnotarkammer (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr, S. 43-44.

Wartung) oder durch absichtliche Handlungen (z. B. Manipulationen, Sabotage) beeinträchtigt werden. Exemplarisch für die letztgenannten Aktionen sind die Zerstörung von Daten, die Beeinträchtigung der Zugriffsmöglichkeiten auf Dateien, die absichtliche Zerstörung von Hardware-Komponenten, der Einbau von Software-Fehlern und das Einbringen von Schadensprogrammen. Alle diese Gefahren können in der Regel durch die Implementierung geeigneter Soft- und Hardware vermieden werden.[557]

b) Begriffsbestimmung der Verfügbarkeit

Die Maßnahmen, die zur Beseitigung der oben angeführten Gefahren ergriffen worden sind, verfolgen das Ziel der ungehemmten Verfügbarkeit der elektronischen Patientendaten. Diese Verfügbarkeit stellt eine unverzichtbare Voraussetzung für den EDV-Einsatz dar. Das ergibt sich aus § 147 AO, § 239 Abs. 2 HGB (*förmliche Richtigkeit*) und § 16 des AWV-Mustervertrages (*schriftliche Wiedergabe*).[558] Verfügbarkeit und Lesbarkeit der elektronischen Dokumente werden auch von § 43 Abs. 4 S. 2 Strahlenschutzverordnung gefordert. Unter *Verfügbarkeit* wird die Eigenschaft von Daten bzw. Dienstleistungen verstanden, immer dann „verfügbar“ zu sein, wenn ein (automatisierter) Benutzer sie bearbeiten bzw. in Anspruch nehmen will.[559] Die Verfügbarkeit ist im Rahmen der

---

[557] Der Grundsatz der Verfügbarkeit fällt unter den Begriff der *formellen* Ordnungsmäßigkeit. Alle anderen Grundsätze werden der materiellen Ordnungsmäßigkeit zugeordnet. Vgl. *Tuner*, „Ordnungsmäßigkeit“, CR 1986, 261, 263. Eine Vielzahl von Schadensprogrammen wird in *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 55-57 dargestellt.

[558] Vgl. auch § 14 Abs. 3 TFG, wo steht, daß Transfusionsdaten zu Zwecken der Rückverfolgung unverzüglich verfügbar sein müssen.

Vernetzung von Krankenhäusern und Instituten für die Zusammenarbeit von mit- und nachbehandelnden Ärzten sehr wichtig.

c) Erforderliche Maßnahmen zur Gewährleistung der Verfügbarkeit

Gewährleistung der Verfügbarkeit heißt ununterbrochene Stromversorgung, vertrauliche Hard- und Software und widerstandsfähige Speicherträger.[560]

aa) Stromversorgung

Am einfachsten kann die Verfügbarkeit von Daten durch Unterbrechung der Stromversorgung behindert sein, so daß die zur Bearbeitung der Daten notwendigen IT-Systeme nicht mehr arbeiten.[561] Einem solchen vollständigen Systemausfall kann durch eine unabhängige Stromversorgung vorgebeugt werden. Dabei gilt die Faustregel: je länger die garantierte Überbrückungszeit, um so teurer sind die entsprechenden Einrichtungen. Für Rechner (z.B. Netzserver) werden zu diesem Zweck Geräte, sogenannte USV (unabhängige Stromversorgung) angeboten, die die Versorgung für wenige Minuten aufrechthalten, so daß der Server alle laufenden Applikationen ordnungsgemäß abschließen und ggf. eine Statussicherung für das spätere Wiederhochfahren (Reboot) durchführen kann.

---

[559] In AWV-Mustervertrag wird die Verfügbarkeit als schriftliche Wiedergabe erwähnt. Hierunter ist zu verstehen, daß der Aufzeichnungsinhalt in angemessener Zeit jederzeit lesbar gemacht werden kann. Vgl. *Geis* in: *Geis*, Die digitale Kommunikation (1997), S. 86.

[560] Zum Thema „Verfügbarkeit" vgl. *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 63 ff; *Meier/Wehlau*, NJW 1998, 1585, 1590; *Bergmann/Streitz* CR 1994, 77, 81.

[561] Vgl. OLG Hamm, CR 1992, 673 f. (Datenverlust wegen Stromunterbrechung). Vgl. auch LG Konstanz, NJW 1996, 2662.

In Zukunft wird eine unabhängige Stromversorgung unnötig sein, denn die Magnetelektronik verbessert allmählich die Möglichkeit, Prozessoren zu bauen, deren Hardware durch Magnetfelder in Sekundenbruchteilen umprogrammiert werden kann, wodurch sie sich besser an die von ihnen zu verarbeitende Software anpassen lassen.[562]

bb) Erforderliche Hardware

Die Hardware muß zwei zu gewährleistende Eigenschaften aufweisen: die *Betriebsbereitschaft*[563] und die *Rechtzeitigkeit*[564]. Beide werden durch einen technischen Defekt der Speichergeräte, die Alterung von Datenträgern oder manipulative Blockade und Zerstörung bedroht. Sowohl die Betriebsbereitschaft als auch die Rechtzeitigkeit können durch Backup Systeme oder Ausweichrechenzentren gewährleistet werden.

Sollen die Daten einer Festplatte auch bei Defekten praktisch unterbrechungsfrei zur Verfügung stehen, hilft nur eine *Sicherung*[565] der Daten auf einer zweiten Festplatte, die zeitlich verlustfrei oder mit kurzer Verzögerung im Sekundenbereich ansprechbar ist und für den Zeitraum der Reparatur der defekten Festplatte einspringt (*Backup-Festplatte*).[566] Die schon erhältliche Geräte, die die Versorgung für wenige Minuten aufrechterhalten, so daß der Server alle laufenden Applikationen

---

[562] Einzelheiten zu diesen Entwicklungen der Magnetelektronik in *Scharf*, FAZ v. 24.2.1999, Nr. 46, S. N 3.

[563] Zu diesem Begriff siehe im Anhang das „EDV-Glossar".

[564] Zu diesem Begriff siehe im Anhang das „EDV-Glossar".

[565] *Kersten* benutzt das Wort Spiegelung statt Sicherung. Er ist wahrscheinlich von der amerikanischen Terminologie beeinflußt. Vgl. *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 63 und 65.

[566] Möglich ist auch die doppelte Speicherung wichtiger Daten und die doppelte Steuerelektronik. Vgl. *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 63 und 65 für Back-up-

ordnungsgemäß abschließen kann, müssen auch verwendet werden. Allerdings sind Datenbestände in regelmäßigen Abständen auf anderen Datenträgern (Disketten, Bänder, CD-ROM, Wechselplatten) zu sichern (*Vater-Sohn-Prinzip*).[567] Nach *Meier/Wehlau*[568] ist eine regelmäßige, gegebenenfalls sogar tägliche, möglichst automatische Erstellung von Backups des gesamten wertvollen Datenbestandes erforderlich, wobei jeweils eine Sicherungskopie pro Woche über einen längeren Zeitraum aufbewahrt werden sollte.

Diese Datenträger sind so aufzubewahren, daß sie nicht den gleichen Risiken ausgesetzt sind, wie die in der IT-Sicherheit gespeicherten Daten: Bricht z.B. in einem Rechenzentrum Feuer aus, ist es wenig hilfreich, wenn die Datenträger am gleichen Ort gelagert waren. Sinnvoll ist es, die Sicherheitsdatenträger in räumlich getrennten Schränken aufzubewahren, die einbruchssicher, feuerfest und ggf. gegen magnetische Felder gesichert sind. Ihr Aufstellungsort sollte dennoch möglichst nicht der Platz der Datenverarbeitung sein. Als mögliche Lösung im Falle eines vollständigen Ausfalls der speichernden Geräte sollte ein *Ausweichrechenzentrum* zur Verfügung stehen.[569] Die Ausweichinstallationen benötigen im Fall der Fälle eine bestimmte Anlaufzeit (Systeminstallation, Systemstart,

---

Probleme. Zur zukünftigen Speicherkapazität von Backup-Systemen (10^{12} Bytes) vgl. *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 111 f.

[567] Die Installationsprogramme für die aktuellen DOS-Verfahren beinhalten auch eine Diskette, mit deren Hilfe das System wieder in seinen alten Zustand versetzt werden kann. Diese Möglichkeit sollte man jedenfalls nutzen. Vgl. *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 63-65 und *Meier/Wehlau*, NJW 1998,1585, 1590, III 1. Nach *Bergmann/Streitz* (CR 1994, 77, 81) ist bei einem Systemwechsel „zu berücksichtigen, daß auch die alten Daten lesbar bzw. im Zustand möglicher Verarbeitung bleiben müssen".

[568] *Meier/Wehlau*, NJW 1998,1585, 1590, III, 1.

[569] So *Meier/Wehlau*, NJW 1998,1585, 1590, die eine räumlich getrennte Verwahrung der Backups in einem einbruchsicheren und feuerfesten Datensicherungsschrank vorschlagen.

Datensicherung), so daß bis zur Verfügbarkeit der Daten Stunden oder sogar Tage vergehen können.[570]

cc) Erforderliche Software

Was die Software anbelangt, muß diese zuverlässig gewährleisten, daß eine nachträgliche Veränderung von Eintragungen und Aufzeichnungen unbedingt ausgeschlossen ist. Dieser Punkt hat einen engen inhaltlichen Bezug zu dem Grundsatz der Integrität.[571] Virus-Scannen, Anonymisierung und Aufsichtsprogramme, die unbefugte Änderungen der Patientenakte aufspüren müssen als Instrumente eingesetzt werden. Das *Computer Science and Telecommunications Board* des *National Research Council* [572] schlägt die Förderung der Entwicklung medizinischer Software Standards durch die Errichtung von Fachkommissionen vor. Solche Vorschläge sollten auch in Deutschland umgesetzt werden.

Heutzutage besuchen zahlreiche Service-Teams großer Unternehmen (z. B. IBM, SAP) die ärztliche Praxis oder die EDV-Abteilung eines Krankenhauses. Diese Spezialisten sind zuständig für die Auswahl und Einrichtung der besten Infrastruktur von Hard- und Software und für ihren problemlosen Betrieb. Im Rahmen ihrer Tätigkeit haben sie allerdings Zugriff auf höchstpersönliche Patientendaten. Hierbei stellt sich die Frage, auf welche Weise die Software konfiguriert werden muß, um einen Zugriff durch das technische Personal auszuschließen. Die Beantwortung dieser

---

[570] Der hohen Kosten solcher Ausweichinstallationen wegen, werden diese oft von mehreren Firmen genutzt oder sogar von entsprechenden Dienstleistern transportabel angeboten.

[571] Trotzdem sollte schon eingeräumt werden, daß die überwältigende Mehrheit dieser Anforderungen durch das medizinische Programm „Logician“ erfüllt werden. Vgl. hierzu den Bericht über dieses Programm in JAMA 278 (1997), 1380-1382.

[572] *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 109-111.

Frage knüpft an ein komplexes Thema an, das die ärztliche Schweigepflicht ebenso berührt wie den Datenschutz. Davon wird im letzten Kapitel der vorliegenden Arbeit die Rede sein.

2. Vertraulichkeit

a) Die Gefahr

Die interne (Intranet) und externe (Internet) Vernetzung der Krankenhäuser hat den Zugriff auf personenbezogene Daten nicht nur erleichtert, sondern auch verbreitert. Dabei werden die hochsensiblen Informationen mittels der neuen Medien nicht nur unter Ärzten, sondern auch zwischen verschiedenen Institutionen ausgetauscht (Electronic Data Interchange). Die daraus entstehende Zunahme des Informationsflusses gefährdet aber den Persönlichkeitsschutz des betroffenen Patienten. Das gilt vor allem dann, wenn in intime Informationen ihrer Privatsphäre potentiell auch von Unbefugten spurlos Einsicht genommen werden kann. So können Ärzte, Pflegepersonal und technisches Fachpersonal Einsicht in die jeweiligen Patientendaten auch dann nehmen, wenn sie für diese Patienten gar nicht zuständig sind.[573] Beispielsweise stellt sich im Zusammenhang mit dem in Betracht gezogenen Einsatz von Health Professional Cards im Gesundheitswesen das Problem, daß auf der Chipkarte gespeicherte Daten nicht jedermann zugänglich sein sollen, sondern nur den Ärzten, den Krankenkassen und den Patienten selbst. Daß die Intimsphäre des Patienten heutzutage angesichts des mittlerweile erreichten Ausmaßes der elektronischen Datenverarbeitung besonders bedroht ist, wird allein schon

[573] Vgl. *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 5 und *Ruocco v. Emory* unter: http://www.law.com abrufbar (zuletzt besucht am 3.7.2001).

durch die Vielzahl von Büchern und Aufsätzen über den Datenschutz und die Schweigepflicht im Gesundheitswesen demonstriert.[574]

b) Begriffsbestimmung der Vertraulichkeit

Diejenigen Maßnahmen, welche zu einer Zugriffskontrolle bezüglich der Patientendaten führen und nur die Einsichtnahme entsprechend autorisierter Personen erlauben, unterliegen dem Grundsatz der Vertraulichkeit. Vertraulichkeit heißt in diesem Kontext Schutz vor unbefugter Einsichtnahme in die Daten und Schutz vor ihrer Veränderung.[575] *Laufs*[576] zufolge hängt die Zulässigkeit der elektronischen Archivierung der medizinischen Dokumente lediglich von diesem Prinzip ab, was dessen beachtliche Bedeutung für eine zuverlässige elektronische Patientenakte belegt. Die Gewährleistung der Vertraulichkeit ist bedauerlicherweise in der alltäglichen Praxis nicht selbstverständlich. Auch in großen Krankenhäusern, in denen alle Patientendaten in einer zentralen Datenbank zusammen gespeichert werden, sind oftmals keinerlei Schutzmaßnahmen gegen die Einsichtnahme durch nicht autorisierte Personen vorgesehen.

c) Erforderliche Maßnahmen zur Gewährleistung der Vertraulichkeit

Angesichts der ebenso evidenten wie häufigen und aus der elektronischen Datenverarbeitung erwachsenen unterschiedlichen Bedrohungen[577] ist zur

---

[574] Vgl. s.a. *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 1-34 m.w.N. Vgl. ferner bezüglich amerikanischer Rechtsprechung zum Thema „confidentiality" *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 26-30; *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 26 f. m.w.N.

[575] Instruktiv bezüglich der Vertraulichkeit *Hobert*, Datenschutz und Datensicherheit (1998), S. 195-198.

[576] *Laufs* in *Uhlenbruck/Laufs*, Handbuch (1999), § 111, Rdnr. 9.

[577] Vgl. bezüglich dieser Bedrohungen oben § 8 C, S. 118 f. d.v.A.

Sicherung der Vertraulichkeit ein IT-System mit Zugriffskontrolle erforderlich. Ein geschlossenes System reicht nämlich nicht aus, um die Vertraulichkeit zu sichern; vielmehr setzt die Vertraulichkeit zusätzlich eine Authentifikation[578] und Identifikation[579] des Benutzers voraus.[580]

aa) Authentifikation

Authentifikation bedeutet, daß ausschließlich autorisierte Personen Zugriffsrechte zu elektronischen Patientenakten erhalten dürfen.[581] Deshalb ist der Nachweis der Identität dieser Zugriffsberechtigten unerläßlich. Das nachfolgend zu beschreibende Verfahren, welches zu diesem Nachweis führt, heißt Authentifikation. Dazu gehört auch die Überprüfung, ob der jeweilige Text tatsächlich von dem genannten Verfasser produziert wurde.[582] Für die Authentifikation werden kryptographische Verfahren eingesetzt. Vor über 2000 Jahren benutzte Cäsar die Kryptographie, um Geheimtexte zu verschlüsseln. Die Cäsar-Verschlüsselung bestimmt bis heute im wesentlichen die Kryptographie.[583]

Es wird unterschieden zwischen den gegenwärtig verbreitetsten, sogenannten symmetrischen[584] Verfahren (z.B. DES) und dem

---

[578] Zum Begriff des Wortes siehe im Anhang das „EDV-Glossar".

[579] Es wird auch das Wort „Authentisierung" benutzt.

[580] Vgl. *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 76. Vgl. *Kuhn*, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation (1991), S. 40-45.

[581] Vgl**.** *Malamateniou/Vassilacopoupos/Mantas*, I J Med Inf 1999, 103 ff.

[582] Für kryptographische Verfahren vgl. *Pfitzmann/Waidner***,** DuD 1990, 243 ff. Zum Schutz der Datenauthentizität in der Telemedizin vgl. *Ulsenheimer/Heinemann*, MedR 1999, 197, 201; vgl. ferner *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 60 f..

[583] Instruktive Beispiele für die Cäsar-Verschlüsselung und den heutigen Mechanismus der Verschlüsselung werden von *Bettendorf* in *Hamm/Möller* (Hrsg.), Datenschutz durch Kryptographie – ein Sicherheitsrisiko ? (1998), S. 16-25 erwähnt.

[584] Siehe im EDV-Glossar unter „Schlüsselsystem".

asymmetrischen[585] oder „Public Key"-Verfahren (z.B. RSA, PGP).[586] Das erste ist abzulehnen, obwohl es weniger Speicherkapazität als das letztere erfordert, weil der gleiche Schlüssel zum Ver- und Entschlüsseln der Informationen benutzt wird, was gewisse Unsicherheit und Unzuverlässigkeit mit sich bringt.[587] Das auf einem Schlüsselpaar, nämlich einem nur dem Besitzer bekannten privaten Schlüssel (Private Key)[588] sowie einem dazugehörigen, allen Empfängern bekannt gemachten öffentlichen Schlüssel (Public Key), beruhende asymmetrische Verfahren ist sicherer und vertraulicher. Der „Public Key" des gewünschten Empfängers dient dem Absender zur Verschlüsselung einer vertraulichen Information, die nur mit dem dazugehörigen „Private Key" des Empfängers, also allein durch ihn, entschlüsselt werden kann. Die Bekanntgabe der öffentlichen Schlüssel kann in entsprechenden telefonbuchartigen Verzeichnissen erfolgen, wozu vorzugsweise sogenannte Verzeichnis-Server (Directory Server) eingesetzt werden.

Ein Kardinalproblem bei dem oben beschriebenen asymmetrischen Verfahren ist die Übergabe des öffentlichen Schlüssels. Die digitale Signatur (oder elektronische Unterschrift) bietet hierfür eine geeignete Lösung, indem die Information zunächst mittels eines sogenannten Hash-Algorithmus einzigartig beschrieben, von ihr quasi ein Fingerabdruck erzeugt wird. Dieser Hash-Wert wird als „Dokument" der Information vom Absender unterschrieben, indem er ihn mit seinem geheimen Schlüssel verschlüsselt. Damit wird der Ursprung der Information verbindlich

---

[585] So wie in Fn. 584.

[586] Vgl. die Webseite http://www.pgp.com für das Pretty Good Privacy (PGP) System (zuletzt besucht am 3.7.2001).

[587] Vgl. *Blobel*, IT-Sicherheit 1997,2, 5.

ausgewiesen. Mit dem öffentlichen Schlüssel des Absenders kann der Empfänger der Nachricht den Hash-Wert entschlüsseln. Der Empfänger ermittelt den Hash-Wert und vergleicht ihn mit dem gesendeten. Eine Diskrepanz kann zweierlei bedeuten: i) entweder ist der Absender nicht der Hersteller der Datei, so z.B. wenn B anstelle von A den Text hergestellt und abgesandt hat oder ii) das Dokument ist gefälscht worden.[589] Somit sichert der Mechanismus der digitalen Signatur neben der Herkunft auch die Integrität der Information.[590] Die Voraussetzungen ihrer Anwendung werden durch das Signaturgesetz und die Signaturverordnung beschrieben.[591]

Der sicherste Weg für den Austausch und die Verwaltung der öffentlichen und privaten Schlüssel sind die sogenannten Trust-Center (oder Trusted Third Party Services). Die Trust Center müssen als unabhängige Dritte besonders vertrauenswürdig sein. Sie können die Rechtssicherheit des elektronischen Geschäftsverkehrs durch die Registrierung der Anwender, die Generierung und das Management der Schlüssel, die Ausgabe der

---

[588] Bekannt auch als geheimer Schlüssel (Secret Key); so *Blobel*, IT-Sicherheit 1997, 2, 5.

[589] Zur Erläuterung des Ablaufs bei der Verschlüsselung/Signatur vgl. die aussagekräftige Grafik von *Gräve/Lukies*, CoR 1998, 228, 230. Chipkarten für Dokumentenverschlüsselung sind schon lange vorhanden. Für die SignCard vgl. unter http://www.signcard.com (zuletzt besucht am 3.7.2001). Sehr detailliert und gut erklärt findet sich das asymmetrische Verschlüsselungsverfahren in dem griechischen Buch von *Maniotis*, Digitale Signatur als Echtheitszeichen von Urkunden im Zivilprozeßrecht (1998), S. 41-45. Die folgenden Netzadressen bieten den Zugang zu nahezu allen wesentlichen Rechtsinformationen rund um den Fragenkreis „Digitale Signaturen“: http://www.itl.irv.uit.no/trade_law; http://www.law.kuleuven.ac.be; http://www.ilpf.org/digsig/state. htm; (zuletzt besucht am 3.7.2001).

[590] Für weitere Authentisierungsverfahren vgl. *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 47-48 und 90. Für Fälschungsrisiken elektronisch signierter Dokumente vgl. *Pordesch/Nissen*, CR 1995, 562-569. Vgl. auch *Rosenthal*, SZ v. 7.10.1999, Beilage SZ-Technik, Systems 99, S. V2/1.

Chipkarten sowie die Zertifizierung und das Verzeichnis-Management entscheidend unterstützen.[592] Für die patientenbezogenen Daten sind diese „elektronischen Notare“ unerläßlich.

Schließlich kann man sich gegen unberechtigte Zugriffe auf interne Ressourcen durch eine Firewall[593] schützen. Unter einer Firewall versteht man eine Schwelle zwischen zwei Netzen, die überwunden werden muß. Die Firewall unterbindet Direktverbindungen zwischen internen und offenen Netzen und verwaltet zulässige Adressen und Rechte.[594] Üblicherweise wird davon ausgegangen, daß die Teilnehmer des internen Netzes (hier des Krankenhauses) vertrauenswürdiger als die Teilnehmer des externen Netzes (hier des Internet) sind.

bb) Identifikation

Identifikation heißt Bestimmung der Identität des Zugreifenden. Sie wird dadurch vollzogen, daß entweder der Benutzer seine Identität selbst angibt oder daß diese durch ein technisch-administratives Verfahren ermittelt wird. Erstgenanntes Identifikationsverfahren wird in Deutschland und letztgenanntes in den USA angewandt. In beiden Ländern liegen den Verfahren aber sorgfältig geplante Zugriffe (*carefully designed access*) und Zugriffskontrollen (*audit controls*) zugrunde.[595]

---

[591] Zu den Einzelheiten dieser Rechtsnormen und ihrer Anwendung vgl. *Geis*, DuD 1997, 582 ff.

[592] Vgl. auch *Lambert*, Von Signaturgesetz und Signaturverordnung zur Zertifizierungsstelle (Trust Center), IT-Sicherheit 1998, H. 1, S. 9 ff.

[593] Zum Begriff des Wortes siehe im Anhang das „EDV-Glossar“.

[594] Es kann auch mit Virus-Scannen kombiniert werden. Vgl. *Blobel*, IT-Sicherheit 1997,2, 7, Tabelle 1.

[595] *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 5-6.

Normalerweise wird die Identifikation durch *Login* und *Paßwort*, d.h. durch Wissen des Anwenders vorgenommen. Diese Art von Identifikation garantiert aber keine ausreichende Sicherheit, weil Dritte dem Rechner eine falsche Identität vortäuschen können. Durch Regeln für die Paßwort-Generierung, Aufbewahrung und Änderung sowie - noch besser - durch Benutzung von Einmal-Paßwörtern (*One Time Password*) kann diese Identifikation, und dadurch im übrigen auch die Authentifizierung, sicherer gestaltet werden. Eine Identifikationsprüfung sollte nicht nur bei Beginn des Dialogs mit dem Computer, sondern auch nach unterschiedlich langen Überprüfungsintervalen einem bestimmten Zeitraum angefordert werden.[596] Dadurch wird verhindert, daß ein Unbefugter das Verlassen eines Terminals ohne Anzeige des Dialogendes ausnutzt.

Eine andere Gruppe von Identifizierungsverfahren nutzt über biometrische Methoden individuelle Eigenschaften des Anwenders für seine zweifelsfreie Erkennung, z.B. seinen Fingerabdruck, den „genetischen Fingerabdruck“ (DNA-Analyse),[597] die Analyse von Iris, Stimme oder Gesicht oder die Untersuchung der Retina (Netzhaut).[598] Biometrische Verfahren sind noch sehr aufwendig und deshalb teuer, so daß ihr flächendeckender Einsatz gegenwärtig nicht realisierbar ist. Daneben stößt man stets auf das Problem, daß diese entweder wegen vermeintlich oder tatsächlich gesundheitsschädlicher Auswirkungen (z.B. bei der Abtastung des DES oder des Augenhintergrundes durch einen Laserstrahl) oder

---

[596] So etwas wurde schon vor gut 20 Jahren vorgeschlagen. *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 76.

[597] Vgl. *Rath/Brinkmann*, NJW 1999, 2697-2701 zum Strafverfahrensänderungsgesetz über die DNA-Analyse und das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz.

[598] *Bergmann/Streitz*, CR 1994, 77, 81; *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 47, 90. Vgl. auch unter: http://www.t-online.at/computer/inhalte/sofcoi16.htm (zuletzt besucht am 3.7.2001).

aufgrund von angenommener sozialer Herabsetzung (z.B. das Abnehmen von Fingerabdrücken[599] erinnert an die Behandlung Krimineller) von den Betroffenen abgelehnt werden. Aus diesen zweierlei Gründen sind diese biometrischen Maßnahmen, die die Identifikation der Zugreifenden zu gewährleisten bezwecken, als Gefahr für den Persönlichkeitsschutz anzusehen (gemäß Art. 1, 2 GG und § 823 Abs. 1 BGB). Der darauf beruhende Skeptizismus ist allerdings begründet und gerechtfertigt und er hat zur Verweigerung der Anwendung von biometrischen Maßnahmen geführt.[600]

Sicherere als die schon erwähnten Identifizierungsverfahren sind jedoch solche, die schwer erreichbare Parameter enthalten. Solche Eigenschaften bieten die Verschlüsselungssysteme an, die oben beschrieben werden. Am sichersten sind gegenwärtig die Health Professional Cards, weil ihre Benutzung Wissen und Besitz voraussetzt.[601] Durch Besitz dieser Karte - auf der als wichtigste Information der unten vorgestellte einzigartige geheime Schlüssel des Besitzers gespeichert ist - weist sich der Nutzer aus. Um dem Mißbrauch der Karte z.B. bei Verlust vorzubeugen, muß zur Identifikation und Authentifikation z-usätzlich eine von der Scheck- oder

---

[599] Vgl. *Weichert*, DuD 1999, 258 ff über Informationen für das Automatische Fingerabdruck-Identifzierungssystem.

[600] Vgl. *Weichert*, CR 1998, 369-375 und *Borking/Verhaar*, DuD 1999, 138–142 für die datenschutzrechtlichen Probleme im Rahmen der Biometrie.

[601] Die Chipkarte kann auch als elektronischer Ausweis (Electronic Identity Card) dienen. Für Angehörige des Gesundheitswesens kann dieser Ausweis unter der Bezeichnung „Health Professional Card“ auch noch Angaben zur Qualifikation des Nutzers beinhalten; vgl. *Wohlmacher*, DuD 1997, 596. Übrigens werden die Chipkarten schon als Krankenversichertenkarte (KVK) eingesetzt. Zur Funktion und juristischen Problematik der KVK vgl. *Fox*, DuD 1997, 600. Zur Geschichte der Chipkarten im Gesundheitswesen vgl. *Stark*, DuD 1997, 575 ff. Die Krankenversichertenkarten enthielten bisher nur die Anschrift, das Geburtsdatum, den Namen, den Status, die Versicherungsnummer und das Gültigkeitsdatum.

Kreditkarte her geläufige PIN (*Personal Identity Number*) eingegeben werden.

All den genannten Maßnahmen sind geeignet, um den Aussteller der digitalen Patientenakte zu identifizieren.[602] Trotzdem sind sie im Netzwerk nutzlos, weil sie aus technischen Gründen nicht angewendet werden können. Dort kann nämlich nur die Verschlüsselung in Verbindung mit der digitalen Signatur angewendet werden. Durch die digitale Signatur kann festgestellt werden, ob der durch Internet oder Intranet abgeschickte Text manipuliert worden ist. Dennoch können die Signaturverfahren nicht zur Identifizierung des Ausstellers beitragen. Aus diesem Grund sind die Zertifizierungsstellen unerläßlich, welche die Zuordnung von öffentlichen Signaturschlüsseln zu natürlichen Personen bescheinigen und dadurch eine Identifizierungsfunktion erfüllen.[603]

3. Unversehrtheit (Integrität)

a) Die Gefahr

Die Patientendaten sind entweder durch zufällige Ereignisse (Fehler) oder durch vorsätzliche Ereignisse (Attacken) einer potentiellen Bedrohung ausgesetzt. Ist eine Attacke nicht auf eine direkte Beeinflussung der Kommunikation (bestehend aus dem Kommunikationsprozeß und dem Kommunikationsinhalt) oder auf das Opfer gerichtet, wird von einer passiven, ansonsten von einer aktiven Attacke gesprochen. Aktive Attacken betreffen die Manipulation von Daten. Dazu gehört das Kreieren

---

602 Für den Schutz vor dem Zugriff durch Unbefugte vgl. auch *Ulsenheimer/Heinemann*, MedR 1999, 197, 201-202.

603 Vgl. § 2 Abs. 2 bezüglich der Aufgabe der Zertifizierungsstelle und *Hohenegg/Tauschek*, BB 1997, 1541, 1546 für ihre Identitätsfunktion. Bezüglich Chipkarten im Gesundheitswesen vgl. *Stark/Wohlmacher*, DuD 1997, 595; *Stark*, DuD 1997, 575-578.

falscher oder unerwarteter Daten (Trojanische Pferde, Viren) sowie das Verändern oder Löschen vorhandener Daten.[604] Je nach Art der Beeinträchtigung der Daten ist die Rede von Hackern oder Crackern, die eine Computersabotage veranlassen. Die aus solchen Beeinträchtigungen erwachsene Gefahr ist von daher offensichtlich, wobei im Zuge eines solchen Manipulationsprozesses durchaus Hunderttausende von Patientendaten vernichtet werden können.

b) Der Begriff

Die Integrität umfaßt inhaltlich die Problematik der unerwünschten Änderungen von Daten und Systemen mit der Folge, daß Daten inhaltlich inkorrekt sind, Zeitbedingungen nicht mehr eingehalten werden können und Steuerungen nicht mehr korrekt ablaufen. Sie sind eng mit dem Grundsatz der Vertraulichkeit verbunden, denn je besser die Zugriffskontrolle, desto kleiner die Gefahr einer absichtlichen Beeinträchtigung der Patientendaten. Die Integrität kann bei Bedienungsfehlern, durch Fahrlässigkeit, technischen Defekt (einschließlich inkorrekt funktionierender Hard- und Software) oder durch Programme mit Schadensfunktionen auftreten. Gegen Integritätsverlust wirken Plausibilitätskontrollen, fehlerkorrigierende Codes, Integritäts- und Signaturprüfungen und die Zugriffskontrolle.

c) Erforderliche Maßnahmen zu Gewährleistung der Integrität

aa) Kontroll-Programme

---

[604] Für Programme mit Schadenfunktionen vgl. *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 55-57. Dort werden die trojanischen Pferde, Würmer, Zeitbomben, logischen Bomben, Falltüren und Viren angeführt.

Signaturprüfungen (z.B. bei Datenbanken, Betriebssystemen und wichtigen Programmen – auch im Kontext von Viren) und Zugriffskontrollen wirken auch gegen Integritätsverlust, sind aber vor allem die einzigen, erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Versehrtheit (z.B Veränderung/Beschädigung) der elektronischen Patientenakten.

Ein Kardinalproblem im medizinischen Einsatz sind Tippfehler. Sie können enorme Behandlungsfehler zur Folge haben.[605] Deshalb sind Auto-Korrektur-Anwendungen conditio sine qua non für die elektronische Archivierung in der Medizin.[606] Darüber hinaus stellen sich Fehlererkennung, -überbrückung, und –behebung[607] als Anwendungen dar, die für eine vollständige (lückenlose) und sachlich wie förmlich richtige Dokumentation unerläßlich sind.[608] Hinzu kommen auch Plausibiltätskontrollen (z.B. bei der Dateneingabe), fehlerkorrigierende Codes (bei Datenbanken und Speicherung).

Für die Integrität der elektronischen Patientenakten ist auch eine regelmäßige Kontrolle dahingehend erforderlich, ob die durchgeführte Datensicherung tatsächlich erfolgreich war. Manche Daten-sicherungsprogramme enthalten Funktionen, die entsprechende

---

[605] Vgl. Beispiele in *Schiff/Rucker*, JAMA 279 (1998), 1024, 1025.

[606] Ideal wäre ein Korrektur-Programm, das durch Expertensysteme unterstützt wird.

[607] Zu allen diesen drei Begriffen siehe im Anhang das „EDV-Glossar".

[608] Im Arztrecht soll § 239 HGB analog angewandt werden. Dementsprechend muß eine ordnungsgemäße Buchführung *vollständig* (=lückenlos), sachlich und förmlich *richtig*, *zeitgerecht* (=unverzüglich) und *geordnet sein*. Förmlich richtig ist die Buchführung, wenn sie derart klar und eindeutig ist, daß ein sachverständiger Dritter Entstehung und Abwicklung des jeweiligen Geschäftsvorfalls ohne Schwierigkeiten verfolgen kann. Geordnet ist jede sinnvolle Buchführung. Bezüglich des Unterschieds zwischen Vollständigkeit und sachlicher Richtigkeit (Wahrheitsgrundsatz) vgl. *Hüffer,* StaubsKomm (1995), § 239 HGB, Rdnr. 9.

Überprüfungen erleichtern.[609] Mit diesen Anwendungen können Fehler beim EDV-Einsatz nahezu ausgeschlossen werden.[610]

bb) Protokollierung

Die Integrität umfaßt aber auch die Problematik der unerwünschten Änderungen von Daten und Systemen. Darüber hinaus wird im Schrifttum zu Recht gefordert, daß den Manipulationsmöglichkeiten schon durch technische Vorkehrungen und durch die Programmgestaltung Rechnung gefragten werden muß (*Manipulierfreiheit*).[611] Hierzu kommt die Protokollierung (*Index*) der erfolgreichen und nicht erfolgreichen Anmeldeversuche als geeignete Lösung in Betracht, um Versuche des Eindringens unbefugter Benutzer zumindest nachträglich erkennen zu können. Sind allerdings solche Versuche aufgrund von Paßwortdiebstahl erfolgreich gewesen, kann natürlich nichts Außergewöhnliches registriert werden: Für die Sicherheitssoftware ist der „Hacker“ dann identisch mit dem autorisierten Benutzer. Hier kann der „richtige“ Benutzer (Arzt oder befugter Angestellte) später anhand der Aufzeichnung von Datum und Uhrzeit unter Umständen erkennen, daß sich jemand anderes für ihn ausgegeben hat.

Neben der Indexierung dieser Anmeldeversuche ist die Anfertigung eines Protokolls der erstellten Dokumente erforderlich.[612] Nicht nur Versuche zur Manipulation, sondern auch die Änderungen durch Löschen des

---

[609] *Meier/Wehlau*, NJW 1998, 1585, 1590.

[610] Vgl. auch *Kuhn*, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation (1991), S. 38-40.

[611] Vgl. *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 339; *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 28, 61f, 73; *Hüffer,* StaubsKomm (1995), § 239 HGB, Rdnr. 3; *Bergmann/Streitz*, CR 1994, 77, 81.

gespeicherten Textes sind verboten (*Löschungs- und Überschreibungssicherheit*). Deshalb ist das besagte ein Protokoll der erstellten Dokumente erforderlich.[613] Sollten Änderungen in Form von Löschungen oder Korrekturen nötig sein, dann können die Änderungen auf hochwertigen Dateien dual mitgeführt und in das Protokoll eingetragen werden.[614] Schließlich bedarf es einer schriftlichen Fixierung der für die Datensicherung nötigen Arbeitsschritte.[615] Allerdings muß der Index *unveränderbar* sein.

Der Index ist in der Tat das entscheidende Erfordernis nicht nur hinsichtlich der Integrität, sondern auch der Vertraulichkeit und Verbindlichkeit der automatisierten Daten.[616] Infolgedessen benutzt *Kersten*[617] zu Recht das Wort „Beweissicherung" als Synonym für die Protokollierung, was die große Bedeutung der letzteren zeigt.

Nur *Schmidt-Beck*[618] spricht sich gegen die Protokolle mit der Begründung aus, daß „aus der Datei selbst eine Änderung ersichtlich sein müsse, und zwar ohne Zugriff auf (verlustgefährdete) Protokolle". *Bergmann/Streitz* halten diesem Argument drei Jahre später entgegen: „Es existieren eine

---

[612] Gleicher Meinung *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 339 und *Finckh* in: *Geis*, Das digitale Dokument (1995), S. 50-53.

[613] Vgl. § 16 des AWV-Mustervertrages bezüglich dieser drei Grundsätze. Vgl. Beispiele aus der amerikanischen Rechtsprechung für Diebstahl und Verkauf von Festplatten, die einige Tausende von Patientendaten beinhalteten, in *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 30.

[614] Die Marktführer der Softwareanbieter müssen auch darüber hinausgehen, indem sie Änderungen und Korrekturen automatisch getrennt erfassen. Vgl. auch *Schmidt-Beck*, NJW 1991, 2335, 2337.

[615] *Meier/Wehlau*, NJW 1998, 1585, 1590.

[616] Vgl. *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 339.

[617] *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 28.

[618] *Schmidt-Beck*, NJW 1991, 2335, 2337.

Reihe von Hilfsprogrammen, die es ohne eingehendere Systemkenntnisse ermöglichen, diese Informationen beliebig zu ändern.“[619]

4. Rechtsverbindlichkeit

a) Begriffsbestimmung der Rechtsverbindlichkeit

Ein besonderes Problem stellt die Rechtsverbindlichkeit von Kommunikation und vertraglichen Transaktionen dar, die auf elektronischem Wege zustande kommen. Dies ist zunächst vor allem ein Problem der juristischen Akzeptanz von elektronischen Verfahren. Technisch beinhaltet es die Authentizität von Kommunikationsinhalten sowie Fragen des Anerkennens bzw. Leugnens von Kommunikationsbeziehungen. Eine an diesen Grundsatz anknüpfende Problematik ist diejenige des Beweiswertes der elektronischen Dokumente, die im übernächsten Kapitel behandelt wird.

b) Erforderliche Maßnahmen zu Gewährleistung der Rechtsverbindlichkeit

Die Kommunikation und die vertraglichen Transaktionen sind nur dann verbindlich, wenn die Überzeugung besteht, daß die übertragenen Nachrichten selbst gesichert sind. Das heißt, daß die elektronischen Dokumente dann verbindlich sind, wenn sie die Verfügbarkeit, Vertraulichkeit und Integrität garantieren. Dementsprechend sind alle für diese Garantie erforderlichen Maßnahmen auch für die Rechtsverbindlichkeit Voraussetzung.

---

[619] *Bergmann/Streitz*, CR 1994, 77, 81.

E. Organe zur Festlegung und Umsetzung der Standards

I. Der Bedarf an Kommissionen

Die oben schon angeführten Maßnahmen entsprechen den heutigen Sicherheitsstandards für elektronische Dokumentationen. Die Standards in diesem Bereich ändern sich rasch und werden entsprechend zügig von der neuesten technologischen Entwicklung überholt. Es ist insofern mit nicht geringen Problemen verbunden, die Standards für eine ordnungsgemäße Archivierung pauschal festzulegen, zumal sie sich in regelmäßigen, wenn auch unterschiedlich langen Zeiträumen ändern. Sie gesetzlich zu bestimmen, käme einer Sisyphusarbeit gleich.[620] Die geeignetste Lösung zur Bestimmung der Standards wäre deshalb die Einrichtung fachkompetenter Kommissionen, die einheitlich geltende Vorschriften für die ordnungsgemäße elektronische Archivierung von Patientendaten erlassen würden.

In den USA gibt es solche Kommissionen bereits, wobei ihnen allerdings nur eine Beratungsfunktion zukommt. Ihre Vorschläge sind - wenn auch nicht verbindlich - inhaltlich weitgehend von der Industrie beeinflußt. Als Musterbeispiel für derartige Kommissionen läßt sich das American National Standards Institute (ANSI) heranziehen, wobei diese Einrichtung Standards auch für Gesundheitsprojekte und elektronische Patientenakten entwickelt. [621]

---

[620] Zu gesetzlichen Initiativen bezüglich des Schutzes von Patientendaten in den USA vgl. *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 52 f.

[621] Ausführlich zu diesem Institut *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 47. Zum Thema Kommissionen und Standards der elektronischen Archivierung von Patientendaten siehe unten § 13 IV 3 S. 118 ff.

II. Der Datenverwalter und der Datenbegleiter

Der Versuch der Kommissionen, die Standards festzulegen, würde freilich scheitern, wenn ihre Vorschriften in der Praxis nicht eingehalten werden. Daran knüpft sich die Frage, wer die Last der permanenten Überwachung der geforderten Standards und obendrein die ständige Aufsicht von externen Fachtechnikern übernehmen kann. Der Chefarzt oder der Krankenhausträger können diese Aufgabe gewiß nicht übernehmen, weil beide gar nicht über die nun einmal erforderlichen Fachkenntnisse für derartige Kontrolluntersuchungen verfügen. Die noch am besten geeignete Person dafür wäre der Leiter der internen Dokumentationsstelle bzw. in einer mehr oder weniger kleinen Praxis die Arzt- oder Verwaltungshelferin. Ein solches Konzept basiert inhaltlich sehr stark auf dem organisatorischen Vorbild der Aufgabenverteilung in einer amerikanischen Praxis, welche die gesamte Verantwortung für eine ordnungsgemäße elektronische Archivierung zwei Angestellten überläßt: dem Datenverwalter und dem Datenbegleiter.

1. Der Datenverwalter

Der Datenverwalter (data steward) ist verantwortlich für die Pflege der elektronischen Infrastruktur des Krankenhauses. Er ist im Regelfall Abteilungsleiter, Vorsitzender einer Arbeitsgruppe oder Hauptermittlungsbeamter eines Forschungsprojekts, der sich auf dem Sektor der elektronischen Infrastruktur gut auskennt und aufgrund seiner individuellen Fachkompetenz Entscheidungen zum Schutz jener Infrastruktur treffen kann und soll. Sein Aufgabenspektrum besteht daraus a) Mechanismen zur Datensicherheit vorzuschlagen, b) die Übermittlungs- sowie Zugriffskontrolle den Datenbegleitern (data custodians) und anderen Benutzern gegenüber sicherzustellen,c) für das

harmonische Zusammenwirken verschiedener Krankenhausabteilungen mit der EDV-Abteilung des Krankenhauses im Falle der Erlaubnis von Zugriffen auf besondere Datengruppen (z. B. Laborergebnisse oder Operationsvermerke) zu sorgen, d) die Nachprüfung der getroffenen Sicherheitsmaßnahmen vorzunehmen und e) die Nachprüfung der Sicherheitsabbrüche zu gewährleisten und die obligatorische Benachrichtigung der zuständigen Leiter zu übernehmen.

2. Der Datenbegleiter

Der Datenbegleiter (data custodian) ist ein Medizininformatiker, der zuständig für die Umsetzung der vom Datenverwalter erlassenen Sicherheitsvorschriften und -mechanismen ist. Solche Vorschriften und Mechanismen regeln die Zugriffsprotokolle (audit trails), die Backup-Systeme und die Rekonstruktions-Systeme nach Katastrophen und Zugriffsverfahren. Dabei informiert der Datenbegleiter den Datenverwalter über die ungeeignete oder unangemessene Nutzung von Patientendaten und ermittelt überdies Abbrüche der Sicherheitsinfrastruktur und Schwächen der Sicherheitsmechanismen. Er arbeitet mit dem Datenverwalter zusammen, um neue Taktiken und technische Maßnahmen zum Schutz der Patientendaten einzusetzen. Hinzu kommt ‚daß der Datenbegleiter im amerikanischen Zivilprozeß eine besondere Bedeutung als einziger Zeuge hat, welcher die Einhaltung der die Patientendaten betreffenden Sicherheitsmaßnahmen bestätigen kann.[622]

[622] Siehe ausführlich zu „custodian of the record“ unten § 12 A IV 3 S. 118 f. d.v.A.

3. Stellungnahme

Dieses „duale“ System von Datenverwalter und Datenbegleiter wird vom *Computer Science and Telecommunications Board* des *National Research Council* als erfolgreich qualifiziert, insofern es die Verantwortungsstränge bezüglich der Datensicherheit zuteilt und die daran geknüpfte Beschlußfassung fixiert.[623] Dabei muß allerdings großer Wert auf die möglichst reibungslose Koordination dieser beiden Organe gelegt werden.

a) Die Rechtsnatur dieser Organe

Ein solches System könnte auch in Deutschland Anwendung finden, wobei lediglich die Befugnisse dieser Organe und deren Kontrollinstanz festgelegt werden müßten. Es gibt in diesem Zusammenhang nur zwei alternative Optionen: entweder sind sowohl der Datenverwalter wie auch der Datenbegleiter Privatpersonen, die als berufsmäßig tätige Gehilfen des Arztes nach § 203 Abs. 4 StGB und Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB der Aufsichtskontrolle des Arztes oder des Krankenhausträgers unterliegen, oder sie werden als unabhängige staatliche Instanzen ausgestaltet, die eine Rechenschaftspflicht dem Landesdatenschutzbeauftragten gegenüber haben. Die erste Möglichkeit ist kostendämpfend, wenngleich es an einer staatlichen Garantie mangelt; die zweite Option, die alternativ dazu in Frage käme, ist zwar vergleichsweise vertrauenswürdiger, doch würde sie den Staat mit enormen Kosten belasten. Unabhängig von ihrem Rechtstatus sind Organe wie der Datenverwalter oder der Datenbegleiter aber allein schon deshalb erforderlich, um die Rechtsvorschriften der für die

---

[623] *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 142.

Datensicherheit zuständigen Kommissionen umzusetzen. Erst durch deren Hilfe kann § 11 Abs. 1 S. 1 BDSG eingehalten werden.

b) Grenzziehung der Haftung dieser Organe

Von entscheidender Bedeutung ist hierbei die Beantwortung der Fragen, die bezüglich der Haftungsgrenzen zwischen dem Krankenhausträger, dem Datenverwalter und dem Datenbegleiter auftauchen. Es wurde schon angeführt, daß der Krankenhausträger einer Verkehrssicherungspflicht nachkommen muß. Zur Erfüllung dieser Verkehrssicherungspflicht setzt er jedoch Dritte ein. Dies ist schon üblich bei der Erfüllung der Verkehrssicherungspflichten. So billigt z.B. die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung die Beauftragung eines Reinigungsunternehmers durch den Hauseigentümer, wodurch dieser seine Streupflicht erfüllt.[624] Genauso beauftragt der Krankenhausträger den Leiter der EDV-Abteilung (Datenverwalter) zur Gewährleistung einer sicheren, ordnungsgemäßen Dokumentation. Diese Delegation der Verkehrspflicht des Krankenhausträgers ist aber keinesfalls eine haftungsbefreiende. Die Verkehrssicherungspflicht wandelt sich vielmehr in die Pflicht zur ordentlichen Auswahl,[625] zur exakten Anweisung[626] und Überwachung[627], ob der Dritte die ihm übertragenden Pflichten ordnungsgemäß erfüllt.

---

[624] BGH NJW 1985, 270. 271; LM Nr. 184 § 823 Dc unter II 2. Vgl. ferner zur Delegation von Verkehrssicherungspflichten an Dritte: *Vollmer*, JZ 1977, 371 ff.; *Hager* in StaudingerKomm (1999), § 823, Rdnr. E 60; *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823, Rdnr. 206; *Esser/Weyers,* SchuldR BT/II (2000) § 55 V 2 b (1) m.w.N.

[625] BGH NJW 1976, 46, 47; *Hager* in StaudingerKomm (1999), § 823, Rdnr. E 60; *Esser/Weyers* (Fn. 624).

[626] BGH NJW 1971, 1313, 1315; BGH VersR 1967, 877, 878; BGH VersR 1983, 152. Ebenso *Hager* (Fn. 625).

[627] RGZ 132, 51 59; BGHZ 110, 114, 121; BGH NJW 1960, 335; BGH NJW 1985, 270, 271; BGH NJW 1985, 484, 485; BGH NJW 1987, 2669, 2670; BGH NJW 1996, 2646; OLG Zweibrücken VersR 1994, 1289, 1290; OLG Köln VersR 1995, 801, 802;

In der Praxis delegiert der Leiter der EDV-Abteilung seine Verkehrssicherungspflicht auf die Medizininformatiker seiner Abteilung (Datenbegleiter) weiter. Diesen gegenüber hat er nicht nur eine Überwachungs- sondern auch eine Anweisungspflicht. Die vom Krankenhausträger oder Datenverwalter ordentlich ausgewählten Medizininformatiker müssen angewiesen werden, wie sie mit den Patientendaten umgehen sollen. Hinzu kommt seine Pflicht zu überwachen, ob sich Verdachtsmomente ergeben, der Betraute erfülle die Pflicht nicht ordnungsgemäß.[628] Um dies zu überprüfen, ist die Durchführung von fortdauernder planmäßiger, unauffälliger Überwachung mit unerwarteten Kontrollen notwendig.[629] Die Anforderungen an die Erfüllung dieser Aufsichts- und Überwachungspflicht sind so streng, daß die verbleibende Pflicht sich im Ergebnis kaum von der ursprünglichen Verkehrssicherungspflicht ohne Delegation unterscheidet. Die die Sicherung der elektronischen Dokumentation übernehmende interne oder externe Dokumentationsstelle haftet ihrerseits bei Verkehrs-sicherungspflichtverletzungen, wenn der Verkehr darauf vertrauen durfte, daß diese ihre Pflichten erfüllen werde.[630]

In der Praxis wird sich der in seinen Grundrechten verletzte Patient gegen den Krankenhausträger wenden, um seine Ansprüche geltend zu machen, da er im Regelfall bessere Chance hat, von diesem ersten Beauftragenden in der oben angeführten Delegationskette einen hohen Schadensersatz zu erhalten.

OLG Nürnberg VersR 1996, 900. Ebenso *Rogge*, Verkehrspflichten bei Tätigkeiten im Interesse Dritter (1996), S. 53 ff.; *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823, Rdnr. 223; *Hager* (Fn. 625); *Esser/Weyers* (Fn. 624).

[628] *Hager* (Fn. 625).

[629] *Rogge*, Verkehrspflichten bei Tätigkeiten im Interesse Dritter (1996), S. 54.

F. Zumutbarkeit der EDV-Sicherungs- und Schutzmaßnahmen

Es wurde schon aufgezeigt, daß die Existenz der elektronischen Patientenakte und der Umgang mit ihr in Bezug auf die Folgen nicht zu vernachlässigende Gefahren birgt. Das Prinzip der Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Archivierung wurde entwickelt, um diese Gefahren zu beseitigen. Dabei ist die Intensität der daraus abzuleitenden Gefahrenabwendungspflicht im Einzelfall durch eine entsprechende Abwägung zu bemessen. Verkehrspflichten bestehen nur dann, wenn die Verhinderung der Gefahr dem Pflichtigen zumutbar ist. Völlige Gefahrlosigkeit braucht der Krankenhausträger oder Leiter der EDV-Abteilung regelmäßig nicht zu garantieren.[631] Je größer und je wahrscheinlicher die Gefahr ist, umso strenger ist auch die Gefahrenabwendungspflicht. So muß z. B. eine strenge Abwehrpflicht gegen Viren gelten, die eine zentrale Datenbank völlig zerstören können. Soweit die aus dem Einsatz der EDV resultierende Gefahr nicht beherrschbar ist, folgt daraus nicht ohne weiteres das Recht, der Gefahr tatenlos gegenüberzustehen. Ist es also z. B. für eine kleine Praxis im Hinblick auf das voraussichtliche Kostenvolumen unmöglich, die erforderlichen Anti-Virus-Programme zu erwerben oder die EDV-Anlagen regelmäßig zu warten, dann muß der Praxisleiter auf eine elektronische Dokumentation der Patientendaten verzichten.

Vertrauliche Hard- und Software, Identifizierungs- und Authentifizierungs-Programme, Kontrollprogramme, Signaturprüfungen, eine Protokollierung und gegebenenfalls auch eine elektronische Verbindung mit einem

---

[630] Vgl. *Schiemann* in ErmanKomm (2000), § 823, Rdnr. 85.

[631] Vgl. BGHZ 112, 74; BGH NJW 1980, 1159 und BGH NJW 1994, 3348.

Ausweichrechenzentrum bzw. Trust-Center bilden eine dichte Kette erforderlicher Maßnahmen für eine ordnungsgemäße EDV-Archivierung. Daran kann man erkennen, daß die ordnungsgemäße Anlage und Pflege elektronischer Patientendaten einer beträchtlichen Aufwand nach sich ziehen. Gerade für eine Privatpraxis ist es aber oftmals finanziell nicht tragbar, die erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen in vollem Umfang vorzunehmen. Diese Einschränkung führt zu der Frage, was das für den Arzt bedeutet und ob er deshalb von seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen EDV-Archivierung entlastet ist.

Hierzu ist festzustellen, daß der Arzt keineswegs von der Pflicht zur ordnungsgemäßen elektronischen Archivierung entlastet ist, weil sonst höchstwahrscheinlich nicht nur der Persönlichkeitsschutz, sondern auch die erfolgreiche Behandlung des Patienten gefährdet wären. Nach h.M. kommt eine auch nur zeitweilige Befreiung von dieser Sicherungspflicht der elektronischen Dokumentation aus finanziellen Erwägungen nicht in Betracht.[632] Der teilweise in der Literatur vertretenen Meinung, die Gefahr brauche nicht beseitigt zu werden, sondern eine Warnung genüge,[633] ist nicht zu folgen. Wie stets bei Verkehrssicherungspflichten bestimmt sich die Ordnungsmäßigkeit nach objektiven Maßstäben, nicht aber nach der individuellen Leistungsfähigkeit. So kann etwa ein Krankenhausträger mangelnde elektronische Sicherheitsstandards nicht mit Geldmangel begründen, sondern muß im Fall eines für ihn zu hohen finanziellen Aufwandes notfalls darauf verzichten, weitere Patienten anzunehmen.[634]

---

[632] *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823, Rdnr. 216; *Hager* in StaudingerKomm (1999), § 823, Rdnr. E 31.

[633] *Mertens* (Fn. 632).

[634] Vgl. BGH VersR 1960, 416, 418 und *Hager* (Fn. 632).

Falls andererseits gleich kostenaufwendige Sicherheitsmaßnahmen gefordert werden, unabhängig davon, ob es sich um eine kleine Praxis oder ein großes Krankenhaus handelt, verzichtete der Praxisleiter auf die elektronische Archivierung der Patientendaten, weil der Kostendruck für ihn zu hoch wäre. In diesem Falle sollte er die medizinische „Informationslawine“ ohne Computer bewältigen. Die Höhe des Aufwandes ist infolgedessen in Rechnung zu stellen. Das Verlangen nach Qualitätssicherung ist im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls festzulegen. Hierbei sind hauptsächlich die hohen Kosten der oben vorgeschlagenen Maßnahmen zu berücksichtigen. Deshalb wird die Ordnungsmäßigkeit von einigen Verfahren nur im Zusammenhang mit der Kostenfrage erwähnt.[635]

I. Differenzierung je nach Einzelfall

Alles, was als erforderlich bezeichnet wird, muß auch zumutbar sein. Anderenfalls läge schon die Unmöglichkeit der Leistung vor. Die praktische Bedeutung des Zumutbarkeitskriteriums als Tatbestandselement kommt wohl hauptsächlich im Grundsatz zum Ausdruck, daß ein erhebliches („unerträgliches“) Interessenungleichgewicht erforderlich ist, um von der vorgegebenen gesetzlichen oder vertraglichen Regelung unter Berufung auf Treu und Glauben abweichen zu können. So kaum von einer kleinen Praxis nicht der Erwerb der aktuellsten und infolgedessen teuersten Verschlüsselungs-Programme erwartet werden, denn der Kostenaufwand wäre für sie enorm, und der sehr kleine Kreis der auf die Patientenakten Zugreifenden könnte obendrein eine solche Anforderung nicht rechtfertigen. Daraus läßt sich die Faustformel ableiten, daß die zur

[635] Vgl. *Ruckriegel* und *Auernhammer* in *Tuner*, CR 1986,261, 264.

Datensicherung geforderten Maßnahmen stets mit Rücksicht auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bestimmt werden müssen.

Im Rahmen dieser Zumutbarkeitsprüfung ist sorgfältig zwischen dem Privatarzt und dem Krankenhausträger zu unterscheiden, die unter gänzlich verschiedenen äußeren und institutionellen Voraussetzungen arbeiten. Für den Privatarzt ist es außerhalb des Kostendrucks unzumutbar, alle oben erwähnten Sicherheitsmaßnahmen anzuwenden.[636] Dementsprechend muß er die Dokumentation nicht elektronisch anfertigen. Er darf aber andererseits auch keine elektronische Dokumentation anfertigen, ohne die bezeichneten Maßnahmen anzuwenden. Eine elektronische Dokumentation ohne diese Maßnahmen verstößt gegen § 9 BDSG und vor allem § 242 BGB, muß daher als nicht ordnungsgemäß angesehen werden und ist somit unzulässig[637]. *Für denjenigen Privatarzt, der eine ordnungsgemäße Dokumentation nicht gewährleisten kann, verbleibt letztlich nur die Möglichkeit einer papiergestützten Dokumentation.*

Anders ist dagegen der Krankenhausträger zu behandeln. Hier ist eine Versorgung der zahlreichen Patienten ohne die elektronische Unterstützung des Rechners unmöglich; deshalb ist eine elektronische Dokumentation

---

[636] Die oben vorgeschlagene änderungssichere und mit hoher Kapazität ausgestattete Software ist höchstwahrscheinlich keine gute Lösung für den Privatarzt, weil sie zu teuer ist. Je höher die Sicherheit und Fehlerfreiheit eines Software-Programmes ist, desto teurer ist es. So kostet z.B. das Programm „Logician“, das hohe Sicherheitsanforderungen erfüllt, in den USA $ 3,500 (mit Unterstützungsprogrammen). Das gleiche gilt für die Hardware. Je ausfallsicherer die Hardware sein soll, umso höher ist ihr Preis. Es kann aber unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB dem Arzt nicht zugemutet werden, sich die beste verfügbare Soft- und Hardware anzuschaffen. Eine solche Anforderung würde ihn überfordern. Vgl. *Weber/Vogt-Weber*, MedR 1999, 204, 208 für die wirtschaftlichen Grenzen einer Behandlung.

[637] Eine Zulässigkeit der EDV-Archivierung ist nur unter der conditio der Ordnungsmäßigkeit der Dokumentation anzunehmen. Vgl. auch oben § 9 B III, S. 118 ff.

notwendig. Eine elektronische Gestaltung der Patientenakten wird für Krankenhäuser - auch wenn nur mittelbar - von § 135 SGB V (Qualitätssicherung) für die Krankenhäuser gefordert. Die unzähligen Abrechnungen können ohne EDV-Anlage nicht bewältigt werden, insofern ist wenigstens in Krankenhäusern eine elektronische Archivierung unvermeidlich und somit obligatorisch.[638] Die Höhe der Kosten verletzt nicht das Verhältnismäßigkeitsprinzip des § 9 S. 2 BDSG, auch wenn sie erheblich ist.

II. Qualitätssicherung

Unter der Berücksichtigung der Qualitätssicherung kommt man auch zu gleichem Ergebnis: eine Differenzierung der angeforderten Maßnahmen ist je nach Einzelfall ist erforderlich.[639] Der Begriff der optimalen ärztlichen Behandlung, die eine EDV-Anlage anbietet, ist wegen der Unverhältnismäßigkeit der Kosten einzuschränken. Das Recht verlangt nur die Einhaltung desjenigen Standards, den ein besonnener und gewissenhafter Facharzt eines bestimmten medizinischen Teilgebiets in der konkreten Situation dem Patienten geboten hätte. Diese Standards unterscheiden sich aber je nach Standort. So ist z.B. eine EDV-

---

[638] Die Medizininformatiker sind der Meinung, daß abgesehen von den Abrechnungsdaten die übrigen Patientendaten auch heute noch ohne Digitalisierung zu bewältigen sind. Vgl. *Hohloch*, NJW 1982, 2577, 2580 zu Unterschieden zwischen der Praxis im Krankenhaus und bei den niedergelassenen Ärzten.

[639] In den vergangenen Jahren sind die Erwartungen und Anforderungen an die medizinische Qualitätssicherung deutlich gestiegen. Dabei wird unter diesem Begriff durchaus Unterschiedliches verstanden. Es geht zum einen um die Nachprüfbarkeit der medizinischen Behandlung unter dem Aspekt der fachlichen Qualität und der Kosten, zum anderen auch um den Vergleich ähnlicher Behandlungsfälle bei unterschiedlichen ärztlichen Einrichtungen. Unter den Begriff der Qualitätssicherung werden auch Überprüfungen gefaßt, die die medizinische Indikation und Notwendigkeit von Heilmaßnahmen unter dem Aspekt der Kostenadäquanz zum Gegenstand haben. Vgl. auch oben unter „Übergang zur EDV“, S. 4.

Dokumentation in einer Privatpraxis der alten Bundesländer nicht zu verlangen, obwohl sie in den neuen Bundesländern zumutbar ist.[640] Die Standards der medizinischen Wissenschaft unterscheiden sich aber auch je nach Zeitpunkt,[641] indem sie keine rein statistische, sondern eine dynamische Größe haben.[642] Infolgedessen kann es sein, daß eine EDV-Dokumentation in einigen Jahren auch für die Privatpraxis erforderlich ist.

Eines aber steht auch unter Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots fest: Je größer der medizinische Fortschritt, je aktuelle und riskante die technische Steuerung der Praxis oder Krankenhauses, um so naheliegender deshalb die Gefahr ihrer Verletzung und das Haftungsrisiko und um so strenger der Sorgfaltsmaßstab und damit die Sorgfaltspflichten. Dementsprechend gilt: Eine EDV-Dokumentation ist mit einer viel größeren Gefahr einer Dokumentationspflichtverletzung als eine konventionelle Dokumentation verbunden, und deswegen erhöht sie auch die Sorgfaltspflichten des Privatarztes oder Krankenhausträgers. Im Rahmen dieses steigenden Sorgfaltsmaßstabes muß der Dokumentationspflichtige alle oben erwähnten Sicherheitsmaßnahmen anwenden. [643]

Dieser Sorgfaltsmaßstab, der wie bereits aufgezeigt[644] aus zivilrechtlichen Rechtsnormen abgeleitet wird, steht nicht im Widerspruch zu den

---

[640] Vgl. *Ulsenheimer*, MedR 1995, 438, 439.

[641] Vgl. *Ulsenheimer*, MedR 1995, 438, 439, wo steht, daß unter Standards die medizinischen Qualitätsanforderungen der *Gegenwart* zu verstehen sind. Vgl. ferner *Velten*, Der medizinische Standard (2001), S. 36 ff., 75 ff.

[642] Vgl. *Ulsenheimer*, MedR 1995, 438.

[643] Zur neueren Entwicklung in der Rechtsprechung bezüglich der Sorgfaltspflichten des Arztes vgl. *Velten*, Der medizinische Standard (2001), 33 f.

[644] Vgl. oben unter „Rechtsgrundlagen der Pflicht zur ordnungsgemäßen Archivierung“, S. 118 ff.

sozialrechtlich gebotenen Leistungen. Gemäß dem Sozialgesetzbuch[645] muß die Behandlung - und infolgedessen auch die Dokumentation - „ausreichend und zweckmäßig“ sein. Diese Eigenschaften der EDV-Dokumentation können aber nur durch die oben ausgeführten Sicherheitsmaßnahmen gewährleistet werden. Diese Feststellung wird auch bereits aus dem Zivilrecht abgeleitet. Hierbei sind die Sicherheitsmaßnahmen für Krankenhäuser zumutbar, weil die Wirksamkeit der ärztlichen Dokumentation und die ordnungsgemäße Behandlung bei der Abwägung vor dem Aspekt des Preises und der Wirtschaftlichkeit *Vorrang* haben.[646]

G. Schlußfolgerung

Obwohl häufig die Rede von *Sicherungs- und Schutzmaßnahmen* ist (§ 10 Abs. 5 MBO), bestehen trotzdem Regelungslücken in diesem Bereich. Diese Tatsache läßt Raum für eine Schließung dieser Lücke durch den Gesetzgeber oder die richterliche Rechtsfortbildung.[647] Nach Ansicht des Verfassers müssen vier Grundsätze (Vertraulichkeit, Unversehrtheit, Verfügbarkeit und Verbindlichkeit) die ordnungsgemäße Archivierung beherrschen. Die Maßnahmen für die Gewährleistung dieser Grundsätze wurden schon ausführlich beschrieben[648] und können vom Gesetzgeber oder in concreto von der Rechtsprechung berücksichtigt werden. Nur unter Berücksichtigung und Einsatz dieser Sicherheitsmaßnahmen wird die

---

[645] Vgl. § 70 Abs. 1 SGB V und § 28 Abs. 1 SGB V.

[646] Vgl. *Ulsenheimer*, MedR 1995, 438, 441-442 für die Selbst- oder Fremdkontrolle der erbrachten Leistungen, die im Rahmen eines Risk-Management auch auf die ärztliche Dokumentation anwendbar sind.

[647] Für die richterliche Rechtsfortbildung vgl. kurz *Brox,* AT BGB (2000)*,* Rdnr. 8 und ausführlich *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1991), S. 366 ff.

[648] Vgl. oben § 10 D III, S. 118 ff. d.v.A.

Dokumentationspflicht nicht verletzt, so daß Patientenakten oder irgendwelche anderen Daten als zuverlässige Beweismittel vor Gericht vorgelegt werden können. Infolgedessen bilden die Vorschriften über eine ordnungsgemäße Dokumentation den Kernpunkt aller juristischen Probleme, welche die elektronische Patientenakte betreffen. Datenverluste wegen mangelnder Datensicherung sollen stets eine Verletzung einer ordnungsgemäßen EDV-Archivierung und demzufolge der Dokumentationspflicht darstellen.

§ 11. Aufbewahrungspflicht

Die Dokumentationspflicht umfaßt nicht nur das Erstellen der erforderlichen Dokumentation, sondern auch ihre *Aufbewahrung*. Dies ergibt sich aus § 10 Abs. 3 MBO-Ä. Die Dokumentationspflicht entfällt, wenn die schon vorhandene Dokumentation nicht aufbewahrt werden muß. Letzlich stellt die Verletzung der Aufbewahrungspflicht eine Dokumentationspflichtverletzung dar.[649] Deshalb führt die Aufbewahrungspflichtverletzung zur gleichen beweisrechtlichen Folge wie die Verletzung der Dokumentationspflicht. Die Aufbewahrungspflicht der Dokumentation in jeder beliebigen Form dient auch der ärztlichen Tätigkeit und dem Patientenschutz.[650]

A. Art der Leistungserbringung

Eine Spezialregelung für die Speicherung und Aufbewahrung von Patientenakten ist nicht vorhanden. Im folgenden wird darauf hingewiesen, wie die Patientendaten gespeichert werden und wie eine ordnungsgemäße Aufbewahrung der elektronischen Patientenakten gewährleistet werden kann.

---

[649] BGHZ 138, 1, 8 f., II 1 a) = NJW 1998, 1780, 1781 = VersR 1998, 457, 458 (nicht erkannte Netzhautablösung). Vgl. hinsichtlich der Beziehung zwischen Aufbewahrungspflicht und Aufzeichnungspflicht *Susallek* in: *Geis*, Das digitale Dokument (1995), S. 63. Vgl. ferner die amerikanische Rechtsprechung *Fox v. Cohen*, 406 N.E.2d 178 (1980); *Bondu v. Gurvich*, 473 So.2d 1307 (Fla. Dist. Ct. App. 1984); *Thomas v. United States*, 660 F.Supp. 216 (D.D.C. 1987); *Rodgers v. St. Mary´s Hosp.*, 556 N.E. 2d 913 (III. App. Ct. 1990) und die amerikanische Literatur *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 72-75 und *Roach*, Medical Records (1998), S. 36-42.

[650] Hinsichtlich der Aufbewahrung der Befunde vgl. *Müller*, NJW 1997, 3049, 3053.

I. Speicherformen

1. Grundsätze

Eine Aufbewahrung in EDV-Dateien ist schon lange auch im Handelsrecht unumstritten zulässig.[651] Um den Kaufmann dadurch nicht zu einer raum- und kostenintensiven Aufbewahrung sämtlicher Originalunterlagen zu

zwingen und ihm die Möglichkeit der Wahl der für ihn günstigsten Archivierungsform zu geben, lassen das Handelsgesetzbuch (§ 257 HGB) und die Abgabenordnung (§ 147 AO) eine Aufbewahrung der Unterlagen auch als Wiedergabe auf einem Bildträger oder auf anderen Datenträgern zu.[652] Eine solche Vorgehensweise ist auch nach der MBO[653] möglich, denn sie geht von einer Archivierung (und infolgedessen auch Aufbewahrung) „auf elektronischen Datenträgern oder anderen Speichermedien“ aus. Bei der Speicherung von Dokumenten auf elektronischen Datenträgern ist zwischen zwei Grundverfahren zu unterscheiden:

a) Speicherung von analogen Dokumenten

Analoge Dokumente sind die in Papierform vorhandenen Dokumente, die eingescannt und so auf elektronischen Datenträgern archiviert werden. Die analoge Dokumentation wird nur als Bild gespeichert, weshalb eine Verarbeitung (Aktualisierung, Ergänzung) grundsätzlich unmöglich ist. Der Scannvorgang bedarf einer genauen Organisationsanweisung darüber,

---

[651] *Borchert*, CR 1993, 718, II, 1, der auf die schon erarbeiteten Grundsätze des Bundesministers der Finanzen über die Aufbewahrungspflicht hinweist. Vgl. auch *Hüffer*, StaubsKomm (1995), § 257 HGB, Rdnr. 9.

[652] Bezüglich der Entstehungsgeschichte des § 257 Abs. 3 HGB, der die Aufbewahrung auf Bild- oder Datenträger betrifft, vgl. *Wiemerslage* in *Geis*, Das digitale Dokument (1995), S.59-60.

[653] Vgl. § 10 Abs. 5.

wer scannen darf, zu welchem Zeitpunkt gescannt wird, welches Schriftgut gescannt wird, ob eine bildliche oder inhaltliche Übereinstimmung mit dem Original erforderlich ist, wie die Qualitätskontrolle auf Lesbarkeit und Vollständigkeit vonstatten geht, und wie die Protokollierung von Fehlern zu erfolgen hat. Die Originalunterlagen können nach dem Scannen vernichtet werden, soweit sie nicht nach anderen Rechtsvorschriften aufzubewahren sind.[654] Zur analogen Speicherung gehört auch die Mikroverfilmung. Die Mikrofilme („Mikrofiche“ oder Filmtaschen) werden wie Karteikarten zu einer Kartei zusammengestellt und verwaltet.

b) Speicherung von originär elektronischen Dokumenten

Im Gegensatz zu analogen Dokumenten ist bei originär elektronischen Dokumenten eine Verarbeitung möglich. Damit eine Verfälschung der originär elektronischen Dokumente verhindert wird, muß durch die Hard- und Software ausgeschlossen sein, daß während des Übertragungsvorganges auf dem Speichermedium eine Bearbeitung möglich ist. Die Indexierung hat wie bei gescannten Dokumenten zu erfolgen. Die Bearbeitungsvorgänge sind automatisch zu protokollieren und mit dem Dokument zu speichern. Das bearbeitete Dokument ist automatisch als „Kopie“ zu kennzeichnen. Eine inhaltliche Übereinstimmung der Kopie mit dem Original ist unabdingbar (so § 43 Abs. 4 S. 1 StrahlenschutzVO). Neben der bildlichen Übereinstimmung ist auch die farbliche Identität mit dem Original erforderlich; jedenfalls dann wenn die Farbe für den Beweiswert des Dokuments von Bedeutung ist.

---

[654] Vgl. *Wiemerslage* in *Geis*, Das digitale Dokument (1995), S. 61-62; *Geis* in *Geis*, Digitale Kommunikation (1997), S. 75, 86 und *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 339.

2. Die wichtigsten Anforderungen

a) Sichere Speicherform

Entscheidend ist in allen Fällen, daß die Speicherungsform sichergestellt ist. Gleich wichtig ist, daß die Daten korrekt festgehalten werden und daß bei Bedarf lesbare Reproduktionen erstellt werden können.[655] Bei allen Speicherungsformen muß sichergestellt sein, daß die Daten korrekt festgehalten werden, und daß bei Bedarf lesbare Reproduktionen erstellt werden können. Dies ist eigentlich die wichtigste Anforderung, die Literatur[656] und Rechtsprechung[657] an eine elektronische Aufbewahrung stellen. Im Handelsgesetzbuch werden noch vier weitere Bedingungen für die Zulassung einer EDV-Archivierung gefordert: [658]a) das Verfahren der Aufbewahrung muß GoB-konform sein b) Wiedergabe oder Datensatz müssen mit dem Original übereinstimmen c) die digitalen Dokumente müssen verfügbar und d) schließlich potentiell lesbar sein. Diese weiteren Bedingungen können auch analog auf die elektronische Patientenakte angewandt werden.[659] Dementsprechend müssen Aufbewahrung wie

---

[655] Nach dem Bundesgerichtshof: „Der Krankenhausträger hat dafür zu sorgen, daß über den Verbleib von Behandlungsunterlagen jederzeit Klarheit besteht"; BGH NJW 1996, 779 = MedR 1996, 215 (Beweisnot des Patienten als Verletzungsfolge).

[656] *Borchert*, CR 1993, 718, II, 1; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 339; *Bäumler*, MedR 1998, 400, 401.

[657] BGHZ 132, S. 47 = NJW 1996, S. 1589 = VersR 1996, S. 633 = LM § 823, Nr. 164 ; BGHZ 138, S. 1 = NJW 1998, 1780, 1781, II 1 a) = VersR 1998, S. 457.

[658] Vgl. *Hüffer*, StaubsKomm (1995), § 257 HGB, Rdnr. 30.

[659] Zu den gleichen Grundsätzen führen die Anforderungen von *Ornter/Geis* über ordnungsgemäße Speicherung und ordnungsgemäße Indexierung. *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 339, 4.0.

Dokumentation ordnungsgemäß sein.[660] Das heißt, daß sie auch verfügbar, vertraulich, unverfälscht und infolgedessen verbindlich sein müssen.

Um diese Prinzipien zu gewährleisten, muß man sich an eine *Faustregel* halten: Die Dokumentation ist grundsätzlich so aufzubewahren, wie sie tatsächlich geführt wird (Computerausdrucke, Magnetbänder, Disketten).[661] *Ausnahmsweise* ist die Art der Archivierung nach dem Normzweck des § 10 Abs. 5 MBO 1997 bei einem Wechsel der EDV-Anlage anzupassen. Möglich ist aber auch, die Aufbewahrungsart zu wechseln (Direktübertragung, Mikrokopie auf Datenträger und umgekehrt), sofern die inhaltliche Übereinstimmung mit dem Original durch den Verfahrenswechsel nicht berührt wird.[662] Ein spezifisches Problem ist die Inkompatibilität von Backup- oder Restore-Programmen verschiedener DOS-Versionen. Das Installieren einer neuen DOS-Version ist deshalb aus Sicht der Datensicherung ein kritischer Prozeß. Die Installationsprogramme für die aktuellen DOS-Versionen bieten aber an, eine Diskette zu erstellen, mit deren Hilfe das System wieder in seinen alten Zustand versetzt werden kann. Diese Möglichkeit sollte man auf jeden Fall nutzen. *Die Restore-Diskette Diskette ist zumindest solange aufzubewahren, bis die Datensicherung vollständig auf die neue Betriebssystem-Version umgestellt worden ist.* Letzteres sollte unmittelbar nach der Installation einer neuen Betriebssystem-Version geschehen.[663]

b) Elektronischer Speicherträger

---

[660] Die Grundsätze der ordnungsgemäßen Aufbewahrung sind in dem Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 7.11.1995 zur Technologie der digitalen Archivierung definiert worden. Vgl. BStBl. I 1995, 738-747.

[661] *Hüffer*, StaubsKomm (1995), § 257 HGB, Rdnrn. 9 und 28-29.

[662] Vgl. *Hüffer*, StaubsKomm (1995), § 257 HGB, Rdnr. 40.

[663] Vgl. *Kersten*, Sicherheit (1995), S. 65.

Nach § 10 Abs. 5 MBO-Ä dürfen die Aufzeichnungen dürfen auf elektronischen Datenträgern oder anderen Speichermedien gehalten werden. Welche aber die sichersten Speichermedien sind, wird in diesem Paragraphen angesichts der rasanten technischen Entwicklungen nicht festgelegt.[664] Wegen ihres abstrakten Charakters bleibt diese Regelung den technischen Fortschritten gegenüber offen. Trotzdem wird nachfolgend versucht, den momentan geeignetsten Speicherträger zu bestimmen.

Die traditionellen Aufbewahrungsmittel der Arztdokumentation sind Karteikarten und Mikrofilm. Hinzu kommen die Festplatte, WORM (optischer Speicherträger) oder normale Disketten, die bei einer Speicherung in EDV-Dateien als Speichermedien genutzt werden. In großen Krankenhäusern wird nur die Festplatte als Speichermedium benutzt. Das Überspielen der Patientendaten von einer auf eine andere Festplatte ist der Regelfall. Eine noch bessere Lösung wäre der Einsatz von sog. WORM-Platten die wegen ihrer großen Speicherkapazität für eine langzeitige Archivierung geeignet sind.

In der Arztpraxis werden grundsätzlich ZIP-Disketten als Speicherträger benutzt. Normale und ZIP-Disketten sind aber für Magnetfelder anfällig. Deshalb ist von ihnen als langzeitigem Speicherträger abzuraten. Die Benutzung von WORM-Platten ist sicher, solange sie nicht anfällig gegen Einflüsse von Magnetfeldern sind. Sie ist aber für eine Arztpraxis angesichts des hohen Kostenaufwandes ökonomisch unzumutbar. Der einzige Speicherträger, der momentan weder technisch anfällig noch für die Praxis wirtschaftlich unzumutbar ist, ist die Compact Disk (CD). Die

---

[664] Solche abstrakten Regulierungen („catchall phrases"), die den geeigneten Speicherträger nicht genau definieren, sind bisher die Regel in den USA; vgl. s.a. *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 194. Instruktiv zum Thema „Datenträger und Datenschutz" *Geiger* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 9 Rdnrn. 85 ff.

CD kann bis zu 650 MB Daten aufnehmen und gilt landläufig als „unzerstörbar“. Deshalb werden CDs als geeignetste Speicherträger der ärztlichen Dokumentation im Rahmen einer Archivierung in der Arztpraxis vorgeschlagen, obwohl sie im Alltag überhaupt nicht als Speichermedium für ärztliche Aufzeichnungen benutzt werden.[665]

Verbrauchte, defekte oder aus anderen Gründen nicht mehr zum Einsatz kommende Datenträger sensiblen Inhalts sind zentral zu vernichten bzw. wiederaufzubereiten. Als besonders problematisch stellt sich die Reparatur von defekten Festplatten dar. Bei hochsensiblen Daten ist somit kein Austausch der Festplatte durch den Wartungstechniker tolerierbar; es ist vielmehr eine Neubeschaffung erforderlich. Die „alte“ Platte ist entsprechend gesichert zu lagern oder zu zerstören.[666]

3. Notwendigkeit einer Verfahrensdokumentation über die EDV-Archivierung

Die Aufbewahrungspflicht umfaßt die System- oder Verfahrensdokumentation, die für das Verständnis und die Überprüfung einer computergestützen Arztdokumentation erforderlich ist. Der notwendige Umfang einer solchen Dokumentation hängt von der Komplexität des jeweiligen EDV-Systems ab und läßt sich deshalb nur im Einzelfall bestimmen. Zu beachten ist insbesondere, daß auch Verfahrensänderungen dokumentiert werden müssen, und zwar so, daß sich das jeweils angewandte Verfahren zeitlich exakt eingrenzen läßt. Bei einer EDV-Archivierung außer Haus muß die im Rechenzentrum ausgeführte Verfahrensdokumentation so schnell verfügbar sein, daß die im

---

[665] LG Bochum, CR 1998, 381 ff.. Zur neuen Entwicklungen in der Technik und der Rechtsprechung bezüglich der CDs ausführlich *Werner*, CR 2000, 807 f.

[666] Siehe unten Sperrungs- und Löschungpflicht § 11 B 2, S. 118 f. d.v.A.

Unternehmen vorhandenen Unterlagen jedem sachverständigen Dritten in angemessener Zeit verständlich werden.[667]

Falls Daten außer Haus geleitet werden, so ist dies zwingend zu dokumentieren. Im Rahmen einer solchen Aufzeichnung ist die Rede von einer „Dokumentierung der Dokumentation". Der *Bundesgerichtshof* hat die Notwendigkeit eines entsprechenden Verfahrens im Gallenstein-Fall[668] betont, indem er davon ausging, daß die Krankenhäuser, wenn Behandlungsunterlagen an andere Stellen herausgegeben worden sind, über deren Verbleib Buch führen und dafür Sorge tragen müssen, daß die Dokumente nach angemessener Zeit zurück zum Krankenhaus gelangen. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes müssen die Bemühungen um Rücksendung entsprechend dokumentiert werden. Diese die konventionelle Dokumentation betreffenden Leitsätze, können genauso auch auf die elektronische Patientenakte angewandt werden. In der Zukunft wird die Übermittlung dieser Unterlagen hauptsächlich durch elektronische Netzwerke erfolgen, welche die konventionellen Medien vor allem wegen der geringeren Übertragungszeiten und Kosten zurückdrängen. Dabei wird aber eine Dokumentierung der Dokumentation notwendig sein, weil die elektronischen Übertragungen schwierig zu kontrollieren sind.

II. Aufbewahrungsort

Für die konventionelle Dokumentation ist der einzig vorstellbare Aufbewahrungsort der Schrank der Privatpraxis oder die Dokumentationszimmer eines Krankenhauses. In großen Krankenhäusern wird regelmäßig ein Archiv-Zimmer eingerichtet. Darin werden die

---

[667] Vgl. *Hüffer*, StaubsKomm (1995), § 257 HGB, Rdnr. 6.

[668] BGHZ 129, 1611-1613 = NJW 1996, 779-781 = MedR 1996, 215-216 (fehlendes Röntgenbild).

konventionellen Daten zehn Jahre lang aufbewahrt und danach in das Zentral-Archiv des Krankenhauses gebracht, wo die Krankenunterlagen noch weitere 20 Jahre aufbewahrt werden. Das festangestellte Aufbewahrungspersonal von Krankenhäusern zeichnet stets auf, welcher Arzt welche Unterlagen abgeholt hat.

Bei der EDV-Archivierung besteht auch die Möglichkeit, die Dokumentation an anderen Stellen als an ihrem Erstellungsort aufzubewahren, und zwar im Ausweichrechenzentrum („Outsourcing“).[669] Müssen die Behandlungsunterlagen an eine andere Stelle herausgegeben werden, dann ist es Aufgabe des Krankenhausträgers zu dokumentieren, wann er an welche Stelle für welchen Zweck die Unterlagen weitergeleitet hat.[670]

III. Aufbewahrungsumfang

Hierbei muß wieder betont werden, daß die Beweissicherung kein Zweck der Dokumentation ist. Infolgedessen muß der Inhaber des Beweismittels nicht stets mit einem – grundsätzlich ja immer möglichen - Rechtsstreit rechnen und deshalb nicht alle Beweismittel aufbewahren.[671] Der Umfang und der obligatorische Inhalt der Dokumentation wurden schon oben ausgeführt.[672] Den gleichen Umfang und Inhalt hat auch die Aufbewahrungspflicht.

---

[669] Zum Outsourcing *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 7-8. Vgl ferner oben § 10 D III, S. 118 d.v.A.

[670] BGH NJW 1996, 779, 780.

[671] So auch *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 305.

[672] S. 54 ff. d.v.A.

B. Aufbewahrungsdauer und Aufbewahrungspflicht-verletzung

I. Aufbewahrungsdauer

1. Zehn Jahre

Obwohl die Aufbewahrungspflicht unstrittig angenommen worden ist, bleibt ihre Dauer umstritten.[673] Die *Musterberufsordnungen* und die Bundesmantelverträge (BMV) für Ärzte und Zahnärzte gehen von einer *zehnjährigen Aufbewahrungsdauer* aus:

> § 10, Abs. 3 MBO-Ä 1997: Ärztliche Aufzeichnungen sind für die Dauer von *zehn Jahren* nach Abschluß der Behandlung aufzubewahren, soweit nicht nach gesetzlichen Vorschriften eine längere Aufbewahrungspflicht besteht.
>
> § 5 BMV für Ärzte: Die ärztlichen Aufzeichnungen sind vom Kassenarzt nach Abschluß der Behandlung mindestens 10 Jahre aufzubewahren, soweit nicht andere Vorschriften – z.B. Verordnung über den Schutz von Schäden durch Röntgenstrahlen (Röntgenverordung – RöV) – eine längere Aufbewahrung fordern. Eine längere Aufbewahrung ist darüber hinaus geboten, wenn sie nach medizinischen Erfordernissen angezeigt ist.

Die gleiche Aufbewahrungsdauer sehen auch § 28 Abs. 4 S. 2 RöntgenV (für Röntgenaufnahmen), § 4 Abs. 1 S. 1 Gentechnik-AufzeichnungsV, §

---

673 *Kilian*, NJW 1987, 695, 697; ausführlich *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 315 ff.; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 339; *Bäumler*, MedR 1998, 400, 401; *Köhler*, Medizinische Dokumentation (1997), Bd. 3 VII-3, S. 2; *Schlund* in *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch (2001), § 60, Rdnr. 17 und *Bolten/Pulte*, Aufbewahrungsnormen und -fristen im Personalbereich (1999), passim. Zum amerikanischen Recht vgl. *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 72-75 und *Roach*, Medical Records (1998), S. 36 ff. Zum griechischen Recht *Politis,* Arzthaftung (1996), S. 67 ff.

43 Abs. 3 StrahlenschutzV (für Aufzeichnungen über die Untersuchung), § 13 Abs. 2 Klima-BergV vor. Jenseits dieser Regelungen im Gesundheitswesen ist eine zehnjährige Aufbewahrungsdauer auch für andere Berufsbücher, so etwa die Handelsbücher, vorgesehen (§ 257 Abs. 4 HGB und § 147 Abs. 3 AO).

Die Faustregel der zehnjährigen Aufbewahrungsdauer wird auch in den USA nicht nur von der Mehrheit der Staaten durch „Statutories" angenommen („at least a ten year preservation period"), sondern auch von der *American Health Information Management Association* und der *American Hospital Association* empfohlen.[674]

2. Unter zehn Jahre

Diese sich aus dem Berufsrecht ergebende Faustregel, daß die Krankenunterlagen zehn Jahre aufbewahrt werden müssen, kennt auch einige Ausnahmen. So geht z.B. § 5 BMV für Zahnärzte von einer mindestens dreijährigen Aufbewahrungsdauer aus.[675] „Eine längere Aufbewahrung ist darüber hinaus geboten, wenn sie nach medizinischen Erfordernissen angezeigt ist" (§ 5 Abs. 2 BMV für Zahnärzte). Hinzu kommen gesundheitspolizeiliche Regelungen, gemäß denen die Patientenakten stets weniger als zehn Jahre aufbewahrt werden müssen.[676] So wird z.B. eine fünfjährigere Aufbewahrungsdauer in § 10 Abs. 2 S. 2 des Geschlechtskrankheitsgesetzes i.V.m. § 2 Abs. 2 der Zweiten

---

[674] Vgl. *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 74 m.w.N. und *Roach*, Medical Records (1998), S. 36 f.

[675] Im Vergleich dazu wird diese Aufbewahrungspflicht im Staat von Arizona für alle „medical records" vorgesehen; Ariz.Comp.R.&Regs. R 9-10-221 (F).

[676] Eine Übersicht über die bis 1987 bestehenden Einzelvorschriften zur Dauer der Aufbewahrung von Krankenunterlagen findet sich bei *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 317-322. Aktueller aber das Buch von *Bolten/Pulte*, Aufbewahrungsnormen und -fristen (1999), passim.

Durchführungsverordnung und in § 16 VBG 109 (Erste Hilfe – Leistungen) vorgeschrieben. In den USA ist vom Federal Law eine fünfjährige Aufbewahrungsdauer nach Entlassung des Patienten vorgesehen, falls kein Landesgesetz (state statute) diese Dauer regelt.[677]

3. Über zehn Jahre

Einige Verordnungen im Gesundheitswesen begründen eine über zehn Jahre hinausgehende Aufbewahrungspflicht. So ist z.B. gemäß dem Transfusionsgesetz die Dokumentation, welche die Spendeentnahme und Blutstammzellseparation betrifft, entsprechend mindestens 15 und 20 Jahre aufzubewahren (§§ 8, 9, 11 TFG und § 14 Abs. 3 TFG). Eine dreißigjährige Aufbewahrung wird in § 4 Abs. 1 S. 1 Gentechnik-Aufzeichnungsverordnung, § 28 Abs. 4 S. 1 RöntgenV (Röntgenbehandlung) und in § 43 Abs. 3 StrahlenschutzV (über die Behandlung) vorgeschrieben.[678]

4. Dreißigjährige Aufbewahrung wegen Anspruchsverjährung?

Borchert,[679] der sich besonders umfassend mit dem Thema der ärztlichen Aufbewahrungspflicht beschäftigt hat, schlägt aus Sicherheitsgründen eine dreißigjährige Aufbewahrung vor, solange „der Anspruch... ohne Rücksicht auf diese Kenntnis (von dem Schaden) in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an verjährt“[680] (§ 852 BGB in Verbindung mit § 823 BGB). Hinzu kommen die Anprüche des Arztes aus dem

---

[677] 42 C.F.R. § 405.1722(d).

[678] In den USA werden nur in Connecticut und Alabama 25 und 22 Jahre als minimale Aufbewahrungsfrist vorgesehen. Vgl. Conn.Agencies Regs. § 19 19-13-D3 (d)(6) und Ala.Admin.Code r.420-5-7.07(1)(c).

[679] *Borchert*, CR 1993, 718, 719-720 2 a).

[680] Der Klammertext steht nicht im Originaltext.

Behandlungsvertrag, für die gilt jedoch nach § 195 BGB die regelmäßige Verjährungsanspruch von 30 Jahren.[681] Aus der möglichen Verwendung der Dokumentation in Haftungsprozessen wird der Schluß gezogen, sie sei 30 Jahre aufzubewahren, also bis zum Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist. Schon an der Begründung für diese lange Aufbewahrungsdauer ist eine Berücksichtigung der Dokumentationszwecke erkennbar, vornehmlich: die Unterrichtung der mit- und nachbehandelnden Ärzte.[682] Eine Aufbewahrungsdauer von 30 Jahren im Krankenhauswesen wird auch von der Deutschen Krankenhaus-Gesellschaft und dem Bundesverband der Krankenhäuser in der Bundesrepublik Deutschland empfohlen.[683] Diese Empfehlungen werden von den Archivleitern der Krankenhäuser befolgt. In großen Universitätskliniken werden die Patientenakten zehn Jahre im Archiv des Krankenhauses aufbewahrt und anschließend in einem Aufbewahrungsgebäude gelagert, in dem sie noch weitere 30 Jahren bleiben.

5. Stellungnahme: Zehnjährige Aufbewahrung mit Vorbehalt von Ausnahmen

Nach Meinung des Verfassers sind auch zu Thema „Aufbewahrungsdauer" die *Dokumentationszwecke* zu berücksichtigen.[684] Die Dokumentation dient hauptsächlich der Therapie. Die Aufbewahrung muß auch dem Therapiezweck dienen. Für die ordnungsgemäße Behandlung des Patienten

---

[681] *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 28.

[682] *Bäumler*, MedR 1998, 400, 401.

[683] *Borchert*, CR 1993, 718, 720, II. Für eine 30jährige Aufbewahrung auch *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 13, 28. Nach *Taupitz* sind die Krankenhausträger als solche nicht Adressaten der Berufsordnungen; deshalb sind sie gehalten, Krankenunterlagen mindestens zehn Jahre aufzubewahren. Vgl. *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 329.

[684] Vgl. oben § 4 D I, S.31 ff. d.v.A.

reicht grundsätzlich eine zehnjährige Aufbewahrung der Krankenunterlagen. Insofern ist dem ärztlichen Standesrecht zuzustimmen, und die medizinischen Dokumente sind nach dieser Frist zu vernichten (§ 10 Abs.3 MBO). Eine elektronische oder konventionelle Dokumentation ist nur dann länger als zehn Jahre aufzubewahren, wenn es um eine Operation oder im allgemeinen um eine Behandlung geht, deren Folgen erst nach zehn Jahren auftreten werden.[685] Normalerweise treten diese Folgen vor Ablauf von zehn Jahren nach der Behandlung auf.

Es ist plausibel, daß dem Arzt nicht zugemutet werden kann, die Dokumente über viel längere Zeiträume aufzubewahren, als es ihm rechtlich auferlegt ist. Die Annahme einer Aufbewahrungspflichtverletzung und demzufolge einer Beweiserleichterung zugunsten des Patienten bei einer Vernichtung von Patientendaten nach 15jähriger Aufbewahrung wäre ungerechtfertigt, weil keine fachspezifische Regelung eine längere Aufbewahrung vorsieht. Eine solche Annahme verstieße gegen §§ 157 und 242 BGB (Übermaßverbot).[686] Im übrigen kann man bei ärztlichen Maßnahmen mit leichteren Folgen für den Patienten davon ausgehen, daß nach längerer Zeit kein Bedürfnis seinerseits mehr bestehen wird, Schadensersatzforderungen zu stellen. Daher dürfte das Risiko, einen Arzthaftungsprozeß wegen einer nicht mehr verfügbaren Dokumentation zu verlieren, schon in einem Zeitraum von fünf bis zehn Jahren nach der jeweiligen Behandlung verschwindend gering sein, wenn es bis dahin keinerlei Anstrengungen des Patienten oder seiner Angehörigen gegeben hat, einen Schadensersatzanspruch einzuklagen. Somit ist grundsätzlich

---

[685] Vgl. die Antworten vom Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein hinsichtlich häufig gestellter Fragen zum Bereich ambulanter Arztpraxen unter: http://www.DSB/SH/faq/index.htm (zuletzt besucht am 3.7.2002).

Taupitz[687] zuzustimmen und davon auszugehen, daß Ärzte und Krankenhausträger jedenfalls nicht allein wegen der erst nach 30 Jahren eintretenden Verjährung etwaiger Ansprüche der Patienten verpflichtet sind, Krankenunterlagen im Interesse der Beweiserleichterung der Patienten so lange aufzubewahren.[688]

Aus all diesen Gründen muß *die von den Berufsordnungen vorgesehene zehnjährige Frist als Faustregel gelten*. Wie bei allen Regeln sind aber Ausnahmen immer möglich; dies ist auch aus § 10 Abs. 3 Musterberufsordnung ersichtlich, die eine zehnjährige Aufbewahrung vorsieht, „solange nicht nach gesetzlichen Vorschriften eine längere Aufbewahrungspflicht besteht". Diese gesetzlichen Vorschriften wurden oben unter 1.2 und 1.3 aufgeführt.

Die Regelung bleibt aber trotzdem unvollständig, weil sie nicht alle Ausnahmefälle deckt. Auch wenn eine längere Aufbewahrungspflicht nach gesetzlichen Vorschriften nicht besteht, ist trotzdem in einigen Fällen eine Verlängerung der Aufbewahrungsdauer angezeigt und zwar, falls die Therapiesicherheit dies erfordert.[689] Nur eines wird für diese Verlängerung vorausgesetzt: Es muß aus ärztlicher Sicht konkret vorhersehbar sein, daß eine weitere sachgemäße Behandlung des Patienten nur unter Zuhilfenahme der fraglichen Aufzeichnungen, Röntgenbilder usw. möglich

---

[686] Vgl. *Borchert*, CR 1993, 718, 721, IV, 2. Zum Übermaßverbot vgl. *Canaris*, JuS 1989, 161.

[687] *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 325.

[688] So auch im griechischen Recht, wo die Verjährungsdauer für deliktische Ansprüche 20 Jahre beträgt. Vgl. *Politis*, Arzthaftung (1996), S. 67.

[689] Gleicher Meinung auch *Borchert*, CR 1993, 718, 720.

sein wird.[690] Diese Fälle können aber nicht durch abstrakte Rechtsnormen geregelt werden; vielmehr muß der Richter im jeweiligen Einzelfall entscheiden, ob für die bestimmte Krankheit eine Ausnahme anzunehmen ist.[691] Dementsprechend wäre die folgende Regelung vollständiger:

§ 10 Abs. 3 Musterberufsordnung

„Ärztliche Aufzeichnungen sind für die Dauer von zehn Jahren nach Abschluß der Behandlung aufzubewahren, soweit a) nicht nach gesetzlichen Vorschriften eine längere Aufbewahrungspflicht besteht oder b) *aus therapeutischen Gründen eine solche Verlängerung angezeigt ist. Die Zumutbarkeit einer dreißigjährigen Aufbewahrungsdauer ist nur aus diesen Gründen gegeben.*“

II. Löschungs- oder Sperrungspflicht

1. Löschungspflicht

Zur Definition des Löschens verwendet das BDSG den Begriff Unkenntlichmachen (§ 3 Abs. 5 Nr. 5); d.h., daß gespeicherte personenbezogene Daten nicht mehr rekonstruierbar sein dürfen. Die oben beschriebene Aufbewahrungspflicht, die sich aus den Musterberufsordnungen der Ärzte und anderen fachspezifischen Gesetzen ergibt, stellt eigentlich ein Löschungsverbot dar. Löschungsverbote schützen den Betroffenen davor, daß er dringend benötigte Informationen nicht erneut beibringen muß bzw. daß er durch den Verlust von Informationen irreversible Nachteile hat.

---

[690] Vgl. *Taupitz*, ZZP 100 (1987), 287, 330-332. Nach seiner Ansicht ist eine Aufbewahrung von Patientendaten über zehn Jahre hinaus unter dem Gesichtspunkt der Erkennbarkeit eines möglichen Prozesses anzunehmen.

[691] Vgl. *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht (1999), Rdnr. 462.

Im Gegensatz dazu stehen die Löschunsgebote, die auf das „Vergessen“ (Aufheben) des Informationsinhalts abzielen. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Patienten erfordert es, Daten zu löschen, welche nicht mehr benötigt werden, sofern keine gesetzliche Aufbewahrungspflicht über diesen Zeitpunkt hinaus besteht. Dieser allgemeine Gedanke ist in § 35 Abs. 2 S. 2 BDSG aufgeführt: „Personenbezogene Daten sind zu löschen, wenn ... sie für eigene Zwecke verarbeitet werden, sobald ihre Kenntnis für die Erfüllung des Zweckes der Speicherung nicht mehr erforderlich ist“. Diese Vorschrift ist unter anderem für die automatisierte Dokumentation in der Arztpraxis unmittelbar anzuwenden. Eine Löschungspflicht der Patientendaten nach zehnjähriger Aufbewahrung ist auch in § 304 Abs. 1 S. 1 SGB V und § 14 Abs. 3 S. 3 TFG vorgesehen. Die Vernichtung dieser personenbezogenen Daten kann auch nach Schließung einer Arztpraxis oder eines Krankenhauses erforderlich sein, solange Gesundheitspersonal im allgemeinen für die absichtliche oder zufällige Offenbarung haftet.[692]

Hierbei stellt sich die Frage nach der Methode der Löschung. Unabhängig davon, ob das Krankenhaus oder ein privater Unternehmer die Speicherung auf Mikrofilm und in EDV-Anlagen realisiert, muß die Methode jede mögliche Einsicht dieser personenbezogenen Daten ausschließen.[693] Solche

---

[692] Ausführlich zu „destruction due to closure of a health-care institution“ *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 77 f.

[693] Vgl. Tennessee state statute: „Upon retirement of the record as provided in (this section), the record or any part thereof retired shall be destroyed by burning, shredding, or other effective method in keeping with the confidential nature of its contents.“; Tenn. Code Ann. § 68-11-305 (c) (1). Vgl. ferner Idaho Code § 39-1394 (d). Zur Problematik über eine datenschutzrechtliche Vernichtung vgl. ferner *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 29.

Methoden sind die Vernichtung mittels Reißwolf[694], Verbrennen[695] und Recycling[696] der Patientenakten. Beim Reißwolf oder Schredder ist darauf zu achten, daß die Papierschnitzel so klein sind, daß sie nicht wieder sinngemäß zusammengesetzt werden können. Die auf Papier festgehaltenen Daten können auch geschwärzt werden. Anders verhält es sich bei automatisierter Datenverarbeitung. Hierbei ist mehrfaches Überschreiben oder der Einsatz von speziellen Löschungsprogrammen erforderlich. Die Eingabe von logischen Löschbefehlen („delete“ oder „erase“) ist keineswegs ausreichend. Ein Datum so zu löschen, daß es nicht mehr rekonstruierbar ist, kann sich bei Datenbankensystemen als schwierig erweisen, da Datensätze in der Regel mit anderen Datensätzen verknüpft sind. In der Praxis werden daher Löschungen zunächst nur logisch und erst im Zuge einer Reorganisation vorgenommen, z.B. durch das Allokieren großer Bereiche, die ursprüngliche Informationen weiterlesen. Die EDV-Abteilung des Krankenhauses muß daher durch besondere Maßnahmen sicherstellen, daß auch in den Datenbanksystemen des Krankenhauses die Patientendaten irreversibel zerstört werden.[697] Je nach Sensitivität der gespeicherten Daten ist selbst der Transport zur Vernichtung der Datenträger zu sichern.

Unabhängig davon, ob es um konventionell oder elektronisch aufbewahrte Daten geht, soll der Leiter der für die Vernichtung zuständigen Abteilung

---

694 So *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 204. Ebenso in der amerikanischen Bundesnorm 40 C.F.R. § 246 und Tenn. Code Ann. § 68-11-305 (c) (1).

695 So *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 204. Ebenso Tenn. Code Ann. § 68-11-305 (c) (1).

696 So 40 C.F.R. § 246.

697 Technische Einzelheiten zur Umsetzung dieses Grundsatzes in *Geiger* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 9, Rdnr. 97.

des Krankenhauses durch ein Zertifikat bestätigen, daß die Vernichtung ordnungsgemäß und nach § 35 BDSG stattgefunden hat. Falls die Patientendaten von privaten Unternehmern vernichtet werden, wäre es ratsam, daß das Krankenhaus die Art und Weise der Vernichtung vertraglich mit ihnen vereinbart.[698] Dadurch sollten die Vernichtungsfirmen verpflichtet werden, den Datenschutz zu respektieren und ein Zertifikat über die ordnungsgemäße Vernichtung dem Krankenhausträger vorzulegen. Dieses Zertifikat kann auch in einem potentiellen Prozess als Beweis der Beseitigung benutzt werden.[699] In einigen amerikanischen Staaten wird auch verlangt, einen Auszug der Patientenakte vor ihrer Vernichtung anzufertigen.[700] Eine nicht ordnungsgemäße Vernichtung der ärztlichen Dokumentation kann nicht nur den Persönlichkeitsschutz des Patienten gefährden, sondern auch ein Indiz dafür bieten, daß der Patient nicht mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 S. 2 BGB) behandelt wurde.[701]

2. Sperrungspflicht

Sperren ist das „Kennzeichen personenbezogenen Daten, um ihre weitere Verarbeitung oder Nutzung einzuschränken“ (§ 3 Abs. 5 S. 2 Nr. 4 BDSG).Eine Sperrung der medizinischen Angaben kommt insbesondere dann in Frage, wenn a) die Patientendaten aufgrund von gesetzlichen Vorschriften aufbewahrt werden müssen (§ 35 Abs. 3 BDSG), b) die Richtigkeit der Daten von Betroffen bestritten wird (§ 35 Abs. 4 BDSG) und c) bei Widerspruch des Betroffenen gegen die Verwendung seiner

---

[698] *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 29.

[699] Vgl. *Roach*, Medical Records (1998), S. 43.

[700] So in Mississippi und Tennessee; Miss. Code Ann. § 41-9-75 und Tenn. Code Ann. § 68-11-306 entsprechend.

Daten für Zwecke der Werbung bzw. der Markt- oder Meinungsforschung (§ 28 Abs. 3 BDSG).

Organisatorisch muß die Kennzeichnung der personenbezogenen Daten bewirken, daß sie nur eingeschränkt bzw. für gesetzlich bestimmte Ausnahmefälle verwendet werden können. Die Sperrung kann z.B. bei automatisierter Verarbeitung durch eine entsprechende Kennzeichnung des Datenfeldes mittels einer Codierung erfolgen. Werden Patientendaten über einen längeren Zeitraum gesperrt, so ist das sicherste Mittel die räumliche Auslagerung des Datenträgers z.B. in ein Archiv. Dieses Verfahren empfiehlt sich insbesondere auch für Aktendaten. Ein Sperrvermerk auf Karteikarten oder Akten genügt dem Zweck des BDSG nicht, da damit eine Nutzung z.B. durch den Sachbearbeiter nicht verhindert werden kann.[702]

3. Das Verhältnis zwischen diesen Pflichten und der Aufbewahrungspflicht

Zu Recht behauptet *Borchert,*[703] *daß* es oft nur sehr schwierig zu klären ist, von welchem Zeitpunkt an eine Patientendokumentation nicht mehr für die ärztliche Dokumentation erforderlich ist, und wann folglich eine Löschungs- oder Sperrungspflicht besteht. Die oben genannten Fristen führen also nicht dazu, daß nach ihrem Ablauf noch vorhandene Unterlagen im Prozess nicht mehr vorgelegt werden müßten; sie rechtfertigen vielmehr lediglich die Vernichtung von Unterlagen nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes. Die Vernichtung der Patientenakten nach dem Ablauf der jeweiligen Frist stellt keine Verletzung der Aufbewahrungspflicht dar; darüber hinaus kann eine Löschung von

---

[701] Vgl. *Roach*, Medical Records (1998), S. 43.

[702] So *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 203.

[703] *Borchert*, CR 1993, 718, 723.

personenbezogenen Daten in dem Zeitraum, in dem eine Verpflichtung zur Aufbewahrung der ärztlichen Dokumentation besteht, verlangt werden.[704]

III. Folgen der Aufbewahrungspflichtverletzung

Der Einsatz von elektronischen Speichermedien bedarf nicht der Zustimmung der Ärztekammer oder der Finanzbehörden. Ein Zulassungsverfahren, in dem auf Antrag des Dokumentationspflichtigen die Ordnungsmäßigkeit des Archivierungssystems geprüft wird, ist in der MBO (§ 10 Abs. 5) nicht vorgesehen. Zu Anfragen, ob ein bestimmtes Archivierungssystem den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung entspricht, werden die Ärztekammer oder die Finanzbehörden schon aus Gründen der Wettbewerbsneutralität grundsätzlich nicht Stellung nehmen. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Finanzbehörden nicht im Einzelfall bei der Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Archivierung zu entscheiden haben, ob das jeweils eingesetzte Archivierungssystem den Aufbewahrungsvorschriften entspricht.

Die Art und Dauer der Aufbewahrung der Patientendaten ist ein Thema, das nicht nur die Finanzbehörden, sondern auch die Justiz betrifft. Ein Beispiel dafür stellt der Fall *Bondu v. Gurvich* dar.[705] In diesem Fall war der Ehemann von Frau Bondu wegen eines Herzinfarktes während der Ausführung einer Anästhesie im Rahmen einer Herzoperation gestorben. Als sie aus Anlaß eines Arzthaftungsprozesses nach Kopien der Patientenakte ihres Ehemannes suchte, stellte sie fest, daß das Krankenhaus diese vernichtet oder verloren hatte. Frau Bondu verklagte dann nicht nur die Ärzte wegen „medical malpractice“, sondern auch das Krankenhaus

---

[704] Vgl. *Bundesärztekammer*, DÄBl 1993, 56. Vgl. auch *Hüffer*, StaubsKomm (1995), § 257 HGB, Rdnr. 51.

[705] 473 So.2d 1307 (Fla.Dist.Ct.App. 1984).

aufgrund des fahrlässigen Verlustes der Krankenunterlagen. Das Gericht erkannte auf eine Aufbewahrungspflicht des Krankenhausträgers und nahm eine Dokumentationspflichtverletzung an, die zur Beweislastumkehr bezüglich des objektiven Fehlverhaltens der Ärzte und des Krankenhauses führte.[706] Zum gleichem Ergebnis kam ein Berufungsgericht im US-Bundesstaat Illinois *Rodgers v. St.Mary´s Hospital*-Fall.[707] Hier verwahrte der Krankenhausträger die Röntgenbilder des Klägers weniger als fünf Jahre vor, obwohl die Landesgesetzgebung eine fünfjährige Aufbewahrungsdauer von Röntgenbildern vorsah. Dies führte zur Annahme sowohl eines Verstoßes gegen die Landesgesetze als auch eines objektiven Fehlverhaltens des Arztes.[708]

Daß die Aufbewahrungspflichtverletzung als eine Dokumentations-pflichtverletzung gilt, hat auch der Bundesgerichtshof im *Mydriasis-Fall* angenommen. Eine Augenhintergrunduntersuchung mittels Mydriasis sollte in der Krankenakte des Klägers aufbewahrt werden. Das Fehlen der Unterlagen dieser Untersuchung hat zurecht wegen der Aufbewahrungspflichtverletzung – wie bei einer Dokumentations-pflichtverletzung – zur Annahme eines objektiven Fehlverhaltens des Augenarztes geführt.[709] Daraus folgend stellt sich die *Aufbewahrungs-pflicht als Bestandteil der Dokumentationspflicht dar;* dabei wird wegen der *Rechtsfolgen bei Verstößen auf die gleichen Beweiserleichterungen*

---

[706] Vgl. auch zu diesem Fall *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 74.

[707] 556 N.E. 2d 913 (III. App. Ct. 1990).

[708] Zur Aufbewahrungspflichtverletzung in der amerikanischen Rechtsprechung vgl. ferner *Fox v. Cohen*, 406 N.E.2d 178 (1980); *Thomas v. United States*, 660 F.Supp. 216 (D.D.C. 1987) und *Roach*, Medical Records (1998), S. 36-42.

[709] BGHZ 138, 1, 8 f., II 1 a) = NJW 1998, 1780, 1781 = VersR 1998, 457, 458 (nicht erkannte Netzhautablösung).

verwiesen, die bei einer Dokumentations-pflichtverletzung gelten.[710] Ein Verstoß gegen die Aufbewahrungspflicht kann nur ausnahmsweise als *eigene Anspruchsgrundlage* gelten und zwar im Falle eines Schadens des Patienten, der aus dem Fehlen einer Krankenunterlage resultiert. Dies kann z.B. angenommen werden, wenn mehrere Klagen des Patienten gegen verschiedene Ärzte oder Krankenhausträger abgewiesen wurden, weil für den Prozess wichtige Unterlagen vom Krankenhaus nicht aufbewahrt wurden.[711]

C. Stellungnahme

Die gesetzlichen Anforderungen bezüglich der Aufbewahrung und Vernichtung der Patientendaten ähneln einem Flickenteppich: so gibt es eine Vielfalt von berufsrechtlichen und gesetzlichen Bestimmungen, die diesen Bereich ärztlicher Handelns regeln, aber sich trotzdem nicht mit den in diesem Kapitel behandelten Punkten auseinandersetzen. Eine Nachprüfung und Vereinheitlichung der vorhandenen Sonderregelungen ist deshalb erforderlich und besonders aus Gründen der Rechtssicherheit angezeigt. Bei einer Änderung der Musterberufsordungen für Ärzte wäre es ratsam, in § 10 Abs. 3 die ordnungsgemäße Aufbewahrung und Vernichtung der Patientendaten zu konkretisieren. Dies diente sowohl dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Patienten als auch dem Interesse des Krankenhausträgers an einer platzsparenden Aufbewahrung der Patientendaten, solange er diese aus Angst vor potentiellen Klagen des

---

[710] Vgl. auch *Susallek* in *Geis*, Das digitale Dokument (1995), S. 63. Zu Rechtsfolgen einer Dokumentationspflichtverletzung siehe oben unter Kapiteln § 5 und § 6 S. 64 ff. und 114 ff. etnsprechend.

[711] So in *Rodgers v. St. Mary´s Hosp.*, 556 N.E. 2d 913 (III. App. Ct. 1990). Vgl. ferner *Roach*, Medical Records (1998), S. 42.

Patienten länger und eventuell nicht den geforderten Standards entsprechend verwahrt.

§ 12. Konventionelle und elektronische Dokumentation als Urkunde

A. Urkundenbeweis und ärztliche Dokumentation

I. Erfordernis der Differenzierung je nach Art der Aufzeichnung

In vorliegender Arbeit wurde mehrmals der große beweisrechtliche Wert der ärztlichen Dokumentation hervorgehoben, denn bei einer ärztlichen Behandlung kommen regelmäßig nur der Patient selbst und das behandelnde Personal als Zeugen in Frage. Da sich der Patient aufgrund einer bestehenden beruflichen Solidarität nicht unbedingt auf dieses berufen kann, kommt der ärztlichen Dokumentation im Rahmen des Arzthaftungsprozesses besondere Bedeutung zu. Dem Richter stellt sich dann die Frage, ob diese Dokumentation dem zivilprozessualen Begriff der Urkunde entspricht. Wenn dies der Fall ist, so bringt sie den vollen Beweis über die in ihr enthaltenen Tatsachen. Ist die Dokumentation nicht als Urkunde zu qualifizieren, so kann der Richter sie frei würdigen, was im Regelfall ihrer Wahrnehmung als Augenscheinsobjekt entspricht.

Obwohl im Schrifttum viel über die Beweiswürdigung der Krankenunterlagen ausgeführt wird, findet sich nichts über ihre Beweiskraft. Dies liegt vermutlich daran, daß eine Krankenakte aus einer Vielzahl unterschiedlichster Unterlagen besteht und eine einheitliche Regelung bezüglich der Beweiskraft dieser Krankenunterlagen deshalb nahezu unmöglich scheint. Dieses Problem kann man umgehen, wenn man auf eine einheitliche Behandlung der verschiedenen Krankenunterlagen verzichtet. Welche Beweiskraft die einzelnen ärztlichen Unterlagen haben, unterscheidet sich nach der Art der Dokumentation, also

danach, ob es sich um persönliche, technische oder elektronische Aufzeichnungen handelt.

Für die Annahme einer Urkunde ist die *Verkörperung einer Gedankenerklärung* erforderlich. Dies bedeutet, daß sich die betreffende Erklärung auf einem gegenständlichen und räumlichen Träger befinden, muß um unmittelbar aus sich heraus wahrgenommen werden zu können. Die Art der Herstellung, das Material, der Zweck der Errichtung, die Bedeutung des Inhalts oder das Fehlen der Unterschrift spielen für den Urkundenbegriff keine Rolle.[712] Diese Anforderung ist in vom Arzt angefertigten Unterlagen erfüllt. Die vom medizinischen Personal ausgefüllten Dokumente sollen Einträge enthalten, die allgemein bekannt sind oder dem Gericht mit Hilfe des Sachverständigen verständlich gemacht werden können.[713] Daraus folgernd kann die Gedankenäußerung auch durch Abkürzungen und Zeichen realisiert werden, wenn diese für einen Fachmann verständlich sind. Für den Begriff der Urkunde ist es gleichgültig, ob die Krankenunterlagen lediglich für die Therapie und damit nicht primär zum Beweis bestimmt sind.[714] Daß die persönlichen – im Gegensatz zu technischen oder elektronischen - Aufzeichnungen für die in ihnen erhaltenen Erklärungen vollen Beweis erbringen, ist im Schrifttum unbestritten.[715] Bereits *Jäckel* vertrat vor 30 Jahren die Meinung, daß die Krankenunterlagen, soweit sie vom Arzt oder seinen

---

[712] *Schreiber* in MünchKomm (1992), § 415 ZPO, Rdnr. 4; *Huber* in *Musielak* (1999), § 415 ZPO, Rdnr. 4. Vgl. ferner *Schellhammer*, Zivilprozeß (1999), Rdnr. 581 und *Jauernig*, ZivilprozeßR (2000), § 55 I. Zur Urkundeneigenschaft der Computerausdrucken *v. Sponeck,* CR 1991, 269, 270.

[713] BGHZ 65, 300 = NJW 1976, 294; ebenso *Schreiber* und *Huber* (Fn. 712).

[714] *Jauernig*, ZivilprozeßR (2000), § 55 I.

[715] Vgl. *Baumgärtel,* FS Bruns (1980), S. 93, 101 und *v. Sponeck,* CR 1991, 269, 270 ff.

Hilfspersonen schriftlich niederlegt sind, Urkunden in prozessualem Sinne seien.[716]

Jäckel machte zu Recht die Anerkennung der Krankenunterlagen als Urkunde vom Datenschöpfer abhängig. Lediglich die vom Arzt oder seinen Hilfspersonen angefertigten Aufzeichnungen dürften als Urkunde gekennzeichnet werden.[717] Der Meinung von *Jäckel* ist voll beizupflichten. Eine Qualifizierung auch der übrigen, „technischen" und „elektronischen" Aufzeichnungen als Urkunde, kann keinesfalls legitimiert werden, solange sie keine *Gedankenerklärung* enthalten. Sie stellen lediglich ein Ergebnis des jeweiligen ärztlichen Apparats (Tomograph, Röntgengerät, EKG, EEG), oder Computers (Computerdiagnose, Computertomograph) dar. Diese Aufzeichnungen finden im Regelfall im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) als Augenscheinsobjekte Beachtung.[718] Mithin ist festzuhalten, daß lediglich die persönlich vom Arzt oder seinem Gehilfen angefertigten Aufzeichnungen dem Begriff der Urkunde im Sinne der ZPO entsprechen. *Die technischen und elektronischen Aufzeichnungen sind im Gegensatz dazu prozessual nur als Augenscheinsobjekte zu behandeln,* die der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen.[719]

---

[716] *Jäckel*, Rechtsnatur der Krankenunterlagen (1971) in *Mergen* (Hrsg.), Die juristische Problematik in der Medizin (1971), Band II, S. 163-172, 176.

[717] *Jäckel* (Fn. 716), S. 163, 176.

[718] Zum Thema „elektronisches Dokument als Augenscheinsobjekt instruktiv *Bittner*, Die virtuelle Patientenakte (2001), S. 5-10 m.w.N.

[719] So *v.Sponeck,* CR 1991, 269, 270; *Seidel*, CR 1993, 409, 410; *Heun*, CR 1995, 2, 3; *Fringuelli/Wallhäuser*, CR 1999, 93, 94. Anders, aber nur schwerlich vertretbar *Lampe*, der es für richtig hält, auf private technische Aufzeichnungen § 416 analog anzuwenden; NJW 1970, 1097, 1100.

II. Freie Beweiswürdigung der Krankenunterlagen gemäß § 286 ZPO

Die inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit aller beschriebenen ärztlichen Aufzeichnungen sowie der Zeitpunkt ihrer Errichtung unterliegen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht (§ 286 ZPO). Der Tatrichter kann den vertrauenswürdigen Unterlagen in der Regel bis zum Beweis der Unrichtigkeit Glauben schenken, ohne daß damit eine Vermutung für die Richtigkeit geschaffen werden soll.[720] Erforderlichenfalls wird das Gericht den beklagten Arzt gem. § 448 ZPO von Amts wegen vernehmen, wenn der Kläger substantiiert die Unkorrektheit der Dokumentation behauptet. Das Gericht kann dabei zu verschiedenen Ergebnissen gelangen. Hält es die Dokumentation für unrichtig, unvollständig oder nicht zur rechten Zeit erstellt, so kann es im Wege der freien Beweiswürdigung grundsätzlich die umstrittenen Fragen des Verschuldens zum Nachteil des Arztes entscheiden. Hält es die Dokumentation dagegen für richtig, verbleibt es bei dem Grundsatz, daß der Patient die Beweislast trägt.

Nur im Ausnahmefall wird das Gericht Zweifel an der Richtigkeit der Dokumente haben. Dies ist ein Fall des *non liquet.* Somit kann das Gericht bei der Frage, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, im Wege der Beweiswürdigung keine Schlüsse zum Nachteil des Arztes ziehen.[721] Zwar trägt der Arzt die Beweislast für die ordnungsgemäße Erfüllung[722] der Dokumentationspflicht, diese Beweisverteilung erstreckt sich aber nicht auf die Klärung des

---

[720] Für die Anforderungen des Beweismaßes im Arzthaftungsrecht vgl. *Frahm/Nixdorf,* Arzthaftungsrecht (1996), Rdnr. 150.

[721] *Baumgärtel*, FS Bruns (1980), S. 93, 102; so auch *Kaufmann*, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß (1984), S. 80-81.

[722] Das heißt, daß er die Vollständigkeit, Rechtzeitigkeit und Korrektheit beweisen muß. Im Falle einer digitalen Archivierung umfaßt dies gegebenenfalls die Tauglichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Hard- und Software.

Behandlungsfehlers, des Verschuldens oder des Kausalzusammenhangs. Für sie ist allein der Patient beweispflichtig.[723] Ein *non liquet* wirkt sich zum Nachteil des Arztes nur dann aus, wenn ein Vorgang, der nicht dokumentiert wurde, nicht mehr eingebracht werden kann. Dies ist z.B. der Fall bei der medikamentösen Behandlung, die nicht aufzeichnet wurde und den Patienten mit einer Überdosierung gefährdet hat, weil die Einnahme von bestimmten Medikamenten nicht mehr feststellbar ist. In diesem Fall hat der Arzt dafür einzustehen, daß er die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Dokumentationspflicht nicht beweisen kann.[724]

III. Andere Arten von Urkunden

1. Öffentliche und private Urkunde

Weiter ist für die Beweiskraft einer Urkunde zu differenzieren, ob eine öffentliche oder private Urkunde vorliegt. Die Voraussetzungen einer öffentlichen Urkunde sind in § 415 ZPO normiert. Stellten die Krankenunterlagen öffentliche Urkunden dar, könnten sie vollen Beweis dafür erbringen, daß der unterzeichnende Arzt die in der Urkunde genannten Erklärungen abgegeben hat. Die Gegenpartei könnte im Prozeß keinen Gegenbeweis antreten. Dies ist aber im Arztrecht nicht der Regelfall.[725]

---

[723] So *Baumgärtel*, FS Bruns (1980), S. 93, 102.

[724] Siehe oben S. 114 ff.

[725] Vgl. BGH NJW 1994, 799, 800 aa. und *Schellhammer*, Zivilprozeß (1999), Rdnr. 587. Die in der griechischen Literatur vertretene Meinung, daß die Krankenunterlagen nicht unter den zivilprozessualen Begriff der öffentlichen Urkunden fallen können, ist vertretbar; *Politis,* Arzthaftung (1996), S. 68. Auch die Dokumentation, die der Professor des Uni-Klinikums unterschreibt und stempelt, stellt keine öffentliche Urkunde dar, weil er keine Amtsbefugnis i.S.v. § 416 ZPO hat.

Im Regelfall sind die Krankenunterlagen als Privaturkunden zu qualifizieren. Alle nichtöffentlichen Urkunden stellen Privaturkunden dar.[726] Als Privaturkunde sind grundsätzlich alle Unterlagen zu qualifizieren, die von dem Aussteller unterschrieben oder mittels eines notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind.[727] Hierzu gehören die Gesundheitszeugnisse, Verschreibungen oder andere Dokumente, die vom Arzt unterschrieben sind. Auch sie bringen vollen Beweis dafür, daß die in ihnen enthaltenen Erklärungen (z.B. die Einwilligung des Patienten) von den Ausstellern abgegeben wurden (§ 416 ZPO). Dies heißt, daß sie nur für die Authentizität des Erstellers, aber nicht für ihre Richtigkeit vollen Beweis erbringen. Ob die in der ärztlichen Dokumentation beschriebenen Tatsachen wirklich geschehen sind, wird durch die Krankenakte nicht bewiesen, auch wenn sie echt ist. Demzufolge wird der Richter im Regelfall auch den Aussteller der Dokumentation als Zeuge vernehmen. Es ist, wie immer bei privaten Urkunden, dem Prozeßgegner möglich den Gegenbeweis bezüglich der Echtheit der vorgelegten ärztlichen Dokumente anzutreten.

2. Unterschriebene und nicht unterschriebene Privaturkunde

Selten gibt es auch Krankenunterlagen, die nicht unterschrieben sind. Diese Unterlagen sollten nicht als Privaturkunden qualifiziert werden, sondern der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO unterliegen.[728] Ob die Urkunde eine Unterschrift trägt, ist zwar für die Echtheit, nicht aber für die Existenz einer

---

[726] *Huber* in *Musielak* (1999), § 416 ZPO, Rdnr. 1; *Jauernig*, ZivilprozeßR (2000), § 55 II 1; *Geimer* in *Zöller* (2001), § 416 ZPO, Rdnr. 5.

[727] *Huber* und *Geimer* (Fn. 726).

[728] *Stein/Jonas* (1999), § 416 ZPO A I a.

Urkunde selbst von Bedeutung.[729] Nur die Verkörperung der Gedankenerklärung ist für die Urkunde begriffwesentlich, deshalb sind auch nicht unterschriebene Aufzeichnungen als Urkunde zu betrachten.[730]

Dies nähert sich der griechischen Regelung an, die Akten von Ärzten auch ohne Unterschrift als private Urkunden behandelt.[731] Technische und elektronische Aufzeichnungen stellen hingegen keine Gedankenverkörperung dar, weil sie automatisch von Geräten (z.B. Röntgengerät) oder EDV-Anlagen (z.B. mittels Expertensystems angefertigter Therapievorschlag) erstellt werden. Sie fallen deshalb nicht unter den zivilrechtlichen Urkundenbegriff,[732] sondern sind Augenscheinsobjekte im Sinne der §§ 371 ff. ZPO.

Ein unerläßliches Hilfsmittel für den Richter bei der Beweiswürdigung der Krankenunterlagen sind § 10 MBO und andere Spezialregelungen, wonach von einer ärztlichen Dokumentationspflicht auszugehen ist. Alle diese fachspezifischen Vorschriften, die eine Pflicht zur Dokumentation vorschreiben, weisen darauf hin, daß der Gesetzgeber eine besondere Beweiskraft für diese nicht unterschriebenen Unterlagen anerkennen will. Dies ist ein Indiz dafür, daß auch diesen nicht unterschriebenen Krankenunterlagen die gleiche Beweiskraft wie Privaturkunden beigemessen werden sollte. Der

---

[729] So grundlegend *Schreiber*, Die Urkunde im Zivilprozeß (1982), S. 26 f.; ebenso *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 100 f.; *Schellhammer*, Zivilprozeß (1999), Rdnr. 581 und *Geimer* in *Zöller* (2001), vor § 415 Rdnr. 2.

[730] Anders im Strafrecht, in dem die Erkennbarkeit des Ausstellers erforderlich für den Urkundenbegriff ist; *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 100.

[731] Art. 444 grZPO: „Als private Urkunden gelten auch: a) die Bücher, die Kaufleute der andere Gewerbetreibende nach dem Handelsgesetz oder nach anderen Bestimmungen führen, b) die Bücher, die Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Ärzte, Apotheker und Hebammen nach den geltenden Vorschriften führen, c)... .“; vgl. auch *Politis*, Arzthaftung (1996), S. 67 f.

[732] Der strafrechtliche Urkundenbegriff ist deutlich umfangreicher. Vgl. *Jäckel*, Rechtsnatur der Krankenunterlagen (1971), S. 177-180; *Stein/Jonas* (1999), vor § 415 I 1 Rdnr. 1b; *Cramer* in *Schönke/Schröder* (2001), § 11 StGB, Rdnrn. 1-11.

einzige Nachteil der nicht unterschriebenen Urkunden besteht darin, daß der Beweis ihrer Echtheit für den Beweisführer schwerer ist.[733]

IV. Die Rechtslage in den USA

1. Hearsay-Verbot

Im Rahmen der Untersuchung der Beweiskraft konventioneller Krankenunterlagen ist ein Blick ins amerikanische Recht interessant. Die Institute der *best evidence rule* und des *hearsay*-Verbots stellen im amerikanischen Zivilprozeßrecht allgemeine Schranken der Zulässigkeit von Beweismitteln dar. Beide strukturell verwandten Regelungskomplexe sind beherrscht von dem Anliegen, als unsicher eingeschätzte Beweismittel zugunsten sachnäherer auszuschließen. Dies wird für um so notwendiger erachtet, als über die Tatfragen auch im Zivilprozeß eine Geschworenen-Jury entscheidet, die durch die *best evidence rule* und das *hearsay*-Verbot vor unsachlicher Beeinflussung geschützt werden soll. Die *best evidence rule* erfordert im Grundsatz die Vorlage von Originalen.[734]

Das *hearsay*-Verbot ergänzt in der forensischen Praxis als *objection* häufig die *best evidence rule.* Nach diesem Verbot gelten unmittelbare Tatzeugen, die einem Kreuzverhör unterzogen werden können, als geeignetste Beweismittel. Mittelbare Zeugen und sonstige Beweise sind dann grundsätzlich ausgeschlossen. Bei jeglichen Formen von Computereingaben käme daher als Beweis für die eingegebenen Daten in erster Linie die Zeugenvernehmung der Eingabeperson in Betracht.[735] Bezüglich der ärztlichen Dokumentation besteht hierbei eine erhebliche Schwierigkeit. Daten über den Patienten werden in die

---

[733] Vgl. *Schellhammer*, Zivilprozeß (1999), Rdnr. 588.

[734] Vgl. beispielhaft zur *best evidence rule* § 1500 Cal.Ev.Code.

[735] Vgl. Regel 801 und 802 *Fed.R.Ev.*

elektronische Patientenakte nicht von einer einzigen Person, sondern von mehreren Ärzten und Pflegehelfern eingegeben. Alle diese Personen als Tatzeugen zu verhören ist nicht nur kompliziert, sondern auch kostenaufwendig. Es ist nahezu unumgänglich, daß dem Gericht nur eine begrenzte Auswahl von Eingabepersonen als Tatzeugen zur Verfügung steht, was ein Kreuzverhör aller Zeugen ausschließt und somit die Patientenakte als *hearsay* Beweismittel qualifiziert. D.h., daß die Patientenakte grundsätzlich – wie alle außerhalb des Gerichtes abgegebenen Erklärungen, die im Prozeß angeboten werden, um die behaupteten Tatsachen zu beweisen - als unzulässiges Beweismittel zu qualifizieren ist.[736]

2. Ärztliche Dokumentation als zugelassenes Beweismittel

Trotz einer schon historischen Meinungsstreitigkeit werden die Krankenunterlagen nach neuerer Spruchpraxis als Beweismittel zugelassen.[737] Die Krankenunterlagen, wie alle Beweismittel, können im Zivilprozeß allerdings nur dann zugelassen werden, wenn sie relevant (*relevant*), erheblich (*material*) und kompetent (*competent*) sind. Das Beweismittel ist relevant, wenn es zum Nachweis einer strittigen Tatsache beiträgt. Erheblich ist das Beweismittel, wenn es unentbehrlich für die Aufklärung eines Streitpunktes des Falles ist. Kompetent ist ein Beweismittel, wenn es zum Nachweis angemessen

---

[736] Instruktiv zum Thema *Hearsay Rule* und ärztliche Dokumentation *McWay*, *Legal Aspects* (1997), S. 119 f. Vgl. ferner *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 55-61.

[737] Vgl. zur Annahme der Krankenunterlagen als Beweismittel folgende Urteils-Anmerkungen: *Lawlor*, Admissibility under Uniform Business Records as Evidence Act or Similar Statute of Medical Report. Made by Consulting Physicians to Treating Physician, 69 A.L.R.3d 104; *James D. Lawlor*, Admissibility under Business Entry Statutes of Hospital Records in Criminal Case, 69 A.L.R.3d 22; Admissibility of Hospital Record Relating to Cause or Circumstances of Accident or Incident in which Patient Sustained Injury, 44 A.L.R.2d 553; *Zupanec*, Admissibility under State Law of Hospital Record Relating to Intoxication or Sobriety of Patient, 80 A.L:R.3d 456; *Rydstrom*, Admissibility of Hospital Records under Federal Business Records Act (28 USC § 1732(a)), 9 A.L.R. Fed. 457.

und geeignet ist. Wenn eine Partei die prozessuale Zulassung von Krankenunterlagen als Beweismittel erstrebt, so muß sie beweisen, daß die drei vorgenannten Bedingungen erfüllt sind.[738]

3. Ärztliche Dokumentation als Business Record

Die ärztliche Dokumentation wird als Beweismittel auch zugelassen, wenn sie als business record qualifiziert werden kann. Diese „Handelsbücher" sind eine Ausnahme des hearsay-Verbots und sind zum Prozeßeingang zugelassen.[739] Business records werden definiert als Dokumente, die im regelmäßigen Geschäftsgang und binnen angemessener Zeit nach der notierten Tatsache angefertigt wurden und die den aktuellen Tatbestand zutreffend reflektieren. Die Voraussetzungen für die Annahme einer *business record exception* lassen sich darin zusammenfassen, daß a) die Dokumente im ordentlichen Geschäftsgang erstellt werden b) sie nicht lediglich für einen potentiellen Prozeß angefertigt wurden und c) ihre Urheber von den beschriebenen Tatsachen und Umständen selbst unmittelbar Kenntnis (firsthand knowledge) erlangt haben. Nach dem Nachweis dieser Bedingungen muß die die Urkundenvorlage fordernde Partei die Genauigkeit (accuracy) und Glaubwürdigkeit der *business records* beweisen.[740] Dies geschieht im Regelfall durch die Vernehmung der Aktenverwalter (*custodian of the records*) als Zeugen für die Aufbewahrungsvorgänge der Patientenakten.[741]

---

[738] *Roach*, *Medical Records* (1998), S. 247 f.

[739] Zu anderen Ausnahmegruppen von Unterlagen, die nicht dem *hearsay*-Verbot unterfallen vgl. *Roach*, *Medical Records* (1998), S. 249 f. In diese Gruppen kann auch die ärztliche Dokumentation eingeordnet werden.

[740] *McWay*, *Legal Aspects* (1997), S. 196 f. Vgl. ferner *Roach*, *Medical Records* (1998), S. 309 f.

[741] Ausführlich zum Thema *custodian of the record McWay*, *Legal Aspects* (1997), S. 120 f.

Erst vor einem Jahrzehnt wurden „medizinische Dokumente“ als eigene Kategorie der *business records* formuliert und gesetzlich anerkannt (sog. *medical records exception to hearsay rule*). Diese Ausnahme vom Hörensagen-Verbot findet ihren Ausdruck in Section 803 Abs. 4 der *Federal Rules of Evidence*. Demnach sind Erklärungen („*statements*“) auch in elektronischen Dokumenten als Beweismittel zugelassen, wenn sie aufgrund medizinischer Diagnose oder Behandlung sowie Beschreibung der Krankengeschichte, oder gegenwärtiger und vergangener Symptome, Schmerzen und Empfindlichkeiten oder aus anderen zur Diagnose und Behandlung gehörigen Gründen vom Herausgeber angefertigt wurden.[742]

Auch wenn die Krankenunterlagen als *business record* qualifiziert werden, können bestimmte in einer Patientenakte enthaltene Informationen vom Beweisantritt ausgeschlossen werden. Dies ist der Fall, wenn diese Informationen für die Diagnose und Therapie des Patienten irrelevant sind. Ein Bespiel ist hierbei erwähnenswert: Eine Erklärung in der Patientenakte, daß der Patient, ein verletzter Radfahrer beim Zusammenstoß mit einem Auto keinen Schutzhelm trug, wurde nicht als Ausnahme zum *hearsay*-Verbot angenommen, denn diese in dem vorgelegten Beweismittel enthaltenen Informationen waren nicht relevant für die Behandlung des Patienten.[743]

---

[742] „Statements contained in such computerized records may also be admissible if made by the declarant for purpose of medical diagnosis or treatment and describing medical history, or past or present symptoms, pain, or sensations, or the inception or general character of the cause or external source thereof insofar as reasonably pertinent to diagnosis or treatment”; 803 Abs. F.R.E.

[743] *Barrera v. Wilson*, 668 A.2d 871 (D.C. 1995). Vgl. ferner *Carton v. Missouri* P.R. Co., 798 S.W.2d 674 (Ark. 1990) und *Benson v. Shuler Drilling Co.*, 871 S.W.2d 552 (Ark. 1994).

B. Beweiskraft der elektronischen Patientenakte

I. Das Bedürfnis nach einer Abstufung

Die Digitalisierung der Dokumentation hat große Änderungen, nicht nur für die ärztlichen, sondern für alle Dokumente mit sich gebracht. Die Raum- und Zeitersparnis und die Vielfalt der angebotenen Verarbeitungsmöglichkeiten haben zu ihrer rasanten Verbreitung wesentlich beigetragen.[744] Neue Technologien sind aber auch mit neuen Gefahren verbunden. Die Möglichkeit der spurenlosen Manipulation dieser Daten und ihre Anfälligkeit sowohl für Attacken von Hackern und Datenfälschern wie auch für Viren und Magnetfelder haben große Zweifel an ihre Fälschungssicherheit und Glaubwürdigkeit nicht nur in der Literatur, sondern auch in der Rechtsprechung geweckt. Die Beweiskraft elektronischer Dokumente wird in Frage gestellt. Mit dieser Frage muß sich der Richter auseinandersetzen und entscheiden, ob die digitalen Krankenunterlagen den gleichen Beweiswert haben wie die konventionellen Aufzeichnungen des Arztes.

Man kann diese Frage aber nicht lediglich positiv oder negativ beantworten. Der Mittelweg muß offen bleiben. Der Richter hat ohnehin die Möglichkeit, die elektronische Patientenakte als Augenscheinsobjekt zu werten und somit der Beweiskraft der Privaturkunde anzunähern. Dies zeigt sich schon bei der Auslegung des § 286 ZPO, der dem Richter eine gewisse Freiheit bei der Beweiswürdigung bietet. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist jedoch eine Abgrenzung und Abstufung zwischen den verschiedenen elektronischen Krankenunterlagen erforderlich. Diese Gedanken haben im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zur Vornahme einer Differenzierung zwischen den „nicht ordnungsgemäßen“, den „ordnungsgemäßen“ und den „unterschriebenen“ elektronischen Patientenakten geführt.

II. Die „nicht ordnungsgemäße elektronische Patientenakte“

Unter diesen Begriff sind die anlässlich einer Therapie oder Behandlung angefertigten Dokumente zu fassen, die ohne Sicherungsvorgänge und Berücksichtigung der Standards der Medizininformatik erstellt und aufbewahrt wurden, zu fassen. Es ist offensichtlich, daß der Richter diesen Unterlagen keinen großen Glauben schenken darf. Sie sind höchstens als Augenscheinsobjekte zu würdigen. Der Richter darf nach § 286 ZPO auch Beweismittel berücksichtigen, die die Bedingungen des Gesetzes nicht erfüllen.[745]

III. Urkundeneigenschaft der „ordnungsgemäßen elektronischen Patientenakte“

1. Argumente gegen eine Gleichstellung mit Privaturkunden

Im internationalen Vergleich gibt es wenige Länder, die „den ordnungsgemäßen elektronischen Dokumenten“ den Urkundencharakter verweigern. Zu diesen zählen Österreich, Belgien und Deutschland, wo sie im Rahmen der freien Beweiswürdigung als Gegenstände des Augenscheinsbeweises behandelt werden. In Österreich wird der Grundsatz der freien Beweiswürdigung hinsichtlich des Beweiswertes elektronischer Dokumente trotz ausgeprägter „Elektrophilie“ nicht tangiert.[746] Ähnlich ist die Rechtslage in Belgien. Elektronische Dokumente sollen nicht unter den traditionellen Begriff des Schriftstückes im Rahmen des Art. 1341 des belgischen Code Civil fallen. Dies liegt darin begründet, daß die elektronische

---

[744] Siehe oben unter § 8, S. 118 ff. d.v.A.

[745] *Foerste* in *Musielak* (1999), § 286 ZPO, Rdnr. 18 und *Schellhammer*, Zivilprozeß (1999), Rdnrn. 553 ff.. Ebenso ein Teil der griechischen Literatur; vgl. *Paisidou*, Armenopoulos 1992, 962-969 und *Makridou* in *Kerameas/Nikas/Kondylis* (Hrsg.), Kommentar zur ZPO (2000), § 270 grZPO, Rdnrn. 5-6. Vgl. auch § 270 Abs. 2 grZPO.

[746] Vgl. *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 74-77.

Unterschrift nach herrschender Meinung in der belgischen Literatur nicht alle Funktionen einer Unterschrift im Sinne des Art. 1341 des belgCC erfülle. Auch wenn sie je nach der technischen Ausgestaltung die Unveränderbarkeit des Dokuments garantiere (Authentifikation), kann sie die Identifikation des Herausgebers nicht gewährleisten.[747]

In Deutschland wird die gleiche Behandlung auf EDV-Datenträger und Mikrofilm gespeicherten Patientendaten, daß nämlich beide keine Urkunde sind, darauf gestützt, daß es bei der elektronischen Dokumentation an der Verkehrsfähigkeit fehle, d.h. an der jederzeitigen Verfügbarkeit ohne Einsatz technischer Hilfsmittel.[748] Daß die elektronischen Dokumente stark mit Fälschungsrisiken behaftet sind und damit ihre Echtheit schwer feststellbar ist, spricht ebenfalls gegen ihre Anerkennung als Urkunden.[749] Trotzdem wird der Standpunkt des deutschen Rechtes in Bezug auf die elektronischen Dokumente nicht nur in der deutschen,[750] sondern auch in der griechischen Literatur[751] zu Recht kritisiert.

Der Vorbehalt des deutschen Gesetzgebers gegenüber der Glaubwürdigkeit der elektronischen Dokumente ist unbegründet, wenn man den technischen Fortschritt mit einbezieht. Eine Vielfalt von Schutzmaßnahmen gewährleistet die Integrität und Authentizität der elektronischen Unterlagen. Verschlüsselungs- und Identifikationssysteme, digitale Signaturen und den Zugriff

---

[747] *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 82 m.w.N.

[748] Vgl. *Schreiber* in MünchKomm (1992), § 415 ZPO, Rdnr. 6 und *Huber* in *Musielak* (1999), § 415 ZPO, Rdnr. 5.

[749] Vgl. *Pordesch/Nissen*, CR 1995, 562, 564-569.

[750] *Fritzenmeier/Heun*, CR 1992, 129, 132; *Roßnagel* in *Bundesnotarkammer* (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr (1995), S. 151; *Heidtmann* in *Geis*, Das digitale Dokument (1995), S. 73-80; *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 238. Vgl. ferner *Kilian*, BB 2000, 734 ff. zur Problematik elektronischer Dokumentation mit elektronischer Signatur im Hinblick auf die RiLi 1999/93/EG v. 13.12.1999, die bis zum 19.07.2001 umzusetzen ist.

[751] S.a. *Christodoulou,* Dike 31 (2000), 1006, 1012 f.

Unbefugter ausschließende Software gewährleisten nach Einschätzung von Experten bei elektronischen Medien letztendlich doch mehr Fälschungs- und Verfälschungssicherheit als die traditionellen, schriftlichen Medien.[752] Die wichtigste Voraussetzung für diesen Medienwechsel vom Papierdokument zum elektronischen Dokument ist ein fälschungssicheres Verfahren.[753]

2. Gleichstellung mit Privaturkunden in der Schweiz und in Griechenland

In der Schweiz werden die elektronischen Dokumente auch ohne Unterschrift den Privaturkunden gleichgestellt. Der schweizerische Gesetzgeber war mutig genug, in Europa den ersten Schritt zur ausdrücklichen und unmittelbaren Gleichstellung beider Arten von Urkunden zu machen.[754] Diese Gleichstellung findet Ausdruck in folgendem Satz des Art. 962 Abs. 4 des Obligationsrechtes „Aufzeichnungen auf Bild- oder Datenträger haben die gleiche Beweiskraft wie die Unterlagen selbst“. Diese schweizerische Regelung wird zum Teil in der deutschen Literatur rezipiert, die davon ausgeht, daß die Sicherheit bei elektronischen Medien letztendlich doch größer sei als bei den traditionellen schriftlichen Medien.[755]

Auch Griechenland, ein zum deutschen Rechtskreis gehörendes Land, nimmt die Gleichstellung der konventionellen mit den elektronischen Urkunden an. Obwohl auch in Griechenland wie in Deutschland eine handschriftliche

---

[752] Vgl. die Stellungnahme von *Roßnagel* bei einer Podiumsdiskussion über den elektronischen Rechtsverkehr in: *Bundesnotarkammer* (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr (1995), S. 151 und *Bieser* in *Erber-Faller*, Elektronischer Rechtsverkehr (2001), S. 77 f.

[753] *Geis*, CR 1997, 444, 445. Vgl. auch *Ernst*, CoR 1997, 165 ff.

[754] Vgl. Art. 963 OR und den verworfenen Revisionsentwurf in Art. 962 Abs. 4 OR. Vgl. auch *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), 68-73.

[755] Vgl. *Roßnagel* bei der Podiumsdiskussion über den elektronischen Rechtsverkehr in: *Bundesnotarkammer* (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr (1995), S. 151.

Unterschrift für die Beweiskraft der Privaturkunden gefordert wird (Art. 443 grZPO), sieht Art. 444 grZPO eine Abweichung vom engen Urkundenbegriff für mechanische Aufzeichnungen vor: „Als Urkunde gelten auch... photographische oder filmische Wiedergaben, Tonaufnahmen sowie jede andere mechanische Aufzeichnung." Unter dem Begriff der mechanischen Aufzeichnungen in Art. 444 Nr. 3 grZPO sind nach herrschender Meinung auch elektronische, auf der Festplatte des Computers enthaltenen Aufzeichnungen einzuordnen.[756] Diese Aufzeichnungen erbringen nach Art. 448 Nr. 2 grZPO vollen Beweis für die Tatsachen, die sie beschreiben. Daraus folgend haben in Griechenland die nicht unterschriebenen elektronischen Urkunden und demzufolge Krankenunterlagen die gleiche Beweiskraft wie konventionelle Privaturkunden.

3. Schlußfolgerung

Aus den vorstehenden Ausführungen läßt sich ableiten, daß elektronische Urkunden die gleiche Beweiskraft wie Urkunden im allgemeinen haben. Sie erbringen vollen Beweis für die Tatsachen, die sie beschreiben. Die zum Urkundenbegriff erforderliche Gedankenverkörperung ist auf elektronischen Speicherträgern genauso so dauerhaft und verfügbar wie auf Papier.[757] Dem Argument, daß die Nutzung solcher technischen Hilfsmittel (EDV-Anlagen) heutzutage so selbstverständlich wie das Einschalten einer Schreibtischlampe oder das Aufsetzen einer Lesebrille sei und daher ein elektronischer

---

[756] So *Maniotis,* Digitale Signatur (1998), 35, 47ff, 160 und *Tentes* in *Kerameas/Nikas/Kondyles* (Hrsg.) (2000), Kommentar zur ZPO, § 444 grZPO, Rdnrn. 1, 5. Anders *Christodoulou,* Dike 31 (2000), 1006, 1011.

[757] *v. Sponeck,* CR 1991, 269, 272; *Roßnagel* bei der Podiumsdiskussion über den elektronischen Rechtsverkehr in: *Bundesnotarkammer* (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr (1995), S. 151. Ebenso in Griechenland *Christodoulou,* Dike 31 (2000), 1006, 1013 ff.

Datenträger als Urkundenmaterial anerkennungsfähig sein sollte,[758] muß wohl zugestimmt werden.

Hierbei ist die englische und amerikanische Regelung interessant. In den USA macht man die Glaubwürdigkeit der elektronischen Dokumente von der Anwendung der zu ihrer Zuverlässigkeit erforderlichen Maßnahmen abhängig. So lassen z.B. einige Bundesstaaten Vervielfältigungen der elektronischen Dokumente als Beweismittel zu, wenn ihre Glaubwürdigkeit (*trustworthiness*) nachgewiesen ist.[759] Der Aktenverwalter (*custodian of the record)* oder Krankenhausträger wird demnach als Zeuge vernommen und muß die Zuverlässigkeit der verwendeten Hard- und Software, der Speicherung, der Zugriffskontrolle und des Ausdruckverfahrens nachweisen.

Aus dieser amerikanischen Einstellung den elektronischen Dokumenten gegenüber läßt sich für das deutsche Recht folgender Schluß ziehen: Werden alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zur Anfertigung der elektronischen Patientenakten getroffen, spricht man von „ordnungsgemäßen elektronischen Dokumenten“. Diese Dokumente muß der Richter jedenfalls nicht als bloße Augenscheinsobjekte würdigen, sonst wäre es gleichgültig, ob sie ordnungsgemäß oder nicht ordnungsgemäß sind. Die „ordnungsgemäßen elektronische Dokumente“ rangieren gewiß höher als ein bloßer Augenscheinsbeweis. Andererseits können sie auch nicht den vollen Beweis für die in ihnen enthaltenen Erklärungen bringen, solange sie nicht (digital) unterschrieben worden sind, weil sie dann nicht als Privaturkunden im Sinne des § 416 ZPO qualifiziert werden können.

---

[758] Vgl. *Ebbing*, CR 1996, 271, 274.

[759] So z.B. *Cal. Evid. Code* § 1270-1272.

IV. Die „elektronisch signierte“ Patientenakte

Die Unterschrift ist nach § 416 ZPO nicht für die Existenz, sondern für die Echtheit von Privaturkunden erforderlich. Ohne diese besteht zwar eine Privaturkunde, sie kann jedoch nicht den vollen Beweis erbringen. Diese Grundsätze gelten genauso für elektronische Dokumente. Damit sie den vollen Beweis für die in ihnen enthaltenen Aussagen erbringen können, müssen sie nicht nur ordnungsgemäß angefertigt und aufbewahrt, sondern auch elektronisch signiert werden.

1. Die elektronische Signatur

Die Frage, ob die sogenannte elektronische Signatur zur Erhöhung des Beweiswertes von Dokumentationen beiträgt, wird nicht nur im Arztrecht, sondern auch in anderen Rechtsgebieten diskutiert (z.B. elektronische Handelsbücher, elektronisches Grundbuch). Die Beantwortung dieser Frage ist abhängig von der Gleichstellung der handschriftlichen mit der elektronischen Unterschrift.[760] Nachfolgend wird darauf eingegangen, wie die elektronische Signatur sich in den letzten Jahrzehnten technisch entwickelt hat, und ob sie heute einen Standard erreicht hat, der ihre Gleichstellung mit der konventionellen Unterschrift rechtfertigt.

a) Begriffsbestimmung

Nachdem das asymmetrische Verschlüsselungssystem entwickelt wurde, wurde diese Methode der Identifikation des Herausgebers als „digitale Signatur“ bezeichnet. Des gleichen Begriffes bedienen sich die Gesetze über die digitale Signatur der amerikanischen Staaten Utah (Art. 46-3-103, 10) und Florida (sect.

[760] Technische Einzelheiten zur elektronischen Unterschrift sind auf Seite 118 ff. unter „Authentifikation“ dargestellt.

4 subsect. 3),[761] genauso wie das deutsche Signaturgesetz zur Beschreibung der asymmetrischen Kryptierung (§ 2 Abs.1 SigG).

Für die gleiche Art der Kryptierung benutzt jedoch ein Teil der deutschen Literatur[762] zu Recht das Adjektiv „elektronisch". Diese Wortwahl stimmt mit der Stellungnahme der *UNCITRAL* überein. Demnach stellt die „digitale Signatur" eine Untergruppe der „elektronischen Signatur" dar.[763] Der Unterschied zwischen den beiden Begriffen liegt im Verschlüsselungsverfahren. Wenn öffentliche und private Schlüssel für die Verschlüsselung benutzt werden, ist von „digitaler Unterschrift die Rede". Bei sonstigen Verschlüsselungsverfahren spricht man von „elektronischer Unterschrift".[764] Dies ist auch die Aussage der EU-Richtlinie über elektronische Signaturen (1999/93 EG). Statt von „digitalen Signaturen" ist von „elektronischen Signaturen" die Rede. Die Begriffswahl dieser Richtlinie wird auch im griechischen Gesetzentwurf zur Regelung der „elektronischen Signatur" vollständig übernommen. Damit wird das griechische Gesetz mit der Terminologie der EU-Richtlinie übereinstimmen.[765] Weil sich die Formulierung inzwischen durchgesetzt hat, wird nachfolgend lediglich der Begriff „elektronische Signatur" verwendet.

---

[761] Vgl. auch den Vorschlag vom 12.8.1998 zu „Security and Elektronic Signature Standards". Instruktiv dazu *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 15-20.

[762] *Rüssmann*, jur-p 1995, 3219; *Kilian*, BB 2000, 733 ff.

[763] UNCITRAL, Planning of Future Work (1997), Nr. 15-17.

[764] So *Waegemann* auf dem 25. Symposium für Juristen und Ärzte in Berlin (2001), bisher unveröffentlicht. Zum Unterschied zwischen digitalen und elektronischen Signaturen vgl. *Weils*, IT Professional, 2000, 24-30 und *Maniotis,* Digitale Signatur (1998), S. 36-38.

[765] Zum deutschen Signaturgesetz-Entwurf vgl. *Bieser* in *Erber/Faller*, Elektronischer Rechtsverkehr (2001), S. 65, 74 ff. und zum griechischen Signaturgesetz-Entwurf *Christodoulou,* Dike 31 (2000), 1006-1021. (Der Text des griechischen Entwurfes ist in Dike 31 (2000) S. 1021 ff. zu finden). Zur in den USA vorgeschlagenen Regel zu „Sicherheit und elektronische Signatur Standards" vgl. *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 15 ff.

b) Entwicklung der elektronischen Signatur

aa) Die ersten beiden technischen Phasen

Das erste technische Verfahren zur Identifizierung war die Eingabe seines Namens oder Pseudonyms. Später änderte sich die elektronische Signatur dahingehend, daß der Unterzeichner einen sich auf Algorithmen stützenden Privatschlüssel verwendete (elektronische symmetrische Kryptographie oder *single-key encryption*), der nur dem Herausgeber bekannt war und nur von ihm verwendet werden konnte.

bb) Die dritte technische Phase: Nachweis der Authentizität

Die dritte technische Phase ist als asymmetrische Kryptographie bekannt (*public key-encryption*). Die kommunizierenden Parteien vereinbaren, daß eine Zertifizierungsstelle die Anforderungen für den Nachweis der Unterschrift der beiden Parteien festlegt. Der Unterschreibende besitzt und verwendet einen Privatschlüssel (d.h. die zur Ausstellung der Unterschrift erforderlichen Daten). Die Nachweisdaten stellen den öffentlichen Schlüssel dar, die alle an der Kommunikation Teilnehmenden besitzen.[766]

Aufgrund der elektronischen Signatur ist nun jedermann, der über das signierte Dokument verfügt, in der Lage, dessen Authentizität mittels des öffentlichen Schlüssels des Signierenden zu überprüfen. Ein Prüfprogramm ermittelt unter Berücksichtigung des Dokumentinhalts, der Signatur und des öffentlichen Schlüssels, ob erstens die Signatur unter Verwendung des privaten Schlüssels des Signierenden erzeugt wurde und ob zweitens das Dokument nach der Unterzeichnung, d.h. während der Übermittlung oder der Aufbewahrung beim

[766] Zu technischen Einzelheiten instruktiv *v. Sponeck,* CR 1991, 269, 271 f.

Empfänger, inhaltlich verändert wurde.[767] Unter der Voraussetzung, daß der geheime private Schlüssel und der dazu gehörende Geheimcode nicht von Dritten in Erfahrung gebracht werden kann, was bei zuverlässiger Schlüsselherstellung der Fall ist, beseitigt die digitale Signatur also die beschriebenen Fälschungsrisiken. Fällt die Signaturprüfung positiv aus, steht fest a) Das Dokument wurde nach der Unterzeichnung inhaltlich nicht verändert. b) Die elektronische Unterschrift erfolgte unter Verwendung des privaten Schlüssels des Signierenden.

Da davon auszugehen ist, daß der private Schlüssel und der dazugehörende Geheimcode Dritten nicht zugänglich gemacht werden, bedeutet dies, daß das Dokument tatsächlich von dem Unterzeichner stammt.[768] Dies wird auch im neuerdings verabschiedete Signaturgesetz für Dokumente, die nach fortgeschrittener oder qualifizierter elektronischen Signatur erstellt wurden, angenommen (§ 2 Abs. 2, 3 und §§ 7 Abs. 1 und § 17 Abs. 2 SigG)[769]. Daher ist festzustellen, daß die digitale Signatur die Authentizität der Urkunden und deshalb ihren Beweiswert gewährleistet.[770]

cc) Die vierte technische Phase: Nachweis der Identität

Die Identität der elektronischen Dokumente kann aber durch eine einfache Verschlüsselung nicht gewährleistet werden. Die Identifizierung des Ausstellers ist nur durch eine zusätzliche Sicherheitsmaßnahme möglich: Die Verteilung der öffentlichen Schlüssel durch eine genehmigte Zertifizierungsstelle (§ 2 Abs. 2 Signaturgesetz). In Anknüpfung an diese

---

[767] Einzelheiten zu allgemeinen Verschlüsselungssystemen *Koch*, CR 1997, 106-110 und *Geis*, NJW 1997, 3000-3004.

[768] *Schwarz*, Recht im Internet (1999), 6-2.5, S. 7.

[769] Signaturgesetz v. 16 Mai 2001 (BGBL. I S. 876 ff.)

[770] Vgl. auch *Schwarz*, Recht im Internet (1999), 6-2.3., S. 32 und 6-2.5, S. 18.

Zertifizierungsstellen ist die Rede von einer vierten technischen Phase der elektronischen Unterschrift, der sog. „fortgeschrittenen elektronischen Signatur“, wodurch alle gegen eine digitale Signatur sprechenden Einwände entkräftet werden.[771]

Diese erhöhten Anforderungen an elektronische Signaturen werden in der EU-Richtlinie und in den Entwürfen zum neuen Signaturgesetz angedeutet und bestehen darin, daß die Signaturen auf einem qualifizierten Zertifikat beruhen und von einer sicheren Signaturgesetzerstellungseinheit erstellt werden.[772] Solche Erstellungseinheiten sind beispielsweise die Deutsche Post AG und die Deutsche Telekom AG.[773]

In Art. 2 der EU-Richtlinie wird die fortgeschrittene elektronische Signatur näher umrissen. Demnach muß sie folgende Anforderungen erfüllen: a) Sie ist ausschließlich dem Unterzeichneten zugeordnet; b) sie ermöglicht die Identifizierung des Unterzeichners; c) sie wird mit Mitteln erstellt, die der Unterzeichner unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann; d) sie ist so mit den Daten, auf die sie sich bezieht, verknüpft, daß eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann.[774] Um eine Vor- und Rückdatierung von elektronischen Dokumenten auszuschließen, kann bei den Zertifizierungsstellen online ein „Zeitstempel“ eingeholt werden.[775] Die schon aufgeführten Sicherheitsanforderungen werden von der Richtlinie absichtlich

---

[771] Zur Definition der fortgeschrittenen elektronischen Signatur vgl. § 2 Abs. 2 SigG v. 16 Mai 2001 (BGbl. I S. 876 ff.).

[772] *Reisen/Mrugalla* in *Erber/Faller*, Elektronischer Rechtverkehr (2001), S. 56.

[773] Zu allen Betreibern für digitale Signaturen, die zur Arbeitsgemeinschaft Trust-Center gehören vgl. *Bieser* in *Erber/Faller*, Elektronischer Rechtverkehr (2001), S. 72 f. Vgl. ferner § 4 SigG. Zum „elektronischen“ Notar kurz *v. Sponeck,* CR 1991, 269, 271.

[774] Weitere Begriffsbestimmungen bezüglich der fortgeschrittenen digitalen Signatur in Art. 2 der Signatur-Richtlinie und § 2 Abs. 2 SigG.

[775] *Bieser* in *Erber/Faller*, Elektronischer Rechtverkehr (2001), S. 69.

technisch nicht nähert spezifiziert, damit sie anpassungsfähig und offen für die neuen technischen Entwicklungen sind.[776]

Falls all diese Sicherheitsvorkehrungen erfüllt sind und damit die rechtlichen Anforderungen an eine Unterschrift in Bezug auf in elektronischer Form vorliegende Daten in gleicher Weise erfüllt werden wie für handschriftliche Unterschriften in Bezug auf Daten, die auf Papier vorliegen, wird die Signatur von der Literatur und dem Signaturgesetz als „qualifizierte elektronische Signatur" bezeichnet (Art. 5 EU-Richtlinie über elektronische Signaturen und § 2 Abs. 3 SigG)[777].

2. Gleichstellung der elektronischen Signatur mit der handschriftlichen Unterschrift

a) Die Ergründung einer sicheren Infrastruktur

Die Entwicklung der Technik hinsichtlich der elektronischen Signatur wird nicht nur von den nationalen, sondern auch vom europäischen Gesetzgeber Schritt für Schritt verfolgt. Der technische Fortschritt ist rasant, weswegen die seit 1997 in einigen europäischern Ländern geltenden Signaturgesetze (z.B. Italien und Deutschland) einer Überarbeitung und Änderung bedurften.[778] Eine Vereinheitlichung der technischen Standards und der Gesetzgebung in der EU betreffend die elektronischen Signaturen, ist erforderlich. Diesem Bedarf wird die Europäische Signaturrichtlinie gerecht (1999/93/EG)[779]. Diese Richtlinie,

---

[776] *Reisen/Mrugalla* in *Erber/Faller*, Elektronischer Rechtverkehr (2001), S. 56.

[777] Vgl. die EU-Signaturrichtlinie 99/93/EG und das Signaturgesetz v. 16 Mai 2001 (BGbl. I S. 876 ff.) unter http://www.dud.de (zuletzt besucht am 3.7.2002).

[778] Vgl. das noch bis zum 16.5.2001 geltende deutsche SigG und das italienische Gesetz über digitale Signaturen 59/1997.

[779] AblEG L 13/12 v. 19. Januar 2000 (Signaturrichtlinie). Die Unterlagen, die den Einigungsprozeß dokumentieren, sind abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/dg15/de/media/sign/index.htm (zuletzt besucht am 3.7.2002).

die bis zum 19.7.2001 von den Mitgliedsstaaten umzusetzen ist, stellt ein gelungenes gesetzgeberisches Unterfangen dar, das zu einer notwendigen Übereinstimmung der internationalen rechtlichen Entwicklungen bezüglich der elektronischen Dokumente führt.

Nach der schon genannten Signaturrichtlinie sind die Zertifizierungsstellen, die die Zuordnung von öffentlichen Signaturschlüsseln zu natürlichen Personen vornehmen, wofür eine Genehmigung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post erforderlich ist,[780] eine zentrale Figur zur europäischen Qualitätssteigerung der elektronischen Signatur. Die Einrichtung eines freiwilligen Akkreditierungssystems der angebotenen Dienste seitens der Zertifizierungsstellen und die Abstufung der elektronischen Signaturen je nach technischem Stand, bilden eine sichere Infrastruktur für den elektronischen Rechtsverkehr.[781]

b) Die Gleichstellung beider Formen von Urkunden in Frankreich und Griechenland

In Bezug auf diese Infrastruktur, die eine hohe Qualität der elektronischen Signatur gewährleistet, ist nunmehr zwingend, daß die letztere mit der konventionellen Unterschrift gleichgestellt werden muß. Davon ausgehend wurde schon frühzeitig in Frankreich diese Richtlinie umgesetzt. Das am 29. Februar 2000 vom Parlament verabschiedete Gesetz über digitale Beweise und Signaturen stellt die elektronischen Signaturen mit der Schriftform des Art. 1315, 1316 C.C. gleich. Notwendig ist allerdings, daß die Identifikation des

---

[780] Zu dieser Genehmigung vgl. *Kilian*, BB 2000, 733, 734 und *Bieser* in *Erber/Faller*, Elektronischer Rechtverkehr (2001), S. 65, 69-72. Vgl. auch die griechische Umsetzung in Art. 4 §§ 6-7 des Gesetzesentwurfes über elektronische Signaturen und *Christodoulou,* Dike 31 (2000), 1006, 1010.

[781] Instruktiv zum Thema Sicherungsinfrastruktur im SigG und SigRiL *Kilian*, BB 2000, 733, 734.

Unterzeichnenden „gebührend sichergestellt ist“. Der neue Art. 1316-1 C.C. lautet: „Elektronische Schriftstücke sind in gleicher Weise beweisfähig papierene Schriftstücke, soweit die Identität der Person, von der die Erklärung herrührt, in gebührend sicherer Weise festgestellt werden kann und das Schriftstück in einer Weise hergestellt und gespeichert worden ist, die seine Integrität garantiert.“[782]

In Griechenland wird auch eine Änderung der §§ 160 grZGB (gesetzliche Schriftform) und 443 grZPO (Bedingungen der Beweiskraft der Privaturkunden) vorgeschlagen. Eine solche Änderung ist aber nicht erforderlich, denn nicht nur die elektronische Patientenakte, sondern auch alle elektronischen Dokumente fallen unter den Begriff der „mechanischen Aufzeichnungen“ von § 444 Nr. 3 grZPO[783] und haben die Beweiskraft von Privaturkunden.[784]

c) Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers zu erwarten

Diese Gleichstellung stünde im Widerspruch zum geltenden deutschen Recht (Signaturgesetz und einige BGB-Normen[785]). Es ist vor allem das bis zum 16.

---

[782] „L´écrit sous forme électronique est admis en preuve même titre que l´écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu´ il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l´ integrité“. Vgl. ferner *o.V.*, CR 2000, 264.

[783] Art. 444 grZPO: „Als Urkunde gelten auch photographische oder filmische Wiedergaben, Tonaufnahmen sowie jede andere mechanische Aufzeichnung.“

[784] Vgl. grundlegend *Kousoulis*, Neue Schriftformen (1992), S. 114-119; ausführlich *Maniotis,* Digitale Signatur (1998), S. 32-38; *Christodoulou,* Dike 31 (2000), 1006, 1010 f. und instruktiv *Tentes* in *Kerameas/Nikas/Kondyles* (Hrsg.) (2000), Kommentar zur ZPO, § 444 grZPO, Rdnrn. 1, 5.

[785] Darunter ist grundsätzlich § 126 BGB zu verstehen. Der neue § 126 a BGB wird lauten: „(1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muß der Aussteller der Erklärung dem Text seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen. (2) Bei einem Vertrag müssen die Parteien ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.“ Zu diesen

Mai 2001 geltende deutsche Signaturgesetz, das eine Gleichstellung ausschloß und deshalb zweifellos der Anpassung an die Richtlinie für die elektronische Signatur bedurfte. Mit einer offiziellen Annahme des Richtlinienvorschlags war zu rechnen[786]. Dabei wurde die elektronische Signatur, nach der EU-Richtlinie mit der handschriftlichen Unterschrift gleichgestellt. Das am 16. Mai 2001 im Bundestag verabschiedete neue Signaturgesetz hat diese Forderung der EU-Richtlinie nach Gleichstellung der handschriftlichen mit der elektronischen Unterschrift in § 6 Abs. 2 SigG erfüllt.[787]

Diese Gleichstellung beider Arten von Unterschriften und Urkunden wird auch im Rahmen des Bürgerlichen Rechts diskutiert[788] und bleibt abzuwarten. Zur Anpassung der zivilrechtlichen Vorschriften an die elektronische Entwicklung zwingt die EU-Richtlinie für elektronische Signaturen. Infolgedessen wurde eine entsprechende Änderung vom Bundesjustizministerium und der Bundesnotarkammer empfohlen.[789]

Änderungen vgl. *Bieser* in *Erber-Faller*, Elektronischer Rechtsverkehr (2001), S. 74 f. Vgl. ferner *Maennel*, MMR 1999, 187, 190-191.

[786] Die EU-Länder haben eine Frist von 18 Monaten nach dem Inkrafttreten der EU-Richtlinie für elektronische Signaturen, die Regelungen in einzelstaatliches Recht umzusetzen. Im allgemeinen zu dieser Einigung auf eine EU-Signaturrichtlinie vgl. *Schumacher*, CR 1999, 473-475. Zur rechtlichen Anerkennung elektronischer Signaturen im skandinavischen, deutschen und romanischen Rechtskreis sowie in Großbritannien vgl. instruktiv *Müller/Roessler,* DuD 1999, 497-502.

[787] Das neue Signaturgesetz ist auch unter http://www.dud.de abrufbar (zuletzt besucht am 3.7.2002)

[788] Vgl. *Ebbing*, CR 1996, 271, 274; *Schwarz*, Recht im Internet (1999), 6-2.3, S. 31. In diese Richtung tendieren auch einige Urteile des Bundesgerichtshofes: BGH NJW 1990, 188; BGH CR 1994, 29, 30. Ebenso die griechische Literatur zur Einfügung von ergänzenden Vorschriften ins grZGB und in die grZPO nach deutschem Vorbild,; vgl. s.a. *Christodoulou*, Dike 31 (2000), 1006, 1010.

[789] Vgl. *Schwarz*, Recht im Internet (1999), 6.2-3 S. 13-14, wo auch der neue, vom Bundesjustizministerium vorgeschlagene § 126 a angeführt wird und *Deville/Kalthegener*, NJW-CoR 1997, 168, 171, die die Erweiterung der Rechtswirkung der elektronischen Unterschrift und die Ersetzung der Schriftform vorschlagen. Vgl. ABl. EG Nr. C 30 v. 5.2.1999, S. 4 ff.

V. Gleichstellung der elektronischen mit den konventionellen Urkunden

1. Die Eigenschaften einer Urkunde

Wenn die elektronische und die handschriftliche Unterschrift gleichgestellt sind, ist auch eine Gleichstellung der elektronischen Patientenakten mit den Privaturkunden plausibel. Diese Gleichstellung strebt die Signaturrichtlinie an.[790] Durch die elektronische Signatur wird die Fälschungssicherheit der Urkunde gewährleistet. Darüber hinaus sind zusätzlich zwei weitere Bedingungen für den zivilprozessualen Begriff der Urkunde unentbehrlich: Die Schriftlichkeit muß zuerst zu einer gewissen Dauerhaftigkeit des Urkundeninhalts führen, wodurch erstens die jederzeitige Verfügbarkeit ihres Inhalts und zweitens die Verkehrsfähigkeit garantiert wird.

Alle drei Eigenschaften werden heute durch die EDV gewährleistet: a) Das elektronische Dokument, das auch auf einer schreibgeschützten optischen Speicherplatte (die sogenannte „*WORM-Platte*“) oder auf einem gesicherten *Chip* gespeichert wird, ist dauerhaft und jederzeit verfügbar b) Durch die elektronische Signatur wird die Fälschungssicherheit gewährleistet c) Die Verkehrsfähigkeit ist gegeben, weil ein elektronisch verschlüsseltes und signiertes Dokument eine funktionale Äquivalenz mit einer verkörperten Gedankenerklärung hat.[791]

Zusammenfassend ist festzustellen: Solange die „elektronisch signierte“ Patientenakte nicht nur denjenigen zweifelsfrei erkennen läßt, der die Daten selbst eingegeben hat oder hat eingeben lassen, sondern auch einen mindestens gleich guten Schutz gegen Verfälschung des Inhalts bietet, besteht kein Grund, ihr die Beweiskraft zu versagen, die Privaturkunden zukommt. Demzufolge

---

[790] *Kilian*, BB 2000, 733, 734.

[791] *Kilian*, BB 2000, 733, 734.

behauptet *Britz*[792] zu Recht, daß die elektronischen Dokumente eine neue Art von Urkunden darstellen, die durch besondere Rechtsregelung anerkannt werden müssen. Auf diese Regelung wird nachfolgend eingegangen.

2. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Der deutsche Gesetzgeber muß sich diesen technologischen Entwicklungen anpassen, indem er den Beweiswert der elektronischen Signatur klarstellt. Der erste Schritt wurde aufgrund der EU-Signaturrichtlinie (99/93/EG) mit dem neuen Signaturgesetz gemacht (§ 6 Abs. 2 SigG v. 6 Mai 2001). Nun ist eine Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts zu erwarten. Eine solche Anpassung der Zivilprozeßordnung ist im Referentenentwurf des „Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr“ (ZPO) vorgesehen. Folgende Bestimmungen sollen danach ergänzend in die ZPO aufgenommen werden:

§ 292a ZPO: „Der Anschein der Echtheit einer in elektronischer Form vorliegenden Willenserklärung, der sich aufgrund der Prüfung nach dem Signaturgesetz ergibt, kann nur durch Tatsachen erschüttert werden, die es ernsthaft als möglich erscheinen lassen, daß die Erklärung nicht mit dem Willen des Signaturschlüssel-Inhabers abgegeben worden ist. Der Beweis dieser Tatsachen kann auch durch den Antrag auf Parteivernehmung nach § 445 geführt werden.“

---

[792] *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 238. Vgl. ferner *v. Sponeck,* CR 1991, 269, 270 und *Fritzenmeier/Heun*, CR 1992, 129, 132. Vgl. den Vorschlag des EU-Mustervertrages (EU-Empfehlung Com. 90, 475, Artikel 4) und des AWV-Mustervertrages § 10 (Abs. 1: „Elektronische Urkunden haben die gleiche Beweiskraft wie schriftliche Urkunden“). Zu Parteivereinbarungen über die Beweiskraft elektronischer Dokumente *Geis*, Die digitale Kommunikation (1997), S. 84-85.

Damit erhält der Empfänger einer in elektronischer Form abgegebenen Willenserklärung einen höheren Schutz als bei einer herkömmlichen Schrifturkunde. Dies wird in der amtlichen Begründung mit dem „schwächeren Beweiswert der Schrifturkunde“ begründet. Es gibt heute Kopierverfahren, die es ermöglichen, selbst Banknoten in einer auch für Fachleute kaum erkennbaren Weise zu fälschen. Wie viel leichter ist es doch geworden, Unterschriften nachzumachen oder den Inhalt einer Urkunde nachträglich zu verändern, ohne daß dies entdeckt wird. Bei einem verschlüsselten Text reicht die Veränderung nur eines einzigen Zeichens, um automatisch die Hälfte aller elektronischen Ladungszustände zu verändern, so daß die Manipulation sofort erkennbar wird. Der Text wird schlicht unlesbar oder unsinnig. Die Wahrscheinlichkeit einer Fälschung ist deshalb bei einer solchen Urkunde um ein Vielfaches geringer als bei einer Privaturkunde im Sinne des § 416 ZPO.[793]

Aufgrund dessen ist dem Vorschlag von *Heidtmann*[794] über eine ergänzende Vorschrift § 416 a ZPO ebenfalls zuzustimmen. Er erachtet es als notwendig, daß eine gesetzliche Regelung so aufzubauen sei, daß sie alle Dokumente erfassen kann, denen ein Beweiswert zukommt, unabhängig davon, ob sie bereits als Urkunden in Schriftform existieren oder direkt in die Datenverarbeitung eingegeben werden.[795]

§ 416 a ZPO: „Gleich einer privaten Urkunde im Sinne von § 416 ZPO werden auf Datenträgern gespeicherte Dokumente und deren Ausdruck behandelt, wenn es sich um eine Gedankenäußerung handelt, die durch das nach dem Stand der Technik geeignete Verfahren die Datenauthentizität und die Identität

---

[793] *v. Sponeck,* CR 1991, 269, 272.

[794] *Heidtmann* in *Geis*, Das Digitale Dokument (1995), S. 73-80.

[795] Der Satz von *Jäckel* kann hierbei analog angewendet werden: „Es ist gleichgültig, ob der Arzt diese Notizen persönlich niedergeschrieben oder nur diktiert hat“. *Jäckel*, Rechtsnatur der Krankenunterlagen

des Ausstellers erkennen läßt und durch geeignete Techniken und organisatorische Maßnahmen vor Verfälschung gesichert ist."

Zu Recht wird keine bestimmte Technologie vorgeschrieben, um zukünftigen technischen Entwicklungen Rechnung tragen können. Die Freiheit richterlicher Beweiswürdigung bleibt richtigerweise unberührt, solange der vorgeschlagene § 416 a ZPO dem Richter überläßt die Beurteilung, ob die zur Anfertigung der elektronischen Dokumente getroffenen Maßnahmen zur Datenauthentizität und Identität geeignet waren.[796] Der Richter wird zur Anwendung dieses Paragraphen die Hilfe von Sachverständigen benötigen, und zwar nicht von Graphologen, sondern von Informationstechnikern. Durch deren Hilfe wird festgestellt, ob die angewandte Technik die Datenauthentizität und Identität des Ausstellers erkennen läßt.[797]

VI. Die Beweiskraft des Computerausdruckes der elektronischen Patientenakte

Wenn man von einer elektronischen Patientenakte spricht, denkt man zunächst an die Festplatte des Computers, an verschiedene Arten von Disketten (*ZIP, WORM*) oder an andere elektronische Speicherträger[798]. Im Regelfall wird aber vor Gericht kein solcher Speicherträger, sondern der Computerausdruck der geforderten Patientendaten vorgelegt. Wegen seiner bedeutenden Rolle wird nachfolgend auf den Beweiswert des Computerausdrucks eingegangen.

1. Die Rechtslage im Ausland

a) USA

[796] Vgl. *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 238-240.

[797] Vgl. *Christodoulou*, Dike 31 (2000), 1006, 1013.

[798] Vgl. § 10 Abs. 5 S. 1 MBO für Ärzte.

Eine das gesamte amerikanische Zivilprozeßrecht übergreifende Beweisregel ist diejenige des „besten Beweises“ („best evidence rule“). Demnach wird vom Gericht das Original eines Schriftstückes verlangt, wenn dessen Inhalt streitig ist. In Bezug auf die elektronischen Patientenakten wird die Frage gestellt, ob eine hard copy der Patientenakte ein „Original“ im Sinne der best evidence rule darstellt.[799] Nach Rule 1001 Abs. 3 der Federal Rules of Evidence gilt das elektronische Dokument als Original, wenn ein lesbarer Ausdruck vorliegt, der das gespeicherte Dokument genau wiedergibt.[800] Nach dem gleichen Gesetz werden Kopien in gleichem Umfang wie Originale angenommen, es sei denn, es erhebt sich eine Streitfrage über die Authentizität.[801] Dementsprechend kann der Computerausdruck je nach richterlicher Spruchpraxis und Regelungen der amerikanischen Einzelstaaten entweder als Original oder als sein Äquivalent dienen.[802]

Für diese Gleichstellung muß nur die Glaubwürdigkeit (*trustworthiness*) des Computerausdruckes nachgewiesen sein.[803] Das heißt, daß der Aktenverwalter oder Krankenhausträger die Zuverlässigkeit der verwendeten Hard- und Software, der Speicherung, der Zugriffskontrolle und des Ausdruckverfahrens nachweisen muß.[804] Ein Beispiel dafür ist der grundlegende Fall *United States v. Sanders,*[805] in dem das Gericht die in der Förderungsabteilung von

---

[799] Zur *best evidence rule*“ siehe oben A IV 2, S. 118.

[800] Diese Regelung wird auch von vielen einzelstaatlichen Beweisregeln adaptiert, wie z.B. in Florida von *Fla. Stat. Ann.* § 90.951.

[801] *Fed.R.Evid.* 1003.

[802] Vgl. z.B. *Ind.Code* § 34-2-15.5-2, der eine Behandlung des Computerausdruckes der elektronischen Patientenakten als Original aufgrund siner Beweisgeeignetheit fordert.

[803] So z.B. *Cal. Evid. Code* § 1270-1272. Vgl. *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 197.

[804] Siehe oben unter § 10 B, S. 118 ff. d.v.A. zur Ordnungsmäßigkeit der elektronischen Archivierung.

[805] 749 F.2d 195 (5th Cir. 1984).

Medicaid[806] aufbewahrten Computerausdrucke zum Beweis zugelassen hat. Das Gericht begründete sein Urteil damit, daß die Zeugenaussagen der Aktenverwalter (*custodian of the records*) die grundlegenden Anforderungen der *business records* und die Genauigkeit und Glaubwürdigkeit der vorgelegten Computerausdrücke nachgewiesen haben. Als Kriterien für das erforderliche Maß an Authentizität und Identifikation, wie sie von *business records exception* gefordert werden, gelten: Zuverlässigkeit von Hard- und Software, Integrität der Dateneingabe, Verfahren zur Verhinderung von Datenverlusten und Verfahren zum Erstellen von Reproduktionen.[807]

b) Vereinigtes Königreich

Das britische Beweisrecht steht im engen Zusammenhang mit dem amerikanischen. Hierbei gelten auch die im amerikanischen Recht vorgestellten Institute der best evidence rule und des hearsay-Verbotes.[808] Ausnahmsweise werden nach Section 5 des Civil Evidence Act 1968 in elektronischen Dokumenten enthaltene statements unter zwei kategorial unterschiedlichen Voraussetzungen als Beweismittel zugelassen.[809] Zum einen muß zum Nachweis solcher Tatsachen auch eine Zeugenaussage zulässig sein (Abs. 1), andererseits werden besondere Anforderungen an Computer und Dokument gestellt (Abs. 2 ff.). Diese Anforderungen lassen sich im Begriff „ordnungsgemäße (*proper*) Funktion des Computers“ zusammenfassen. Der

---

[806] Programm für Sozialfürsorge. Vgl. *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 146-147.

[807] Zu diesen Anforderungen siehe oben § 13 IV 3, S. 118 f. und *Roach*, Medical Records (1998), S. 328 ff. Vgl. ferner *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 59 f.

[808] Zur *Hearsay-Rule* vgl. oben S. 118.

[809] *Section 5 des Civil Evidence Act* 1968 ist im Original in *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 63-66 abgedruckt.

Computerausdruck ist *secondary evidence*, der lediglich dann als Beweis zugelassen ist, wenn es aus besonderen Gründen am Original mangelt.[810]

Eine britische Regelung, die vom amerikanischem Recht abweicht und sich dem griechischen Prozeßrecht nähert, ist *Section* 10 Abs. 1 der *Civil Evidence Act* 1968, worin der Begriff des Dokuments definiert ist. „Document„ includes a)...b)...c) any disc, tape ... or other device in which sounds or other data (not being visual images) are embodied so as to be capable of being reproduces therefrom; and d) any film, negative, tape or other device in which one or more visual images are embodied so as to be capable (as aforesaid) of being reproduced therefrom…".

c) Frankreich

Im Ergebnis wird auch in Frankreich genauso wie in den USA und im Vereinigten Königreich die Zulässigkeit eines Computerausdruckes des Originals als Beweismittel angenommen, solange dieses eine originalgetreue, unauslöschbare und unveränderliche Reproduktion darstellt. Der Computerausdruck muß jedenfalls dauerhaft sein. Diese aus Art. 1348 Abs. 2 CC abgeleiteten Beweisregeln gelten grundsätzlich für die Kopien der Originalunterlagen, können aber für Computerausdrucke analog angewandt

[810] Vgl. *Heidtmann* in *Geis*, Das digitale Dokument (1995), S. 78 und *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 63-67.

werden.[811] Zu dieser Gleichstellung trägt auch die Anwendung der *signature informatique* bei.[812]

2. Schlußfolgerungen für Deutschland

Diese Heranziehung der internationalen Gesetzgebung und Rechtsprechung kann auch die deutsche Rechtsprechung bezüglich der Würdigung der Computerausdrucke auf den richtigen Weg führen. Auch wenn das anglo-amerikanische Beweisrecht nichts mit den deutschen Beweisregeln gemein hat, die zwischen Urkunden und Augenscheinsobjekten unterscheiden, bleibt der rechtliche Hintergrund der gleiche: Die Computerausdrucke sind unter einigen unabdingbaren Voraussetzungen wie die anderen Unterlagen zu behandeln. Die flexible französische Regelung über die Behandlung der Kopien als Originale spricht auch für den hohen Beweiswert der Computerausdrucke (Art. 1348 Abs. 2 CC).

Eine Gleichbehandlung der Computerausdrucke mit dem Original ist auch nach deutschem Recht zu billigen. Die elementaren Bestandteile des Urkundenbegriffs werden grundsätzlich auch durch den Computerausdruck erfüllt.[813] Er ist dauerhaft und jederzeit verfügbar sowie verkehrsfähig. Eine Frage erhebt sich nur bezüglich des dritten Merkmals des Urkundenbegriffs, nämlich der Fälschungssicherheit. Eine ohne Sicherungsvorgänge

---

[811] „Elles reçoivent aussi exception lorsqu' une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidele mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l' origninal qui entraîne une modifikation irréversible du support." (Art. 1348 Abs. 2 CC nach dem Gesetz Nr. 80-525 v. 12 Juli 1980). Vgl. dazu Civ. 1re, 25. Juin 1996; Bull. civ. I, n° 270; Contrats concurrence consommation 1996, 183 Anm. *Leveneur*; Civ. 1re 9. Mai 1996 . Bull. civ. I, n° 190; RTD civ. 1997, 163, Anm. *Gautier*. Vgl. ferner zur Urkundenqualität von Vervielfältigungen im deutschen Recht *Schreiber*, Urkunde im Zivilprozeß (1982), S. 28ff.

[812] Instruktiv *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 82.

[813] So grundlegen *Britz*, Urkundenbeweisrecht (1996), S. 460 f. und *Hartmann* in *Baumbach/Lauterbach*, KurzKomm (2001), Überschrift 415 Rdnr. 3.

vorgenommene Digitalisierung begünstigt besonders spurenlose Verfälschungen. Lediglich durch die elektronische Signatur, die mit Sicherheit den Aussteller einer Datei identifizierbar macht und die Authentizität des in der Urkunde enthaltenen Textes gewährleistet, wird sichergestellt, daß ein elektronisches Dokument echt ist. Sonstige Sicherheitsvorkehrungen, wie z.B. Software, die den Zugriff von Unbefugten ausschließt und jede Änderung dokumentiert, können ebenfalls eine hohe Fälschungssicherheit garantieren.

Falls jedoch die Authentität bestritten wird, wäre es ratsam, wie in den USA den Krankenhausträger oder Aktenverwalter (*custodian of the records*) als Zeugen zu vernehmen. Sie sollten die Zuverlässigkeit der verwendeten Hard- und Software, der Speicherung, der Zugriffskontrolle und des Ausdruckverfahrens nachweisen. Liegt eine fälschungssichere Organisation zugrunde, bietet sie dem Richter ein Indiz für die Unverfälschbarkeit des elektronischen Dokuments. Nicht Arzt und Krankenhaus müssen dann beweisen, daß das im Prozeß vorgelegte Dokument fälschungssicher ist. Vielmehr obliegt es dem Prozeßgegner zu beweisen, daß die in dem Dokument enthaltenen Tatsachen falsch sind. Daraus folgernd ist für den deutschen Richter der richtige Weg zur Behandlung der Computerausdrucke schon angedeutet: er muß sie als Original ansehen. Einzige unabdingbare Voraussetzung dafür ist die Einhaltung der zu einer ordnungsgemäßen Archivierung erforderlichen Maßnahmen.[814]

Nur wenn den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Archivierung nicht entsprochen wurde, sind Zweifel an der Vollständigkeit oder der Originalität der gespeicherten Daten und an ihrem Ausdruck angebracht. In diesem Fall entfällt der Anschein für die Richtigkeit der Eintragung und der Arzt bleibt mit dem Beweis belastet. Der Richter muß überzeugt werden, daß die elektronische

[814] Zu diesen Maßnahmen vgl. oben § 10 D III, S. 118 ff. d.v.A.

Archivierung *proper* (angemessen) im Sinne des englischen Rechts ist, damit er die Computerausdrucke der elektronischen Patientenakte als vollen Beweis annehmen kann. Welche Hard- und Software angemessen und welche Art von Speicherung ordnungsgemäß ist, wurde schon in den Kapiteln §§ 10 und 11 aufgezeigt.

§ 13. Wartung und Fernwartung

A. Problemstellung

I. Die technische Entwicklung

Wie alle technischen Geräte unterliegen auch die EDV-Anlagen dem Verschleiß. Deshalb hat der Betreiber seiner Organisationspflicht nachzukommen und diese Anlagen in regelmäßigen Abständen durch Fachpersonal warten zu lassen. Dazu gehören die sicherheitstechnischen Kontrollen gemäß § 11 MedGV und §§ 2, 23 Abs. 2 MPG, die Kontrolle der Aktualität des im System gespeicherten Wissens und die Anschaffung von aktualisierten Versionen der Systeme.[815] Außerdem hat der Betreiber von EDV-Anlagen dafür zu sorgen, daß im Störfall der Fehler dem Hersteller angezeigt und die Reparatur, wenn es dringlich ist, unverzüglich durchgeführt wird.[816]

Demzufolge hat die Digitalisierung der Patientenakte die Zweierbeziehung Arzt-Patient erheblich erweitert. Zu dem Personal, das in unmittelbarem Zusammenhang mit der Behandlung steht und auf personenbezogene Daten zugreift, gesellt sich das für die Wartung der Hard- und Software von EDV-Anlagen zuständigen Fachpersonal.[817] Hierbei wird die

---

[815] Zustimmung verdient insoweit der ablehnende Beschluß des Ausschusses für Forschung, Technologie und Technikfolgenabschätzung zum Antrag der SPD, die Bundesregierung aufzufordern, daß sie u.a. das Bundesgesundheitsamt veranlaßt, eine regelmäßige technische Kontrolle von computergestützten Patientenüberwachungssystemen durch die Ärzte zu fordern, da diese Pflicht bereits besteht; vgl. A-Ds. 12/188, Protokoll Nr. 19.

[816] Vgl. den ähnlichen Fall der Verwendung eines elektronischen Fristenkalenders durch einen Rechtsanwalt: BGH, BB 1997, 16 ff.

[817] In den USA werden noch mehrere Personen bei der Ausübung und Überprüfung der ärztlichen Tätigkeit eingesetzt. *Managed Care* hat eine entscheidende Rolle für die

Schweigepflicht erheblich bedroht, denn dieses technische Personal hat uneingeschränkten Zugriff zu zentralen Datenbanken des Krankenhauses. Die Datenbanken zeichnen sich durch die Leichtigkeit des Informationsflusses und durch die enorme Fülle von Daten aus. Der unbefugt auf elektronische Patientenakten Zugreifende erhält wesentlich viel mehr Material als derjenige, welcher sich einzelne Krankenblätter oder auch Karteien aneignet. Darüber hinaus kann er Patientendaten auf elektronische Speicherträger (Diskette, ZIP-Diskette, CD oder Festplatte seines Laptops) blitzschnell speichern, ohne Spuren zu hinterlassen.[818] Im Gegensatz dazu wäre bei der papierenen Dokumentation eine Weitergabe der Krankenunterlagen gleich festzustellen.

Hinzu kommt die zunehmend geschlossene Vernetzung zwischen den Arztpraxen und den Krankenhäusern, die den Datenaustausch im Interesse der Medizin zwar erleichtern, aber vom EDV-Fachmann zur Verbreitung personenbezogener Daten benutzt werden kann.[819] Die dabei möglichen Schäden reichen bis zum finanziellen und gesellschaftlichen Ruin, solange es nicht um bloße, mehr oder weniger belanglose Nachrichten, sondern um hochsensible, dem Arzt anvertraute personenbezogene Daten geht. Folglich ist nicht nur der Kreis der Wissenden aufgrund der Digitalisierung der Patientenakte gewachsen, sondern damit auch die Gefahr, daß nicht für die

---

Erweiterung des Kreises der im Gesundheitssystem mitarbeitenden, die Zugriff auf personenbezogenen Daten haben; *Roach*, Medical Records (1998), S. 17 ff; vgl. ferner *Sage*, Columbia L.R. 99 (1999), 1701 ff. Bezüglich des erweiterten Kreises der auf die Patientenakte im Vereinigten Königreich Zugreifenden gegenüber *Davies* Vorbehalte anhand von Rechtsprechungsbeispielen; *Davies*, Medical Law (1996), S. 28 f.

[818] Anders in den USA vgl. unter http://www.law.com (zuletzt besucht am 3.7.2002).

[819] Zur medizinischen Kommunikation siehe *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin (2000), S. 7-9.

Öffentlichkeit bestimmte Informationen in die Hände Unbefugter gelangen.[820]

II. Der Schatz an Einsichten und Interessen

Die Gefahr eines unbefugten Zugriffs ist bei einer Fernüberwachung noch größer als bei der internen Wartung. Durch den Einsatz verschiedener Kommunikationsmedien (Bild-Telefon, Telefax, E-Mail und dem internationalen Computernetz Internet mit dem Informationsdienst World Wide Web) können hochsensible personenbezogene Daten weltweit übermittelt werden. Im Internet kann jedermann auf diese Daten zwar eher theoretisch, aber im Ausnahmefall praktisch zugreifen. Selbst wenn der Übermittlungsweg gesichert ist, wird der Kreis der Wissenden grenzenlos erweitert. Dabei weiß niemand, wie viele Fachleute in der Datenempfänger-Dokumentationsstelle Zugriff zu diesen Daten haben. Die zunehmende Skepsis der Juristen gegenüber diesen technischen Möglichkeiten betrifft zentral die Folgen für den Datenschutz und die ärztliche Schweigepflicht. In der juristischen Fachliteratur werden grundsätzlich zwei Lösungen erörtert: entweder muß der Patient in die Anwendung dieser Kommunikationstechnologien einwilligen,[821] oder es soll die Anwendung dieser technischen Kommunikationsmöglichkeiten für unzulässig erklärt werden.[822]

---

[820] Heutzutage verfügen 55 Praxen über Intranet und 300 Gesundheitsinstitutionen sind in Deutschland miteinander elektronisch vernetzt. So *Richter-Reichhelm* auf dem Symposium für Juristen und Ärzte (16. und 17. Februar 2001), Berlin; ZaeFQ 2001, 620-623.

[821] So *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 339.

[822] So *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517-519. Vgl. *Köhler*, Medizinische Dokumentation (1997), I-3, S. 4.

Dagegen wenden sich die Medizininformatiker. Sie halten Wartung und Fernwartung für datenschutzsichere Methoden und verzichten auf die juristische Lösung in Form der Einwilligung, weil sie ihrer Meinung zufolge das Krankenhaus mit enormer Bürokratie belastete. Demnach dürfe der technische Fortschritt nicht zurückstehen. Elektronische Patientenakte und Wartung seien kommunizierende Röhren. Unabhängig davon, ob der Gesetzgeber durch Verabschiedung eines Verbots oder der Patient durch die Verweigerung einer Einwilligung die Wartung sabotiert, ist bei Unzulässigkeit einer Wartung (bzw. Fernwartung) auch auf die elektronische Patientenakte im ganzen zu verzichten, weil dann letztere zu gefährlich wäre. Kann aber unser Gesundheitssystem auf die Digitalisierung und die Modernisierung verzichten? Nach Meinung praxisnaher Medizininformatiker verwickeln sich um die Datensicherheit besorgte Juristen in ihrer Argumentation in Widersprüche und diffuse Aussagen.

Hinzu kommen die essentiellen Interessen von Krankenhausträgern und Computer-Firmen (wie z.B. Philipps oder IBM), die im Regelfall die Wartung übernehmen. Das Interesse beider konzentriert sich auf eine preisgünstige Wartung. Für den Krankenhausträger heißt eine sichere, aber damit auch kostenaufwendige Wartung stets auch Kostenerhöhung, die er auf jeden Fall vermeiden will. Andererseits sind die Überwachungsfirmen eher wenig an dem Datenschutz der Patientendaten interessiert, solange alle Krankenhäuser eine keine Anonymisierung vorsehende Hard- und Software einkaufen. Eine Anonymisierungsmöglichkeit erhöhte die Preise nicht nur ihrer Software, sondern auch ihrer Hardware (im Fall der

Hardware-Token-Anwendung)[823] und machte im Ergebnis die Produkte der Firma auf dem Markt konkurrenzunfähig. Die „Kosten/Nutzen-Analyse“, ein häufig anzutreffendes Prüfungskriterium der Ethik-Kommissionen,[824] muß deshalb vorgenommen werden.

Das Problem ist auf den ersten Blick heikel, weil viele verschiedene gegeneinander gerichtete Interessen betroffen sind. Die möglichen Lösungen sind aber vielfältiger Art; sie können rechtspolitisch, rein dogmatisch, aber auch technisch ausgerichtet sein. Der Verfasser dieser Arbeit hat sich für nachfolgend dargestellte Lösungen entschieden. Eines aber wird in den nächsten Jahren in der Rechtsprechung, der Literatur und der Gesetzgebung als streitig zu würdigen sein: die Leistungsfähigkeit des geltenden Rechts.

B. Eine rechtspolitische Frage

Solange die Frage nach der Leistungsfähigkeit des geltenden Rechtes gestellt wird, muß man den Zustand in anderen Rechtsordnungen berücksichtigen. Eine in allen entwickelten Ländern relevante Rechtsfolge wird hierbei erörtert: Was ist für unsere Rechtsordnung wichtiger: eine rasche – aber auch datenschutzrechtlich unzuverlässige - Modernisierung unseres Gesundheitssystems, oder eine sich mit langsamen, aber sicheren Schritten entwickelnde Digitalisierung? Zur Erörterung dieses Problems erweist sich die amerikanische Literatur als besonders aufschlußreich.

---

[823] Zu Hardware-Token siehe unten das EDV-Glossar unter „Token“. Zu neueren Entwicklungen bezüglich Smart Card Token in den USA vgl. *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 88 f. und 91 f.

[824] Vgl. *Freund*, MedR 2001, 65, 67 m.w.N.

I. Die Rechtslage in den USA

1. „Free Flow of Information“

Die Applikation der neuen Technologien setzt eine informationsoffene Gesellschaft voraus. Als eine solche läßt sich die amerikanische identifizieren. Dort ist das „right to know“ erstmals 1966 im „Freedom of Information Act“ (FOIA) kodifiziert und nach den traumatischen Erfahrungen von Watergate (1972-1974) zugunsten einer umfassenden Verwaltungsöffentlichkeit 1974 verbessert worden. Diese vom FOIA angebotene Informationsfreiheit ist im Jahre 1988 durch den *Computer Matching Act* und im Jahre 1996 durch den „Electronic Freedom of Information Act“ erweitert worden.[825] Anders als in der Bundesrepublik Deutschland hat grundsätzlich jeder Bürger (*any person*) einen Zugang zu den Akten (*records*) der Verwaltung.[826] Der öffentliche Zugang von „Jedermann“ zu den Regierungs- und Verwaltungsinformationen ist nach amerikanischer Auffassung eine Grundvoraussetzung für die Ausübung der Rechte des amerikanischen Volkes als Staatssouverän. Im Zentrum dieser Konzeption steht das Argument, daß die Wähler ein Recht auf (politische) Selbstbestimmung haben, um vorhandene Machtstrukturen zu durchleuchten. Es geht dabei um den Zugang zu einem für die Teilnehmer offenen Informationsmarkt. Das Internet soll u.a. ein Netzwerk zwischen den Politikern, der Verwaltung und den Bürgern bilden, um letztere besser

---

[825] Zur Kritik dieser Freiheit im Cyberspace vgl. *Lessig*, Harv.L.R 113 (1999), 501, 504 ff, 519ff.

[826] Das Recht gilt vorbehaltlich begründeter Ausnahmen zum Schutz von staatlichen und individuellen Rechten (z.B. medizinische Akten und vergleichbare Akten, deren Offenlegung einen eindeutig unzulässigen Eingriff in den Datenschutz darstellen würde; Geschäftsgeheimnisse). Vgl. S*chwarz***,** Iowa L.R. 96 (1995), 592 ff.

am Prozeß der demokratischen Willensbildung zu beteiligen (z.B. an Gesetzesentwürfen und Planungsvorhaben).[827]

Nach verbreiteter Ansicht ist ein allgemeines Informationszugangsrecht zum Internet absolut erforderlich, wobei der Aspekt des Datenschutzes in den USA bislang vernachlässigt wurde.[828] Informationsfreiheit („freedom of information") ist die herrschende Doktrin in den USA. Dabei überwiegt die Informationsfreiheit die übrigen Privatinteressen, weil sie im amerikanischen Staats- und Politikverständnis dem Bürger und der Demokratie am besten dient. Deshalb sind in den USA die Ärzte verpflichtet, ihre Dokumentation weiteren Ärzten, Forschern, Krankenversicherungen und Verwaltungsinstitution zu offenbaren. Um die Erleichterung und Verbesserung des Informationsaustausches zwischen den Krankenhäusern und den verschiedenen medizinischen Institutionen bemüht sich auch der im Jahre 1996 im Kongreß verabschiedete Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA).[829] Insofern hat sich die USA in der rechtspolitischen Frage nach rascher Digitalisierung langsamer und datenschutzrechtlich zuverlässiger Modernisierung für die erstgenannte Option entschieden.

---

[827] Vgl. *Hanfeld*: Das elektronische Volk, FAZ v. 24.02.1997, S. 35. Vgl. ferner *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 1, Rdnr. 19.

[828] Vgl. Interview v. *Titus Arnu* mit Spiros Simitis: Der gläsernde Surfer, SZ v. 04.03.1997. Vgl. auch im Bereich der Cyberspace *Lessig*, Harv.L.R 113 (1999), 501 ff.

[829] Instruktiv zu den fünf „Schritten", die in der HIPAA vorgesehen sind, um die elektronischen Standards zu vereinheitlichen vgl. *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 14 f.

2. „Right of Privacy“

Absolute Freiheit kann häufig zur Mißachtung von Grundrechten führen. Als Schutzschild des Bürgers gegen die Informationsfreiheit wird in den USA an das verfassungsrechtliche „right of privacy“ appelliert, das durch den *Privacy Act* verstärkt wird.[830] Einige Aspekte dieses schillernden Rechts, das angesichts staatspolitisch kritischer Ereignisse (z.B. Watergate- und neuer Clinton-Affäre)[831] und vor dem Hintergrund der auf Kreditwürdigkeit basierenden Wirtschaft[832] besondere Bedeutung in den USA gewonnen hat, sind das „right to be alone“ und die „computer privacy“. Diese doppelt anerkannten Rechte sind die Gegenreaktionen auf die vorhandene Gefahr, durch Verwendung von Kreditkarten und anderen Chipkarten Schlüsse auf die Lebensführung der Person des Benutzers ziehen zu können.[833] Diese Möglichkeiten einer computerisierten Registrierung[834] und Überwachung des täglichen Lebens der

---

[830] Der bahnbrechende Aufsatz von *Warren/Brandeis* „The Right to Privacy“ 4 Harv.L.R. 193 (1890) führte erst nach langjährigen Diskussionen zur Anerkennung dieses Rechts. Erst im Jahre 1965 rechtfertigt die United States Supreme Court-Entscheidung *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 85 S.Ct. 1678, 14 L.Ed. 2d 510) die Stellungnahme von *Warren/Brandeis*. Gestützt wird das „right of privacy“ auf das erste, das vierte und fünfte Amendment, die *Bill of Rights*, das neunte Amendment und das Verständnis des vierzehnten Amendment von persönlicher Freiheit und deren Begrenzung durch staatliche Eingriffe. Vgl. auch *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 12 ff m.w.N.

[831] Vgl. *Andrews*, An Overview of the Emerging Statutory „Right“ of Information Privacy Law and Computer Technology 1977, Nr. 4: 82, 83 und *Stuntz*, O.J.Simpson, Bill Clinton and the Transubstansive Fourth Amendment, Harv. L.R. 114 (2001), 842-876 für beide Affären entsprechend.

[832] *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 36 f.

[833] Die amerikanische Presse berichtete von Fällen, in denen Computer fälschlicherweise Personen als kreditunfähig abstempelten oder unzulässigerweise einen Zahlungsverzug vorgaben. Vgl. *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 36.

[834] Vgl. zur amerikanischen Kritik an der Errichtung einer Nationalen Datenbank *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 37-38.

amerikanischen Bürger sind durch die „computer privacy“ gehemmt. Insofern sind das „right to know“ und das „common law right to privacy“ als widerstreitende Interessen anzusehen.[835]

Das „right of privacy“ dient als Rechtfertigungsgrund der „medical confidentiality“.[836] Eine Geheimhaltung medizinischer und vergleichbarer Akten, deren Offenbarung einen eindeutig unzulässigen Eingriff in das „right of privacy“ darstellte, ist in den USA anerkannt, auch wenn die „medical confidentiality“ nicht so übergreifend wie in Deutschland ist.[837]

3. „Medical Confidentiality“

Gesetze (*Statutes*) über die ärztliche Schweigepflicht sind nicht in allen amerikanischen Bundesstaaten vorhanden, und die Mehrheit der schon existierenden betrifft nicht die Übermittlung von Daten an Dritte. Im Verfassungsrecht (*Consitutional Law*) sind die Rechte des Patienten nicht eindeutig eingegrenzt und deshalb schwer zu bestimmen.[838] Das einzige Recht, das die Offenbarung von Privatdaten betrifft und sich hierbei zum Vergleich eignet, ist das auf dem „*common law*“ beruhende „*right of privacy*“.[839] Dieses Recht wird in zweierlei Hinsicht tangiert: entweder in

---

[835] *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 39.

[836] *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 39.

[837] Überblick bei *Kneifel*, CR 1990, 353 ff m.w.N.

[838] Vgl. statt allen *National Research Council,* Electronic Health Information (2000), Tabelle 2.1 und S. 39 ff.

[839] Zum Thema „medical confidentiality“ vgl. grundlegend *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 100-105; mit instruktiven Beispielen aus der Rechtsprechung und vergleichend zu den zahlreichen „state laws“ *Roach*, Medical Records (1998), S. 274-277; *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 4-8; ausführlich mit technischen Vorschlägen zum Schutz der „medical confidentiality“ *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 39 ff und passim. Zum Konflikt zwischen „right of privacy“ and „public disclosure of private facts“ bezüglich der Patientendaten vgl. grundlegend *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 10-17.

Form einer öffentlichen Verbreitung von Privatgeheimnissen (was als „*tort*“ gekennzeichnet wird) oder in Form eines absichtlichen Eindringens in die Privatsphäre des Bürgers. Die erste Form stellt keine Verletzung des right of privacy dar, falls ein *legitimate interest in the information* des Datenempfängers vorhanden ist.[840] Hinsichtlich der zweiten Form muß das absichtliche Eindringen in die Privatsphäre des Patienten sehr stark ausgeprägt (*highly offensive*) sein, was bisher aber selten von den amerikanischen Gerichten in arzthaftungsrechtlichen Fällen anerkannt wurde.[841] Daraus folgend sind die medizinischen Daten in rechtlicher Hinsicht in den USA schwächer und damit weniger geschützt als in Deutschland.[842]

4. Ergebnis: Wartung und Fernwartung einwandfrei zugelassen

Zusammenfassend hat sich die USA für einen freien Informationsaustausch entschieden, der die Modernisierung und Digitalisierung nicht nur im Gesundheitswesen, sondern in allen Bereichen erleichtert. Infolgedessen dominiert die Informationsfreiheit (sog. „free flow of information“) über das “Recht allein gelassen zu werden“ und die „computer privacy“.[843] Ein Datenschutzgesetz im deutschen Sinne ist nicht vorhanden.[844] Aus allen

---

[840] Vgl. *Porten v. University of San Francisco*, 64 Cal. App. 3d 825, 134 Cal. Rptr. 839, 841 (1976) und *Miller v. Motorola*, 202 III. App. 3d 976, 560 N.E.2d 900, 902 (1990).

[841] Vgl. *Miller v. Motorola*, 202 III. App. 3d 976, 560 N.E.2d 900, 903 (1990) und *Mares v. Conagra*, 971 F.2d 492, 496-497 (10th Cir. 1992).

[842] Der Schutz der medizinischen Daten wird auch von dem bundesweit geltenden Employee Retirement and Income Security Act (ERISA) gewährleistet. Dazu *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 46-47. Vgl. zum Einsatz von Sicherheitsstandards von ERISA und zur Haftung bei ihrer Beeinträchtigung *Corporate Health Insurance v. Texas Department of Insurance* (215 F.3d 526, 5th 2000) und die Anmerkung in Har. L.R. 114 (2001), 1406 ff.

[843] Vgl. *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 39 f.

[844] Die *Privacy Act* ist viel flexibler als das detaillierte Bundesdatenschutzgesetz.

diesen Gründen stellt sich die Frage der Zulässigkeit der Wartung oder Fernwartung überhaupt nicht. Sie werden beide als zulässig betrachtet.

II. Die Rechtslage in der Europäischen Union und in Deutschland

1. Datenschutz hat Vorrang

Die europäischen Erfahrungen sind verschieden von den amerikanischen. Unbeschränkte Freiheit geht zu Lasten des Individuums. Der französische Liberalismus (laissez-faire, laissez-passer) hatte als Resultat einen Bedarf am Schutz des Individuums hervorgebracht, denn *homo hominis lupus est* (Hobbes). Unabwendbares Ereignis der nach der Französischen Revolution herrschenden *liberté* war der Code Civil, der den Schutz der Bürgerrechte garantierte. Unbeschränkte Informationsfreiheit kann deshalb in demokratischen Staaten nicht existieren, weil sie stets zu Lasten der Privatinteressen des Bürgers geht. Aus diesem Grund werden allerdings in letzter Zeit Informationsfreiheit und Privatsphäre immer häufiger als Gegenpole empfunden, anders als in den USA, wo „privacy" (Privatheit) auch Informationsfreiheit heißen kann, indem sie zu einem der Rechte des Bürgers erhoben wird.[845]

Ein erster Versuch, die europäischen Bürger vor dem unbeherrschbaren Informationsmißbrauch zu schützen, wird in Art. 5 Abs. 2 EMRK unternommen.[846] Das Datenschutzrecht wurde auch deshalb entwickelt, um den Konflikt zwischen Informationsfreiheit und Privatsphäre lösen zu helfen. Sein Zweck war, „das Vertrauen der Bürger zum Staat im Zeitalter

---

[845] Bezeichnend und stellvertretend *Simitis,* der Datenschutz und Informationsfreiheit als „höchst unterschiedliche, sich prinzipiell widersprechende und deshalb tendenziell ausschließende Regelungsansätze" gekennzeichnet hat; in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 1, Rdnr. 19. Vgl. ferner *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 11-17.

des Computers“ [847] zu erhalten. Deutschland spielt eine führende Rolle im Datenschutzrecht, und zwar nicht nur auf europäischer Ebene, sondern weltweit. Das im Jahre 1970 verabschiedete Hessische Landesdatenschutzgesetz, das die weltweit früheste gesetzliche Regelung zum Datenschutz darstellt, [848] und die zahlreichen (Landes- u. Bundes-) Datenschutzgesetze legen davon Zeugnis ab. Deutschland hat die EU für das Thema Datenschutz sensibilisiert und bei der Verabschiedung einer europäischen Richtlinie über Datenschutz wesentlich beigetragen (1995/46/EG). Dadurch wurden die Mitgliedstaaten verpflichtet, dem deutschen Vorbild zu folgen und entsprechende Datenschutzgesetze zu verabschieden.

2. Europäische Informationsfreiheit

Trotz des geschilderten strengen Datenschutzes in Europa, wo Deutschland eine führende Rolle spielt, gibt es eine gewisse – wenn auch wesentlich eingeschränkte – Informationsfreiheit. Erst der politisch-institutionelle Evolutionsprozeß von der Europäischen Gemeinschaft (EG) zur Europäischen Union (EU), abgeschlossen durch den am 07.02.1992 in Maastricht unterzeichneten EUV, hat die Rahmenbedingungen für eine Informationsfreiheit zwischen allen Mitgliedsstaaten geschaffen.[849] Die

---

[846] Sehr kritisch zu diesem Artikel *Politis,* Arzthaftung (1996), S. 69.

[847] Auszug aus der Presseinformation der Hessischen Staatskanzlei vom 20. April 1970 in *Jacob,* ZaeFQ 1999, 722, 723 zitiert.

[848] In Frankreich und in Kanada waren Gesetzesvorlagen zum Datenschutz gescheitert. In den USA gab es seit 1968 spezielle gesetzliche Regelungen über private Auskunfteien und deren Rechenschaftspflichten. Der Bundesstaat Kalifornien hatte den allgemeinen Zugang zu öffentlichen Akten eingeschränkt und erlaubte jedem Bürger nur noch Einsicht in seine eigenen Unterlagen. Eine umfassende Regelung für den Umgang mit personenbezogenen Daten bestand jedoch noch nirgendwo. Vgl. auch *Jacob,* ZaeFQ 1999, 722, 723 f.

[849] *Schweitzer/Hummer*, Europarecht (1996), Rdnr. 54.

Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt durch den freien Dienstleistungs-, Kapital- und Zahlungsverkehr hatte als unabwendbare Folge die Schaffung eines gemeinsamen Raums, in dem Informationen frei fließen und massenhaft ausgebreitet wurden.[850] Für diese Informationsfreiheit legt die Empfehlung Nr. R (81) des Europarates Zeugnis ab. Darin wurde konstatiert, daß es zu den Voraussetzungen einer funktionierenden Demokratie gehöre, den Bürgern „Informationen mit Öffentlichkeitsbezug" bekannt zu machen und ihnen diesbezüglich ein Informationszugangsrecht zu gewähren.[851] Dieser Empfehlung sind viele europäische Länder gefolgt.[852]

In Deutschland erschien der Gesetzgeber allerdings zurückhaltend gegenüber der Ausdehnung dieser Informationsfreiheit. Informationsverbreitungs- und Zugangsrechte finden sich nicht von ungefähr nur sparsam im Grundgesetz. Dazu gehören: die Freiheit der Meinung, der Presse und des Rundfunks (Art. 5 Abs. 1 GG) sowie die Freiheit der wissenschaftlichen Forschung und Lehre (Art.5 Abs.3 GG), die den Wissenschaftler beim Auffinden von Informationen, ihrer Deutung und Weitergabe schützen will.[853] Das Informationsrecht nach Art.5 Abs. 1 GG

---

[850] Nur dadurch kann die „Aufgabe der Europäischen Union", „die Beziehungen zwischen den Völkern der Mitgliedsstaaten kohärent zu gestalten" (Art. A EUV), erreicht werden. Vgl. *Schweitzer/Hummer*, Europarecht (1996), Rdnr. 1069, 1189, 1210-1211.

[851] Vgl. auch Empfehlung Nr. 854 (1979) vom 1.2.1979 und *Vassilaki*, CR 1991, 91. Die Tendenz, die Informationsfreiheit in der EU zu verstärken, wird auch von der Richtlinie des Rates v. 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen der Umwelt bestätigt; Abl. EG 1990 Nr. L 158, 56. Die Richtlinie wurde erst im Jahre 1994 in deutsches Recht umgesetzt.

[852] Vgl. die Informationsfreiheitsgesetze der Niederlanden, Frankreichs, Finnlands und Schwedens.

[853] Zum Datenzugang aus der Informationsfreiheit vgl. *Bizer*, Forschungsfreiheit und informationelle Selbstbestimmung, Baden Baden (1992). Vgl. auch *Weichert*, MedR 1996, 258-261; Stellungnahme der *Zentralen Ethikkommission bei der*

(vgl. auch Art.10 EMRK)[854] gibt jedem das Recht, sich aus „allgemein zugänglichen Quellen“ zu informieren, und mildert den zunehmenden Datenschutz.[855]

3. Hemmung der Digitalisierung wegen Anforderung an datenschutzfreundliche Wartung

Vor dem Hintergrund dieser Verfassungskultur und angesichts der geschilderten legislativen Skepsis hat sich Deutschland für einen alle Bereiche des modernen Lebens übergreifenden Datenschutz entschieden. Die rasche Modernisierung und Digitalisierung kommt erst an zweiter Stelle, so daß der Datenschutz stets Vorrang genießt. Die die Informationsfreiheit begünstigende Europäische Union wurde von dem deutschen Vorbild stark beeinflußt und verabschiedete folglich Richtlinien zum Datenschutz, die den freien Informationsaustausch einschränken.[856] Insofern herrscht ein signifikanter Gegensatz zwischen Europa und den USA (vgl. *Freedom of Information Act*). Europa steht dem auch neuen den Datenschutz potentiell gefährdenden Entwicklungen wie etwa der Wartung und Fernwartung mißtrauisch gegenüber. Deshalb kann nur eine datenschutzfreundliche Wartung und Fernwartung in der EU und in Deutschland akzeptiert werden, und zwar unabhängig davon, ob diese datenschutzrechtlichen Anforderungen unüberwindbare Hürden für die Modernisierung des Gesundheitssystems errichten.

Bundesärztekammer, Sonderdruck DÄBl 1999, A-3201-3204 und *Ferber*, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2000, Bd. 5, S. 211-226.

[854] Zur EMRK betreffend den Datenschutz vgl. *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 53-54.

[855] Vgl. BVerfGE 27, S. 71, 80.

[856] Vgl. EU-Richtlinien zu e-commerce (2000/31/EG), elektronische Signatur (99/93/EG) und Datenschutz (95/46/EG).

C. Datenschutz und ärztliche Schweigepflicht

I. Gemeinsame Aufgaben

Datenschutz und Schweigepflicht sind zwei zusammenhängende, aber sich trotzdem voneinander unterscheidende Begriffe.[857] Die ärztliche Schweigepflicht kann mit gutem Grund als eine frühe Ausprägung dessen gesehen werden, was man heute mit dem Wort „Datenschutz" bezeichnet.[858] Dies bezeugt der Fall *Feeny v. Young*, in welchem es um eine Schweigepflichtverletzung ging,[859] die in den USA eine Debatte über das Datenschutzrecht auslöste.[860] Der enge Zusammenhang zwischen beiden Begriffen besteht darin, daß beide den Schutz der Persönlichkeit bezwecken. Das Arztgeheimnis ist wie auch alle anderen Berufsgeheimnisse (etwa Beicht-, Bank- oder Amtsgeheimnis) eine Anerkennung des Persönlichkeitsrechts des Patienten als unabdingbares Element seiner Würde, die ihm auch im Bundesdatenschutzgesetz und in den Landesdatenschutzgesetzen zuerkannt wird.[861] Den die Intimssphäre schützenden Begriffen der Schweigepflicht und des Datenschutzes kommt

---

[857] Zum Verhältnis Datenschutz zur ärztlichen Schweigepflicht instruktiv *Hermeler*, Rechtliche Rahmenbedingungen in der Telemedizin (2000), S. 84 ff.

[858] *Jacob*, ZaeFQ 1999, 722, 723 u. 726.

[859] *Feeny v. Young*, 181 N.Y.S. 481 (1920). In diesem Fall wurde die Vorführung eines eine Kaiserschnittoperation zeigenden Films als Verletzung des „right of privacy" erachtet. Nach der Vereinbarung mit der Patientin sollte er ausschließlich wissenschaftlichen Zwecken dienen, wurde dann aber von Arzt und Kameramann als Teil eines Kinofilms verwertet. Vgl. auch den ersten amerikanischen Fall, in dem ein Schadensersatzanspruch für außergerichtlichen Geheimnisbruch durch den Arzt untersucht wurde: *Simonsen v. Swenson*, 104 Ne. 224, 177 N. W. 831 (1920). Der beklagte Arzt hatte eine Hotelbesitzerin von der vermeintlichen Geschlechtskrankheit eines Gastes unterrichtet und sie zur Desinfektion von dessen Zimmer veranlaßt.

[860] Vgl. *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 13, 19 und passim.

[861] Zum Selbstbestimmungsrecht als Teil des Persönlichkeitsrechts im Datenschutz vgl. *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 81 ff und *Jacob*, ZaeFQ 1999, 722 ff.

die gemeinsame Aufgabe zu, *den Menschen in seinem Eigenleben vor der Öffentlichkeit zu schützen*.[862]

Eine weitere Aufgabe, der Datenschutz und Schweigepflicht gemeinsam dienen, liegt in der *Verstärkung des informationellen Selbstbestimmungsrechts* des Patienten.[863] Vor dem Hintergrund, eine Verbreitung medizinischer, personenbezogener Daten nur *nach Einwilligung des Patienten* zuzulassen (§ 4 Abs. 1 BDSG) entfaltet der folgende Leitsatz Wirkung: Der Patient soll den Umgang mit diesen Informationen, die in erster Linie ihn persönlich betreffen und deshalb etwa so wie sein Eigentum anzusehen sind,[864] selbst bestimmen dürfen.[865] Gleiche Aufgabe haben „medical confidentiality" und „Privacy Act" in Amerika. Sie sollen ebenfalls das Selbstbestimmungsrecht („right to share and withhold") des Patienten schützen.[866]

II. Unterschiede zwischen den Datenschutz und Schweigepflicht

Dennoch sind die Begriffe Datenschutz und Schweigepflicht nicht völlig identisch. Sie unterscheiden sich in zwei entscheidenden Punkten: 1) sie beziehen sich auf verschiedene Personen und 2) fordern verschiedene Sicherheitsstandards.

---

[862] Vgl. *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 62. Zum Unterschied zwischen Intims- und Privatsphäre vgl. *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II (2000), Rdnr. 376.

[863] Zum Thema „Datenschutz und informationelles Selbstbestimmungsrecht" vgl. grundlegend *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 1, Rdnrn. 163-165.

[864] Zum Eigentum an Patientenakten vgl. *Lenkaitis,* Krankenunterlagen (1979), 63 ff. Zur Rechtslage in den USA *Roach*, Medical Records (1998), S. 88-91.

[865] *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 81 ff und *Jacob*, ZaeFQ 1999, 722, 723.

[866] *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 65 f.

1. Die betroffenen Personen

Die aus dem Strafrecht ins Zivilrecht übertragene Schweigepflicht wird im StGB insofern als Sonderdelikt betrachtet, als nur bestimmte Personen (Ärzte, Berufspsychologen usw.) dies begehen können (§ 203 Abs. 1 StGB). Die ärztliche Schweigepflicht betrifft ferner nur jene medizinischen Daten, die der Arzt im Zusammenhang mit seiner ärztlichen Tätigkeit erhebt.[867] Das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten spielt hierbei eine überaus große Rolle. Der Patient benötigt den Arzt und schenkt ihm soviel Vertrauen, so daß er seine ärztliche Tätigkeit besser ausüben kann. Aus diesem Grund können nur er und die ihm bei der Ausübung seiner Tätigkeit beistehenden Personen das ihnen geschenkte Vertrauen mißbrauchen und so den objektiven Tatbestand des § 203 StGB erfüllen.

Im Gegensatz zu diesen beruflichen Geheimhaltungsvorschriften ist der Datenschutz nicht auf einen bestimmten Bereich beschränkt und regelt im allgemeinen den Umgang mit personenbezogenen Informationen, unabhängig von der konkreten Bedeutung der entsprechenden Daten. Dem Datenschutzrecht unterliegt jeder, so etwa auch die Putzhilfe der Praxis, die im Normalfall keine Einsicht in Daten nehmen können sollte, was aber in Einzelfällen grundsätzlich nicht auszuschließen ist.

So hat auch in den USA die Definition der „privacy“ als „autonomy or control over the intimacies of personal identity“ zur scharfen Trennung von „privacy“ und „confidentiality“ geführt. Während „confidentiality“ nur das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient bezeichnet, das dem Arzt

---

[867] So § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB und § 9 Abs. 1 MBO-Ärzte. Anders im „hippokratischen Eid“, nach welchem der Schweigepflicht auch all dies unterliegt, was der Arzt außerhalb der Behandlung, im gewöhnlichen Leben erfährt („Η ΚΑΙ ΑΝΕΥ ΘΕΡΑΠΗΪΗΣ ΚΑΤΑ ΒΙΟΝ ΑΝΘΡΩΠΩΝ“).

bestimmte Verhaltenspflichten auferlegt, ist „privacy“ ganz allgemein und von jedermann zu beachten.[868]

2. Die Anforderungen

Der zweite Unterschied zwischen beiden Rechtsgebieten steht im engen Zusammenhang zu ihrer historischen Entstehung. Die Schweigepflicht ist so alt wie die Medizin selbst.[869] Merkwürdigerweise haben sich ihr Umfang und ihr Wesen im Laufe der Geschichte nicht stark verändert. Der zunächst für den Absolventen der Asklepiadenschule geltende „hippokratische Eid“ bindet weltweit sämtliche Absolventen aller medizinischen Fakultäten. Hiernach muß der Arzt nur „Stillschweigen bewahren“ (Hippokratischer Eid) und braucht keine besonderen Maßnahmen für den Schutz der Patientendaten treffen. Es reicht aus, daß er diese Geheimnisse Fremden nicht preisgibt.[870]

Im Gegensatz hierzu ist das Datenschutzrecht viel umfangreicher. Es stellt höhere Sicherheitsanforderungen an den Benutzer personenbezogener Daten. Diese strengere Natur des Datenschutzrechts war völlig beabsichtigt. Die (Bundes- und Landes-) Datenschutzgesetze sind eine *Reaktion auf die technischen Neuerungen*. Da zu früherer Zeit die Möglichkeiten neuerer Verarbeitung personenbezogener Daten mittels EDV noch nicht absehbar waren, wurden notwendigerweise entsprechende

---

[868] Vgl. *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 14.

[869] Zur Entstehung und Entwicklung der ärztlichen Schweigepflicht aus der Frühzeit der Heilkunde (2. Jahrtausend v.C.) bis in die Gegenwart vgl. *Goerke*, ZaeFQ 1999, 716 ff.

[870] So auch § 9 Abs. 1 MBO-Ärzte. Im Ergebnis gilt das gleiche für die aus § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB abgeleitete ärztliche Schweigepflicht, die nur vorsätzliches und nicht auch fahrlässiges Handeln unter Strafe stellt (i.V.m. § 15 StGB).

Vorkehrungen getroffen.[871] Die durch die elektronische Datenverarbeitung erhöhte Gefährdung der Geheimnissphäre[872] des Patienten, hat die Ansprüche an die Wahrung des Persönlichkeitsrechts entsprechend verändert. Das Individuum ist der Öffentlichkeit stärker als je zuvor ausgesetzt und muß deshalb nachdrücklich und nachhaltig vor den neuen Kommunikationstechnologien geschützt werden. Diesen daten-schutzrechtlichen Erfordernissen wird im Bundesdatenschutzgesetz durch das Gebot des Einsatzes erhöhter Sicherungsmaßnahmen Rechnung getragen. Die technischen Maßnahmen der Datensicherheit, in allgemeiner Form in der Anlage zu § 9 BDSG beschrieben, sind für medizinische Daten durch den Anhang zu den „Empfehlungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis“ konkretisiert worden.[873] In diesen Empfehlungen wurden auch die organisatorischen Anforderungen festgelegt: die Verpflichtung der Mitarbeiter auf das Datengeheimnis, die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten, die Verpflichtung zur Benachrichtigung des Patienten über die erstmalige Speicherung, die Ansprüche des Patienten auf Auskunft, Berichtigung und Löschung seiner Daten.[874]

---

[871] Vgl. Presseinformation der Hessischen Staatskanzlei vom 20. April 1970 zum Hessischen Landesdatenschutzgesetz und Erklärung der G 7 in ihrem Gipfel zur globalen Informationsgesellschaft im Jahre 1995; Auszüge von beiden Quellen in *Jacob*, ZaeFQ 1999, 722, 723 und 726 entsprechend. Vgl. auch Volkszählungsurteil, BVerfGE 65, 1, 17 und 48 ff (1983) *Simitis* in *Simitis u.a.*, BDSG (1998), § 1 Rdnrn. 22 ff.

[872] Zur Geheimnissphäre als eine Persönlichkeitssphäre vgl. *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 62 und *Simitis* in *Simitis u.a.*, BDSG (1998), § 1 Rdnr. 183.

[873] DÄBl. 1993, B 2201, B 2204 f.

[874] „Empfehlungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis“, DÄBl. 1993, B 2201, B 2203 f.

D. Geltendes Recht und die datenschutzrechtlichen Konflikte bezüglich der Wartung

I. Wartung durch interne Dokumentationsstellen

Unter „internen Dokumentationsstellen“ ist das Personal von Rechenzentren zu verstehen, das die Patientendaten dokumentiert, wobei dem Arzt stets eine „effektive Kontrollmöglichkeit“ verbleibt.[875] Bei diesem Personal handelt es sich um fest in einer Praxis oder in einem Krankenhaus angestellte Techniker, welche die Computer ständig betreuen. Diese Techniker sind in der Tat ein dem Arzt zur Verfügung stehendes Hilfspersonal, das im Regelfall organisatorisch und funktionell getrennt von Praxis oder Krankenhaus arbeitet. Derzeit verfügen sowohl alle Krankenhäuser als auch einige Großpraxen über derartige interne Dokumentationsstellen.

Nach herrschender Meinung in der Literatur ist das EDV-Personal solcher internen Dokumentationsstellen ebenfalls als medizinisches Fachpersonal einzustufen und demnach in die ärztliche Schweigepflicht mit einzubeziehen.[876] Diese Qualifizierung des technischen Personals als „Gehilfen des Arztes“ (§ 203 Abs. 3 S. 1 StGB) findet ihre Rechtfertigung im *Bestehen eines inneren Zusammenhangs* zwischen der unterstützenden Tätigkeit des Gehilfen und der berufsspezifischen Tätigkeit des

---

[875] Wegweisend *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 80; grundlegend *Kilian*, NJW 1987, 695, 697 und *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 340-341. Vgl. ferner *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 518. Zulässig und unbestritten ist die Wartung durch externe Dokumentationsstellen im Vereinigten Königreich; vgl. *Stranberry*, J Telm Telc 1997, 179, 182.

[876] *Kilian*, NJW 1987, 695, 697; *Inhester*, NJW 1995, 685, 688 *Köhler*, Medizinische Dokumentation (1997), I-3, S. 4; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 340 f.; *Lackner*, StGB (1999), § 203 Rdnr. 11 a.

Wartungspersonals.[877] Gehilfen in diesem Sinne sind daher z.B. die Sekretärin[878], die Sprechstundenhilfe[879] oder auch der Buchhalter[880] des Arztes. Hinzu gesellt sich das technische Bedienungspersonal von ärztlichen Apparaturen oder von Bildarchivierungs- und Kommunikationssystemen im Bereich bildgebender Diagnostik, das auch zur Verfügung des Arztes steht.[881]

Wenn für dieses Personal ein innerer Zusammenhang mit dem Behandlungsgeschehen angenommen wird, dann muß nach einem *argumentum a fortiori* dieser Zusammenhang auch für andere ähnlich tätige Gruppen angenommen werden. Insofern ist die teilweise in der Literatur vertretene Meinung gut zu heißen, nach welcher unter die Vorschrift des § 203 Abs. 3 StGB auch das mit technischen Diensten befaßte Personal von Labors, Röntgenabteilungen und internen Dokumentationsstellen fällt.[882] Das entscheidende Argument zur Qualifizierung der internen Fachtechniker als „berufsmäßig tätige Gehilfen" des Arztes sieht die Fachliteratur in der Tatsache, daß dem Arzt stets eine effektive Kontrollmöglichkeit verbleibt.[883] Aus diesem Grund

---

[877] *Wessels/Hettinger*, StrafR BT I (2000), Rdnr. 565.

[878] *Lackner*, StGB (1999), § 203 Rdnr. 11 a; *Lenckner* in *Schönke/Schröder*, StGB Kommentar (1997), § 203 Rdnr. 64.

[879] *Lackner* und *Lenckner* (Fn. 878).

[880] *Tröndle/Fischer*, StGB (2001), § 203 Rdnr. 11. Unter anderen fällt auch die nur gelegentlich in der Arztpraxis ihres Ehemannes mitarbeitende Ehefrau unter die Vorschrift des § 203 Abs. 3 StGB. So *Lackner*, StGB (1999), § 203 Rdnr. 11 a; *Lenckner* in *Schönke/Schröder*, StGB Kommentar (1997), § 203 Rdnr. 64 und *Tröndle/Fischer*, StGB (2001), § 203 Rdnr. 11.

[881] *Lenckner* in *Schönke/Schröder*, StGB Kommentar (1997), § 203 Rdnr. 64. Vgl. ferner zu „PACS" ausführlich *Inhester*, NJW 1995, 685 ff.

[882] *Lenckner* in *Schönke/Schröder*, StGB Kommentar (1997), § 203 Rdnr. 64

[883] *Köhler*, Medizinische Dokumentation (1997), I-3, S. 4; *Kilian*, NJW 1987, 695, 697; *Inhester*, NJW 1995, 685, 688; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 340 f.

fallen die vom Krankenhaus organisatorisch und funktionell getrennten Rechenzentren unter § 203 Abs. 3 StGB.[884]

Diese Qualifizierung des internen technischen Personals zu „Gehilfen des Arztes“ ist auch konform mit Art. 8 III der Richtlinie zum Datenschutz (95/46/EG).[885] Demnach gilt ein Verarbeitungsverbot nicht, „wenn die Verarbeitung der Daten der Gesundheitvorsorge, ... oder der Behandlung für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten erforderlich ist und die Verarbeitung dieser Daten durch ärztliches Personal erfolgt, ... oder durch sonstige Personen, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen“.

Dementsprechend bereitet die Wartung von EDV-Anlagen durch interne Dokumentationsstellen keine großen juristischen Schwierigkeiten. Das technische Personal dieser Stellen wird über § 203 Abs. 3 S. 1 StGB als berufsmäßig tätige Gehilfen in den Kreis der Schweigepflichtigen mit einbezogen, so daß das Patientengeheimnis effizient geschützt ist.

II. Wartung durch externe Dokumentationsstellen

1. EDV-Techniker in der Regel nicht schweigepflichtig

Die EDV-Anlagen werden auch von externen Dokumentationsstellen gewartet. Diese sind Service-Rechenzentren, die einem privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen angehören und die die Dokumentation kommerziell betreiben. Meistens kennt der Arzt die Techniker des selbständigen Unternehmens gar nicht und hat in der Regel auch keinen Einfluß darauf, wer im konkreten Fall die Wartung durchführt. Diese

---

[884] *Tröndle/Fischer*, StGB (2001), § 203 Rdnr. 11. Vgl. ferner *Ehmann*, CR 1991, 293 ff. m.w.N.

[885] AblEG L 281 v.23.11.1995, S. 31.

unpersönliche Beziehung zwischen Arzt und externen Dokumentationsstellen schließt einen inneren Zusammenhang aus und läßt darauf schließen, daß das externe Wartungspersonal in die Praxisorganisation nicht eingebunden ist. Die Tätigkeit des Wartungspersonals ist zwar unterstützender Natur, aber dennoch eigenständig und von der berufsspezifischen Tätigkeit des medizinischen Personals strikt zu trennen.

Diese externen Dokumentationsstellen schaffen nur die äußeren Bedingungen für die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit, ohne daß ein unmittelbarer innerer Zusammenhang bestünde. Vielmehr sind sie mit anderen externen Verrichtungen vergleichbar (z.B. mit dem Tätigwerden von Reinigungkräften oder von mit der Wartung von technischen Geräten betrauten Firmen), die nur in mittelbarem und äußerem Zusammenhang mit dem Behandlungsgeschehen stehen und deshalb keine Schweigepflicht i.S.v. § 203 Abs. 3 StGB nach sich ziehen.[886] Im Gegensatz zum Personal interner Dokumentationsstellen können EDV-Techniker externer Dokumentationsstellen wegen fehlender Kontrollmöglichkeit des Arztes im Regelfall nicht als Gehilfen i.S.v. § 203 Abs. 3 S. 1 StGB angesehen werden.[887]

---

[886] Grundlegend und instruktiv *Lenckner* in *Schönke/Schröder*, StGB Kommentar (1997), § 203 Rdnr. 64. Vgl. ferner *Lackner*, StGB (1999), § 203 Rdnr. 11 a und *Tröndle/Fischer*, StGB (2001), § 203 Rdnr. 11.

[887] So *Kilian*, NJW 1987, 695, 697; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 340 f.; im Ergebnis *Inhester*, NJW 1995, 685, 688; *Köhler*, Medizinische Dokumentation (1997), I-3, S. 4. Ebenso *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517 f. Anders *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 80. Die Argumentation von *Wienke/Sauerborn* hinkt insofern, als sie davon ausgehen, daß die Tätigkeit von externen Nicht-EDV-Technikern zur ordnungsgemäßen ärztlichen Berufsausübung nicht beitrage und ihre Qualifizierung als „berufsmäßig tätige Gehilfen“ deshalb ausgeschlossen sei. Ermöglichen doch auch gerade jene Techniker eine effektive ärztliche Behandlung, indem sie den Arzt in nicht unbeachtlichem Maße Zeit einsparen helfen, die wiederum dem Patienten zugute kommen kann. Anders in einigen amerikanischen Bundesstaaten wie etwa Maryland, wo unter den Begriff der schweigepflichtigen „health care provider“ nicht nur das ganze Personal eines Krankenhauses, sondern

2. Ausnahmefall: der regelmäßig vor Ort betreuende Wartungstechniker

Eine Ausnahme hiervon liegt nur dann vor, wenn es sich um Wartungstechniker handelt, die regelmäßig oder beim Auftreten von Störfällen vor Ort das System betreuen und damit praktisch zum Praxispersonal gehören.[888] Nur in diesem Fall können die Angestellten von externen Dokumentationsstellen als „berufsmäßig tätige Gehilfen" des Arztes angesehen werden, da diese Personen nicht nur vertraglich – durch einen Dienstvertrag – , sondern auch funktional in die Organisation der Praxis eingebunden sind. Der Arzt kann sich jederzeit im Dialog erläutern lassen, was gerade geschieht. Insofern ist seine Kontrolle wesentlich effektiver als bei einer unregelmäßigen, unpersönlichen (Fern-) Wartung, auch wenn er selbst keine technischen Kenntnisse hat.

Eine Ausdehnung der Gehilfenhaftung auf die externen EDV-Techniker, die in einem besonderen und persönlichen Zusammenhang mit der Praxis stehen, scheint nur vor diesem Hintergrund plausibel.[889] Eine Sonderregelung zur generellen Erweiterung der Schweigepflicht auf das externe technische Fachpersonal, wie es zuweilen gefordert wird, existiert hingegen nicht.[890]

---

auch die Sozialversicherungsangestellten fallen; vgl. das *Medical Records Act* von Maryland in Md. Code Ann. Health Gen. II, §§ 4-301 bis 4-305. Zu einer ähnlichen, wenn auch eingeschränkten Erweiterung des Kreises der Schweigepflichtigen, führt Art. 8 III der Richtlinie zum Datenschutz (95/46/EG).

[888] So *Ehmann*, CR 1991, 293, 294 f. und *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 518.

[889] Vgl. *Lenckner* in *Schönke/Schröder*, StGB Kommentar (1997), § 203 Rdnr. 64 und *Lackner*, StGB (1999), § 203 Rdnr. 11 a.

[890] Anders in den USA, wo viele Bundesstaaten Verschwiegenheitsanforderungen gegen Organisationen von Gesundheitsbetreuung (health maintenance) und Nachprüfung (review) und Versicherungen einsetzten. Vgl. Tenn. Code Ann. 56-32-225 und N.Y. Ins. Law § 4905. Md. Code Ann. Health Gen. II, §§ 4-301 bis 4-305.

3. Rechtliche Behandlung von externen Dokumentationsstellen in den USA

Die Wartung der EDV-Anlagen durch externe Dokumentationsstellen, die *Inhester* vor sechs Jahren noch für unüblich hielt,[891] ist in den USA seit Jahrzehnten der Regelfall.[892] Verkäufer und Verkaufsberater von elektronischen Dokumentationssystemen sind seit jeher mit der Installierung, Wartung, Erweiterung und Aufbewahrung der Patientendokumentationssysteme betraut. Unabhängig davon, ob jene Dritte lokal (on-site) oder räumlich weit entfernt (remote) ihre Aufgaben erledigen, unterliegen sie nicht den rechtlichen und ethischen Geheimhaltungsvorschriften, die für Ärzte und Krankenhausträger gelten. Falls sie unberechtigt vertrauliche Patientendaten preisgeben, haftet für jeden aus dieser Preisgabe resultierenden Schaden das schweigepflichtige medizinische Fachpersonal, das allein zum Zugriff auf die entsprechenden Daten berechtigt war. Jene Schweigepflichtigen können sich ihrer Haftung nur entledigen, wenn sie beweisen können, daß sie alle erforderlichen Schutzmaßnahmen getroffen haben, die zur Verhinderung des Bekanntwerdens der personenbezogenen Daten notwendig und geeignet gewesen sind.[893]

Häufig wird die Haftung der beteiligten Dritten (z.B. Verkäufer oder Verkaufsberater) vertraglich zwischen ihnen und dem Krankenhausträger ausgeschlossen oder beschränkt. Deshalb wird von *Roach*[894]

---

[891] *Inhester*, NJW 1995, 685, 688.

[892] *Roach*, Medical Records (1998), S. 303. Zur englischen Regelung vgl. *Stranberry*, J Telm Telc 1997, 179, 182.

[893] *Roach* (Fn. 892). Ahnliche Vorschläge zur Lösung des Problems der Wartung durch externe Überwachungsfirmen mittels Vereinbarungen zur Schweigepflicht sind im Vereinigten Königreich vorhanden; *Stranberry*, J Telm Telc 1997, 179, 182.

[894] *Roach* (Fn. 892). Vgl. auch kurz in *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 202.

vorgeschlagen, einige Pflichten der beteiligten Dritten in einem mit ihnen abzuschließenden Vertrag festzulegen. So etwa: a) die Verpflichtung zu einem streng vertraulichen Zugriff auf Patientendaten, b) die Verpflichtung zur vertragsgemäßen Nutzung dieser Daten,[895] c) die Verpflichtung zur Weitergabe der Informationen lediglich an Angestellte, denen ein Zugriff vertraglich erlaubt ist und die eine Vereinbarung bzw. Erklärung unterschrieben haben, in der sie sich zu Stillschweigen verpflichten[896],d) die Verpflichtung zur Rückgabe der Patientenakten in brauchbarem Zustand auf Verlangen oder nach Kündigung des Vertrags e) die Verpflichtung zur Entschädigung des Arztes oder des Krankenhausträgers bei Verletzung dieser Pflichten.

Solche Vereinbarungen muß der Krankenhausträger auch mit seinen internen Dokumentationsstellen abschließen.[897] Sofern die Fernwartung mittels Nutzung öffentlicher Netzwerke vollzogen wird, ist zusätzlich zu den oben erwähnten Maßnahmen eine Kryptographie der Daten vorzuschlagen.[898]

E. Lösungsvorschlag zum Datenschutz bei der Einschaltung externer Dokumentationsstellen

Der Umstand, daß die Mitarbeiter externer Dokumentationsstellen grundsätzlich nicht der Schweigepflicht gemäß § 203 Abs. 3 S. 1 unterliegen,[899] birgt eine Gefahr für die Wahrung des

---

[895] Vgl. § 9 S. 2 BDSG.

[896] Vgl. den hippokratischen Eid „werde ich Stillschweigen bewahren".

[897] Vgl. *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 200.

[898] So *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 202 und *Roach*, Medical Records (1998), S. 304. Zum aktuellen Stand der Kryptographie in den USA vgl. *Computer Science and Telecommunication Board* (2000), S. 106-108.

[899] Siehe oben Ausnahme zu diesem Regel unter § 13 D II 2, S. 118 f. d.v.A

Patientengeheimnisses, da Patientendaten scheinbar unbeschränkt offenbart werden können. Diesem Mißstand, daß die Wartung und Fernwartung von EDV-Anlagen durch externe Techniker gravierenden Bedenken hinsichtlich der Wahrung des Arztgeheimnisses und hinsichtlich des Persönlichkeitsschutzes des betroffenen Patienten unterliegt, wird in den folgenden Kapiteln Rechnung nachgegangen.[900]

Daß große juristische Bedenken bezüglich der Überwachung von externen Dokumentationsstellen bestehen, muß jedoch keinesfalls zu der teilweise in der Literatur vertretenen Meinung führen, daß eine solche Überwachung unzulässig sei.[901] Es muß vielmehr näher auf die juristischen und technischen Bedingungen ihrer Zulässigkeit eingegangen werden. Nachfolgend werden deshalb mehrere Möglichkeiten aufgezeigt, welche die Wartung durch externe Dokumentationsstellen erlauben, ohne gegen die Patientenrechte zu verstoßen.

I. Einwilligung

1. Vom ärztlichen Engagement zur Patientenautonomie

Nicht nur zu der Zeit des Hippokrates im alten Griechenland, sondern auch zu Beginn des letzten Jahrhunderts in Deutschland bezog sich die Medizinethik in stärkerem Maße auf das Arzt-Arzt-Verhältnis als auf das Arzt-Patienten-Verhältnis. Es wurde mehr über Berufsethos als über Berufspflichten gesprochen und geschrieben. Ethische Fragen des medizinischen Alltags wurden durch inoffizielle Rücksprache der Ärzte untereinander gelöst. Die Person des Patienten wurde nicht näher beleuchtet, und es wurde auch keine Dokumentation durchgeführt. Der

---

[900] Vgl. *Kilian,* NJW 1987, 695, 697.

[901] *Inhester*, NJW 1995, 685, 688 und *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 340.

Arzt sollte in eigener Verantwortung entscheiden, ob etwa die Lungenentzündung eines betagten Patienten zu dessen dauerhaftem Wegbegleiter werden und folglich unbehandelt bleiben sollte. Die Sorge des Arztes um das Wohlergehen seiner Patienten und seine fachspezifischen Kenntnisse wiesen ihm eine stärkere Entscheidungskraft als dem Patienten selbst zu.

Seit Anfang der 60er Jahre haben diese Anschauungen durch die aufkommende Bioethik drastische Änderung erfahren. Sensibilisiert durch die Praxis äußern sich seither Juristen und Philosophen aufmerksam zu medizinischen Entscheidungen und sind fortan bereit, den Ärzten zu sagen, was sie tun bzw. unterlassen sollen. Die Entscheidung im Einzelfall ist zur Aufgabe von Kollektivorganen geworden. In Deutschland wurden Ethikkommissionen und in den USA *Institutional Review Boards* (IRB), *Utilization Review Organisations* (URO) und *Hospital Ethics Committees* zum „decisionmaking“ ins Leben gerufen.[902] Hinzu traten schließlich auch die sog. Einwilligungsformulare. Bemerkenswerterweise ist die Patientenautonomie zum Leitprinzip bei der Entscheidungsfindung geworden. Der betagte Patient soll demnach selbst entscheiden, ob die Lungenentzündung zu seinem letzten Wegbegleiter werden soll oder er sich hiervon befreien lassen möchte. Dies wird als sein höchst geschütztes Selbstbestimmungsrecht betrachtet, gegen das der Arzt keinesfalls verstoßen darf. Im Endeffekt wird heute gerade das als Bevormundung empfunden, was früher als Wohltat angesehen wurde.

[902] Instruktiv zu URO *Roach*, Medical Records (1998), S. 138. Vgl. ferner *Rothman*, Mich.L.R. 97 (1999), 1512, 1513.

Diese Stärkung der „Patientenautonomie“, wie auch jene der Patientenrechte tritt nicht nur in der deutschen Rechtsprechung[903] und Gesetzgebung[904], sondern auch in der internationalen Literatur[905] in Erscheinung. Im Hinblick auf die fortschreitende Entwicklung kommen dem Verfasser, ähnlich wie *Rothman,* dahingehend Bedenken daß die „Tyrannei“ der ärztlichen Entscheidungsfreiheit derzeit durch eine solche der unbegrenzten Patientenautonomie ersetzt werden könnte.[906] Bedauerlicherweise wird der vor einigen Jahrzehnten oftmals angeführte Grundsatz *salus aegroti suprema lex* in diesem Konflikt zwischen den konkurrierenden Willensbekundungen des Arztes und des Patienten außer acht gelassen, und erscheint insofern in Gefahr.

---

[903] Bezüglich der ärztlichen Dokumentation vgl. BGHZ 72, 132 ff. = NJW 1978, 2337 ff. = LM § 282 ZPO Nr. 29 (Dokumentationsurteil); BGHZ 85, 327 ff. = NJW 1983, 328 ff. = LM § 242 BGB Nr. 45 (uneingeschränktes Einsichtsrecht des Patienten); BGHZ 116, 268 ff. = NJW 1992, 737 ff. = VersR 1992, 448 ff. = LM § 134 BGB Nr. 137 (informationelles Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist vorrangig gegenüber der Weitergabe an die Abrechnungsstellen). Einschränkend BVerfG NJW 1997, 1633.

[904] So z.B. § 9 II MBO. Vgl. auch *ZEKO* (1999). Zu Patientenrechten in Griechenland vgl. Kapitel A Art. 1 des Gesetzes „zur Entwicklung und Modernisierung des Nationalen Gesundheitssystems“, N. 2519 v. 21.8.97.

[905] Vgl. grundlegend *Laufs*, Berufsfreiheit und Persönlichkeitsschutz (1982), passim; *Hanau*, FS Baumgärtel (1990), S. 121-136; *Hanika*, MedR 1999, 149-161 und *Laufs*, NJW 2000, 1757, 1759 f. In der griechischen Literatur vgl. *Androulidaki-Dimitriadi*, Die Aufklärungspflicht gegenüber den Patienten, Athen 1993, passim; *Politis,* Arzthaftung (1996), passim; *Kanellopoulou-Botti*, Arzthaftung für fehlende bzw. mangelnde Aufklärung des Patienten nach griechischem und angelsächsischem Recht, Athen 1999, passim. Zu “Patient Bill of Rights” vgl. *Schneider*, Practice of Autonomy (1998), S. 1518 f. und *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 136.

[906] „Have we replaced the tyranny of physician beneficience with a tyranny of patient autonomy? Have we let the letter of the law override the spirit ?” *Rothman*, Mich.L.R. 97 (1999), 1512, 1513. Vgl. instruktiv zu dieser Problematik *Laufs*, Berufsfreiheit und Persönlichkeitsschutz (1982), S. 6-8.

2. Rechtsgrundlagen der Einwilligung

a) Der Arzt muß die Privatsphäre des Patienten schützen

Der Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts fordert eine Einwilligung des Patienten für jede Offenlegung seiner Daten. Diesem ethischen und rechtlichen Prinzip folgend sind die Daten einer Person als Ausdruck ihrer Privatsphäre anzuerkennen (Arg. ex Art. 2 I GG).[907] Zu diesen Daten gehören auch die Aufzeichnungen des Arztes über ein ihm vom Patienten anvertrautes Geheimnis und seine Erkenntnisse über denselben. Im Rahmen der Schweigepflicht und des Datenschutzes, die auch Ausprägungen des Selbstbestimmungsrechts sind, muß der Arzt die ihm anvertrauten Patienteninformationen schützen und haftet andernfalls im Falle ihrer unberechtigten Offenbarung.[908]

b) Die ausschließliche Verfügungsmacht des Patienten

Dem römischen Grundsatz *volenti non fit iniuria*[909] folgend steht es dem Datengeber frei, auf Rechtsschutz zu verzichten und seine Daten Dritten zur Einsicht offenzulegen. Diese Verfügungsmacht, die durch *die Einwilligung des Patienten* zur Datenoffenlegung ausgeübt wird,[910]

---

[907] Grundlegend BVerfGE 65, 1, 43 = NJW 1984, 419 ff. (Volkszählungsurteil) und ausführlich *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 2 f. und 81 ff. Vgl. ferner *Heintzen/Lilie*, NJW 1997, 1601, 1602; *Kilian*, NJW 1998, 797, 798 und *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 1 Rdnrn. 163-165. Zum Unterschied zwischen Individual-, Privat- und Geheimnissphäre vgl. *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 62 mit Verweis nach *Hubmann*, JZ 1957, 524 ff.

[908] Grundlegend *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 1, Rdnr. 163. Vgl. ferner *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 137.

[909] "Dem Willigen geschieht kein Unrecht" Dig. 47, 10, 1 § 5 a.E. (Ulpian).

[910] BGH NJW 1991, 2955 ff. = MedR 1991, 327 ff.; BGH NJW 1992, 2348 ff. = MedR 1992, 330 ff.; NJW 1992, 737. Ebenso *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 340 f.; *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 518 und die griechische Literatur *Politis,* Arzthaftung, S. 62 m.w.N. Abweichend und für eine Weitergabe ohne Einverständnis

entbindet den Arzt und seinen Gehilfen von ihrer jeweiligen Schweigepflicht.

Eine Einwilligung des Betroffenen zur Nutzung seiner Daten durch Dritte wird auch vom Bundesdatenschutzgesetz gefordert, wenn keine fachspezifische Rechtsvorschrift ausdrücklich die Datenverarbeitung zuläßt. Dies ist der Fall bei der Wartung durch externe Dokumentationsstellen. Insofern ist § 4 Abs. 1 BDSG anwendbar.[911] Die Forderung des Bundesdatenschutzes nach einer Einwilligung des Betroffenen zur Preisgabe seiner Daten kann man keineswegs umgehen. Für diese Einwilligung des Patienten zur Offenbarung seiner Daten ist die *Schriftform* gemäß § 4 Abs. 2 BDSG erforderlich. Eine stillschweigende oder konkludente Einwilligung gemäß § 203 StGB genügt nicht.[912]

3. Die leichtfertige Verwendung der Einwilligung

Über Patientendaten sollte trotz Einverständnis nur verfügt werden, wenn der Patient durch dieselbe die Kontrolle über den Datenfluß bewußt verliert und seinen Persönlichkeitsschutz somit freiwillig gefährdet. Mißt man diesem Umstand nicht ausreichend Gewicht bei und betrachtet die Einwilligung des Patienten vielmehr als pro-forma-Erklärung zur Absicherung des Arztes, so ist eine Entwicklung zu befürchten, welche in Amerika in den sogenannten *open-ended consent* mündete und zu großem

---

des Patienten *Taupitz*, VersR 1991, 1213, 1218. So auch in den USA; *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 37, 39. Zur Datenschutzermächtigungsklausel *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 4 Rdnr. 21. Zur Verfügungsmacht im allgemeinen vgl. *Brox,* AT BGB (2000), Rdnrn. 105-106.

911 Ausführlich zur Einwilligung und zum Datenschutz *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 4 Rdnrn. 19 ff.

912 Vgl. ferner zu Formen der Einwilligung *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 98 f. und *Gramberg-Danielsen/Kern*, NJW 1998, 2708, 2710. Vgl. ferner *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 4 Rdnrn. 37 ff.

Mißtrauen gegenüber der Forderung nach einer Einwilligung seitens des Patienten führte.[913]

Ist die Einwilligung des Patienten aber mit schwer oder gar nicht vertretbaren Gefahren verbunden, dann wäre konsequenterweise eine sehr eingeschränkte Anwendung der Einwilligung des Patienten zu erwarten. Merkwürdigerweise ist die Realität aber anders. Die Einwilligung des Patienten wird in vielen arztrechtlichen Fallkonstellationen uneingeschränkt verlangt, so etwa a) bei einer Behandlung bzw. Operation zu deren Legitimation[914] b) bei Praxisübernahme[915] und c) bei Weiterleitung von Krankenakten zu Abrechnungsstellen[916]. Durch diese eine undifferenzierte Verwendung ist sie jedoch zum trügerischen Allheilmittel geworden. Somit wird sie auch dort als scheinbar einzige Lösung in Erwägung gezogen, wo ein Konflikt mit der ärztlichen Schweigepflicht vorliegt. Gibt es einen Konflikt zwischen dem Arzt auf der einen Seite und dem Praxisnachfolger, Abrechnungsstellen, Forschungsinstitutionen und

---

[913] Rechtsvergleichend zum Common Law *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 31. Vgl. zur aktuellen Rechtslage in den USA *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 37, 39.

[914] S.a. grundlegend *Kern/Laufs,* Die ärztliche Aufklärungspflicht, Heidelberg 1983, S. 53-157 und *Ulsenheimer* in *Laufs/Uhlenbruck,* Handbuch (2001), § 139; instruktiv *Deutsch*, Medizinrecht (1999), Rdnrn. 100-111.

[915] BGHZ 116, 268 ff. = NJW 1992, 737 ff. = VersR 1992, 448 ff. = LM § 134 BGB Nr. 137. Zu diesem Thema vgl. *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 101-103; *Taupitz*, MDR 1992, 421, 423; *Laufs*, Arztrecht (1993), Rdnr. 436; *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 1, Rdnr. 178.

[916] *Heintzen/Lilie*, NJW 1997, 1601-1604; *Gramberg-Danielsen/Kern*, NJW 1998, 2708-2710. Anders *Taupitz*, VersR 1991, 1213, 1218, der eine Übergabe von Daten an privatärztliche Verrechnungsstellen auch ohne Einverständnis des Patienten rechtfertigt. So auch in den USA, wo eine Einwilligung des Patienten zur Übergabe seiner Daten an Verrechnungsstellen überhaupt nicht verlangt werden soll. So *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 37, 39; anders *Roach*, Medical Records (1998), S. 139. Sehr instruktiv zum Thema „Offenbarung von Patientendaten“ im Rahmen von managed care *Sage*, Col. L.R 99 (1999), 1701, 1710 ff.

Überwachungsunternehmen auf der anderen Seite, wird immer die gleiche Lösung ins Auge gefaßt: eine Einwilligung des Patienten.

In vielen Fallkonstellationen ist diese Lösung zu billigen; man kann sie aber nicht als die einzige Lösung für alle juristischen Probleme ansehen, die im Rahmen des Arzt- Patienten-Verhältnisses auftauchen. Der stärkste Beweis für die Unterstützung der Forderung einer steten Verwendung der Einwilligung besteht darin, daß sie zuweilen auch dann verlangt wird, wenn anonymisierte Daten weitergegeben werden.[917] Insofern erscheint es nicht weiter verwunderlich, daß sich die Literatur zur Problembewältigung auch bei der Verwendung von Informationen im Rahmen von Forschungsprojekten im Gesundheitswesen[918] und neuerdings bei der Überwachung durch externe Dokumentationsstellen allein auf die Zustimmung des Patienten zur Problembewältigung beruft.[919]

---

[917] So bezüglich der Rechnungshofkontrolle *Gramberg-Danielsen/Kern*, NJW 1998, 2708, 2710. Ablehnend *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 4 Rdnr. 52.

[918] Für die Einwilligung *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 103 f.; weitgehend zustimmend *Kilian*, NJW 1998, 797; teilweise kritisch *Kilian*, NJW 1998, 787, 790; abweichend *ZEKO* (1999), S. 4, die die Einrichtung von unabhängigen Datenschutzkommissionen nach dem Vorbild der Ethikkommissionen vorschlagen. Bezüglich der Form dieser Einwilligung vgl. *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 4 Rdnr. 45. Im allgemeinen zum Konflikt über Forschung und Selbstbestimmungsrecht vgl. *Laufs*, Berufsfreiheit und Persönlichkeitsschutz (1982), S. 24 –32. In den USA wird keine Einwilligung zur Einsichtnahme in Patientendaten gefordert, solange eine Forschung ohne die Verwendung dieser Daten unmöglich ist. Seitens der Institutional Review Boards (IRB) ist, wie vom Gesetzgeber vorgesehen, eine Zulassung zum Forschungsprojekten erforderlich; so *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 46 f. Anders *Roach*, Medical Records (1998), S. 123–127; er geht davon aus, daß die IRB lediglich dann gefragt werden sollen, wenn eine Einwilligung des Patienten fehlt.

[919] *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 340; *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 518. Ebenso im Ergebnis *Bundesärztekammer*, DÄBl. 1993, A-2809, 2811. Kritisch *Ehmann*, CR 1991, 293, 295. Abweichend *Köhler*, Medizinische Dokumentation (1997), I-3 S. 4., der eine Absicherung des Stillschweigens der EDV-Techniker über vertragliche Vereinbarungen vorschlägt.

4. Rechtfertigung einer Ablehnung

a) Ältere, ungebildete und leidende Patienten wollen und dürfen keine Entscheidungsverantwortung tragen

Die amerikanische Literatur steht der Einwilligung kritisch gegenüber.[920] Statistiken haben gezeigt, daß Patienten durchaus bereit sind, sich über medizinische Umstände und Gegebenheiten zu informieren. Eine große Zahl unter ihnen ist aber nicht gewillt, selbst medizinische Entschlüsse zu treffen oder gar nur an diesen Entschlüssen teilzuhaben. Im Gegensatz zu älteren, schlecht situierten Menschen sind es meist jüngere, gebildete Frauen, die sich informieren lassen und auch Entscheidungsverantwortung tragen wollen.[921] Trotzdem *müssen* alle Patienten, unabhängig von ihrer unterschiedlichen sozialen Stellung, ihrem Alter und Geschlecht, in die verschiedenen, vom Arzt vorgeschlagenen, medizinischen und manchmal technischen Vorgehensweisen einwilligen. Fraglich erscheint: Wird eigentlich so ihr Selbstbestimmungsrecht geschützt, wenn sie nicht informiert werden und einwilligen wollen ?

Betrachtet man den Einfluß der ärztlichen Autorität auf den unter medikamentöser Behandlung stehenden und im Bett liegenden Patienten, wird schnell deutlich, wer eigentlich die Entscheidung trifft. Der Patient ist unter solchen Umständen gefügig und überträgt seine Entscheidungsverantwortung auf den Arzt. Das ist nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit auch gerechtfertigt. Der Arzt ist körperlich und geistig kompetenter als sein Patient. Eine Abwälzung der Verantwortung auf den unter schwerer Krankheit leidenden Patienten wäre ungerecht. Die

---

[920] *Schneider*, Practice of Autonomy (1998), S. 80 ff. und *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 2.

[921] *Schneider*, Practice of Autonomy (1998), S. 33 ff.

vorhandene Rechtslage berücksichtigt diese praktischen Umstände in nicht ausreichendem Maße. Sie zwingt den Arzt oftmals, eine Einwilligung seines Patienten für geringfügige Tätigkeiten einzuholen. Insofern ist *Schneider* zuzustimmen, daß die heutige Bioethik den Patienten überfordere.[922]

b) Willkürliche Benutzung der Einwilligung

Große Bedenken hinsichtlich einer Einwilligung des Patienten bestehen in den USA auch wegen ihrer Umgehung. Oftmals wurden nämlich die Patientendaten für andere Zwecke verwendet als es ursprünglich zwischen dem Patienten und dem Krankenhausträger vereinbart war. Die Zustimmung des Patienten wird also als pauschale, offene Ermächtigung interpretiert (sog. *open-ended consents*).[923] Die vor 20 Jahren erörterte Auffassung von Lilie ist heutzutage ebenso vertretbar wie damals: „Ein Überschreiten der Grenzen der Einwilligung in die Weitergabe der Daten ist aber augenblicklich kaum zu verhindern... So oder so ist die Einwilligung eine Art „open-ended consent“, ein Kunstgriff, den auch staatliche Stellen anwenden, um dem Verletzten die Verantwortlichkeit für

---

[922] „Contemporary bioethics overburdens patients ... They have turned into a hammer to bludgeon patients“; *Schneider*, Practice of Autonomy (1998), S. 165. Vgl. ferner den letzten Bericht von *Laufs*, NJW 2000, 1757, 1760 f. m.w.N.

[923] Diese Ausnutzung der Einwilligung des Patienten führte zur viel zu einschränkenden Anwendung der Einwilligungsformulare in amerikanischen Krankenhäusern. Für eine Zweitverwendung von Daten, die über diese Offenbarungsbefugnis ging, wurden vor zwei Jahren dem Kläger, Patient bei einem Rehabilitationszentrum in Georgia, $ 200.000 zugesprochen. Vgl. *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 22 f. und 39. Zu open-ended consents rechtsvergleichend zum Common Law *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 29-31, 96 f. Zur Blankoeinwilligung und zum Datenschutz vgl. *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 4 Rdnr. 55.

Verletzungen seiner „privacy“ zuzuschieben.“[924] Aus Angst vor derartigem Mißbrauch wird in den USA ein Einverständnis des Patienten bezüglich der Wartung von EDV-Anlagen lediglich in der Psychotherapie verlangt.[925]

In Deutschland wurden seitens der Zentralen Ethikkommission ebenfalls Bedenken geäußert, daß die Einwilligung für Forschungszwecke mißbraucht werden könnte.[926] Eine Zustimmung des Patienten kann insbesondere im Falle einer Zweitverwendung seiner Daten nicht in dem Umfang eingeholt werden, wie es im Rahmen der unterschiedlichen Untersuchungszwecke erforderlich wäre. Bedauerlicherweise wird die Zweitverwendung von Patientendaten für Zwecke, die bei deren Erhebung noch gar nicht bekannt waren, durch eine ausgedehnte Interpretation der Einwilligung des Patienten gebilligt. Diese Praxis macht die Einwilligung zu einem Mittel, das eine Beeinträchtigung seines Selbstbestimmungsrechts begünstigt.

c) Einwilligungserfordernis als Druck auf den Patienten

Die Einwilligung muß freiwillig erteilt werden (*consentement libre*). Das bedeutet, daß der Befragte sein Einverständnis auch verweigern darf. Eine Verpflichtung zur Einwilligung kann keinesfalls dem Selbstbestimmungsrecht dienen.[927] Eine Verweigerung seitens des Patienten bezüglich der

---

[924] *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 31.

[925] So im Ergebnis *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 39. Abweichend bezüglich der Rechnungskontrolle von Psychiatriepatienten betreffenden Daten BVerfG NJW 1997, 1633.

[926] *ZEKO* (1999), S. 5.

[927] Insofern ist auch die Satzstellung mit „hat“ und „zu“ in § 60 Abs. 3 S. 1, 3 SGB I bedenklich. Man darf keinesfalls von „Verpflichtung zur Einwilligung“ sprechen. Vgl. ferner *Gramberg-Danielsen/Kern*, NJW 1998, 2708.

Wartung seiner Daten ist aber schwer, wenn nicht überhaupt unmöglich, solange sie den ganzen Verlauf der Digitalisierung des Gesundheitswesens verhinderte. Elektronische Archivierung ohne Wartung der Soft- und Hardware ist nicht sicher, unzuverlässig und deshalb unzulässig. Elektronische Dokumentation und Wartung sollen insofern als Synonyme betrachtet werden. Eine Verweigerung bezüglich der Wartung seitens des Patienten verhinderte die Digitalisierung oder verböte sie gar. Insofern steht jeder einzelne Patient unter enormem Druck in seiner Entscheidung bezüglich der Frage, ob er in die Digitalisierung seiner Patientenakte einwilligt oder nicht. Der Patient ist demnach im Ergebnis gezwungen, der Offenlegung seiner Daten vor externen Dokumentationsstellen zuzustimmen.

Stimmt ein Patient nicht zu, daß seine Daten externen EDV-Technikern offenbart werden, dann stehen dem Arzt oder Krankenhausträger zwei Möglichkeiten zur Verfügung: a) entweder soll er lediglich für diesen Patienten eine papierene Dokumentation erstellen oder b) er muß ihn an eine andere Praxis verweisen. Eine papierene Dokumentation lediglich für Dutzende von Patienten führte aber aus praktischen und wirtschaftlichen Gründen kein Arzt oder Krankenhausträger. Insofern ist die erste Alternative auszuschließen. Die zweite Möglichkeit ist für den Patienten kein Ausweg, denn die Praxis, an die er weiterverwiesen wird, verfährt aller Wahrscheinlichkeiten nach auf ähnliche Weise wie jene zuvor. So würde der Patient von Praxis zu Praxis verwiesen werden, ohne das Gewünschte zu erreichen. Im Ergebnis wird also der nicht mit der Wartung einverstandene Patient überhaupt nicht behandelt, es sei denn, er findet eine Praxis, die in der Bundesrepublik Deutschland ihre Dokumentation immer noch konventionell anfertigt. Der Patient ist folglich mittelbar

gezwungen, in die Wartung der EDV-Anlagen der Praxis oder des Krankenhauses einzuwilligen. Diese Einwilligung kann keinesfalls als freiwillig bezeichnet werden. Im Gegenteil stellt sie einen Verstoß gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Patienten dar, weil sein Einverständnis Resultat praktischen Zwanges ist.

Demzufolge hinkt die Argumentation, wonach er eine Legitimation der Wartung von externen Dokumentationsstellen durch die Einwilligung gäbe. Diese dient im Bezug auf das Problem der externen Überwachung überhaupt nicht der Umsetzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Patienten; vielmehr führt sie zur Verletzung dieses Rechtes.

d) Praktische Schwierigkeit bei der Einholung der Einwilligungen

Die Einwilligung des Patienten als ultimative Lösung ist auch aus praktischen Gründen abzulehnen, da diese nicht im nachhinein von allen betroffenen Patienten eingeholt werden kann. In großen Krankenhäusern werden Datenbanken gewartet, die personenbezogene Daten mehrerer Hundertausender zum Teil schon verstorbener Patienten enthalten. Für letztere gilt auch eine postmortale Schweigepflicht,[928] solange ihre Daten dem sachlichen Schutzbereich des postmortalen subjektlosen Persönlichkeitsrechts unterfallen.[929] Eine im nachhinein eingeholte Zustimmung von allen Betroffenen zur Wartung dieser Datenbanken wäre zumindest unzumutbar, wenn nicht gar unmöglich.[930]

---

[928] Zur postmortalen Dokumentation und Schweigepflicht *Bender*, Das postmortale Einsichtsrecht (1996), S. 307-310.

[929] Zu den Voraussetzungen für die Annahme eines solchen Rechtes vgl. grundlegend BGHZ 50, 133, 137 f.; OLG Hamburg, NJW 1990, 1995 ff. und *Bender*, Das postmortale Einsichtsrecht (1996), S. 306 f.

[930] Vgl. zustimmend *ZEKO* (1999), S. 4.

5. Stellungnahme

Die theoretische Möglichkeit eines Verweigerungsrechts des Individuums bezüglich einer Preisgabe seiner Daten, verkörpert kein wirkliches Widerstandsrecht gegen die elektronische „Informationslawine“, die im heutigen Gesundheitswesen begünstigt wird. Die Einwilligung, die im Arztrecht oftmals als einzige erfolgreiche Maßnahme propagiert wird, bietet hierbei nur eine „Scheinlösung“, welche die Umgehung der Offenbarungsbefugnis des Patienten zur Folge hat. Darüber hinaus verblaßt die persönliche Entscheidungsfreiheit des Patienten im Lichte der Last an Verantwortung, die dieser unter dem Motto „Selbstbestimmung“ zu tragen hat. Die Völkerbürokratisierung und die Isolation des Patienten im ohnehin unpersönlichen Gesundheitswesen wird dadurch sogar noch verstärkt.[931] Insofern ist der amerikanische Verzicht auf „Authorization for Release of Information“ bezüglich der Wartung von EDV-Anlagen gutzuheißen.[932] Der Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Patienten bedarf des Einsatzes wirksamer, patenter Mechanismen. Nach solchen wirksamen Mechanismen wird nachfolgend gesucht.

---

[931] Zutreffend hierbei *Schneider*, Practice of Autonomy (1998), S. 200. Er erörtert, daß die Medizin heutzutage die „impersonality of strangers“ hat.

[932] Dieser Verzicht gilt auch bei Übergabe der Daten an Verrechnungsstellen und bei allen Tätigkeiten außenstehender Dritter, deren Einsicht in die Patientenakten für den ordnungsgemäßen Betrieb des Krankenhauses erforderlich ist (sog. health care operations). *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 39.

II. Vertragliche Vereinbarungen zwischen Krankenhausträger und Wartungsunternehmer

1. Vertragliche Vereinbarungen: die amerikanische Praxis

In der amerikanischen Fachliteratur[933] werden vertragliche Vereinbarungen vorgeschlagen, bei denen sich Dritte (Überwachungsunternehmen) bei Verschwiegenheitsverletzungen zur Leistung von Schadensersatz gegenüber dem Krankenhausträger verpflichten. Solche Vereinbarungen hat neuerdings der *Computer Science and Telecommunications Board* des *National Research Council* empfohlen,[934] dem von der National Library of Medicine die Aufgabe erteilt wurde, „technische und nicht technische Mechanismen für den Datenschutz und die Datensicherheit im Rahmen der medizinischen Datenverarbeitung“ festzulegen.[935] Diese Vereinbarungen wurden als ein effizientes Mittel betrachtet, um die Sorgfältigkeit der externen Fachtechniker (sog. service-teams der computer outsource vendors) zu gewährleisten. Insofern werden solche Vereinbarungen in der amerikanischen Literatur und letzlich auch vom Computer Science and Telecommunication Board vorgeschlagen. Dabei sollte der Vertrag keine Haftungsmilderungen bei Pflichtverletzungen beinhalten.[936]

---

[933] *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 201, Tabelle 11-1 und *Roach*, Medical Records (1998), S. 303 f.

[934] *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 131 ff.

[935] *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. VIII.

[936] „It is advisable to include in all contracts with such third parties obligations for the third party, such as: ... to indemnify the provider for breaches of these obligations. It may not be possible to obtain such obligation. However, the contract should not place any limits on the liability of the third party for breaches of its obligations“; *Roach*, Medical Records (1998), S. 303 f.

2. Die Rechtslage in Deutschland

Diese amerikanische Praxis kann in Deutschland nur insofern Anwendung finden, als die hier geltenden, hohen datenschutzrechtlichen Anforderungen erfüllt werden können. Auch entbinden sie den Arzt nicht von seiner unbedingten Schweigepflicht.

a) Keine vertragliche Qualifizierung der EDV-Techniker als ärztliche Gehilfen

Nach dem sich aus dem Schuldrecht ergebenden Grundsatz der Vertragsfreiheit hat jeder das Recht, über den Abschluß eines Vertrages sowie über dessen Inhalt frei zu bestimmen.[937] Auf diesen Grundsatz stützt sich ein Teil der deutschen Literatur, der davon ausgeht, daß die aus § 203 StGB abgeleiteten Geheimnisverpflichtungen „mittels entsprechender Vereinbarungen“ auf die externen Überwachungsfirmen ausgedehnt werden können.[938] Das Argument dafür ist, daß der Gesetzgeber nicht vorhersehen konnte, daß auch anderen als den in § 203 StGB aufgeführten Personen, aus vom Normzweck umfaßten Gründen, notwendigerweise Einsicht in die personenbezogenen Daten gewährt werden muß. Insofern weist dieser Paragraph eine Gesetzeslücke auf, die durch eine vertragliche Regelung ausgeschlossen werden kann.

Dem ist aber entgegenzusetzen, daß es sich nicht um nachgiebiges Recht, sondern um strafrechtliche Regelungen handelt, die keinesfalls Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen sein können, da man sie als zwingendes Recht (ius cogens) nicht disponieren kann. Insofern ist der h.M. in der Literatur zuzustimmen, daß die externen Techniker eher außenstehende Dritte sind, die allein durch schriftliche Verschwiegenheitsverpflichtungen

---

[937] *Brox*, AT BGB (2000), Rdnr. 35 und *Medicus*, SchuldR AT (1999), § 10 I 4.

nicht zu „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ des Arztes i.S.v. § 203 Abs. 3 S. 1 StGB werden können.[939] Diese Qualifikation kann nicht vertraglich begründet werden, sondern bedarf einer Änderung des § 203 StGB. Dies steht in Einklang mit Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, wonach in die freie Entfaltung der Persönlichkeit und hiermit das informationelle Selbstbestimmungsrecht nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden kann.[940]

b) Lediglich der Patient darf seine personenbezogenen Daten weiterleiten

Nur dem Patienten und nicht auch außenstehenden Dritten ist das Recht überlassen, zu entscheiden, wann und in welchem Umfang persönliche Sachverhalte einem Dritten offenbart werden dürfen. Über Patientendaten kann aufgrund vertraglicher Vereinbarungen nicht verfügt werden, da sie Bestandteile des Persönlichkeitsrechts des Patienten (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sind. Eine Vereinbarung zur Einsicht in die dem Patienten gehörenden Daten dürfen Dritte keinesfalls treffen. Eine solche Vereinbarung verstieße gegen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nach § 823 Abs. 1 BGB („sonstiges Recht“).[941] Das informationelle Selbstbestimmungsrecht gilt als absolutes Recht *erga omnes.*[942] Lediglich der Inhaber des informationellen Selbstbestimmungsrechtes darf dieses vertraglich einschränken. Weder Krankenhausträger noch Überwachungsfirmen sind deshalb befugt, in das Grundrechtsgut

---

938 *Köhler*, Medizinische Dokumentation (1997), I-3, S. 4.

939 So *Kilian*, NJW 1987, 695, 697; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 340; im Ergebnis *Inhester*, NJW 1995, 685, 688; *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517 f.

940 Vgl. ferner Art. 74 Abs. 1 S. 1 GG.

941 Instruktiv und mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung bezüglich des Persönlichkeitsrechts und besonders des Recht auf die Lebensgeschichte i.V.m. § 823 Abs. 1 *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen (1995), Rdnr. 202 ff.

942 Vgl. *Brox*, AT BGB (2000), Rdnr.35 und *Medicus*, SchuldR AT (1999), § 10 I 4.

„Patientenakte“ einzugreifen oder das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Grundrechtsträgers vertraglich einzuschränken.[943]

c) Verstoß gegen das Datenschutzgesetz

Derartige vertragliche Vereinbarungen Dritter verstoßen aber auch gegen das Bundesdatenschutzgesetz, das die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten grundsätzlich verbietet, es sei denn, daß a) diese Verarbeitung oder Nutzung durch das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift ausdrücklich erlaubt oder angeordnet ist oder b) der Betroffene dazu eine Einwilligung gegeben hat (§ 4 BDSG). Eine solche Rechtsvorschrift ist im Falle der externen Wartung aber nicht gegeben, so daß die Verwendung der Patientendaten erlaubt ist. Es verbleibt also die Einwilligung des betroffenen Patienten für die Verarbeitung seiner Daten. Man kann diese Forderung des Bundesdatenschutzgesetzes nach einer Einwilligung des Patienten somit nicht durch eine vertragliche Vereinbarung umgehen. Dabei legt das Bundesdatenschutzgesetz die Minimalanforderungen an den Datenschutz fest, die weder durch Vertrag noch andere Vertraulichkeitsnormen (z.B. ärztliche Schweigepflicht) unterlaufen werden dürfen.

3. Stellungnahme

Die sowohl in den USA wie auch in Deutschland verbreitete Praxis, Erklärungen zur Wahrung des Datengeheimnis von Überwachungstechnikern unterschreiben zu lassen, ist jedoch zu billigen, da sie zur Einhaltung des Minimalstandards des Bundesdatenschutzgesetzes

---

[943] So *Gramberg-Danielsen/Kern*, NJW 1998, 2708 und OLG Karlsruhe NJW 1998, 831-832.

wesentlich beitragen kann.[944] Solche Vereinbarungen können zur Gewährleistung des Patientengeheimnisses dienlich sein; sie reichen aber keinesfalls aus, um den Krankenhausträger von seinen vertraglichen und deliktischen Verschwiegenheits-verpflichtungen dem Patienten gegenüber zu entlasten. Diese Vereinbarungen zur Gewährleistung der ärztlichen Schweigepflicht können aber doch eine Schutzwirkung zugunsten des Patienten haben.[945] Die Schutzbedürftigkeit des Dritten-Patienten ist vorhanden, solange das Interesse des Patienten nicht bereits durch eigene direkte vertragliche Ansprüche abgedeckt ist.[946]. Der Kreis der geschützten Dritten muß für die Wartungsfirma subjektiv erkennbar (vorhersehbar) sein. Nur dann kann ihr ein vertragliches Haftungsrisiko zugemutet werden. Eine solche Erkennbarkeit, daß der zum Datenschutz verpflichtende Vertrag einen bestimmten Kreis von Patienten schützen will, kann einwandfrei zugebilligt werden, denn die Patienten befinden sich in Leistungsnähe. [947]

Die oben angeführten Erklärungen können indes nicht die Techniker zu „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ qualifizieren. Die Gehilfeneigenschaft

---

[944] Vgl. den Mustervertrag des Universitätsklinikums Heidelberg bezüglich der „Verpflichtung zum Datengeheimnis“ im Anhang und *Roach*, Medical Records (1998), S. 303 f. Nach *Roach* sollen die Verträge des Krankenhausträgers mit den Überwachungsunternehmen Verpflichtungen für die EDV-Techniker ergründen, wie etwa: a) Erhebung von Patientendaten im strengen Stillschweigen b) Verwendung der Daten nur zur Erfüllung des Vertragszweckes c) Offenbarung dieser Daten lediglich gegenüber Arbeitnehmern der Dritten-Parteien, die nach dem Vertrag des Datenzugriffes bedürfen und eine Erklärung über die Wahrung des Datengeheimnisses unterschrieben haben und d) Zurückgabe der Daten auf Verlangen oder nach Beendigung der Tätigkeit.

[945] Ausführlich zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte *Gottwald* in MünchKomm (1994), § 328 BGB, Rdnr. 78 ff.

[946] *Gottwald* in MünchKomm (1994), § 328 BGB, Rdnr. 92.

[947] Vgl. Gottwald in MünchKomm (1994), § 328 BGB, Rdnr. 91.

richtet sich ausschließlich nach tatsächlichen Kriterien.[948] Der im Verkehr erforderliche Sorgfaltsmaßstab bei der elektronischen Aktenführung kann nicht durch Vertragschluß mit Dritten, sondern nur durch drastischere Maßnahmen erreicht werden, auf die nachfolgend eingegangen wird.

III. Anonymisierung

1. Die homöopathische Lösung

Das Prinzip der Homöopathie in der Medizin „Ähnliches soll durch Ähnliches heilen“,[949] gilt auch in unserem Fall bezüglich des Problems der Wartung der EDV-Anlagen durch externe Dokumentationsstellen. Technische Probleme können manchmal durch die Technik selbst gelöst werden; vertragliche Vereinbarungen oder ein Tätigwerden des Gesetzgebers erübrigen sich dann. Der von der Technik angebotene und in der Literatur[950] oftmals vorgeschlagene Weg zum Datenschutz ist der der Anonymisierung. Darunter ist ein Verfahren zu verstehen, durch das personenbezogene Daten derart verändert werden, daß sie sich nicht mehr oder nur noch mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten, Arbeitskraft und sonstigen Ressourcen auf eine bestimmte Person beziehen lassen (vgl. § 3 Abs. 7 BDSG).[951]

Die Anonymisierung ist keineswegs eine neue technische Lösung. Sie wurde immerhin schon vor etwa 20 Jahren im berühmten

---

[948] *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 518. Umstritten ist die Auffassung, daß eine Weitergabe von Patientendaten auch zwischen Schweigepflichtigen unzulässig ist; so s.a. *Heintzen/Lilie*, NJW 1997, 1601, 1602 f.

[949] Vgl. *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch (2000) unter „Homöopathie“.

[950] So bezüglich der Abrechnungskontrolle *Heintzen/Lilie*, NJW 1997, 1601. Vgl. ferner *Geiger* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 9 Rdnr. 128.

[951] *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 186 f. Vgl. ferner § 16 Abs. 6 BstatG.

„Volkszählungsurteil“[952] des *Bundesverfassungsgerichtes* verlangt, da bei einer Datenerhebung der Persönlichkeitsschutz ein unumstößliches Grundrecht darstellt. Anlaß zu diesem Urteil waren die Verfassungsbeschwerden zahlreicher Bürger gegen das Volkszählungsgesetz (VZG)[953]. Das Bundesverfassungsgericht befaßte sich dabei mit den verfahrensmäßigen Rahmenbedingungen für die Durchführung einer Datenerhebung. Demnach ist bei Erhebung personenbezogener Einzelangaben zu prüfen, „ob das Ziel der Erhebung nicht auch durch anonymisierte Ermittlung erreicht werden kann“ (Grundsatz der Datenverarbeitung durch Technik).[954] An diese Entscheidung ist sowohl die Gesetzgebung wie auch die Verwaltung gebunden (§ 31 Abs. 1 BVerfGG). Daher muß der Datenschutz auf der Basis dieser Entscheidung gestaltet werden.[955]

Diese Entscheidung ist neuerdings im Rahmen der Gesundheitsreform 2000, die eine umfassende zentrale Speicherung der Daten aller in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Personen vorsah, sehr aktuell geworden. Das im „Volkszählungsurteil“ erwähnte „Verhältnismäßigkeitsgebot“ von Zielsetzung und Mitteleinsatz wurde erneut geprüft, und auch das Bundesministerium für Gesundheit kam nach entsprechender Abwägung zu der Auffassung, daß die vorhandene Technik den Anforderungen genüge.[956] Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz hat

---

[952] BVerfGE 65, 1 ff. = NJW 1984, 419 ff.

[953] Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung vom 25. 5.1982 (BGBl I, S. 369).

[954] BVerfGE 65, 1, 48 f.

[955] *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 81 f. Vgl. auch ausführlich zum Volkszählungsurteil *Simitis* in *Simitis u.a.*, BDSG (1998), § 1 Rdnrn. 22 ff. und 163.

[956] BVerfGE 65, 1, 19 ff. Ausführlich zur Diskussion über die zentrale Datenverarbeitung im Gesundheitswesen zwischen der Bundesministerin für

sich davon überzeugen lassen, daß Persönlichkeitsrechte der Versicherten durch die vorgesehenen Maßnahmen zur Datensicherheit und zum Datenschutz nicht verletzt werden. Dadurch wurde bestätigt, daß die sich aus der Informations- und Kommunikationstechnologie ergebenden möglichen Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Technik der Anonymisierung selbst gelöst werden können.

Wenn Informationen, die unter dem Schutz des Arztgeheimnisses offenbart wurden, nun Überwachungstechnikern zugänglich gemacht werden, so verletzt dies eindeutig elementare Persönlichkeitsrechte. Hierüber herrscht Übereinstimmung unter allen europäischen Ländern mit einem entwickelten Gesundheitswesen.[957] Gibt man Daten jedoch nur in verschlüsselter Form für weitere Verwendungen frei, so ist eine Gefährdung der Privatsphäre der jeweiligen Person ausgeschlossen. Der Bezug auf eine konkrete Person und ihre Lebensumstände ist durch die Anonymisierung nicht gegeben. Lediglich das Datum über die Inanspruchnahme von Sozialversicherungsleistungen ist einsehbar. Abgesehen von dem Datensatz über die Inanspruchnahme von Sozialversicherungsleistungen sind die Daten anonym. Insofern entschärft die wissenschaftliche Lehre und die Anwendung von Verfahren der Verschlüsselung (Kryptographie) das ethische Problem der Verletzung von Persönlichkeitsrechten. Demzufolge erspart die Kryptographie den ethischen Diskurs bezüglich der externen Wartung von EDV-Anlagen.

Gesundheit und den Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vgl. *v. Ferber* in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 5 (2000), 211, 214 f.

[957] *Lowrance*, Privacy and Health Research. A Report to the U.S. Secretary of Health and Human Services, lowrance@iprolink.ch. (St.7.3.2002).

2. Ungerechtfertigte Bedenken gegen die Anonymisierung

Der Satz „Technik beherrscht und kontrolliert Technik“ bezeichnet sowohl einen einmaligen, in sich abgeschlossenen Vorgang als auch einen dynamischen, sich auf jeder Entwicklungsstufe wiederholenden Prozeß. So wird die Öffentlichkeit wird ständig Zeuge von spektakulären Decodierungen, die Zugang zu geheimen und für absolut sicher gehaltenen Datenbanken eröffnen, weil ihre Verschlüsselung „geknackt“ werden konnte.[958] Nach Meinung der Experten können in einer Datenbank verschlüsselte Daten umso leichter von außen erkannt werden, je mehr Personen in einer Datenbank informationstechnisch erfaßt sind.[959] Das heißt, daß die Gefahr einer Entschlüsselung in großen Krankenhäusern größer ist als in kleinen Praxen. Dies sollte aber keinesfalls zum Verzicht auf die Anonymisierung führen, weil etwa ein gleicher Standard ohnehin kaum gewährleistet werden kann.[960] Vielmehr müssen die Möglichkeiten, welche die Technik bietet, zur Lösung des Problems herangezogen werden. Wirksamere Verschlüsselungsprogramme sollten besonders in großen Krankenhäusern eingesetzt werden, weil dort die Gefahr einer Entschlüsselung größer ist. Die in der Novelle zum Bundesdatenschutzgesetz vorgesehene „Datensparsamkeit“, wonach „keine oder so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzten“ sind, muß in der Praxis umgesetzt werden.[961]

---

[958] Zur Entschlüsselung der Sira-Datenbank des Staatssicherheitsdienstes der DDR vom Geheimdienst der USA vgl. *v. Ferber* in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 5 (2000), 211, 218.

[959] *Pommerening*, Datenschutz und Datensicherheit (1991), 105.

[960] So *v. Ferber* in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 5 (2000), 211, 218 f. und 223.

[961] § 3 a BDSG (Stand: 6. Juli 1999).

Mit Nachdruck muß bei alledem aber betont werden, daß man nicht von einer absoluten Datensicherheit ausgehen kann, da die Kryptographie keinesfalls absolute Sicherheit versprechen kann. Einen absoluten Schutz der Persönlichkeit der Menschen vor den Gefahren der Informationstechnik kann man aber in keinem gesellschaftlichen Bereich garantieren.[962] Alle in der internationalen Literatur vorgeschlagenen juristischen, organisatorischen und technischen Maßnahmen sind anfällig, so auch die Anonymisierung.[963] Zu diesem Standpunkt gelangt auch die *Zentrale Ethikkommission* (ZEKO); deshalb strebt sie nach einer „Minimierung der Risiken eines möglichen Mißbrauchs“ und nicht wie *v. Ferber* nach „absoluter Sicherheit“.[964]

3. Vorteile der Anonymisierung

Die Anonymisierung hat aber einen nicht zu unterschätzender Vorteil im Vergleich zur Einwilligung oder anderen vorgeschlagenen Lösungen: sie hängt nicht von den Angestellten ab. Sie schützt sensible Patientendaten vor fremder Einsicht, und zwar unabhängig davon, ob die einzelnen Gehilfen des Arztes oder das EDV-Fachpersonal des Krankenhauses diese Daten sorgfältig und zuverlässig erheben und überwachen. Insofern kann man sich keine glaubwürdigere technische Sicherung zur Umsetzung des in

---

[962] Der Datensicherheit grundsätzlich kritisch gegenüber *v. Ferber,* in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik (2000), 211, 223. Er geht davon aus, daß „eine absolute Sicherheit aufgrund ethischer Forderungen und verfassungsrechtlicher Normen“ erwartet wird.

[963] Ein Überblick zu diesen Maßnahmen in *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 128 ff.

[964] Insofern billigenswert *ZEKO* (1999), S. 4 unter b und abzulehnen *v. Ferber* in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik (2000), 211, 223.

Art. 8 Abs. 1 EU-Datenschutzrichtlinie geforderten „geeigneten Schutzes“ als durch die Anonymisierung der Daten vorstellen.[965]

Um die Anonymisierung erfolgreich umzusetzen, muß man sich auch zu ihren Schwächen bekennen. Wie überall in der Technik ist auch hierbei eine Abstufung vozunehmen. Es gibt technische Methoden von Kryptierung, die erst neuerdings entwickelt wurden und nach heutigem Stand der Technik als unüberwindbar bezeichnet werden, und andere, die eher „altmodisch“ anmuten. Erstere verdienen das volle Vertrauen des Gesetzgebers und Anwenders, auch wenn sie eines großen Kostenaufwandes bedürfen. Letztere stehen auf einem niedrigeren technischen Niveau, aber ihr Einsatz ist preisgünstig. Die sicherste Lösung ist oft auch die teuerste. Auch diese „sicheren Lösungen“ versprechen nur eine kurzfristige Sicherheit, weil sie in einigen Jahren oder sogar schon Monaten vom Fortschritt der Informationstechnologie überholt sein werden. Die neueren technischen Entwicklungen können stets die älteren Verschlüsselungssysteme durchbrechen. Insofern kann kein Verschlüsselungssystem 100 % sicher sein. Die Anpassung an neue Technologien droht da ganz schnell zum Wettlauf zwischen Hase und Igel zu werden.

Die Bedenken der Experten bezüglich der „Tragfähigkeit der Technik“ sind insofern gerechtfertigt.[966] Hinzu kommt die Tatsache, daß sowohl Krankenhausträger als auch Überwachungsunternehmer immer die billigsten Lösungen suchen, damit ihre Dienste konkurrenzfähig bleiben. So werden etwa herkömmliche technische Maßnahmen adaptiert, die den Schutz der Patientendaten in Gefahr bringen. Demzufolge ist davon

---

[965] Vgl. auch § 9 BDSG und *Kilian*, NJW 1998, 787, 789.

[966] Bezüglich der Vernetzung in Arztpraxen *Richter-Reichhelm* auf dem 25. Symposium für Juristen und Ärzte (16. und 17. Februar 2001), Berlin. Siehe Verhandlungsbericht in ZaeFQ 2001, 620 ff.

auszugehen, daß das Streben nach der preisgünstigsten Lösung, den Datenschutz gefährdet.[967] Patienten wählen einen Krankenhausträger nicht aufgrund der angebotenen Datensicherheit, obwohl sie Sorgen über Bedrohungen ihrer Intimsphäre im Gesundheitswesen äußern.[968]

4. Die kostenaufwendige Kryptierung erfordert eine Datensparsamkeit

Je größer der Umfang der zu verschlüßenden Daten, desto teurer ihre Kryptierung. Deshalb sieht die Novelle zum Bundesdatenschutzgesetz (BDSG, Stand 6. Juli 1999) eine präventiv zu bezeichnende Vorschrift zur „Datensparsamkeit“ vor. Sie schreibt vor „sich an dem Ziel auszurichten, keine, oder so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzten“.[969] Durch diese Vorschrift werden die in einer Patientenakte erfaßten Datenmengen aber nicht zwingend eingeschränkt.

Es muß vielmehr festgelegt werden, welche Daten nicht verschlüsselt werden sollen, damit die Informationsträger nicht unnötig überfüllt sind. Zutreffend hebt die *ZEKO* hierbei hervor, daß „nicht alle Gesundheitsdaten im engeren Sinne sensibel sind und in gleichem Maße des Schutzes bedürfen“.[970] Die gleiche Meinung vertritt die *Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations*, die Mindestanforderungen für

---

[967] Sehr kritisch gegenüber dem geringen Interesse am Datenschutz seitens vieler Gesundheitsorganisationen der *Computer Science and Telecommunications Board of National Research Council,* der vor einem größeren Datensicherheitsbruch (breach of security) warnt. Vgl. *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 5 f.

[968] Die Statistik von Louis Harris im Jahre 1993 hat gezeigt, daß 79 Prozent des amerikanischen Volkes beunruhigt bezüglich der Bedrohungen ihrer „personal privacy“ war. Vgl. *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 2 f.

[969] § 3a BDSG (Stand: 6.7.1999).

[970] *ZEKO* (1999), S. 3. Ebenso *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 67 f. und im Ergebnis *Heintzen/Lilie*, NJW 1997, 1601, 1602 f.

die Akkreditierung von Krankenhäusern in den USA festlegt.[971] Demnach sollte jede Krankenhausorganisation bestimmen, welcher Datenschutzgrad für verschiedene Arten von Informationen erforderlich ist. Ein höherer Grad an Datenschutz sollte für sensible Patienteninformationen gefordert werden.[972] Der Stellungnahme sowohl der ZEKO als auch der *Joint Commission* ist voll und ganz zuzustimmen.[973] Sensible Daten gehören zum Kernbereich des Persönlichkeitsrechts und bedürfen deshalb eines höheren Datenschutzes als nicht sensible Daten. Eine Pseudonymisierung i.S. des neuen Signaturgesetzes (§ 14 SigG) reichte insofern für diese Daten nicht aus; vielmehr ist eine Anonymisierung erforderlich.[974] Dagegen sind nicht sensible Daten lediglich Bestandteile von Randbereichen des Persönlichkeitsschutzes, wodurch sich besondere Maßnahmen des Datenschutzes erübrigen.

a) Nur die kritischen Daten sind zu anonymisieren

aa) „Confidential" und „nonconfidential information"

Die Frage, welche Daten als sensibel zu bezeichnen sind, wurde ursprünglich in den USA bezüglich der Weitergabe von Patientendaten an Dritte, welche die Peer Review Organizations (PRO)[975] in ihrer Verfügung

---

[971] Zu Befugnissen der Joint Commission vgl. *Roach*, Medical Records (1998), S. 50, 103.

[972] *Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations*, Management of Information Standards (1995), S. 40-41. Vgl. ferner die „Medicare Conditions of Participation" in 42 C.F.R. § 482.24 (c) (1) (ii).

[973] Siehe Fn. 970 und 971.

[974] Das neue Signaturgesetz v. 16 Mai 2001 ist unter http://www.dud.de zu sehen (zuletzt besucht am 10.7.2002).

[975] Peer Review Organizations müssen die berufsmäßigen Aktivitäten von Ärzten und Krankenhausträgern kontrollieren, die eine Kostenerstattung im Rahmen von Medicare bekommen. Ausführlich zu ihren Befugnissen in 42 U.S.C. §§ 1320c-3(a)(1)(A) bis (C).

hatte, erörtert. Die Auseinandersetzung mit dieser Frage nicht nur seitens der Literatur[976], sondern auch der Rechtsprechung[977] hat in den USA zum Erlaß von Bundesregulierungen (*federal regulations*) geführt.

Die PROs in den USA sind zuständig für die Kontrolle aller Handlungen (activities) von Ärzten und Krankenhausträgern, die von der amerikanischen Bundesregierung im Rahmen des Medicare-Programms finanziell gefördert werden. Nach der heutigen Rechtslage dürfen diese Organisationen lediglich die „nonconfidential" Informationen auf Verlangen jedem preisgeben. „Nonconfidential" ist die mit Wahrscheinlichkeit zur Identifizierung des Patienten führende Information. Im Code of Federal Rules (C.F.R.) wird nur die "confidential information" definiert. Unter dieser ist grundsätzlich die Information zu verstehen, „die ausdrücklich oder implizit einen Patienten oder Arzt identifiziert" (C.F.R. § 476.101(b)).[978] Unter Daten, die ausdrücklich den Patienten oder den Arzt identifizieren, sind z.B. der Nachname, Vorname und die vollständige Anschrift zu verstehen. Der Patient oder Arzt wird „implizit identifiziert", „wenn die Patientendaten in einer Praxis so ungewöhnlich oder eigenartig erscheinen, daß sie die Identifikation von Patienten oder Ärzten augenfällig

---

[976] Vgl. s.a. *Roach*, Medical Records (1998), S. 133 ff. und *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 36.

[977] Vgl. s.a. *General Care Corporation v. Mid-South Foundation for Medical Care*, 778 F.Supp. 405 (W.D. Tenn. 1991).

[978] Unter dem Begriff „confidential information" fallen auch: a) Reporte von Sanktionen und Empfehlungen b) Qualitätssicherungsuntersuchungen die Patienten, Ärzte oder Institutionen identifizieren und c) Empfehlungen von PRO; 42 C.F.R. § 476.101(b). Abweichend *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 36, für den der Begriff „confidential information" davon abhängt, ob die Patientendaten anläßlich eines beruflichen Verhältnisses gegeben wurden und ob diese Daten einen therapeutischen Wert haben. So auch im Ergebnis *Politis,* Arzthaftung (1996), S. 60.

machen.“[979] Falls so etwas unmöglich ist, dann ist die Information „nonconfidential“.[980] Dieser Abgrenzung entsprechend spricht die *ZEKO* auch von einer Differenzierung zwischen „sensiblen“ und „nicht sensiblen“ Daten und steht dafür ein, daß nur erstere „nach internationalen Grundsätzen geschützt sind“.[981]

Dem ist aber entgegenzusetzen, daß fast alle im Rahmen des Arzt-Patienten-Verhältnisses angefertigten Daten vertrauenswürdig sind. Sie brauchen aber nicht alle verschlüsselt zu werden. Insofern sollte nicht von „vertrauenswürdigen“, sondern von „sensiblen“ oder „kritischen“ Daten gesprochen werden, die eine Identifizierung des Patienten zulassen. Die ärztliche Konsultation ist eine personenbezogene, vertrauenswürdige Information; sie ist aber keinesfalls kritisch für die Identifizierung des Patienten. Im Gegensatz dazu hat der Name des Patienten keinen besonderen Eigenwert für seine Behandlung. Er ist aber von großer Bedeutung für die Identifizierung des Patienten.

Demzufolge ist die Wortwahl zur Beschreibung der Daten, die mit höherer Wahrscheinlichkeit zur Identifizierung des Patienten führen, sowohl seitens der ZEKO wie auch der amerikanischen „Federal Regulations“ unzutreffend. Hierbei handelt sich nicht um die Frage, ob die Daten

---

[979] 42 C.F.R. § 476.101(b). Vgl. ferner die Empfehlungen von HIPAA, die zwischen „patient-identified data“ und „patient-identifiable data“ differenzieren; in Pub.L. Nr. 104-191, § 262 unter § 42 U.S.C. § 1301 schon kodifiziert.

[980] Zutreffend *Roach*, Medical Records (1998), S. 134.

[981] *ZEKO* (1999), S. 2 unter 1 d); ebenso *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 1, Rdnr. 44.

„empfindlich“ (sensibel) oder „vertrauenswürdig“ („confidential“) sind.[982] Diese Differenzierung führt nicht weiter.

bb) Kritische und unkritische Daten

Die richtige Differenzierung besteht darin, zwischen für die Identifizierung des Patienten kritischen und unkritischen Daten zu unterscheiden. Diese Differenzierung steht im Einklang mit dem Bundesdatenschutzgesetz, welches personenbezogene von nicht personenbezogenen Daten unterscheidet. Jene sind die Informationen, die eine Person bestimmen oder bestimmen können, und für die grundsätzlich ein Verarbeitungsverbot gilt. Sonstige Daten sind nicht personenbezogene und bedürfen keiner Anonymisierung, um weiter verarbeitet zu werden. Diese Daten einer nicht bestimmten oder bestimmbaren Person sind im Rahmen einer Wartung als unkritisch zu bezeichnen, so daß ihre Nutzung von externen Überwachungsfirmen einwandfrei zu gestatten ist.[983]

Die Klassifizierung von Patientendaten als „kritisch“ ist jedoch eine relative Einordnung.[984] In einer kleinen Arztpraxis ist es aufgrund der eingeschränkten Zahl an Patienten einfacher, Schlüsse auf ihre Identifikation zu ziehen. Deswegen sind in diesem Fall mehrere Kategorien von Daten als kritisch zu kennzeichnen und zu verschlüsseln. Eine Verschlüsselung nicht nur des Nachnamens, sondern auch des Vornamens und Geburtsdatums wäre ratsam. Anders ist es bei großen Krankenhaus-

---

[982] Teilweise zustimmend *Simitis*, der davon ausgeht, daß eine Trennung zwischen „harmlosen“ und „sensitiven“ oder „persönlichen“ und „höchstpersönlichen“ Daten unmöglich ist. *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 1 Rdnr. 181.

[983] Vgl. *Stranberry*, J Telm Telc 1997, 179, 182.

[984] So instruktiv *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 1, Rdnr. 181. Zurecht behauptet er, daß der „Sensitivitätsgrad“ von Krankheitsdaten sich je nach Fallkonstellation verändert.

trägern, wo eine Kryptierung nur des Nachnamens ausreichte, um eine Identifizierung auszuschließen. Die übrigen Patientendaten gäben keinesfalls Aufschlüsse über die Identität des Patienten, weil die Zahl von behandelten Patienten zu umfangreich ist. Der einzige Personenkreis, für den eine Verschlüsselung weiterer Informationen oder auch ihrer ganzen Patientenakte ratsam wäre, ist der der Prominenten. Die Begründung einer solchen Differenzierung stützt sich darauf, daß ihre Daten wegen des allgemeinen Interesses an diesen Personen besonders gefährdet sind und deshalb einen höheren Datenschutz verlangen. Diese unterschiedliche Behandlung der Daten von Prominenten verstieße gegen das Gleichheitsprinzip und scheiterte zudem daran, daß der Begriff „Prominente“ schwer zu bestimmen ist.

b) Zumutbarkeit dieser Maßnahmen

Die Differenzierung zwischen kritischen und unkritischen Daten kann viel zur Einschränkung der Zahl der einer Kryptierung bedürftigen Patienteninformationen und demzufolge zur Verminderung der Kosten der Verschlüsselung beitragen. Das Argument von Krankenhausträgern und Wartungsfirmen, die Verschlüsselung sei zu kostenaufwendig, wird dadurch entscheidend entkräftet. Das aus § 9 S. 2 BDSG abgeleitete Prinzip der Verhältnismäßigkeit verdient weitgehende Berücksichtigung. Die datenschutzrechtlichen Anforderungen unterscheiden sich je nach Behandlungsanbieter und Patient. Die geforderten Maßnahmen müssen sowohl für den Krankenhausträger wie auch für die Überwachungsfirmen wirtschaftlich zumutbar sein. Es kann nicht verlangt werden, daß die

aktuellsten und sichersten Sicherungsmaßnahmen getroffen werden, wenn damit die Kosten unverhältnismäßig hoch wären.[985]

5. Anonymisierung und die datenschutzrechtliche Forderung nach Einwilligung

Die Befürworter der Einwilligung verneinen die Anonymisierung als potentielle Lösung des im Rahmen der Wartung auftretenden datenschutzrechtlichen Konflikts. Sie berufen sich auf § 4 BDSG, der eine Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten grundsätzlich verbietet, es sei denn, daß eine Einwilligung des Betroffenen vorliegt oder eine andere Rechtsvorschrift es erlaubt.[986] Von einer Anonymisierung ist in diesem Paragraphen jedoch überhaupt keine Rede und insofern handelt es sich hier auch um keinen Ausnahmefall von dem allgemein geltenden Verarbeitungsverbot personenbezogener Daten. Der Ansicht der Befürworter zufolge muß eine Einwilligung eingeholt werden, unabhängig davon, ob die von externen Wartungstechnikern benutzte Daten anonymisiert sind.

Diese Meinung ist aber nicht billigenswert. Das Bundesdatenschutzgesetz greift nur für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Solche Daten sind die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer *bestimmten oder bestimmbaren* natürlichen Person (§ 3 Abs. 1 BDSG).[987] Diese Daten wurden schon wegen ihrer unklaren Bedeutung für die Bestimmung des Betroffenen als kritisch bezeichnet. Wenn diese kritischen

---

[985] Vgl. *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 76 f.

[986] *BfD*, Bundesdatenschutzgesetz (1996), S. 16; ausführlich *Walz* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 4, Rdnrn 1-18.

[987] Diese Legaldefinition im BDSG ist im Ergebnis ähnlich wie in Art. 2 lit.a der EG-Datenschutzrichtlinie (95/46/EG). Zum Begriff „personenbezogene Daten“ vgl. *BfD*, Bundesdatenschutzgesetz (1996), S. 10 und ausführlich *Dammann* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 3, Rdnrn. 3-59.

Informationen verschlüsselt sind, dann ist die betroffene Person nicht mehr identifizierbar, so daß es sich deshalb nicht mehr um personenbezogene Informationen handelt.[988] Für diese nicht personenbezogenen Informationen greift aber das Bundesdatenschutzgesetz nicht, und infolgedessen ist ihre Verarbeitung und Nutzung uneingeschränkt erlaubt. Daraus folgend schließt der Einsatz der Anonymisierung die datenschutzrechtliche Forderung nach Einwilligung (§ 4 BDSG) aus.

IV. Kommissionen

Bezüglich der oben beschriebenen Lösung der Kryptierung gibt es große Unsicherheiten darüber, was für eine „ausreichende“ Anonymisierung erforderlich und zumutbar ist. Diese Frage kann weder die Literatur noch der Gesetzgeber hinreichend beantworten; das liegt nicht zuletzt daran, daß sie der rasanten technischen Entwicklung im Bereich der Kryptierung kaum folgen können. Deshalb wäre der Einsatz von Kommissionen, die in regelmäßigen Abständen die erforderlichen Sicherheitsstandards bestimmen könnten, die geeignetste Lösung. Denn lediglich solche Organe scheinen flexibel genug, um sich an die technischen Neuerungen rechtzeitig und umfassend genug anzupassen.

1. Die Datenschutzbeauftragten

Bisher sind nur die Datenschutzbeauftragten der Länder und des Bundes befugt, die Sicherheitsstandards im Gesundheitswesen zu kontrollieren. Sie sind politisch und den unterschiedlichen Interessengruppen und –sphären gegenüber unabhängig und sind nur dem Parlament gegenüber verantwortlich. Alle öffentlichen Einrichtungen wurden verpflichtet, ihrerseits Datenschutzbeauftragte zu bestellen. Diese Überwachungsorgane

---

[988] *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 183.

wurden geschaffen, um den vorherzusehenden, mit der Datenverarbeitung einhergehenden Gefahren begegnen zu können. Auf diese Weise sollte gewährleistet werden, daß die Datenhaltung und der Datenverkehr den geltenden Schutzvorschriften entsprechen.

Die Verdienste der Datenschutzbeauftragten für eine „hohe Kultur des Datenschutzes“ werden in einem Teil der Literatur stark bezweifelt und ihre Arbeit gegenüber entsprechend kritisiert.[989] Darin werden sie vereinzelt als „bürokratische Fremdkontrolle“ bezeichnet, die von der Sache her begrenzt sei und angesichts der Verbreitung und der technischen Entwicklung der Datenverarbeitung und des Datenaustausches zu einem Wettlauf gegen die Zeit gerate.[990]

2. Unabhängige und der Zentralen Ethikkommission ähnelnde Instanzen

a) Die Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission

Angesichts der beschriebenen Bedenken gegenüber dem Wirken der Datenschutzbeauftragten wird von der Zentralen Ethikkommission (ZEKO) für die bezüglich der Forschungsdaten notwendig werdende Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsschutz und der Bedeutung des Verwendungszweckes, die Einrichtung von unabhängigen Gremien nach ihrem eigenen institutionellen Vorbild vorgeschlagen. Die ZEKO strebt wegen der Bedeutung, die den vielseitigen Verwendungsmöglichkeiten von Gesundheitsdaten zukommt, eine bereichsspezifische Regelung an; diese steht im Einklang mit der EU-Datenschutzrichtlinie, die ein Verarbeitungsverbot ausschließt, solange die Verarbeitung von Gesundheitsdaten durch

---

[989] *ZEKO* (1999), S. 5. Vgl. *v. Ferber* in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik (2000), 211, 220 f. Neutral *Laufs*, NJW 2000, 1757, 1767.

[990] So wie in Fn. 989.

ärztliches Personal oder durch sonstige, einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegenden Personen erfolgt (Art. 8 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 EU-Datenschutzrichtlinie)[991]. Die ZEKO hält es für zwingend, daß die von der Kommission getroffenen Entscheidungen und Empfehlungen hinsichtlich der geprüften Sachverhalte von den Datenschutz- und Aufsichtsbehörden anerkannt werden. Diese „interne, unabhängige und kompetente Instanz" sollte sich auf die Minimierung der Risiken eines möglichen Mißbrauchs konzentrieren.[992]

b) Die Institutional Review Boards

Die von der ZEKO vorgeschlagenen Beurteilungsinstanzen ähneln von der Struktur und den Befugnissen her den amerikanischen Institutional Review Boards (IRB).[993] Ein IRB ist in jedem Krankenhaus (health care provider) in den USA angesiegelt und steht jeweils in enger Verbindung mit einer Universität. Es prüft, ob die Forschung dem Gemeinwohl dient und ob ausreichende Sicherungsmaßnahmen zum Schutz der betroffenen Personen getroffen worden sind.[994] Die Forschungseinrichtungen müssen zunächst ihre Forschungspläne und Sicherheitsmaßnahmen dem IRB offenbaren, bevor sie von ihm überprüft und gegebenenfalls angenommen werden. Darüber hinaus müssen die Forschungseinrichtungen garantieren, daß ihre Forschungsprojekte kontinuierlich unter der Kontrolle der IRB stehen.[995]

---

[991] ABlEG L 281 v. 23.11.1995, S. 31.

[992] *ZEKO* (1999), S. 5.

[993] *v. Ferber* in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik (2000), 211, 220 und 225 f. Vgl. ferner *ZEKO* (1999), S. 5. Vgl. ferner zu *Institutional Review Boards McWay,* Legal Aspects (1997)*,* S. 92; *Roach*, Medical Records (1998), S. 124 f.; *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 134 f. *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 46 f.

[994] *McWay*, Legal Aspects (1997), S. 92 und *Roach*, Medical Records (1998), S. 124.

[995] *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 46.

c) Datenverwendungs-Kommissionen

Ein dem IRB ähnelndes Konzept kann auch im Rahmen der Kontrolle der externen Überwachungstechniker angewandt werden. Die gleiche Kommission, welche für die Erlaubnis von Forschungsprojekten im Krankenhaus zuständig sein wird, kann auch die erforderlichen Schutzmaßnahmen bei einer externen Wartung kontrollieren. In beiden Fällen dominiert der Schutz der Patientenrechte. Die Teilnahme sowohl des Datenschutzbeauftragten des Krankenhauses und wie auch der internen Medizininformatiker der EDV-Abteilung an diesen Kommissionen wäre ratsam, weil EDV-Sachkenntnisse für eine Kontrolle der externen Überwachung eine zentrale Voraussetzung bilden.

Die Aufgabe dieser Kommission müßte darin bestehen, zu überprüfen, ob die Wartung durch externe Überwachungsfirmen den Schutz der Patientendaten bedroht, weil sie etwa nicht im angemessenen Sicherheitsrahmen stattfindet. Die EDV-Abteilung eines jeden Krankenhauses (oder jeder Praxis) sollte die Kommission über die getroffenen Sicherheitsmaßnahmen informieren, damit überprüft werden kann, ob diese den erforderlichen Standards entsprechen. Dabei muß die Kommission stets versuchen, die Interessen des Krankenhauses bei der Wartung seiner EDV-Anlagen mit dem Interesse des Patienten an einem wirksamen Datenschutz in Einklang zu bringen. In den USA existieren derartige Kommissionen bereits. Die sog. *Utilization Review Organizations* überprüfen dabei, ob die elektronischen Systeme eines Krankenhauses eine ordnungsgemäße Speicherung, Aufbewahrung und Vernichtung der elektronischen Patientendaten regelmäßig gewähr-leisten.[996]

---

[996] *Roach*, Medical Records (1998), S. 26 f.

Hierbei ist zu unterstreichen, daß sowohl diese Kommissionen wie auch die internen Datenschutzbeauftragten dem Datengeheimnis unterliegen, weil sie auch als „bei der Datenverarbeitung beschäftigte Personen“ i.S.v. § 5 BDSG betrachtet werden. Ihre Aufgabe ist es, die ordnungsgemäße Anwendung derjenigen Datenverarbeitungsprogramme zu überwachen, mit deren Hilfe personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen. Dabei liegt es auf der Hand, daß die Ausführung dieser Aufgabe zwangsläufig permanenten Kontakt mit diesen Daten mit sich bringt.[997]

3. Anforderung an eine Bundeskommission für die elektronische Sicherheit

a) Befugnisse

Eine größere Bedeutung für die Rechtssicherheit hat die Errichtung einer Bundeskommission, welche die Sicherheitsstandards in regelmäßigen Zeiträumen festlegt. Ihre Stellungnahme stellte nicht nur für die Krankenhäuser, sondern auch für die Rechtsprechung eine erkenntnisleitende Richtschnur dar. Der Krankenhausträger wüßte in diesem Falle nämlich was er leisten muß, um sich vor einer Schweigepflichtverletzung zu schützen. Der Richter wiederum nutzte die Stellungnahme der Kommission, um festzulegen, ob die vom Krankenhausträger getroffenen Maßnahmen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entsprechen. Angesichts sich ständig weiter entwickelnden Formen von Technik und Organisation der Datenverarbeitung erweist sich ein kontinuierliches Überprüfen bestehender technischer und organisatorischer Maßnahmen als zwingend notwendig.[998] Das heißt, die den geforderten Standard festlegende Bundeskommission sollte aufgefordert sein, sich nicht mit

[997] Vgl. *Walz* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 5 Rdnrn. 13, 18.

einmal gefundenen Lösungen zufrieden zu geben, sondern es sich zur ständigen Aufgabe machen, die Bestimmung der Standards laufend zu überprüfen und mit flankierenden Vorschriften regelmäßig zu aktualisieren.

In den USA wurde der private Ausschuß *Health Informatics Standards Board* (HISB) vom *American National Standards Institute* (ANSI) zur Erleichterung der Entwicklung der elektronischen Standards im Gesundheitswesen errichtet. Dieser Ausschuß strebt die Koordination der Arbeit von Standard-Gruppen für medizinischen Datenaustausch (Data Interchange), wie etwa des Institute of Electrical and Electronics Engineers, der American Society for Testing and Materials und der *International Organization for Standardization* an (ISO). Er besteht aus Privatunternehmern, staatlichen Organen, Medizininformatiker und aus Produzenten und Verbrauchern von medizinischen Informationssystemen. Eine der Aufgaben dieses Ausschusses besteht darin, die Entwicklung von Standards für die elektronische Patientenakte und den Datenschutz bei medizinischen Informationen voranzutreiben.[999] Wegen der zunehmenden Bedeutung des Schutzes der Privatsphäre des Patienten im Gesundheitswesen werden auch Arbeitsgruppen zur Entwicklung von Sicherheitsprogrammen eingesetzt, sowie Maßnahmen und Vereinbarungen mit dem Schwerpunkt auf Vertraulichkeit, Privatheit und Sicherheit der elektronischen Patientenakte vom Computer-Based Patient Record Institute getroffen.[1000]

---

[998] *Geiger* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 9 Rdnr. 16.

[999] *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 47 f.

[1000] *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 48.

Eine Akkreditierung der in den Krankenhäusern für die Einleitung und Einhaltung der Sicherungsmaßnahmen zuständigen Institutionen oder Stellen wäre ebenfalls anzuraten. Je nach Stufe der angebotenen Sicherheit kann der Richter eine Schweigepflichtverletzung annehmen oder ausschließen. Solche Akkreditierungen sind im Computerrecht üblich. So wird beispielsweise eine Akkreditierung im neuen Signaturgesetz für die Zertifizierungsstellen vorgesehen, welche die Verschlüsselung von elektronischen Dokumenten garantieren (§ 15 SigG).[1001] Eine Akkreditierung der Krankenhäuser wird in den USA durch die *Joint Commission on Accreditation of Health Care Organizations* durchgeführt. Diese Institution überprüft, ob das Krankenhaus ein angemessenes Niveau von Sicherheit und Vertraulichkeit (confidentiality) der Patientendaten gewährleistet.[1002] Ein minimales Sicherheitsniveau, welches die Krankenhäuser und Überwachungsfirmen unbedingt erreichen und gegebenenfalls auch überschreiten sollen, muß auch in Deutschland festgelegt werden. Dieses Niveau kann zumindest durch eine Anonymisierung und eine qualifizierte Verschlüsselung der Daten erreicht werden.

b) Die deliktische Haftung einer Datenverwendungs-Kommission

Die oben erwähnten Kommissionen können keinesfalls willkürlich die Standards bestimmen. Wenn so etwas tatsächlich passierte, dann

---

[1001] Das neue Signaturgesetz v. 16.5.2001 ist unter http://www.dud.de zu sehen (zuletzt besucht am 3.7.2002).

[1002] Zu Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organisations vgl. *Roach*, Medical Records (1998), S. 156 f; ausführlich *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 48 f. Eine Kommission mit ähnlichen Befugnissen wird auch in Art. 9 des griechischen Gesetzes „zur Entwicklung und Modernisierung des Nationalen Gesundheitssystems“, N. 2519 v. 21.8.97 vorgesehen; es handelt sich um das sog. Ι.Ε.Ε.Π.Υ.Υ. Vgl. auch Art. 12 des gleichen Gesetzes, das einen „Obersten wissenschaftlichen Gesundheitsrat“ vorsieht (sog. Α.Ε.Ε.Σ.Υ.).

beschwüren sie eine große Gefahr für mehrere Hunderttausende oder sogar Millionen Patienten herauf. Die unsorgfältige Festlegung von Standards hat potentiell den unbefugten Zugriff zu Patientendaten oder sogar ihren Verlust zur Folge, was mittelbar den Persönlichkeitsschutz der Patienten verletzen und die allgemeine Gesundheit beeinträchtigen kann. Diese große Gefahr ist nach § 823 Abs. 1 BGB haftungsbegründet, denn es besteht die naheliegende Möglichkeit, daß die Rechtsgüter der Menschenwürde und der Gesundheit verletzt werden könnten.[1003] Für die Medizininformatiker des Krankenhauses oder die externen Überwachungstechniker wird der Inhalt der Verkehrssicherungspflicht durch technische Regelwerke wie DIN-Normen[1004] konkretisiert, welche die oben angeführte Bundeskommission voraussichtlich erlassen worden.[1005]

Eine derartige Kommission trifft eine spezifische Verkehrssicherheitsverantwortung. Ihre Haftung für die Vermeidung von durch technisch fehlerhaften Normen ausgelösten Risiken wird im allgemeinen allerdings nur bei Aufstellung eindeutig fehlerhafter Sicherheitsregeln oder bei unklarer Abgrenzung des Geltungsbereichs solcher Regeln eintreten. Das gilt dagegen nicht schon dann, wenn der Richter zu der Ansicht kommt, daß das von einer technischen Regel festgelegte Qualitäts- und Sicherheitsniveau die im Verkehr erforderliche Sorgfalt unterschritten hat. Die Vorschriften solcher Kommissionen dienen im übrigen auch außerhalb ihres unmittelbaren Geltungsbereichs als Maßstab für verkehrsgerechtes

---

[1003] Vgl. BGH VersR 1975, 812 ff. und *Thomas* in *Palandt* KurzKomm (2001), § 823, Rdnr. 58.

[1004] DIN-Normen spiegeln den Stand der Technik wider und sind deshalb zur Bestimmung des nach Verkehrsauffassung Gebotenen geeignet. So BGHZ 138, 338, 341 f; BGHZ 114, 273, 277; BGH NJW 1997, 582, 583. Vgl. ferner *Hager* in StaudingerKomm (1999), § 823, Rdnr. E 34.

[1005] Vgl. Hamm NZV 1995, 484 ff. und *Thomas* (Fn. 1003).

Verhalten. Deren Außerachtlassung läßt in dieser Hinsicht auf Verschulden schließen. Technische Normen können und sollen andererseits nicht jedes Schadensrisiko ausschließen und stellen durchweg besonders in der Medizininformatik, einen Kompromiß aus technischen und ökonomischen Notwendigkeiten dar.[1006].

F. Gesetzgeberischer Vorschlag

Der Gesetzgeber muß auch im Bereich der Wartung tätig werden, und zwar auf zwei Arten. Falls die Anonymisierung als die richtige Lösung zum datenschutzrechtlichen Konflikt angenommen wird, dann muß er die Konsistenz und die Befugnisse der die Standards der Anonymisierung regelnden Kommission festlegen. Davon war im Abschnitt IV bereits die Rede. Wenn die Lösung der Anonymisierung aber abgelehnt wird, dann bleibt dem Gesetzgeber lediglich noch eine Möglichkeit offen: die Änderung des § 203 Abs. 3 S. 1 StGB. Das Einfügen des Passus „ständig oder vorübergehend“ reichten dabei schon aus. Der neue Satz hätte dann folgenden Wortlaut: „Den in Absatz 1 Genannten stehen ihre berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die bei ihnen ständig oder vorübergehend zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind.“ Darunter fiele auch das externe Wartungspersonal.

G. Die Fernwartung

Mit Hilfe der auch als fernunterstützende Wartung, Telewartung oder Teleservice bezeichneten Fernwartung[1007] können im Wege der Datenfernverarbeitung Fehler in der Hard- und der Software erkannt und anschließend beseitigt, aber auch Anpassungen von Programmen an neue

[1006] Vgl. *Mertens* in MünchKomm (1997), § 823, Rdnr. 214.

sachliche Gegebenheiten (etwa an neue Gebührensätze) vorgenommen werden, ohne daß ein Wartungstechniker vor Ort erscheinen müßte.[1008] Diese fernunterstützende Wartung wird schon in vielen Krankenhäusern eingesetzt, denn dadurch werden die lange Fahrten der EDV-Fachtechniker zwischen Überwachungsfirma und Krankenhaus erspart. Die Wartung wird dadurch kostengünstig. Die Fernwartung stellt eine datenschutzrechtliche Schwachstelle dar, weshalb besondere Vorkehrungen für die Datensicherung verlangt werden müssen. Eine einheitliche Behandlung der Fernwartung, und zwar unabhängig davon, ob sie lediglich die Hardware oder auch die Software betrifft, wäre auf jeden Fall ungenau. Eine entsprechende Differenzierung zwischen Hard- und Software ist deshalb dringend geboten.

I. Fernwartung von Hardware

Unter der Wartung von Hardware ist das Löschen aller auf einer Festplatte enthaltenen Patientendaten, die Gewährleistung des Zusammenspiels aller Hardware-Komponenten und der Austausch defekter Hardware zu verstehen.[1009] Die Fernwartung von Hardware ist datenschutzrechtlich durchweg unbedenklich, da sie ohne den Zugriff auf personenbezogene Daten auskommt und grundsätzlich Rechenoperationen statistisch auswertet.[1010]

[1007] Zu allen diesen Bezeichnungen vgl. *Ehmann*, CR 1991, 293 m.w.N.

[1008] Grundlegend zur Fernwartung *Ehmann*, CR 1991, 293 ff. und *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 519.

[1009] Zu Sicherungsmaßnahmen bezüglich dem Löschen von Patientendaten und anderen Hardware-bezogenen Risiken vgl. *Dennis*, Privacy and Confidentiality (2000), S. 48-50.

[1010] So *Kruse*, DuD 1988, 130, 131; *Ehmann*, CR 1991, 293, 294. Bedenklich *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 519, welche die Zulässigkeit der Fernwartung der Hardware von softwarespezifischen Sicherheitssperren abhängig machen.

II. Fernwartung von Software

Unter Wartung von Software faßt man die Verbesserung des Zugriffs auf die Daten, die Verbesserung der Benutzeroberfläche und den Versuch, personenbezogene Informationen auf defekten Datenträgern wieder lesbar zu machen, die sonst wegen fehlender Sicherheitskopien verloren wären.[1011] Die Fernwartung von Software bezieht sich in der Praxis nie auf benutzereigene Anwenderprogramme, sondern stets auf Software, die das Wartungsunternehmen oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen zur Verfügung gestellt hat. Dabei werden personenbezogene Daten aus dem Betriebsablauf des Anwenders, jedenfalls in Ausnahmefällen, benötigt. Zumindest aber ist der Zugriff auf personenbezogene Anwenderdaten während der Durchführung der Telewartung möglich, wenn nicht der Anwender dafür sorgt, daß dieser Zugriff des Wartungspersonals eingeschränkt bzw. ausgeschlossen wird. Werden keine besonderen Datensicherheitsmaßnahmen für die Übermittlung von Patientendaten in digitalen Netzen getroffen, sind Manipulationen, unbefugte Kenntnisnahme und Fehler während des Transports wahrscheinlich nicht ausgeschlossen.[1012] Die Wahrscheinlichkeit des Eintretens eines solchen Falles birgt zwangsläufig die Gefahr gegen die Unversehrtheit und schließt deshalb eine Zulassung der Fernwartung von Software aus.[1013] Nachfolgend wird darauf eingegangen, unter welchen Voraussetzungen eine Zulassung der Fernwartung von Software anzunehmen ist.

[1011] Vgl. *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht (1998), S. 245 f.

[1012] *Ehmann*, CR 1991, 293, 294; *Ortner/Geis*, MedR 1997, 337, 341; *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 519.

[1013] *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 519.

1. Fernwartung und § 203 Abs. 3 StGB

Es wurde schon oben dargestellt,[1014] daß das Personal von externen Dokumentationsstellen im Regelfall nicht als Gehilfe des Arztes i.S.v. § 203 Abs. 3 StGB qualifiziert werden kann.[1015] Dies gilt insbesondere dann, wenn das externe Wartungspersonal, die fernunterstützte Wartung durchführt. In diesem Fall könnte das Fachpersonal kann dann von außen an die Praxis herantreten, ohne in den Betriebsablauf organisatorisch eingebunden zu sein. Genau diese Konstellation schlösse eine effektive Kontrollmöglichkeit des Arztes völlig aus.[1016]

§ 203 StGB will lediglich die aus Anlaß eines Berufes und besonderen Vertrauensverhältnisses erteilten Informationen schützen. Alle Personen, welche die Ausübung dieses Berufes unmittelbar unterstützen und deshalb unvermeidbar „neben“ dem Arzt, Rechtsanwalt usw. bei der Erteilung dieser Informationen stehen, werden von diesem Paragraphen erfaßt. Die schon angeführte Entbehrlichkeit[1017] eines organisatorischen Verbundes der externen Überwachungsfirmen mit der Praxis spricht gegen eine Erweiterung der Geltung von § 203 Abs. 3 S. 2 StGB in Bezug auf das sich mit der Fernwartung beschäftigende Personal solcher Firmen. Dieses Personal steht nämlich keinesfalls „neben“ dem Arzt bei der Ausübung seiner Tätigkeit. Eine Änderung dieses Satzes des StGB mit dem Ziel, diese Personen in die ärztliche Schweigepflicht mit einzubeziehen, wiederspräche dem Zweck von § 203 StGB.

[1014] Siehe oben § 13 D II, S. 118 f. d.v.A. m.w.N.

[1015] So wie in Fn. 1014.

[1016] Vgl. ausführlich zum Thema Wartungspersonal als Gehilfe des Arztes *Ehmann*, CR 1991, 293, 294 f.

[1017] Siehe oben § 13 D II 1, S. 118 ff. d.v.A.

Eine Änderung von § 203 Abs. 3 S. 3 StGB ist aber noch aus einem weiteren Grunde abzulehnen: sie erweiterte nämlich den Kreis der Schweigepflichtigen in unbeherrschbarem Maße. Eine solche Änderung erlaubte die Nutzung personenbezogener Daten durch auf der anderen Seite des Netzes arbeitende, unbekannte Personen. Die Patientendaten wären in diesem Fall für fast alle Angestellten der Fernwartungsfirma zugänglich, so daß der Persönlichkeitsschutz des Behandelten in großer Gefahr wäre.

2. Entbehrlichkeit der Einwilligung bei Existenz eines Rechtfertigungsgrundes

In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, daß die Übermittlung von Patientendaten (EDI) nur dann zulässig sei, wenn sie entweder durch eine gesetzliche Vorschrift, durch die Einwilligung des Patienten oder aber durch einen besonderen Rechtfertigungsgrund legitimiert ist.[1018] Ein solcher Rechtfertigungsgrund ist vorhanden, wenn eine nicht anders abwendbare Gefahr für ein höherwertiges Rechtsgut, z.B. Leben, Gesundheit und Freiheit, durch jene Datenübermittlung abgewehrt werden kann.[1019] Eine derartige Gefahr besteht in der Tat im Falle der Fernwartung. Wird der Arzt verpflichtet, den Patienten nach seiner Einwilligung zur Fernüberwachung seiner Daten zu fragen und muß er sich an die Entscheidung des einzelnen Patienten anpassen, wird nicht nur die ärztliche Berufsfreiheit,[1020] sondern obendrein die öffentliche Gesundheit

---

[1018] *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 106 ff; *Bundesärztekammer*, DÄBl. 1993, A-2809 f. Vgl. ferner *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 518. Zur Definition und Funktion der EDI vgl. instruktiv *Müglich*, CR 2000, 190 ff.; *Nöcker*, CR 2000, 176 ff. und den EDV-Glossar unter „EDI".

[1019] *Bundesärztekammer*, DÄBl. 1993, A-2809, A-2811.

[1020] Die Berufsfreiheit wird hierbei bedroht, wenn der Arzt seine Aufgabe, eine ordnungsgemäße, durch Fernüberwachung gewartete, elektronische Archivierung durchzuführen, nicht nach seinem Gewissen und nach den Geboten der ärztlichen Sitte, sondern nach fremdem Willen erfüllen soll. Vgl. *Laufs*, Berufsfreiheit und

von beträchtlichen computerbezogenen Risiken bedroht. Wenn die elektronischen EDV-Anlagen des Krankenhauses nicht durch fernunterstützte Wartung überwacht werden, sind die Daten von mehreren Hunderttausenden Patienten und dadurch auch deren Gesundheit bedroht. Zu beachten ist, daß bei einer Interessenabwägung Leben und Gesundheit als dominierende Werte stets Vorrang haben.[1021] Infolgedessen ist das öffentliche Interesse an einer fernunterstützten Wartung und sicheren Aufbewahrung der elektronischen Patientendaten ein Rechtfertigungsgrund, der die Übermittlung von Patientendaten legitimiert und die Notwendigkeit einer Einwilligung ausschließt.

Eine solche Ansicht steht in Übereinstimmung mit der amerikanischen Literatur[1022], die eine Ausnahme vom Schutz der Privatheit des Patienten annimmt, wenn dieser eine Gefahr für Dritte darstellt. Bei einer Interessenabwägung zwischen den kollidierenden Rechtsgütern „Gesundheit von Tausenden Patienten“ und dem aus dem Selbstbestimmungsrecht abgeleiteten Recht zur Verweigerung der Fernwartung, ist offensichtlich, daß die Abwägung eindeutig zugunsten von Leben und Gesundheit der Allgemeinheit ausfällt.[1023] Das verfassungsrechtlich verankerte Recht zur Verweigerung der Weitergabe von personenbezogenen Daten und das grundrechtlich verbürgte Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Ab. 2 S.1 GG) stehen sich nicht gleichrangig gegenüber. Insofern kann das „Recht an den eigenen Daten“ durch eine tatbestandsbezogene Interessenabwägung zugunsten der

---

Persönlichkeitsschutz (1983), S. 6. Vgl. ferner zur ähnlichen Problematik bezüglich der Rechnungshofkotrolle *Heintzen/Lilie*, NJW 1997, 1601, 1602 f.

[1021] *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 106 f.; *v. Ferber* in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik (2000), 211, 224.

[1022] Vgl. s.a. *Roach*, Medical Records (1998), S. 20.

öffentlichen Gesundheit begrenzt werden.[1024] Die objektive Interessenlage des betroffenen Patienten spricht auch für die *anonyme* Weitergabe seiner Daten zu Zwecken einer fernunterstützten Wartung, da der Schutz seiner Gesundheit im Fokus des Interesses steht.

3. Vertragliche Vereinbarungen

Vertragliche Vereinbarungen sind nach § 5 Abs. 2 BDSG lediglich zur Auflockerung der Pflicht zur Einhaltung des Datengeheimnisses betreffend der externen Dokumentationsstelle möglich.[1025] Man kann jedoch nicht allein durch eine schriftliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit externes Wartungspersonal zum berufsmäßigen Gehilfen machen. Dabei ist die Eigenschaft als Gehilfe nicht vertraglich begründbar, sondern stets an tatsächlichen Kriterien zu messen.[1026]

4. Technische Vorkehrungen

Solange die Schweigepflicht nicht vertraglich auf externes Personal erweitert werden kann, sind adäquate technische Vorkehrungen erforderlich, um eine unberechenbare Verbreitung personenbezogener Daten auszuschließen. Daher ist über die Anonymisierung hinaus der Einsatz von Hardware und Software notwendig. Die damit zu treffenden, adäquaten technischen Vorkehrungen lassen für den Arzt nach außen erkennbar werden, wann eine Fernwartung durchgeführt wird. Damit kann

---

[1023] Vgl. *Lilie* (Fn. 1021) und *v. Ferber* (Fn. 1021).

[1024] So *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung (1980), S. 84. Anders bei der Rechnungshofkontrolle der Patientenakten, bei denen sich der verfassungsrechtlich verankerte Prüfungsauftrag und der grundrechtlich verbürgte Datenschutz gleichrangig gegenüberstehen; BVerfG NJW 1997, 1633 ff.

[1025] Vgl. *Walz* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 5, Rdnrn. 27 ff. Siehe auch im Anhang die „Zusatzvereinbarung zur Sicherstellung von Datenschutz und Datensicherheit bei Fernwartung“ des Universitätsklinikums Heidelberg.

er feststellen, auf welche Daten zugegriffen wurde und hat obendrein jederzeit die Möglichkeit, den Wartungsvorrang zu unterbrechen. Die Kerberos Authentifikation einerseits[1027] und die neuerdings in den Markt eingeführten Hardware-Tokens andererseits[1028] bieten solche Möglichkeiten geeigneter technischer Vorkehrungen an.[1029] Derartige Maßnahmen haben wahrscheinlich auch *Wienke/Sauerbronn* im Sinn, wenn sie die Zulassung der Fernwartung von „Sicherheitssperren" abhängig machen wollen.[1030]

Nach Nr. 6 der Anlage zum § 9 BDSG sind im Rahmen der Fernwartung auch Übermittlungskontrolle erforderlich. Diese Regelung hat in erster Linie eine präventive Funktion.[1031] Ausgangspunkt ist die Erfahrung, daß die Personen, welche mit den Daten umgehen, sich um so eher an die vorgeschriebenen Regeln halten werden, je größer die Wahrscheinlichkeit ist, daß ihre Aktivitäten später rekonstruiert und überprüft und sie bei festgestellten Verstößen zur Rechenschaft gezogen werden. Die Übermittlungskontrolle verlangt nicht, wie man zunächst vielleicht

---

[1026] *Ehmann*, CR 1991, 293, 295 und *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 518.

[1027] Kerberos Authentifikation ist ein sehr sicheres Informationssystem für die Verteilung elektronischer privater Schlüssel in Einrichtungen und Organisationen. Es wurde vom Massachusetts Institute of Technology (MIT) entwickelt und von der Open Software Foundation gefördert (OSF). Es wird heutzutage in einigen Krankenhäusern eingesetzt, in denen für über 30.000 Personen eine Authentifikation erforderlich ist. *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 90-92.

[1028] Siehe in EDV-Glossar unter „Tokens".

[1029] Technischen Einzelheiten zu diesen Authentifikationssystemen in *National Research Council*, Electronic Health Information (2000), S. 90-92. Vgl. ferner bezüglich der Übermittlung an andere Unternehmen derselben Branche *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 4 Rdnr. 57.

[1030] *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 519. Vgl. ferner zur Datensicherheit im Internet *Hobert*, Datenschutz und Datensicherheit (1998), S. 186 ff.

erwarten könnte, daß nachvollziehbar gemacht wird, an wen Daten übermittelt worden sind, sondern lediglich, an wen sie übermittelt werden können.[1032]

Die Forderung, zu gewährleisten, daß überprüft und festgestellt werden kann, an welche Stelle Daten übermittelt werden können, läßt sich in geschlossenen Systemen (Intranet) mit geschlossenen Benutzergruppen noch erfüllen. Sobald aber Netze offen sind, also über öffentliche Netze (Internet) ein Zugang zu externen Rechnern der Wartungsfirma besteht, und damit auch die Datenübertragung von außen möglich ist, stößt jene Forderung an ihre Grenzen. Das ist darin begründet, daß gerade offene Systeme sich durch die Möglichkeit auszeichnen, Daten an einen unbestimmten Kreis von Empfängern zu übermitteln. Dieser Empfängerkreis repräsentiert eine offene Benutzergruppe, für die der Datenzugang über ein offenes System damit möglich und sogar erwünscht ist. Deshalb muß der Zugang zu offenen Netzen entweder ausgeschlossen oder die Übertragungsfunktion blockiert werden. Folglich darf nur der Abruf technisch möglich sein, oder aber zur Erfüllung des Schutzgedankens von Anlage Nr. 6 zu § 9 BDSG die vollständige Protokollierung aller Transaktionen sichergestellt sein. Insofern werden geeignete Maßnahmen verlangt, mit deren Zuhilfenahme festgestellt werden kann, an welche Stellen übermittelt werden darf. Diese Feststellung ist aber bei offenen Systemen gerade nicht möglich. Bei diesen ist entweder auf den Zugriff auf schützenswerte personenbezogene Daten zu verzichten oder indes die vollständige Protokollierung vorzunehmen.[1033] Beide Lösungen garantieren

---

[1031] *Geiger* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 9 Rdnr. 141. Vgl. ferner zu dieser Vorschrift o.V., DÄBl 1993, A-2812 ff.

[1032] *Geiger* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 9 Rdnrn. 142 ff.

[1033] *Geiger* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 9 BDSG Rdnr. 145.

aber keine genügende Sicherheit und sind deshalb unbefriedigend. Aus diesem Grunde ist bei einer Fernwartung über offene Netze als geeignetste Lösung die Anonymisierung der kritischen Daten als optimale Maßnahme anzunehmen.[1034]

Die vorgeschlagenen Schutzvorkehrungen sind kostenaufwendig. Daraus folgt ein Wirtschaftlichkeitserwägungen unterliegendes Bedürfnis zur Bestimmung der Standards, damit der Einsatz von überflüssiger oder unzureichender Technik vermieden wird. Hierbei spielen intern im Krankenhaus oder auf Bundesebene wirkende Kommissionen eine entscheidende Rolle. Sie wären jedenfalls die geeignetsten Institutionen für die Festlegung der erforderlichen Standards.[1035] Solange diese Standards vom Krankenhausträger eingehalten werden, ist die Fernwartung zulässig, weil dadurch die Zugriffsmöglichkeit des Wartungspersonals eingeschränkt bzw. ausgeschlossen wird. Dem stellen sich *Wienke/Sauerborn*[1036] argumentativ entgegen, indem sie die Fernwartung der Software in der Arztpraxis für unzulässig erklären. Diese Meinung ist aber nicht billigenswert, denn die bereits angewandte Fernwartung kann nicht wieder abgeschafft, sondern nur gesichert werden. Große Krankenhäuser und Wartungsunternehmen ziehen eine fernunterstützende Wartung vor, um Kosten einzusparen. Eine im Rahmen der EU erfolgte Fernwartung ist im übrigen unproblematisch, weil mittlerweile durch die Datenschutz-, Signatur- und e-commerce-Richtlinien ein gewisser Sicherheitsstandard in

---

[1034] Vgl. *Simitis* in *Simitis* u.a., BDSG (1998), § 4 Rdnrn. 52 f. Ausführlich zum Thema Anonymisierung vgl. oben § 13 D III, S. 118 ff.

[1035] Siehe oben § 13 E IV S. 118 ff. d.v.A.

[1036] *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 519.

allen Mitgliedsstaaten erreicht worden ist.[1037] Im Gegensatz dazu ist außerhalb der EU ein Teleservice nicht unbedenklich, besonders dann nicht, wenn die Überwachungsfirma sich in einem Land niedergelassen hat, in dem kein angemessener Datenschutzstandard etabliert ist. In diesem Fall wird nicht nur der Schutz der Patientendaten bedroht, sondern im Falle eines Datenschutzverstoßes werden im Rahmen des internationalen Privatrechts zusätzlich schwierige Kompetenzfragen aufgeworfen.[1038]

H. Schlußfolgerung

In Deutschland, das im Bereich des Datenschutzes besonders sensibel ist, wird das Problem der Schweigepflichtverletzung bei Wartung und Fernwartung in der Literatur eingehend erörtert. Die an diese Erörterungen geknüpften Überlegungen reflektieren die europäische Rechtstradition und knüpfen konsequent an das Prinzip an, daß die Grundrechte der Bürger stets Vorrang genießen, und zwar auch dann, wenn dies zu Lasten der rasanten technischen und wirtschaftlichen Entwicklung geht. In den USA, die auf diesem Gebiet liberaler eingestellt sind und eine entsprechend andere Rechtspraxis verfolgen, wird die Wartung und Fernwartung als ein eher singuläres Problem betrachtet, das lediglich den Krankenhausträger betrifft. Er ist gehalten, die Patientendaten so zu sichern, daß er vor potentiellen Klagen des Patienten wegen Schweigepflichtverletzung geschützt ist. Anders ist es aber im kontinentalen Europa und besonders in Deutschland. Hier wird die Einsicht in die Patientendaten seitens der externen Wartungsfirmen grundsätzlich als Schweigepflichtverletzung

---

[1037] Vgl. EU-Richtlinien zu e-commerce (2000/31/EG), elektronische Signatur (99/93/EG) und Datenschutz (95/46/EG).

[1038] Vgl. *Hoppe*, MedR 1998, 462 ff. Vgl. ferner *Stanberry* und *Stellpflug* auf 25. Symposium für Juristen und Ärzte (16.und 17. Februar 2001), Berlin. Siehe der Verhandlungsbericht in ZaeFQ 2001, 605 ff. und 615 ff. entsprechend.

angesehen. Lediglich eine Anonymisierung der kritischen Daten schließt bei der Wartung durch externe Techniker eine Schweigepflichtverletzung aus. Zur Feststellung der Standards für eine zuverlässige Anonymisierung ist die Einrichtung von flexiblen Kommissionen erforderlich, die der Entwicklung der Technik folgen können und auf dieser Wissens- und Erkenntnisgrundlage Richtlinien erlassen würden. Auch bei der Fernwartung ist nach einer technischen Lösung zu suchen, die einen Zugriff auf die gewarteten Daten durch unbefugte Dritte ausschließt. Eine Wartung außerhalb der EU ist als unzulässig zu betrachten, wenn ein den europäischen Anforderungen entsprechender Datenschutz nicht gewährleistet werden kann. Außerhalb der EU ist es für den Patienten besonders schwer, seinen aus einer Schweigepflichtverletzung resultierenden Anspruch durchzusetzen, da im Rahmen des internationalen Privatrechts auftauchende Fragen zumeist schwer zu beantworten sind.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Daß das Thema der vorliegenden Dissertation interdisziplinär ist, wird schon durch den Titel deutlich. Er besteht aus zwei Begriffen: ärztliche Dokumentationspflicht und elektronische Datenverarbeitung. Unter dem ersten Begriff ist die Pflicht des Arztes zu verstehen, Krankenunterlagen im Rahmen seiner Tätigkeit anzufertigen und aufzubewahren. Diese Pflicht kann grundsätzlich durch die Aufzeichnung der Behandlungsabläufe erfüllt werden, unabhängig davon, ob der Arzt seine Dokumentation konventionell oder elektronisch durchführt. Der zweite Teil des Titels betrifft gerade eine neue Form der Dokumentation – die elektronische Datenverarbeitung (EDV) – der im zweiten Teil besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird. Für diese gelten weitestgehend die Leitlinien, welche die Rechtsprechung und die Literatur für die ärztliche Dokumentation entwickelt haben (§§ 1 und 2).

Eine Vielzahl von gesundheitsrechtlichen Vorschriften sowie auch die Musterberufsordnung für Ärzte haben schon in der Mitte des letzten Jahrhunderts dem Arzt die Verpflichtung auferlegt, Behandlungsabläufe zu dokumentieren. Das „Dokumentationsurteil“ und die nachfolgend ständige Rechtsprechung haben dieses Berufsrecht bestätigt und kommen in der Auffassung überein, daß die ärztliche Dokumentationspflicht eine sich aus dem Behandlungsvertrag ergebende Nebenpflicht gegenüber dem Patienten darstellt. Dank dieser ärztlichen Verpflichtung ist nicht nur der Persönlichkeitsschutz des Patienten, sondern auch seine körperliche Unversehrtheit gewährleistet (§ 3).

Eine uneingeschränkte Annahme dieser Verpflichtung hätte jedoch zur Beeinträchtigung der ärztlichen Berufsfreiheit führen können. Eine teleologische Auslegung der betreffenden Rechtsnormen ist infolgedessen erforderlich. Entscheidend ist der Normzweck. Dieser besteht aus der Therapiesicherheit und der Rechenschaftsabgabe. Die Beweisschaffung durch den Arzt und die Forschung dürfen keinen Zweck der ärztlichen Dokumentation darstellen, weshalb der Arzt sie bei der Erfüllung seiner Dokumentationspflicht nicht berücksichtigen muß. Andernfalls wäre die Tätigkeit des Arztes mit überflüssigen Obliegenheiten belastet. Unter diesem Blickwinkel betrachtet, wird der obligatorische Inhalt der Dokumentation ausführlich konkretisiert. Die Grenzen zwischen obligatorischer und fakultativer Dokumentation werden klargestellt. Alle Daten, welche die obligatorische Dokumentation beinhaltet, werden enumeriert. (§ 4).

Die ärztliche Dokumentation hat im Arzthaftungsprozeß einen besonderen Beweiswert. Sie ist eigentlich der einzige vertrauenswürdige Beweis, weswegen ihr Mangel oder ihre Unvollständigkeit zu Beweiserleichterungen für den Patienten bis hin zur Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes führen kann. Die Dokumentationspflichtverletzung indiziert das objektive Fehlverhalten des Arztes und entlastet den Patienten von der Beweisführung bezüglich des Behandlungsfehlers des Arztes. Der gewöhnlich von der Rechtsprechung benutzte abstrakte Begriff der „Beweiserleichterung“ muß vielschichtiger dargestellt werden und teilt sich auf in: Schadenschätzung (§ 287 ZPO), Indizienbeweis, Beweisvereitelung, Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr. Bloße Beweiserleichterungen statt völliger Beweislastumkehr sind dann entsprechend auszulegen, wenn die fehlenden Krankenunterlagen keinen besonderen medizinischen

Wert haben. Nach neuerer Rechtsprechung können grobe Behandlungsfehler und Dokumentationspflichtverletzungen zu gleichen beweisrechtlichen Folgen führen, was die Grenzen zwischen diesen Kategorien verschwimmen läßt. Nach Heranziehung der neueren höchstrichterlichen Spruchpraxis kommt man zu dem Ergebnis, daß beide Fachbegriffe zur Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität nur in zwei Fällen gelten dürften, und zwar a) bei einer sich auf eine mangelhafte Dokumentation stützenden sukzessiven Behandlung oder b) wenn ein Diagnosefehler auf einer Dokumentationspflichtverletzung beruht (§ 5).

In diesen zwei Ausnahmefällen kann sich aus der Dokumentationspflichtverletzung eine eigenständige Anspruchsgrundlage ergeben. Die Ansprüche des Patienten ergeben sich dann aus Vertragsverletzung wie auch aus Deliktsrecht. Eine Dokumentationspflichtverletzung hat im übrigen sowohl berufsrechtliche als auch strafrechtliche Konsequenzen. Die Berufsgerichte können aufgrund einer Dokumentationspflichtverletzung unterschiedliche Maßnahmen verhängen. Darüber hinaus wird der Tatbestand verschiedener Delikte im Fall einer solchen Verletzung erfüllt. In diesem Zusammenhang gewinnt das Prinzip *ne bis in idem* besondere Bedeutung (§ 6).

Heutzutage kann die ärztliche Dokumentation mit Hilfe von persönlichen Notizen, technischen Geräten (z.B. EKG) oder Computern (z.B. Expertensystemen) angefertigt werden. Je nachdem ist die Rede von persönlichen, technischen und elektronischen Aufzeichnungen. Alle diese Aufzeichnungen können auf elektronischen Datenträgern gespeichert werden und fallen dann unter den Begriff „elektronische Patientenakte“ (§ 7).

30 bis 50 % der Arbeit des Arztes sind Verwaltungstätigkeiten in Form von Schreiben, Suchen, Kopieren und Verarbeiten von Patientendaten. Durch handschriftliche Notizen treten des öfteren Unklarheiten auf, und daraus ergeben sich falsche Deutungen und Mißverständnisse. Die EDV bietet die Lösung all dieser Probleme, die die konventionelle Dokumentation mit sich bringt. Durch Dokumentationsverwaltungsprogramme wird das Erstellen und Suchen der Patientenakte erleichtert. Das Lesen der Karteikarten erfolgte bei getippten Notizen um bis zu 46 % schneller als bei handschriftlichen. Weitere Vorteile der elektronischen Archivierung sind Raum- und Kostenersparnis, sowie die Erleichterung der Forschung. Trotzdem ist die EDV kein perfektes System. Der Einsatz der EDV in einer Arztpraxis ist hinsichtlich der Anschaffung, insbesondere des Unterhaltungsaufwandes, sehr kostenintensiv. Entsprechend dem derzeitigen Entwicklungsstand ist Medizinsoftware nicht immer verläßlich. Problematisch bei der elektronischen Dokumentation sind ferner die Gefahr des technischen Versagens, die Möglichkeit von Bedienungsfehlern sowie die Manipulation und der Zugriff nicht autorisierter Personen auf die Daten (§ 8).

Im Hinblick auf diese Gefahren bezüglich der Digitalisierung der Dokumentation drängt sich die Frage der Zulässigkeit der EDV-Archivierung auf. Die elektronische Archivierung ist zugelassen, wenn sie nicht gegen die guten Sitten und gegen § 823 BGB verstößt. Dies ist gewährleistet, wenn der Krankenhausträger die erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung der mit der elektronischen Dokumentation einhergehenden Gefahren trifft. Die Zulässigkeit der elektronischen Dokumentation wird betreffend aller relevanten Rechtsgebiete überprüft. Straf-, zivil- und berufsrechtlich ist sie zulässig (§ 97 Abs. 1 S. 1 StGB, §§ 133, 242 BGB,

§ 10 Abs. 5, S. 1 Musterberufsordnung für Ärzte entsprechend). Alle relevante Paragraphen werden im einzelnen dargestellt, geprüft und analysiert (§ 9).

Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geforderte Ordnungsmäßigkeit der ärztlichen Dokumentation muß auch bei einer elektronischen Anfertigung und Aufbewahrung der Dokumentation gewährleistet sein, da andernfalls die Volksgesundheit gefährdet ist. Die zu einer ordnungsgemäßen elektronischen Archivierung erforderlichen Maßnahmen können in vier Kategorien, je nach zu gewährleistender Eigenschaft der elektronischen Archivierung, unterteilt werden. Diese erforderlichen Eigenschaften sind die Verfügbarkeit, Vertraulichkeit, Unversehrtheit und Verbindlichkeit der Daten. Unter Verfügbarkeit ist die Ermöglichung des Zugriffs auf die Daten in akzeptabler Zeit gemeint. Sie kann durch eine ununterbrochene Stromversorgung und geeignete Hard- und Software gewährleistet werden. Vertraulichkeit heißt Schutz vor unbefugter Einsichtnahme Dritter in die Daten. Dieser Schutz kann grundsätzlich durch Identifikation und Authentifikation verwirklicht werden. Die Unversehrtheit (oder Integrität) umfaßt den Schutz vor unerwünschten Änderungen von Daten und Systemen und kann grundsätzlich durch Kontrollprogramme zur Fehlererkennung und -erhebung sowie durch eine Protokollierung der Anmeldeversuche gewährleistet werden. Ein besonderes juristisches Problem stellt die Verbindlichkeit von Kommunikationsvorgängen und vertraglichen Transaktionen dar, die auf elektronischem Wege zustande kommen. Hierzu kommt die Verschlüsselung wie *deus ex machina*[1039] (hier besser *in*

[1039] In den Tragödien der alten Griechen gab es eine Maschine, die, von Schauspielern bemannt, während des Höhepunkts auf die Bühne kam. Daraus strömten „Götter" hervor, um die Probleme der Sterblichen zu lösen! In unserem Fall ist die *Bühne* das

machinam), welche die Daten vertraulich und unlesbar für Dritte erstellt. Trust Centers, Chipkarten und Firewalls in Verbindung mit dem asymmetrischen Verschlüsselungsverfahren können zur Gewährleistung der Verbindlichkeit der Patientendaten beitragen. Die Errichtung von Kommissionen für die Festlegung der zu einer sicheren elektronischen Patientenakte erforderlichen Standards ist für die Gewährleistung einer gewissen Rechtssicherheit unabdingbar. Hierbei stellt sich die Frage, ob die Erforderlichkeit dieser Maßnahmen durch eine Zumutbarkeitsprüfung eingeschränkt werden kann. Alle diese Maßnahmen können eine kleine Arztpraxis finanziell überlasten. Sie sind zur Zeit nur einem Krankenhaus zumutbar. Eine Differenzierung ist deshalb im Einzelfall notwendig und wird seitens des Richters erwartet. (§ 10)

Die Dokumentationspflicht umfaßt nicht nur das Erstellen der erforderlichen Dokumentation, sondern erstreckt sich auch auf ihre Aufbewahrung. Die Patientenakte ist so aufzubewahren, wie sie tatsächlich geführt wird (Computerausdrucke, Diskette). Der Aufbewahrungsort ist für die konventionelle Dokumentation der Schrank der Privatpraxis oder das Dokumentationszimmer eines Krankenhauses. Bei der EDV-Archivierung ist die Aufbewahrung auch im Ausweichrechenzentrum möglich. Die ärztliche Dokumentation muß im Regelfall 10 Jahre lang aufbewahrt werden. Länger ist sie aufzubewahren, wenn eine Behandlung dokumentiert ist, deren Folgen erst 10 Jahre nach Behandlungsbeginn auftreten können. Nach dieser Frist ist der Arzt zu einer Löschung der Patientendaten verpflichtet, um diese vor unbefugten Einsichtnahme zu schützen. Die Aufbewahrungspflicht ist Bestandteil der

---

digitale Netzwerk und die digitale Signatur stellt den *deus* dar, der die Probleme der Manipulationen und Fehler während des Transports der elektronischen Informationen löst.

Dokumentationspflicht und verweist wegen der Rechtsfolgen bei Verstößen auf die gleichen Beweiserleichterungen, die bei einer Dokumentationspflichtverletzung gelten (§ 11).

Die Beweiskraft nicht nur der digitalen Patientenakte, sondern auch der digitalen Dokumente im allgemeinen, stellt ein wesentliches juristisches Problem dar. Im Gegensatz zum strafrechtlichen Begriff der Urkunde, der auch nichtschriftliche Gedankenverkörperungen umfaßt, ist die Schriftform für den entsprechenden zivilprozessualen Begriff nach allgemeiner Ansicht konstitutiv. Dem liegt die Überlegung zugrunde, daß die *Schriftlichkeit* zu einer gewissen *Dauerhaftigkeit* des Urkundeninhalts führt, woraus die jederzeitige *Verfügbarkeit* ihres Inhalts und ein hoher Grad an Fälschungssicherheit resultiert. Auch bei elektronisch signierten Dokumenten sind heute diese Eigenschaften gewährleistet: a) das elektronische Dokument, das auch auf einer schreibgeschützten optischen Speicherplatte („WORM-Platte“) oder auf einer gesicherten Chipkarte gespeichert wird, ist dauerhaft und jederzeit verfügbar; b) durch die digitale Signatur wird die Fälschungssicherheit gewährleistet; c) die Verkehrsfähigkeit ist gegeben. Aus diesen Gründen sind die elektronischen Dokumente als eine neue Art von Urkunden aufzufassen, die durch besondere Rechtsregelungen anerkannt werden müssen. Nur wenn es sich um nicht-persönliche Aufzeichnungen des Arztes, sondern um technische und elektronische handelt, dann unterliegen die elektronischen Unterlagen als Objekte des Augenscheins der freien Beweiswürdigung des Richters. Zum gleichen Ergebnis gelangt man bei einer ohne Sicherungsvorgänge angefertigten Patientenakte. Eine Gleichstellung der elektronischen Dokumente mit der Privaturkunde im Sinne der ZPO ist nur unter der Bedingung anzunehmen, daß die in § 10 angeführten erforderlichen

Sicherungsvorgänge vollzogen wurden. Ohne diese könnten die elektronischen Dokumente spurlos manipuliert werden und dürften deshalb keinen vollen Beweis für den in ihnen enthaltenen Erklärungswert erbringen. Meistens wird vor Gericht ein Computerausdruck der elektronischen Patientenakte vorgelegt. Die Heranziehung der internationalen Gesetzgebung und Literatur hat die Auffassung untermauert, daß dieser wie ein Original zu behandeln ist, solange die elektronische Patientenakte ordnungsgemäß angefertigt und gespeichert wurde. Falls die Ordnungsmäßigkeit bei der Anfertigung und Aufbewahrung der elektronischen Patientenakte bestritten wird, muß der Richter den Aktenverwalter oder Leiter der EDV-Abteilung als Zeuge vernehmen, um sich über die getroffenen Datensicherheitsvorgänge zu informieren (§ 12).

Das Problem der Schweigepflichtverletzung bei Wartung und Fernwartung wird in Deutschland, wo man im Bereich des Datenschutzes besonders sensibilisiert ist, in der Literatur eingehend erörtert. Es knüpft an die europäische Tradition des Schutzes der Grundrechte der Bürger an, auch wenn dies zu Lasten der rasanten technischen und wirtschaftlichen Entwicklung geht. In den liberaleren USA werden die Wartung und Fernwartung als Problem betrachtet, das lediglich den Krankenhausträger betrifft. Er muß die Patientendaten so sichern, daß er vor potentiellen Klagen des Patienten aufgrund Schweigepflichtverletzungen geschützt ist. Dagegen wird im kontinentalen Europa und insbesondere in Deutschland die Einsicht in die Patientendaten seitens der externen Wartungsfirmen grundsätzlich als öffentliches Problem betrachtet, das durch Tätigwerden des Gesetzgebers gelöst werden soll. Die Einwilligung des Patienten oder den Datenschutz betreffende vertragliche Vereinbarungen können

aus rechtlichen und praktischen Gründen keine wirksame Lösung des Problems anbieten. Lediglich eine Anonymisierung der kritischen Daten schließt bei der Wartung durch externe Techniker eine Schweigepflichtverletzung aus. Zur Festlegung der Standards für eine zuverlässige Anonymisierung ist die Einrichtung von flexiblen Kommissionen erforderlich, die der Entwicklung der Technik folgen und Richtlinien erlassen könnten. Auch bei der Fernwartung ist nach einer technischen Lösung zu suchen, die einen Zugriff auf die gewarteten Daten durch unbefugte Dritte ausschließt. Eine Fernwartung, die außerhalb der EU durchgeführt wird, ist als unzulässig zu betrachten, wenn ein den europäischen Anforderungen entsprechender Datenschutz nicht gewährleistet werden kann. Eine solche Fernwartung kann für den Patienten auch nachteilig sein, da es für ihn schwer sein wird, seinen Anspruch wegen einer Schweigepflichtverletzung durchzusetzen, weil gerade im Rahmen des internationalen Privatrechts auftauchende Fragen schwer zu beantworten sind (§13).

Summary

The title itself makes clear that the subject of this thesis is an interdisciplinary one. It consists of two terms: “The Medical Duty of Recording and Electronic Data Processing”. The first term is understood as the duty of the doctor to make and keep medical records. In principle this duty can be performed by recording the course of treatment, regardless the doctor carries out the documentation conventionally or electronically. The second part of the title does refer to a new form of recording – electronic data processing -, which is especially dealt with in the second part of the thesis. To a very large extent the guidelines developed in case law and literature for medical recording apply in the case of electronic data processing too. (§§ 1 and 2)

A multitude of medical-law-regulations as well as the Medical Deontological Code (MBO) have obliged doctors to record the course of treatments already from the middle of the last century. The “Dokumentationsurteil” of the *Bundesgerichtshof* and further precedents consistent with it have upheld this professional law, agreeing that the medical duty of recording is a secondary one, deriving from the medical contract. It is this medical duty, which not only guarantees the protection of the patient’s personality but also his or her harm free body (§ 3)

But an unlimited acceptance of this duty might have led to a restriction of the medical professional liberty. Therefore, a teleological interpretation of the relevant legal norms is necessary. It is the aim of the norm that is the decisive factor and it consists in therapeutical security and in giving account for the therapy. The creation of evidence by the doctor and research must not be aims of medical recording; therefore the doctor does

not need to take them into account when performing his or her duty of recording. Otherwise the work of the doctor would be burdened with unnecessary obligations. Seen from that point of view, the obligatory contents of the records is put in fully concrete terms. The boundaries between obligatory and optional recording are clarified. All data the obligatory recording comprises are enumerated. (§ 4)

Medical records have a special value as evidence in medical liability litigation. Actually, they are the only reliable evidence, which is why faults or incompletnesses in them may lead to evidential alleviations for the patient, reaching as far as a reversal of the burden of proof onto the doctor. A violation of the duty of medical recording is a piece of circumstantial evidence of the doctor's objective malpractice, and it relieves the patient of the burden of proof with regard to this malpractice. In this case german courts use the abstract concept of "evidence facilities" ("Beweiserleichterungen"). This term can be divided in the evaluation of the damage according to § 287 Code of Civil Procedure, circumstantial evidence, destruction of the evidence (§ 444 Code of Civil Procedure), *res ipsa loquitur* (prima-facie evidence) and last but not least the reversal of the burden of proof. Simple evidence facilities in place of full diverse of the burden of proof should be applied, when the missing medical records have no vital medical value. According recent legal cases both "a great medical fault" and "breaches of the medical duty of recording" can have the same evidential consequences. By examining the rulings of the German Supreme Court ("Bundesgerichtshof") we can take it for granted, that both of the above mentioned terms can result to a reversal of the burden of proof concerning the causality only in two cases: either a) by a successive treatment, which is based on a deficient documentation or b) if a

diagnostic fault is due to a breach of the medical duty of recording. (§ 5)

In both these exceptional cases the breach of the medical duty of documentation grounds for the claim. The claim of the patient is grounded in these cases on an infringement of both the contract and the law of torts. A breach of the medical duty of registration has both disciplinary and penal consequences. The professional tribunals can order different measures for such a breach. Moreover the set of circumstances of differential tortious acts are met in the case of the breach. In this context the principle of *ne bis in idem* is of particular importance. (§ 6)

Nowadays the physician's documentation can be prepared with the help of personal medical Notes, technical apparatuses (i.e. electrocardiogram machine) or Computers (i.e. expert systems). Similarly we can speak of personal, technical or electronic records. All these records can be saved in electronic media. In this case the records are classified under the term "electronic medical file". (§ 7)

30 % to 50 % of a physician's work consists in administrative tasks of writing, searching, copying and using the medical data. Hand-written notes usually give rise to confusions and therefore misinterpretations and misunderstandings. Electronic systems offer a solution to all these problems of conventional documentation. The search and construction of medical files is facilitated through file-administration-programs. Deciphering medical cards is being achieved up to 46% faster by typed notes than by hand-written ones. Further advantages of electronic filing are time and space saving and the assistance of medical research. On the other hand, electronic documentation is not a perfect way of recording. The use of electronic documentation systems is quite expensive. The actual level of medical software standards is not always reliable. Further it should be

kept in mind that electronic documentation bears the risk of technical failure, of service errors, manipulation and unauthorized access to the data. (§ 8)

These inconveniences concerning the use of the medical electronic file pose the question of its admissibility. Electronic files should be admitted, if they do not offend the sense of fairness (“gute Sitte”) or the terms of § 823 BGB (law of torts). This is guaranteed, if the director of the health care provider takes the necessary measures for the elimination of the risks, which are resulting from the use of the electronic files. The admission of the electronic files is being examined in all legal asprects. In penal, civil and professional law is accepted (art. 97 paragraph 1 sentence 1 StGB, art. 133, 242 BGB, art. 10 paragraph 5 sentence 1 MBO). All these articles are being exposed, examined and analyzed. (§ 9)

The German Supreme Court (“Bundesgerichtshof”) requires a proper (“ordnungsgemäß”) medical registration. This demand should be also guaranteed by electronic registration, otherwise the public health is being threatened. The necessary features of an electronic registration can be divided in four categories, according to the characteristic, which they guarantee. These necessary features are: availability, confidentiality, integrity and binding force. Under availability we should understand the feature of accessing the data, when that is legitimate. It can be guaranteed by an uninterrupted electric supply and appropriate Hardware and Software. Confidentiality means protection from unauthorized access to the data. This can be met through Identification and Authentication. Integrity includes the protection from undesirable and illegal interference in the medical file. This kind of protection can be achieved through computer programs, which recognize and correcting spelling mistakes and

register data entered by the medical staff. Integrity can be accomplished through the use of control programs and registering of the access and changes occurred on the medical records. If these measures are taken, then it should be taken for granted that the medical file has a binding force in contractual electronic transactions. All these aforementioned proposed measures must be seen in the light of their cost. Hereby rises the question, if these measures are affordable ("zumutbar") for a practice or a health care provider. It is usually only the latter, who can afford its costs. What is affordable should be *ad hoc* determined by the judge. He should examine every case with distinction on its own merits. (§ 10)

The duty of medical registration doesn't consist only in the creation of medical records but in their maintenance too. The medical file should be kept in the form, in which it has been produced (i.e. print-out, diskette). The usual place for storing conventional medical files is a cabinet of the practice or the documentation room of a medical care center. The electronic data can also be kept in a deviating center, where they can be sent through Intranet. Medical files should generally be maintained for 10 years. However, if the results of the medical treatment are expected to manifest themselves showing up 10 years after the end of the treatment, the files should be kept a longer time. After this minimum prescribed period the record keeper is obliged to destroy the medical data in order to protect the file from a non-authorised viewing. The duty of maintenance of the medical files is a part of the duty of medical registration. (§ 11)

The probative force of the medical electronic file and of the electronic data is an important judicial problem. The determining features for the qualification of a medical document as a legal instrument ("Urkunde") is its durability, its disposability in every instance and its high safety

level against its manipulation. In my opinion all these requirements are fulfilled nowadays, if the medical documents are electronically “signed”. The electronic medical documents are a new kind of judicial documents, which should be accepted by the tribunals. In these documents we should include the saved and signed notes of the physician, but not the technical (i.e. electrocardiogram) and electronic (i.e. computer-made proposals of the treatment) records. The electronic signature is a measure, which fulfills the requirements of “required security processes” (§ 10 of the Medical Deontological Code (MBO)). Without such measures of security the documents can be manipulated without leaving any traces and consequently should not be accepted as conclusive (“vollen”) evidence in the court. We should not forget that it is only a print-out, which is usually submitted in court. The international case law and doctrine admits that this print-out should be treated like the original, as long as the electronic medical file has been properly created and saved. If the proper creation and the keeping of the medical electronic file are guaranteed, the judge should call and examine as witnesses the record custodian or the director of the electronic record department of the medical care center hospital to inform himself of the security measures, which have been taken. (§ 12)

The last point of this Thesis is the breach of the medical confidentiality by information systems services. In Germany particular attention is paid to the protection of the personal data. This sensitivity is in line with the European tradition of the protection of the civil rights, but it can raise obstacles to technical and economical progress. The access to medical files from staff working at a firm outside the medical care center is treated in continental Europe and therefore in Germany too as a problem of public law, the solution to which should be sought in the legislation. On the contrary in

the USA prevails the liberal conception that the problem of the access is a matter concerning the medical care center director. He alone should take the necessary measures in order not to be sued by the patient and convicted. The author is opposed to the demand either for a patient's agreement or for a contractual establishment of obligations binding the information systems service firm towards the medical care provider. Neither solution can legitimise access to the personal patient's data. It is only the encryption of the critical data, which can ensure the exclusion of a breach of medical confidentiality. It is also important to create flexible commissions keeping up with the technological advancements, which can determine the necessary standards and amend the according prescriptions. (§ 13)

Resumée de thèse

Le titre de cette thèse, «La constitution des fichiers médicaux et le traitement informatique des données», ne laisse aucun doute qu'il s'agit d'un travail interdisciplinaire. L'obligation de tenir et conserver un fichier médical se rapporte au droit médical, tandis que le traitement informatique des données concerne la science de l'informatique (§1).

L'obligation médicale de tenir et conserver un fichier informatique consiste en l'enregistrement du processus de traitement médical. L'obligation de tenir et conserver un fichier reste la même tant pour la documentation conventionnelle (par ex. en papier) que pour la documentation électronique. Tenant compte de cette réalité, on doit accepter que les solutions de la jurisprudence, concernant la documentation conventionnelle valent aussi bien pour la documentation informatique. (§2) Les Codes de déontologie médicale («MBO») et la plupart des ordonnances médicales reconnaissent l'obligation du médecin de tenir et conserver le fichier médical. La décision «Dokumentationsurteil» du Bundesgerichtshof et la jurisprudence suivante ont confirmé cette obligation secondaire au profit du patient qui «dérive du contrat médical». La conséquence évidente de la reconnaissance de cette obligation médicale est qu'elle protège tant la personnalité du patient que son intégrité corporelle. (§3)

L'obligation précitée n'a pas une portée illimitée, pourtant la définition de ses limites ne constitue pas un entretien facile. Ce qui nous permettra de définir les limites de cette obligation ce sont ses propres objectifs. Ces derniers consistent en l'acte de la thérapie et à la reddition des comptes aux organismes de sécurité sociale et au patient. Ces objectifs permettent de circonscrire l'objet de l'opération d'enregistrement. Au contraire, les

données servant principalement à la recherche médicale et aux investigations judiciaires (preuves) ne font pas partie des données obligatoirement figurées sur les fichiers médicaux, mais peuvent seulement être notées par le médecin de manière facultative. (§4)

Le fichier médical peut avoir une valeur unique à l'occasion d'un procès civil se rapportant à la responsabilité médicale. Parmi les rares moyens de preuve à la disposition des parties dans le cadre d'une affaire de responsabilité médicale, le fichier médical nous paraît être le moyen le plus crédible. Ainsi, s'il n'y a pas de fichier médical, il y a un renversement de la charge de la preuve et c'est le médecin qui doit prouver l'absence de responsabilité en cas d'erreur médicale. Dans ces situations, la jurisprudence allemande applique des «facilités de preuve» («Beweiserleichterungen») au profit du patient qui a des difficultés de preuve en raison des fautes ou omissions dans la constitution du fichier médical. Par ces «facilités de preuve» on entend l'estimation du dommage d'après l'article 287 ZPO (Code de procédure civile), preuve par indices, destruction des preuves (§ 444 ZPO), preuve prima-facie et renversement de la charge de la preuve. Selon notre avis, le renversement de la charge de la preuve ne peut pas être accepté si les données absentes ou manquantes n'ont pas une valeur médicale unique. L'absence de certaines données médicales du fichier peut constituer une «faute médicale lourde» («grober Behandlungsfehler») et peut avoir comme conséquence le renversement de la charge de la preuve dans deux situations: (a) si la documentation médicale du medecin précédent permet la commission d'une faute par le docteur suivant et (b) si une faute de diagnostique résulte du caractère incomplet du fichier médical. Dans ces deux situations, le fichier manquant suffit lui seul, pour soutenir la prétention du patient. Cette

prétention résulte tant du droit contractuel que du droit délictuel. (§§ 5-6)

Actuellement, le fichier médical contient des enregistrements personnels, techniques et électroniques. Tous ces éléments peuvent être enregistrés non seulement par des moyens conventionnels mais aussi par des moyens électroniques (par exemple disque dur, CD- ROM disquettes etc.), qui forment le «fichier électronique médical». L'avantage offert par ce fichier électronique médical en comparaison avec le fichier conventionnel est l'économie d'espace et de temps. On ne peut pourtant pas parler d'un système d'enregistrement parfait. L'utilisation des ordinateurs coûte beaucoup d'argent surtout pour un petit cabinet de médecin. Il faut aussi souligner le danger d'un incident technique, la possibilité d'erreurs de service et l'accès des personnes sans autorisation aux éléments figurant dans le fichier électronique. (§ 7)

L'existence des telles inconvénients concernant l'utilisation du fichier électronique pose la question de son admissibilité. Le fichier électronique est admissible, s'il respecte les dispositions du § 823 BGB (responsabilité délictuelle) et ne va pas à l'encontre des bonnes mœurs. Le directeur de l'hôpital doit prendre les mesures nécessaires pour éviter les dangers qui résultent de l'utilisation du fichier électronique. Si ces mesures ne sont pas adoptées, la santé publique pourrait se trouver en danger. (§8) Ces mesures doivent être en accord avec la jurisprudence du BGH (Cour de Cassation) qui exige que le fichier médical soit conforme à l'«ordre» (en bonne et due forme, «ordnungsgemäss»). Les conditions que doit remplir le fichier médical sont sa disponibilité, intimité, son intégrité et son caractère obligatoire. Par disponibilité on entend la possibilité d'accès aux données quand cela est convenu. L' intimité des données empêche l'accès des tiers non autorisés à l'examen du fichier. L'intégrité consiste en la protection

du fichier médical des changements non désirés par le médecin, le personnel médicale où des tiers. L'intégrité peut être garantie par des programmes électroniques qui reconnaissent, perçoivent et corrigent les erreurs et qui enregistrent les inscriptions. Si ces conditions sont remplies, le fichier médical a un caractère obligatoire dans les transactions contractuelles. A cet effet, se pose la question de savoir si la nécessité de ces mesures doit être limitée par un contrôle de l'acceptabilité («Zumutbarkeit»). Toutes ces mesures peuvent avoir comme conséquence d'affecter la situation financière des médecins. Il est raisonnable, pour le moment, de prévoir uniquement leur application dans les hôpitaux. La création des commissions ayant pour fonction l'élaboration des standards pour la constitution des fichiers médicaux électroniques est nécessaire afin de garantir la sécurité juridique. Le juge doit pourtant effectuer un examen différencié et de cas par cas. (§ 9-10)

L'obligation de constitution d'un fichier médical ne consiste pas uniquement en la création du fichier mais aussi en sa conservation. L'acte médical doit être conservé dans l'état où il était produit pour la première fois (empreinte/disquette). L'endroit de stockage des fichiers médicaux conventionnels est l'étude du médecin ou la chambre de documentation de l'hôpital. Les données électroniques peuvent être aussi conservées à un centre électronique de croisement en les envoyant par Intranet. Les fichiers médicaux doivent être généralement conservés pendant 10 ans. On peut, toutefois, accepter une durée de conservation plus longue si les résultats du traitement fiché peuvent se manifester ou apparaître 10 ans après le début du traitement. Ce délai passé, le médecin est obligé d'effacer les données médicales pour protéger le fichier d'un examen non autorisé. L'obligation de conservation des archives médicales fait partie de l'obligation

de constituer un fichier médical. (§11)

La force probante de l'acte médical électronique et aussi des données électroniques est un problème juridique important. Les caractéristiques importantes pour la qualification d'un document comme «acte» sont son caractère durable, sa disponibilité en toute situation et un niveau élevé de protection contre la contrefaçon et la falsification. Selon l'opinion de l'auteur toutes ces conditions sont, à nos jours, garanties, si les documents sont électroniquement «signés». Les documents électroniques médicaux qui ont été «sauvés» et électroniquement signées à l'ordinateur, sont des actes juridiques d'un genre nouveau et doivent être acceptés par les tribunaux. Cela ne doit cependant pas être le cas des notes techniques (par ex. Electrocardiogrammes) et des notes électroniques (par ex. les propositions de traitement). La signature électronique est une mesure qui accomplit les conditions du § 10 du Code Déontologique Médical pour le «processus nécessaire de sécurité». Sans de telles mesures de sécurité les documents électroniques peuvent être manipulés sans que cette manipulation laisse des traces et par conséquent ne doivent pas être acceptés comme preuve complète («vollen»). C´est seulement une empreinte d'ordinateur qui est soumise en tribunal. La législation et la doctrine internationale acceptent que cette empreinte doive être traitée comme un original, si l´acte médical électronique est proprement produit et sauvé. Si la production et conservation propre de l´ acte médical électronique sont contestés, le juge doit appeler et examiner comme témoin le conservateur du document ou le chef du département de documentation électronique de l´ hôpital pour s´informer des mesures de sécurité, qui ont été adoptés. (§ 12)

Le dernier problème, qui est traité dans cette thèse, est la violation du

secret professionnel médical par le service d'entretien du système informatique soit local soit à distance. En Allemagne on est particulièrement attentif à la protection des données personnelles. Cette attitude est conforme à la tradition européenne de la protection de droits du citoyen, mais peut causer des obstacles au développement technique et économique. L'accès aux actes médicaux par le personnel externe d'entretien est principalement traité en Europe continentale et aussitôt en Allemagne comme un problème de droit public, dont la solution doit être trouvée par le législateur. Au contraire dans la conception libérale prévalant aux Etats Unix le problème d'entretien est de la responsabilité du directeur de l'hôpital. Lui seul doit prendre les mesures nécessaires pour ne pas être poursuivi par le patient et condamné. L'auteur pense que le consentement de la part du patient pour l'entretien ou les autres stipulations du contrat n'est pas la bonne solution pour des raisons juridiques et pratiques. C'est uniquement l'anonymisation des données importantes qui exclut la violation du secret professionnel médical. Il est ainsi nécessaire de créer des commissions flexibles suivant les évolutions techniques, qui définiront de standards nécessaires et mettront en place des prescriptions. (§ 13)

ANHANG

EDV-Glossar[1040]

Bemerkung: Steht das Zeichen # nach einem Begriff, so betrifft dieser das BDSG.

Akte #: Sie bezieht sich auf jede sonstige (nicht in Dateiform vorliegende) Unterlage, die amtlichen, dienstlichen oder geschäftsmäßigen Zwecken dient; dazu gehören auch Bild- und Tonträger (z.B. Videoaufnahmen), aber nicht Vorentwürfe und Notizen, die nicht Bestandteil eines Vorgangs werden sollen.

Authentifizierung (oder Authentifikation oder Authentisierung)**:** Überprüfung der Identität einer Person oder eines Prozesses. In einem Kommunikationssystem überprüft die Authentifizierung, ob eine Nachricht wirklich von der angegebenen Quelle stammt, wie etwa bei der Unterschrift unter einem Brief (auf Papier). Die „starke" Authentifizierung arbeitet mit einer Kombination aus Elementen, die zwei der drei folgenden Kategorien angehören:

° Persönliches Wissen: Etwas, was der autorisierte Benutzer weiß (Passwort, PIN...)

° Persönliche Gegenstände: Etwas, was der autorisierten Person gehört (Token, Karte, Schlüssel)

° Persönliche Merkmale: Etwas, was die autorisierte Person individuell kennzeichnet (physische Merkmale, wie Stimme, Fingerlänge, etc...).

Autorisierung: Mit Hilfe von Autorisierungsmaßnahmen wird sichergestellt, dass der Zugriff auf Daten oder Ressourcen nur solchen Personen gestattet wird, die als autorisierte Personen eingetragen wurden, um auf die betreffenden Daten und Ressourcen zugreifen zu können. Die Zugriffskontrolle ist die primäre Methode zur Durchsetzung der Autorisierung.

[1040] Zur Bereitstellung dieses Verzeichnisses wurden *Kruse*, CR 1987, 794 *Hammer*, Sicherungsinfrastrukturen, *Geis*, Die digitale Kommunikation, S. 50ff und *Kersten*, Sicherheit (1995) benutzt. Vgl. zu weiteren Begriffen auch *Leiner/Haux/Gaus*, Medizinische Dokumentation (1999), S. 163 ff. und unter : http://www.norbenthauser.de/bundestagsarbeit/Initiative/ telemedizin.htm; zuletzt besucht am 20.02.2001.

Algorithmus: Rechenvorgang, der nach einem bestimmten, sich wiederholenden Schema abläuft. Die Verarbeitungsvorschriften sind dabei so präzise formuliert, daß sie von einem mechanisch oder elektronisch arbeitenden Gerät durchgeführt werden können. Beispiele für Algorithmen sind Vorschriften zum Addieren, Subtrahieren oder Multiplizieren von Zahlen oder alle in einer Programmiersprache formulierten Verfahren.

Analog: Kontinuierlich = Gegensatz von digital (nicht kontinuierlich).

Betriebsbereitschaft: Verfügbarkeit der Funktionalität zu jedem gewünschten Zeitpunkt.

Beweissicherung (in der EDV): Protokollierung der Ausübung bzw. der versuchten Ausübung von Rechten.

Bildträger: Der Bildträger ist eine besondere Form des Datenträgers, nämlich dasjenige maschinell lesbare technische Medium, das zur „Wiedergabe" bestimmt und geeignet ist, also dazu, eine schon vorhandene Unterlage mit ihren optischen Merkmalen aufzunehmen (Mikrofilm, Mikroskopie).

Biometrik: Lehre von den messbaren biologischen Merkmalen. In der Computer-Sicherheit gehört die Biometrik zu den Authentifizierungstechniken, die auf messbaren physischen Merkmalen wie etwa Fingerabdrücken, Stimmproben oder der Iris usw. basieren.

Bit: Kleinste digitale Informationseinheit: Ein Bit kann nur zwei Zustände haben: 1 oder 0. Jede Information in der EDV wird letztendlich in Bits dargestellt.

Certifikation Authority (CA, Zertifizierungsstelle) : Zertifizierungsstelle oder „Beauftragte Dritte Stelle". Eine Einrichtung (in der Regel ein Unternehmen), welches anderen Einrichtungen (Organisationen oder Privatpersonen) digitale Zertifikate ausstellt, mit deren Hilfe sich diesgegenüber anderen ausweisen können. Eine Zertifizierungsstelle kann ein externes Unternehmen wie VeriSign oder BelSign sein, oder es kann sich dabei um eine interne Organisation wie etwa die MIS-Abteilung handeln. Die Hauptfunktion der CA ist die Überprüfung der Identität von Einrichtungen und die Ausgabe digitaler Zertifikate, die diese Identität bestätigen.

Cracker : In der Internet-Gemeinde ist ein Cracker jemand, der „mit böser

Absicht“ in die Computersysteme Drittes einzudringen versucht. Gelangt ein „Cracker“ in ein System, verschwendet er wertvolle Ressourcen-Gelder, vor allem dann, wenn der Account, in den eingebrochen wird, die Verbindungszeit finanziert. Nach dem Eindringen richtet sich der Cracker üblicherweise Hintertüren und andere Sicherheitslücken im System ein. Noch schlimmer ist es, daß Cracker Dateien verändern oder löschen, Programme beenden oder das System lahmlegen können.

Datei #

Automatisierte- : Sie ist eine Sammlung personenbezogener Daten, die durch automatisierte Verfahren nach bestimmten Merkmalen ausgewertet werden kann.

Nicht automatisierte- : Sie ist jede sonstige Sammlung personenbezogener Daten, die gleichartig aufgebaut ist und nach bestimmten Merkmalen geordnet, umgeordnet und ausgewertet werden kann (z.B. Stapel von Karteikarten oder Formularen).

Datenschutz: Er bezeichnet die rechtlichen, administrativen und technischen Vorgaben bei der Verarbeitung und Speicherung von personenbezogenen Daten gemäß dem Datenschutzgesetz.

Datensicherung: Sie bezeichnet das Teilgebiet der sicheren Speicherung von Daten.

Datenträger: Er stellt jedes technische Medium dar, das durch oder nach einem maschinellen Arbeitsablauf lesbar ist (etwa: Diskette, Lochkarte oder –streifen, Magnetband oder –platte)[1041].

DES: *Data Encryption Standard*, ein *symmetrisches Verschlüsselungsverfahren.*

Digital: Gegensatz von *analog:* Nicht kontinuierliche Darstellung von bestimmten Werten.

Digitale Signatur: Zusätzliche Daten, die an eine Nachricht angehängt werden, um den Absender einer Nachrichtung zu identifizieren oder zu authentifizieren, und zu überprüfen, ob es zu Brüchen gekommen ist. In der Praxis ist die digitale Signatur die Verschlüsselung des Kerns einer Nachricht mit einem privaten Schlüssel. Bestimmte *public-key*-Verfahren

[1041] Für den Begriff vgl. *Hüffer*, StaubsKommentar (1995), § 257 HGB, Rdnr. 32.

können digitale Signaturen verwirklichen, indem der Autor (oder Signierende) ein Dokument mit seinem geheimen Schlüssel „unterschreibt“. Mit Hilfe des öffentlichen Schlüssels (*public key*) kann jeder die Integrität überprüfen (siehe auch Schlüsselsystem).

Digitales Dokument: Es handelt sich in der Regel um eine Datei im Sinne des zugrundeliegenden Betriebssystems. Ausgehend vom dominierenden Teil unterscheidet man CI- und NCI-Dokumente.

Digitales Zertifikat: Von einer anerkannten Organisation ausgestelltes Dokument, das einen *public key* beglaubigt.

DMZ: In Computernetzwerken ist eine DMZ (demilitarisierte Zone) ein Computer-Host oder ein kleines Netzwerk, das als „neutrale Zone“ zwischen dem internen Netzwerk eines Unternehmers und dem äußeren öffentlichen Netzwerk eingerichtet wird. Dies macht es Benutzern von außen unmöglich, direkt auf einen Server mit Unternehmensdaten zuzugreifen.

EDI: *Electronic Data Interchange* bezeichnet den elektronischen Austausch von Geschäftsinformationen und -daten.

Elektronische Datenverarbeitung (EDV): Elektronische Funktionseinheit zur Verarbeitung und Aufbewahrung von Daten. Die elektronische Verarbeitung umfaßt die Durchführung mathematischer, umformender, übertragender und speichernder Operationen.

Elektronische Intelligenz: miniaturisierte Computer-Bausteine, die zur Steigung der Leistungsfähigkeit eines Computers führen.

Elektronisches Dokument: Es ist das Aufzeichnungsmittel zur Erklärung, Ablage, Transformation, Verarbeitung und Übermittlung von Willenserklärungen im Rechtsverkehr.

E-Mail: *Electronic-Mail* ist die Umsetzung des altbewährten Briefsystems auf das elektronische Medium Netzwerk. Anwender können durch e-mail elektronische Nachrichten und Daten über unterschiedliche Netzwerke austauschen.

Entschlüsselung: Der entgegengesetzte Vorgang zur

Verschlüsselung. Durch die Entschlüsselung wird der verschlüsselte Text in den Ausgangszustand zurückkonvertiert, so daß die Daten wieder lesbar werden.

Expertensysteme: Auf Wissen basierende elektronische Systeme, die bei gegebenen Patientenuntersuchungen medizinische Diagnosen logisch ableiten und begründen und Diagnosehypothesen mit Vorschlägen zu weiterführenden Patientuntersuchungen sowie zur Medikation und Therapie geben[1042].

Extranet: Die Bezeichnung Extranet bezieht sich auf ein Intranet, welches in Teilen autorisierten externen Benutzern zugänglich ist. Während sich ein Intranet hinter einem Zugangsschutzsystem befindet und ausschließlich Mitarbeitern desselben Unternehmers oder derselben Organisation zugänglich ist, bietet ein Extranet externen Benutzern verschiedener Stufen der Zugangsberechtigung an. Auf ein Extranet können Sie nur mit gültigem Benutzernamen und Paßwort zugreifen, und ihre Identität entscheidet darüber, welchen Teil des Systems Sie ansehen können. Extranets werden derzeit zu einem äußerst beliebten Instrument, das Geschäftspartner dazu nutzen, um Informationen untereinander auszutauscshen.

Fehlerbehebung: Behebung eines Fehlers an der Quelle, so daß anschließend die Verarbeitung verlustfrei weitergeführt werden kann.

Fehlerüberbrückung: Vermeiden weiteren Fehlverhaltens oder Begrenzen der Auswirkungen des Fehlverhaltens eines Systems.

Fehlererkennung: Fehler werden an der Quelle oder zu einem möglichst frühen Zeitpunkt an ihren Auswirkungen erkannt.

Firewall: Wörtlich übersetzt: Brandschutzmauer: Sicherheitssystem, das einen Rechner nur durch bestimmte Computer ansprechbar macht oder nur eine Teilnutzung ermöglicht. Dieser Rechner regelt dann den Datenverkehr zwischen dem internen Netz und dem Internet.

Hacker: Unter dem Begriff „Hacker“ versteht man im allgemeinen eine Person, die über ausgeprägte Sachkenntnisse auf dem Gebiet der Computerbetriebssysteme und/oder „Netzwerke“ verfügt. „Hacker“

[1042] Vgl. *Schmitz*, Informationssysteme in Arztpraxen (1991), S. 174-179.

genießen es, die Feinheiten der Zusammenarbeit zwischen Betriebssystemen und Netzwerk ausfindig zu machen und entwickeln dabei häufig Methoden, welche die Fähigkeiten des Systems erweitern. Oft können „Hacker" den Systemadministratoren beim Aufspüren von Sicherheitslücken helfen und sie über diese informieren. Ein „Hacker" wird dann zum „Cracker", wenn er eine sensible moralische Grenze überschreitet und seine Fähigkeiten auf illegale oder unprofessionelle Weise mißbraucht.

Hardware: Die Gesamtheit der Bauteile eines EDV-Systems. Fast alle konventionellen Computer basieren heute auf dem Von-Neumann-Prinzip, bei dem die einzelnen Verarbeitungsfunktionen mittels der im folgenden beschriebenen Bau- und Funktionseinheiten durchgeführt werden[1043].

Hash-Wert: Nach bestimmten mathematischen Regeln erstellte Kurzfassung eines elektronischen Dokumentes.

Hintertür: Eine von Entwicklern oder Wartungspersonal eingerichtete Lücke in der Systemsicherheit. Hinter solchen Lücken steckt nicht unbedingt eine böse Absicht: manche Betriebssysteme kommen z.B. mit privilegierten Benutzerprofilen für Außendiensttechniker oder Wartungs-Programmierer des Händlers auf den Markt.

HTML: Kurzbezeihhnung für „HyperText Markup Language", der Autorensprache mit der Dokumente im World Wide Web erstellt werden. HTML ist vergleichbar mit SGML, obwohl es genaugenommen kein Bestandteil davon ist.

HTTP: HyperText Transfer Protocol (Hypertext-Übertragungsprotokoll). Das im World Wide Web im Austausch von HTML-Dokumenten verwendete Client-Server-TCP/IP-Protokoll.

Identifizierung (oder Identifikation): Bestimmung der Identität eines Subjekts.

Integrität: siehe unten unter „Unversehrtheit".

Internet: Auf TCP/IP basierendes, weltweites Netz von Netzen, das aus dem APRANET entstand.

[1043] Mehr Informationen zur Hardware in *Kuhn*, Rechtshandlungen (1991), S. 8-9.

Intranet: Ein auf TCP/IP-Protokollen basierendes Netzwerk, das einer Organisation, gewöhnlich einem Unternehmer, gehört, welches ausschließlich Mitgliedern dieser Organisation, Mitarbeitern oder anderen Zugangsberechtigten zugänglich ist. Eine Intranet-Website sieht wie eine gewöhnliche Website aus und funktioniert nach dem gleichen Prinzip, aber das Zugangsschutzsystem, welches das Intranet umgibt, schützt vor nicht autorisierten Zugriffen. Wie das Internet selbst wird auch ein Intranet zum Austausch von Informationen genutzt. Sichere Intranets sind heute die am schnellsten wachsenden Teile des Internets, weil sie wesentlich billiger als private Netzwerke einzurichten und zu verwalten sind, die auf herstellerspezifischen Protokollen basieren.

ISDN: Abkürzung für Integrated Services Digital Network. Integriertes Datenübertragungsnetz: Telefon und Telefax sowie weitere Dienste werden in einem Netz realisiert.

Künstliche Intelligenz: Der Versuch, mit Mitteln der elektronischen Datenverarbeitung „bisher dem Menschen vorbehaltene Intelligenzleistungen nachzubilden (vgl. auch oben unter „elektronische Intelligenz“).

Kryptographie: Die Praxis und Lehre der Kodierung (vgl. Verschlüsselung) von Daten, so daß diese ausschließlich von Personen dekodiert (vgl. Entschlüsselung) werden können, die im Besitz des geeigneten Schlüssels sind.

Modem: Ein Modulator/Demodulator wandelt die zu übertragenden Daten in ein Übertragungssignal um (Modulation), so daß sie über eine Telefonleitung gesendet werden können. Auf der Gegenseite wandelt dann ein anderes Modem die ankommenden Signale wieder in eine für den Computer verständliche Form um (Demodulation).

OCR: Optical Character Recognition (=optische Zeichenerkennung) durch Computer mittels spezieller OCR-Software.

Öffentlicher Schlüssel: Ein öffentlicher Schlüssel ist ein von einer bestimmten Autorität angebotener der, kombiniert mit einem von dem öffentlichen Schlüssel abgeleiteten Privatschlüssel, wirksam zur Verschlüsselung und Entschlüsselung von Nachrichten und digitalen Signaturen verwendet werden kann. Der Gebrauch einer Kombination aus öffentlichen und privaten Schlüsseln wird als

asymmetrische Kryptographie bezeichnet. Ein System zur Verwendung öffentlicher Schlüssel nennt man „Infrastruktur mit öffentlichem Schlüssel“ (PKI).

Paßwort: Ein Paßwort ist eine Folge von Zeichen, mit deren Hilfe sich feststellen läßt, ob ein bestimmter Computer-Benutzer, der einen Zugriff beantragt, wirklich dieser bestimmte Benutzer ist. Normalerweise wählen Benutzer eines Mehrbenutzer- oder eines sicher abgeschirmten Einzelplatzsystems einen einzigen Namen (häufig Benutzer-ID genannt), der allgemein bekannt sein darf. Um sicherzustellen, daß jemand, der dieser Benutzer-ID eingibt, auch tatsächlich die entsprechende Person ist, muß eine zweite Identifikation, das Paßwort, eingegeben werden, die nur diese Person und das System kennen.

Personenbezogene Daten #: Sie sind Einzelanlagen über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener), wie z.B. Alter, Anschrift, Vermögen, Äußerungen, Überzeugungen.

PKI (**Public Key Infrastructure)**; Infrastruktur mit öffentlichem Schlüssel): PKI ermöglicht den Benutzern eines grundsätzlich nicht gesicherten öffentlichen Netzwerks wie dem Intranet, sicher und privat Daten und Geld durch die Benutzung eines öffentlichen und privaten kryptographischen Schlüsselpaars auszutauschen, das von einer vertrauenswürdigen Autoritär ausgegeben und geteilt wird. Diese Infrastruktur mit öffentlichem Schlüssel bietet digitale Zertifikate, die Privatpersonen oder Organisationen identifizieren können, und Verzeichnisdienste, die diese Zertifikate speichern und falls nötig widerrufen können.

Privat- oder Geheimschlüssel: In der Kryptographie ist ein privater oder geheimer Schlüssel ein Schlüssel zur Verschlüsselung/ Entschlüsselung der nur der Gruppe oder den Gruppen bekannt ist, die geheime Nachrichten austauschen. In der herkömmlichen Geheimnisschlüssel-Kryptographie können Benutzer den gleichen Schlüssel gemeinsam verwenden, so daß jeder Nachrichten verschlüsseln und anschließend wieder entschlüsseln kann. Das diesem System innewohnende Risiko besteht darin, daß in dem Moment, in dem eine Gruppe den Schlüssel verliert oder in dem dieser gestohlen wird, das gesamte System zusammenbricht. Eine vor kurzem aufgekommene Alternative besteht darin, eine Kombination aus öffentlichem Schlüssel und Geheimschlüssel zu verwenden.

Protokollauswertung: Entdeckung und Untersuchung sicherheits-relevanter Ereignisse, insbesondere der versuchten Ausübung nicht zustehender Rechte

PGP: Pretty Good Privacy: Ein asymmetrisches Verschlüsselungsverfahren.

Rechtzeitigkeit: Dienstleistungen werden zu einem gewünschten Zeitpunkt oder innerhalb gewünschter Zeit erbracht.

RSA: Asymmetrisches Verschlüsselungsverfahren, benannt nach seinen Entwickern, *Rivest, Shamir, Addleman*. Es besteht aus mathematisch zusammenhängenden Schlüsselpaaren mit je einem geheimen und einem öffentlichen Schlüssel.

Schlüsselsystem

Symmetrisches -: Hierbei wird zur Ver- und Entschlüsselung dieselbe Schlüsselinformation verwendet; das bedeutet zwar für den Algorithmus einen relativ geringen technischen Aufwand und eine hohe Datenübertragungsrate, aber organisatorisch muß gesichert sein, daß die erste Schlüsselübergabe zwischen Partnern auf einem sicheren Wege erfolgt. Damit ist die sichere Verteilung des Schlüssels, und dies bei der erforderlichen Vielzahl an Schlüsseln, die jeder Partner bei gewünschter Kommunikation mit vielen verschiedenen Partnern verwalten muß, ein Kardinalproblem.

Asymmetrisches -: Bei diesem Verfahren sind die Schlüssel unterschiedlich. Zum Verschlüsseln kann ein öffentlicher Schlüssel (Public Key) benutzt werden, das Entschlüsseln ist nur mit dem Geheimschlüssel des Empfängers (Private Key) möglich. Vergleichbar mit einem Schnappschloß, das von allen zugedrückt, aber nur von dem Besitzer des Schlüssels geöffnet werden kann. Die Bekanntgabe der öffentlichen Schlüssel kann in entsprechenden telefonbuchartigen Verzeichnissen erfolgen, wozu vorzugsweise sogenannte Verzeichnis-Server (Directory Server) eingesetzt werden. Hier kann auch das RSA-System eingeordnet werden[1044].

SET (Sichere Elektronische Transaktionen) ist ein System zur Absicherung von Finanzgeschäften über das Internet. Es ist in der Telemedizin übertragbar.

[1044] Vgl. *Kruse*, CR 1987, H.11, S.794; *Blobel,* IT-Sicherheit 1998,S. 5.

Signatur, digitale: Ein mit einem Signaturschlüssel erzeugtes Siegel zu digitalen Daten, das mit Hilfe eines öffentlichen Signaturschlüssels mit einem Signatur-Zertifikat einer lizensierten Zertifizierungsstellte den Aussteller und die Authentizität der signierten Daten erkennbar macht.

Signatur: Eine Signatur enthält zusätzliche Informationen über den Absender einer E-Mail, die häufig in einer Datei gespeichert werden und automatisch vor dem Versenden einer Nachricht an diese angehängt werden.

Signaturschlüsselzertifikat: Eine mit einer digitalen Signatur versehene Bescheinigung über die Zuordnung eines bestimmten Signaturschlüssels zu einer bestimmten Person.

Smart-Card (Chipkarte): Eine kleine elektronische Vorrichtung in der Größe einer Kreditkarte mit einem elektronischen Speicher und gegebenenfalls einem integrierten Schaltkreis (IC, integrated circuit). Smart Cards mit IC werden manchmal auch Integrated Circuit Cards (ICC) genannt. Für die Verwendung einer Smart-Card benötigen Sie einen Smart-Card-Laser, ein kleines Gerät, in das sie Ihre Smart-Card stecken, um Informationen zu lesen oder neue hinzuzufügen.

Software: Die Gesamtheit der elektronischen Programme und die dazugehörige Dokumentation[1045].

TCP/IP: Durch das Transmission Control Protocol wird bestimmt, wie Informationen vor dem Versand im Internet in Päckchen aufgeteilt werden.

Telekomunikation: Technischer Vorgang des Aussendens, Übermittelns und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen.

Telematik: Die Technik, welche erlaubt, den gegenwärtigen diskursiven Schaltplan der technischen Bilder in einen dialogischen umzubauen. Dieser Name ist ein erst in jungster Zeit entstandener Neologismus, der aus der Verschmelzung von „**Tele**kommunikation“ und „Infor**matik**“ entstanden ist.

[1045] Mehr Informationen zur Hardware in *Kuhn*, S. 9-11.

Token (oder **Hardware-Token**): Hardware Gerät, das mittels einer Kryptierung den Zugriff zu externen elektronischen Datenbanken ermöglicht.

Trojanisches Pferd: Ein Trojanisches Pferd (kurz: Trojaner) ist ein Programm, welches vorgibt, eine nützliche Funktion zu haben, jedoch nach dem Aufruf sein wahres Gesicht zeigt und sein meist zerstörerisches Werk beginnt. Trojaner haben nicht die Fähigkeit, sich selber zu vermehren, was sie von Viren und Würmern unterscheidet. Die meisten Trojaner sind Programme, die unmittelbar nach der Ausführung aktiv werden und z.B. die Festplatte formatieren oder sonstige Schäden anrichten.

Unverfälschtheit: Gewährleisten der Korrektheit (keine Änderung) und Konsistenz von Daten und Relationen

Unversehrtheit oder Integrität (Integrity): Die Unversehrtheit umfaßt die Problematik der unerwünschten Änderungen von Daten und Systemen mit der Folge, daß Daten inhaltlich inkorrekt sind und Zeitbedingungen nicht mehr eingehalten werden können.

Vertraulichkeit (Confidentiality): Eigenschaft von Informationen, nur den berechtigten Personen bekannt zu sein. Daten gelten als vertraulich, wenn ihre unberechtigte Enthüllung für ihren Besitzern oder für die mit diesen Daten verbundenen Einrichtungen schädlich sein können. Die Sicherung der Vertraulichkeit bedeutet, daß die Daten vor ihrer Enthüllung oder ihrer Bekanntgabe gegenüber Parteien geschützt werden, für die diese Informationen nicht bestimmt sind oder die,welche diese nicht erhalten dürfen.

Vertraulichkeit von Daten (Data Confidentiality): Geheimhaltung der Daten während der Datenübertragung.

Verfügbarkeit (Availability): Eigenschaft von Daten, Dienstleistungen und Betriebsmitteln, wenn ein autorisierter Benutzer sie bearbeiten bzw. in Anspruch nehmen will; „verfügbar“ heißt dabei „Zugriff in akzeptabler Zeit möglich“.

Verschlüsselung: Ein kryptographisches Verfahren, um lesbaren Text in kodierten Text umzuwandeln und um zu verhindern, daß jemand anderes als der beabsichtigte Empfänger die Daten lesen kann. Die

Verschlüsselung erfolgt über einen Algorithmus, mit dem die Originaldaten (reiner Text) mit einer oder mehreren Schlüsseln- Zahlen- oder Zeichenfolgen, die nur dem Sender und/oder Empfänger bekannt sind- kombiniert werden. Das dabei entstehende Ergebnis ist der verschlüsselte Chiffre-Text.

Virus: Ein Computervirus ist ein Programm, welches die Fähigkeit besitzt, sich nach seinem Aufruf selbsttätig an andere ausführbare Codefragmente auf irgendeine Weise „anzuhängen", diese also zu „infizieren". Viren vervielfältigen sich außerdem selbst, was sie von den Trojanischen Pferden (Trojanen) unterscheidet. Dabei müssen sie nicht zwangsläufig zerstörerische Programmteile in sich tragen. Im Gegensatz zum medizinischen Virus, der sächlich ist („das Virus"), werden Computerviren umgangssprachlich mit dem männlichen Artikel verstehen („der Virus").

Wiederaufbereitung (Object Reuse): Aufbereitung wiederverwendbarer Speicher vor dem nächsten Gebrauch durch Löschen, Überschreiben usw. alter Daten zum Ausschluß eines unerlaubten Informationsflusses.

Wurm: Ein Programm, das sich über ein Netzwerk ausbreitet und sich dabei reproduziert. Heutzutage hat der Begriff einen negativen Beigeschmack, weil man annimmt, daß ausschließlich Cracker Würmer shreiben.

WWW: Eine technische Definition des World Wide Web lautet: Alle Ressourcen und Benutzer im Internet, die das Hypertext-Übertragungsprotokoll (HTTP) verwenden.

Zertifikat: Ein digitales Dokument zur Bestätigung der Zugehörigkeit eines öffentlichen Schlüssels zu einer einzelnen Person oder einer anderen Einheit. In Wirklichkeit ist auf dem öffentlichen Schlüssel eine private CA vermerkt. Die Zertifkate stellen fest, ob ein bestimmter Schlüssel zu einem bestimmten Individuum gehört.

Zertifizierungsstelle: Zertifizierungsstellen (Trust-Center) sind gem. § 2 Abs. 2 SigG natürliche oder juristische Personen, die als besonders vertrauenswürdig gelten und nach § 6 SigG der Kontrolle einer mit weitreichenden Befugnissen ausgestatteten staatlichen Regulierungsbehörde unterliegen.

Zugangsschutzsystem (Firewall): Ein System, das einen nicht autorisierten Zugriff auf ein privates Netzwerk oder von einem solchen Netzwerk aus

verhindern soll. Zugangsschutzsysteme können sowohl in Hard- als auch in Software oder einer Kombination aus beiden implementiert werden. Zugangsschutzsysteme werden häufig dazu verwendet, um nicht autorisierten Internet-Benutzern den Zugriff auf das Internet angeschlossene Netzwerke, v.a. Intranets, zu verwenden. Alle Nachrichten, die in das Intranet gelangen oder dieses verlassen, müssen das Zugangsschutzsystem passieren, welches jede Nachricht untersucht und diejenige abblockt, die nicht den festgelegten Sicherheitskriterien entspricht. Ein Zugangsschutzsystem ist der erste Abwehrmechanismus zum Schutz von privaten Informationen. Um die Sicherheit zu erhöhen, können die Daten verschlüsselt werden.

Zugriffskontrolle: Überprüfung, ob ein bestimmtes Subjekt berechtigt ist, eine bestimmte Aktion mit einem Objekt durchzuführen.

Zugriffskontroll-Liste (Access Control List; ACL): Eine Zugriffskontroll-Liste ist eine Tabelle, die dem Betriebssystem mitteilt, welche Zugriffsrechte jeder Benutzer auf bestimmte Systemobjekte wie Dateiverzeichnisse oder einzelne Dateien hat.

Entscheidungsregister

Die wichtigsten Urteile werden im Fußnotentext mit einer Bemerkung zitiert. Alle anderen nur beiläufig zitierten Urteile werden nur durch die Fundstelle bezeichnet.

I. Ordentliche Gerichte

Bundesgerichtshof

Datum	**Aktenzeichen**	**BGHZ**	**Andere Fundstellen**	**Bemerkung**
06.11.1962	VI ZR 29/62		NJW 1963, S. 389–390 = JZ 1963, S. 369-370	Herausgabe von Röntgenaufnahmen
04.12.1962	VI ZR 101/62		AHRS Nr 6450/4, S. 3	Lückenhaftes Krankenblatt allein enthebt den Patienten von der Notwendigkeit, den Behandlungsfehler nachzuweisen. Krankenblatt als Gedächtnisstütze.
14.03.1978	VI ZR 213/76		NJW 1978, S. 1681-1682 = VersR 1978, S. 542-544	**Dammschnitt-Fall**. Beweisrechtliche Würdigung der ärztlichen Dokumentation
09.05.1978	VI ZR 81/77		NJW 1978, S. 1683-1684 = VersR 1978, S. 764 - 765	Beweislastumkehr beim Kausalitätsnachweis für Folgeschaden.

27.06.1978	VI ZR 183/76	Bd. 72, S. 132-141	NJW 1978, S. 2337-2339 = LM § 282 ZPO Nr. 29	Zum ersten Mal wird Beweiserleichterung bei unzulässiger ärztlicher Dokumentation angenommen (zit. **Dokumentationsurteil**)
22.01.1980	VI ZR 263/78		NJW 1980, S. 1333-1334	Im Bereich des typischen Handelns gibt es in der Regel keinen Raum für eine Anwendung des § 282 BGB
10.03.1981	VI ZR 202/79		NJW 1981, S. 2002-2003 = VersR 1981, S. 730-732	**Tubensterilisation-Fall**. Falls eine Durchführung einer Tubensterilisation streitig ist, ist es angezeigt, dem detaillierten Operationsbericht Vertrauen zu schenken (zit. **vollständiger Operationsbericht zur Tubensterilisation**)
09.11.1982	VI ZR 23/81		NJW 1983, S. 332-333 = VersR 1983, S. 151-153	Soweit die Beweislast des Patienten bei einer Dokumentationspflichtverletzung erleichtert ist, obliegt es ihm weiterhin den Kausalzusammenhang nachzuweisen (zit. **Unvollständige Dokumentation zur Tubensterilisation**)
23.11.1982	VI ZR 222/79	Bd. 85, S. 327-339	NJW 1983, S. 328-330	Anspruch des Patienten auf Einsicht, soweit es sich um Aufzeichnungen von objektiven und physischen Befunden und Berichten über Behandlungsmaßnahmen handelt.

24.1.1984	VI ZR 203/82		NJW 1984, S. 1403-1405 = VersR 1984, S. 386-388 = MedR 1985, S. 221-223	Zur Frage, inwieweit die Lagerung des Patienten im Operationsbericht zu dokumentieren ist.
28.2 1984	VI ZR 70/82		NJW 1984, S. 1807-1810	Nachweis der ausreichenden Aufklärung durch den vor-behandelnden Arzt.
08.01.1985	VI ZR 15/83		NJW 1985, S. 1399-1401 = VersR 1985, S. 361-363	Unzulässige Änderung eines Beweisbeschlusses.
19.03.1985	VI ZR 227/83		NJW 1985, S. 2193-2194 = VersR 1985, S. 782 –784	Ein Berufsanfänger hat die von ihm selbständig durchgeführte Operation auch bei sogenannten Routine-eingriffen (Lymphknoten-Ex-stirbation) in den wesentlichen Punkten zu dokumentieren.
19.11.1985	VI ZR 134/84		NJW 1986, S. 780-781 = VersR 1986, S. 342-343 = AHRS 5000/12	Der Satz „besser operiert“ wird als ausreichende Aufklärung charakte-risiert.

18.03.1986	VI ZR 215/84		NJW 1986, S: 2365-2367	Bezüglich eines Krankenhauspatienten, bei dem die ernste Gefahr eines Durchliegegeschwürs (Dekubitus) besteht, sind sowohl die Gefahrenlage als auch die ärztlich angeordneten Vorbeugungsmaßnahmen zu dokumentieren.
03.02.1987	VI ZR 56/86	Bd. 99, S. 391-400	NJW 1987, S. 1482-1484 = MedR 1987, S. 238-241 = VersR 1987, S. 1089-1091	**Tuberkulosefall**. Fehlende Röntgenaufnahmen der Lungen führen zur Beweislastumkehr bezüglich des obj. Fehlverhaltens und der haftungsbegründenden Kausalität zu Lasten des Arztes (zit. **fehlender Lungenbefund**).
02.06.1987	VI ZR 174/86		NJW 1988, S. 762-763 = VersR 1987, S. 1238-1239 = AHRS Nr. 6450/38	Die ärztliche Diagnose sowie die ärztlichen Anordnungen hinsichtlich der Wahl der erforderlichen Pflegemaßnahmen sind zu dokumentieren.
28.6.1988	VI ZR 217/87		NJW 1988, S. 2949-2951 = VersR 1989, S. 80-81	Ein Dokumentationsmangel kann ausnahmsweise Bedeutung für den Nachweis des Ursachenzusammenhangs gewinnen.

24.1.1989	VI ZR 170/88		NJW 1989, S. 2330-2331 = MedR 1989, S. 195-196 ArztR 1989, S. 327-328 = VersR 1989, S. 512-514	Fehlende Begründung für Nichtfreilegung des Nervus Radialis im Operationsbericht führt zu Beweiserleichterungen hinsichtlich eines Behandlungsfehlers und des Ursachenzusammenhangs.
11.12.1991	V III ZR 4/91	Bd. 116, S. 268-278	NJW 1992, S. 737-741 = VersR 1992, S. 448-452	Die Patientenkartei ist bei Praxisveräußerung nicht ohne Einwilligung zu übergeben. (Selbstbestimmungsverletzung)
10.03.1992	VI ZR 64/91		NJW 1992, S. 1560-1561 = VersR 1992, S. 448-452	Darlegungs- und Beweislast bei einer Anfängeroperation ohne ausreichende fachärztliche Überwachung.
23.03.1993	VI ZR 26/92		NJW 1993, S. 2375-2378 = VersR 1993, S. 836-839	**Sudeck-Syndromfall**. Die Kontrolle eines Sudeck-Syndroms ist medizinisch nicht üblich. Deshalb ist die Dokumentation nicht erforderlich
08.07.1993	IX ZR 242/92		NJW 1993, S. 2676-2678	Beweissicherung eines Rechtsanwalts
05.10.1993	VI ZR 237/92		NJW 1994, S. 797-799 = VersR 1994, S. 102-104	Berichtspflicht des hinzugezogenen Arztes dem überweisenden Arzt gegenüber.

09.11.1993	VI ZR 248/92		NJW 1994, S. 799-801 = VersR 1994, S. 682-684	Aufklärungspflicht vor Extraktion des Weisheitszahnes.
01.02.1994	VI ZR 65/93		NJW 1994, S. 1594-1596 = VersR 1994, S. 562-563	**Wärmeflasche-Fall.** Zur Frage der Beweislastumkehr für die Kausalität bei der Verletzung von Organisationspflichten des Chefarztes. Grenzziehung zwischen Arzt- und Produzentenhaftung.
14.02.1995	VI ZR 272/93	BGHZ 129, S. 6-17	NJW 1995, S. 1611-1613 = VersR 1995, S. 706-709	Unterbleibendes Dokumentieren der Blutdruckwerte-Messung bei eklamptischen Anfällen während einer Geburt indiziert ihre Unterlassung und führt zur Beweislastumkehr bezüglich des objektiven Fehlverhaltens des Frauenarztes und der Hebamme.
21.11.1995	VI ZR 341/94		NJW 1996, S. 779-781 = VersR 1996, 330-332 = MedR 1996, S. 215-216	**Gallenstein-Fall.** Bei Verlust intraoperativ angefertigter Röntgenaufnahmen kommt dem Patienten Beweiserleichterung hinsichtlich des objektiven Fehlverhaltens zugute (zit. **nicht gesicherte Röntgenaufnahmen**).

13.02.1996	VI ZR 402/94	Bd. 132, S. 47-54	NJW 1996, S. 1589-1591 = VersR 1996, S. 633-634 = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 164	**EKG-Fall**. Beweiserleichterungen hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs bei Verlust eines Original-EKG (zit. **fehlendes EKG**).
24.09.1997	XII ZR 234/95		JZ 1998, S. 520-527	§ 566 BGB stellt keine weitergehenden Anforderungen an die äußere Beschaffenheit der Vertragsurkunde.
19.11.1997	3 StR 271/97		NJW 1998, S. 1802-1804 = MedR 1998, S. 218-220	Aufklärungspflicht bei vertretungsweiser Fortführung einer Strahlentherapie.
03.12.1997	III ZR 97/96		MedR 1998, S.217	Schadensersatzanspruch wegen medizinisch nicht indizierter Röntgenaufnahmen.
13.01.1998	VI ZR 242/96	Bd. 138, S. 1-8	NJW 1998, S. 1780-1782 = VersR 1998, S. 457-459	**Mydriasis-Fall**.. Ein fehlender Eintrag der Untersuchung des Augenhintergrundes in Mydriasis wird als Befunderhebungspflichtverletzung betrachtet (zit **nicht erkannte Netzhautablösung**)
27.01.1998	VI ZR 339/96		NJW 1998, S.1782-1784 = VersR 1998, S. 585-586	Beurteilung eines Behandlungsfehlers als grob.

03.02.1998	VI ZR 356/96		NJW 1998, S. 2736-2738 = VersR 1998, S. 634-636 = MedR 1998, S. 514-516	Verwertbarkeit mechanischer Aufzeichnungen und Indizienbeweis.
29.09.1998	VI ZR 268/97		NJW 1999 S.863	Unvollständiger Aufklärungsbogen
29.09.1998	VI ZR 367/97		VersR 1999, S. 465-467	Beweiswert eines Computerfaxes.
06.10.1998	VI ZR 239/97		NJW 1999, S.860-862 = VersR 1999, S. 60-61 LM § 823 (Aa) BGB Nr. 181 = MDR 1999, S. 36-37	**Kreatininwert-Fall.** Beweiserleichterung bei Verstoß gegen Befunderhebungspflicht (zit. **Unterlassene Überprüfung des Kreatininwerts**).
03.11.1998	VI ZR 253/97		NJW 1999, S. 862-863 = VersR 1999, S. 231- 232= LM § 823 (Aa) BGB Nr.182 = MDR 1999, S. 229-230	Zu Beweiserleichterungen bei unterlassenen computertomographischen Untersuchungen bei Subarachnoidalblutung.

10.12.1998	I ZR 137/96		NJW 1999, S. 462-464	Einschränkungen des Handlungsspielraums eines Optikers. Er ist für die berührungslose Augeninnendruckmessung und die Prüfung des Gesichtsfelds mittels einer Computermessung nicht zuständig.
16.3.1999	VI ZR 34/98		NJW 1999, S. 1778-1779	Zur Verteilung der Beweislast, wenn einem Arzt die Verletzung berufsspezifischer Sorgfaltspflichten vorgeworfen wird, weil er es versäumt hat, unverzüglich ein Computertomogramm anfertigen zu lassen.
6.7.1999	VI ZR 290/98		NJW 1999, S. 3408-3411 = VersR 1999, S. 1282-1284 = LM § 823 BGB (Aa) Nr. 186	**Osteitis-Fall.** Zu den Voraussetzungen einer Beweiserleichterung bei Unterlassung der medizinisch gebotenen Erhebung eines Befunds. Eine Befunderhebung ist nicht erforderlich, falls sie nicht medizinisch geboten ist. (zit. **zu spät erkannter Pleuraerguß**).

Reichsgericht

Datum	**Aktenzeichen**	**RGZ**	**Andere Fundstelle**	**Bemerkung**
5.10.1936	IV 119/36	Bd. 152, S. 213-220		§ 810 BGB und Notizen über ein privates Geschäft für private Zwecke.

Kammergericht

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
15.01.1998	20 U 3654/96		MedR 1999, S. 226-228	Ein Arzt ist nicht verpflichtet, bei der Anamnese eines schlecht Deutsch sprechenden ausländischen Patienten einen Dolmetscher hinzuzuziehen.

OLG Braunschweig

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
09.08.1979	1 U 58/77		VersR 1980, S. 853-855	Über die Pflicht eines Arztes für Allgemeinmedizin, den einem Patienten erteilten Rat, einen Facharzt aufzusuchen, im Krankenblatt zu dokumentieren.
26.11.1998	1 U 31/98		NJW-RR 2000, 238-240	Die Episotomienaht ist nicht dokumentationspflichtig.

OLG Düsseldorf

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
22.12.1988	10 U 139/86		AHRS Kza Nr. 2900/6	Es ist geboten, dem Hausarzt des Patienten einen Arztbrief zu schicken.

05.07.1990	8 U 270/88		VersR 1991, S. 1136-1138	Enger zeitlicher Zusammenhang zwischen einem Einstich in das Kniegelenk und dem Ausbruch der Entzündung führt zum Anscheinsbeweis der Kausalität zwischen dem ärztlichen Vorgehen und der Schädigung
20.12.1990	8 U 110/89		VersR 1991, S. 1176-1177	Sind im Operationsbericht keine Auffälligkeiten bezüglich der Wahl einer Außenseitigmethode (hier: künstlicher Marknagelung zur Behandlung eines Oberarmschaft-bruchs) dokumentiert, ist davon auszugehen, daß eine postoperativ festgestellte Schaftsprengung auf fehlerhaftem ärztlichen Vorgehen beruht und nicht auf unfallbedingter Knochen-schädigung.
21.04.1994	8 U 23/92		MedR 1996, S. 79-81	Die Weigerung eines AIDS-Bluttests gehört nicht zur erforderlichen Dokumentation. Das Unterlassen, sie aufzuzeichnen stellt deshalb keine Dokumentationspflichtverletzung dar.
13.06.1996	8 U 98/95		VersR 1997, S. 748-749	Wird die Blutsperre bei der Entfernung eines in unmittelbarer Nähe gelegenen Tumors nicht dokumentiert, führt dies zur Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes (zit. **Nichtdokumentation einer Blutsperre**).

OLG Frankfurt a. M.

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
14.03.1991	1 U 218/89		VersR 1992, S. 578-580	Zur Beweislastumkehr bei Dokumentationsmängeln und grobem Behandlungsfehler.
08.07.1999	8 U 67/99		NJW 2000, S. 875-877	Grenzen ärztlicher Schweigepflicht – Aufklärung über AIDS – Erkrankung.

OLG Koblenz

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
24.08.1999	2 U 1078/95		MedR 2000, S. 37-40	Posttherapeutische Sicherungsaufklärung, die in die Krankendokumentation gehört.

OLG Köln

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
09.01.1991	2 U 99/90		CR 1991, S. 612-613	Der nach § 592 S. 1 ZPO zur Statthaftigkeit des Urkunden-prozesses erforderliche urkundliche Nachweis der anspruchsbegründen-den Tatsachen kann auch durch ein Telefax erbracht werden.
14.07.1993	27 U 13/93		VersR 1994, S. 431-432	Patientenverweisung.

OLG München

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
28.03.1985	1 U 4784/84		AHRS Nr. 6450/27	Der Vermerk „organisierte Hämorrhoiden“ mit der Empfehlung an die Patientin, einen Hausarzt aufzusuchen, genügt den Anforderungen an die Dokumentationspflicht.
26.09.1991	24 V 684/89		NJW 1992, S. 2973	Beweislastumkehr beim Dokumentationsversäumnis.

OLG Oldenburg

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
07.06.1983	VI ZR 284/81		VersR 1983, S. 983-985	Das Fehlen des Vermerks über eine Untersuchung bezüglich einer Gefäßerkrankung indiziert ihre Unterlassung.
25.11.1997	5 U 64/97		MedR 1998, S. 268	Die Angabe der zur Wahl des Operateurs stehenden Operationsmethode genügt den Dokumentationserfordernissen.

OLG Saarbrücken

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
10.06.1987	1 U 103/85		VersR 1988, S. 916-918	Dokumentationsmangel bei einer Schulterdystokie.

26.08.1998	1 U 776/97-153		MedR 1999, S. 181-183	Nachweis einer fehlerhaften Dokumentation durch Videoaufnahme.

LG Düsseldorf

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
12.11.1998	3 O 240/98		NJW 1999, S. 873-874	Recht auf Einsichtnahme in Blutspender-, Herstellungs- und Ausgabedokumentation.

LG Dortmund

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
17.02.1992	17 U 73/91		CR 1992, S. 673-674	Datenverlust wegen Stromunterbrechung.

LG Kleve

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
23.03.1990	3 O 356/89		CR 1991, S. 734-735	Schäden an Daten und Programmen durch willkürliches Ausschalten einer EDV-Anlage stellen eine Pflicht-verletzung dar, wenn der Betrieb eine tägliche Datensicherung unterlassen hat.

LG München

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
15.11.2000	9 O 12451/00		MedR 2001, S. 524-525	Zur Prüfung eines Behandlungsfehlers steht dem Patienten gegen den Krankenhausträger ein Ausjunfts- und Einsichtsanspruch auf zeitweilige Herausgabe von Computertomogramm- und Kernspinaufnahmen im Original an sich selbst zu.

AG Freiburg

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
04.12.1989	3 C 4196/89		NJW 1990, S. 770	Ein Arzt kann gegen den Anspruch des Patienten auf Herausgabe der Krankenunterlagen kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

II. Sozialgerichte

Bundessozialgericht

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
24.11.1993	6 R Ka 70/91		MedR 1994, S. 206-210	Tagesprofile als Beweismittel für unkorrekte Abrechnungen (Indizienbeweis) – Entziehung der Zulassung.

LSG Baden–Württemberg

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
15.09.1999	L 5 KA 1359/99		MedR 2000, S. 285	Zu den Anforderungen an die Dokumentationspflicht des Arztes auf Abrechnungsvordrucken.

Bayerisches LSG

Datum	Aktenzeichen		Fundstelle	Bemerkung
23.9.1998	L 12 KA 533/96		MedR 2000, S. 285-286	Der Vertragszahnarzt kann nicht unter Berufung auf die (zahn)ärztliche Schweigepflicht die Herausgabe der Unterlagen verweigern.
23.9.1998	L 12 KA 518/97		MedR 2000, S. 289-291	Zu den Anforderungen an die Dokumentationspflicht des Arztes auf Abrechnungsvordrucken.

Literaturverzeichnis

Beiläufig zitierte Werke wurden in dieses Verzeichnis nicht aufgenommen; sie werden nur in den Fußnoten zum Text **mit Angaben zum Erscheinungsort und –jahr** angeführt. Erscheinungsjahr ist bei allen Werken neben dem Titel hineingefügt.

AWV- Arbeitskreis Aufbewahrungspflichten und -fristen nach Handels- und Steuerrecht, AWV Verlag, 6 Aufl., Berlin 1992

BALTZER, Johannes Elektronische Datenverarbeitung in der kaufmännischen Buchführung und Prozeßrecht, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, Vahlen Verlag, München 1980, S.73-90 (zit. Baltzer, FS Bruns)

v. BAR, Christian Verkehrspflichten – Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Heymann Verlag, Köln u.a. 1980 (zit. v. Bar, Verkehrspflichten)

BARBER, B./ DOUGLAS S. An initial approach to the security tecniques required by the electronic patient record. Int J Bio-Med C 1994, H. 35 (Suppl. 1), S. 33-38

BAUMGÄRTEL, Gottfried Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß in: Baltzer, J./ Baumgärtel, G./ Peters E./ Pieper H. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, Vahlen Verlag, München 1980, S. 93-109 (zit. Baumgärtel, FS Brunns)

BAUMGÄRTEL, Gottfried Das Verhältnis von Beweislastumkehr und Umkehr der konkreten Beweisführungslast im deutschen Zivilprozeß in: Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag, Seibundo Verlag, Tokyo 1996, S. 41-49

BAUMGÄRTEL, Gottfried Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 1 (AT und Schuldrecht BGB), C.H. Beck Verlag, 2. Aufl. München 1991 (zit. Baumgärtel, Handbuch)

BAUMGÄRTEL, Gottfried Die Beweisvereitelung im Zivilprozeß, in: Rechberger, W./ Walser R., Festschrift für Winfried Kralik, Manzsche Verlag, Wien 1986, S. 63-71 (zit. Baumgärtel, FS Kralik)

BAUMGÄRTEL, Gottfried Beweislastpraxis im Privatrecht. Die Schwierigkeiten der Beweislastverteilung und die Möglichkeiten ihrer Überwindung, Heymanns Verlag, Köln 1996 (zit. Baumgärtel, Beweislastpraxis)

BÄUMLER, Helmut Medizinische Dokumentation und Datenschutzrecht, MedR 1998, H. 9, S. 400-405

BAUR, Fritz/ GRUNSKY Wolfgang Zivilprozeßordnung, Luchterhand Verlag, 9 Aufl., Neuwied 1998 (zit. Baur/Grunsky, ZPO)

BAYER, Walter Akteneinsicht zu Forschungszwecken, JuS 1989, H. 3, S. 191-194

BECK´SCHE KURZ KOMMENTARE Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz undanderen Nebengesetzen begründet von Adolf *Baumbach* fortgeführt von Wolfgang *Lauterbach* und nunmehr verfaßt von *Jan Albers* und *Peter Hartmann* (Hrsg.), 59. Aufl., München 2001 (zit. Baumbach/ Lauterbach/ Hartmann)

BELLING, Petlev W./ RIESENHUBER, Karl Beweislastumkehr und Mitverschulden, ZZP 1995, Band 108, H. 4, S. 455-465

BENDER, Albrecht Der Umfang der ärztlichen Dokumentations-pflicht. Ein weiterer Schritt zur Verrechtlichung. VersR 1997, H. 22, S. 918-928

BENDER, Albrecht Das Postmortale Einsichtsrecht in Krankenunterlagen, Duncker & Humblot Verlag, Diss. Berlin 1998, (zit. Bender, Das postmortale Einsichtsrecht)

BERGMANN, Margarethe, Handbücher für Softwareanwender, CR 1999, H. 7, S. 455-466

BERGMANN, Margarethe/ STREITZ, Siegfried Beweisführung durch EDV–gestützte Dokumentation, CR 1994, H. 2, S. 77-83

BITTNER, Volker Die virtuelle Patientenakte: eine Untersuchung über den Beweiswert der elektronischen Dokumentation des Arztes im Zivilprozeß unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Arzthaftungsrechts, Cuvillier Verlag, Diss. Gießen 2001 (zit. Die virtuelle Patientenakte)

BIZER, Johann DuD Recht, DuD 1997, H. 21, S. 601-608

BIZER, Johann/ FOX, Dirk Hippokratischer Eid im digitalen Zeitalter, DuD 1997, H. 10, S. 562

BLOBEL, Bernd Bedrohungen und Lösungen für Datenschutz und Datensicherheit in Informationssystemen des Gesundheitswesens, IT-Sicherheit 1997, H. 3, S. 2-8

BOCKELMANN, Paul Die Dokumentationspflicht des Arztes und ihre Konsequenzen, in: Vogler, Theo (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Dunker und Humblot Verlag, Berlin 1985, Band I, S. 693-711 (zit. Bockelmann, FS Jescheck)

BOLTEN, Rolf/ PULTE, Peter Aufbewahrungsnormen und –fristen im Personalbereich. Rechts- und Organisationsdokumentation der Aufbewahrungspflichten und –fristen zu den Bereichen Personalaktenführung, Arbeitssicherheit und betriebsärztlicher Dienst.

Datakontext Verlag, 4 Aufl., Frechen 1999 (zit. Bolten/Pulte, Aufbewahrungsnormen und –fristen)

BORCHERT, Günter Dokumentation des Arztes, CR 1993, H. 11, S. 718-723

BORKING, John/ VERHAAR, Paul Biometrie und Datenschutz, DuD 1999, H. 2, S. 138-142

BRANDS, Name The Effects of the Intrusive HIV Legislation on High-Risk Demographic Groups, Harvard Law Review 2000, Bd. 11, S. 2098-2115

BRISCH, Klaus, M. EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, CR 1999, H. 4, S. 235-244

BRITZ, Jörg W. Urkundenbeweisrecht und Elektroniktechnologie, C. H. Beck Verlag, Diss. Saarbrücken 1996 (zit. Britz, Urkundenbeweisrecht)

BROX, Hans Allgemeiner Teil des BGB, Carl Heymanns Verlag, 24. Auflage, Köln u.a. 2000 (zit. Brox, AT BGB)

BUNDESBEAUFTRAGTEN FÜR DEN DATENSCHUTZ Bundesdatenschutzgesetz . Text und Erläuterung. 4 Aufl., Bonn 1996 (zit. BfD, Bundesdatenschutzgesetz)

BUNDESÄRZTEKAMMER Empfehlung zu ärztlicher Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis, DÄBl. 1993, H. 43, S. A-2809-2812

BUNDESÄRZTEKAMMER Organisationen des EDV-Einsatzes in der Arztpraxis, DÄBl 1993, H. 43, S. A-2812-2814

BUNDESNOTARKAMMER (Hrsg.) Elektronischer Rechtsverkehr. Digitale Signaturverfahren und Rahmenbedingungen, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 1995 (zit. Bundesnotarkammer)

BURGER, Max Computerized Records Logician, JAMA 1997, Band 278, H. 16, S. 1380-1382

BUSCH, Hans Leitthema: Dokumentations- und Archivierungsprobleme in der Chirurgie, Der Chirurg 1976, H. 47, S. 53-56

CABRAL, John David Y. Poor Physician Penmanship JAMA 1997, Band 278, H. 17, S. 1116-1117

CANARIS, Claus-Wilhelm Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, H. 3, S. 161-172

CARBONNIER, Jean Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur. Librairie generale de droit et de jurispridence (Verlag). Paris 1988 (zit. Carbonnier, Flexible droit)

CHRISTODOULOU, Konstantinos N. Drei neuen Themen zum Recht der elektronischen Signaturen nach dem Gesetzentwurf über elektronische Unterschriften, Dike 2000, Bd. 31, S. 1006-1021

COMPUTER SCIENCE AND TELECOMMUNICATIONS BOARD NATIONAL RESEARCH COUNCIL For the Record. Protecting Electronic Health Information, 2. Ausdruck, National Academy Press, Washington D.C. 2000 (zit. National Research Council, Electronic Health Information)

CRAMER, Peter § 267 in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, C.H. Beck Verlag, 26. Aufl., München 2001

CRAMER, Steffen Unterschlagung von Daten, CR 1997, H. 11, S. 693-697

CRAMER, Udo H./ HENKEL, Markus P./ MAIER, Bernd/ WIMMER, Gerhard Ideeller Wert, Praxiskartei und Nutzung der Arztpraxis, MedR 1999, H. 11, S. 498-505

DAMM, Reinhard Medizintechnik und Arzthaftungsrecht, NJW 1989, H. 12, S. 737-744

DENNIS, Jill Callahan Privacy and Confidentiality of Health Information, Jossey Bass Verlag, California 2000 (zit. Dennis, Privacy and Confidentiality)

DANIELS, Jürgen Die Ansprüche des Patienten hinsichtlich der Krankenunterlagen des Arztes, NJW 1976, H. 9, S. 345-349

DAVIES, Michael Textbook on Medical Law, Blachstone Press Limited, London, 1996 (zit. Davies, Medical Law)

DÄUBLER, Wolfgang Die Übermittlung von Arbeitsnehmerdaten ins Ausland, CR 1999, H. 1, S. 49-57

DEUTSCH, Erwin/ MATTHIES, Karl - Heinz Arzthaftungsrecht, Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, Springer Verlag, 3. Auflage, Köln 1988

DEUTSCH, Erwin Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, Springer Verlag, 3 Auflage, Köln u.a. 1995 (zit. Deutsch, Unerlaubte Handlungen)

DEUTSCH, Erwin Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung und der unerlaubten Handlungen nach 100 Jahren, VersR 1996, H. 31, S.1309-1315

DEUTSCH, Erwin Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittel- und Medizinproduktenrecht, Springer Verlag, 4. Auflage, Berlin [u.a.] 1999 (zit. Deutsch, Medizinrecht)

DEUTSCH, Erwin Die Beweiskraft der EDV-Dokumentation bei der zahnärztlichen Behandlung, MedR 1998, H. 5, S. 206-208

DEVILLE, Rainer/ KALTHEGENER, Regina Wege zum Handelsverkehr mit elektronischer Unterschrift, NJW-CoR 97, H. 3, S. 168-172

DOERR, Wilhelm/ JACOB, Wolfang/ LAUFS, Adolf Recht und Ethik in der Medizin. Springer Verlag, Heidelberg 1992

DUNZ, Walter Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, C.F. Müller Verlag, Karlsruhe 1974

EBBING, Frank Schriftform und e-mail, CR 1996, H. 5, S. 271-278

EHLERS, Alexander/ BROGLIE, Maximilian (Hrsg.) Praxis des Arzthaftungsrechts, Jehle-Rehm Verlag, München 1994 (zit. Ehlers/Broglie, Praxis)

EHRLICH, Eugen Grundlegung der Soziologie des Rechts. Duncker und Humblot Verlag, 4 Aufl., Berlin 1989 (1. Aufl. in Paris 1913 erschienen)

EMMERT, Ulrich Haftung der Zertifizierungsstellen, CR 1999, H. 4, S. 244-250

ENDLER, Maximilian Rechtsprechungsübersicht zu Dokumentationsmangeln, CR 1995, H. 1, S. 2-7

ENGISCH, Karl Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Winter Verlag, Heidelberg, 2 Aufl. 1968

EPPLE, Gerard Der Einsatz von EDV und die ärztliche Haftung, Peter Lang Verlag, Diss. Heidelberg, 1994.

ERB, Ulrike EDV in Krankenhaus, DuD 1997, H. 21, S. 565-568

ERBER –FALLER, Sigrun Gesetzgebungsvorschläge der Bundesnotarkammer zur Einführung elektronischer Unterschriften, CR 1996, H. 6, S. 375-380

ERBER –FALLER, Sigrun (Hrsg.) Elektronischer Rechtsverkehr. Luchterhand Verlag, Neuwied 2000

ERMAN Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGBG, EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, HausTWG, ProdHaftG u.a. Gesetzen herausgegeben v. Harm-Peter Westermann. Dr. Otto Schmidt Verlag, 10. Aufl., Köln 2000

ERNST , Stefan Der Mausklick als Rechtsproblem – Willenserklärungen im Internet, CoR 1997, H. 3, S. 165-167

ERTL, Gunter Zivilrechtliche Haftung im Internet, CR 1998, H. 3, S. 179-185

ESER, Albin § 11 StGB Rdnr. 78-79 in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, C.H. Beck Verlag, München, 26. Aufl. 2001

ESSER, Josef/ WEYERS, Hans-Leo Schuldrecht Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, C.F. Müller Juristischer Verlag, 8. Auflage, Heidelberg 1998

ESSER, Josef/ WEYERS, Hans-Leo Schuldrecht II, Besonderer Teil, Teilband 2, C.F. Müller Juristischer Verlag, 8. Auflage, Heidelberg 2000

FERBER, Christian von Schutz der Persönlichkeitssphäre bei der Datenverarbeitung im Gesundheitswesen und in der patientenorintierten Forschung – Worauf kann der Patient vertrauen?, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 5, Walther de Gruyter, Berlin 2000, S. 211-226 (v. Ferber in: Jahrbuch für Wiss. und Ethik)

FOX, Dirk Krankenversichertenkarte, DuD 1997, H. 21, S. 600

FRAHM, Wolfang/ NIXDORF, Wolfgang Arzthaftungsrecht: Leitfaden für die Praxis, VVW Gesellschaft Verlag, Karlsruhe 1996 (zit. Frahm/Nixdorf, Arzthaftungsrecht)

FRANCKE, Robert/ HART, Dieter Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, Enke Verlag, Stuttgart 1987 (zit. Francke/Hart, Patienteninformation)

FRANZKI, Harald Der Arzthaftungsprozeß, Versicherungswirtschaft Verlag, Karlsruhe 1984

FRINGUELLI Graf Pietro/ WALLHÄUSER Mathias Formerfordernisse beim Vertragsabschluß im Internet, CR 1999, H. 2, S. 93-101

FRITZENMEIER, Wolfang / HEUN, Sven-Erik Rechtsfragen des EDI, CR 1992, H. 3, S. 129-132

FRITZSCHE, Jörg Haftung und Haftungsfreizeichnung in Informationbeschaffungsverträgen, CR 1999, H. 7, S. 462-469

GEHRLEIN, Markus Leitfaden zur Arzthaftpflicht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Vahlen Verlag, München 2001

GEIS, Ivo Internet und Datenschutzrecht, NJW 1997, H. 5, S. 288-293

GEIS, Ivo Die digitale Signatur, NJW 1997, H. 45, S. 3000-3004

GEIS, Ivo Rechtsfragen der Telearchivierung medizinischer Dokumenten, DuD 1997, H. 21, S. 582-587

GEIS, Ivo Zivilprozeßrechtliche Aspekte des elektronischen Dokumentenmanagements, CR 1993, H. 10, S. 653-658

GEIS, Ivo Das digitale Dokument, AWV Verlag, Eschborn 1995 (zit. Geis, Das digitale Dokument)

GEIS, Ivo Die digitale Kommunikation. Rechtliche Aspekte elektronischer Geschäftsprozesse. AWV Verlag, Eschborn 1997 (zit. Geis, Digitale Kommunikation)

GEISS, Kalrmann/ GREINER, Hans-Peter Arzthaftpflichtrecht, Verlag C.H. Beck Verlag, 4. Aufl., München 2001 (zit. Geiß/Greiner)

GEORGIADES, Apostolos Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Ant. N.Sakkoulas Verlag, 2 Aufl., Athen-Komotini 1997 (*auf griechisch*) (zit. Georgiades, AT BGB)

GERONTAS, Apostolis Informatik und Recht, Ant. N. Sakkoulas Verlag, Athen-Komotini 1991 (*auf griechisch*)

GIESEN, Dieter Das Arzthaftungsrecht des BGH in der Rechtsprechung des Auslands in: Deutsch, E./ Klingmüller, E./ Kullmann, H.-J., Festschrift für Erich Steffen 1995 zum 65. Geburtstag, Walter de Gruyter Verlag, Berlin – New Jork 1995, S. 160-176

GIESEN, Dieter Arzthaftungsrecht, Mohr Verlag, 4. Aufl., Tübingen 1995 (zit. Giesen, Arzthaftungsrecht)

GIESEN, Dieter Wandlungen im Arzthaftungsrecht, JZ 1990, H. 22, S. 1053-1064

GIESEN, Dieter Anmerkung zum BGH-Urteil von 3.2.1987, MedR 1988, H. 1, S. 23-25

GIESEN, Dieter Anmerkung zum BGH-Urteil von 6.2.1988, JZ 1989, H. 9, S. 440-443

GIESEN, Dieter Arzthaftungsrecht im Umbruch (III) – Beweisrechtsprobleme in der Rechtsprechung seit 1974- JZ 1982, H. 13, S. 448-459

GIESEN, Richard Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrechts, MedR 1997, H.1, S. 17-25

GIESEN, Thomas Grundrecht auf Informationszugang?, DuD 1997, H. 21, S. 588-591

GIESEN, Thomas Stranguliert der Datenschutz die Forschung? Keine Privilegien für Wissenschaftler/ Flexiblere gesetzliche Regelungen möglich, FAZ v. 9.9.1998, Heft „Natur und Wissenschaft".

GÖBEN Jens Das Mitverschulden des Patienten im Arzthaftungsrecht, Peter Lang Verlag, Diss. Heidelberg 1998.

GOERKE, Heinz Ärztliche Schweigepflicht einst und jetzt, ZaeFQ 1999, Heft 10, S. 716-722

GOLA, Peter/ SCHOMERUS Rudolf Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, C.H. Beck Verlag, 6. Aufl. München, 1997

GOTTWALD, Peter in Münchener Kommentar zum BGB. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Bd. 2. §§ 241-432. C.H. Verlag, München 1994 (zit. Gottwald in MünchKomm, §... BGB)

GOUNALAKIS, Georgios/ MAND, Elmar Die neue EG-Datenschutzrichtlinie-Grundlagen einer Umsetzung in nationales Recht (I), CR 1997, H. 7 ,S. 431-438

GRAMBERG - DANIELSEN, Berndt/ KERN, Bernd-Rüdiger Die Schweigepflicht des Arztes gegenüber privaten Verrechnungsstellen, NJW 1998, H. 37, S. 2708-2710

GRÄVE, Karsten/ LUKIES, Dietmar Das gerichtliche Mahnverfahren per Datenfernübertragung. Der Königsweg NJW-CoR 1998, H. 4, S. 228-232

GRÄFIN VON STRACHWITZ- HELMSTATT, Karin Der Zivilprozeß in: Ehlers/Broglie, Praxis des Arzthaftungsrecht, München 1994, S. 127-170 (zit. Gräfin v. Strachwitz in Ehlers/Broglie, Praxis)

HAAGE, Heinz Bedarfsplanung in der GKV-Gesundheitsreform 2000, MedR 2000, H. 6, S. 262-266.

HACKEL, Wolfang Drittgeheimnisse innerhalb der ärztlichen Schweigepflicht, NJW 1969, H. 51, S. 2257-2277

HAEDICKE, Maximilian „Lex informatica“ oder allgemeines Deliktsrecht?, CR 1999, H. 5, S. 309-313

HAGER, Johannes Johannes von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Bd. 2. De Gruyter Verlag, 13. Aufl., Berlin 1999 (zit. Hager in StaudKomm, § BGB)

HAMMER, Volker Sicherungsinfrastrukturen. Gestaltungsvorschläge für Technik, Organisation und Recht, Springer Verlag, Heidelberg 1995

HANAU, Peter Arzt und Patient. Partner oder Gegner in: Prütting, Hanns (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel, Heymann Verlag, Köln u.a. 1990, S. 121-136 (zit. Hanau, FS Baumgärtel)

HANIKA, Heinrich Patientencharta. Stärkung der Rechte der Patienten bei der Reform der Gesundheitssysteme in Europa – Herausforderungen für Deutschland?!, MedR 1999, H. 4, S. 149-161

HANSEN, Udo Methodik der Fallbearbeitung für Referendare. Der Indizienbeweis, JuS 1992, H. 4, S. 327-332

HART, Dieter Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen, MedR 1998, H. 1, S. 8-16.

HART, Dieter Evidenz-basierte Medizin und Gesundheitsrecht, MedR 2000, H. 1, S. 1-5

HART, Dieter Health Technology Assessment (HTA) und gesundheitsrechtliche Regulierung, MedR 2001, H. 1, S. 1-8

HARTMANN, Peter § 416 in Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, Beckscher Kurzkommentar zur ZPO, C.H. Beck Verlag, 57 Auflage, München 1999

HEIDTMANN, Karen Das digitale Dokument und das Erfordernis der Schriftform nach Zivilrecht und Zivilprozeßrecht in: Geis, Ivo (Hrsg.), Das Digitale Dokument, AVW Verlag, Eschborn 1995, S. 73-80

HEINRICH, Bernd Mißbrauch gescannter Unterschriften als Urkundenverfälschung, CR 1997, H. 10, S. 622-628

HEINRICHS, Helmut in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck´sche Kurz-Kommentare, C.H. Beck Verlag, 59. Aufl, München 2000, Band. 7, § 320 (zit. Palandt)

HEINTZEN, Markus/ LILIE, Hans Patientenakten und Rechnungshofkontrolle, NJW 1997, H. 24, S. 1601-1604.

HELLE, Jürgen Schweigepflicht und Datenschutz in der medizinischen Forschung, MedR 1996, H. 1, S. 13-18

HELLMANN E., Martin Die Mathematik neuer Verschlüsselungssysteme, Spektrum der Wissenschaft 1979, H. 14, S. 92-101

HENKE, Klaus-Dirk/ GRAF, J.-Matthias Integrierte medizinische Versorgung: Ziele und Aktionsradius, DÄBl. 1995, H. 10, S. 408-410

HENNEKE, Sebastian Form- und Fristfragen beim Telefax, NJW 1998, H. 30, S. 2194-2195

HERDA, Siegfried Elektronische Dokumente. Einführung in die technische Problematik, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 1995, S. 37-46 (zit. Herda, Elektronische Dokumente)

HERMELER, Angelika Elisabeth Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin. Dargestellt am Beispiel der Elektronsichen Patientenakte sowie

des Outsourcing von Patientendaten. C.H.Beck Verlag, Diss. Münster 2000 (zit. Rechtliche Rahmenbedingungen)

HERZOG, Horst Praxisübergabe und Nachfolgezulassung in gesperrtem Gebiet, MedR 1998, H .7, S. 297-303

HEUN, Sven - Erik Elektronisch erstellte oder übermittelte Dokumente und Schriftform, CR 1995, H. 1, S. 2-7

HEUN, Sven - Erik Die elektronische Willenserklärung, CR 1994, H. 10, S. 595-600

HEUN, Sven - Erik Die Reduzierung des zivilprozessualen Risikos beim Einsatz digitaler Dokumente durch vertragliche Vereinbarungen in: Geis, Ivo, Das Digitale Dokument, AVW Verlag, Eschborn 1995, S. 81-87

HEYDWOLFF, Andreas/ ANDERSON, Ross Eine klare Sicherheitspolitik für klinische Informationssysteme, DuD 1997, H. 21, S. 569-573

HILGENDORF, Eric Grundfälle zum Computerstrafrecht (III. Datenveränderung), JuS 1996, H. 10, S. 890-894

HIPPEL, von Eike Ungerechtigkeiten im Schadensrecht wegen Mißachtung des Verursacherprinzips, ZRP 1998, H. 6, S. 203-205

HINDEN, Michael von Persönlichkeitsverletzungen im Internet, Mohr Siebeck Verlag, Diss. Tübingen 1999.

HIRTE, Heribert Berufshaftung, C.H. Beck Verlag, München 1996

HIRSCHFELD, von Giso/ STAMPEL, Vincent Der Arzthaftungsfall aus Sicht des Patienten, das Vorverfahren in *Ehlers/Broglie*, Praxis des Arzthaftungsrecht, Jehle-Rehm Verlag, München 1994, S. 7-45

HOBERT, Guido Datenschutz und Datensicherheit im Internet, Peter Lang Verlag, Diss. Marburg 1998 (Hobert, Datenschutz und Datensicherheit)

HOEREN, Thomas Internet und Recht - Neue Paradigmen des Informationsrechts, NJW 1998, H. 39, S. 2849-2854

HOFSTETTE, Ludwig Arztrecht, Perimed-Fachbuch Verlag, Erlangen 1991

HOHLOCH, Gerhard Zum Streit um "Dokumentationspflicht" und „Einsichtsrecht". NJW 1982, H. 46, S. 2577-2585

HOHENEGG, Christoph/ TAUSCHEK, Stefan Rechtliche Problematik digitaler Signaturverfahren, BB 1997, H. 31, S. 1541-1548

HOPPE, F. Jürgen Telemedizin und internationale Arzthaftung, MedR 1998, H. 10, S. 462-468

HOPT, Klaus Wertungselemente des Berufsrecht, AcP 1983, Band 183, S.645-655

HÜFFER, Uwe Staubs Großkommentar zum HGB, Walter de Gruyter, 4 Aufl., Berlin – New York 1995 (zit. Hüffer, StaubsKomm)

HUSSMANN, Johann-Hermann Die Problematik der Praxis bei Mitteilung und Übergabe ärztlicher Befunde in: Armand Mergen (Hrsg.) Die juristische Problematik in der Medizin, Wilhelm-Goldmann Verlag, München, Band II, 1971, S.183-216

INHESTER, Michael Rechtliche Konsequenzen des Einsatzes von Bildarchivierungs- und Kommunikationssystemen, NJW 1995, H. 11, S. 685-690

JÄCKEL, Hans Otto Über den Begriff, die Pflicht zur Führung und Aufbewahrung sowie die Rechtsnatur der Krankenunterlagen, in: Armand Mergen (Hrsg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band II, Wilhelm Goldmann Verlag, München 1971, S. 163-182 (zit. Jäckel, Rechtsnatur der Krankenunterlagen)

JACKSON, Peter Expertensystemen: Eine Einführung (Übers. Friedrich Haugg), Addison Wesley Verlag, Bonn u.a. 1987

JACKSON, Peter Introduction to Expert Systems, Addison-Wesley Langmann Limited, 3 Aufl., Harlow 1999 (zit. Jackson)

JACOB, Joachim Datenschutz als Persönlichkeitsrecht, ZaeFQ 1999, H. 10, S. 722-727

JANSSEN, Karl Medizinische Expertensysteme und staatliche Sicherheitsregulierung. Medizininformatik als Gegenstand des Medizinproduktrechts, Springer Verlag, Berlin u.a. 1997

JAUERNIG, Othmar Zivilprozeßrecht, C.H.Beck Verlag, 26 Aufl., 2000 (zit. Jauernig, ZivilprozeßR)

JUNKER, Abbo Die Entwicklungen des Computerrechts in den Jahren 1994-1997. NJW 1998, H. 14, S. 947-953

KAISER, Gisbert Bürgerliches Recht, Müller Juristischer Verlag, 7. Aufl., Heidelberg 2000

KARDASIADOU, Zoi Die Produkthaftung für fehlerhafte medizinische Expertensysteme. Eine Untersuchung unter Einbeziehung arzthaftungsrechtlicher Fragen. Nomos Verlag, Diss. Baden-Baden 1998 (zit. Kardasiadou, Fehlerhafte medizinische Expertensysteme)

KAUFMANN, Franz- Josef Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß, Heymann Verlag, Köln 1984 (zit. Kaufmann, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß)

KERAMEAS, Konstantinos/ NIKAS, Nikolaos/ KONDYLIS, Dionysios Kommentar zur ZPO. Ant. N. Sakkoulas Verlag. Athen 2000 (zit. Kerameas/Nikas/Kondylis, Kommentar zur ZPO)

KERN, Berndt-Rüdiger Zur Frage der Beweislast bei Nichterhebung einfachster Diagnose- und Kontrollbefunde, MedR 1983, H. 4, S. 135-137

KERN, Berndt-Rüdiger / LAUFS, Adolf Die ärztliche Aufklärungspflicht, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York 1985, S. 47-50

KERSTEN, Heinrich Sicherheit in der Informationstechnik, Oldenbourg Verlag, 2 Aufl.,

München 1995 (zit. Kersten, Sicherheit)

KILIAN, Wolfgang Rechtliche Aspekte der digitalen medizinischen Archivierung von Röntgenunterlagen, NJW 1987, H. 12, S. 695-698

KILIAN, Wolfgang Medizinische Forschung und Datenschutz, NJW 1998, H. 12, S. 787-791

KILIAN, Wolfgang EG-Richtlinie über digitale Signaturen in Kraft, BB 2000, H. 15, S. 733-735

KNEIFEL, Reiner Freedom of Information in den USA. Vorbild für deutsches Informationsrecht ? CR 1990, H. 2, S. 134-138

KOCH, Alexander Grundrecht auf Verschlüsselung?, CR 1997, H. 2, S. 106-110

KÖHLER, Claus O.(Hrsg.) Medizinische Dokumentation und Information. Handbuch für Klinik und Praxis, Bd. 1, Ecomed Verlagsgesellschaft, Landsberg 1983. 21. Ergänzungslieferung 1997. (zit. Köhler, Medizinische Dokumentation).

KÖHLER, Helmut Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 1982, Band 182, S. 126-171

KOZAK, Elizabeth A./DITTUS, Robert S./ SMITH, Wally R./ FITZGERALD, John F./ LANGFELD Carl D. Deciphering the Physician Note, JGenIntMed 1994 Bd. 9, S. 52- 54

KOUSOULIS, Stelios N. Neue Schriftformen (Telex-Telefax-elektronische Urkunde). Ant. N. Sakkoulas Verlag, Athen 1992

KRUSE, Dietrich Mit Chipkarte und Kryptographie gegen Computerkriminalität, CR 1987, H. 11, S. 792-795

KUHLENDAHL, Hans Rechenschaftspflicht oder ärztliche Verantwortlichkeit? Juristisches gegen ärztliches Verständnis, ArztR 1980, H. 9, S. 233-234

KUHN, Matthies Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, C.H. Beck Verlag, Diss. München 1991 (zit. Kuhn, Rechtshandlungen)

KUNER, Christopher Das Signaturverfahren aus internationaler Sicht, CR 1997, H. 10, S. 643-646

KUNTZ,Klaus Arzthaftungsrecht. Sammlung von Entscheidungen. Luchterhand Verlag, 20. Lieferung, Berlin 1998

KURBOS , Rainer Computerausfall – wer zahlt? Ueberreuter Verlag, Wien 1999

LACKNER, Karl/ KÜHL, Kristian Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, C.H. Beck‘ sche Verlag, 23. Aufl., München 1999

LAMBERT, Frank Von Signaturgesetz und Signaturverordnung zur Zertifizierungsstelle (Trust Center), IT-Sicherheit 1998, H. 1, S. 9-14

LANGE, Knut Werner Das Recht der Netzwerke, Recht und Wirtschaft Verlag, Heidelberg 1998

LARENZ, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag, 6. Aufl., Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo 1991

LARENZ, Karl/ CANARIS, Claus Wilhelm Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag Berlin-Heidelberg-New York–Tokyo, 3 Aufl. 1995 (zit. Larenz/Canaris, Methodenlehre)

LARENZ, Karl/ CANARIS, Claus Wilhelm Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. 2. C. H. Beck Verlag, München 1994 (zit. Larenz/Canaris, SchuldR BT)

LARENZ Karl/ WOLF, Manfred Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, C.H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, München, 8. Aufl. 1997

LAUFS, Adolf Krankenpapiere und Persönlichkeitsschutz, NJW 1975, H. 32, S. 1433-1437 (1435)

LAUFS, Adolf Berufsfreiheit und Persönlichkeitsschutz im Arztrecht, Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1982 (zit. Laufs, Berufsfreiheit und Persönlichkeitsschutz)

LAUFS, Adolf Arztrecht, C.H.Beck Verlag, 5. Auflage, München 1993 (zit. Laufs, Arztrecht)

LAUFS, Adolf „Delikt und Gefährdung“ in: Laufs, Adolf (Hrsg,), Die Entwicklungen der Arzthaftung, Walter de Gruyter Verlag, 5. Auflage, Berlin 1997, S.1-15

LAUFS, Adolf Rechtsentwicklungen in Deutschland, Walter de Gruyter Verlag, 6 Auflage, Berlin u.a. 1997

LAUFS, Adolf Immer weniger Freiheit ärztlichen Handelns, NJW 1999, H. 37, S. 2717-2719

LAUFS, Adolf Die Entwicklung des Arztrechts, NJW 1993/1994, H. 24, S. 1562-1571

LAUFS, Adolf Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, NJW 1995, H. 24, S. 1590-1599

LAUFS, Adolf Medizinrecht in Wandel, NJW 1996, H. 24, S. 1571-1580

LAUFS, Adolf Entwicklungen des Medizinrechts, NJW 1997, H. 24, S. 1609-1618

LAUFS, Adolf Arzt und Recht – Fortschritte und Aufgaben, NJW 1998, H. 24, S. 1758-1769

LAUFS, Adolf Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts, NJW 1999, H. 24, S. 1758-1769

LAUFS, Adolf Nicht der Arzt allein muss bereit sein, das Notwendige zu tun, NJW 2000, H. 24, S. 1757-1769

LAUFS, Adolf /UHLENBRUCK, Wilhelm Handbuch des Arztrechts, C. H. Beck Verlag, 3. Auflage München 2001 (zit. Laufs/Uhlenbruck, Handbuch).

LEINER, Florian/ GAUS Wilhelm/HAUX Reinhold/ KNAUP–GREGORI, Petra Medizinische Dokumentation, Schattauer Verlag, Stuttgart u.a, 3. Aufl. 1999 (Leiner/Gaus/Haux, Medizinische Dokumentation)

LENCKNER, Theodor § 203 in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, C.H. Beck Verlag, 26. Aufl., München 2001

LENKAITIS, Karlheinz Krankenunterlagen aus juristischer, insbesondere zivilrechtlicher Sicht, Brockmeyer Studienverlag, Diss. Bochum 1979 (zit. Lenkaitis, Krankenunterlagen)

LEPA, Manfred Beweiserleichterung im Haftpflichtrecht, NZV 1992, H. 4, S. 129-136

LILIE, Hans Ärztliche Dokumentationspflicht und Informationsrechte des Patienten, Der Chirurg 1980, H. 51, S. 55-61.

LILIE, Barbara Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht in deutschen und amerikanischen Recht, Verlag Otto Schwarz & Co, Göttingen 1980, Diss. (zit. Lilie, Medizinische Datenverarbeitung)

LINDENMAIER/MÖHRING Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, Verlag C.H. Beck München (ab 1986)

LIPPERT, Hans-Dieter Urheber- und gesellschaftsrechtliche Aspekte der Fälschung von Forschungsdaten, MedR 1999, H. 8, S. 364-366.

LÖWE, Ewald/ ROSENBERG, Werner StPO und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Walter de Gruyter Verlag, 24. Aufl., Berlin 1988

LÖWISCH, Manfred Allgemeiner Teil des BGB, C. H. Beck Verlag, 6. Aufl München 1997 (zit. Löwisch, SchuldR AT)

LYUKEN, Rudolf/ POTTSSCHMIDT, Günter/ THOELKE, Horst Günther/ WANDTKE, Fritz/ ZITZMANN, Johann/ WEIL, Heinz (Hrsg.)/MANGOLD, Hermann von/ KLEIN, Friedrich Sammlung von Entscheidungen der Berufsgerichte für die Heilberufe. Deutscher Ärzte Verlag, 5. Ergänzungslieferung, Köln 1993 (zit. Luyken, Sammlung)

MAASS, Rainold Die Entwicklung des Vertragsartzrechts in den Jahren 1997 und 1998, NJW 1998, H. 46, S. 3390-3399

MAENNEL, Frithjof A. Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, MMR 1999, H. 4, S. 187- 199

MANIOTIS, Dimitris Die digitale Signatur als Echtheitszeichen von Urkunden im Zivilprozeßrecht, Ant. N. Sakkoulas Verlag, Komotini 1998 (*auf griechisch*) (zit. Maniotis, Digitale Signatur)

MATTHIES, Karl-Heinz Anmerkung zum Urteil BGH 21.09.82, NJW 1983, H. 7, S. 333-336

MAUS, Josef An der ICD-10 scheiden sich weiter die Geister, DÄBl 1997, H. 46, S. 2265

MAUS, Josef Keine Verpflichtung zur Diagnoseverschlüsselung, DÄBl 1998, H.9, S. 354

McWAY, C. Dana Legal Aspects of Health Information Management. Delmar Verlag, New York 1997 (zit. McWay, Legal Aspects)

MAWREY, Richard B./ SALMON, Keith J. Computer and the law, BSP Professional Books Verlag, Oxford 1988

MEDICUS, Dieter Bürgerliches Recht, C.H. Beck Verlag, 18. Aufl., München 1999 (zit. Medicus, BürgerlR)

MEDICUS, Dieter Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, C.H. Beck Verlag, 11. Aufl., München 1999 (Medicus, SchuldR AT)

MEHRHOFF, Friedrich Aktuelles zum Recht der Patientendokumentation, NJW 1990, H. 24, S. 1524-1525

MEIER, Klaus/ WEHLAU Andreas Die zivilrechtliche Haftung für Datenlöschung, Datenverlust und Datenzerstörung, NJW 1998, H. 22, S.1585-1591

MELULLIS, Klaus-J. Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserklärung, MDR 1994, H. 2, S. 109-114

MERTENS, Hans-Joachim Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5, C.H. Beck Verlag, 3 Aufl., München 1997, § 823 (zit. Mertens in MünchKomm, § 823)

MÜLLER, Gerda Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß, NJW 1997, H. 46, S. 3049-3056

MÜLLER, Helene Borith/ ROESSLER, Thomas Zur rechtlichen Anerkennung elektronischer Signaturen in Europa, DuD 1999, H. 9, S. 497-502

MUNOZ, P.-L. Das in der spanischen Gesetzgebung garantierte Recht auf Schutz persönlicher Angaben bei der elektronischen Datenverarbeitung, RDV 1995, H. 1, S. 17-21

MUSIELAK, Hans-Joachim (Hrsg.) Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Franz-Vahlen Verlag, München 1999 (zit. Musielak, ZPO)

MUTTERER, Silke Tele Trust Deutschland e.V.: Signaturgesetz gibt Rahmen für Sicherheit bei elektronischem Rechtsverkehr im Internet, DuD 1997, H. 10, S. 611-612

NACK, Armin in § 97 Karlsruher Kommentar zur StPO, C.H. Beck Verlag, 3 Aufl., München 1993

NARR, Helmut Ärztliches Berufsrecht, Deutsche Ärzte Verlag, 2 Stand, Köln Juli 1994 (zit. Narr, Ärztliches Berufsrecht)

NICOL, Natascha/ Albrecht, Ralf Wissenschaftliche Arbeiten schreiben mit Win Word 97, Addison-Wesley Publishing Company, Bonn 1997

NÜSSGENS, Karl Zur ärztlichen Dokumentationspflicht und zum Einsichtsrecht des Patienten in die Krankenunterlagen insbesondere zur Begründung dieses Rechts, Jubiläumsausgabe VersR 1983, Karlsruher Forum H. 3, S. 175-178

NÜSSGENS, Karl RGRK-Kommentar, §823 Anhang II BGB, Walter de Gruyter Verlag, 12. Aufl. 1989, Berlin New York (zit. Nüßgens, RGRK)

NÜSSGENS, Karl Zur ärztlichen Dokumentationspflicht und zum Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen in: Ebenroth, C.-Th./ Rinne, M.-E., Hesselberger D. „Verantwortung und Gestaltung", Festschrift für Karlheinz Boujong, C.H. Beck Verlag, München 1996, S. 831-845.

OPDERBECKE, Hans- Wolfgang/ WEISSAUER, Walther Ärztliche Dokumentation und Pflegedokumentation, MedR 1984 H. 6, S. 211-214

ORTNER, Josef-Franz/ GEIS, Ivo Die elektronische Patientenakte. Rechtsfragen medizinischer Dokumente in digitalen Dokumentationssystemen und digitalen Netzen. MedR 1997, H 8, S. 337-341

PALANDT, Otto Kurz-Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C.H. Beck Verlag, 60 Aufl., München 2001 (zit. Palandt, KurzKomm)

PALM, Franz Die Übermittlung personenbezogener Daten in das Ausland, CR 1998, H. 2, S. 65-74

PAPACHRISTOU, Thanases K. Einführung in die Rechtssoziologie. Bd. 1. Ant. N. Sakkoula, Athen-Komotini 1984 (*auf griechisch*) (zit. Papachristou, Einführung in die Rechtssoziologie)

PAULUS, Christoph Georg Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses, AcP 1997, Band 197, S. 137-160

PETER, Jürgen Beweissicherungspflicht des Arztes, NJW 1988, H. 12, S. 751-752

PETER, Jürgen Das Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen, Heymann Verlag, Köln u.a. 1989 (zit. Peter, Das Recht auf Einsicht)

PFITZMANN, Birgit/ WAIDNER, Michael Rechtssicherheit trotz Anonymität in offenen digitalen Systemen, Teil 1. DuD 1990, H. 5, S. 243-255

PIEROTH, Bodo/ SCHLINK, Bernhard Grundrechte. Staatrecht II. C.F. Müller Verlag, 16. Aufl., Heidelberg 2000 (zit. Pieroth/Schlink Staatrecht II)

POHL, Ulrike/ AMMENWERTH, Elske/ EICHSTÄDTER, Ronald/ HAUX, Reinhold Rechenbasierte Pflegedokumentation in der klinischen Routine, Plegedokumentation 2000, H. 12, S. 1-12

POLITIS, Charis Arzthaftung. Neue Therapiemethoden und Versuche. Diss. Athen 1996 (auf griechisch) (zit. Politis, Arzthaftung)

PORDESCH, Ulrich/ NISSEN, Kai Fälschungsrisiken elektronisch signierter Dokumente, CR 1995, H. 9, S. 562-569

PUTZO, Hans Arzthaftung. Grundlagen und Folgen, Adenylchemie Verlag, Berlin u.a. 1979

RAINER, Hamm Datenschutz durch Kryptographie – ein Sicherheitsrisiko? Nomos Verlag, Baden-Baden 1998

RATH, M./ BRINKMANN, B. Strafverfahrensänderungsgesetz- DNA - Analyse („Genetischer Fingerab-

druck) und DNA-Indentitätsstellungsgesetz aus fachwissenschaftlicher Sicht, NJW 1999, H.37, S. 2697-2702

RATZEL, R. Ärztliche Schweigepflicht, RDV 1996, H. 2, S. 72-77

REICHOW, Hartmut/ HARTLEB, Uwe/ SCHMIDT, Werner Möglichkeiten medizinischer Datenverarbeitung und Datenschutz, MedR 1998, H. 4, S. 162-167

REINHARDT, Michael Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1994, H. 2, S. 93-99

RICHTER, Peter Datenschutzrechtliche Aspekte beim Tele- bzw. Homebanking, Peter Lang Verlag, Diss. Hamburg 1998

RICHTER-REICHHELM, Manfred Vernetzung von Arztpraxen: Telekonsil / Telekonfernz, ZaeFQ 2001, H. 9, 620-623

RIEGER, Hans-Jürgen Lexikon des Arztrechts, Walter de Gruyter Verlag, Berlin–New York 1984

RIEGER, Hans-Jürgen Schweigepflicht des Arztes bei der Patientenaufklärung, DMW 1985, H. 33, S. 1269-1271

RIEGER, Hans-Jürgen- Vernetzte Praxen. Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten. Berufs-, Vertragsarzt und wettbewerbsrechtliche Aspekte, MedR 1998, H. 2, S. 78-83

RIENHOFF, Otto Zeitgemäßer Schutz des Patientengeheimnisses, DuD 1997, H. 21, S. 579-581

RIGIZAHN, Ernest Dokumentationspflicht des vorbehandelnden Arztes verursacht Behandlungsfehler des nachbehandelndenden Arztes, MedR 1995, H. 10, S. 391-393

RIHACZEK, Karl Schade um die Liebe, DuD 1997, H. 10, S. 563

ROACH, William H./ THE ASPEN HEALTH LAW AND COMPLIANCE CENTER Medical Records and the Law, An Aspen Publication, 3 Aufl., Maryland 1998 (zit. Roach, Medical Records)

ROGGE, Ingo Selbständige Verkehrspflichten bei Tätigkeit im Interesse Dritter, Carl-Heymanns Verlag, Diss. Osnabrück 1997 (zit. Rogge, Verkehrspflichten)

ROTHMAN, David J. Revisionism Misplaces: Why this is not the Time to Bury Autonomy, Mich.LR. 1999, Bd. 97, S. 1512-1519

RÖMER, Wolfgang/ LANGHEID, Theo VVG-Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz mit PflVG und KfzPflW, C.H. Beck Verlag, München 1997 (zit. Römer/Langheid, VVG-Kommentar)

ROSENBERG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz/ GOTTWALD, Peter Zivilprozeßrecht, C.H. Beck Verlag, München, 15 Aufl. 1993 (zit. Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozeßR)

RUMJANZEN, Andrej Elektronische Unterschrift nach dem neuen Russischen Zivilgesetzbuch, CR 1997, H. 10, S. 646-649

SCHELLHAMMER, Kurt Zivilprozeß: Gesezt-Praxis-Fälle, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 8. Aufl. 1999 (zit. Schellhamer, Zivilprozeß)

SCHÄFER, Rainer Auch bei Stromausfall gesicherte Datenspeicherung, FAZ v. 24.2.1999, Nr. 46, S. N 3

SCHIEMANN, Gottfried in Erman Bürgterliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGBG, EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, HausTWG, ProdHaftG u.a. Gesetzen herausgegeben v. Harm-Peter Westermann. Dr. Otto Schmidt Verlag, 10 Aufl., Köln 2000 (zit. Schiemann ErmanKomm, § 823)

SCHINNENBURG, Wieland Besonderheiten des Arzthaftungsrechtes bei zahnärztlichen Behandlung, MedR 2000, H. 4, S. 185-190

SCHIFF, Gordon D./ RUCKER Donald T. Computerized Prescribing. Building for Electronic Infrastructure for Better Medication Usage, JAMA 1998, Band 279, H. 13, S. 1024-1029

SCHLECHTRIEM, Peter Schuldrecht Allgemeiner Teil, J.C.B. Mohr, 4. Aufl., Tübingen 2000 (zit. Schlechtriem, SchuldR AT)

SCHLENKER, Gerhard Das „berufsunwürdige Handeln“ des Arztes, Goldmann Verlag, München 1973

SCHMID, Hugo Verfahrensregeln für Arzthaftungsprozesse, NJW 1994, H. 12, S. 767-773

SCHMID, Hugo Über den notwendigen Inhalt ärztlicher Dokumentation, NJW 1987, H. 12, S. 681-687

SCHMIDT – BECK, Jürgen-Robert Die Dokumentationspflichtverletzung und ihre Auswirkungen im Arzthaftungsprozeß, Diss. Bayreuth, 1994 (zit. Schmidt-Beck, Die Dokumentationspflichtverletzung)

SCHMIDT – BECK, Jürgen-Robert Rechtliche Aspekte der EDV-gestützten ärztlichen Dokumentation, NJW 1991, H. 37, S. 2335-2337

SCHMITZ, Norbert Nutzung technikgestützter Informationssysteme in Arztpraxen, Josef Eul Verlag, Monographie Köln 1990 (zit. Schmitz, Informationssysteme in Arztpraxen)

SCHNEIDER, Carl E. The Practice of Autonomy: Patient, Doctors, and Medical Decisions, Oxford University Press, New York 1998 (zit. Schneider, Practice of Autonomy)

SCHNEIDER, Jochen Handbuch des EDV-Rechts, O. Schmidt Verlag, Köln 1997

SCHNEIDER, Jochen/ GÜNTER, Andreas Haftung für Computerviren, CR 1997, H. 7, S. 389-396

SCHOLZ, Rainer Arzthaftpflicht. Ein Leitfaden für Ärzte, Juristen und Krankenhausträger, Forum Verlag, Godesberg 1995

SCHREIBER, Klaus Die Urkunde im Zivilprozeß, Duncker und Humblot Verlag, Berlin 1982, Habil. (zit. Schreiber, Urkunde im Zivilprozeß)

SCHREIBER, Klaus §§ 415, 444 ZPO in: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 2, C.H.

Beck Verlag ,München 1992 (zit. Schreiber, MünchKomm, ZPO)

SCHUMACHER, Stephan Digitale Signaturen in Deutschland, Europa und den U.S.A. Ein Problem, zwei Kontinente, drei Lösungen?, CR 1998, H. 12, S. 758-763

SCHUMACHER, Stephan Computer und Recht aktuell. Einigung auf EU-Signaturrichtlinie, CR 1999, H. 7, S. 473-475

SCHWARZ, Mathias Recht im Internet, Kognos Verlag, Augsburg, Stand Februar 1999 (zit. Schwarz, Recht im Internet)

SCHWEITZER, Michael/HUMMER, Waldemar Europarecht. Das Recht der Europäischen Union – Das Recht der Europäischen Gemeinschaften (EGKS, EG, EAG) – mit Schwerpunkt EG. Luchterhand Verlag, 5. Aufl., Neuwie u.a. 1996. Nachtrag 1999: Der Vertrag von Amsterdam v. 2. Oktober 1997 (zit. Schweizer/Hummer, Europarecht)

SEEHAFER, Wilfried Der Arzthaftungsprozeß in der Praxis, Springer Verlag, Berlin 1991

SEIDEL, Ulrich Dokumentenschutz im elektronischen Rechtsverkehr (I), CR 1993, H. 7, S. 409-414

SEIDEL, Ulrich Urkundensichere Dokumentenverarbeitung (II), CR 1987, H. 9, S. 635-638

SEIDEL, Ulrich Zertifizierung rechtsverbindlicher und urkundensicherer Dokumentenverarbeitung in Bundesnotarkammer (Hrsg.) Elektronischer Rechtsverkehr. Digitale Signaturverfahren und Rahmenbedingungen, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 1995, S. 89-94

SICK, Joachim Beweisrecht im Arzthaftpflichtprozeß, Lang Verlag, Diss. Frankfurt/M. 1985, S. 175-187 (zit. Sick, Arzthaftpflichtprozeß)

SIEBER, Ulrich Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (2), JZ 1996, H. 10, S. 494-507.

SIMITIS, Spyros Die EU-Datenschutzrichtlinie - Stillstand oder Anreiz?, NJW 1997, H. 5, S. 281-287

SIMITIS, Spyros Die betrieblichen Datenschutzbeauftragten – Zur notwendigen Korrektur einer notwendigen Kontroll – NJW 1998, H. 33, S. 2395-2398

SIMITIS, Spyros Datenschutz – Rücktritt oder Neubeginn? NJW 1998, H. 34, S. 2473-2479

SIMITIS, Spiros/ DAMMANN, Ulrich/ GEIGER, Hansjörg/ MALLMANN, Otto/ WALZ, Stefan Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Nomos Verlagsgesellschaft, 4. Aufl., Baden-Baden 1994 (29. Lieferung 1998). (zit. Simitis u.a., BDSG)

SIROSKI, Roland Die Rechtsgrundlagen für das Anfordern medizinischer Unterlagen durch den MDK, MedR 1999, H. 10, S. 449-453

SOMMER, Werner/ BRINKMANN, Bernhard Beweissicherung am Patienten, MedR 1985, H. 4, S. 151-154

SPICKHOFF, Andreas Erfolgszurechnung und „Pflicht zum Bruch der Schweigepflicht“, NJW 2000, H. 12, S. 848-850

v. SPONECK, Henning Beweiswert von Computerausdrucken, CR 1991, H. 5, S. 269-273

SPORKEN, Paul Darf die Medizin, was sie kann? Probleme

der medizinischen Ethik, Patmos-Verlag, Düsseldorf 1971

STANBERRY, Benedict The legal and ethical aspects of telemedicine. 1: Confidentiality and the patient´s rights of access. J Telm Telc 1997, H. 3, S. 179-187

STANBERRY, Benedict The legal and ethical aspects of telemedicine. 2: Data protection, security and European law. J Telm Telc 1998, H. 4, 18-24

STANBERRY, Benedict Approabtionsrechtliche Fragen, ZaeFQ 2001, H. 9, S. 705-707

STARK, Claus Patientenorientierte Gestaltung der Patientenkarte, DuD 1997, H. 21, S. 575-578.

STARK, Claus/ WOHLMACHER, Petra Chipkartenprojekte im Gesundheitswesen, DuD 1997, H. 21, S. 595

STARY, Joachim/ KRETSCHMER, Horst Umgang mit wissenschaftlicher Literatur. Eine Arbeitshilfe für das sozial- und geisteswissenschaftliche Studium, Cornelsen Scriptor Verlag, Frakfurt am Main 1994

STEFFEN, Erich/ DRESSLER, Wolf-Dieter Arzthaftungsrecht. Neue Entwicklungslinien, RWS Verlag, 8. Auflage, Köln 1999 (zit. Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht)

STEFFEN, Erich Beweislasten für den Arzt und den Produzenten aus ihren Aufgaben zur Befundsicherung, in: Pfeiffer, G./ Kummer J./ Silke, S., Festschrift für Hans- Erich Brandner, Dr. Otto Schmidt

Verlag, Köln 1996, S. 327-340

STEGERS, Christoph-M. Das arzthaftungsrechtliche Mandat in der anwaltigen Praxis, Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern Verlag, Köln 1988

STEIN, Friedrich/ JONAS, Martin Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 3 (§§ 253-299a), J.C.B. Mohr Verlag, 21. Aufl., 1997 Tübingen (zit. Stein/Jonas)

STEIN, Friedrich/ JONAS, Martin Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4 (§§ 348-510), J.C.B. Mohr Verlag, 21. Aufl., 1999 Tübingen (zit. Stein/Jonas)

STELLPFLUG, Martin Internationales Haftungsrecht, ZaeFQ 2001, H. 9, H. 615-617

STROHMAIER, Gerhard Zweck und Ausmaß der Dokumentationspflicht des Arztes, VersR 1998, H.10, S.416-420

STÜRNER, Rolf Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Mohr Verlag, Tübingen 1976

TAUPITZ, Jochen Prozessuale Folgen der „vorzeitigen" Vernichtung von Krankenunterlagen, ZZP 1987, Band 100, S. 287-345

TAUPITZ, Jochen Rechtliche Bindungen des Arztes: Erscheinungsweisen, Funktionen, Sanktionen, NJW 1986, H. 46, S. 2851-2858

TAUPITZ, Jochen Die Standesordnungen der freien Berufe,

Walter de Gruyter, Habil. Göttingen 1991.

TAUPITZ, Jochen Das ärztliche Berufsgeheimnis in der Praxis: Möglichkeiten einer Umsetzung der verschärften Anforderungen des BGH, ArztR 1992, H. 5, S. 141-145

TERLAU, Matthias Das Jahr-2000-Problem und das Risikomanagement im Unternehmen, CR 1999, H. 5, S. 284-292

TETTINGER, Peter J. Einführung in die Arbeitstechnik, C.H. Beck Verlag, 2. Aufl., München 1992

THOMAS, Heinz/ PUTZO, Hans Zivilprozeßordnung mit GVG, den Einführungsgesetzen, EuGVÜ und AVAG. C.H. Beck Verlag, 22. Aufl., München 1999 (zit. Thomas/Putzo, ZPO)

TINNEFELD Marie-Therese/ EHMANN Eugen Einführung in das Datenschutzrecht, Oldenbourg Verlag, München 1998 (zit. Tinnefeld/Ehmann, Datenschutz)

TRÖNDLE, Herbert/ FISCHER, Thomas Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Verlag C.H. Beck, München 2001 (zit. Tröndle/Fischer, StGB)

TUNER, Lotte "Ordnungsmäßigkeit" in der Datenverarbeitung - ein schillernder Begriff, CR1986, H. 5, S. 261-268

UNCITRAL Planning of Future Work on Electronic Commerce: Digital Signatures, Certifications Authorities and Related Legal Issues, New York 1997 (zit. UNCITRAL, Planning of Future Work)

ULSENHEIMER, Klaus Qualitätssicherung und risk-management im Spannungsverhältnis zwischen Kostendruck und medizinischem Standard, MedR 1995, H. 11, S. 438-442

ULSENHEIMER, Klaus/ HEINEMANN, Nicola Rechtliche Aspekte der Telemedizin – Grenzen der Telemedizin, MedR 1999, H. 5, S. 197-203

VELTEN, Wolfram Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozeß. Ein Beitrag zu Umfang und Grenzen der Darlegungslast von Arzthaftungsklägern bezüglich der Standards medizinischer Heilbehandlung, Nomos Verlagsgesellschaft, Diss. Bremen 2001 (zit. Velten, Der medizinische Standard)

VESTING, Jan - W. Die Verbindlichkeit von Richtlinien und Empfehlungen der Ärztekammern nach der Musterberufsordnung 1997, MedR 1998, H. 4, S. 168-171

VOGT, Gerhard Ärztliche Selbstverwaltung im Wandel, Deutscher Ärzte-Verlag, Köln 1998

VOLLMER, Birkhard Körperlich-geistige Mängel, Verkehrssicherheit und ärztliche Schweigepflicht, Brockmeyer Studien Verlag, Bochum 1986

WAHRIG, Gerhard Deutsches Wörterbuch, Chronik Verlag, Gütersloh, 7 Aufl. 2000

WAIBL, Katharina Kindesunterhalt als Schaden („wrongful birth“), NJW 1987, H. 25, S. 1513-1521

WALTHER,- Zur Anwendbarkeit der Vorschriften des Strafrechtlichen Jugendmedienschutzes auf im Bildschirmtext verbreite Mitteilungen, NStZ 1990, H. 11, S. 523-526

WALLENBERG, Henrik von Der zivilrechtliche Arzthaftungsprozeß aus beweisrechtlicher Sicht, Diss. München 1993.

WASSERBURG, Klaus Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, NJW 1980, H. 12, S. 617-625

WEBER, Ralph/ VOGT – WEBER, Beate Computerprognose – Ärztliche Entscheidung zwischen Statistik und Intuition, MedR 1999, H. 5, S. 204-209

WEBER, Rheinhard Muß im Arzthaftungsprozeß der Arzt seine Schuldlosigkeit beweisen? (§282 BGB), NJW 1997, H.12, S.762-768

WEBER, Wilhelm Staudinger Kommentar, II. Band, § 242, Schweizer Verlag 13 Aufl., Berlin 1995

WEHRMANN, Rüdiger/ WELLBROCK, Rita Datenschutzrechtliche Anforderungen an die Datenverarbeitung und Kommunikation im medizinischen Bereich, CR 1997, H. 12, S. 754-762

WEICHERT, Thilo Datenschutz und „medizinisches Forschungsgeheimnis“?, MedR 1996, H. 6, S. 258-261

WEICHERT, Thilo Biometrie – Freund oder Feind des Datenschutzes?, CR 1997, H. 6, S. 369-375

WEILS, Thomas O. Electronic and Digital Signatures: In Search of a Standard, IT Professional, Mai/Juni 2000, S. 24-30

WEISS, Oliver/ RIEHM, Thomas Die Textmacher, CoR 1998, H. 4, S. 210-221

WENDT, Gerling Die ärztliche Dokumentation. Eine beweisrechtliche Untersuchung zu ihrer Bedeutung für die Entscheidung der Sorgfaltsfrage bei der deliktischen Arzthaftung. Nomos Verlag, Diss. Bremen 2001

WERNER, Marcus Sind Sicherheitskopien von CDs notwendig? CR 2000, H. 12, S. 807-809

WESSELS; Johannes/ HETTINGER; Michael Strafrecht. Besonderer Teil. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte. Müller Verlag, 24. Aufl, Heidelberg 2000 (zit. Wessels/Hettinger, StrafR BT I)

WIEDEMANN, Herbert in Soergel Theodor, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Bd. 2, Kohlhammer Verlag, 12 Aufl., Stuttgart 1990 (zit. Wiedemann in Soergel Komm)

WIENKE, Albrecht/ SAUERBORN, Jürgen EDV-gestützte Patientendokumentation und Datenschutz in der Arztpraxis, MedR 2000, H. 11, S. 517-519

WILHELM,Dorothee Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, Enke Verlag, Stuttgart 1984

WITT, David J. Transcription Services in the ED, Americal Journal of Emergency Medicine 1995, H. 1, S. 34-36

WOHLMACHER, Petra Can you Trust Health Telematics?, DuD 1997, H. 21, S. 596

ZENTRALE ETHIKKOMISSION BEI DER BUNDESÄRZTEKAMMER Zur Verwendung von patientenbezogenen Informationen für die Forschung in der Medizin und im Gesundheitswesen, in: DÄBl. 96. Jahrgang (1999), H. 49, S. C-2326-2329 (abgedruckt auch im Jahrbuch für Wissenschaft und

Ethik, Bd. 5 (2000), S. 451-457) (zit. ZEKO 1999).

ZEPF, Günter Prüfung von EDV-Buchführung (I), CR 1987, H. 5, S. 314-384

ZIEGENHAGEN, Christina Die Berufsgerichtsbarkeit der freien Berufe, Hochschulschriften Münster, Diss. Hamburg 1998.

ZIMMERMANN, Walter ZPO-Kommentar, C.F. Müller Verlag, 5. Aufl., Heidelberg 1998 (zit. Zimmermann)

ZÖLLER, Richard Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozeßrecht und Kostenanmerkungen. Otto Schmidt Verlag, 22. Aufl., Köln 2001 (zit. Zöller)

Die ärztliche Dokumentation hat sich von einer Gedächtnisstütze zu einer Pflicht des Arztes gewandelt, weil ihr eine besondere Funktion im Arzthaftpflichtprozeß zuteil geworden ist. Sie dient jedoch in erster Linie der Therapiesicherung und der Rechenschaftsablegung. Seit 15 Jahren nimmt die elektronische Verarbeitung von medizinischen Daten ständig zu und wird in den kommenden Jahren die konventionelle Dokumentation vollständig ersetzen. Welche Schutzmaßnahmen muß der Gesetzgeber ergreifen, um den mit dieser Entwicklung einhergehenden Gefahren zu begegnen? Welcher Beweiswert soll der elektronischen Patientenakte zukommen? Muß die ärztliche Schweigepflicht im Zuge der wachsenden Vernetzung eingeschränkt werden? Die Beantwortung dieser Fragen hat sich der Verfasser zur Aufgabe gemacht.

Emmanuel Laskaridis studierte von 1992 bis 1996 Rechtswissenschaft an der Universität Athen und promovierte von 1998 bis 2002 in Heidelberg. Seit 1998 ist er Rechtsanwalt in Heidelberg.

www.peterlang.de