

Kurzgutachten

zu Fragen der Haftung und ihrem Regelungsbedarf im Zusammenhang mit dem im Entwurf vorliegenden Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG)

erstattet für
Eidgenössisches Departement des Innern EDI
Bundesamt für Gesundheit BAG

von
Dr. iur. Mark A. Reutter
Rechtsanwalt, LL.M. (Harvard), Partner

unter Mitarbeit von:
Dr. iur. Monique Sturny
Rechtsanwältin, LL.M.

Zürich, 4. März 2014 (ergänzt am 16. Juni 2014)

walderwyss rechtsanwälte

Walder Wyss AG
Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich, Schweiz
Telefon +41 44 498 98 98, Telefax +41 44 498 98 99
mark.reutter@walderwyss.com

1. Auftrag

1.1. Ausgangslage und Gutachterfragen

- 1 Der vom Bundesrat vorgelegte Entwurf des Bundesgesetzes über das elektronische Patientendossier (EPDG) sieht keine Haftungsbestimmungen vor. Im Rahmen der laufenden parlamentarischen Beratungen zum EPDG wurde jedoch die Frage nach der Notwendigkeit spezieller Haftungsregeln wiederholt aufgeworfen.
- 2 In diesem Zusammenhang sind die folgenden Fragen zu erörtern:
 - Ist es richtig, dass die allgemeinen Haftungsregeln die Haftungsfragen im Rahmen des EPDG genügend abzudecken vermögen und daher auf spezialgesetzliche Haftungsbestimmungen verzichtet werden kann (beispielsweise Unvollständigkeit des Dossiers oder falsche Angaben im Dossier)?
 - Im Rahmen der parlamentarischen Beratung wird insbesondere vorgeschlagen, die Verantwortlichkeit für Situationen, in denen das elektronische Patientendossier aus technischen Gründen nicht verfügbar oder fehlerhaft ist, im EPDG speziell zu regeln. Ist das tatsächlich nötig? Wäre ein solcher Fall durch die allgemeinen Haftungsregeln nicht erfasst und demnach gleich zu behandeln, wie wenn beispielsweise das Klinikinformationssystem eines Spitals ausfällt?
 - Im Weiteren wird eine allgemeine Bestimmung zur Haftung mit folgendem (oder ähnlichem) Wortlaut vorgeschlagen: „Das elektronische Patientendossier hat keinen Einfluss auf den Sorgfaltsmassstab bei der Behandlung und darf weder dem Patienten noch der Gesundheitsfachperson in Haftpflichtfällen beweisrechtlich entgegengehalten werden.“ Ist eine solche Klausel für die Ausräumung (vermeintlicher?) haftungsrechtlicher Unklarheiten zielführend? Wenn nein, wieso nicht?

1.2. Vorgehen, Umfang und Detaillierungsgrad des Gutachtens

- 3 Der Gutachtensauftrag lautet auf Erstellung eines Kurzgutachtens welches einfach verständlich und umfangmässig begrenzt ist. Gestützt darauf ist das vorliegende Gutachten im Sinne einer Zusammenfassung zu verstehen und entsprechend in der Tiefe und Präzision beschränkt.
- 4 Die Gutachtensfragen werden in Fokussierung auf den Inhalt des Auftrags im Sinne einer Vereinfachung möglichst in einem übergreifenden Kontext beantwortet. Einhergehend wird auf (an sich erforderliche) rechtliche Differenzierungen verzich-

tet, soweit Rechtsgrundlagen und Regelungen vom relevanten Gehalt her im Wesentlichen übereinstimmen¹.

- 5 Insbesondere werden keine Differenzierungen danach vorgenommen, ob ein Behandlungsverhältnis privatrechtlicher oder (kantonal) öffentlich-rechtlicher Natur (öffentliche Spitäler) ist und ob der Vertrag des Patienten im privatrechtlichen Verhältnis mit der Gesundheitsperson selbst (namentlich dem Arzt) oder mit einer juristischen Person (z.B. in Form einer juristischen Person organisierte Arztgemeinschaft oder Privatspital) abgeschlossen wird und bei wem in einem solchen Fall die Haftpflicht und einhergehende Verantwortung letztendlich anzusiedeln ist.
- 6 Nicht weiter geprüft wird, ob und wie weit zur Diskussion stehende (neue) Haftungsregelungen umfassend anwendbar wären oder ob diesen allenfalls in gewissen Bereichen wegen der Gesetzgebungskompetenz der Kantone die Wirkung versagt wäre.

1.3. Terminologie

- 7 In der Terminologie lehnt das vorliegende Kurzgutachten je nach Kontext an allgemeine oder traditionellere Begriffe des Gesundheitswesens und des Medizinalrechts (wie etwa Leistungserbringer, Krankengeschichte) und an Begriffe, die für das elektronische Patientendossier speziell definiert werden (wie etwa Gesundheitsfachperson, elektronisches Patientendossier) an. Die jeweils verwendete Terminologie dient auch der Verdeutlichung der Analyse und des Vergleichs der Ist-Situation mit der Situation, wie sie nach Einführung des elektronischen Patientendossiers sein wird.

1.4. Ausgestaltung und Verständnis des elektronischen Patientendossiers

- 8 Das EPDG führt keine neuen Regelungen für die Aufzeichnung von medizinischen Behandlungen und die Erstellung und inhaltliche Führung von Dokumentationen medizinischer Tätigkeiten für einen Patienten ein. Solche gemeinhin als Krankengeschichte oder neuer auch als Patientenakte oder Patientendossier bezeichneten Dokumentationen werden durch den Leistungserbringer geführt und verantwortet. Der Leistungserbringer ist (in datenschutzrechtlicher Terminologie) Inhaber der darin enthaltenen Datensammlung. Der Patient ist die betroffene Person, deren Daten bearbeitet werden (Datensubjekt) und zudem Geheimnisherr des Arztgeheimnisses.

¹ Zudem muss einhergehend auf den wissenschaftlichen Apparat verzichtet werden, d.h. es erfolgen keine Hinweise auf einzelne Gesetzesbestimmungen oder weiterführende Belege in der Literatur oder Judikatur.

- 9 Das EPDG adressiert den Zugriff auf (fremde) Patientendokumentationen bzw. Datensammlungen durch Gesundheitsfachpersonen als qualifizierte Dritte. Dieser Zugriff wird institutionalisiert und die Voraussetzungen, Berechtigungen und Modalitäten für einen solchen Zugriff werden gesetzlich festgelegt. Einhergehend sind Regeln zur Sicherstellung, Koordination und Kontrolle des Zugriffs vorgesehen. Zur Umsetzung dieser Regeln wird auf organisatorische Einheiten abgestützt (Gemeinschaften) und der Bund nimmt Aufgaben zur Bereitstellung der Abfragemöglichkeit wahr. Soll eine Patientendokumentation als Teil des elektronischen Patientendossiers verfügbar gemacht werden, ist dafür die Einwilligung des Patienten erforderlich.
- 10 Das elektronische Patientendossier ist dezentral aufgebaut und nur virtuell als Einheit zu verstehen. Es ist keine (neue oder zusätzliche) einheitliche Datensammlung mit neuem (verantwortlichen) Inhaber, sondern die Summe von Datensammlungen (Patientendokumentationen) von verschiedenen Inhabern, welche die Datensammlungen erstellt haben und unter deren Verantwortung die Datensammlungen bleiben. In anderen Worten wird keine neue konsolidierte und einheitliche Patientendokumentation ("zentrale Krankengeschichte") geschaffen, sondern es werden alleine verschiedene einzelne und selbständig bleibende Patientendokumentationen aggregiert. Gemeinschaften und Stammgemeinschaften im Sinne des EPDG wie auch der Bund übernehmen gewisse Aufgaben, damit ein einheitlicher Zugriff auf diese verschiedenen Patientendokumentationen tatsächlich, technisch und geordnet bewerkstelligt werden kann. Darüber hinaus übernehmen sie keine Aufgaben und kommen ihnen solche auch nicht zu. Insbesondere sind sie in ihrer Funktion unter dem EPDG weder mit Inhalt und Verfügbarkeit der für das elektronische Patientendossier zugänglich gemachten Patientendokumentationen noch mit der (fernmeldetechnischen) Übermittlung der entsprechenden Daten an Dritte (Gesundheitspersonen) befasst.

2. Frage 1: Ist es richtig, dass die allgemeinen Haftungsregeln die Haftungsfragen im Rahmen des EPDG genügend abzudecken vermögen und daher auf spezialgesetzliche Haftungsbestimmungen verzichtet werden kann (beispielsweise Unvollständigkeit des Dossiers oder falsche Angaben im Dossier)?

2.1. Anforderungen, Verantwortung und Haftung für Dokumentationen medizinischer Tätigkeiten

- 11 Medizinische Tätigkeiten für einen Patienten müssen aufgezeichnet und dokumentiert werden. In der Pflicht und Verantwortung ist der Leistungserbringer. Die Verpflichtung zur Aufzeichnung und Führung einer solchen (Patienten-)Dokumentation beruht auf der Sorgfaltspflicht des Leistungserbringers, welche jedem medizinischen Behandlungsverhältnis inhärent ist. Die konkreten Anforderungen

an die Ausgestaltung solcher Dokumentationen leiten sich ebenfalls aus dieser Sorgfaltspflicht ab. Sie sind in der Praxis durch Rechtsprechung und Lehre wie auch durch Landesregeln (namentlich der FMH) und einschlägige Richtlinien oder Verlautbarungen (namentlich der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften) sowie durch Aufsichtsrecht konkretisiert worden. Anerkannt und konkretisiert sind insbesondere Anforderungen an den Inhalt und die inhaltliche Richtigkeit, an die Vollständigkeit, an die Verfügbarkeit und an die Sicherheit von Patientendokumentationen.

- 12 Parallel dazu ergeben sich aus dem Datenschutzrecht Anforderungen und Verantwortlichkeiten betreffend die Richtigkeit und Sicherheit von Patientendokumentationen. Patientendokumentationen enthalten regelmässig sensitive Daten und dürfen daher nur mit besonderer Vorsicht und unter speziellen Prämissen bearbeitet werden. Zudem fallen Patientendokumentationen in aller Regel unter das Arztgeheimnis und unterstehen auch von daher einem besonderen Schutz.
- 13 Alle genannten Grundlagen, Vorgaben und Anforderungen gelten unabhängig davon, ob eine Patientendokumentation papiermässig oder elektronisch geführt wird. Inhalt und Vollständigkeit der Patientendokumentation müssen unabhängig von der Art der Führung gleich und in allen Fällen gegeben sein. Bei der Sicherheit und Verfügbarkeit sind die Anforderungen ebenfalls die gleichen, einzig die Art der Umsetzung kann naturgemäss je nachdem variieren, ob eine Dokumentation papiermässig oder elektronisch geführt wird. Den Besonderheiten der elektronischen Dokumentation muss durch entsprechende (zusätzliche) technische und organisatorische Massnahmen Rechnung getragen werden.
- 14 Werden die oben skizzierten Anforderungen an die Führung von Patientendokumentationen nicht eingehalten, kann dies in einen Haftungsfall münden. Die nicht gehörige oder gar die Unterlassung der Führung und Bereitstellung der erforderlichen und verlangten Patientendokumentation stellen eine Sorgfaltswidrigkeit seitens des Verantwortlichen dar und können als solche haftungsbegründend sein. Dem Patienten stehen gestützt auf eine Verletzung der Pflichten zur ordnungsgemässen Führung von Patientendokumentationen Schadenersatzansprüche zu, wenn auch die übrigen Voraussetzungen einer Haftung gegeben sind. Dies unter den gleichen Grundsätzen wie wenn ein (direkter) Behandlungsfehler vorliegen würde. Präzisierend ist anzumerken, dass dem Patienten alleine wegen sorgfaltswidriger Führung von Patientendokumentationen wohl kaum ein Schaden erwachsen wird. Ein relevanter Schaden wird zumeist erst dann vorliegen, wenn sich die Sorgfaltswidrigkeit auch auf die Behandlung ausgewirkt hat und diese darum fehlerhaft ist. Zudem hat der Patient möglicherweise auch Ansprüche aus Datenschutz- oder Persönlichkeitsrecht und können auch strafrechtliche Aspekte relevant sein.

2.2. Anforderungen an Patientendokumentationen unter Hinblick auf die Einsichtnahme und das Vertrauen Dritter im Speziellen

- 15 Im Kontext des elektronischen Patientendossiers ist insbesondere von Bedeutung, dass bereits heute (und seit jeher) Krankengeschichten so zu führen sind, dass die dokumentierte Behandlung gestützt auf die Einträge in der Krankengeschichte durch andere Personen fortgeführt werden kann. Stellvertreter und Nachfolger der behandelnden Person müssen via die Krankengeschichte in die Lage versetzt werden, dass sie bei einer Abwesenheit oder einem Ausfall wie auch bei Ersatz oder anderweitiger Nachfolge der erstbehandelnden Person deren Aufgabe weiter führen oder Folgebehandlungen vornehmen können.
- 16 Umgekehrt dürfen behandelnde Personen, welche auf von anderen Personen stammende Einträge in einer Krankengeschichte abstützen, ihrerseits im Grundsatz darauf vertrauen, dass die Krankengeschichte ordnungs- und anforderungsgemäss geführt worden ist. Kommen diesbezüglich jedoch Zweifel auf, müssen sie diesen nachgehen und erforderlichenfalls erneute Abklärungen, Nachforschungen oder Kontrollen vornehmen.
- 17 Wer eine Krankengeschichte führt hat also auch ohne elektronisches Patientendossier und bereits heute damit zu rechnen, dass diese Krankengeschichte möglicherweise auch Dritten zur Verfügung gestellt wird und dass diese Dritten darauf vertrauen werden und dürfen. Insbesondere kann auch der Patient seine Krankengeschichte jederzeit herausverlangen und es ist ihm freigestellt, diese anderen Personen, welche ihn behandeln, zur Verfügung zu stellen.
- 18 Bereits unter dem bestehenden Rechtsrahmen muss also bei der Führung einer Krankengeschichte berücksichtigt werden, dass Dritte in diese Einsicht nehmen könnten und darauf vertrauen dürfen. Eine Krankengeschichte ist kein "internes" Dokument der behandelnden Person, sondern muss ebenso für einen (allenfalls nur potentiellen) weiteren Adressatenkreis geführt werden. Daraus ergeben sich spezielle Anforderungen an die Richtigkeit, Vollständigkeit und Transparenz von Krankengeschichten. Dass Krankengeschichten so geführt werden müssen, dass deren Richtigkeit, Vollständigkeit und Transparenz auch durch einen an der Erstellung nicht beteiligten Dritten erschliessbar ist, gilt bereits jetzt und wird ohne weiteres auch gelten, wenn ein Teil einer Krankengeschichte zur Aufnahme in ein elektronisches Patientendossier bestimmt ist.
- 19 Das elektronische Patientendossier führt einzig dazu, dass die Möglichkeit der Einsicht in Patientendokumentationen durch (berechtigte) Dritte breiter und institutionalisiert wird und einhergehende Zugriffe und Bearbeitungen in geordnetem Rahmen erfolgen. Naturgemäss (und auch vom legislatorischen Ziel her) erhöht sich wegen der erweiterten und einfacheren Verfügbarkeit von Patientendoku-

mentationen im elektronischen Patientendossier die Wahrscheinlichkeit, dass Einsichtnahmen durch Dritte erfolgen werden.

- 20 Unter der Perspektive des Sorgfaltsmassstabs bedeutet dies, dass bei der Führung einer Patientendokumentation dem Umstand, dass Dritte auf diese zugreifen und vertrauen werden, gegebenenfalls noch mehr Beachtung zukommen muss. Soweit sich deswegen erhöhte oder zusätzliche Anforderungen an die Führung von Patientendokumentationen ergeben, sind diese als Ausfluss der Sorgfaltspflicht zu beachten und einzuhalten.
- 21 Dass eine Patientendokumentation zur Aufnahme in das elektronische Patientendossier bestimmt ist (was zufolge der Wahl bzw. Einwilligung des Patienten auch in jedem Einzelfall bekannt ist) kann damit sogar zu einer Erhöhung des Sorgfaltsmassstabs führen. Jedenfalls bleibt der Sorgfaltsmassstab mindestens der gleiche, wie er für die Führung jeder Patientendokumentation gilt.
- 22 Auch der Sorgfaltsmassstab für den Dritten, der eine fremde Patientendokumentation im elektronischen Patientendossier einsieht, bleibt der gleiche und muss der gleiche bleiben, wenn das elektronische Patientendossier seinen Zweck erfüllen soll. Der Dritte darf vor allem grundsätzlich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der über das elektronische Patientendossier verfügbaren Patientendokumentationen vertrauen. Besteht Anlass zu Zweifeln an einer fremden Patientendokumentation, muss er diese ausräumen.

2.3. Generelles Fazit

- 23 Mit dem elektronischen Patientendossier werden keine Konstellationen geschaffen, welche nicht bereits im Rahmen des geltenden Verantwortlichkeits- und Haftungsregimes abgedeckt wären.
- 24 Wer eine Patientendokumentation führt, die über das elektronische Patientendossier zugänglich sein soll, verpflichtet sich zusätzlich zur elektronischen Bereitstellung. Diese Pflicht tritt zu den bei der Führung von Patientendokumentationen allgemein einzuhaltenden (und allgemein anerkannten) Verpflichtungen hinzu und ändert nichts an diesen. Die Führung von Patientendokumentationen, die Anforderungen daran und die Verantwortlichkeit (Haftpflicht) bei Sorgfaltswidrigkeit bleiben die gleichen. Dies gilt namentlich auch für Fälle der Unvollständigkeit oder von falschen Angaben in einer Patientendokumentation. Bereits unter geltendem Regime muss eine Patientendokumentation auch unter Berücksichtigung der (potentiellen) Einsichtnahme durch in ihrem Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit grundsätzlich geschützte Dritte geführt werden. Wer eine Patientendokumentation führt muss bereits ohne das elektronische Patientendossier damit rechnen, dass Dritte auf die darin enthaltenen Angaben vertrauen und kann ge-

genüber dem Patienten verantwortlich werden, falls dieser im Rahmen der Behandlung durch Dritte wegen der Unvollständigkeit oder falschen Angaben in der Patientendokumentation Schaden erleidet.

-
- 3. Frage 2: Im Rahmen der parlamentarischen Beratung wird insbesondere vorgeschlagen, die Verantwortlichkeit für Situationen, in denen das elektronische Patientendossier aus technischen Gründen nicht verfügbar oder fehlerhaft ist, im EPDG speziell zu regeln. Ist das tatsächlich nötig? Wäre ein solcher Fall durch die allgemeinen Haftungsregeln nicht erfasst und demnach gleich zu behandeln, wie wenn beispielsweise das Klinikinformationssystem eines Spitals ausfällt?**

3.1. Elektronische Führung von Patientendokumentationen

- 25 Wer ein Patientendossier elektronisch führt ist bereits unter geltendem Recht verpflichtet, dafür zu sorgen, dass dieses verfügbar und sicher ist und dass die Anforderungen betreffend Inhalt und Vollständigkeit bei elektronischer Führung – gleichermassen wie bei der Führung in Papierform – eingehalten werden.
- 26 Die Sorgfaltspflicht erstreckt sich auch auf die Auswahl und den Betrieb der IT-Infrastruktur, welche für die Führung der Patientendokumentation eingesetzt wird. Diese IT-Infrastruktur muss so ausgelegt sein, dass die Anforderungen an den Inhalt und die inhaltliche Richtigkeit, an die Vollständigkeit, an die Verfügbarkeit und an die Sicherheit von Patientendokumentationen eingehalten werden können bzw. eingehalten werden. Zudem darf die IT-Infrastruktur nicht veraltet sein und sie muss regelmässig unterhalten und aufdatiert werden.
- 27 Die Verantwortung und eine allfällige Haftung für technisch bedingte Fehler oder die Nichtverfügbarkeit einer elektronischen Patientendokumentation beurteilen sich nach den gleichen Grundsätzen wie sie beim Einsatz von Technologie im Behandlungswesen im allgemeinen gelten (IT-Systeme allgemein, ebenso wie etwa Röntgenapparate, Behandlungsmaschinen, Beatmungsgeräte, etc.). Soweit die erforderliche Sorgfalt namentlich in Bezug auf die Evaluation und Auswahl, die Einweisung und Schulung sowie den Betrieb und den Unterhalt eingehalten worden ist, muss der Leistungserbringer nicht für Schäden einstehen, die auf technische Defekte von Geräte oder Systemen zurückzuführen sind.
- 28 Es ist nicht ersichtlich, warum ausgerechnet in Bezug auf elektronische Patientendokumentationen und der Bereitstellung für das elektronische Patientendossier spezielle (schärfere) Haftungsregelungen eingeführt werden sollten. Will der Gesetzgeber die Haftung für den Einsatz von Technologie bei Behandlungen verschärfen, müsste vielmehr eine generelle und bereichsübergreifende Lösung gesucht werden und nicht nur eine punktuelle Verschärfung der Haftungsbestimmungen

im Bereich des elektronischen Patientendossiers angestrebt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Verschärfung der Haftung im Behandlungsverhältnis oder eine (neue zusätzliche und direkte) Haftung von Technologieanbietern zur Diskussion stehen würde.

28a)² Die gleichen Überlegungen gelten mit noch stärkerem Gewicht für die Erörterung der Frage, ob allenfalls ein spezielles Haftungsregime für Dritte eingeführt werden sollte, welche Leistungen bereitstellen, die mittelbar auch einen Bezug zum elektronischen Patientendossier haben können. Zwar mag im Einzelfall ein Systemausfall etwa auf einen Netzwerkbetreiber, einen Fernmeldediensteanbieter, einen Hardwarelieferanten, einen Stromlieferanten, einen Hosting Provider oder gar auf den Vermieter der Räumlichkeiten, in welchen Systeme betrieben werden, zurückzuführen sein. All diese Dritten sind nicht als eigentliche Akteure am elektronischen Patientendossier beteiligt. Sie erbringen generelle Leistungen, auf welche eben auch im Zusammenhang mit dem elektronischen Patientendossier zurückgegriffen werden kann. Eine Rechtfertigung für die Einführung eines besonderen Haftungsregimes gerade für diesen speziellen (Einzel-)Fall ist nicht ersichtlich. Dies gilt sowohl für vertragliche als auch für ausservertragliche (Haftpflichtrecht) Belange.

3.2. Elektronisches Patientendossier ist dezentral

29 Erneut zu betonen ist auch, dass der Einbezug einer elektronischen Patientendokumentation in das elektronische Patientendossier einzig neu dazu führt, dass berechnigte Dritte (über eine Schnittstelle) auf fremde Patientendokumentationen zugreifen können. Der verantwortliche Leistungserbringer ist (zusätzlich) verpflichtet, auf Seite seiner Systeme dafür zu sorgen, dass diese Schnittstelle korrekt funktioniert und gewartet wird. Auch dabei unterliegt er der Sorgfaltspflicht. Nach wie vor und unverändert hat er dafür zu sorgen, dass die für die Bewirtschaftung der elektronischen Patientendokumentation und deren Zugänglichmachung verwendete IT-Infrastruktur der verlangten Sorgfalt genügt.

30 Unter einem dezentralen System gibt es zudem keine Verantwortlichkeit für das elektronische Patientendossier als Ganzes (verstanden als die Summe einzelner elektronischer Patientendokumentationen verschiedener Herkunft bzw. datenschutzrechtlich von Datensammlungen mit verschiedenen Inhabern). Die verschiedenen in einem elektronischen Patientendossier summierten elektronischen Patientendokumentationen werden nicht zentral überprüft und bewirtschaftet. Es

² Randziffer 28a wurde am 16. Juni 2014 in Erfüllung einer Anfrage der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) des Ständerates im Hinblick auf die Beratungen im Zweitrat neu eingefügt.

fehlt an einem Betreiber einer zentralen Datenbank, welcher eine solche Aufgabe übernimmt und dafür verantwortlich zeichnen könnte.

- 31 Insbesondere übernehmen auch die (zertifizierungspflichtigen) Gemeinschaften und Stammgemeinschaften keine Aufgaben oder Verantwortungen in Bezug auf die technische Ausgestaltung und Verfügbarkeit der einzelnen über das elektronische Patientendossier zugänglichen elektronischen Patientendokumentationen. Sie haben einzig dafür zu sorgen, dass die Anforderungen an die Zugänglichkeit und die Wahrung der Patientenrechte sowie die Protokollierung im Zusammenhang mit dem Zugriff auf einzelne elektronische Patientendokumentationen im Rahmen des elektronischen Patientendossiers umgesetzt werden. Trotz Schaffung dieser neuen Einheiten bleibt die Verantwortung für die technische Ausgestaltung und Verfügbarkeit unverändert und ausschliesslich bei demjenigen, der die einzelne elektronische Patientendokumentation führt.
- 32 Das elektronische Patientendossier schafft somit keine neue Situation was die technische Ausgestaltung und Verfügbarkeit von elektronischen Patientendokumentationen anbelangt. Daher ist auch kein spezieller Regelungsbedarf auszumachen.

4. Frage 3: Im Weiteren wird eine allgemeine Bestimmung zur Haftung mit folgendem (oder ähnlichem) Wortlaut vorgeschlagen: „Das elektronische Patientendossier hat keinen Einfluss auf den Sorgfaltsmassstab bei der Behandlung und darf weder dem Patienten noch der Gesundheitsfachperson in Haftpflichtfällen beweismittelrechtlich entgegengehalten werden.“ Ist eine solche Klausel für die Ausräumung (vermeintlicher?) haftungsrechtlicher Unklarheiten zielführend? Wenn nein, wieso nicht?

- 33 Wir verstehen die vorgeschlagene Klausel dahingehend, dass ein Beweismittelverbot eingeführt werden soll. Danach könnte sich in einem Haftpflichtfall keine der Parteien auf von Dritten stammende elektronische Patientendokumentationen, welche im Rahmen des elektronischen Patientendossiers zugänglich sind, berufen. Eine solche Regelung kann in verschiedener Hinsicht als problematisch erscheinen.
- 34 Zum einen würde der oben dargestellte Grundsatz, wonach Patientendokumentationen so zu gestalten sind, dass sie Dritten als verlässliche Information dienen und wonach sich Dritte grundsätzlich auf solche Dokumentationen verlassen dürfen, nahezu aushöhlen. Folge eines solchen Beweismittelverbots könnte sein, dass sich Gesundheitsfachpersonen tunlichst davor hüten würden, überhaupt Einsicht in über das elektronische Patientendossier zugängliche elektronische Patientendokumentationen zu nehmen. Sie könnten sich ja nicht mehr darauf berufen und das Vertrauen, dass sie eigentlich in solche Dokumentationen haben dürfen, wäre nicht mehr geschützt. Würde dennoch Einsicht genommen und hätte der Eintrag

in einer (fremden) elektronischen Patientendokumentation Relevanz, müsste dieser Eintrag durch die behandelnde Gesundheitsfachperson (zum eigenen Schutz) erneut und eigenständig nachvollzogen und verifiziert werden. Eine Berufung auf den fremden Eintrag in einem allfälligen Haftpflichtfall wäre ja ausgeschlossen. Erleichternd (aber wohl kaum gewollt) könnte sich die vorgeschlagene Klausel hingegen für denjenigen auswirken, der eine elektronische Patientendokumentation führt. Er müsste nicht mehr unbedingt damit rechnen, dass Dritte auf diese vertrauen.

- 35 Auch in beweisrechtlicher Hinsicht ist die vorgeschlagene Bestimmung zu hinterfragen. Beweismittel dienen der Wahrheitsfindung im Prozess und sollen nicht ohne Not ausgeschlossen werden. Gewisse Beweismittelausschlüsse gelten vor allem dann und dies primär unter rechtsstaatlichen Gründen als gerechtfertigt, wenn die Verwendung widerrechtlich erlangter Beweismittel in Frage steht. Eine vergleichbare Konstellation ist im vorliegenden Kontext in keiner Art und Weise auszumachen. Allfälligen Bedenken, dass das elektronische Patientendossier nachträglich für so genannte "fishing expeditions" missbraucht wird, kann im Rahmen der üblichen (freien) Beweiswürdigung entgegen getreten werden. Insbesondere werden Bearbeitungen von Daten über das elektronische Patientendossier auch protokolliert und kann damit zuverlässig nachvollzogen werden, ob eine elektronische Patientendokumentation vor oder erst im Nachgang haftpflichtrechtlich zur Frage stehenden Sachverhalt eingesehen wurde.
- 36 Schliesslich könnte ein solches Beweismittelverbot auch legislatorischen Zielen rund um das elektronische Patientendossier wie auch im Gesundheitswesen im allgemeinen zuwider laufen. Die Erleichterung des Zugangs zu weiteren Patientendokumentationen soll auch zur Qualitätsförderung und Kosteneffizienz verhelfen. Ein Beweismittelverbot würde Anreize schaffen, von diesem Zugang keinen Gebrauch zu machen. Damit könnten an sich verfügbare Informationen zum Nachteil des Patienten möglicherweise nicht in die Behandlung einfließen. Die Kosteneffizienz wäre negativ betroffen, weil zufolge des Ausschlusses auf eine Berufung auf Einträge in fremden Patientendokumentationen zum Eigenschutz die zugrunde liegenden Untersuchungshandlungen ohne eigentliches Erfordernis wiederholt werden müssten.
- 37 Die vorgeschlagene Bestimmung ist damit sachlich kaum gerechtfertigt und riskiert zudem, eher zusätzliche Unsicherheiten zu schaffen statt der Klärung zu dienen.