

Stefan Perner

## Ärztliche Nachforschungspflichten und ELGA<sup>1</sup>

### 1. Einleitung

Der Arzt schuldet dem Patienten medizinische Behandlung *lege artis* und – chronologisch vorgelagert – Aufklärung über die Tragweite, Folgen und Risiken der Behandlung.<sup>2</sup>

Um diese Pflichten zu erfüllen, benötigt der Arzt natürlich einschlägige Informationen. Er muss über bestimmte Vorerkrankungen Bescheid wissen, um die richtige Therapie zu verschreiben, Information über den Medikationsstatus des Patienten kann notwendig sein, um Wechselwirkungen zu vermeiden usw.

Der Arzt ist daher verpflichtet, zumutbare Aufwendungen zu machen, um an relevante Informationen zu kommen, zB beim Patienten nachzufragen. Er schuldet dem Patienten also „Nachforschung“, es handelt sich dabei um einen Teilbereich der Pflichten aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis.

Auf den ersten Blick scheint aus einem Beitrag über Nachforschungspflichten des Arztes daher nicht viel herauszuholen außer einem Überblick über den aktuellen Meinungsstand zu diesem Bereich der Arzthaftung.

Auf den zweiten Blick ist das Thema allerdings aktuell und außerdem dogmatisch interessant. Der Gesetzgeber hat nämlich Ende 2012 eine *Elektronische Gesundheitsakte* (ELGA) eingeführt, die der Arzt konsultieren kann, um an relevante Gesundheitsdaten des Patienten zu gelangen. Was bedeutet das für ihn? Darf er ELGA konsultieren oder muss er dies tun? Anders gefragt: Haftet er, falls er es nicht – oder nicht in gebotenem Maße – tut?

In diesem Beitrag werden zunächst die Grundlagen der ELGA erörtert. Es wird sich nämlich zeigen, dass die technische Ausgestaltung für die Frage der Arzthaftung maßgebende Bedeutung hat.

1 Mit Nachweisen versehene Fassung des Vortrages. Der Beitrag erscheint auch in der Österreichischen Juristen-Zeitung (ÖJZ).

2 Siehe nur Karner in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (2010) § 1299 Rz 6; Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht (2012) Kap. I.2.4.

## 2. Die Elektronische Gesundheitsakte (ELGA)

### 2.1. Grundlagen und Funktionsweise

Ein Informationssystem, das – unter anderem – Ärzten Zugang zu wichtigen Gesundheitsdaten wie Befunden und Medikationsdaten des Patienten geben soll, war schon sehr lange Zeit in Planung.<sup>3</sup>

Dass es Gesundheitsschäden vermeiden hilft, wenn der Arzt zB nachprüfen kann, ob er gerade ein Medikament verschreibt, das Wechselwirkungen mit einem bereits verschriebenen Medikament aufweist, lässt sich nicht bestreiten.<sup>4</sup> Ebenso unbestreitbar ist, dass es Krankenkasse und Patient Geld spart, wenn Doppelbefunde vermieden werden.<sup>5</sup>

Dennoch ist ELGA bekanntlich auf heftigen Widerstand – vor allem aus den Ärztekammern – gestoßen.<sup>6</sup> Die Diskussion um die Einführung von ELGA ist allerdings Geschichte: Ende 2012 wurde das Elektronische Gesundheitsakte-Gesetz (ELGA-G) beschlossen, durch das die §§ 13 ff Gesundheitstelematikgesetz (GTelG) 2012 eingeführt wurden, die ihrerseits die Rechtsgrundlage der Elektronischen Gesundheitsakte bilden.<sup>7</sup> Die Elektronische Gesundheitsakte ist nun also Gesetz.<sup>8</sup> Um ihre Auswirkungen auf die Pflichten der Ärzte untersuchen zu können, ist zunächst zu prüfen, was sich hinter „ELGA“ eigentlich genau verbirgt.

Aus den einschlägigen Bestimmungen des GTelG<sup>9</sup> lässt sich ableiten, dass ELGA ein von Bund, Ländern und Hauptverband der Sozialversicherungsträger<sup>10</sup> einzurichtendes *elektronisches Informationssystem* ist, das es Gesund-

3 Siehe dazu *Frohner*, Die Elektronische Gesundheitsakte (ELGA), in *Kierein/Lanske/Wenda* (Hrsg.), Jahrbuch Gesundheitsrecht 2010 (2010), 49, insb 50 f.

4 Vgl nur die Hinweise in EBRV 1936 BlgNR 24. GP, 6 f.

5 Siehe EBRV 1936 BlgNR 24. GP, 13.

6 In der öffentlichen Diskussion wurden vor allem datenschutzrechtliche Bedenken geäußert; siehe *Aigner/Leisch*, ELGA – Die elektronische Gesundheitsakte, RdM 2013, 23, 25; *Riesz*, Grundrechtliche Überlegungen zum neuen „ELGA-G“, SPRW 2013, 17, 20 ff. Zur Opt-out-Regelung (§ 15 Abs 2 GTelG) – durch die der Gesetzgeber die Bedenken ausräumen wollte – siehe unter 2.2. Zur datenschutzrechtlichen Diskussion im Vorfeld der Gesetzgebung ausführlich *Ennöckl*, Datenschutzrechtliche Fragen der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA), in *Kierein/Lanske/Wenda* (Hrsg.), Jahrbuch Gesundheitsrecht 2010 (2010), 59.

7 BGBl I 2012/111.

8 Zum Beginn der Verwendbarkeit von ELGA siehe gleich im Text.

9 Siehe vor allem die Legaldefinition des Begriffes „Elektronische Gesundheitsakte“ in § 2 Z 6 GTelG.

10 § 2 Z 11 GTelG 2012 spricht von den „ELGA-Systempartnern“.

heitsdiensteanbietern<sup>11</sup> ermöglicht, *relevante Gesundheitsdaten* der von ihnen behandelten Patienten *abzurufen*.<sup>12</sup> Auch der Patient hat auf seine eigenen Gesundheitsdaten Zugriff.<sup>13</sup>

Das GTelG definiert den Begriff der für die *ELGA relevanten Gesundheitsdaten*.<sup>14</sup> Es handelt sich dabei vor allem um Entlassungsbriefe von Krankenanstalten, Laborbefunde, Befunde der bildgebenden Diagnostik (zB Röntgen, CT, MRT) und Medikationsdaten des betroffenen Patienten. Neben Informationen über Faktisches sollen aber mit Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten auch Willenserklärungen der Patienten aufgenommen werden.

*Gesundheitsdiensteanbieter* sind nicht nur Ärzte (auch Zahnärzte), Krankenanstalten und Ambulatorien, sondern zB auch Apotheken.<sup>15</sup> Sie können auf ELGA-Daten zugreifen, allerdings nicht alle in demselben Maß (siehe § 21 Abs 2 GTelG). Während zB Ärzte und Krankenanstalten alle Gesundheitsdaten ihrer Patienten einsehen dürfen, sind etwa die Zugriffsrechte von Apotheken auf Medikationsdaten des Kunden beschränkt. Auch Zahnärzte haben keinen unbeschränkten Zugriff und können bspw keine Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten einsehen oder Informationen über Medizinprodukte (zB: Patient hat Herzschrittmacher) abrufen.

Dem Ziel, alle relevanten Gesundheitsdaten durch ELGA zu erfassen, kann – natürlich – nur durch eine *Speicherverpflichtung* für Gesundheitsdiensteanbieter Rechnung getragen werden. Grundsatz ist, dass jeder Gesundheitsdiensteanbieter „seine“ Daten zu speichern hat: Entlassungsbriefe müssen daher von Krankenanstalten gespeichert werden, Laborbefunde sowie Befunde der bildgebenden Diagnostik durch (jeweils einschlägige) Fachärzte und Krankenanstalten im Rahmen ambulanter Behandlung, Medikationsdaten durch Ärzte bei der Verordnung bzw durch Apotheken bei der Abgabe von Medikamenten usw (§ 13 Abs 3 GTelG). Bilddaten sind jedoch nur zu speichern, wenn dies (für die weitere Behandlung) erforderlich ist (§ 13 Abs 4 GTelG).<sup>16</sup>

Diese Verpflichtung trifft allerdings nicht alle Gesundheitsdiensteanbieter: Ärzte, die in keinem Vertragsverhältnis zu einem Sozialversicherungsträger

11 § 2 Z 10 GTelG – siehe dazu gleich im Text.

12 Siehe *Aigner/Leisch*, RdM 2013, 23, 23 ff.

13 § 16 Abs 1 Z 1 GTelG.

14 Siehe § 2 Z 1 und 9 GTelG.

15 Siehe die Aufzählung in § 2 Z 10 GTelG. Ausgenommen sind allerdings Ärzte, die hoheitliche Befugnisse haben oder zumindest in sachlicher Nähe von Behörden arbeiten (Amtsärzte, Chefärzte, Schulärzte), Ärzte im Nahbereich des Arbeitgebers (Betriebsärzte, Arbeitsmediziner) und Ärzte, die für (öffentliche oder private) Versicherer arbeiten; siehe näher EBRV 1936 BlgNR 24. GP, 19 f.

16 Siehe auch EBRV 1936 BlgNR 24. GP, 19.

stehen, müssen ELGA-Gesundheitsdaten nämlich nicht speichern (§ 27 Abs 3 GTelG).<sup>17</sup>

Der Zugriff auf ELGA-Gesundheitsdaten wird in der Praxis vor allem über die *e-Card* ermöglicht, die als *Schlüssel zu den Gesundheitsdaten* wirkt (siehe insb § 18 Abs 4 GTelG).<sup>18</sup> Die *e-Card* öffnet den Zugang aber nur zeitlich befristet (§ 18 Abs 6 GTelG). In der Regel haben Gesundheitsdiensteanbieter 28 Tage (ab dem Stecken der *e-Card*) Zugriff auf die Daten, Apotheken hingegen nur zwei Stunden. Nach Ablauf können die Patientendaten nicht mehr eingesehen werden.<sup>19</sup>

## 2.2. Opt-out-Rechte der Patienten

Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer Elektronischen Gesundheitsakte, der sich der Patient nicht entziehen kann, wurde im Gesetzgebungsprozess verneint.<sup>20</sup> Man diskutierte daher weniger die Frage, *ob* die Patienten ihre Teilnahme an der ELGA regeln können sollen, sondern vielmehr, *wie* eine solche Regelung aussehen könnte. Zur Diskussion standen eine *Opt-in- und eine Opt-out-Lösung*.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber hat sich für den zweiten Weg entschieden: Jeder Bürger kann jederzeit – durch Widerspruch bei vom Bundesminister für Gesundheit festzulegenden Widerspruchsstellen oder beim elektronischen Zugangsportale – entscheiden, an ELGA *nicht teilnehmen zu wollen* (§ 15 Abs 2 GTelG).

Neben dieser Möglichkeit zum generellen Widerspruch kann der Patient aber auch in zweifacher Weise an seiner ELGA „herumbasteln“ (§ 16 GTelG). Er kann erstens einzelne Gesundheitsdaten (Befunde über Vorerkrankungen, verschriebene Medikation, vorgenommene Eingriffe usw) in ELGA löschen oder ausblenden.<sup>22</sup> Zweitens kann der Patient die Dauer der Zugriffsberechtigungen (28 Tage, 2 Stunden) nach Belieben verkürzen.<sup>23</sup>

Konsequent wird angeordnet, dass der Patient nicht nur im Nachhinein Daten löschen oder ausblenden kann, sondern auch die Möglichkeit besteht, der Auf-

17 Die Ausnahme betrifft nach dem Wortlaut des Gesetzes Wahlärzte also nicht generell, sondern nur solche Ärzte, die überhaupt keinen Einzelvertrag abgeschlossen haben. Das ist schlüssig: Alle anderen Ärzte verfügen ja über die für ELGA notwendige Infrastruktur (*e-Card*; siehe gleich im Text), deren Fehlen Grund für die Ausnahme ist.

18 Vgl *Aigner/Leisch*, RdM 2013, 23, 24.

19 Beachte aber die Verlängerungsmöglichkeit des § 18 Abs 7 GTelG.

20 Siehe nur *Ennöckl* in *Jahrbuch Gesundheitsrecht 2010* (2010), 59, insb 66.

21 Vgl nur *Aigner/Leisch*, RdM 2013, 23, 24.

22 § 16 Abs 1 Z 2 lit a GTelG.

23 § 16 Abs 1 Z 2 lit b GTelG.

nahme von Gesundheitsdaten im Vorhinein zu widersprechen.<sup>24</sup> Bei besonders heiklen Daten (HIV-Infektion, psychische Erkrankung, Schwangerschaftsabbrüche, Ergebnisse aus bestimmten genetischen Analysen) ist der ELGA-Teilnehmer über dieses Recht sogar zu informieren.<sup>25</sup>

Die Möglichkeit zum Widerspruch, Ausblenden oder Löschen ist dem Ziel der ELGA – Gewährleistung verlässlicher Information über die Krankengeschichte des Patienten – selbstverständlich abträglich, sie erklärt sich aber aus der erwähnten Perspektive des Datenschutzes.<sup>26</sup>

Datenschutzrechtliche Erwägungen erklären auch, dass jeder Zugriff auf ELGA dokumentiert wird (siehe das Protokollierungssystem in § 22 GTelG). Es lässt sich also im Nachhinein feststellen, ob der Arzt Einsicht in ELGA genommen hat, wann er Einsicht genommen hat, welche Daten er geprüft hat usw. Diese Feststellungsmöglichkeit hat Bedeutung für die Haftungsfrage, weil die Beweisposition des Patienten durch die umfassende Dokumentation natürlich gestärkt wird (vgl § 22 Abs 5 Z 1 GTelG).<sup>27</sup>

### 2.3. Bewertung

Das technische System, mit dem die Elektronische Gesundheitsakte aufgebaut wird, soll bereits ab Ende 2013 verwendet werden können. Schon davor sind Stellen einzurichten, bei denen die Patienten der ELGA-Teilnahme widersprechen können.<sup>28</sup> Die Speicherpflichten treten schrittweise mit Jänner 2015 in Kraft.<sup>29</sup> ELGA ist also jedenfalls als ambitioniertes *technisches Mammutprojekt* zu bewerten.

Die Einführung der Elektronischen Gesundheitsakte ist aber – trotz Opt-out-Rechten – auch in inhaltlicher Sicht ein *praktisch bedeutender Wurf* des Gesetzgebers. Zwar konnte der Arzt natürlich auch bisher schon an relevante Daten seines Patienten kommen. Überweist der Hausarzt den Patienten zB zwecks Blutuntersuchung an einen einschlägigen Facharzt, bekommt er den Befund von dort.

24 § 16 Abs 2 Z 2 GTelG.

25 Siehe im Detail § 16 Abs 2 Z 2 lit a–d GTelG.

26 Siehe *Ennöckl* in Jahrbuch Gesundheitsrecht 2010 (2010), 59, 66 mit dem Hinweis, dass der Patient die Konsequenzen ohnehin selbst zu tragen habe.

27 So bereits *Aigner/Leisch*, RdM 2013, 23, 26.

28 Siehe § 27 Abs 1 und § 28 Abs 2 Z 7 GTelG.

29 Siehe im Detail § 27 GTelG: Ärzte und Apotheken müssen die relevanten Daten erst ab 1. Juli 2016 speichern; Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten müssen erst ab 1. Jänner 2017 abrufbar sein, Zahnärzte sind erst ab 1. Jänner 2022 zur Eingabe der Daten verpflichtet. Der Bundesminister für Gesundheit kann durch Verordnung spätere Zeitpunkte für das Inkrafttreten der Speicherpflichten vorsehen (§ 18 Abs 2 Z 4 GTelG).

ELGA ist aber revolutionär, was die Art der Kommunikation betrifft: ELGA ist ein System, das orts- und zeitunabhängige, also „ungerichtete“ Kommunikation erlaubt (siehe § 2 Z 6 GTelG). Die bei – derzeit unumgänglicher – „gerichteter“ Information häufigen Doppelgleisigkeiten und Fehler, die auf mangelnder Vorinformation beruhen, können vermieden werden. Zutreffend wird daher davon gesprochen, dass ELGA ein Schritt in Richtung „Patientenzentrierung“ im Gesundheitssystem ist.<sup>30</sup>

Davon abgesehen ist auch nur schwer vorstellbar, dass die völlige Neuausrichtung der Informationskanäle im Gesundheitswesen keine Auswirkungen auf das Arzthaftungsrecht hat. Tatsächlich wurden solche Vermutungen – oder besser: Befürchtungen – in der Ärzteschaft geäußert: *ELGA bringe neues Haftungsrecht*.<sup>31</sup>

Ob das so ist, wird in der Folge untersucht. Das Untersuchungsprogramm liegt dabei auf der Hand: Zunächst ist das GTelG auf einschlägige Pflichten hin zu untersuchen. Nur wenn sich dort keine Sonderbestimmungen finden, ist anschließend auf allgemeine schadenersatzrechtliche Lehren zurückzugreifen.

### 3. Pflichten im GTelG

#### 3.1. § 13 Abs 7 GTelG

Das GTelG enthält zwar keine explizite eigenständige Aussage darüber, in welchen Fällen der Arzt zur Konsultation der ELGA verpflichtet ist. § 13 Abs 7 GTelG ordnet allerdings an, dass der Arzt *nicht verpflichtet* ist, ELGA bei *technischer Unmöglichkeit* zu verwenden.<sup>32</sup> Gleiches gilt nach dieser Bestimmung, wenn durch den mit der Suche verbundenen Zeitaufwand das *Leben* oder die *Gesundheit* des Patienten *ernstlich gefährdet* ist.

Nimmt man die Bestimmung wörtlich, sind die Konsequenzen weitreichend. Im Umkehrschluss wäre nämlich zu folgern, dass der Arzt immer, wenn keine Lebens- oder Gesundheitsgefahr besteht, ELGA grundsätzlich konsultieren müsste – und sich nicht zB auf Patientenaussagen verlassen dürfte. Unterlässt er dies, handelte er pflichtwidrig und in aller Regel schuldhaft (§ 1299 ABGB). Ent-

<sup>30</sup> Aigner/Leisch, RdM 2013, 23.

<sup>31</sup> Siehe Aigner/Leisch, RdM 2013, 23, 25 f, deren Ziel es ist, diese Befürchtungen zu zerstreuen.

<sup>32</sup> Diese Anordnung ist insofern nicht geglückt, als sie nur gelten soll, wenn der ELGA-Gesundheitsdiensteanbieter die Unmöglichkeit nicht verschuldet hat: Eine Verpflichtung zur Einsichtnahme kann ja – unabhängig vom Verschulden – von vornherein nur bestehen, wenn sie technisch überhaupt möglich ist (*impossibilia nemo tenetur*). Das Verschulden kann aber eine Bedeutung für die Haftung des Arztes haben, der dadurch an eine relevante Information nicht gelangt; dazu weiter unten im Text.

steht dem Patienten ein Schaden, der durch die Verwendung der ELGA verhindert werden hätte können, führte das zur Haftung.

Bei der reinen Interpretation des Wortlautes darf man allerdings nicht stehenbleiben. Für das Verständnis der Bestimmung lohnt ein Blick auf ihre Herkunft. Ausweislich der Materialien hat man sich an vergleichbaren Regelungen, konkret an § 12 Patientenverfügungsgesetz (PatVG), orientiert.<sup>33</sup> Diese Bestimmung entbindet den Arzt im Fall der Lebensgefahr oder der ernstlichen Gesundheitsgefährdung von der Pflicht zur Nachforschung, ob es eine Patientenverfügung gibt.

Bei § 12 PatVG zieht man den Umkehrschluss,<sup>34</sup> sodass der Arzt in anderen als den genannten Fällen sehr wohl nach einer Verfügung forschen muss. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass von den Ärzten nicht zu viel verlangt werden dürfe.<sup>35</sup> Es reiche zB aus, wenn man die vom Patienten mitgeführten Papiere durchsieht; ein äusserungsfähiger Patient könne einfach danach befragt werden, ob es eine Verfügung gebe.<sup>36</sup>

Lassen sich diese – für Patientenverfügungen plausible – Stellungnahmen auf ELGA übertragen? Wenn die Befragung des Patienten durch den Arzt ausreicht, dann müsste dieser ja gerade nicht Einsicht in die ELGA nehmen? Nein, denn die Situationen sind aus zwei Gründen nicht vergleichbar:

*Erstens* lautet der Umkehrschluss im Fall des § 12 PatVG: Der Arzt muss grundsätzlich sehr wohl (außer in den Ausnahmefällen des § 12 PatVG) nachforschen, es werden nur keine unzumutbaren Dinge von ihm verlangt. Gäbe es ein allgemeines Register für Patientenverfügungen – ein solches existiert bis ELGA nicht! –, dann wäre es für ihn zweifellos zumutbar, dort einzusehen.<sup>37</sup>

*Zweitens* geht es bei Patientenverfügungen um Willenserklärungen. Wenn der Arzt den Patienten fragt, ob es eine Patientenverfügung gibt, und der Patient verneint, verliert die Verfügung damit ihre Wirksamkeit.<sup>38</sup> Dann besteht aber natürlich keine Notwendigkeit mehr, in ein Register zu schauen. Entweder es gab keine Verfügung, oder sie ist hiermit widerrufen. Der Fall liegt naturgemäß anders, wenn es um eine Befragung des Patienten über faktische Umstände geht.

Bei einem nicht äusserungsfähigen (bewusstlosen oder geschäftsunfähigen) Patienten wird der Arzt allerdings ab dem Zeitpunkt, zu dem Patientenverfügung-

33 EBRV 1936 BlgNR 24. GP, 27.

34 Siehe nur *Barth*, Ärztliche Behandlungsentscheidung und Recht, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg.), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz – Ethische und rechtliche Aspekte (2007) 108, 114 f.

35 Siehe *Engel*, Verbindliche Patientenverfügungen und die Behandlung untergebrachter Personen, iFamZ 2008, 18, 22.

36 *Barth* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker*, Patientenverfügungsgesetz 108, 114 f.

37 Vgl auch *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht (2012) Kap. I.4.10 zu den Nachforschungspflichten über einen Widerspruch gegen eine Organentnahme.

38 Siehe § 10 Abs 2 PatVG.

gen dokumentiert sind, schon aufgrund des § 12 PatVG – außer bei Lebens- oder ernstlicher Gesundheitsgefährdung – zur Einsicht in die ELGA verpflichtet sein. So kann und muss er prüfen, ob eine Patientenverfügung vorliegt.

Zusammenfassend spricht bei isolierter Betrachtung des § 13 Abs 7 GTelG also nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Vergleich mit § 12 PatVG – den der historische Gesetzgeber noch dazu in den Materialien explizit als Vorbild angeführt hat<sup>39</sup> – für eine allgemeine Einsichtspflicht in ELGA.

### 3.2. § 13 Abs 2 GTelG

An der unter 3.1. vorgestellten Interpretation kommen allerdings gewisse Zweifel auf, und zwar durch Lektüre des § 13 Abs 2 GTelG und der Gesetzesmaterialien.

Nach § 13 Abs 2 haben ELGA-Gesundheitsdiensteanbieter das Recht, Daten ihrer Patienten zu speichern und zu ermitteln. Damit scheint die Abgrenzung der beiden Bestimmungen auf den ersten Blick einfach: § 13 Abs 7 GTelG regelt die *Pflichten* der Ärzte, § 13 Abs 2 gewährt ihnen hingegen *Rechte* (nämlich auf Einsicht in die Gesundheitsdaten). Gesundheitsdiensteanbieter handeln also rechtmäßig, wenn sie auf relevante Daten ihrer Patienten zugreifen.

Allerdings gewährt § 13 Abs 2 GTelG das Recht auf Ermittlung von Gesundheitsdaten „unter Berücksichtigung der jeweiligen Berufspflichten“, in der Klammer findet sich ein Hinweis auf den einschlägigen § 49 Abs 1 ÄrzteG, der im Kern eine Pflicht zur gewissenhaften Betreuung durch den Arzt anordnet und damit die zentrale Bestimmung des ärztlichen Berufsrechts ist.<sup>40</sup>

Den Einschub könnte man noch – wörtlich genommen – als Einschränkung des Rechts auf Ermittlung der Gesundheitsdaten verstehen. Nach diesem Verständnis dürfte der Arzt grundsätzlich in die ELGA hineinschauen, aber nur wenn und soweit er die Daten für die konkrete Behandlung – also für die Erfüllung seiner Pflichten – benötigt.

Die Materialien zur Bestimmung<sup>41</sup> legen allerdings offen, dass mit dieser – nicht besonders gelungenen – Formulierung etwas Anderes gemeint sein könnte. Es wird nämlich explizit darauf hingewiesen, dass die Hineinschau in ELGA zur

39 EBRV 1936 BlgNR 24. GP, 27.

40 Siehe nur *Emberger* in *Emberger/Wallner* (Hrsg.), Kommentar zum Ärztegesetz<sup>2</sup> (2008) § 49 Erl 1. Für Apotheker wird auf § 10 Apothekenbetriebsordnung verwiesen, der eine Informations- und Beratungspflicht der Apotheker anordnet, „wenn dies aus Gründen der Arzneimittelsicherheit notwendig ist, die Abgabe des Arzneimittels eine Beratung erforderlich macht oder eine Beratung verlangt wird.“

41 EBRV 1936 BlgNR 24. GP, 27.

Wahrung der Patientenrechte geboten sein *kann*. Dies sei der Fall, wenn die ärztlichen Berufspflichten es gebieten.

Liest man § 13 Abs 2 GTelG unter Berücksichtigung der Materialien, hat der Gesetzgeber also Folgendes gemeint: Der Arzt muss keineswegs immer in die ELGA Einsicht nehmen, sondern nur, wenn es das behandlungsvertragliche Pflichtenprogramm gebietet.

### 3.3. Verhältnis der Bestimmungen

Wie ist das Verhältnis der beiden soeben vorgestellten Bestimmungen nun zu bewerten? Es gibt zwei Möglichkeiten, den Konflikt aufzulösen:

Denkbar ist, dem Wortlaut des § 13 Abs 7 GTelG Vorrang einzuräumen. Der Arzt wäre dann grundsätzlich stets zur Einsichtnahme in die ELGA des Patienten verpflichtet.<sup>42</sup> Diese Interpretation würde § 13 Abs 2 GTelG allerdings zur inhaltlichen Leeraussage verkommen lassen. Wozu der Verweis auf die Berufspflichten, wenn der Arzt (außer in den begrenzten Ausnahmefällen) ohnehin immer Einsicht in ELGA nehmen muss? Eine solche Auslegung, die einer Bestimmung jeden Bedeutungsgehalt nimmt, ist methodisch natürlich nicht das Mittel der Wahl.<sup>43</sup>

Die andere Auslegungsvariante lässt die Bestimmung nur die äußersten Grenzen der Einsichtspflichten abstecken. Die Bestimmung liefert dann die Antwort auf die Frage: Wann muss der Arzt *jedenfalls* nicht in ELGA hineinsehen? – bei Lebensgefahr oder ernstlicher Gesundheitsgefährdung. Das hieße aber nicht, dass er ELGA im Umkehrschluss immer konsultieren müsste, sondern nur in den von § 13 Abs 2 GTelG genannten Fällen, also wenn es seine Berufspflichten gebieten.

Jede der beiden Varianten räumt einer der beiden Bestimmungen einen Vorrang zu Lasten der jeweils anderen ein. Die zu beantwortende inhaltliche Frage lautet zugespitzt: Muss der Arzt die Elektronische Gesundheitsakte *immer* konsultieren oder nur, wenn und soweit es seine *Berufspflichten* erfordern?

Man könnte verleitet sein, die Frage als rein akademisches Problem einzustufen – nach dem Motto: Es ist ja nicht so schlimm, wenn der Arzt dazu verpflichtet ist, in die Elektronische Gesundheitsakte Einsicht zu nehmen. Dabei würde aber übersehen, dass die verpflichtende Konsultation immens zeitaufwändig sein kann. Diese Feststellung ist natürlich als solche kein Argument gegen die Pflicht

42 Zur Frage, in welchem Umfang er Einsicht nehmen müsste, siehe noch weiter unten im Text.

43 Siehe nur *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 445.

zur Einsichtnahme. Sie zeigt aber, dass man das Auslegungsproblem nicht kleinreden sollte.

Auch aus einem anderen Blickwinkel könnte man versucht sein, die Bedeutung der Frage zu relativieren. Selbst wenn nämlich der Arzt grundsätzlich immer in die ELGA hineinschauen müsste: Die Frage, was er konkret alles abfragen muss, richtet sich jedenfalls nach dem vertraglich geschuldeten Pflichtenprogramm und damit nach seinen Berufspflichten.<sup>44</sup> Der Hausarzt muss selbstverständlich nach jeder der beiden Auslegungsvarianten nicht die *gesamte Krankengeschichte* des Patienten überprüfen, wenn der Patient seine Ordination zum Zweck einer Zeckenimpfung aufsucht.

Drückt man sich aus diesem Grund vor der Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis der genannten Bestimmungen, würde man mE allerdings zwei Aspekte übersehen, die den Schlüssel zur Lösung liefern:

Es geht erstens um nichts anderes als um die Frage, ob sich der Arzt auf Informationen des Patienten grundsätzlich verlassen darf<sup>45</sup> oder ob er – selbst wenn er im Gespräch mit dem Patienten vermeintlich alles Relevante abgefragt hat – stets verpflichtet ist, in die ELGA Einsicht zu nehmen. Durch die Einführung einer Elektronischen Gesundheitsakte soll das Anamnesegespräch aber – ausweislich der Materialien<sup>46</sup> – nicht ersetzt werden. ELGA soll vielmehr bei Bedarf sichere Informationen liefern.

Zweitens und vor allem: Wo es die allgemeinen Berufspflichten nicht gebieten, sollte man den Arzt auch nicht künstlich zur Einsicht verpflichten. Der Verweis des § 13 Abs 2 GTelG auf § 49 Abs 1 ÄrzteG ermöglicht ohnehin eine flexible, an den anerkannten Wertungen des Arzthaftungsrechts orientierte und damit sachgerechte Lösung.

Aus diesen Gründen ist mE der zweiten Variante der Vorzug zu geben: Das GTelG steckt nur die äußeren Grenzen ab, indem es anordnet, wann der Arzt (allgemein: der Gesundheitsdiensteanbieter) *keine* Einsicht in die Elektronische Gesundheitsakte nehmen muss: Bei technischer Unmöglichkeit oder wenn durch den mit der Suche verbundenen Zeitaufwand das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet ist. Dem GTelG ist allerdings nicht der Umkehrschluss zu entnehmen, dass der Arzt in den übrigen Fällen stets Einsicht nehmen müsste. Für die Frage, ob er dies tun muss, verweist § 13 Abs 2 GTelG vielmehr auf die ärztlichen Berufspflichten.

44 Siehe dazu *Emberger* in *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz<sup>2</sup> § 49 Erl 6 I. (zivilrechtliche Haftung) und *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz<sup>3</sup> (2007) § 49 Rz 1 ff.

45 Siehe dazu noch unten 4.3. und 5.

46 EBRV 1936 BlgNR 24. GP, 30.

## 4. Allgemeines Schadenersatzrecht

### 4.1. Fragestellung

Der Verweis auf die ärztlichen Berufspflichten ist gleichzusetzen mit einem Verweis auf die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze.<sup>47</sup> Die Antwort auf die Frage, ob und in welchem Umfang der Arzt ELGA konsultieren muss, richtet sich daher nach dem behandlungsvertraglichen Pflichtenprogramm.

Bevor man hier *in medias res* geht, empfiehlt es sich, die zu lösende Frage genauer einzugrenzen. Wenn man von „Nachforschungspflichten“ spricht, kann mit diesem Begriff zweierlei gemeint sein.

Es kann entweder darum gehen, ob der Arzt *Informationen beschaffen* muss, um eine gewissenhafte Behandlung und Betreuung zu gewährleisten, oder darum, ob er *vorhandene Informationen überprüfen* muss. Beides passt unter den Begriff der Nachforschungspflicht, in der Sache handelt es sich aber um getrennt voneinander zu untersuchende Themenkreise.

Beide Themenbereiche haben gemeinsam, dass sie nicht neu sind. Die Pflichten zur Informationsbeschaffung und zur Überprüfung gab es schon immer,<sup>48</sup> der Bereich hat durch ELGA nur eine andere Färbung bekommen. Es erscheint daher zweckmäßig, beide Pflichtenebenen zunächst allgemein – unabhängig von ELGA – zu untersuchen und anschließend die gewonnenen Ergebnisse auf die Elektronische Gesundheitsakte zu übertragen.

### 4.2. Informationsbeschaffung als Vertragspflicht

Zunächst zur Informationsbeschaffungspflicht: Dass man auf Informationen vom oder über den Vertragspartner angewiesen ist, kommt häufig vor. Das ist kein Spezifikum des Behandlungsvertrages. Auch der Kreditgeber möchte über die finanzielle Situation des Gegenübers Bescheid wissen, der Personenversicherer möchte den Gesundheitszustand des Versicherten kennen usw.

Im konkreten Zusammenhang geht es allerdings um Fälle, in denen ein Teil (der Arzt) vom Vertragspartner (Patient) Informationen braucht, um seine eigene Leistung ordnungsgemäß erbringen zu können. Dass der Arzt gewisse Informationen über den Patienten (Gesundheitszustand, Vorerkrankungen, Lebensgewohnheiten usw.) benötigt, um die richtige Diagnose zu stellen, über das

<sup>47</sup> Aigner/Leisch, RdM 2013, 23, 26 ist daher zuzustimmen, wenn sie ausführen, dass ELGA kein „neues Haftungsrecht“ schaffe.

<sup>48</sup> Siehe gleich anschließend im Text.

Risiko der Operation ordnungsgemäß aufzuklären und richtig behandeln zu können, liegt auf der Hand. Die Frage ist, welchen Mechanismus die Rechtsordnung vorsieht, damit der Arzt an die Informationen gelangt: Muss er sich die Information aktiv beschaffen oder hat sie der Patient zu erteilen?

Als Grundregel wird oft hervorgehoben, dass Informationen Bringschulden sind, was mit der bei Willenserklärungen geltenden Empfangstheorie erklärt wird.<sup>49</sup> Im Versicherungsrecht erhält diese These Unterstützung durch § 16 VersVG, wonach den Versicherungsnehmer Anzeigepflichten treffen; er hat „alle ihm bekannten Umstände, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind, dem Versicherer anzuzeigen.“<sup>50</sup>

Diese Regel kann bei Arzt-Patienten-Verhältnissen im Speziellen – und ganz allgemein immer dort, wo ein Sachkundiger einem Sachunkundigen gegenübersteht – aber nur eingeschränkt gelten. Man sucht den Arzt gerade deshalb auf, weil *er* den Sachverstand hat, zu untersuchen und zu behandeln. Damit liegt es aber an ihm, die richtigen Fragen zu stellen.

Der Arzt ist daher nach richtiger Auffassung verpflichtet, sich aktiv um das Vorliegen der Informationen zu kümmern, die er für eine Behandlung *lege artis* und die Aufklärung des Patienten benötigt.

Dabei ist aber zu bedenken, dass der Arzt natürlich nicht einfach „Behandlung“, „Betreuung“, „Beratung“ als solche schuldet, sondern in einem Bereich, der erst umschrieben werden muss, und zwar primär durch das Behandlungsgespräch. Die primäre Quelle der Informationen, die sich der Arzt zu beschaffen hat, werden damit aber *Auskünfte des Patienten* sein.

#### 4.3. Pflicht zur Überprüfung vorhandener Informationen

Die Regelsituation sieht also wie folgt aus: Arzt und Patient führen ein Gespräch, der Arzt erhält vom Patienten Informationen. Das führt uns zur zweiten, inhaltlich aber davon zu trennenden Frage: Muss der Arzt vorliegende, vom Patienten zB im Behandlungsgespräch erteilte Informationen überprüfen?

In diesem Punkt lässt sich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis feststellen. Es ist unstrittig, dass folgende Grundregel gilt: Man kann sich auf die Informationen verlassen, die der Vertragspartner erteilt; man muss sie nicht eigens überprüfen. Das lässt sich schon aus der gesetzlich anerkannten Sphärentheorie ableiten, wo-

49 So zur Patientenverfügung *Barth* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker*, Patientenverfügungsgesetz 108, 114 f; *Engel*, iFamZ 2008, 18, 22.

50 Siehe dazu *Keinert*, Vorvertragliche Anzeigepflicht (§ 16 ff VersVG) (1983); zur Neufassung des § 16 VersVG durch die VersVG-Novelle siehe *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* (Hrsg.), Kommentar zu den VersVG-Novellen (1998) § 16 Rz 1 ff.

nach jeder das Risiko für Umstände aus seinem eigenen Bereich trägt (§§ 1155, 1168 ABGB).<sup>51</sup>

Es sind allerdings Grenzen anerkannt. Der Arzt wird sich nicht „sehenden Auges“ auf eine falsche Auskunft des Patienten über seine Medikationsdaten verlassen können. Wo die Grenzen verlaufen und wie die dogmatische Begründung lautet, fällt hier allerdings nicht ganz so leicht. Eine Berufung auf Allgemeinplätze wie Treu und Glauben wäre zwar einfach, aber zugleich nur eine Scheinargumentation.

Sucht man nach einer an den anerkannten zivilrechtlichen Wertungen orientierten Begründung, könnte man den Grundgedanken des § 1168a ABGB heranziehen: Die Bestimmung regelt bekanntlich die Warnpflichten des Werkunternehmers bei *offenbar – also: erkennbar – untauglichem* Stoff oder *offenbar – also: erkennbar – unrichtigen* Anweisungen des Bestellers.<sup>52</sup> Der Anwendung dieser Bestimmung steht natürlich eine offensichtliche Hürde entgegen: Der Behandlungsvertrag ist nach überwiegender Auffassung gerade kein Werkvertrag, sondern ein freier Dienstvertrag.<sup>53</sup> § 1168a wird auf den freien Dienstvertrag auch nicht analog angewendet.<sup>54</sup>

Das ist allerdings wirklich nur eine scheinbare Hürde. Die Wertungsfrage, ab wann sich ein *sachverständiger Vertragspartner* entgegen der Grundregel<sup>55</sup> nicht mehr *auf die Informationen des Gegenübers verlassen kann*, ist bei Erfolgs- und bei Sorgfaltsverpflichtung gleichgelagert. Insofern kann dieser Grundgedanke sehr wohl herangezogen werden.

*Kann der Arzt erkennen*, dass weiterer Informationsbedarf besteht – die ihm vorliegenden Informationen also falsch, unvollständig, ergänzungsbedürftig sind –, muss er tätig werden. Unterlässt er dies, handelt er pflichtwidrig und wird bei Vorliegen der sonstigen Haftungsvoraussetzungen schadenersatzpflichtig.

51 Vgl Kletečka in Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON 1.01 (2012) § 1168a Rz 9.

52 Siehe nur Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1168a Rz 1 ff; Rebhahn/Kietaibl in Schwimann (Hrsg.), Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (2006) § 1168a Rz 1 ff.

53 F. Bydlinski, Verträge über ärztliche Leistungen, FS Kralik (1986) 345, insb 351 ff, 354; Engljähringer, Ärztlicher Behandlungsvertrag, ÖJZ 1993, 488, 490 ff; Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 (2012) § 1151 Rz 100; Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, HB Medizinrecht (2012) Kap. I.1.2.1. Aus der Rsp des OGH siehe RS0021335, zB 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520 (Apathy). AA Völkl-Torggler, Die Rechtsnatur des ärztlichen Behandlungsvertrages, JBl 1984, 72, 72 ff (Werkvertrag).

54 Vgl Wachter, Der sogenannte freie Dienstvertrag, RdA 1984, 405, 415.

55 Siehe 4.2.

## 5. Ärztliche Nachforschungspflichten und ELGA: Erste Schlüsse

Aus diesen Überlegungen lassen sich nun die ersten Schlüsse im Zusammenhang mit den haftungsrechtlichen Folgen der Einführung einer Elektronischen Gesundheitsakte ziehen.

*Muss der Arzt in die Elektronische Gesundheitsakte Einsicht nehmen?*

Bei dieser Frage geht es darum, ob der Arzt Informationen beschaffen muss (Informationsermittlungspflicht). Auch im Zusammenhang mit ELGA kann man also die beiden herausgearbeiteten Ebenen der Erkundungspflichten voneinander trennen.

Dagegen könnte man einwenden, dass der Arzt ja Zugang zu ELGA und damit bereits zu den relevanten Informationen hat, weshalb es gar nicht um eine Frage der Informationsbeschaffung geht. Das wäre allerdings nicht richtig, weil es ja gerade darum geht, ob sich der Arzt die Informationen über ELGA beschaffen muss oder anderswie.

Wendet man die allgemeinen Lehren auf das Problem an, gelangt man zu folgendem Ergebnis: Der Arzt muss zwar aktiv die notwendigen Informationen beschaffen. Wie er das tut, ist aber grundsätzlich seine Sache. Primäre Quelle ist das Gespräch mit dem Patienten, weil ja dieses erst das ärztliche Pflichtenprogramm näher absteckt.

Allerdings ist im Zusammenhang mit der Einführung von ELGA zu bedenken, dass die Beschaffung von zusätzlichen, allein durch das Gespräch nicht zu ermittelnden Informationen – Befunde, Medikationsdaten usw – durch ELGA nun einfacher ist. Da die Pflicht zur Informationsbeschaffung auch von der Zumutbarkeit der Suche abhängt, führt ELGA insofern sehr wohl zu einer Qualitätssteigerung im Gesundheitssektor: Was vor ELGA vielleicht sehr aufwändig und damit nicht geschuldet war, kann nach ELGA durchaus Teil des Pflichtenprogramms sein.

Ein weiterer Punkt kommt hinzu: Die Informationsbeschaffung mittels ELGA ist verlässlicher als die mündliche Auskunft des Patienten. Das beste Beispiel sind Medikationsdaten: Informationserteilung durch den Patienten ist hier unter Umständen sehr unsicher,<sup>56</sup> sichere und verlässliche Auskunft über die aktuelle Arzneimitteltherapie wird durch ELGA hingegen gewährleistet sein.

Das führt uns zur zweiten Frage: *Kann sich der Arzt auf die Aussagen seines Patienten verlassen?*

Versucht man wiederum eine allgemeine Einordnung, erkennt man, dass es sich um eine Frage der Pflicht zur Überprüfung vorhandener Informationen handelt. Die (mündliche) Information kommt vom Patienten; die Frage ist, wie sich der Arzt nun verhalten muss.

<sup>56</sup> Siehe nur EBRV 1936 BlgNR 24. GP, 6.

Beachtet man die herausgearbeiteten Grundsätze, so muss die Antwort wie folgt lauten: Grundsätzlich kann sich der Arzt auf die Patientenaussage verlassen, außer ihm muss erkennbar sein, dass die Informationen eventuell nicht stimmen, etwa weil der Patient nicht die nötige Sachkunde hat oder seine Auskünfte nicht stimmig wirken. In diesem Fall muss er ELGA konsultieren.

Es lässt sich aber auch die umgekehrte Frage stellen: *Kann sich der Arzt auf die Elektronische Gesundheitsakte verlassen?*

Für die Antwort ist zu differenzieren. Der Arzt kann sich selbstverständlich auf die *Richtigkeit* der Angaben in der ELGA verlassen. Anders sieht es allerdings mit Blick auf die *Vollständigkeit* der dort enthaltenen Daten aus.

Die Wahrnehmung der Patientenrechte – also das Ausblenden und Löschen von Daten – darf, wie sich aus den Materialien zweifelsfrei ergibt, den ELGA-Gesundheitsdiensteanbietern zu keiner Zeit ersichtlich sein.<sup>57</sup> Der Arzt hat also eine unvollständige Gesundheitsakte, ohne dass er auf diesen Umstand aufmerksam gemacht wird!

§ 16 Abs 3 GTelG wiegt die Ärzte scheinbar in Sicherheit: Nach dieser Bestimmung sind ELGA-Gesundheitsdiensteanbieter nämlich nicht zur Nachfrage über die Ausübung von Teilnehmerrechten verpflichtet. Allerdings tragen Patienten nach derselben Bestimmung die Verantwortung für die Ausübung von Teilnehmerrechten nur, wenn der Arzt (Gesundheitsdiensteanbieter) von einem behandlungsrelevanten Umstand *trotz Einhaltung seiner Sorgfaltspflichten* nicht Kenntnis erlangen kann.

Auch hier verweist das Gesetz also auf allgemeine Sorgfaltspflichten. Wenden wir wiederum die allgemein anerkannten Grundsätze an, lautet das Ergebnis wie folgt: Der Arzt muss zwar keine Wunderdinge vollbringen, er darf aber auch nicht die Augen verschließen. Kann er zB aus der Struktur der in der ELGA enthaltenen Informationen erkennen, dass die Akte unvollständig ist und die verborgenen Informationen (ausgeblendete Medikationsdaten, Befunde oder Ähnliches) für die konkrete Behandlung wichtig sein könnten, muss er nachfragen.<sup>58</sup> Unterlässt er dies, droht Haftung.

<sup>57</sup> EBRV 1936 BlgNR 24. GP, 33.

<sup>58</sup> Siehe EBRV 1936 BlgNR 24. GP, 30.