

ELGA: Opt-out VS Opt-in und neues Haftungsrecht

Einleitung

Die zunehmende Digitalisierung der Gesellschaft in Form von Breitband-Internet, mobilem Internet, Smartphones, Twitter, Facebook, etc... spiegelt sich auch im Verhältnis „Bürger – Staat“ wider. So werden beispielsweise Bescheide per E-Mail zugestellt oder der Lohnsteuer-Ausgleich online eingereicht. Von diesem anhaltenden Trend bleibt auch das Gesundheitswesen nicht ausgenommen: Als bedeutendsten Schritt kann in diesem Zusammenhang bisher die Einführung der e-card betrachtet werden.

Am 13. November 2012 wurde mit dem Beschluss des „Elektronische Gesundheitsakte-Gesetz“ das Fundament für einen weiteren – mindestens ebenso bedeutsamen – Schritt gelegt. Diese Entscheidung war nicht unumstritten und wird zum Teil auch jetzt noch (vor allem von Teilen der Ärztekammer) heftig kritisiert. So werfen manche ein, dass die Grundidee zwar sinnvoll ist; der konkrete Vorschlag aber nicht hinreichend kosteneffizient sei. Anderen hingegen sind schon mit dem Grundgedanken hinter ELGA nicht einverstanden. Aus rechtlicher Perspektive wurden und werden vor allem datenschutzrechtliche Bedenken geäußert.¹

I. Was ist ELGA?

ELGA steht für **e**lektronische **G**esundheits**a**kte.

Gemäß § 2 Z 6 Gesundheitstelematikgesetz - der wesentlichen Rechtsgrundlage für ELGA – handelt es sich dabei um ein Informationssystem, welches einen orts- und zeitunabhängigen Zugang zu Gesundheitsdaten ermöglicht. Der Grundgedanke hinter ELGA ist, die Art und Weise wie Patientendaten gespeichert werden zu standardisieren, so dass bei medizinischen Behandlungen dem behandelnden Gesundheitsdiensteanbieter die Patientendaten nicht mehr wie bisher auf unterschiedlichste Arten (z.B. teilweise im internen Speicher, teilweise in Schriftform, ...) sondern auf einheitliche Art und Weise zukommen.²

Angesichts der Legaldefinition stellen sich somit zwei grundsätzliche Fragen: erstens wer ist in rechtlichem Sinne zugriffsberechtigt und zweitens was ist unter Gesundheitsdaten in diesem Sinne zu verstehen? Die Antworten auf diese Fragen finden sich im Gesundheitstelematikgesetz:

1. Welche Daten können via ELGA eingesehen werden?

„Daten“ im Sinne von ELGA sind gemäß § 2 Z 9 „Gesundheitsdaten“. Darunter sind generell personenbezogene Daten der ELGA-Teilnehmer zu verstehen, welche der Behandlung, Betreuung oder Sicherung der Versorgungskontinuität dienen. „ELGA-Teilnehmer“ meint in diesem

¹ <http://orf.at/stories/2144916/2144897/> (23.06.2013); <http://www.fpoee.at/aktuell/detail/news/fpoee-strikt-gegen-elga-gesetz/> (23.06.2013); <http://www.gruene.at/themen/gesundheit/elga-krankt-an-seiner-verwaltung> (23.06.2013); <http://www.spoe.at/elga.html> (23.06.2013); <http://derstandard.at/1350259372855/Mangelnde-Datensicherheit-VP-Abgeordnete-Hakl-stimmte-gegen-ELGA> (23.06.2013).

² Vgl Aigner/Lesch, ELGA – Die elektronische Gesundheitsakte, RdM 2013/6, 23 ff.

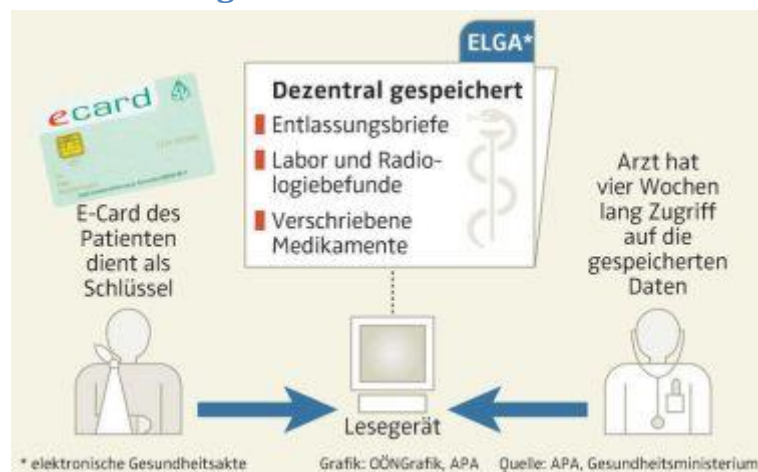
Zusammenhang generell alle Personen, welche im Patientenindex des Hauptverbandes geführt werden.

Konkret sind damit vor allem ärztliche und pflegerische Entlassungsbriefe, Laborbefunde, Befunde bildgebender Diagnostik und eine Medikamentenübersicht (e-Medikation) gemeint. Dieser Katalog ist nicht abschließend, sondern soll stufenweise bis 2018 parallel mit zunehmender Standardisierung und technologischer Entwicklung erweitert werden.³ So soll in etwa auch das Abrufen von Patientenverfügungen, Vorsorgevollmachten, Einträge in Register gem. MPG sowie eine zusammenfassende Übersicht (patient summary) verfügbar gemacht werden.⁴

Auf sonstige Aufzeichnungen oder Dokumentationen in der Ordinations- oder Spitalssoftware oder sonstige Daten, die nicht Inhalt eines Befundes sind, ist ein Zugriff nicht möglich. Ebenso Daten, welche ausschließlich der Verrechnung von Gesundheitsdienstleistungen dienen.

Eine Erweiterung um neue Befundarten (z.B. Pathologiebefunde) ist künftig möglich. Neue Anwendungen, wie z.B. ein elektronischer Impfpass, sind ebenso möglich, bedürfen aber einer Gesetzesänderung.⁵

2. Schematische Darstellung der Funktionsweise von ELGA



3. Who's who in ELGA?

Nach obiger Definition gewährt ELGA „allen Berechtigten“ Einsicht. Die Gruppe der „Berechtigten“ wiederum ist in zwei Kategorien aufgeteilt: ELGA-Gesundheitsdiensteanbieter (= ELGA-GDA) nach § 2 Z 10 und die Patienten als (normale) ELGA-Teilnehmer nach § 2 Z 12 Gesundheitstelematikgesetz.

Die Gruppe der ELGA-GDA umfasst Ärzte, Apotheken sowie Kranken- und Pflegeanstalten. Diese haben ab der technischen Verfügbarkeit von ELGA sowie nach der Einrichtung der Widerspruchstellen (frühestens mit 01. 01. 2014) das Recht, von ihren Patienten Gesundheitsdaten mittels ELGA abzurufen sowie ihre relevanten Daten ELGA-konform abzuspeichern. Hierbei gilt, dass Ärzte mit einer Nähe zu hoheitlichen Befugnissen (Amtsärzte) oder einer Nähe zu Arbeitgebern (Betriebsarzt) nicht auf ELGA zugreifen dürfen. Gleiches gilt für Ärzte, welche in einem derartigen Naheverhältnis zu Versicherungen (z.B. Chefärzte der Sozialversicherung, Privatversicherung) stehen.

³ Siehe vorherige FN.

⁴ Siehe vorherige FN.

⁵ Siehe vorherige FN.

a. Die Patienten: Opt-out VS Opt-in

ELGA sieht grundsätzlich die Teilnahme aller Personen vor, welche vom Hauptverband erfasst sind und der Teilnahme nicht widersprochen haben. Dies sind nach momentanem Stand ca. 11,5 Mio. Personen. Jene Personen, die vom ZPV nicht erfasst sind, können über das Ergänzungsregister gem. § 6 Abs. 4 E-GovG an ELGA teilnehmen. Somit gilt, dass es für die Teilnahme an ELGA keines aktiven Zutuns seitens des Patienten bedarf;⁶ vielmehr werden diese automatisch in das System „ELGA“ integriert.

Gem. § 15 Abs. 2 Gesundheitstelematikgesetz kann der Teilnahme an ELGA allerdings jederzeit widersprochen werden. Ein solcher Widerruf kann generell oder auch nur in Hinblick auf einzelne Daten erfolgen. Zu erfolgen hat ein Widerspruch bei sog Widerspruchstellen, die der BMG noch vor der technischen Inbetriebnahme von «ELGA» bis 31. 12. 2013 einzurichten hat, schriftlich oder elektronisch zu erfolgen.⁷ Gem. § 16 Abs. 4 Gesundheitstelematikgesetz ist jeder ELGA-Teilnehmer auf die Möglichkeit eines Widerrufs in leicht verständlicher Art und Weise aufmerksam zu machen.

Hintergrund der Widerspruchslösung in Form des Opt-out ist, dass einerseits eine höhere Teilnehmerrate, andererseits ein geringerer Verwaltungsaufwand für Bürger sowie Gesundheitseinrichtungen erreicht werden soll. Gleichzeitig soll durch die Möglichkeit des Opt-outs sichergestellt werden, dass keine Daten von Patienten über ELGA abrufbar werden, die an ELGA nicht teilnehmen wollen.⁸

aa. Verfassungswidrigkeit des Opt-out Konzeptes?

Fraglich ist jedoch, ob der Opt-out-Lösung eine dauerhafte Zukunft beschieden ist. Denn vor allem dieser Aspekt von ELGA wurde und wird in den Medien heftig kritisiert. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang vor allem das Gutachten des Verfassungsjuristen und Datenschutzexperten Prof. Dr. Dietmar Janel der Universität Salzburg, wonach das Prinzip des Opt-out bei ELGA schon dem Grunde nach verfassungswidrig sei. Für eine Verfassungskonformität bedürfe es der ausdrücklichen Zustimmung zur Teilnahme – also der Opt-in Lösung.⁹

Problematisch sei in diesem Zusammenhang insbesondere § 16 Abs. 2 Z 2 Gesundheitstelematikgesetz, wonach bei Daten welche im Zusammenhang mit HIV-Infektionen, psychischen Erkrankungen, Schwangerschaftsabbrüchen und auf gentechnische Analysen gem. § 71 Gentechnikgesetz stehen, besonders auf die Möglichkeit eines Widerrufs aufmerksam gemacht werden muss. Hintergrund dieser Regelung ist, dass in derartigen Fällen ein erhöhtes Maß an Diskretion besteht. Nach Meinung von Janel ist diese Bestimmung jedoch zu vage gehalten und somit im Widerspruch zu dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nach Art 18 B-VG. Da unbestimmte und vage Formulierungen im Rahmen des späteren Vollzugs der Gesetze nämlich

⁶ Siehe vorherige FN.

⁷ Siehe vorherige FN.

⁸ Vgl Aigner/Lesch, ELGA – Die elektronische Gesundheitsakte, RdM 2013/6, 23 ff; Halpern, Harnessing the power of default options to improve health care (N Engl J Med 2007 Sep 27; 357 [13]:1340-4).

⁹ <http://recht.extrajournal.net/2013/07/19/gutachten-der-uni-salz.B.urg-teile-des-elga-gesetzes-sind-verfassungswidrig-32674/> (27.08.2013); <http://futurezone.at/netzpolitik/17170-elga-laut-gutachten-verfassungswidrig.php> (27.08.2013); http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20130718_OTS0064/gutachten-bestaetigt-teile-des-elga-gesetzes-sind-verfassungswidrig (27.08.2013); http://www2.aekwien.at/1964.py?Page=1&id_news=8193 (27.08.2013).

gleichzusetzen mit Missbrauchspotential sind, verpflichtet dieses Kernprinzip der Verfassung den Gesetzgeber dazu Gesetzesbegriffe/-bestimmungen möglichst genau zu präzisieren, damit staatliches Handeln vorhersehbar und berechenbar ist.¹⁰ Zu unbestimmte Gesetze sind somit verfassungswidrig, da die Vollzugsbehörden nur scheinbar gebunden werden bzw der Gesetzgeber die ihm zukommende Aufgabe delegiert.¹¹

Jahnels Bedenken sind dem Grunde nach berechtigt. Die konkrete Regelung lässt nämlich offen, ob ein besonderes Geheimhaltungsinteresse bzw. die Hinweispflicht sich nur auf Daten bezieht, welche in einem unmittelbaren Zusammenhang zu den Fällen des § 16 Abs. 2 Z 2 Gesundheitstelematikgesetz stehen (z.B. das positive Ergebnis eines HIV-Testes) oder ob auch Daten mit einem mittelbaren Zusammenhang (z.B. die Diagnose und Behandlung von späteren Sekundärinfektionen) davon erfasst sind.

Vor dem Hintergrund, dass gem. § 15 Gesundheitstelematikgesetz aber ohnehin gänzlich aus ELGA hinausoptiert werden kann, stellt sich aber die Frage, ob die (scheinbare) Unbestimmtheit von § 16 Abs. 2 Z 2 Gesundheitstelematikgesetz nicht mittels teleologischer – also einer auf den Zweck der Norm abstellenden – Interpretation mit Art 18 B-VG in Einklang gebracht werden kann.

II. Haftung bei Missbrauch

Im Rahmen des ELGA-Gesetzes wurde auch neues Haftungsrecht geschaffen bzw. bereits bestehende Straftatbestände novelliert. Ungeachtet der Diskussion um die Verfassungskonformität von ELGA gilt es zu bedenken, dass aufgrund des Fehlerkalküls ein verfassungswidriges Gesetz bis zu seiner Aufhebung gültig ist.¹² Insofern scheint es sinnvoll auch diesen Aspekt zu beleuchten.

Angesiedelt sind die relevanten Bestimmungen direkt im Gesundheitstelematikgesetz, sowie im Strafgesetzbuch und im Datenschutzgesetz.

1. Verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang vor allem § 25 Gesundheitstelematikgesetz, welcher in Absatz 1 verschiedene Strafbarkeiten vorsieht (z.B. das Unterlassen von Datensicherheitsmaßnahmen (Ziffer 4) oder die Inanspruchnahme erleichterter Zugangsbedingungen ohne tatsächliche Berechtigung (Ziffer 7).

Zu erwähnen ist jedoch vor allem die Ziffer 8, welche die unberechtigte Verwendung von ELGA-Gesundheitsdaten durch ELGA-GDA pönalisiert. Hierbei ist nämlich auch der Versuch strafbar.

Von Bedeutung ist auch, dass ELGA-GDA und Mitarbeiter der ELGA-Ombudsstelle einer Strafbarkeit nur bei Vorsatz unterliegen, wird die Tat jedoch durch Bedienstete des BMG begangen, so reicht bereits Fahrlässigkeit.¹³

2. Gerichtliches Strafrecht: § 121 StGB – Verletzung von Berufsgeheimnissen

Daneben wurden im Rahmen des ELGA-Gesetzes auch noch Änderungen im gerichtlichen Strafrecht vorgenommen, wobei diese Bestimmungen bereits am 15.12.2012 in Kraft traten.¹⁴

¹⁰ Berka, Verfassungsrecht⁴ Rz 492 ff.

¹¹ Berka, Verfassungsrecht⁴ Rz 495.

¹² Berka, Verfassungsrecht⁴ Rz 1075.

¹³ Den ErläutRV 1936 BlgNR 24. GP 35 ist keine Begründung für diese Differenzierung zu entnehmen.

Diese betreffen vor allem den [§ 121 StGB](#), welcher die Offenbarung oder Verwertung eines Geheimnisses, welches den Gesundheitszustand einer Person betrifft, pönalisiert. Änderungen gab es hier zum einen im Bereich des Täterkreises, zum anderen wurde ein gänzlich neues Delikt eingeführt.

Bisher stellte der Tatbestand des § 121 StGB nämlich - abgesehen von Angehörigen eines gesetzlich geregelten Gesundheitsberufs - bloß auf Personen ab, deren berufsmäßige Beschäftigung in Aufgaben der Verwaltung einer Krankenanstalt bestand. Im Rahmen des ELGA-Gesetzes wurde dieses Tatbild um die berufsmäßige Beschäftigung mit Aufgaben der Verwaltung auch der anderen Gesundheitsdiensteanbieter iSd § 2 Z 2 GTelG 2012 erweitert. Den Materialien zufolge sind damit insbesondere Mitarbeiter in der Verwaltung von Pflegeeinrichtungen, wozu nicht nur Pflegeheime, sondern generell Einrichtungen der pflegerischen Betreuung, wie etwa auch der Hauskrankenpflege, zählen.¹⁵

Daneben wurde § 121 StGB ergänzend zu den §§ 51 DSGVO 2000 und 105 StGB überdies ein neuer Abs. 1a eingefügt, welcher das widerrechtliche Verlangen der Offenbarung (Einsichtnahme oder Verwertung) von Geheimnissen des Gesundheitszustands in der Absicht, den Erwerb oder das berufliche Fortkommen der betroffenen oder einer anderen Person für den Fall der Weigerung zu schädigen oder zu gefährden unter Strafe stellt. Zu erwähnen ist in dieser Hinsicht, dass der in § 121 Abs. 6 StGB enthaltene Verweis auf die Abs. 1 und 3 nicht durch die Nennung des Abs. 1a ergänzt wurde, weshalb es sich somit beim Tatbestand des § 121 Abs. 1a StGB nicht um ein Privatanklagedelikt, sondern ein Officialdelikt handelt.¹⁶

3. Bessere Nachweisbarkeit von Missbrauchsfällen

Aufgrund des Umstandes, dass das für ELGA vorgegebene Protokollierungssystem minutiös jede Verwendung von ELGA-Gesundheitsdaten festhält,¹⁷ ist aus ermittlungstechnischer Perspektive zu sagen, dass die Einführung von ELGA mit einer besseren Nachweisbarkeit von Missbrauchsfällen einhergeht. Bisher traf Täter, welche sich unberechtigt Zugang zu Gesundheitsdaten aus in Archiven abgelegter Papierdokumentation verschafften nämlich nur ein minimales Risiko ausgeforscht zu werden (zu können).¹⁸

Über den Autor:



Mag. Thomas Reisinger hat das Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Johannes Kepler Universität absolviert. Derzeit arbeitet er im Rahmen seiner Dissertation als Universitätsassistent am Institut für Strafrechtswissenschaften der Johannes Kepler Universität Linz.

¹⁴ Siehe § 11 Abs. 1 des BG über das BGBl 2004, BGBl I 2003/100 Art 4.

¹⁵ Vgl Aigner/Lesch, ELGA – Die elektronische Gesundheitsakte, RdM 2013/6, 23 ff; ErläutRV 1936 BlgNR 24. GP 38.

¹⁶ Vgl Aigner/Lesch, ELGA – Die elektronische Gesundheitsakte, RdM 2013/6, 23 ff.

¹⁷ Vgl Aigner/Lesch, ELGA – Die elektronische Gesundheitsakte, RdM 2013/6, 23 ff; ders. Datenschutz - Patientenschutz aus gesundheitspolitischer Sicht, RdM 2012/56, 89.

¹⁸ Siehe vorherige FN.