

Telemedizin und ärztliches Berufsrecht

Gerhard Aigner, Wien

Übersicht:

- I. Begriffe
- II. Thema
- III. Rechtliche Ausgangslage
 - A. Berufsrecht
 - B. Aktueller Stand der berufsrechtlichen Diskussion, Zwischenergebnis
 - C. Berufsrechtliches Ergebnis
- IV. Standesrecht
 - A. Bundesrepublik Deutschland
 - B. Österreich
- V. Zusammenfassung

I. Begriffe

„Telemedizin“ bedeutet die Bereitstellung oder Unterstützung von Leistungen des Gesundheitswesens mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT), wobei Patient und Arzt bzw auch Ärzte nicht am selben Ort anwesend sind. Telemedizin umfasst eine große Vielfalt an Anwendungen, wie beispielsweise das „Telemonitoring“ als die medizinische Überwachung des Gesundheitszustandes von Patientinnen und Patienten aus der Entfernung, die „Teletherapie“, bei der ein Arzt aktiv aus der Entfernung in die Behandlung von Patientinnen und Patienten eingreift, das „Telekonzil“, in dessen Rahmen vom Behandler die Zweitmeinung eines entfernten Arztes, etwa zur Fernbefundung in der Radiologie, eingeholt wird oder die „Telekonferenz“, bei der ein entfernter Arzt einer laufenden medizinischen Behandlung beigezogen wird.¹⁾ OP-Roboter und Telechirurgie scheinen ebenso in Frage zu kommen.²⁾

Ausgeklammert bleiben in den folgenden Ausführungen Systeme künstlicher Intelligenz, bei denen ohne jegliche ärztliche Mitwirkung auf Basis selbstlernender Systeme allein durch Computereinsatz etwa Behandlungsempfehlungen abgegeben werden.³⁾

¹⁾ Siehe ausführlich die Homepage des BMASGK unter https://www.bmgf.gv.at/home/Gesundheit/E-Health_Elga/Telemedizin/ abgerufen am 3.7.2018; zu Mobilien Health-Anwendungen („mHealth“) s auch *Europäische Kommission*, Grünbuch über Mobile Health-Dienste („mHealth“) COM(2014) 219 final.

²⁾ Siehe Handelsblatt 3.7.2018 unter <https://www.handelsblatt.com/technik/das-technologie-update/healthcare/telechirurgie-wenn-der-roboter-das-skalpell-fuehrt/8482780.html?ticket=ST-414702-jQdm5HrsbTVXJCHHdmGj-ap2>

³⁾ Siehe DER STANDARD, 31.7.2018, 15: Kritik an IBMs Computerdoktor, Künstliche Intelligenz Watson gab gefährliche Therapieempfehlungen ab.

II. Thema

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung und einer bisweilen vertretenen Ansicht, das ärztliche Berufsrecht stehe einer sog Fernbehandlung entgegen,⁴⁾ lohnt es sich der Frage auf den Grund zu gehen, ob in der Tat ärztliche Handlungen im Rahmen telemedizinischer Verfahren als Verletzung der Berufspflicht zu werten sind.⁵⁾

III. Rechtliche Ausgangslage

A. Berufsrecht

Gemäß § 2 Abs 2 ÄrzteG umfasst die Ausübung des ärztlichen Berufes jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeübt wird.⁶⁾ Gemäß § 49 Abs 2 leg cit hat der Arzt seinen Beruf persönlich und unmittelbar, erforderlichenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Ärzten und Vertretern einer anderen Wissenschaft oder eines anderen Berufes auszuüben.⁷⁾ § 49 Abs 3 leg cit regelt schließlich die Voraussetzungen für die Übertragung ärztlicher Tätigkeiten an Angehörige anderer Gesundheitsberufe bzw in Ausbildung zu einem Gesundheitsberuf stehende Personen.

Ähnliche Formulierungen finden sich auch in den gesetzlichen Regelungen für die Ausübung anderer Gesundheitsberufe. So ordnet § 36 Abs 4 GuKG im Zusammenhang mit der freiberuflichen Ausübung des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege ebenso an, dass dies persönlich und unmittelbar zu erfolgen habe, freilich ohne dabei (scheinbar dem Vorbild des § 49 Abs 2 ÄrzteG folgend) einen Kontakt zum Patienten „am Menschen“ zu betonen.⁸⁾ Für die Ausübung des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses trifft das Gesetz allerdings keine derartige Aussage. Ebenso sieht das MTD-G in seinem § 7a die freiberufliche Berufsausübung persönlich und unmittelbar vor,⁹⁾ für die Ausübung eines gehobenen medizinisch-technischen Dienstes im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses trifft auch das MTD-G keine derartige Aussage. Folgt man der Meinung, durch das Wort „unmittelbar“ wäre ein direkter Kontakt zum Patienten geboten, würde dies bei wörtlicher Interpretation zum Ergebnis führen, dass bei freiberuflicher Ausübung dieser Berufe ein Patientenkontakt „face to face“ zwingend geboten wäre. Bei der Ausübung eines dieser Berufe in einem Arbeitsverhältnis wäre hingegen zur Frage einer Tätigkeit am Menschen jeder Freiraum gewährt, das heißt, dass

⁴⁾ Siehe schon *Strobl*, Ärztegesetz mit Kommentar (1971) 76, freilich mit der Einschränkung auf den Ausschluss einer ausschließlichen Behandlung auf telefonischem oder brieflichem Weg („Distanzbehandlung“); jüngst ebenso ein Verbot eines gänzlichen Ausschlusses des persönlichen Arzt-Patienten-Kontakts argumentierend *Grundtner*, Zur Unmittelbarkeit der ärztlichen Behandlung, *ZfG* 2017, 36 (40).

⁵⁾ Zu den bereits auf die Stammfassung des Ärztegesetzes aus dem Jahr 1949 zurückgehenden kontroversen Auffassungen s *Kopetzki*, Telegesundheitsdienste und „unmittelbare“ Berufsausübung – (k)ein Widerspruch?, *RdM* 2018/45 (Editorial).

⁶⁾ Dieser Wortlaut entspricht weitgehend bereits § 1 Abs 2 des Ärztegesetzes 1949 idF der Novelle BGBl 1964/50.

⁷⁾ § 49 Abs 2 ÄrzteG idF BGBl I 2017/25.

⁸⁾ § 36 Abs 4 GuKG idF BGBl I 2017/54.

⁹⁾ § 7a MTD-G idF BGBl I 2016/87.

die Tätigkeit auch ohne unmittelbaren Patientenkontakt rechtens wäre. Die Unhaltbarkeit dieser jeglicher Vernunft widersprechenden Interpretation möge daher ein Hinweis sein, sich etwas genauer mit der Bedeutung dieser Formulierungen, auch im systematischen Zusammenhang, zu befassen, zumal den Gesetzmateriale keine Anhaltspunkte zu entnehmen sind.¹⁰⁾

B. Aktueller Stand der berufsrechtlichen Diskussion, Zwischenergebnis

Ohne, dass dies vom Wortlaut des Ärztegesetzes zwingend geboten wäre, fällt zunächst auf, dass Vertreter der restriktiven Auffassung dem Wort „unmittelbar“ in § 49 Abs 2 ÄrzteG offenbar eine Bedeutung gleich seiner Verwendung in § 2 Abs 2 leg cit mit der Ergänzung „am Menschen“ geben, dabei jedoch außer Acht lassen, dass in dieser Gesetzesstelle eine Ausübung ärztlicher Tätigkeiten ebenso mittelbar für den Menschen vorgesehen ist.¹¹⁾ Ohne Anhaltspunkt im Gesetzestext wurde die mittelbare Ausübung ärztlicher Tätigkeiten auf sog nichtklinische Fächer wie Fachärzte für Hygiene, Pathologie oder Pharmakologie reduziert.¹²⁾

Mit dem Fortschritt von Medizin und neuen Kommunikationstechnologien wurde diese Deutung in der Literatur jedoch zunehmend kritisch hinterfragt und der These, eine telefonische medizinische Beratung oder medizinische Anweisung sei nicht als ärztliche Tätigkeit im Sinne des Ärztegesetzes zu werten bzw sogar unzulässig, entgegengetreten.¹³⁾ Schwamberger verweist auf die im Ärztegesetz ausdrücklich vorgesehene Zusammenarbeit von Ärzten und folgert daraus die rechtliche Grundlage für ärztliche Konsultationen, etwa die Beiziehung eines weiteren Arztes auch mittels Bildleitung durch den Operateur, ebenso im Wege der Telekommunikation.¹⁴⁾ Nentwich verwirft vollends die Auffassung einer persönlichen Anwesenheit des Arztes als unabdingbare rechtliche Voraussetzung für die ärztliche Berufsausübung,¹⁵⁾ ihm folgend stellen Stellamor/Steiner fest, dass auch die Mitwirkung eines Arztes im Rahmen der Telemedizin als persönliche und unmittelbare Berufsausübung qualifiziert werden kann¹⁶⁾ und Wallner differenziert dahin, dass „unmittelbar“ im Sinn des § 2 Abs 2 ÄrzteG ärztliche Tätigkeiten für einen konkreten Patienten umfasse, während „mittelbare“ Tätigkeiten im Sinn des § 2 Abs 2 leg cit nicht auf eine individuelle Patientenbetreuung ausgelegt sind (zB die eines Facharztes für Hygiene und Mikrobiologie).¹⁷⁾¹⁸⁾ Die An-

¹⁰⁾ Vgl die ErläutRV des Ärztegesetzes 1949, 784 BlgNR 5. GP, sowie die ErläutRV der Novelle 1964, 1206 BlgNR 11. GP. Ebenso auch Kopetzki, FN 5.

¹¹⁾ So auch die allein auf § 49 Abs 2 ÄrzteG gestützte Argumentation Grundtners (FN 4), dabei historisch zurückgreifend auf den hippokratischen Eid.

¹²⁾ Siehe Strobl, FN 4, 28. Dies historisch wohl auch vor dem Hintergrund des § 9 Abs 1 GeschIKrG, StGBI 1945/152, iZm Ankündigung und Fernbehandlung von Geschlechtskrankheiten. Abgesehen von dieser auf zeitbedingte Gegebenheiten abstellenden lex specialis zeigt auch der Wortlaut des historischen Gesetzgebers das von den heute möglichen Kommunikationstechniken losgelöste Verständnis des Inhalts ua mit den Wortfolgen „briefliche Behandlung“, „öffentliche Zurschaustellung“ und „Ankündigung in der Tagespresse“.

¹³⁾ Siehe schon 1990 Kopetz, Die telefonische Beratung – eine ärztliche Tätigkeit, Österreichische Ärztezeitung 1990/5, 31.

¹⁴⁾ Schwamberger, Teleoperation – rechtliche Aspekte, RdM 1997, 47.

¹⁵⁾ Nentwich, Digitalisierung der Medizin, RdM 1997, 175 (178).

¹⁶⁾ Stellamor/Steiner, Handbuch Arztrecht I, Arzt und Recht (1999) 78.

¹⁷⁾ Wallner in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² (2015) Kap XXI Rz 163.

¹⁸⁾ Ausführlich mwN Emberger in Emberger/Wallner, Ärztegesetz 1998 mit Kommentar (2004) 218.

nahme eines berufsrechtlich tatsächlich geforderten unmittelbaren Arzt-Patienten-Kontaktes blieb jüngst auf „reine Distanzbehandlungen“, im Zuge derer die gesamte Behandlung von der Anamnese über die Medikation bis hin zur Therapieabwicklung und Kontrolle über elektronische Medien abgewickelt wird, beschränkt.¹⁹⁾

C. Berufsrechtliches Ergebnis

Nach nahezu dreißig Jahren Diskussion und Fortentwicklung der Interpretation der zu Grunde liegenden ärztgesetzblichen Regelungen lässt sich folgendes rechtliches Bild zeichnen:

Ein ausdrückliches Verbot von Telemedizin wird durch keine Bestimmung des Ärztegesetzes (weder des geltenden ÄrzteG noch der Vorgänger der Jahre 1984 oder 1949) normiert, mit anderen Worten, das ärztliche Berufsrecht enthält kein pauschales Gebot für „Face-to-Face“. Die Frage der Zulässigkeit ist daher auf der Basis relevanter allgemeiner Vorgaben der Rechtsordnung, wie etwa dem zivil-, aber auch dem strafrechtlichen Haftungsrecht zu beantworten.²⁰⁾ Eine besondere Rolle spielt allerdings auch eine in der dargestellten Diskussion großteils unbeachtete Bestimmung des ÄrzteG, nämlich jene des § 49 Abs 1 leg cit.²¹⁾ Dieser verpflichtet den Arzt unter anderem zur gewissenhaften Betreuung der von ihm in ärztliche Beratung oder Behandlung übernommenen Gesunden und Kranken und – nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung sowie unter Einhaltung bestehender Vorschriften und der fachspezifischen Qualitätsstandards, insb des Gesundheitsqualitätsgesetzes²²⁾ – das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren. Thiele weist auf den Zusammenhang zwischen Abs 1 und 2 im § 49 ÄrzteG hin und verwirft die zum Verbot der sog „Distanzbehandlung“ führenden früheren restriktiven Auslegungen. Vielmehr tritt er für eine unter den Gegebenheiten der modernen Telekommunikation sowie der hochgradig arbeitsteilig organisierten modernen Medizin weite Interpretation ein, betont aber zugleich die Bedeutung der ärztlichen Sorgfaltspflicht und den bei der Anwendung telemedizinischer Verfahren an die ärztliche Sorgfaltspflicht anzulegenden strengen Maßstab.²³⁾²⁴⁾

Dieser Auffassung ist zu folgen. Trifft den Arzt die berufsrechtliche Verpflichtung, die Diagnostik und Behandlung seiner Patienten nach dem Stand der Wissenschaft – dem State of the Art – vorzunehmen, scheint es (evtl künftig?) auch nicht ausgeschlossen, sogar bis an die Grenze des Vorwurfs, den Stand der Wissen-

¹⁹⁾ Siehe Grundtner, FN 4.

²⁰⁾ Siehe Kopetzki, Telemedizin und Recht. Juristische Überlegungen zur ärztlichen Tätigkeit im Informationszeitalter (Interview), in Stodulka/Tauss, Medizin Online. Das Internet-Handbuch für Ärzte und Patienten (2000) 125.

²¹⁾ Siehe allerdings schon Schneider, Ärztliche Ordinationen und Selbständige Ambulatorien (2001) 202.

²²⁾ BGBl I 2004/179.

²³⁾ Thiele, Rechtsfragen der medizinischen Online-Beratung, RdM 2003, 72 (73); ebenso Juén, Arzthaftungsrecht² (2005) 59 FN 266.

²⁴⁾ Festzuhalten ist, dass für Arzt und Telemedizin keine gesonderten Anforderungen an die ärztliche Sorgfalt normiert sind, der an die ärztliche Sorgfaltspflicht anzulegende strenge Maßstab vielmehr aus den Vorgaben des Berufsrechts (§ 49 Abs 1 ÄrzteG) und des zivilrechtlichen Schadenersatzrechts (§ 1299 ABGB) abzuleiten ist.

schaft vernachlässigt zu haben, zu gelangen, wenn indizierte und tatsächlich gegebene Möglichkeiten der Nutzung telemedizinischer Verfahren unterbleiben und dem Patienten daraus ein Schaden erwächst. Wohl vor dem Hintergrund des § 49 Abs 1 ÄrzteG und der daraus erfließenden hohen Messlatte an die ärztliche Sorgfalt verweist *Kopetzki* im Zusammenhang mit Fällen der (ebenso nicht generell unzulässigen) Teleoperation auf das Prinzip der ärztlichen Situationsbeherrschung.²⁵⁾ Mit anderen Worten: nicht anders als bei Eingriffen ohne Einsatz telemedizinischer Verfahren hat der Patient, nach Maßgabe ärztlicher Sorgfalt und Stand der Wissenschaft, auch bei der Anwendung von Methoden der Telemedizin einen Anspruch darauf sich „in sicheren Händen“ zu befinden. Dies wird nicht selten zu einer Einzelfallbeurteilung, auch der Rahmenbedingungen am Behandlungsort, führen, ob im Hinblick auf eine jederzeit mögliche Ausnahmesituation,²⁶⁾ die dann notwendige Gefahrenbeherrschung und unter Beachtung der gegebenen personellen und/oder apparativen Ressourcen derartige Methoden tatsächlich zum Einsatz gelangen können.²⁷⁾²⁸⁾ Die Unterstützung durch Verfahren der Telemedizin darf nicht dazu führen, dass sich nicht ausreichend qualifizierte Ärzte bzw auch nicht über die notwendigen Strukturen verfügende Krankenanstalten auf Eingriffe einlassen, denen sie vor Ort nicht gewachsen sein könnten.²⁹⁾

Im Zusammenhang mit Teleradiologie kann – die Zulässigkeit der Anwendung telemedizinischer Verfahren bestätigend – auch auf § 32 der Medizinischen Strahlenschutzverordnung (MedStrSchV)³⁰⁾ verwiesen werden, normiert dieser doch in seinem Abs 7 Teleradiologie als ausdrücklich zulässig im Rahmen der Trauma-Grund- und -Schwerpunktversorgung sowie in dislozierten ambulanten Erstversorgungseinrichtungen von Akutkrankenanstalten. In allen übrigen Fällen darf nach dieser Ordnungsstelle Teleradiologie nur zur Aufrechterhaltung eines Nacht-, Wochenend- und Feiertagsbetriebes für dringliche Fälle erfolgen.³¹⁾ Folgte man der Auffassung einer ärztrechtlichen Unzulässigkeit der Anwendung telemedizinischer Verfahren, wäre diese Regelung wohl zumindest mit dem Verdacht einer Gesetzwidrigkeit belastet.

Nicht zuletzt hat auch der Gesetzgeber jüngst – gleichsam als authentische Interpretation – zum Ausdruck gebracht, von der Rechtmäßigkeit und Vereinbarkeit telemedizinischer Verfahren mit den berufsrechtlichen Vorgaben des ÄrzteG auszugehen,³²⁾ wurden doch mit der unter BGBl I 2019/8 kundgemachten Änderung des ASVG in dessen § 302 Abs 1 Z 1a Maßnahmen der Telerehabilitation ausdrücklich in den Katalog der medizinischen Maßnahmen der Rehabilitation aufgenommen.

²⁵⁾ *Kopetzki*, FN 20, 127.

²⁶⁾ Zu denken ist etwa an einen Ausfall im Übertragungssystem.

²⁷⁾ *Nentwich*, FN 15.

²⁸⁾ Siehe auch die Haftung des Arztes auf dem Niveau eines Sachverständigen gem § 1299 ABGB, dazu OGH 25.1.1994, RdM 1994, 121, und 3.9.1996, RdM 1997, 22.

²⁹⁾ Siehe *Schwamberger*, FN 14.

³⁰⁾ Siehe die MedStrSchV BGBl II 2017/375, zum Begriff von Teleradiologie im Sinne dieser Verordnung deren § 2 Z 30.

³¹⁾ Siehe ergänzend dazu auch das Berufsbild des Radiologietechnologen gem § 2 Abs 3 MTD-G idF BGBl I 2012/89.

³²⁾ Zu Anhaltspunkten für eine authentische Interpretation des Gesetzgebers iZm mit der Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens (BGBl I 2017/98), § 4 Z 4 PrimVG und § 59g Abs 1 Z 2 KAKuG idF BGBl I 2017/26 s bereits *Kopetzki*, FN 5.

Ebenso ist in diesem Konnex auch die Stellung des Vertrauensgrundsatzes in der medizinischen Behandlung zu erwähnen.³³⁾ Es ist kein Grund zu erkennen, weshalb der auch im Zusammenwirken von Ärzten und Angehörigen anderer Gesundheitsberufe anerkannte Grundsatz, wonach objektiv sorgfaltsgemäß Handelnde grundsätzlich auf das sorgfaltsgemäße Verhalten eines anderen vertrauen dürfen, solange dessen sorgfaltswidriges Verhalten nicht erkennbar ist oder auf Grund konkreter Umstände³⁴⁾ nahe liegt, beim Zusammenwirken unter Anwendung telemedizinischer Verfahren nicht zum Tragen kommen sollte.³⁵⁾

Der an den Arzt als Experten generell zu stellende hohe Sorgfaltsmaßstab³⁶⁾ rückt auch in den Mittelpunkt bei der wiederholt diskutierten Frage der Zulässigkeit ärztlicher Verschreibungen (Ausstellung von Rezepten) ohne persönlichen und unmittelbaren Patientenkontakt. So hat der UVS Wien schon im Jahr 2012 entschieden, dass die Ausstellung eines Rezepts ohne vorhergehende persönliche und unmittelbare Untersuchung – allein aufgrund einer Internet-Anfrage für eine im Ausland aufhältige und der verschreibenden Ärztin völlig unbekannt Patientin – keinen Verstoß gegen § 49 Abs 2 ÄrzteG darstellt, konnte doch im gegebenen Kontext auf Basis des erstatteten Gutachtens davon ausgegangen werden, dass die auf Distanz getroffene Entscheidung lege artis gewesen sei.³⁷⁾ Vor dem Hintergrund einer bei der Verschreibung von Arzneimitteln gebotenen sorgfältigen Anamnese, Diagnostik und dem Erkennen allfälliger Kontraindikationen, gegebenenfalls auch von Unverträglichkeiten, wird diese Vorgehensweise freilich sehr schnell an die Grenzen der gebotenen Sorgfalt stoßen, was auch der UVS selbst zum Ausdruck bringt und den von ihm beurteilten Sachverhalt als „absoluten Grenzfall“ bezeichnet.

Der Entscheidung des UVS folgend ist es vor dem Hintergrund der im ärztlichen Berufsrecht ebenso vorgesehenen Berufsausübung „mittelbar für den Menschen“ (s eingangs § 2 Abs 2 ÄrzteG) somit unzutreffend, zwingend auf ein Verbot jeglicher ausschließlicher Distanzbehandlung zu schließen.³⁸⁾ Würde dabei doch ein allfälliges haftungsrechtliches Unbehagen im Hinblick auf die ärztlichen Sorgfaltspflichten zum Tatbild einer so nicht existenten Verwaltungsstrafnorm interpretiert.³⁹⁾

Ein weiterer zentraler Punkt ergibt sich aus den an die ärztliche Aufklärung zu stellenden Anforderungen, trifft den Arzt doch die Pflicht, im Rahmen der Therapieaufklärung auch verschiedene alternative Behandlungsmethoden

³³⁾ Siehe *Brandstetter/Zahlr*, Die strafrechtliche Haftung des Arztes, RdM 1994, 17 (21) mwN.

³⁴⁾ Solche Umstände könnten sich beispielsweise auch aus erkennbaren technischen Problemen ergeben.

³⁵⁾ Zum Vertrauensgrundsatz und Auswahlverschulden s auch *Nentwich*, FN 15 (180).

³⁶⁾ Siehe FN 25 und 28.

³⁷⁾ UVS Wien, 30.1.2012, GZ UVS-06/9/2829/2010-23; zu einer gutachterlichen Tätigkeit ohne persönliche Untersuchung s VwGH 18.12.2006, GZ 2003/11/0292.

³⁸⁾ Fälle von Gefahr in Verzug wären von einem derartigen Verbot selbstredend nicht erfasst.

³⁹⁾ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang überdies das besondere strafrechtliche Bestimmtheitsgebot, lässt sich doch vor dem Hintergrund der Möglichkeiten ärztlicher Berufsausübung im Sinne des § 2 Abs 2 ÄrzteG bei mittelbarer ärztlicher Tätigkeit auch im Rahmen des § 49 Abs 2 leg cit eine Unrechtmäßigkeit nicht in der gebotenen Eindeutigkeit erblicken (vgl zum strengen Verständnis des Legalitätsprinzips im Strafrecht bereits VfSlg 3207/1957, überdies auch Art 7 EMRK).