

4. Ärztliche Tätigkeit im Lichte der Digitalisierung

Gisela Ernst

4.1. Einleitung

4.1.1. Allgemeines

Mit beeindruckender Geschwindigkeit hält die Digitalisierung bereits seit einigen Jahrzehnten Einzug in das österreichische Gesundheitswesen. In diesem Rahmen ist eine Vielzahl von digitalen Lösungsansätzen und Weiterentwicklungsmaßnahmen entstanden. Diese reichen von digitaler Notversorgung²⁶⁸ über virtuelle Arztbesuche und Patientenbetreuung in Form von Apps und zahlreichen Übergangslösungen während der Covid-19-Pandemie hin zu bevorstehenden Systemen wie dem E-Impfpass und der E-Medikation.²⁶⁹

Für diese Lösungen hat sich eine Vielzahl von Begriffen etabliert. Hier ist oft von M-Health, P-Health, E-Rezept, Telemedizin, Telekonsultation und anderen Bezeichnungen die Rede. Mit Erstaunen lesen wir von künstlicher Intelligenz, die individuelle Krebstherapieoptionen identifiziert,²⁷⁰ und digitalen Therapieangeboten über Kontinente hinweg.²⁷¹ Ebenso beeindruckend war die Geschwindigkeit, mit der das Gesundheitssystem während des ersten Lockdowns der Pandemie 2020 bestimmte Leistungen online nutzbar gemacht hat. Wir erinnern uns an Ärzte, die von heute auf morgen 90 % der Patienten per Videotelefonie von ihrem Wohnzimmer aus betreut haben. Doch wie sieht der **Rechtsrahmen** für all diese Vorgehensweisen aus? Gibt es konkrete Regelungen, die diese Phänomene adressieren? Denn nicht zu Unrecht werden laufend Stimmen laut, die aus medizinischen, aber auch ethischen, Überlegungen gewisse Grenzen für die digitale Medizin fordern.

4.1.2. Definitionen und Rechtsgrundlagen

So umfassend und vielfältig diese digitalen Erscheinungsformen der modernen Medizin sind, so ernüchternd ist ein Blick ins Gesetz, wenn versucht wird, sie rechtlich einzuordnen. Obwohl die rechtliche Diskussion rund um das Thema Telemedizin bereits seit den 1990er-Jahren lebhaft geführt wird²⁷² und sich Gerichte sogar in den

268 Halmich/Hellwagner/Schaffler-Schaden, Rechtsrahmen der Telemedizin, Das österreichische Gesundheitswesen – ÖKZ, 32 (32 f).

269 Art 7 Abs 4 der Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens, BGBl I 2017/98.

270 Digitalisierung in der Medizin – Möglichkeiten und Grenzen, Österreichische Ärztezeitung 8a/2018, 10.

271 Schmitt-Sausen, Die Zeichen stehen auf Wandel, Österreichische Ärztezeitung 8a/2018, 14.

272 Nentwich, Digitalisierung der Medizin – Zur Klärung einiger rechtlicher Fragen der Telemedizin, RdM 1997, 175; Schwamberger, Teleoperation – rechtliche Aspekte, RdM 1997, 47; Thiele, Rechtsfragen der medizinischen Online-Beratung, RdM 2003, 72.

1950er-Jahren²⁷³ bereits mit ersten Fragen in diesem Bereich auseinandergesetzt haben, hat der Gesetzgeber bisher nur sehr zögerlich begonnen, gewisse Phänomene rechtlich einzuordnen.²⁷⁴ So spricht die Art-15a-Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens bereits seit 2017 vom Auf- und Ausbau der Telegesundheitsleistungen und digitalen Erstkontakt- und Beratungsstellen.²⁷⁵ Die Telemedizin und andere digitale Maßnahmen wie M-Health, P-Health und E-Rezept werden hier jeweils ohne Definition angeführt. Sie werden unter den Sammelbegriff „elektronische Gesundheitsdienste“ eingeordnet.²⁷⁶

Konkreter wird das Tätigwerden eines Arztes allerdings als Telemedizin bezeichnet. Das Gesundheitsministerium definiert auf seiner Homepage diesen Begriff der Telemedizin genauer:

Unter **Telemedizin** versteht man die Bereitstellung oder Unterstützung von Leistungen des Gesundheitswesens mithilfe von Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT), wobei Patientin bzw Patient und Gesundheitsdiensteanbieter (GDA, das sind insbesondere Ärztinnen und Ärzte, Apotheken, Krankenhäuser und Pflegepersonal) oder zwei GDA nicht am selben Ort anwesend sind.²⁷⁷

Auch das 2018 in Kraft getretene PrimVG enthält erste Anhaltspunkte. So haben Primärversorgungszentren telemedizinische, telefon- und internetbasierte Dienste in ihr Erreichbarkeitskonzept einzubeziehen.²⁷⁸ Die Materialien hierzu führen etwas näher aus, was damit gemeint ist:

Bei der vorgesehenen Einbindung von bzw engen Kooperation mit vorhandenen telemedizinischen, telefon- und internetbasierten Diensten in das Erreichbarkeitskonzept ist unter anderem an die seit 7. April 2017 in Probetrieb befindliche Gesundheitsnummer „1450 – Ihre telefonische Gesundheitsberatung“ zu denken.²⁷⁹

Darüber hinaus ist bereits seit 2012 das Gesundheitstelematikgesetz (GTelG)²⁸⁰ in Kraft, welches die Rechtsgrundlage für ELGA – die elektronische Gesundheitsakte – bietet. Wie der Langtitel des Gesetzes bereits verrät, regelt das GTelG lediglich die Verarbeitung elektronischer Gesundheitsdaten sowie Datensicherheitsmaßnahmen, nicht aber Therapiemaßnahmen selbst. So wird in § 2 Z 17 GTelG zwar der Begriff E-Health-Anwendung definiert, allerdings handelt es sich hier-

273 Zu einer Übersicht der Judikatur siehe *Lexner*, Recht(sfragen) der Telemedizin, Sonderheft Gmundner Medizinrechtskongress 2020, RdM 2020, 255 (258 ff).

274 Zur Übersicht siehe *Lexner*, RdM 2020, 255.

275 Art 1 Abs 2 Z 6 und Art 32 Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens.

276 *Lexner*, RdM 2020, 255 mit Verweis auf ErläutRV 1340 BlgNR 25. GP 5.

277 Vgl <https://www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit/eHealth/Telemedizin.html> (abgefragt am 7.3.2021).

278 § 4 Z 4 PrimVG, BGBl I 2017/131 idF BGBl I 2018/100.

279 IA GRUG 2017, 2255/A 25. GP 23.

280 GTelG BGBl I 2012/111 idF BGBl I 2021/34.

bei um „auf einen bestimmten Zweck gerichtete Verwendung von ELGA-Komponenten“, also Datenverarbeitungsmaßnahmen, die keinen Aufschluss über die Zulässigkeit konkreter medizinischer Behandlungsvorgänge geben.

Diese ersten Anhaltspunkte reichen somit keineswegs aus, um konkrete digitale Maßnahmen und ihre Zulässigkeit einzuordnen. Dafür ist vielmehr ein Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des Zivilrechts, Strafrechts sowie insbesondere des ärztlichen Berufsrechts erforderlich.²⁸¹ Gerade in Bezug auf das Schlagwort Telemedizin haben sich bereits einige juristische Stimmen den Kopf zerbrochen.²⁸² Im Folgenden soll daher eine grobe Übersicht dieser rechtlichen Erkenntnisse erfolgen. In einem weiteren Schritt wird dann – auf diese Erkenntnisse aufbauend – versucht, einzelne Phänomene, die während der Pandemie hervorgekommen sind und an Bedeutung gewonnen haben, konkret einzuordnen und ihre Rechtsgrundlagen darzustellen.

4.2. Schranken digitaler ärztlicher Tätigkeit

4.2.1. Das Unmittelbarkeitsgebot

4.2.1.1. Allgemeines

Jene Schranke, die im Zusammenhang mit Telemedizin und digitalen Tätigkeiten durch Ärzte am meisten diskutiert wird, ist das sogenannte Unmittelbarkeitsgebot. Doch was ist damit genau gemeint? Im ÄrzteG normiert § 49 Abs 2 Satz 1: „Die Ärztin/Der Arzt hat ihren/seinen Beruf persönlich und unmittelbar, erforderlichenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Ärztinnen/Ärzten und Vertreterinnen/Vertretern einer anderen Wissenschaft oder eines anderen Berufes, auszuüben.“²⁸³ Aus dieser Bestimmung wird das Unmittelbarkeitsgebot abgeleitet. Was konkret darunter zu verstehen ist, dass die Berufsausübung *unmittelbar* erfolgen soll, wird im Gesetz nicht näher ausgeführt. Es ist daher nicht verwunderlich, dass sich im Laufe der Zeit eine Vielzahl an Meinungen dazu herausgebildet hat, was alles unter den Ausdruck Unmittelbarkeit fällt.

4.2.1.2. Auffassungen des Unmittelbarkeitsgebots

Diese Meinungsvielfalt kann grob in drei Kategorien unterteilt werden:

- die restriktive Auffassung,
- die liberale Auffassung,
- die differenzierte Auffassung.

281 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; *Aigner*, Telemedizin und ärztliches Berufsrecht in *Bernat et al* (Hrsg) FS *Kopetzki* (2019) 4.

282 Herzlichen Dank an dieser Stelle an Herrn Prof. *DDR. Christian Kopetzki* für den fachlichen Austausch.

283 ÄrzteG BGBl I 1998/169 idF BGBl I 2021/50.

Gemäß der **restriktiven Auffassung** wird durch die Wortfolge „unmittelbar und persönlich“ in § 49 Abs 2 ÄrzteG festgelegt, dass die Ausübung des ärztlichen Berufs nur „unmittelbar am Menschen“ erfolgen kann.²⁸⁴ Dieses Erfordernis der ganz streng interpretierten „unmittelbaren“²⁸⁵ Behandlung meint eine – wie es in der Literatur ua ausgedrückt wird – „handgreifliche“ Behandlung, die direkten körperlichen Kontakt beinhaltet und somit voraussetzt, dass Arzt und behandelte Person physisch im selben Raum sind. Insbesondere in der älteren Literatur wird vertreten, dass ärztliche Anordnungen „unter dem Eindruck der persönlichen Untersuchung“ zu treffen sind.²⁸⁶ Eine Zwischenschaltung jedweder digitaler oder auch nur telefonischer Lösung für die Kommunikation ist nach dieser Ansicht unzulässig.

Argumentiert wird dies mit einer strengen Auslegung des Gesetzeszwecks, der in diesem Zusammenhang vor allem in der Qualitätssicherung zu sehen ist und nicht durch digitale Lösungen umgangen werden darf. Weiters wird auf Überlegungen in Bezug auf das hippokratische ethische Grundprinzip, das auch die persönlichen Bemühungen der Ärzte erfasst, Bezug genommen.²⁸⁷ Das Gegenargument, dass der Gesetzgeber 1949, als diese Bestimmung erlassen wurde, noch nicht erahnen konnte, welche Möglichkeiten das 21. Jahrhundert der Medizin bieten würde, und die Bestimmung daher im Lichte der aktuellen technischen Gegebenheiten interpretiert werden muss, wird unter Bezugnahme auf das bereits damals existierende Telefon entkräftet.²⁸⁸

Demgegenüber wird im Rahmen der **liberalen Auffassung** vertreten, dass sich heutzutage längst alle einig seien, dass ein unmittelbarer Kontakt nicht mehr vorliegen muss.²⁸⁹ Rechtlich ist aber zu bedenken, dass aufgrund technischer Fortschritte und neuer Möglichkeiten allein dem Gesetz keineswegs eine geringere Bedeutung zukommt, sondern die Behandlung dennoch „unmittelbar“ iSd § 49 Abs 2 ÄrzteG sein muss. Allerdings muss die Definition von „unmittelbar“ im Gegensatz zur restriktiven Auffassung nicht unbedingt iSv „handgreiflichem“ Kontakt verstanden werden, sie kann auch sehr weit interpretiert werden. „Unmittelbar“ könne etwa „nicht durch Dritte“ bedeuten²⁹⁰ oder meinen, dass hinter den Therapieentscheidungen oder Beratungsaussagen jedenfalls ein Mensch stehen muss und nicht etwa ein Algorithmus oder Chatbots.²⁹¹

284 MwN Aigner in FS Kopetzki 2.

285 Näheres zur Auslegung des Wortes „unmittelbar“ mwN Lexner, RdM 2020, 260.

286 Nentwich, RdM 1997, 175 ff, mit Verweis auf: Strobl in Das österreichische Ärztegesetz (Stand Juni 1972) 32 (Anm 4).

287 Grundtner, Zur Unmittelbarkeit der ärztlichen Behandlung, ZfG 2017, 36 (38).

288 Grundtner, ZfG 2017, 38.

289 Holzgruber, Vortrag im Rahmen der Veranstaltung: SV-Lounge – Neue Wege im Gesundheitswesen durch E-Health am 20.9.2020, abrufbar unter: <https://news.wko.at/news/wien/Corona-Krise-verleiht-Digitalisierung-im-Gesundheitswesen-S.html> (abgefragt am 12.3.2021).

290 MwN Lexner, RdM 2020, 260.

291 Das Unmittelbarkeitsgebot schließt allerdings mE keinesfalls aus, dass sich ein Arzt solcher Methoden im Rahmen der Behandlung bedient oder diese unterstützend heranzieht. Eine medizinische Beratung darf nur nicht ausschließlich durch einen Chatbot erfolgen, ohne dass menschliches Zutun vorliegt.

Die hinter dieser Auslegung stehenden neuartigen Methoden und die sich durch sie eröffnenden Möglichkeiten sprechen natürlich für sich. Durch neue Technologien, die bereits vielfältig zum Einsatz kommen, ebenso wie durch den breiten Einsatz von Telemedizin und die Durchführung von Telekonsultationen ist eine gewisse „normative Kraft des Faktischen“ entstanden. Diese sehen Befürworter einer sehr weiten Auslegung auf ihrer Seite.

Wie so oft ist die Sachlage allerdings nicht schwarz-weiß, sondern etwas differenzierter zu betrachten. Eine genauere Untersuchung zeigt, dass weder alles, was nicht unmittelbar durch einen Arzt im selben Raum erfolgt, verboten ist noch dass alles, was technisch möglich ist, auch rechtlich möglich ist – Vielmehr ist eine **differenzierte Auffassung** und Auseinandersetzung mit der Thematik geboten.

Ein Maßstab, der hierbei herangezogen werden kann, ist das **Prinzip der ärztlichen Situationsbeherrschung**. So vertreten *Kopetzki* und *Aigner* mit überzeugenden Argumenten, dass eine zulässige und ausreichend „unmittelbare“ Behandlung auch dann vorliegt, wenn die Risiken und Gefahren der Gesundheitssituation richtig eingeschätzt werden können und damit beherrschbar sind.²⁹² Diese Ansicht zeigt, welche unterschiedlichen Ergebnisse die Auslegungsvarianten eines Wortes nach sich ziehen können. Während zB ein Arzt bei einer Teleoperation per ferngesteuerter Gerätschaft jeden Schritt in der Hand hat, bis ins kleinste Detail planen kann und somit von einer Situationsbeherrschung auszugehen ist, wäre dieselbe Operation nach der ersten Auslegung absolut unzulässig, da kein „handgreiflicher“ Kontakt erfolgt.

Den Grundsatz, dass Gefahrenbeherrschung für die Beurteilung der Unmittelbarkeit maßgeblich ist, prägte *Nentwich* bereits 1997, indem er einem von *Kopetzki* für die deutsche Rechtslage geprägtem Prinzip folgte, und zwar jenem der Abwägung im Einzelfall. Begründet wird dies damit, dass etliche Aspekte der ärztlichen Tätigkeit, wie die Änderung der Medikation aufgrund von Nebenwirkungen,²⁹³ Beratungshandlungen oder die Analyse von Diagnosedaten, bereits in sich abgeschlossene Tätigkeiten darstellen, die für ihre gefahrlose Ausführung keinerlei persönlichen Kontakt erfordern. Es ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb persönliche Anwesenheit des Behandelnden notwendig sein sollte.²⁹⁴

Für die Beurteilung, wann eine abgeschlossene Handlung vorliegt, deren Gefahren ausreichend beherrschbar sind, ist insbesondere die **Entscheidungsgrundlage** relevant. Liegen alle erforderlichen Informationen vor, um bspw eine konkrete Medikation zu ändern? Kennt der Arzt den Gesundheitszustand, die Kontraindika-

292 *Kopetzki*, Telegesundheitsdienste und „unmittelbare“ Berufsausübung – (k)ein Widerspruch? (Editorial) RdM 2018,41 (41); *Aigner* in FS *Kopetzki* 5.

293 Dies ist zB in Bezug auf Dosisreduktionen aufgrund von Nebenwirkungen relevant. Diese kommen in zahlreichen Behandlungssettings vor und sind nach dieser Ansicht auch auf Basis eines Telefongesprächs oder Ähnlichem möglich.

294 *Nentwich*, RdM 1997, 175 ff.

tionen und kann Neben- und Wechselwirkungen einschätzen etc? Dann ist von einer Situationsbeherrschung auszugehen. Dieser Grundsatz ist eher streng ausulegen. So spricht sich der Großteil der Lehre dafür aus, dass, wenn auch nur geringste **Zweifel** über die Grundlagen der medizinischen Entscheidung bestehen, keine Entscheidung getroffen werden darf. Dies trifft allerdings auch auf Behandlungsschritte vor Ort zu. Auch hier müsste nacherhoben werden, wenn die Entscheidungsgrundlage unzureichend ist. Diesen Meinungsstand zusammenfassend stellt *Lexer* fest, dass die „*ausreichende Entscheidungsgrundlage und das Gebot der Gefahrenbeherrschung [...] als anerkannte Kriterien*“ gelten, „*um die Zulässigkeit von Fernbehandlungen zu verorten*“.²⁹⁵

4.2.2. Das Gebot der Behandlung lege artis

4.2.2.1. Allgemeines

Eng verwoben mit dem Unmittelbarkeitsgebot ist das Gebot der Behandlung nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft – der Behandlung *lege artis*. Dieses ist in § 49 Abs 1 Satz 2 ÄrzteG normiert. Die Bestimmung sieht vor, dass sich Ärzte fortzubilden haben und nach den Maßgaben der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung sowie unter Einhaltung fachspezifischer Qualitätsstandards handeln müssen. Dabei ist das Wohl der Kranken und Gesunden zu wahren. Der Sinn der Bestimmung ist soweit klar. Doch in welchem Verhältnis steht nun dieses Gebot zum Unmittelbarkeitsgebot und was bedeutet das für die Digitalisierung in der Medizin?

Der Kern der oben skizzierten differenzierten Auffassung liegt darin, dass von einem medizinischen Standpunkt die Gefahren einer Situation beherrschbar sein müssen. *Aigner* bringt dies wie folgt zum Ausdruck: „*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.*“ Der Stand der Wissenschaft ist somit maßgeblich dafür, ob im konkreten Einzelfall von einer Gefahrenbeherrschung auszugehen ist. Er definiert, welche Entscheidungsgrundlage vorliegen muss.

Durch den Verweis auf den Stand der Wissenschaft findet dieser meist in Richtlinien und Stellungnahmen von Fachgesellschaften festgelegte Standard Eingang in die Rechtsordnung.²⁹⁶ Ist daher zB aus diesen Guidelines abzuleiten, dass konkrete Schritte im Rahmen einer konkreten Diagnose durch einen Arzt vorgenommen werden sollen, würde es dem Stand der Wissenschaft widersprechen, die Diagnose ohne die Vornahme jener Schritte zu stellen.

²⁹⁵ *Lexer*, RdM 2020, 257.

²⁹⁶ Zu diesem Prinzip: *Kopetzki*, Private Rechtsetzung – Medizinrecht, in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), *Privatisierung der Rechtsetzung* (2018) 256 ff; ders, *Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“*, in *Pfeil* (Hrsg), *Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruchs* 26 ff.

4.2.2.2. Verhältnis zum Unmittelbarkeitsgebot

Diese enge Verflechtung der Behandlung *lege artis* mit dem Unmittelbarkeitsgebot wirft die Frage auf, ob das *Lege-Artis*-Gebot und das Unmittelbarkeitsgebot als **zwei getrennte Voraussetzungen** für die ärztliche Tätigkeit betrachtet werden können oder ob das *Lege-Artis*-Gebot jene Schranke darstellt, bis zu der eine großzügigere Interpretation des Wortes „unmittelbar“ möglich ist.

Lexer gibt in diesem Zusammenhang mit guten Gründen zu bedenken, dass die Systematik des Gesetzes für zwei unterschiedliche Gebote spricht, denn sonst hätte es keine Notwendigkeit gegeben, das eine Gebot in § 49 Abs 1 ÄrzteG und das andere in Abs 2 der Bestimmung gesondert zu regeln.²⁹⁷ Die Unmittelbarkeit kann – egal wie dieses Erfordernis interpretiert wird – nicht wegfallen, nur weil die Behandlung an sich *lege artis* erfolgte. Vielmehr ist die Rechtslage iS einer teleologischen und systematischen Interpretation so zu verstehen, dass der eine Maßstab (der Behandlung *lege artis*) heranzuziehen ist, um die Grenzen des anderen Maßstabs (Unmittelbarkeit) zu interpretieren. Unmittelbarkeit muss aber – wenn auch nach einem weiten Verständnis – bei jeder Behandlung vorliegen, genauso wie jede Behandlung dem Stand der Wissenschaft folgen muss.

So kann der Stand der Wissenschaft in bestimmten Fällen – das Unmittelbarkeitsverständnis einschränkend – dafür sprechen, dass bspw persönliche Kontakte zwischen behandelnder Person und Patient erforderlich sind. *Aigner* gibt aber auch jenen Fall zu bedenken, bei dem der Stand der Wissenschaft in eine andere Richtung weist:

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 (evt künftig?) auch nicht ausgeschlossen, sogar bis an die Grenze des Vorwurfs, den Stand der Wissenschaft vernachlässigt zu haben, zu gelangen, wenn indizierte und tatsächlich gegebene Möglichkeiten der Nutzung telemedizinischer Verfahren unterbleiben und dem Patienten daraus ein Schaden erwächst.²⁹⁸

4.2.3. Der ärztliche Tätigkeitsvorbehalt

4.2.3.1. Allgemeines

Rechtsgrundlage für den ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt ist § 3 Abs 4 ÄrzteG. Dieser normiert: „Die selbstständige Ausübung des ärztlichen Berufes ist ausschließlich Ärzten für Allgemeinmedizin und approbierten Ärzten sowie Fachärzten vorbehalten“. Was genau diese selbstständige Ausübung umfasst, wird in § 2 Abs 2 und Abs 3 ÄrzteG ausgeführt. Hier wird zunächst festgelegt, dass die Ausübung „des ärztlichen Berufes [...] jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen

²⁹⁷ *Lexer*, RdM 2020, 260. In diese Richtung geht auch der UVS; UVS Wien 30.1.2012, UVS-06/9/2829/2010.

²⁹⁸ *Aigner* in FS Kopetzki 4 f.

ausgeführt wird“, umfasst. Weitergehend werden konkrete Tätigkeiten genannt, wie ua die Untersuchung auf das Vorliegen von Krankheiten oder anderen Störungen, die Behandlung dieser Zustände, operative Eingriffe, vorbeugende Maßnahmen, die Verordnung von Heilmitteln und Heilbehelfen und andere Maßnahmen. Diese Aufzählung ist allerdings nicht abschließend (arg: „*insbesondere*“).

Wenn man nun die ärztliche Tätigkeit im Lichte der digitalisierten Medizin einordnen möchte, stellt dieses sehr weite Verständnis ärztlicher Tätigkeit, die nur Ärzten vorbehalten ist und somit von niemandem anderen ausgeübt werden darf, eine große Interpretationshürde dar. „*Auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhend*“ und „*mittelbar am Menschen*“ ist eine so weit gefasste Definition, dass darunter eine Vielzahl von digitalen Anwendungen fallen kann. Doch wie weit geht dieser Vorbehalt wirklich? Betrachtet man zB eine Anwendung zum Scannen und Überwachen von Muttermalen per Handykamera (deren Software mit Sicherheit ebenfalls auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruht) oder Unternehmen, die sich auf die Auswertung von Speichel- oder Stuhlproben spezialisiert haben, ist fraglich, ob all diese Möglichkeiten wirklich nur von Ärzten angeboten werden dürfen (siehe unter 4.2.3.3.).

4.2.3.2. Auffassungen zum ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt

Aufgrund dieser sehr weit gefassten Definition der ärztlichen Tätigkeit besteht zum Tätigkeitsvorbehalt eine ebenso bunte Meinungsvielfalt wie zum Unmittelbarkeitsgebot. Da sich die verschiedenen Auffassungen nicht unmittelbar auf die Digitalisierung der ärztlichen Tätigkeit beziehen, sondern darauf, wo die Grenze zwischen Laientätigkeiten und der medizinischen Wissenschaft liegt, soll die Diskussion nur skizziert werden. Im Groben lassen sich zwei Auffassungen unterteilen:

- die ältere Auffassung, die den ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt sehr weitgehend interpretiert,
- die jüngere Auffassung, die ein Mindestmaß an Wissenschaftlichkeit und Rationalität fordert.

Eine **ältere Auffassung**, die insbesondere von der älteren Judikatur²⁹⁹ getragen war, ging davon aus, dass der Passus „*medizinisch-wissenschaftliche Tätigkeiten*“ dem Gebot der ärztlichen Standespflicht Rechnung trage. Durch andere Personen ausgeführte Tätigkeiten wurden nach dieser Auffassung daher auch dann als Verletzung des Ärztevorbehalts betrachtet, wenn sie in keinerlei Hinsicht *medizinisch-wissenschaftlich* waren, wie etwa rituelles Handauflegen.³⁰⁰

299 Zu einer Übersicht der Entwicklung in der Judikatur des OGH und VwGH siehe: VwGH Ro 2017/11/0018, RdM 2018/154.

300 Andere Beispiele iSd Judikatur waren das „Erkennen von Krankheiten mit Röntgenaugen“, „Heilung durch Energieübertragung“, „Auflegen und Massieren mit heilenden Händen“ bis hin zur „Irisdiagnostik“, vgl VwGH Ro 2017/11/0018, RdM 2018/154 Rz 20. Siehe auch OGH 30.10.1997, 12 Os 109/97.

Einen anderen Ansatz verfolgt die **jüngere Auffassung**, die sich mittlerweile weitgehend durchgesetzt hat. Sie hat ihre Wurzeln in der Rechtsprechung des VfGH,³⁰¹ der sich auf *Aigner/Kierein/Kopetzki*³⁰² bezieht und ausspricht, dass die Ausübung des ärztlichen Berufes durch zwei Merkmale zu definieren sei, nämlich durch ihre wissenschaftliche Begründung der angewendeten Methoden und die Zugehörigkeit zur medizinischen Wissenschaft. Dieser Kehrtwende folgte der OGH unter Berufung auf *Mazal*,³⁰³ *Heilegger*³⁰⁴ und wiederum *Aigner/Kierein/Kopetzki*.³⁰⁵

Im Rahmen dieses Richtungswechsels wurde auch der Begriff medizinisch-wissenschaftlich neu ausgelegt, und zwar dahingehend, dass es sich dabei nicht zwangsläufig um Schulmedizin handeln muss, allerdings ein gewisses **Mindestmaß an Rationalität** erforderlich sei und für die Durchführung der Tätigkeit das typischerweise durch das **Medizinstudium** vermittelte **Wissen** erforderlich sei.³⁰⁶ Diese neue Judikaturlinie wurde bereits mehrmals bestätigt.³⁰⁷

4.2.3.3. Digitale Anwendungen und der Tätigkeitsvorbehalt

Die meisten Erscheinungen und Anwendungsfelder der digitalisierten Medizin beruhen auf solchen medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen. In der Regel fußen sie sogar auf enormem Umfang medizinischer Daten, die durch klinische Studien gesammelt und ausgewertet wurden. Ein Mindestmaß an Rationalität ist daher jedenfalls zu bejahen. Allerdings ist das zweite Abgrenzungsmerkmal, das nach der etablierten jüngeren Auffassung relevant ist, eine genauere Betrachtung wert, und zwar jenes des erforderlichen, typischerweise im Medizinstudium vermittelten, Wissens.

Diese Abgrenzung ist zwar für Ärzte selbst nur bedingt relevant, da sie selbst nicht, oder weniger, Gefahr laufen, den ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt zu überschreiten. Sie ist jedoch umso relevanter für die Anwender digitaler Errungenschaften und insbesondere auch für Unternehmen, die diese entwickeln und anbieten. In der Judikatur wurde bspw. das Blutdruckmessen oder das Messen der Venenfunktion mit vollautomatischen Geräten, die kein Fachwissen erfordern, als außerhalb des Tätigkeitsvorbehalts eingestuft.³⁰⁸

Dies würde dafürsprechen, dass auch Apps oder andere Software, die so entwickelt und konzipiert ist, dass sie auch für Laien **einfach handzuhaben** ist, mangels Er-

301 VfGH B 761/03-B 360/04, VfSlg 16.962/2003, VfSlg 17.203/2004.

302 *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998² (2001) § 2 Rz 6.

303 *Mazal*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 249.

304 *Heilegger*, Ärztlicher Vorbehaltsbereich und Alternativmedizin: Versuch einer Ab- und Eingrenzung, RdM 1999, 135.

305 *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998² (2001) § 2 Rz 6.

306 Das Bestrahlen mit einer Mineralienlampe oder das Auflegen von Blütenessenzen wurde daher vom OGH nicht mehr dem ärztlichen Vorbehaltsbereich zugerechnet, vgl. OGH 22.3.2001, 4 Ob 50/01h.

307 OGH 4 Ob 256/05h = RdM 2011/117 (*Wallner*); 4 Ob 151/06v = eclex 2007/83 (*Tonninger*).

308 OGH 25.3.2003, 4 Ob 256/02d.

fordernisses spezifischen Fachwissens nicht mehr in den ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt fällt und somit von allen genutzt und angewendet werden kann.³⁰⁹ *Kopetzki* spricht sich dafür aus, dass dies der Fall ist, „weil und sofern für die konkrete Entscheidungssituation jeweils ein strukturierter Entscheidungsbaum vorliegt, dessen ‚Abarbeitung‘ auch ohne tiefere medizinische Kenntnisse möglich ist“. Eine Selbstanwendung ist im Lichte des Art 8 EMRK nach dessen Meinung in jedem Fall zulässig.³¹⁰

Das typischerweise im Medizinstudium vermittelte Wissen könnte aber auch für Tätigkeiten auf der anderen Seite des wissenschaftlichen Spektrums relevant sein: Also nicht nur zur Abgrenzung von Laientätigkeiten, sondern auch von Tätigkeiten, die über ärztliches Wissen hinausgehen. Insbesondere wenn es darum geht, wer bspw anspruchsvolle Analysen mittels komplizierter Algorithmen und Big Data oder andere hochtechnologisierte Arbeitsschritte durchführen kann. Hier werden in aller Regel Kenntnisse erforderlich sein, die gerade **nicht im Medizinstudium** vermittelt werden, weil es sich um andere Fachgebiete, wie Informatik, Data-Science oder Elektrotechnik, handelt. Das Durchführen solcher Tätigkeiten kann daher konsequenterweise ebenso wenig in den Vorbehaltsbereich fallen wie jene niederschweligen Tätigkeiten, bei denen kein medizinisches Fachwissen erforderlich ist. Eine solche Abgrenzung ist insbesondere relevant, wenn es um die Frage geht, welche Erscheinungsformen der Medizin auf welchem Weg zu den Patienten gelangen können. Nach der dargestellten Logik müssen die Anbieter daher nicht Arzt iSd § 4 Abs 1 ÄrzteG sein, wenn gewisse Leistungen außerhalb der medizinischen Wissenschaft liegen. Zu beachten sind jedenfalls andere verwaltungsrechtliche Vorschriften, etwa das Gewebesicherheitsgesetz,³¹¹ bei der Gewinnung und Verarbeitung von menschlichen Zellen und Geweben, das Medizinprodukte-recht oder andere Spezialnormen in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich.

4.2.4. Weitere Schranken

Die bereits diskutierten Schranken ärztlicher Tätigkeit im Blickwinkel der Digitalisierung hatten ihren Schwerpunkt va im ärztlichen Berufsrecht. Selbstverständlich gibt es genauso in zahlreichen anderen Rechtsgebieten Vorschriften, die beachtet werden müssen, wenn „digitalisierte Medizin“ zum Einsatz kommt. Diese werden im Folgenden exemplarisch nur umrissen, da eine vollumfängliche Ausführung der weiteren Schranken im Rahmen eines Werkbeitrages nicht möglich ist.

Ein Thema, das bei vielen Aspekten digitaler Anwendungen oder auch telemedizinischer Konsultationen relevant ist, ist jenes des Datenschutzes. Das **Datenschutzrecht** spielt nicht nur bei der Erhebung von Daten, sondern auch bei deren Nutzung und Übermittlung eine besondere Rolle. Gesundheitsdaten stellen zu-

309 In diese Richtung auch *Kopetzki*, RdM 2018, 41.

310 *Kopetzki*, RdM 2018, 41.

311 GSG, BGBl I 2008/49 idF BGBl I 2018/37.