

PATIENTENRECHTE UND PATIENTENSICHERHEIT

Rechtsfragen der Fernaufklärung

Die präoperative Aufklärung von Patienten durch Video- und Telefonkonferenzen (Distanz- oder Fernaufklärung) werden *de facto* durchgeführt und sind *de lege* vertretbar, wenn die aus der Distanzaufklärung resultierenden Gefahren beherrscht und eine ausreichende Entscheidungsgrundlage für den Arzt und den Patienten erzielt werden können. Eine Präsenzaufklärung sollte dem Patienten immer angeboten werden. Fühlt sich ein Patient durch die Distanzaufklärung unzureichend informiert, ist er gehalten, dies dem Arzt mitzuteilen.

Deskriptoren: ärztliche Aufklärung, Telemedizin, Distanzaufklärung, Fernaufklärung, Videoaufklärung, telefonische Aufklärung, Präsenzaufklärung, Dokumentation.

Normen: § 49 ÄrzteG, § 5 ÄsthOpG, § 7 FMedG, §§ 5f PatVG, § 7 StVfG, § 8 BSG, § 8 OPTG.

Von Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich

1. Themenabgrenzung und Begriffsbestimmungen

1.1 Vereinbarungsumsetzungsgesetz 2024 (VUG 2024)

Mit Inkrafttreten zum 1. Jänner 2024 wurde § 49 ÄrzteG novelliert.¹ Es wurde die Telemedizin gesetzlich verankert und lautet § 49 Abs 2 ÄrzteG demnach, dass der Arzt² seinen Beruf persönlich und unmittelbar, „aber auch durch Anwendung von Telemedizin“, erforderlichenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Ärzten und Vertretern einer anderen Wissenschaft oder eines anderen Berufes ausübt. Thema dieser Abhandlung ist ausschließlich die Fernaufklärung (Distanzaufklärung). Gegenstand sind sohin ärztliche Leistungen, die örtlich und/oder zeitlich asynchron erbracht werden, der Arzt und der Patient sohin nicht im gleichen Raum sind, das Aufklärungsgespräch idR über eine Distanz erfolgt. Hauptanwendungsfälle in der Praxis sind die telefonische Aufklärung und Aufklärungsgespräche über Videokonferenz.

1.2 Telemedizin als vielschichtiger Begriff...

Nach den Regierungsmaterialien zum VUG 2024³ ist „Telemedizin“ ein vielschichtiger Begriff, der sehr heterogene automatisationsunterstützte medizinische Leistungen zusammenfasst; gemeinsam ist diesen Leistungen, dass sie örtlich und/oder zeitlich asynchron erbracht werden. Die Gesetzesmaterialien verweisen darauf, dass telemedizinische Leistungen bereits bisher der österreichischen Rechtsordnung nicht fremd waren. Das ÄrzteG 1998 verbot Telemedizin nicht. Teleradiologie ist seit 2017 verankert in der Medizinischen Strahlenschutzverordnung⁴, Telerehabilitation in § 302 Abs 1 Z1a ASVG geregelt und Telemedizin explizit auch in der Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens 2017⁵ angesprochen. Die Möglichkeit der Telekonsultation durch eine diplomierte Gesundheits- und Krankenpflegekraft bei einem Arzt im Rahmen mobiler Blutspendeinrichtungen fand in § 7 Abs 6 BSG 1999 Eingang.⁶

Als Beispiele der Telemedizin werden in der RV Telekonsultation (Einholung zusätzlicher medizinischer Fachmeinungen mittels Telekommunikationsmedien), Telekonferenzen (telemedizinische Beiziehung von Experten während einer laufenden medizinischen Behandlung), Telepräsenz (als Erweiterung der Telefonkonferenz), Telechirurgie (roboterunterstützte medizinische Eingriffe, die von einem räumlich entfernten Arzt gesteuert werden), Teleradiologie und Telepathologie genannt.

1 BGBl I 2023/191 (VUG 2024).

2 Personenbezogene Bezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen; zur besseren Lesbarkeit wird idR die männliche Form gewählt; alle geschlechtsbezogenen Formulierungen beziehen sich selbstverständlich auf alle Geschlechter.

3 ErläutRV 2310 BlgNR 27. GP 14f.

4 MedStrSchV BGBl II 2017/375.

5 BGBl I 2017/98.

6 Huber/Dietrich in Neumayr/Resch/Wallner, GmundKomm² § 7 BSG 1999 RZ 9.

Nach der RV bemisst sich die Zulässigkeit von Telemedizin nach der fachlichen Vertretbarkeit und ärztlichen Sorgfalt; der Arzt muss eine hinreichende Entscheidungsgrundlage für seine Tätigkeit haben, gefordert wird die uneingeschränkte Gefahrenbeherrschung (auch und insbesondere durch die Distanzbehandlung). In diesen Zusammenhang erwähnen die Gesetzesmaterialien ausdrücklich die Verpflichtung, den Patienten über die Möglichkeiten, Ziele und Grenzen der telemedizinischen Anwendung aufzuklären und die Kriterien der Gefahreinschätzung zu dokumentieren.

Angeführt wird, dass nicht alle medizinischen Leistungen für alle Patienten einer telemedizinischen Versorgung zugänglich sind. Insbesondere physische oder psychische Gegebenheiten können eine telemedizinische Betreuung ausschließen.

UE führen die Gesetzesmaterialien abschließend zu weitgehend aus, dass regelmäßig eine vorangegangene persönliche Kontaktaufnahme (gemeint wohl: Präsenzbehandlung) zwischen Arzt und Patienten vorausgesetzt wird.

1.3 ...mit bereits bisher weitem Anwendungsbereich

Bereits im Oktober 2019 veröffentlichte das Bundesministerium (BMSGPK) eine Information über Telemedizin, die bis heute unverändert publik ist.⁷ Hier werden (über die nunmehrigen Gesetzesmaterialien hinaus) praxiswesentliche Teilbereiche wie beispielsweise Telemonitoring (medizinische Überwachung des Gesundheitszustandes von Patienten aus der Entfernung) angeführt. Die Anwendungsfälle und der Nutzen von Telemedizin werden (wesentlich positiver als in den Regierungsmaterialien zum VUG 2024) angeführt, wie beispielsweise die Stärkung einer autonomen Lebensführung der Patienten, raschere Hilfe, Reduktion von Hospitalisierungen, Kostendämpfung, Verfügbarkeit von Spitzenexpertise, zeitlich unabhängige Leistungserbringungen, allesamt Ziele, welche das VUG 2024 (unausgesprochen) verfolgt und die UE für die Interpretation des Gesetzes beachtlich sind.

1.4 Ärztliche Aufklärung

In Bezug auf den Gegenstand der ärztlichen Aufklärung wird allgemein zwischen der Selbstbestimmungsaufklärung einerseits und der therapeutischen Aufklärung (Sicherungsaufklärung) andererseits unterschieden; die Selbstbestimmungsaufklärung wird wiederum differenziert in Diagnoseaufklärung, Behandlungsaufklärung und Risikoaufklärung. Auf Details ist hier nicht einzugehen. Alle Formen der

ärztlichen Aufklärung können Teil von Telegesundheitsdienstleistungen sein, für die sich die Frage der Zulässigkeit und die Voraussetzungen für die Zulässigkeit gleichstellen. In der Praxis relevant wird vor allem die Selbstbestimmungsaufklärung, sohin die ärztliche Information vor Beginn der Behandlung (zB der Operation) sein.

Im Folgenden wird der Begriff der Präsenzaufklärung verwendet für das ärztliche Aufklärungsgespräch, bei dem Arzt und Patient zur gleichen Zeit am selben Ort sind; Fernaufklärung (Distanzaufklärung) bedeutet, dass Arzt und Patient an verschiedenen Orten sind und mittels Telekommunikation (zB Telefon oder Videokonferenz) sprechen.

2. Ärztliche Aufklärung als möglicher Teil von Telegesundheitsdienstleistungen

2.1 Möglichkeiten und Grenzen der Telegesundheitsdienstleistungen allgemein

Der Vertragspartner des Patienten (zB Arzt, Krankenanstaltenträger) schuldet dem Patienten aus dem Behandlungsvertrag nicht nur die ärztliche Behandlung nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft, sondern insbesondere auch Information über die Diagnose, Behandlungsmöglichkeiten und Chancen und Risiken der ärztlichen Behandlung. § 49 Abs 2 ÄrzteG verpflichtet den Arzt dazu, seinen Beruf nicht nur persönlich, sondern auch unmittelbar auszuüben. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz geht bereits auf die Stammfassung des ÄrzteG 1949 zurück. Was damit gemeint war, erläutern die Gesetzesmaterialien nicht. Ein ausdrückliches Verbot der Telemedizin findet sich weder im geltenden ÄrzteG, noch in den Vorgängern 1984 und 1949.⁸ Telemedizin ist nicht grundsätzlich untersagt, solange eine Gefahrenbeherrschung durch den Arzt „remoto“ möglich ist.⁹ Höchstgerichtliche Entscheidungen fehlten lange¹⁰ und liegen auch bislang nur vereinzelt vor. *Kopetzki* wies bereits 2018 (und damit noch vor der Covid-Pandemie) zurecht daraufhin, dass die Entwicklung moderner Kommunikationstechnologien an praktischer Bedeutung gewonnen hat. Unter Bezugnahme auf systematische Auslegungen kommt er zum Schluss, dass sich inzwischen (2018) starke Indizien für die grundsätzliche Erlaubtheit telemedizinischer Dienste ergeben. Ähnlich argumentiert *Wallner*¹¹ mit dem Zweck des § 49 Abs 2 ÄrzteG, nämlich Distanzbehandlungen (grundsätzlich) zu unterbinden. Der Arzt muss sich für die Erstellung einer Diagnose einen persönlichen Eindruck vom Patienten

7 Sozialministerium.at/themen/gesundheits/ehealth/telemedizin.html.

8 *Aigner*, Telemedizin und ärztliches Berufsrecht, in FS *Kopetzki* (2019), 1 (4).

9 *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht Kap. I.1.3.2 (Stand 1.10.2020, rdb.at).

10 *Kopetzki*, Telegesundheitsdienste und „unmittelbare“ Berufsausübung –(K)ein Widerspruch? RdM 2018/45.

11 *Wallner* in *GmundKomm*² § 49 ÄrzteG Rz 11f.

verschaffen können. In welcher Art und Weise das zu erfolgen hat, ergibt sich nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Dies gilt auch (und umso mehr, worauf unten einzugehen sein wird) für die ärztliche Aufklärung: Der Arzt muss sich klar sein, ob seine Informationen beim Patienten adäquat ankommen, ob sie der Patient verstehen und verarbeiten, er seine Willensentscheidung entsprechend bilden und er sich gemäß seiner Entscheidung auch verhalten kann.

Im Detail mit „Online-Ordinationen“ befasst sich *Raschhofer*¹², insbesondere bei ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln (zB Videochat). Auch er kommt zum Schluss, dass das Unmittelbarkeitsgebot des § 49 Abs 2 in erster Linie an den Regeln der ärztlichen Kunst zu orientieren ist; ein Gespräch über ein bloßes (Video-)Telefonat ist nach dieser Literaturstelle möglich (rechters), wenn kein physischer Kontakt (zB Abtasten) erforderlich ist.

Vertiefend mit der bisherigen Literatur und den Einsatzmöglichkeiten der Telemedizin setzt sich *Lexner*¹³ auseinander. Auch wenn sie den in der Literatur vertretenen „Gleichklang“ von *lege artis* und Unmittelbarkeit im Ergebnis ablehnt, werden uE richtig die Kriterien der ausreichenden Entscheidungsgrundlage und Gefahrenbeherrschung hervorgehoben. Für die hier interessierende Fernaufklärung ist jedoch nicht nur die ausreichende Entscheidungsgrundlage für den Arzt (über zB unterschiedliche Behandlungsalternativen) relevant, sondern auch die Frage, ob der Patient nach der Fernaufklärung eine ausreichende Entscheidungsgrundlage für oder gegen die jeweilige Behandlungsmaßnahme haben kann. Wie bereits erwähnt wurde die Anwendung von Telemedizin mit Wirksamkeit 01.01.2024 vom Gesetzgeber ausdrücklich im § 49 Abs 2 ÄrzteG verankert, ohne diesbezüglich weitere Klarheit zu schaffen. Die Konjunktion „aber“ ist grammatikalisch verfehlt, sie suggeriert einen Konflikt zwischen Telemedizin und Unmittelbarkeit, den die Novelle beseitigen wollte.¹⁴

2.2 Fernaufklärungen im Speziellen

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob die Kriterien für die Zulässigkeit der Telemedizin im Allgemeinen stets und uneingeschränkt auch auf das ärztliche Aufklärungsgespräch im Besonderen zutreffen.

Die bislang in der Lehre betonten Kriterien der ausreichenden Entscheidungsgrundlage und Gefahrenbeherrschung werden grundsätzlich auch für die Fernaufklärung gelten. Dies mit nachstehenden Ergänzungen:

Nicht nur für den Arzt ist eine ausreichende Entscheidungsgrundlage durch die Telemedizin einzufordern, sondern auch für den Patienten im Rahmen des Aufklärungsgesprächs. Wenn der Patient durch Distanzaufklärung keine ausreichende Entscheidungsgrundlage für oder gegen eine bestimmte Therapie erlangen kann, ist rechtlich eine Präsenzaufklärung gefordert. Dies wird beispielsweise bei mehrdeutigen Therapiezielen bzw. ambivalenten Behandlungsoptionen oftmals gegeben sein. Einen onkologischen Patienten über die verschiedenen Therapieformen samt ihren unterschiedlichen Chancen und Nebenwirkungen zu informieren, erfordert regelmäßig ein intensiveres und damit eventuell ein persönliches Präsenzaufklärungsgespräch mit dem Patienten. In solchen Fällen bietet sich eine Kombination von Präsenz- und Distanzaufklärung an. Bei medizinisch eindeutigen und leichteren Eingriffen wird das Kriterium der ausreichenden Entscheidungsgrundlage (für den Patienten) idR auch über eine (einmalige) Distanzaufklärung zu erreichen sein.

Naturgemäß ergeben sich aus dem Medium der Fernaufklärung entsprechende Einschränkungen, aber auch ergänzende Möglichkeiten: Ein ausschließlich telefonisch durchgeführtes Aufklärungsgespräch ist einerseits technisch einfach und damit für (nahezu) alle Patienten verfügbar und bewältigbar, andererseits beschneidet es das Gespräch um Mimik und Gestik des Gegenübers. Der aufklärende Arzt hat zB keine Möglichkeiten, aus der sichtbaren Reaktion seines Gesprächspartners rückzuschließen, ob dieser den Inhalt des Aufklärungsgesprächs versteht.

Demgegenüber haben Videokonferenzen den Vorteil, dass Arzt und Patient nicht nur verbal kommunizieren, sondern auch nonverbal durch Mimik und Gestik. Der dafür notwendige technische Aufwand wird (allenfalls mit Unterstützung des Patienten) bewältigbar sein.

Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf § 10 Abs 2 BAO 2005, der ebenfalls eine persönliche und unmittelbare Beratung des Patienten durch einen Apotheker vorsieht, die jedoch ebenfalls im Wege der Telemedizin (Distanzberatung) erbracht werden kann.¹⁵

Ohne die Telemedizin im Allgemeinen, die Fernaufklärung im Besonderen zum Regelfall und das Präsenzaufklärungsgespräch zwischen Arzt und Patient zur Ausnahme machen (und damit „das Kind mit dem Bade ausschütten“) zu wollen, ist doch auf die unbestreitbaren Vorteile der Fernaufklärung in bestimmten Fällen hinzuweisen: Den Patienten können (wiederholte) umfangreiche Wege- und Wartezeiten zum Arzt bzw in die Krankenanstalt erspart,

12 *Raschhofer*, der Rechtsrahmen für Online-Ordinationen – ausgewählte Rechtsfragen zur Telemedizin, RdM 2019/4.

13 *Lexner*, Rechtsfragen der Telemedizin – Sonderheft Gmundner Medizinrechtskongress 2020, RdM 2020/280.

14 *Kopetzki*, Telemedizin und unmittelbare Berufsausübung – eine Klarstellung mit Fragezeichen, RdM 2024/1.

15 *Huber/Dietrich*, Arzneimittelabgabe durch Apothekenautomaten, RdM 2022/131 (102).

die Arzt-Patienten-Beziehung kann durch Unterstützung der Telemedizin bzw. Fernaufklärung gestärkt werden.¹⁶ Dabei ist die Fernaufklärung keineswegs beschränkt auf (relativ) einfache Entscheidungsfindungen und Behandlungen, sondern durchaus auch komplexeren Geschehen zugänglich, die wiederholte Aufklärungsgespräche (teils in Präsenz, teils durch Fernaufklärung) in Form eines dialektischen Prozesses ermöglichen. In Einzelfällen kann die indizierte und tatsächlich mögliche Telemedizin (Fernaufklärung) sogar geboten sein, wenn durch das Unterlassen den Patienten ein Schaden erwächst.¹⁷

2.3. Autonomie als Recht für und Auftrag an den Patienten

Das Kriterium der ausreichenden Entscheidungsgrundlage aufgrund der Fernaufklärung richtet sich nicht nur an den Arzt, sondern auch an den Patienten. Primär hat zwar der Arzt zu entscheiden, ob im konkreten Fall das ärztliche Aufklärungsgespräch einer Fernaufklärung (über Telefon oder Videokonferenz) zugänglich ist, zumal er (durch vorangegangene Untersuchungen) die Diagnose und gemäß seinem Fachwissen die Therapieoptionen kennt. Aus seiner medizinischen Erfahrung vermag der aufklärende Arzt durch Äußerungen, Reaktionen oder konkrete Nachfragen auch zu erkennen, ob der Patient dem Aufklärungsgespräch folgen kann und er zu einer entsprechenden Entscheidungsfindung fähig ist. Unüberwindbare sprachliche Barrieren (Übersetzer, Sprachmittler) und unüberbrückbare intellektuelle Hürden („Unterstützerkreis“ gemäß § 252 Abs 2 ABGB) können im Zuge der Fernaufklärung für den Arzt offenbar werden, was aus rechtlicher Sicht alternative Vorgehensweisen (zB das Präsenzgespräch) erfordern. Eine Präsenzaufklärung in der Ordination oder Ambulanz sollte dem Patienten immer angeboten werden.

Wenn der Patient jedoch den Eindruck vermittelt, die ärztliche Aufklärung im Rahmen der Fernaufklärung zu verstehen und seinen Willen entsprechend dieses Aufklärungsgesprächs bilden zu können, darf der aufklärende Arzt darauf vertrauen und ist die Zustimmung des Patienten auf Basis dieser Aufklärung als rechtswirksam anzusehen. Ist aus Sicht des Patienten das Aufklärungsgespräch in Form der Fernaufklärung insuffizient, ist er gehalten, dies dem Arzt klar mitzuteilen und den Wunsch nach einem persönlichen Aufklärungsgespräch in Form

einer Präsenzaufklärung zu äußern. Der Patient ist nicht passives Objekt ärztlicher Fürsorge, er ist vielmehr dazu berufen, von seinem Selbstbestimmungsrecht aktiv Gebrauch zu machen und an der Behandlungsentscheidung mitzuwirken. Tut er dies nicht, so kann der Arzt grundsätzlich davon ausgehen, dass der Patient mit den Modalitäten des Aufklärungsgesprächs einverstanden ist und das Auslangen findet.¹⁸ In diesem Sinne judizierte auch der OGH¹⁹, dass jeder Patient zur aktiven Mitarbeit und zur Leistung eigener Beiträge (zur ärztlichen Behandlung) verpflichtet ist.

2.4 Bisherige Rechtsprechung

Höchstgerichtliche Rsp zu Fernaufklärung ist in Österreich und in Deutschland rar; der technische Fortschritt insbesondere im Bereich der Videokonferenzen war in den letzten Jahren jedoch enorm:

Im Jahr 2017 qualifizierte der OGH ein telefonisches Aufklärungsgespräch über die gewünschte Spinalanästhesie bei einer elektiven Operation und das dabei erwähnte Risiko der Hypoxie als ausreichend.²⁰ Der OGH betonte zwar eine erhöhte Sorgfaltspflicht im Zuge der telefonischen Aufklärung, hält (abstellend auf die h.L.) aber auch fest, dass entscheidend ist, ob der Arzt ausreichende Informationen über den Zustand des Kranken für seine telefonische Beratung zur Verfügung hatte; dies ist stets eine Einzelfallentscheidung. Die vom OGH eingeforderte erhöhte Sorgfaltspflicht ist uE darin zu sehen, dass vom Arzt auch sorgfältig zu beurteilen ist, ob er eine ausreichende Entscheidungsgrundlage hat und ob ihm der Patient in der Fernaufklärung auch entsprechend folgen kann. Das zurecht geforderte²¹ Einverständnis des Patienten darf der Arzt zurecht annehmen, wenn der Patient das Angebot der telefonischen Aufklärung (als Alternative zum persönlichen Gespräch in der Ambulanz) annimmt und das Telefonat (die Videokonferenz) vorbehaltlos führt.

Die Entscheidung des UVS Wien aus dem Jahr 2012²², in der es um den grenzüberschreitenden Versand eines Medikamentes zum Schwangerschaftsabbruch nach lediglich telefonischem Kontakt der Ärztin mit der Patientin ging, ist als einzelfallbezogene Entscheidung nicht überzubewerten.

In der deutschen Literatur²³ wird ausgeführt, dass eine telefonische Aufklärung „in einfach gelagerten Fällen“

16 Vgl *Lexner*, RdM 2020/280.

17 *Aigner*, Telemedizin und ärztliches Berufsrecht, in FS *Kopetzki* (2019), 1 (5).

18 In diesem Sinne BGH 20.12.2022 VI ZR 375/21.

19 OGH 19.1.2019, 6 Ob 179/19w.

20 OGH 20.12.2017, 3 Ob 212/17y.

21 *Leischner-Lenzhofer*, Telefonische Risikoaufklärung über Hypoxie, RdM-LS 2018/70.

22 UVS Wien 30.1.2012, UVS 06/9/2829/2010-23.

23 *Mathis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht⁶, 1208.

ausreichen kann, wenn der Arzt sich davon überzeugt, dass der Patient die Aufklärung verstanden hat. Es wird auf Routineeingriffe mit geringen Risiken verwiesen. Als ausreichend befand der BGH²⁴ die Risikoaufklärung über eine Anästhesie bei einem Kind im Wege der Telefonkonferenz. Besondere Bedeutung wurde dem Umstand beimessen, dass der Arzt bei seinem Telefongespräch mit dem Vater darauf bestanden hatte, dass beide Elternteile am Morgen vor der Operation anwesend sind und nochmals Gelegenheit zur Nachfrage hatten. Im Zuge dieses Gespräches wurde (nachträglich) auch die Aufklärungsdokumentation von den Eltern gegengezeichnet.

2.5 Dokumentation der Fernaufklärung

Die Dokumentation der (ärztlichen) Aufklärung ist in verschiedenen Gesundheitsgesetzen geregelt, durch die Novelle des § 49 ÄrzteG bzw durch das VUG 2024 erfuhren diese Bestimmungen keine Änderung. Insbesondere wurde die Dokumentation einer Fernaufklärung nicht näher bzw neu geregelt.

§ 51 Abs 1 ÄrzteG verpflichtet den Arzt, Aufzeichnungen über jede zur Beratung oder Behandlung übernommene Person zu führen. Nach Wallner²⁵ ist der Arzt aus dieser Bestimmung nicht verpflichtet, die dem Patienten erteilte Aufklärung zu dokumentieren. Demgegenüber ist der Zahnarzt gemäß § 19 ZÄG verpflichtet, Aufzeichnungen auch über die Aufklärung des Patienten zu führen.²⁶ Gemäß § 10 KAKuG (und den Ausführungsgesetzen der Länder) ist in der Krankengeschichte auch die Aufklärung des Patienten zu dokumentieren. Formvorschriften werden hier nicht näher definiert, § 10 KAKuG spricht lediglich von „Krankengeschichten und sonstigen Vormerkungen“.²⁷

§ 11 Abs 3 BSG 1999 verlangt in Bezug auf die Dokumentation immerhin die schriftliche Einwilligung des Spenders und die Bestätigung des Spenders über die durchgeführte Aufklärung durch eigenhändige Unterschrift, womit diese Bestimmung sehr umfassend gehalten ist.²⁸ Detaillierte Dokumentationspflichten auch über

die durchgeführten ärztlichen Aufklärungsgespräche enthalten auch das Organtransplantationsgesetz und das Gewebesicherheitsgesetz.

Eine umfassende schriftliche und mündliche Aufklärung des Patienten verlangt auch § 5 ÄsthOpG vor der Durchführung einer ästhetischen Operation, wobei diese Aufklärungsdokumentation vom Patienten auch zu unterfertigen ist. Darüber hinaus ist eine Fotodokumentation gefordert.²⁹ Die Dokumentation der Patientenaufklärung und die Unterschrift des Arztes (jedoch nicht des Patienten) postuliert § 5 PatVG vor der Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung. Die Dokumentation der umfassenden Aufklärung durch zwei Ärzte samt Unterschrift der Aufklärungsdokumentation ist durch § 7 StVfG gefordert, wobei dieses Dokument der sterbewilligen Person auszufolgen ist.³⁰ Selbst die dargestellten besonders strengen Formvorschriften (zB § 5 ÄsthOpG, der die Unterschriften sowohl des Arztes als auch des Patienten sowie eine Fotodokumentation verlangen) stehen grundsätzlich einer Fernaufklärung nicht entgegen, jedenfalls wurde durch das VUG 2024 vom Gesetzgeber keine Einschränkung vorgesehen.

4. Leges speciales

Letztendlich ist der Frage nachzugehen, ob leges speciales besonders strenge formale Regelungen zur ärztlichen Aufklärung vorsehen, die eine Fernaufklärung bereits grundsätzlich ausschließen. In Betracht kommen hier insbesondere das ÄsthOpG³¹, das OTPG³², das GSG³³, das FMedG³⁴, das PatVG³⁵, das StVfG³⁶ und das BSG³⁷. Gemeinsam ist all diesen Normen, dass sie erhöhte Aufklärungs- und Beratungspflichten vor der medizinischen Behandlung einfordern, wobei nicht nur der Inhalt des Aufklärungsgesprächs, sondern auch die Formalien streng gesetzlich geregelt sind:

§ 5 Abs 1 ÄsthOpG verlangt eine umfassende mündliche und schriftliche Aufklärung in einer für den Laien verständlichen Sprache. Ein Verzicht auf die Aufklärung ist unwirksam.

24 BGH 15.6.2010 VI ZR 204/09.

25 Wallner in GmundKomm² § 51 ÄrzteG Rz 5.

26 Kauskopf in GmundKomm² § 19 ZÄG Rz 1.

27 Stöger in GmundKomm² § 10 KAKuG Rz 2.

28 Huber/Dietrich in GmundKomm² § 11 BSG.

29 Maleczky in GmundKomm² § 5 ÄsthOpG Rz 5; Pitzl/Huber, Aufklärungs-, Einwilligungs- und Informationspflichten nach dem ÄsthOpG, RdM 2014/87 (88).

30 Neumayr/Resch in GmundKomm² § 7 StVfG Rz 6.

31 Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG), BGBl I 2012/80 idGF.

32 Bundesgesetz über die Transplantation von menschlichen Organen Organtransplantationsgesetz – OTPG) BGBl I 2012/108 idGF.

33 Bundesgesetz über die Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Zellen und Geweben zur Verwendung beim Menschen (Gewebesicherheitsgesetz-GSG) BGBl 2008/49 idGF.

34 Fortpflanzungsmedizingesetz, BGBl 1992/275 idGF.

35 Bundesgesetz über Patientenverfügungen (Patientenverfügungsgesetz – PatVG), BGBl I 2006/55 idGF.

36 Bundesgesetz über die Errichtung von Sterbeverfügungen (Sterbeverfügungsgesetz – StVfG) BGBl I 20217242idGF.

37 Bundesgesetz über die Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen in Blutspendeeinrichtungen (Blutsicherheitsgesetz 1999 – BSG 1999), BGBl I 19997744 idGF.

Ebenso fordert § 7 Abs 1 FMedG vor der medizinisch unterstützten Fortpflanzung³⁸ eine Beratung und Aufklärung in einer für den Laien verständlichen Sprache; der Verzicht darauf ist unwirksam, die Aufklärung hat spätestens 14 Tage vor der Behandlung zu erfolgen.

Umfassend medizinisch und juristisch aufzuklären und zu belehren sind Patienten gem §§ 5f PatVG vor der Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung; die geforderten mit Unterschrift des Arztes und Juristen geforderten Dokumentationen stehen einer Fernaufklärung uE grundsätzlich nicht entgegen.

Noch weitgehender sind (nachvollziehbar) die inhaltlichen und formalen ärztlichen Aufklärungserfordernisse gem § 7 StVfG, ohne eine Fernaufklärung explizit auszuschließen. § 7 Abs 3 S 3 verlangt zwar, dass die unterfertigte ärztliche Bestätigung dem Sterbewilligen „auszufolgen“ ist, was auf eine persönliche Übergabe und damit auf eine Präsenzaufklärung hinweisen könnte. UE kann „ausfolgen“ auch im Sinne von „übermitteln“ interpretiert werden, sind die ärztlichen Bestätigungen doch lediglich die Voraussetzung der Errichtung der Sterbeverfügung gem § 8 StVfG. Hätte der Gesetzgeber eine persönliche Übergabe und den Ausschluss einer Distanzaufklärung gewollt, hätte er das in dieser Form in das Gesetz aufgenommen.

Die Errichtung der Sterbeverfügung hat gem § 8 Abs 2 „vor der dokumentierenden Person“ nach umfassender rechtlicher Aufklärung zu erfolgen, was uE bereits aus dem Wortlaut und auch Telos der Bestimmung eine Distanzaufklärung ausschließt. Ungeachtet der ärztlichen Bestätigungen (auch über die Entscheidungsfähigkeit des Suizidenten) hat die dokumentierende Person die Sterbeverfügung zu versagen, wenn sie auch nur geringste Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit des Suizidenten hätte³⁹, was uE ein Präsenzgespräch regelmäßig erfordert.

§ 8 BSG verlangt eine weitgehende Aufklärung des Blutspenders vor der ersten Gewinnung von Blut oder Blutbestandteilen, zudem seine vorherige schriftliche Zustimmung. Diese Aufklärung hat in Form eines (wenn auch angemessen kurzen) mündlichen Gesprächs zu erfolgen⁴⁰, was eine Distanzaufklärung nicht grundsätzlich ausschließt.

§ 8 OTPG sieht für Lebendspenden umfassende und verständliche, schriftliche und mündliche Aufklärungen des Spenders vor. Ein Aufklärungsverzicht ist unwirksam.

Die Einwilligung des Spenders ist schriftlich festzuhalten und von ihm zu unterschreiben. Die sehr strengen Formvorschriften werden auch im Sinne des Schutzes vor Übereilung und Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes des Spenders interpretiert⁴¹, ohne damit zwingend eine Distanzaufklärung auszuschließen.

§ 4 GSG verpflichtet den Arzt zur umfassenden und detaillierten Aufklärung, die schriftlich festzuhalten und vom Spender datiert zu unterschreiben ist.

Keine einzige dieser Bestimmungen wurde im Zuge des VUG 2024 dahingehend novelliert, dass Distanzaufklärungen grundsätzlich untersagt und Präsenzaufklärungen gefordert wären. Es ist dem Gesetzgeber weder zu unterstellen, dass er diese *leges speciales* nicht bedacht oder die rechtlichen Diskussionen über Telemedizin nicht mitverfolgt hätte. Es ist wohl davon auszugehen, dass § 49 Abs 2 ÄrzteG idF VUG 2024 auch in diesen Bereichen der Medizin grundsätzlich anzuwenden ist.

Distanzaufklärungen sind daher zulässig⁴² unter den o.a. Voraussetzungen der Gefahrenbeherrschung und ausreichender Entscheidungsgrundlage für Arzt und Patient, was situationsbedingt und abstellend auf den Einzelfall bezogen zu beurteilen ist. Dies erfordert ein hohes Maß an Verantwortung für den aufklärenden Arzt, weil er insbesondere auch zu beurteilen hat, ob nicht etwa eine „verdünnte Willensfreiheit“ des Patienten vorliegt, was durch eine Distanzaufklärung eventuell nicht immer beurteilt werden kann. Auch scheint es zB kaum möglich, die chirurgische Aufklärung vor einer ästhetischen Operation ausschließlich im Wege der Distanzaufklärung durchzuführen, weil die Operation eventuell am konkreten Patienten dargelegt wird. Die Anästhesieaufklärung wäre hingegen einer Distanzaufklärung zugänglich.

Die ärztlichen Aufklärungen vor Errichtung einer StVfG haben auch zweifelsfrei⁴³ abzuklären, dass der Wille des Suizidenten frei und selbstbestimmt, frei von Irrtum, List, Täuschung, Zwang und „Beeinflussung von Dritten“ ist; ob sich diese Voraussetzungen durch eine Videokonferenz abklären lassen, ist idR zu bezweifeln.

Demgegenüber wird nach den Kriterien der Gefahrenbeherrschung und ausreichenden Entscheidungsgrundlage die Aufklärung des Blutspenders selbst durch eine Telefonkonferenz möglich und idR zweckmäßig sein.

38 Die nach der Rsp keine Heilbehandlung darstellt, OGH 24.11.1998, 10 ObS 193/98z.

39 Huber, *Ausgewählte Aspekte der Suizidassistentz unter besonderer Berücksichtigung von Krankenanstalten sowie Alten- und Pflegeheimen*, in *Festschrift Neumayr* (2023) 2233 (2238).

40 Huber/Dietrich in *GmundKomm*² § 8 BSG Rz 6.

41 Wagner/Ecker in *GmundKomm*² § 8 OTPG Rz 14.

42 Mit Ausnahme der juristischen Belehrung gem § 8 StVfG.

43 § 6 Abs 1 StVfG.

5. Conclusio

Das VUG 2024 und damit die Novellierung des § 49 Abs 2 ÄrzteG verankern gesetzlich, was bereits bisher in Lehre und Judikatur vertreten wurde, nämlich die grundsätzliche Zulässigkeit der Telemedizin (Telegesundheitsdienstleistung); dies beinhaltet auch und insbesondere die Fernaufklärung durch Telefon oder Videokonferenzen, wobei der Gesetzgeber keine Bereiche medizinischer Behandlungen grundsätzlich ausschloss.

Rechtlich gefordert sind auch bei der Fernaufklärung die Einhaltung des Standes der medizinischen Wissenschaft (die lege-artis-Behandlung), die Beherrschung der aus der Fernaufklärung resultierenden Gefahren und die ausreichende Entscheidungsgrundlage für Arzt und Patienten. Eine Präsenzaufklärung sollte dem Patienten immer angeboten werden. Fühlt

sich der Patient durch die Fernaufklärung nur unzureichend informiert, ist er gehalten, dies dem Arzt mitzuteilen und eine Präsenzaufklärung in der Ordination bzw Ambulanz anzusprechen; der Patient ist nicht Objekt ärztlicher Fürsorge, sondern gehalten von seinem Selbstbestimmungsrecht iSd von *Kant* „sapere aude“ aktiv Gebrauch zu machen.

Sich unter diesen Voraussetzungen dem medizinischen und technischen Fortschritt zu entziehen, hieße uE Stillstand und Rückschritt und damit Nachteil für die Patientenversorgung.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Gerhard W. Huber, LL.M., PM.ME.,
Rechtsanwalt in Linz, office@medizinrecht.at;
Dr. Jakob Dietrich, Rechtsanwalt in Linz,
office@medizinrecht.at