

Christian Link

**Telemedizinische Anwendungen
in Deutschland und in Frankreich**

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
der Grundlagen und des Haftungsgefüges
sowie des Internationalen Privatrechts

mit Zusammenfassung
in französischer Sprache



Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaften

Herausgegeben von

Dr. Thomas Küffner
Dr. Küffner & Partner, Landshut, München

Band 56

Zugl.: Diss., München, Univ./Bordeaux IV, Univ., 2007

Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek
verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die
der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von
Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem
oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Daten-
verarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugs-
weiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2007

ISBN 978-3-8316-0731-0

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utz.de

INHALTSÜBERSICHT

INHALTSVERZEICHNIS.....	V
TELEMEDIZINISCHE ANWENDUNGEN IN DEUTSCHLAND UND IN FRANKREICH.....	1
Einleitung: Definition, geschichtliche Entwicklung und Typologie der Telemedizin.....	1
§ 1 Begriffsbestimmung	1
§ 2 Erstellung einer Typologie für telemedizinische Handlungen.....	7
§ 3 Arbeitsvorhaben und Problemstellung	19
Teil I: Grundlagen und Haftungsfragen der Telemedizin.....	21
Kapitel I: Rechtlicher Rahmen der Telemedizin und Datenschutz.....	21
§ 4 Zulässigkeit telemedizinischer Handlungen	21
§ 5 Telemedizin und Datenschutz	62
Kapitel II: Haftungsgefüge der Telemedizin	93
1. Abschnitt: Rechtliche Beziehungen und Pflichten bei der Telemedizin.....	93
§ 6 Rechtsbeziehungen des Patienten zu Ärzten und Gesundheitseinrichtungen	93
§ 7 Pflichten bei der Telemedizin	119
2. Abschnitt: Telemedizin und Haftung.....	151
§ 8 Haftungsgrundlage und Haftungsmodell telemedizinischer Handlungen.....	151
§ 9 Einstandspflichten für die Behandlungsbeiträge im Rahmen der Telemedizin.....	210

Teil II: Grenzüberschreitende telemedizinische Anwendungen.....	243
Kapitel I: Rechtliche Rahmenbedingungen der grenzüberschreitenden Telemedizin.....	243
§ 10 Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende medizinische Anwendung.....	244
§ 11 Datenschutz im Falle der grenzüberschreitenden Telemedizin	248
Kapitel II: Anwendbares Recht.....	253
1. Abschnitt: Allgemeiner Teil.....	253
§ 12 Internationalprivatrechtliche Qualifikation der Telemedizin.....	253
§ 13 Einordnung des Berufsrechts und des medizinischen Standards einer Behandlung.....	260
2. Abschnitt: Besonderer Teil – Das auf die Telemedizin anwendbare Recht.....	269
§ 14 Das auf Vertragsverhältnisse anwendbare Recht im Rahmen der Telemedizin.....	269
§ 15 Das auf unerlaubte Handlungen anwendbare Recht im Rahmen der Telemedizin.....	286
Gesamtergebnis.....	307
§ 16 Zusammenfassung der Ergebnisse des Arbeitsvorhabens	307
§ 17 Ergebnis des Rechtsvergleichs	311

LA TELEMEDECINE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE.....	313
Avant propos	315
Introduction : Définition et typologie de la télémédecine	317
§ 1 La recherche d'une définition de la télémédecine et le développement historique de la télémédecine	317
§ 2 Développement d'une typologie des actes télémédicaux	322
§ 3 Plan - Projet de cette étude	328
Partie I : Les solutions du droit de la responsabilité à l'épreuve de la télémédecine	331
Chapitre I : Le cadre légal de la télémédecine et la protection des droits du patient	331
§ 4 La licéité des actes télémédicaux	331
§ 5 La télémédecine et la protection des données médicales	357
Chapitre II : Fondement et régime de la responsabilité	371
Section I : La mise en œuvre de la télémédecine.....	371
§ 6 Les relations juridiques entre le patient et les acteurs de soins.....	371
§ 7 Les obligations engendrées par la télémédecine	382
Section II : La responsabilité des différents acteurs en matière de télémédecine.....	397
§ 8 La nature et fondement de la responsabilité.....	397
§ 9 Le partage de responsabilité et la responsabilité pour autrui en matière de télémédecine	427

Partie II : L'exercice transfrontalier de la télémédecine.....	449
Chapitre I : Le cadre légal de l'exercice médical transfrontalier.....	449
§ 10 La licéité des actes télémédicaux transfrontaliers.....	449
§ 11 La protection des données médicales en cas de leur transmission transfrontalière.....	452
Chapitre II : La télémédecine et les règles de conflits de lois.....	457
Section I : Les principes généraux de droit international privé eu égard à la télémédecine.....	457
§ 12 La qualification des actes télémédicaux selon le droit international privé.....	457
§ 13 La déontologie médicale et le niveau de qualité de soins à l'épreuve d'un exercice transfrontalier.....	462
Section II : La loi applicable aux applications de télémédecine.....	469
§ 14 La loi applicable aux relations contractuelles.....	469
§ 15 La loi applicable en matière extracontractuelle.....	477
Conclusion.....	487
§ 16 Conclusion de l'étude concernant la responsabilité médicale, la loi applicable à la télémédecine et la protection des données médicales.....	488
§ 17 Analyse de l'approche de droit comparé choisie dans cette étude.....	490
VERZEICHNIS DER ZITIERTEN LITERATUR.....	493
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	519
LEXIQUE.....	521

INHALTSVERZEICHNIS

TELEMEDIZINISCHE ANWENDUNGEN IN DEUTSCHLAND UND IN FRANKREICH.....1

Einleitung: Definition, geschichtliche Entwicklung und Typologie der Telemedizin.....1

§ 1 Begriffsbestimmung1

A. Frankreich2

I. Definition der Gesundheitstelematik2

II. Definition der Telemedizin.....3

B. Deutschland4

I. Definition der Gesundheitstelematik4

II. Definition der Telemedizin.....5

C. Vergleich und Zwischenergebnis.....6

§ 2 Erstellung einer Typologie für telemedizinische Handlungen.....7

A. Geschichtlicher Überblick über die Entwicklung der Telemedizin....7

B. Anwendungsgebiete.....9

C. Vorschläge für eine Systematisierung der Telemedizin.....11

I. Vorschläge für eine Systematisierung in Frankreich.....12

II. Vorschläge für eine Systematisierung in Deutschland.....14

III. Vergleich und eigener Vorschlag16

1. Vergleich.....16

2. Entwicklung eines Systems.....16

a. Unterscheidung nach Grad und Umfang der Einwirkung des Telemediziners.....17

b. Unterscheidung nach der Anzahl der beteiligten Personen.....17

3. Ergebnis.....18

§ 3 Arbeitsvorhaben und Problemstellung19

Teil I: Grundlagen und Haftungsfragen der Telemedizin.....21

Kapitel I: Rechtlicher Rahmen der Telemedizin und Datenschutz.....21

§ 4 Zulässigkeit telemedizinischer Handlungen21

A. Frankreich22

I. Rechtliche Grundlagen der Telemedizin22

1. Telemedizin als Form einer medizinischen Behandlung22

2. Rechtliche Bestimmungen23

a. Gesetzliche Regelungen.....23

b. Landesrechtliche Regeln.....24

II. Zulässigkeit und Voraussetzungen der Ausübung der Telemedizin25

1. Allgemeine Anforderungen25

a. Arztmonopol25

b. Aufklärung und Einwilligung des Patienten28

aa. Einwilligung in medizinische Handlungen28

bb. Aufklärung über den Einsatz der Telemedizin29

c. Schweigepflicht30

d. Notwendigkeit der Heilbehandlung.....32

2. Besondere Zulässigkeithindernisse32

a. Das Recht des Patienten auf freie Arztwahl32

b. Unzulässige Fernbehandlung33

aa. Telekonsultation34

bb. Teleexpertise35

cc. Teleoperation36

dd. Teleassistenz37

c. Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung38

d. Unzulässigkeit aufgrund höherangiger ethischer und rechtlicher Grundsätze40

III. Ergebnis40

B. Deutschland41

I. Rechtliche Grundlagen der Telemedizin41

1. Die Telemedizin als Form einer medizinischen Handlung.....41

2. Rechtliche Bestimmungen42

a. Gesetzliche Regelungen.....42

b. Landesrechtliche Regeln.....43

II. Zulässigkeit und Voraussetzungen der Ausübung der Telemedizin44

1. Allgemeine Anforderungen44

a. Arztmonopol44

b. Aufklärung und Einwilligung des Patienten45

aa. Aufklärung über den Einsatz der Telemedizin.....46

bb. Einwilligung in die telemedizinische Handlung	47
c. Schweigepflicht	48
d. Medizinische Indikation der Behandlung	50
2. Besondere Zulässigkeithindernisse	50
a. Das Recht des Patienten auf freie Arztwahl	50
b. Unzulässige Fernbehandlung	51
aa. Telekonsultation	53
bb. Teleexpertise	54
cc. Teleoperation	55
dd. Teleassistenz	56
c. Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung	57
d. Unzulässigkeit aufgrund höherangiger ethischer und rechtlicher Grundsätze	59
III. Ergebnis	60
C. Zusammenfassung und Vergleich	61
§ 5 Telemedizin und Datenschutz	62
A. Frankreich	63
I. Schutz der vie privée und medizinischer Daten im Rahmen der Datenverarbeitung bei der Telemedizin	63
1. Telemedizin im multimedialen Kontext	64
2. Datenschutz und Gesundheitsdaten	65
a. Gesetz Nr. 78-17 vom 6. Januar 1978	65
b. Sonstige Vorschriften	68
aa. Art. 9 Code Civil	69
bb. Gesetz Nr. 2002-303 vom 4. März 2002	69
cc. Ärztliche Schweigepflicht	70
II. Datensicherheit und Telemedizin	71
1. Datensicherheit im Rahmen telemedizinischer Daten- übertragungen	71
a. Gewährleistung der Vertraulichkeit der Gesundheitsdaten	71
b. Integrität und Authentizität der Daten	72
2. Datenhaltung und Archivierung der Gesundheitsdaten	73
a. Interne Datenhaltung	74
b. Datenhaltung in offenen Netzen	75
III. Ergebnis	75
B. Deutschland	76
I. Datenschutz im Rahmen der Telemedizin	77
1. Datenschutz beim Datentransport	77

2. Datenschutz im Rahmen der Nutzung von Medien- und Telediensten	78
3. Schutz des Dateninhalts	80
a. Bereichsspezifische Regel.....	80
aa. Berufrechtliche Geheimhaltungspflichten.....	81
bb. Datenschutz in den Sozialgesetzbüchern	81
b. Bundesdatenschutzgesetz und die Landesdatenschutzgesetze.....	82
aa. Anwendbarkeit des BDSG auf die Datenverarbeitung im Rahmen der Telemedizin	83
bb. Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Rahmen der Telemedizin nach dem BDSG.....	85
II. Datensicherheit und Telemedizin	87
1. Datensicherheit im Rahmen telemedizinischer Datenübertragung ..	87
a. Gewährleistung der Vertraulichkeit der Gesundheitsdaten.....	88
b. Integrität und Authentizität der Daten.....	88
2. Datenhaltung und Archivierung der Gesundheitsdaten.....	89
a. Interne Datenhaltung	90
b. Externer Zugriff auf die Datenhaltung	90
III. Ergebnis	91

D. Zusammenfassung und Vergleich92

Kapitel II: Haftungsgefüge der Telemedizin93

1. Abschnitt: Rechtliche Beziehungen und Pflichten bei der Telemedizin.....93

§ 6 Rechtsbeziehungen des Patienten zu Ärzten und Gesundheitseinrichtungen93

A. Frankreich93

I. Einführung in das französische Gesundheitssystem.....93

II. Die rechtlichen Beziehungen des Patienten im Rahmen der Telemedizin

1. Rechtliche Beziehungen im Rahmen der Behandlung durch einen niedergelassenen Arzt

a. Vertragsschluss zwischen Patient und Telemediziner.....97

aa. Der Patient hat direkten Kontakt mit dem Telemediziner

bb. Der Patient hat keinen direkten Kontakt mit dem Telemediziner.....98

b. Vertragstyp

aa. Informations- und Beratungsvertrag

bb. Arztvertrag

2. Rechtliche Beziehungen im Rahmen einer Behandlung in einer Klinik	103
a. Vertragsschluss zwischen Patient und Telemediziner.....	103
aa. Der Telemediziner ist in der Klinik angestellt	104
bb. Der Telemediziner ist freiberuflich in der Klinik tätig	104
b. Vertragstyp	105
3. Die rechtlichen Beziehungen im Rahmen einer Behandlung in einem öffentliches Krankenhaus.....	106
a. Der Patient als usager du service public.....	106
b. Möglichkeit der freiberuflichen Tätigkeit des Telemediziners in einem Krankenhaus	107
III. Ergebnis	107
B. Deutschland	108
I. Einführung in das deutsche Gesundheitssystem.....	108
II. Die rechtlichen Beziehungen des Patienten im Rahmen der Telemedizin	108
1. Rechtliche Beziehungen im Rahmen der Behandlung durch einen niedergelassenen Arzt	109
a. Vertragsschluss zwischen Patient und Telemediziner	109
aa. Der Patient hat direkten Kontakt mit dem Telemediziner	109
bb. Der Patient hat keinen direkten Kontakt mit dem Telemediziner.....	110
b. Vertragstyp	113
aa. Informations- und Beratungsvertrag	113
bb. Arztvertrag	113
2. Rechtliche Beziehungen im Rahmen der Behandlung in einem Krankenhaus.....	115
a. Vertragsschluss zwischen Patient und Telemediziner	115
b. Vertragstyp	117
III. Ergebnis	117
C. Zusammenfassung und Vergleich	118
§ 7 Pflichten bei der Telemedizin.....	119
A. Frankreich	119
I. Pflichten im Rahmen der Telemedizin	120
1. Die Telemedizin als medizinische Handlungsform.....	121
a. Grundpflicht - Obligation de soins	121
b. Gesteigerte Aufklärungspflicht - Obligation de conseil renforcé	123
aa. Medizinische Aufklärung	124

bb. Sonstige mit der Telemedizin zusammenhängende Aufklärungspflichten	125
c. Besondere Sicherheitspflichten	126
2. Der Einsatz der Telemedizin zur besseren Kooperation und Arbeitsteilung von Ärzten	129
a. Koordinationspflichten	129
b. Pflichtenverteilung unter den Ärzten	130
aa. Aufklärung und Einwilligung des Patienten	130
bb. Dokumentationspflicht	131
3. Die Telemedizin und der Einsatz der Datenverarbeitung	132
II. Rechtsnatur der Pflichten	133
1. Rechtsnatur der Pflichten im Rahmen der medizinischen Handlungen	134
a. Behandlungspflicht - obligation de soins	134
b. Aufklärungspflicht	135
c. Besondere Sicherheitspflichten	135
2. Rechtsnatur der Koordinations- und Organisationspflicht	136
3. Rechtsnatur der in Bezug auf die Datenverarbeitung bestehenden Pflichten	137
III. Ergebnis	138
B. Deutschland	138
I. Pflichten im Rahmen der Telemedizin	139
1. Die Telemedizin als medizinische Handlungsform	139
a. Ausführung der Heilbehandlung de lege artis	139
b. Gesteigerte Aufklärungspflicht im Rahmen der Telemedizin	141
aa. Medizinische Aufklärung	141
bb. Mit dem Einsatz der Telematik zusammenhängende Aufklärungspflichten	143
c. Besondere Sicherheitspflichten in Bezug auf den Technikeinsatz	143
2. Der Einsatz der Telemedizin zur besseren Kooperation und Arbeitsteilung von Ärzten	144
a. Koordinationspflichten	145
b. Pflichtenverteilung unter den Ärzten	146
aa. Aufklärung und Einwilligung des Patienten	146
bb. Dokumentationspflicht	147
3. Die Telemedizin und der Einsatz der Datenverarbeitung	148
II. Rechtsnatur der Pflichten – Bestätigung des Vertragstyps	149
III. Ergebnis	149
C. Zusammenfassung und Vergleich	150

2. Abschnitt: Telemedizin und Haftung.....151

§ 8 Haftungsgrundlage und Haftungsmodell telemedizinischer Handlungen.....151

A. Frankreich151

- I. Grundlagen des Haftungsrechts und der Arzthaftung..... 152
 - 1. Einführung in das französische Haftungssystem..... 152
 - a. Zivilrechtliche Haftung..... 152
 - aa. Fait dommageable 153
 - (1). Deliktische Haftung 153
 - (2). Vertragliche Haftung 155
 - bb. Schaden und Kausalität..... 155
 - b. Staatshaftung 156
 - 2. Grundlagen der Arzthaftung 157
 - a. Arzthaftung im Falle der Behandlung bei einem niedergelassenen Arzt..... 157
 - aa. Grundsatz der Haftung für faute..... 158
 - (1). Fait dommageable 159
 - (2). Schaden 159
 - (3). Kausalität zwischen schädigender Handlung und Schaden 160
 - bb. Haftung ohne faute 161
 - b. Arzthaftung im Falle der Behandlung in einer Klinik 161
 - aa. Haftung der Klinik..... 161
 - bb. Haftung des Arztes 162
 - c. Haftung im Fall der Behandlung in einem Krankenhaus 163
 - aa. Haftung des Krankenhauses 163
 - (1). Haftung für faute..... 164
 - (2). Haftung ohne faute..... 164
 - bb. Haftung des Arztes 165
- II. Haftungsgründe im Rahmen der Ausführung der Telemedizin 165
 - 1. Telemedizinische Behandlung durch niedergelassene Ärzte 166
 - a. Spezifische Haftungsgründe im Rahmen der Behandlung..... 166
 - aa. Nichteinsatz der Telemedizin 166
 - bb. Verletzung der Aufklärungspflicht 167
 - b. Haftung aufgrund der mangelhaften Organisation und Kommunikation 167
 - aa. Gesamtorganisation im Rahmen der Telemedizin 168
 - bb. Haftung aufgrund falscher Diagnose wegen unrichtiger Patientendaten 168
 - c. Haftung für den Einsatz von Technik 170

d. Probleme der Kausalität und Zurechnung im Rahmen der Telemedizin	171
aa. Telekonsultation	171
(1). Haftung des Telemediziners	172
(2). Haftung des Primärbehandlers	173
bb. Teleexpertise	173
(1). Haftung des Telemediziners	173
(2). Haftung des Primärbehandlers	174
cc. Teleoperation	175
2. Haftung bei einer Behandlung in einer Klinik	175
a. Haftung der Klinik	175
b. Haftung des Telemediziners und des Primärbehandlers	176
3. Haftung bei einer Behandlung in einem Krankenhaus	177
4. Haftung aufgrund der Datenübermittlung und -verarbeitung	177
a. Verletzung der vie privée und des secret médical	177
b. Unsachgemäße Datenverarbeitung	178
III. Alternative Haftungsmodelle	178
1. Haftung ohne faute für den Einsatz von Informations- technologien	179
2. Mangelhafte Kommunikation und Organisation	180
IV. Ergebnis	181

B. Deutschland182

I. Haftungsgrundlage	182
1. Grundlagen der Arzthaftung	182
a. Die vertragliche Arzthaftung	183
aa. Sorgfaltspflichtverletzung	183
bb. Verschulden	184
cc. Kausalität und Schaden	185
b. Die außervertragliche Arzthaftung	186
2. Grundlagen der Krankenhaushaftung	186
a. Haftung des Krankenhausträger	187
aa. Vertragliche Haftung	187
bb. Deliktische Haftung	188
b. Haftung des behandelnden Arztes	188
II. Haftungsgründe im Rahmen der Ausführung der Telemedizin	188
1. Telemedizinische Behandlung durch niedergelassene Ärzte	189
a. Spezifische Haftungsgünde bei der Telemedizin	189
aa. Haftungsgründe im Bereich der medizinischen Behandlung ..	189
(1). Nichteinsatz der Telemedizin	189
(2). Verletzung der Aufklärungspflicht	190
(3). Haftung für den Einsatz von Technik	191

bb. Haftung aufgrund mangelhafter Organisation und Kommunikation.....	192
(1). Haftungssituation aufgrund der arbeitsteiligen Behandlung	192
(2). Haftung aufgrund von Kommunikationsdefiziten und Kommunikationsfehlern	194
b. Besondere Probleme der Kausalität und Zurechnung im Rahmen der Telemedizin.....	195
aa. Telekonsultation	195
(1). Haftung des Primärbehandlers.....	195
(2). Haftung des Telemediziners	196
bb. Teleexpertise	197
(1). Haftung des Primärbehandlers.....	197
(2). Haftung des Teleexperten	198
cc. Teleoperation	199
2. Telemedizinische Behandlung in einem Krankenhaus.....	200
a. Haftung des Krankenhausträgers.....	200
b. Haftung des Telemediziners und des Primärbehandlers	201
3. Haftung für die Erhebung und Übertragung von Daten	201
a. Besondere Haftungstatbestände des BDSG.....	201
b. Weitergehende Haftung	203
4. Zwischenergebnis.....	204
III. Alternative Haftungsmodelle für die Telemedizin.....	204
1. Einführung einer Gefährdungshaftung als Haftungsmodell für die Telemedizin	205
a. Gefährdungshaftung aufgrund des verstärkten Einsatzes von Technik	205
b. Gefährdungshaftung aufgrund erhöhtem Organisations- und Kommunikationsbedarf	207
2. Haftungserleichterungen über Beweisregelungen	207
IV. Ergebnis.....	208

C. Zusammenfassung und Vergleich209

§ 9 Einstandspflichten für die Behandlungsbeiträge im Rahmen der Telemedizin210

A. Frankreich210

I. Haftung für Dritte im Medizinrecht.....	211
1. Allgemeine zivilrechtliche Haftung für Dritte – Responsabilité du fait d'autrui	211
a. Vertragliche Haftung für Dritte	211
b. Deliktische Haftung für Dritte.....	212

2. Arzthaftung im Falle der Kooperation mehrerer Ärzte	212
a. Haftung im Rahmen der Zusammenarbeit niedergelassener (freiberuflicher) Ärzte	212
aa. Haftung für einen Assistenten	213
bb. Haftung im Rahmen der Hinzuziehung eines Kollegen	213
cc. Haftung im Rahmen der Zusammenarbeit in einer Laborgemeinschaft.....	214
b. Haftung im Rahmen der Zusammenarbeit von Ärzten in einer Klinik	214
aa. Haftung der Klinik für die Handlung eines Arztes.....	215
bb. Haftung eines Arztes für seinen Kollegen	215
c. Haftung im Rahmen der Zusammenarbeit von Ärzten in einem Krankenhaus	216
II. Einstandspflichten für den (tele)medizinischen Beitrag zur Behandlung.....	217
1. Telemedizinische Behandlung durch niedergelassene Ärzte	217
a. Telekonsultation	217
aa. Haftung des Primärbehandler	217
bb. Haftung des Telemediziners.....	218
b. Teleexpertise.....	219
aa. Haftung des Primärbehandlers	219
(1). Der Telemediziner hat keine vertraglichen Beziehungen mit dem Patienten	219
(2). Der Telemediziner hat vertragliche Beziehungen mit dem Patienten.....	220
bb. Haftung des Telemediziners.....	220
c. Teleoperation	221
2. Telemedizinische Behandlung in einer Klinik.....	222
a. Haftung der Klinik.....	222
b. Haftung der Ärzte	223
3. Telemedizinische Behandlung in einem Krankenhaus.....	223
4. Zwischenergebnis.....	224
III. Begründung neuer Einstandspflichten im Rahmen der Telemedizin	224
1. Kritik an dem aktuellen System.....	224
2. Lösungsvorschlag.....	225
B. Deutschland	226
I. Haftung für Dritte im Medizinrecht.....	226
1. Haftung im Rahmen der Zusammenarbeit niedergelassener Ärzte.....	227
a. Haftung für einen Assistenten oder angestellten Arzt.....	227
b. Hinzuziehung eines weiteren Arztes	227

c. Haftung im Rahmen einer organisatorischen Kooperation	229
2. Haftung für Dritte im Rahmen der Behandlung in einem Krankenhaus.....	230
II. Einstandspflichten für den (tele)medizinischen Beitrag zur Behandlung.....	232
1. Telemedizinische Behandlung durch niedergelassene Ärzte	232
a. Telekonsultation	232
aa. Haftung des Primärbehandlers	232
bb. Haftung des Telemediziners.....	233
b. Teleexpertise.....	234
aa. Haftung des Primärbehandlers	234
bb. Haftung des Teleexperten	235
c. Teleoperation	235
2. Telemedizinische Behandlung in einem Krankenhaus.....	236
a. Totaler Krankenhausaufnahmevertrag	236
b. Krankenhausaufnahmevertrag mit Wahlleistungsabrede.....	236
c. Gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag.....	237
3. Zwischenergebnis.....	237
III. Begründung neuer Einstandspflichten im Rahmen der Telemedizin	238
1. Ausdehnung der Zurechnungsvorschriften.....	238
2. Begründung einer Gesamtschuld	239
C. Zusammenfassung und Vergleich	240
Teil II: Grenzüberschreitende telemedizinische Anwendungen.....	243
Kapitel I: Rechtliche Rahmenbedingungen der grenzüberschreitenden Telemedizin	243
§ 10 Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende medizinische Anwendung	244
A. Grenzüberschreitende Telemedizin innerhalb der EU	244
B. Grenzüberschreitende Telemedizin mit einem Drittland	246
I. Regelungen zum Zugang des Arztberufes in Deutschland und Frankreich.....	246
II. Voraussetzungen für die Berufsausübung im Rahmen der Telemedizin	246
1. Der Telemediziner muss allein an seinem Tätigkeitsort zugelassen sein.....	247
2. Einführung einer internationalen Telemedizin-Lizenz.....	248

§ 11 Datenschutz im Falle der grenzüberschreitenden Telemedizin.....	248
A. Deutschland	249
B. Frankreich.....	250
C. Zusammenfassung und Vergleich	251
Kapitel II: Anwendbares Recht.....	253
1. Abschnitt: Allgemeiner Teil.....	253
§ 12 Internationalprivatrechtliche Qualifikation der Telemedizin.....	253
A. Deutschland	254
I. Rechtsbeziehungen zwischen Patient und Arzt bzw. Krankenhaus und Haftungsfolgen	254
II. Datenverarbeitung im Rahmen der telemedizinischen Behandlung.....	256
B. Frankreich.....	256
I. Rechtsbeziehungen zwischen Patient und Ärzten bzw. Kliniken und Haftungsfolgen	257
II. Rechtsbeziehungen und Haftungsfragen im Fall der Aufnahme in ein Krankenhaus	257
III. Verletzungen der vie privée durch unbefugte Datenübertragung oder -verarbeitung	258
C. Zusammenfassung und Vergleich	259
§ 13 Einordnung des Berufsrechts und des medizinischen Standards einer Behandlung	260
A. Anwendbares Berufsrecht.....	260
I. Deutschland.....	261
II. Frankreich	261
III. Kritik und Lösungsvorschlag	262
B. Geltender Standard für den medizinischen Behandlungsfehler	262
I. Allgemeine Einordnung des Standards im Internationalen Privatrecht.....	263
1. Auffassungen in Deutschland	263
2. Auffassungen in Frankreich.....	265

II. Geltender Standard bei grenzüberschreitenden telemedizinischen Anwendungen.....	266
1. Standard des medizinischen Eingriffsortes oder des Handlungsortes des Telemediziners	266
2. Kritik und Lösungsvorschlag	267
2. Abschnitt: Besonderer Teil – Das auf die Telemedizin anwendbare Recht.....	269
§ 14 Das auf Vertragsverhältnisse anwendbare Recht im Rahmen der Telemedizin	269
A. Subjektive Anknüpfung – Rechtswahl gem. Art. 27 EGBGB	269
I. Grundsatz	270
II. Grenzen	271
1. Zwingende Vorschriften	271
2. Verbraucherschutzbestimmungen.....	272
a. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich	272
b. Räumlicher Anwendungsbereich	272
aa. Vollständige Erbringung der Dienstleistung im Ausland	272
bb. Ausdrückliches Angebot oder Werbung im Heimatstaat	273
cc. Entgegennahme der Bestellung im Staat des Verbrauchers.....	275
c. Zwischenergebnis	276
3. Verbraucherschutz für besondere Gebiete (Art. 29 a EGBGB) - Exkurs	277
B. Objektive Anknüpfung.....	278
I. Engste Verbindung gemäß Art. 28 Abs. 1, 2 EGBGB	278
1. Ermittlung der charakteristischen Leistung bei der Telemedizin	278
2. Lokalisierung des Leistenden	279
a. Grundfall: Leistung am Ort der Niederlassung	279
b. Abweichungen vom Grundfall	280
aa. Der Telemediziner hat mehrere Niederlassungen	280
bb. Der Telemediziner hat keine feste Niederlassung	281
II. Engere Verbindung gemäß Art. 28 Abs. 5 EGBGB.....	281
1. Der Telemediziner ist am Behandlungsort auch zugelassen	282
2. Akzessorische Anknüpfung an das für den Vertrag mit dem Primärbe-handler geltende Recht.....	283
III. Verbraucherverträge gemäß Art 29 EGBGB	284
C. Kritik.....	284
I. Anwendung des Rechts am physischen Behandlungsort des Patienten	284

II. Problem des mobilen Dienstleisters durch den Einsatz von Telekommunikation.....	286
§ 15 Das auf unerlaubte Handlungen anwendbare Recht im Rahmen der Telemedizin.....	286
A. Deutschland	287
I. Das anwendbare Recht für eine unerlaubte Handlung - Deliktsstatut.....	287
II. Anwendung auf die Telemedizin.....	288
1. Unerlaubte Handlung im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung	288
a. Anknüpfung an den Handlungsort.....	288
b. Wahl des Erfolgsortes.....	289
c. Auflockerung des Deliktsstatuts.....	291
aa. Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt bzw. Niederlassung in einem Staat.....	291
bb. Besondere rechtliche oder tatsächliche Beziehung zwischen den Beteiligten	291
d. Zwischenergebnis	292
2. Unerlaubte Handlung aufgrund einer unrechtmäßigen Datenverarbeitung	293
a. Rechtswidrige Datenverarbeitung und -übermittlung durch den Primärbehandler.....	293
aa. Bestimmung des Rechts am Handlungs- bzw. Erfolgsort.....	294
bb. Auflockerung des Deliktstatuts.....	295
b. Rechtswidrige Datenverarbeitung und -übermittlung durch den Telemediziner	296
III. Ergebnis.....	296
B. Frankreich.....	297
I. Das anwendbare Recht für eine unerlaubte Handlung - Deliktsstatut.....	297
II. Anwendung auf die Telemedizin.....	298
1. Unerlaubte Handlungen im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung	298
a. Besonderheit der Handlung mittels Telekommunikationstechniken	298
b. Auswirkungen auf die Telemedizin	299
2. Unerlaubte Handlung im Zusammenhang mit einer Datenverarbeitung	300
III. Ergebnis.....	301

C. Europäische Perspektive – Vorschlag für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“)	302
I. Regelungsinhalt.....	302
II. Auswirkungen für die Telemedizin	303
D. Zusammenfassung und Vergleich	304
Gesamtergebnis	307
§ 16 Zusammenfassung der Ergebnisse des Arbeitsvorhabens	307
A. Das Haftungsgefüge bei der Telemedizin	308
B. Das anwendbare Recht bei grenzüberschreitenden telemedizinischen Anwendungen	309
C. Datenschutz und der Datensicherheit im Rahmen der Telemedizin	310
§ 17 Ergebnis des Rechtsvergleichs	311
LA TELEMEDECINE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE	313
Avant propos	315
Introduction : Définition et typologie de la télémédecine	317
§ 1 La recherche d’une définition de la télémédecine et le développement historique de la télémédecine	317
A. La définition de la télémédecine	317
I. Les définitions préposées en France	317
II. Les définitions proposées en Allemagne	318
III. Définition retenue pour la présente étude	319
B. Le développement historique de la télémédecine	320
§ 2 Développement d’une typologie des actes télé médicaux	322
A. Applications pratiques de la télémédecine	322

B. Typologies de la télémédecine existant en France et en	
Allemagne	324
I. Propositions d'une typologie en France.....	324
II. Proposition d'une typologie en Allemagne	325
III. Comparaison des deux approches	326
C. Proposition de typologie	327
§ 3 Plan - Projet de cette étude.....	328
Partie I : Les solutions du droit de la responsabilité à l'épreuve de la	
télémédecine	331
Chapitre I : Le cadre légal de la télémédecine et la protection	
des droits du patient	331
§ 4 La licéité des actes télémédicaux.....	331
A. En France.....	332
I. Les dispositions applicables en matière de télémédecine.....	332
1. La télémédecine est-elle un acte médical ?.....	332
2. Les dispositions légales.....	333
3. Les règles de déontologie médicale	334
II. La télémédecine eu égard aux exigences du droit médical	334
1. L'acte pratiqué par un médecin.....	334
2. Le consentement éclairé du patient.....	336
3. Le secret professionnel	338
III. Les problèmes spécifiques résultant de la distance entre patient	
et télémédecin	339
1. Le droit du patient au libre choix de son médecin.....	339
2. L'obligation du médecin de procéder à un examen clinique.....	340
3. L'obligation du médecin d'effectuer personnellement	
l'acte médical	343
4. Garantie des soins selon l'éthique médicale	344
B. En Allemagne.....	344
I. Les dispositions applicables en matière de télémédecine.....	344
1. La télémédecine est-elle un acte médical ?.....	344
2. Les dispositions légales et les règles de la déontologie médicale ...	345
II. La télémédecine eu égard aux exigences du droit médical	346
1. L'acte pratiqué par un médecin.....	346
2. Le consentement éclairé du patient.....	347
3. Le secret professionnel	349

III. Les problèmes spécifiques résultant de la distance entre patient et télémedecin	350
1. Le droit du patient au libre choix de son medecin.....	350
2. L'obligation du medecin de proceder à un examen clinique	350
3. L'obligation du medecin d'effectuer personnellement l'acte medical	354
4. Garantie des soins selon l'éthique médicale	355
C. Résumé et comparaison	356
§ 5 La télémédecine et la protection des données médicales	357
A. En France.....	357
I. La protection de la vie privée eu égard au traitement des données	358
1. La protection des données de santé selon la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.....	358
2. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 et l'hébergement des données médicales.....	361
II. La sécurisation des données personnelles	362
1. La protection des données lors de la transmission.....	362
2. La protection des données médicales enregistrées et archivées	363
B. En Allemagne.....	364
I. La protection de la vie privée eu égard au traitement des données	365
1. La protection des données médicales selon le Code de la Sécurité Sociale – Sozialgesetzbuch (SGB)	365
2. La loi fédérale relative à la protection des données.....	366
II. La sécurisation des données personnelles	368
1. La protection des données lors de la transmission.....	368
2. La protection des données médicales enregistrées et archivées	369
C. Résumé et comparaison	369
Chapitre II : Fondement et régime de la responsabilité	371
Section I : La mise en œuvre de la télémédecine.....	371
§ 6 Les relations juridiques entre le patient et les acteurs de soins.....	371
A. En France.....	371
I. Le système de santé français	371
II. Les relations juridiques dans le cadre de la télémédecine	374

1. Dans l'hypothèse d'un traitement par un médecin exerçant dans son cabinet en ville	374
2. Dans l'hypothèse d'une hospitalisation du patient dans un établissement privé.....	376
3. Dans l'hypothèse d'une hospitalisation du patient dans un établissement public.....	377
B. En Allemagne.....	377
I. Le système de santé allemand.....	377
II. Les relations juridiques dans le cadre de la télémédecine.....	379
1. Dans l'hypothèse d'un traitement dans un cabinet médical en ville.....	379
2. Dans l'hypothèse d'un traitement à l'hôpital	380
C. Résumé et comparaison.....	381
§ 7 Les obligations engendrées par la télémédecine.....	382
A. En France.....	382
I. Les obligations des acteurs de soins liées à l'exercice de la télémédecine	383
1. La télémédecine comme acte médical	383
2. La télémédecine comme forme de coopération entre plusieurs médecins.....	387
3. Le recours aux systèmes de télécommunication et de traitement de données.....	388
II. La nature juridique des obligations	389
1. La nature juridique de l'obligation résultant de l'acte médical	389
2. La nature de l'obligation de coordonner l'intervention télé médicale.....	391
3. La nature des obligations liées à l'utilisation de systèmes de traitement de données.....	391
B. En Allemagne.....	391
I. Les obligations des acteurs de soins liées à l'exercice de la télémédecine	392
1. La télémédecine comme acte médical	392
2. La télémédecine comme forme de coopération entre plusieurs médecins.....	393
3. Le recours aux systèmes de télécommunication et de traitement de données.....	394
II. Charge de la preuve en cas de faute médicale	395

C. Résumé et comparaison.....	395
Section II : La responsabilité des différents acteurs en matière de télémedecine.....	397
§ 8 La nature et fondement de la responsabilité	397
A. En France.....	397
I. Le régime de la responsabilité médicale.....	397
1. La responsabilité du médecin exerçant dans son cabinet	398
2. Le régime de responsabilité médicale en cas de traitement dans une clinique.....	400
3. Le régime de la responsabilité médicale en cas de traitement dans un hôpital	402
II. Le fondement de la responsabilité en matière de télémedecine	404
1. La responsabilité du médecin exerçant dans son cabinet	404
2. La responsabilité médicale en cas de traitement dans une clinique.....	409
3. La responsabilité en cas de traitement dans un hôpital.....	410
4. La responsabilité résultant d'un défaut dans la transmission ou traitement de données.....	410
III. La nécessité de règles de responsabilité spécifiques en matière de télémedecine	411
1. Des règles spécifiques de responsabilité en raison de recours à des technologies d'information.....	411
2. Les règles spécifiques de responsabilité eu égard à la mauvaise coordination dans la prise en charge du patient.....	413
B. En Allemagne.....	413
I. Le régime de responsabilité médicale.....	413
1. La responsabilité du médecin exerçant dans son cabinet	413
2. La responsabilité médicale en cas de traitement dans un établissement de soins.....	415
II. Le fondement de la responsabilité en matière de télémedecine	417
1. La responsabilité du médecin exerçant dans son cabinet	417
2. La responsabilité médicale en cas de traitement dans un établissement de soins.....	422
3. La responsabilité résultant d'un défaut dans la transmission ou le traitement de données.....	422
III. Nécessité des règles de responsabilité spécifiques en matière de télémedecine	424
1. La responsabilité sans faute en matière de télémedecine	424

2. Une atténuation des règles de preuve en matière de télé-médecine.....	426
C. Résumé et comparaison.....	426
§ 9 Le partage de responsabilité et la responsabilité pour autrui en matière de télé-médecine.....	427
A. En France.....	428
I. Régime de responsabilité médicale pour autrui	429
1. Responsabilité des médecins exerçant en cabinet	429
2. Régime de responsabilité médicale en cas de traitement dans une clinique.....	430
II. La responsabilité pour autrui en matière de télé-médecine	431
1. Responsabilité du ou des médecins en cas de traitement du patient en ville	431
2. La responsabilité des médecins en cas de traitement dans une clinique.....	434
3. La responsabilité en cas de traitement dans un hôpital.....	435
III. Nécessité des règles de responsabilité spécifiques en matière de télé-médecine	435
1. Analyse du régime actuel de la responsabilité du fait d'autrui.....	436
2. Critique et prise de position	436
B. En Allemagne.....	437
I. Régime de responsabilité médicale pour autrui	437
1. Responsabilité du médecin exerçant dans son cabinet	437
2. La responsabilité de l'établissement de soins et des médecins y exerçant	440
II. La responsabilité pour autrui en matière de télé-médecine	441
1. Responsabilité des médecins exerçant dans leurs cabinets.....	441
2. La responsabilité des médecins en cas de traitement dans un établissement de soins.....	443
III. La nécessité de règles de responsabilité spécifiques en matière de télé-médecine	444
1. L'élargissement des règles de responsabilité pour autrui	445
2. L'admission d'une responsabilité in solidum du médecin sur place et du télé-médecin	445
C. Résumé et comparaison.....	447

Partie II : L'exercice transfrontalier de la télémédecine	449
Chapitre I : Le cadre légal de l'exercice médical transfrontalier	449
§ 10 La licéité des actes télé médicaux transfrontaliers.....	449
A. L'exercice de la télémédecine dans l'Union Européenne.....	450
B. L'exercice de la télémédecine avec un pays tiers	451
§ 11 La protection des données médicales en cas de leur transmission transfrontalière	452
A. En Allemagne	453
B. En France.....	454
C. Résumé et comparaison.....	455
Chapitre II : La télémédecine et les règles de conflits de lois.....	457
Section I : Les principes généraux de droit international privé eu égard à la télémédecine.....	457
§ 12 La qualification des actes télé médicaux selon le droit international privé.....	457
A. En Allemagne	458
I. Les relations entre le patient et son médecin ou l'établissement de soins et le régime de responsabilité.....	458
II. La qualification des problèmes engendrés par le traitement des données dans le cadre de la télémédecine.....	459
B. En France.....	459
I. Les relations entre le patient et son médecin ou l'établissement de soins privé et le régime de responsabilité.....	459
II. Les relations entre le patient et l'établissement de soins public et le régime de responsabilité	460
III. La qualification des problèmes engendrés par le traitement des données dans le cadre de la télémédecine	461
C. Résumé et comparaison.....	461

§ 13 La déontologie médicale et le niveau de qualité de soins à l'épreuve d'un exercice transfrontalier.....	462
A. Les règles déontologiques applicables.....	462
I. En Allemagne.....	462
II. En France	463
III. Critique et Proposition.....	463
B. Le niveau de qualité de soins requis – standard médical	464
I. La qualification des règles de conduites ou les données de standard selon le droit international privé.....	464
1. En Allemagne.....	464
2. En France	465
II. Proposition d'une qualification des règles de conduites ou de données de standard pour les applications transfrontalières de la télémédecine	466
Section II : La loi applicable aux applications de télémédecine.....	469
§ 14 La loi applicable aux relations contractuelles	469
A. Le régime et la limite du choix de la loi applicable au contrat de télémédecine.....	470
I. La mise en oeuvre du principe de la liberté du choix de la loi applicable au contrat de télémédecine.....	470
II. Les limites du principe.....	470
1. Les dispositions impératives et lois de police.....	470
2. Les dispositions impératives concernant la protection du consommateur	471
B. Détermination de la loi applicable à défaut de choix des parties - la règle de conflit de lois	472
I. Le lien le plus étroit du contrat - Art. 28 alinéa 1 et 2 du EGBGB	472
II. Des liens le plus étroit avec un autre pays - Art. 28 alinéa 5 du EGBGB.....	475
III. Cas particulier : La loi applicable en cas de qualification du contrat de télémédecine en tant que contrat conclu avec un consommateur.....	476
C. Critiques.....	476

§ 15 La loi applicable en matière extracontractuelle	477
A. En Allemagne	478
I. La règle de conflit de lois – statut délictuel	478
II. Mise en oeuvre de la règle de conflit en matière de télémédecine.....	478
1. La loi applicable aux fautes médicales commises par le télémédecin	478
2. La loi applicable en cas de traitement non autorisé ou erroné de données médicales.....	479
B. En France	481
I. La règle de conflit de lois – statut délictuel	481
II. Mise en oeuvre de la règle de conflit en matière de télémédecine.....	482
1. La loi applicable aux fautes médicales commises par le télémédecin	482
2. La loi applicable au traitement erroné de données médicales	483
C. Les perspectives européennes – La proposition de règlement européen sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).....	484
D. Résumé et comparaison.....	485
Conclusion	487
§ 16 Conclusion de l'étude concernant la responsabilité médicale, la loi applicable à la télémédecine et la protection des données médicales.....	488
A. La responsabilité des acteurs de la télémédecine.....	488
B. La loi applicable à la télémédecine	489
C. La protection des données médicales dans le cadre de la télémédecine	490
§ 17 Analyse de l'approche de droit comparé choisie dans cette étude...	490
VERZEICHNIS DER ZITIERTEN LITERATUR.....	493
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	519
LEXIQUE	521

TELEMEDIZINISCHE ANWENDUNGEN IN DEUTSCHLAND UND IN FRANKREICH

Einleitung: Definition, geschichtliche Entwicklung und Typologie der Telemedizin

Immer häufiger stößt man im Gesundheitswesen auf den Begriff der Telemedizin. Unter diesem "Schlagwort" werden meistens die Anwendungen von neuen Technologien diskutiert, die Probleme lösen sollen, wie eine unzureichende Versorgung mit Ärzten, die Reduzierung der Kosten im Gesundheitswesen und eine Verbesserung des medizinischen Standards. Gerade in Frankreich hat die Telemedizin im Rahmen der erwarteten medizinischen Unterversorgung eine starke politische Diskussion ausgelöst¹.

Doch was verbirgt sich hinter dem Begriff der Telemedizin? Ist die Telemedizin ein neues Spezialgebiet in der Medizin, ein Modewort für international tätige Ärzte oder der schon immer bestehende Meinungs-austausch zwischen Ärzten per Post und heute per E-Mail und Videokonferenz? Ist bereits jedes Telefonat oder die Versendung eines Laborberichts eine Anwendung der Telemedizin, oder sind noch andere Voraussetzungen zu erfüllen?

Um diese Frage beantworten zu können, beschäftigt sich diese rechtsvergleichende Arbeit zunächst mit den bestehenden Definitionen (§ 1). Da sich die Telemedizin jedoch nur sehr schwer theoretisch erfassen lässt, erfolgt ein kurzer geschichtlicher Überblick über die Entwicklung der Telemedizin sowie eine Darstellung von Beispielfällen der in der Praxis eingesetzten Anwendungen. Aufgrund der schon jetzt zu verzeichnenden Fülle von Anwendungen wird versucht, die Telemedizin nach Anwendungstypen zu ordnen, damit eine Bearbeitung des Themas erleichtert wird (§ 2). Am Schluss dieser Einleitung wird schließlich das Arbeitsvorhaben dargestellt und die in Frankreich und Deutschland bestehenden rechtlichen Problemkreise umrissen (§ 3).

§ 1 Begriffsbestimmung

Da die Telemedizin rechtsvergleichend untersucht wird, muss zunächst festgestellt werden, was in Frankreich und in Deutschland unter dem Begriff der Telemedizin verstanden wird.

¹ Siehe etwa: Avis au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de la loi de finances pour 2005 (n° 1800) par Madame Berengère Poletti, Assemblée Nationale N° 1864, 2004, Seite 21 ff. : Pour lutter contre les déserts médicaux : Les promesses de la télémédecine (Übersetzung: Zum Kampf gegen Wüsten ärztlicher Versorgung: Die Versprechen der Telemedizin).

A. Frankreich

Wenn man sich der Telemedizin nähert, stößt man sehr schnell auch auf den Begriff der Gesundheitstelematik. Zwischen der Gesundheitstelematik und der Telemedizin ist jedoch zu unterscheiden. Die Gesundheitstelematik umfasst die Telemedizin und bildet damit den Oberbegriff². Da zum Teil alle Anwendungen der Gesundheitstelematik als Telemedizin bezeichnet werden, kann dies sehr schnell zu Missverständnissen führen. Beide Begriffe werden deshalb im Folgenden voneinander abgegrenzt.

I. Definition der Gesundheitstelematik

Wie aus den Wortbestandteilen bereits hervorgeht, handelt es sich bei der Gesundheitstelematik um den Einsatz von Telematik (Telekommunikation und Informatik) im Gesundheitswesen. Als Definition wird von vielen Autoren die von der Weltgesundheitsorganisation (OMS/WHO) bei einem zu diesem Thema vom 11. – 16. Dezember 1997 abgehaltenen Seminar zitiert³: „*L'ensemble des activités, des services et des systèmes relatifs à la santé et mis en œuvre à distance grâce aux techniques de l'informatique et de la communication, dans le but de promouvoir la santé globale, de combattre les maladies, de faciliter les soins, l'éducation, l'organisation et la recherche en matière de santé.*“ – Die Gesamtheit aller Gesundheitsaktivitäten, -dienste und -systeme, die durch die Informations- und Kommunikationstechnik zur Überbrückung von Entfernungen mit dem Ziel eingesetzt werden, weltweit die Gesundheit zu fördern, Krankheiten zu bekämpfen und die Behandlung, die Bildung und die Organisation der Forschung auf dem Gebiet des Gesundheitswesens zu erleichtern⁴.

Diese Definition beschreibt sehr gut den enormen Umfang des Gebiets der Gesundheitstelematik. Es umfasst auf der technischen Seite jeglichen Einsatz von Informationstechnologie zur weltweiten Kommunikation im Gesundheitswesen. Zudem beinhaltet die Gesundheitstelematik nicht nur die Behandlung von Krankheiten, sondern auch den Aufbau von Gesundheitssystemen, den Kampf gegen Epidemien, die Aus- und Weiterbildung und die medizinischen Forschung.

² Dusserre/Ducrot/Allaert, L'information médicale, L'ordinateur et la loi, Seite 180; Faure, Télémédecine: définitions et moyens techniques, in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la télémédecine, Seite 2.

³ Zitiert bei: Hazebroucq, Fiabilité et acceptabilité de la téléradiologie, Seite 10; Faure, Télémédecine: définitions et moyens techniques, in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la télémédecine, Seite 2; Dusserre/Ducrot/Allaert, L'information médicale L'ordinateur et la loi, Seite 180.

⁴ Nicht anders gekennzeichnete Übersetzungen sind freie Übersetzungen des Verfassers, die keine offizielle Übersetzung darstellen.

II. Definition der Telemedizin

In der medizinischen und juristischen Literatur sind zur Telemedizin verschiedene Definitionsvorschläge zu finden, von denen nur einige Definitionen exemplarisch genannt werden.

Lefebvre⁵: „*La transmission de données médicales à visée diagnostique ou thérapeutique relatives à un patient pour son bénéfice individuel*“. - Die Übertragung von medizinischen Daten mit diagnostischem oder therapeutischem Gegenstand bezüglich eines Patienten und zu dessen individuellem Nutzen.

Faure⁶: „*La télémedecine est une nouvelle forme de pratique médicale coopérative et qui se fait à distance, en temps réel ou en temps différé, entre professionnels de santé, en présence du patient avec son consentement, ou sans le patient*.“ - Die Telemedizin ist eine neue Form der medizinischen Zusammenarbeit auf Distanz zwischen Ärzten, die zeitgleich oder zeitversetzt, in Anwesenheit des Patienten mit dessen Einwilligung oder ohne Anwesenheit des Patienten vorgenommen wird.

Forgeron und Beslay⁷: „*L'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de communication comme support de mise en œuvre d'une relation « médicalisée » à distance*.“ - Der Einsatz neuer Informations- und Kommunikationstechnologien als Grundlage einer medizinischen Fernbeziehung.

Besondere Bedeutung kommt dem parlamentarischen Bericht des Abgeordneten Jean Dionis du Séjour und des Senators Jean-Claude Etienne zu⁸, in welchem die Telemedizin wie folgt definiert wird: „*La télémedecine est l'acte médical utilisant la vidéo interactive, audio, et autres appareils technologiques d'auscultation pour porter un diagnostic à distance et engager ses soins*.“ - Die Telemedizin ist eine medizinische Heilbehandlung, bei der interaktive Bild- und Tonaufnahmen sowie andere technische Untersuchungsgeräte zur Erstellung einer Diagnose oder zur Fernbehandlung verwandt werden.

⁵ Lefebvre, Télémedecine et santé, in: Ordre national des médecins, Conseil national de l'ordre : Autoroute de l'information et déontologie médicale, Seite 98.

⁶ Faure, Télémedecine : définitions et moyens techniques, in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la télémedecine, Seite 2.

⁷ Forgeron/Beslay, Les applications de télémedecine : des responsabilités médicales traditionnelles aux responsabilités techniques nouvelles, Gazette du Palais, 14.-16.10.2001, Seite 20.

⁸ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques établi à la demande de Monsieur Claude Birraux, président de la Commission des Affaires culturelles familiales et sociales, Assemblée nationale N° 1686 et Sénat N° 370, 2004, Seite 69.

Seit August 2004 gibt es eine gesetzliche Definition der Telemedizin. Artikel 32 des Gesetzes Nr. 2004-810 zur Krankenversicherung⁹ lautet: „*La télémédecine permet, entre autres, d'effectuer des actes médicaux dans le strict respect des règles de déontologie mais à distance, sous le contrôle et la responsabilité d'un médecin en contact avec le patient par des moyens de communication appropriés à la réalisation de l'acte médical.*“ - Die Telemedizin erlaubt unter anderem, Heilbehandlungen unter strikter Einhaltung der standesrechtlichen Regeln aber auf Distanz vorzunehmen. Dies geschieht unter der Kontrolle und in der Verantwortung eines Arztes, der zur Durchführung der Heilbehandlung mittels geeigneter Kommunikationstechniken mit dem Patienten in Kontakt steht.

Aus allen Definitionen geht hervor, dass es sich um die Übermittlung von Daten mit medizinischem Inhalt handelt. Die Daten werden unter Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechniken übertragen, d.h. in Schrift, Ton und Bild, zeitgleich oder zeitversetzt. Ziel der Telemedizin ist nach diesen Definitionen, soweit sie darauf eingehen, eine Diagnose zu stellen bzw. eine therapeutische Entscheidung zum Nutzen des Patienten zu treffen. Zum Teil wird darauf abgestellt, dass die Telemedizin im Rahmen einer Zusammenarbeit zwischen Ärzten innerhalb einer Arzt-Patienten-Beziehung angewandt wird.

Nach dem in Frankreich vorherrschenden Verständnis beschäftigt sich damit die Telemedizin im Rahmen der Gesundheitstelematik nur mit der diagnostischen und therapeutischen Behandlung eines Patienten durch einen multimedialen Datenaustausch. Hingegen erfasst sie nicht die die Telemedizin unterschützenden Techniken und Wissenschaften, wie z.B. medizinische Fortbildungen und Verwaltungstätigkeiten.

B. Deutschland

Auch in Deutschland wird zwischen Telemedizin und Gesundheitstelematik unterschieden¹⁰. Auf deren Definitionen ist nunmehr näher einzugehen.

I. Definition der Gesundheitstelematik

In Anbetracht der Tatsache, dass die Autoren in Frankreich sich auf eine Definition der Weltgesundheitsorganisation stützen, ist es wenig verwunderlich, dass die in Deutschland zu findende Definition für die Gesundheitstelematik kaum von der französischen Definition abweicht. So werden unter Gesundheits-

⁹ Gesetz Nr. 2004-810 vom 13. August 2004 relative à l'assurance maladie, J.O. vom 17. August 2004, Seite 14598.

¹⁰ Hanika, Telemedizin – Handlungs- und Weiterentwicklungsbedarf, MedR 2001, Seite 108 ; Pielach, Haftungsfragen der Telemedizin, Seite 17.

telematik alle „Anwendungen moderner Telekommunikations- und Informationstechnologien auf das Gesundheitswesen, insbesondere auf administrative Prozesse, Wissensvermittlung und Behandlungsverfahren“ verstanden¹¹.

Damit wird ebenfalls eine extrem weite Definition gegeben, die nur exemplarisch Verwaltungs- und Abrechnungssysteme, Bildungsprogramme und die Behandlung des Patienten nennt. Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass aufgrund des technischen Fortschritts und der ständig wachsenden Anwendung von Telekommunikation und Informatik im Gesundheitswesen eine engere Fassung der Definition nur sehr schwer möglich ist¹². Deshalb wird von Hanika¹³ auch die allgemeine Formulierung „alle Anwendungen der Telematik im Gesundheitswesen“ vorgeschlagen.

II. Definition der Telemedizin

Eine einheitliche Definition hat sich in Deutschland noch nicht etabliert. Die „offiziellste“ Definition kann aber den „Einbecker Empfehlungen“ zu Rechtsfragen der Telemedizin¹⁴ entnommen werden. Dort wird unter Punkt Nr. 1 die Telemedizin folgendermaßen definiert: „*Telemedizin ermöglicht oder unterstützt in Überwindung räumlicher Entfernungen medizinische Dienstleistungen durch die kombinierte Anwendung von Telekommunikation und Informatik (Telematik).*“

Daneben wurden auch von anderen Autoren Vorschläge zur Definition der Telemedizin gemacht. Für Goetz¹⁵ ist die Telemedizin die „*konkrete Erbringung medizinischer Leistungen, seien diese Diagnostik oder Therapie, mit den Mitteln der Telematik*“. Dietzel¹⁶ sieht die Telemedizin als „*Einsatz von Gesundheitstelematik zur Überwindung einer räumlichen Trennung zwischen Patient und Arzt oder zwischen mehreren behandelnden Ärzten*“. Bei Dierks¹⁷ wird die Telemedizin als „*Gebrauch von Informations- und Kommunikationstechno-*

¹¹ Dietzel, Gesundheitstelematik, Telemedizin & eHealth - Deutsche und Europäische Perspektiven, in: Jäckel (Hrsg.), Telemedizinführer Deutschland, Seite 14.

¹² So auch Dierks, Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin – ein Problemaufriss, in: Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, Seite 1.

¹³ Hanika, Telemedizin – Handlungs- und Weiterentwicklungsbedarf, MedR 2001, Seite 108.

¹⁴ Die „Einbecker Empfehlungen“ zu Rechtsfragen der Telemedizin entstand 1999 bei einem Workshop der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht e.V. (DGMR) und ist abgedruckt bei: Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, Seite 133-136, 133.

¹⁵ Goetz, Die Herausforderung „Telematik im Gesundheitswesen“, Bayerisches Ärzteblatt 1999, Seite 502.

¹⁶ Dietzel, Gesundheitstelematik, Telemedizin & eHealth - Deutsche und Europäische Perspektiven, in: Jäckel (Hrsg.), Telemedizinführer Deutschland, Seite 14.

¹⁷ Dierks, Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin – ein Problemaufriss, in: Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, Seite 3.

logien, um Gesundheitsleistungen zu erbringen oder zu unterstützen, wenn die Teilnehmer räumlich getrennt sind“, definiert.

Nach dem in Deutschland vorherrschenden Verständnis kann damit die Aussage getroffen werden, dass die Telemedizin jeglichen Gebrauch von Informations- und Telekommunikationstechnologie zur Überwindung von räumlichen Distanzen zur Erbringung von medizinischen Dienstleistungen beinhaltet. Dabei kann es sich um einen Datenaustausch zwischen Patient und Arzt oder zwischen Ärzten handeln.

C. Vergleich und Zwischenergebnis

Vergleicht man die in Frankreich und in Deutschland bestehenden Definitionen und deren Verständnis, dann ergeben sich weitgehend Übereinstimmungen. Interessant ist jedoch, dass die in Artikel 32 des französischen Gesetzes Nr. 2004-810 zur Krankenversicherung enthaltene Definition bereits die Einhaltung der standesrechtlichen Regeln fordert und die Anwendung der Telemedizin nur einem Arzt gestattet. Diese inhaltlichen Kriterien, auf welche in § 4 näher eingegangen wird, gehen aus den deutschen Definitionen nicht hervor.

Sowohl in Frankreich als auch in Deutschland wird zwischen der Gesundheitstelematik und der Telemedizin unterschieden, wobei die Telemedizin ein Unterfall der Gesundheitstelematik ist.

Die Telemedizin wird als ein Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien zur Überbrückung einer räumlichen Trennung im Arzt-Patienten-Verhältnis gesehen, wohingegen die Gesundheitstelematik darüber hinaus alle sonstigen Anwendungen von Telematik im Gesundheitswesen erfasst.

Dies deckt sich auch weitgehend mit der vom Weltärztebund gegebenen Definition für die Telemedizin: *„Telemedizin ist die ärztliche Tätigkeit aus der Entfernung, bei der Eingriffe, diagnostische und therapeutische Entscheidungen und Empfehlungen auf klinischen Daten, Dokumenten und anderen Informationen basieren, die durch Telekommunikationssysteme übermittelt werden“*¹⁸.

Aus dieser Definition wird ein Aspekt der Telemedizin etwas deutlicher herausgestellt. Im Rahmen der Telemedizin sind nämlich auch direkte Eingriffe in das Behandlungsgeschehen möglich. Dies zeigt sich etwa an der im September

¹⁸ Erklärung des Weltärztebundes über Ethik und Verantwortlichkeit in der Telemedizin, verabschiedet von der 51. Generalversammlung, Oktober 1999, in: Handbuch der Deklarationen – Deutsche Fassung 1999, § 1.

Teil I: Grundlagen und Haftungsfragen der Telemedizin

Die Telemedizin umfasst zwei Komponenten: Eine inhaltliche Komponente, welche die Behandlung des Patienten erfasst, und eine funktionale Komponente, die den Einsatz der Telematik zur Durchführung der Behandlung betrifft. Das Recht der Telemedizin stellt daher die Schnittmenge vom Recht der modernen Informations- und Kommunikationstechnologien und dem Medizinrecht dar. Zudem werden bei einer telemedizinischen Anwendung in der Regel mehrere Ärzte in das Behandlungsverhältnis einbezogen. Insgesamt wird das Recht der Telemedizin dadurch sehr komplex.

Im Folgenden wird zunächst der rechtliche Rahmen der Telemedizin abgesteckt. Dies beinhaltet die Erörterung der für die Telemedizin einschlägigen Normen und deren Rechtsfolgen (Kapitel I). Den Schwerpunkt des ersten Teils der Arbeit bilden jedoch die Haftungsfragen der Telemedizin. Zu deren Beantwortung werden die Rechtsverhältnisse zwischen den einzelnen beteiligten Personen und die daraus entstehenden (neuen) Pflichten erörtert, damit eine Aussage über die Haftungsgrundlage und Haftungsverteilung bei telemedizinischen Anwendungen gemacht werden kann (Kapitel II).

Kapitel I: Rechtlicher Rahmen der Telemedizin und Datenschutz

Der rechtliche Rahmen der Telemedizin muss gewährleisten, dass der Patient durch den Einsatz der Telemedizin in Bezug auf seine Patientenrechte und den Schutz seiner körperlichen Integrität im Vergleich zu einer herkömmlichen medizinischen Behandlung nicht schlechter gestellt wird. Die Telemedizin ist folglich an den zurzeit für medizinische Handlungen geltenden Bestimmungen zu messen (§ 4). Da die Telemedizin daneben die Verarbeitung von Patientendaten und deren Übermittlung an entfernte Ärzte und Gesundheitseinrichtungen beinhaltet, wird sie auch unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes und der Datensicherheit behandelt (§ 5).

§ 4 Zulässigkeit telemedizinischer Handlungen

Wie bei jedem Einsatz neuer Technologien in der Medizin stellt sich auch bei telemedizinischen Handlungen die Frage, ob diese überhaupt und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen zulässig sind. Zur Beantwortung dieser Frage werden die in Frankreich und Deutschland einschlägigen Regelungen untersucht.

A. Frankreich

I. Rechtliche Grundlagen der Telemedizin

Die rechtlichen Grundlagen der Telemedizin hängen wesentlich davon ab, ob die Telemedizin eine Form einer medizinischen Behandlung darstellt und damit dem Medizinrecht zuzuordnen ist oder ob es sich lediglich um einen Datenaustausch zwischen Ärzten bzw. Telearzt und Patient unter Einsatz von Informatik und Telekommunikation handelt, der die Behandlung selbst nicht beeinflusst.

1. Telemedizin als Form einer medizinischen Behandlung

Ausgangspunkt der Beurteilung, ob eine bestimmte Handlung als medizinische Handlung zu qualifizieren ist, ist der Begriff der *acte médical*. Obwohl der Begriff der *acte médical* im französischen Medizinrecht von zentraler Bedeutung ist, wird er weder in einem Gesetz noch im Landesrecht definiert⁵⁵.

Der *acte médical* unterscheidet sich von anderen gegenüber dem Patienten erbrachten Leistungen dadurch, dass er nur von einem Arzt ausgeführt werden darf⁵⁶. Inhaltlich setzt sich ein *acte médical* aus zwei Elementen, der Diagnose und der Behandlung/Verordnung (*le diagnostic et la prescription*) zusammen⁵⁷. Dies wird auch in folgender Definition prägnant zusammengefasst: „*L'acte médical consiste en toute intervention ayant un rapport avec la santé, réalisé par un médecin, sur le corps d'une personne, conformément aux lois et règlement en vigueur*“⁵⁸ – Die medizinische Handlung umfasst jedes im Zusammenhang mit der Gesundheit stehende Einwirken durch einen Arzt auf den menschlichen Körper unter Beachtung der geltenden Gesetze und Vorschriften.

Nach dieser Definition muss ein *acte médical* zwei Bestimmungsmerkmale aufweisen, nämlich zum einen ein Einwirken auf den menschlichen Körper eines bestimmten Patienten, welches zum anderen durch einen Arzt geschehen muss.

Die Telemedizin wird von Ärzten eingesetzt. Je nach Anwendungstyp wirkt der Telemediziner entweder bei der Erstellung einer Diagnose mit, oder er verordnet ein bestimmtes Vorgehen aufgrund einer eigenen Befunderhebung, die z.B. durch Interpretation eines CT-Bildes erfolgt, oder er nimmt sogar telechirurgisch direkt einen Eingriff in den Körper des Patienten vor. In allen drei Anwendungsfällen wirkt sich sein Handeln unmittelbar oder mittelbar auf den Patienten aus.

⁵⁵ Esper, La responsabilité en Télémedecine, in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la télémédecine, Seite 24.

⁵⁶ Auby/Esper, Généralités sur le droit médical et hospitalier, in: Auby (Hrsg.), Droit médical et hospitalier, fasc. 1, Nr. 7.

⁵⁷ Demichel, Droit médical, Seite 97.

⁵⁸ Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologie, Acte médical, Nr. 3 (Etude 2003).

Es betrifft auch immer ein bestimmtes Behandlungsverhältnis, sodass es über ein abstraktes Fachgespräch oder den bloßen Informationsaustausch hinausgeht. Die Telemedizin ist folglich als *acte médical* zu qualifizieren⁵⁹. Dies geht nunmehr auch aus der gesetzlichen Definition in Art. 32 des Gesetzes Nr. 2004-810 hervor.

2. Rechtliche Bestimmungen

Im Medizinrecht ist die Besonderheit zu beachten, dass die rechtlichen Bestimmungen zum einen auf vom Gesetzgeber erlassenen Normen und zum anderen auf standesrechtliche Regeln, die von der Standesvertretung erarbeitet werden, beruhen.

a. Gesetzliche Regelungen

Gesetzliche Regeln bezüglich der Zulässigkeit oder der Voraussetzung für die Ausübung der Telemedizin sind in Frankreich mittlerweile zumindest ansatzweise vorhanden.

Das Gesetz Nr. 2002-303 vom 4. März 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*⁶⁰, durch welches hauptsächlich Vorschriften des Code de la Santé Publique (im Folgenden auch "CSP") geändert wurden, hat einige Neuerungen gebracht, die auch die Telemedizin betreffen. So wurden zum einen Regelungen hinsichtlich der elektronischen Kommunikation unter Ärzten (Art. L 1110-4 Abs. 2 - 4 CSP) und der Aufbewahrung der Patientendaten (Art. L. 1111-8 CSP)⁶¹ getroffen. Zum anderen wurden gemäß dem Artikel L. 1111-7 CSP die Informationsrechte des Patienten dahingehend erweitert, dass der Patient auch das Recht hat, über Informationen, die Gegenstand eines (elektronischen) Informationsaustausches unter Ärzten bezüglich seiner Gesundheit sind, in Kenntnis gesetzt zu werden. Daneben treffen die Artikel L. 6321-1 und L. 6321-2 CSP n.F. Regelungen für die Zusammenarbeit in Gesundheitsnetzen (*Réseaux de soins*).

Die Telemedizin selbst war erstmals Gegenstand des bereits erwähnten Gesetzes Nr. 2004-810 vom 13. August 2004 *relative à l'Assurance maladie*⁶². Es führte in seinem Artikel 32 erstmals eine Definition der Telemedizin ein. Daneben

⁵⁹ So auch: Esper, La responsabilité en Télémedecine, in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la télémedecine, Seite 24; Forgeron/Beslay, Les applications de télémedecine : des responsabilités médicales traditionnelles aux responsabilités techniques nouvelles, Gazette du Palais, 14.-16.10.2001, Seite 20.

⁶⁰ Journal Officiel vom 5. März 2002, Seite 4118.

⁶¹ Dies betrifft vor allem den datenschutzrechtlichen Aspekt der Telemedizin. Es wird auf diese Regeln deshalb im nächsten Paragraphen eingegangen.

⁶² Loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, J.O. vom 17 août 2004, Seite 14598.

sieht Artikel 33 dieses Gesetzes ausdrücklich vor, dass die Telemedizin Bestandteil der regionalen Organisation der Gesundheitsversorgung zu sein hat und dass die regionalen Stellen sie entsprechend der Anforderungen an die öffentliche Gesundheitsversorgung und an den Zugang zur medizinischen Versorgung einsetzen⁶³. Schließlich eröffnet Artikel 34 dieses Gesetzes nunmehr die Möglichkeit, dass Medikamente oder sonstige Behandlungen „per Brief“ verschrieben werden können⁶⁴.

Damit hat der französische Gesetzgeber einen Schritt dahingehend gemacht, der Telemedizin ein rechtliches Gerüst zu geben. In den allermeisten Fällen muss jedoch auf die allgemeinen Vorschriften des Medizinrechts zurückgegriffen werden. Diese sind nicht einheitlich kodifiziert, sondern im Code de la Santé Publique, im Code Civil und im Code de la Sécurité Sociale (im Folgenden auch CSS) enthalten. Sie werden unter Punkt II näher erläutert.

b. Standesrechtliche Regeln

Das Standesrecht ist in Frankreich im Code de Déontologie Médicale (im Folgenden auch "CDM") kodifiziert⁶⁵. Der Code de Déontologie Médicale wird von den Standesvertretern vorgeschlagen und nach rechtlicher Prüfung durch den Conseil d'États von diesem als *décret* erlassen (Art. L. 4127-1 CSP). Die Missachtung von standesrechtlichen Normen hat vor allem disziplinarrechtliche Folgen. Daneben kann die Verletzung von Standesrecht aber auch zur Begründung von Schadensersatzansprüchen führen⁶⁶. Die Regeln des Code de Déontologie Médicale bestimmen somit die ärztliche Berufsausübung weitreichend.

Auch wenn der Code de Déontologie Médicale keine ausdrücklichen Regeln zur Telemedizin enthält, so sind dessen allgemeine medizinethische Grundsätze in der Diskussion um die Zulässigkeit und Grenzen der Telemedizin jedoch von besonderer Bedeutung. Es wird deshalb auf diese im Verlauf der Untersuchung näher eingegangen.

⁶³ Artikel 33: *Les schémas régionaux d'organisation sanitaire intègrent la télémedecine. Chaque schéma définit les modes opérationnels pour répondre aux exigences de la santé publique et de l'accès aux soins.*

⁶⁴ Artikel 34: *Une ordonnance comportant des prescriptions de soins ou de médicaments peut être formulée par courrier dès lors que son auteur peut être dûment identifié, qu'elle a été établie, transmise et conservée dans des conditions propres à garantir son intégrité et sa confidentialité, et à condition qu'un examen clinique du patient ait été réalisé préalablement, sauf à titre exceptionnel en cas d'urgence.*

⁶⁵ Die aktuelle Fassung ist das décret n° 95-1000 vom 6. September 1995 geändert durch das décret n° 97-503 vom 21. Mai 1997.

⁶⁶ Radé, *Réflexions autour du droit, de la déontologie et la santé*, Droit, déontologie et soin 2001, Seite 54.

II. Zulässigkeit und Voraussetzungen der Ausübung der Telemedizin

Soweit Mediziner und Juristen sich in der französischen Literatur äußern, halten sie die Telemedizin grundsätzlich für zulässig, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführt wird und die Rechte des Patienten gewahrt bleiben⁶⁷. Zur Bestimmung der Zulässigkeit der Telemedizin müssen deshalb alle Voraussetzungen, die auch an eine herkömmliche medizinische Handlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst gestellt werden, vorliegen. Darüber hinaus wird untersucht, ob sich Besonderheiten für die Zulässigkeit der Telemedizin dadurch ergeben, dass mindestens ein Arzt nicht beim Patienten anwesend ist.

1. Allgemeine Anforderungen

Da die Telemedizin, wie oben geprüft, ein *acte médical* ist, müssen die Voraussetzungen für dessen Vornahme auch bei der Telemedizin vorliegen. Die Ausführung eines *acte médical* ist nur zulässig, wenn ein Arzt diesen vornimmt und der Patient in die Vornahme eingewilligt hat, nachdem er über den Inhalt und den Umfang der Maßnahme aufgeklärt wurde. Außerdem muss der Eingriff grundsätzlich zur Heilbehandlung dienen (*intention thérapeutique*). Ferner unterliegen die im Rahmen der Behandlung erlangten Kenntnisse der ärztlichen Schweigepflicht.

a. Arztmonopol

Jeder *acte médical* muss grundsätzlich von einem Arzt vorgenommen werden⁶⁸. Als Arzt wird nur derjenige betrachtet, der eine entsprechende Ausbildung hat, und von der zuständigen staatlichen Organisation als ein solcher Berufsträger anerkannt wurde (Art. L. 4111-1 CSP). Die Ausübung einer medizinischen Handlung von einem „Nicht-Arzt“ stellt gemäß Art. 4161-5 CSP den Straftatbestand einer „*exercice illégale de la médecine*“ dar und ist mit einem Jahr Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe von 15.000 Euro bewehrt. Der Arzt kann die Vornahme bestimmter medizinischer Handlungen jedoch auf eine medizinische Hilfsperson übertragen, wenn diese auf seine Anweisung und unter seiner Aufsicht handelt und er jeder Zeit eingreifen kann⁶⁹.

⁶⁷ So u.a. Dusserre/Ducrot/Allaert, *L'information médicale L'ordinateur et la loi*, Seite 183 f.; Esper, *La responsabilité en Télémedecine*, in: Jolly (Hrsg.), *Du bon usage de la télémedecine*, Seite 24 f.; Alméras, *Déontologie et communication : La profession médicale*, RDSS - série professions, 1997, Seite 31.

Einschränkend: Hazebroucq, *La déontologie du médecin est-elle menacée par la Télémedecine ?* in: Jolly (Hrsg.), *Du bon usage de la Télémedecine*, Seite 31, der für die Zulässigkeit der Telemedizin eine tatsächliche Schwierigkeit des Patienten, sich zum Arzt zu begeben, fordert.

⁶⁸ Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies: *Contrat médical*, Nr.13.

⁶⁹ Vgl. CE, 26.06.1959, Rec. CE 1959, Seite 405.

Die Telemedizin ist damit nur zulässig, wenn sie von einem Arzt oder einer von diesem angewiesenen und überwachten Hilfsperson vorgenommen wird. Die Übertragungsmöglichkeit der Ausführung des *acte médical* ist dabei für die Telemedizin von besonderer Bedeutung. Da der Telemediziner sich an einem entfernten Ort aufhält, könnte er durch Anweisung einer vor Ort befindlicher Hilfspersonen die Möglichkeit haben, einen Patienten selbst aus der Entfernung zu behandeln, ohne einen Primärbehandler einzuschalten. Dies ist mittlerweile nicht mehr allein in Fällen denkbar, in denen ein Schiff statt eines Arztes eine Krankenschwester an Bord beschäftigt, welche über Funk Anweisungen von einem Arzt erhält. Vielmehr werden bereits in den USA sog. „Telemedizinstationen“ (*station de télé-médecine*) eingerichtet, in denen eine Fernkonsultation in Anwesenheit einer Krankenschwester stattfindet.

Diese Problematik wurde im parlamentarischen Bericht des Abgeordneten Jean Dionis du Séjour und des Senators Jean-Claude Etienne auch erörtert⁷⁰. Unter dem Punkt Teleexpertise mittels Telemedizinstationen (*Le télé-diagnostic à partir d'une station de télé-médecine*) wird erklärt, dass an solchen Einrichtungen eine besonders für die Telemedizin ausgebildete Krankenschwester Instrumente an den Patienten „anschließt“ und ein Arzt von einem entfernten Ort den Patienten untersucht und eventuell sogar eine Behandlung verordnet.

Das parlamentarische Gremium macht darauf aufmerksam, dass diese Art der Heilbehandlung von der französischen Ärztekammer nicht als zulässig anerkannt ist. Das Gremium stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass es erforderlich sei, mit den technologischen Entwicklungen Schritt zu halten und „in seiner Zeit“ zu leben. Der Umstand, dass ein Arzt auf einem Bildschirm erscheint und direkt mit seinem Patienten kommuniziert, könne durchaus als eine direkte Beziehung mit Patienten angesehen werden, sodass die Anwesenheit eines Arztes zu jedem Zeitpunkt der Behandlung gewährleistet sei.

Es fügt hinzu, dass unverständlich sei, warum sich angesichts des Umstandes, dass in einigen Regionen eine ärztliche Unterversorgung besteht, Methoden ausgeschlossen werden, mit denen man diesem Problem entgegenwirken könnte, zumal die Telemedizin durch einen Arzt, der sein Handeln zu verantworten hat, ausgeführt wird. Es schließt mit der Empfehlung ab, dass ein Gesetz erforderlich ist, damit die Anerkennung und die Kostentragung der Telemedizin sichergestellt werden kann.

Seit dieser Diskussion hat der Gesetzgeber den Artikel 32 des Gesetzes Nr. 2004-810 vom 13. August 2004 geschaffen. Wie bereits erwähnt, sieht diese Vorschrift vor, dass die Telemedizin von einem Arzt ausgeführt werden muss,

⁷⁰ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques Assemblée nationale N° 1686 et Sénat N° 370, 2004, Seite 92 ff.

der mit dem Patienten in Kontakt steht (*en contact avec le patient*). Die französische Ärztekammer gibt hinsichtlich dieser Formulierung zu bedenken, dass aus ihr nicht hervorgeht, ob ein physischer Kontakt, bei der eine körperliche Untersuchung vorgenommen wird, erforderlich ist, oder ob eine virtuelle Beziehung ohne jegliche Untersuchung ausreicht⁷¹. Die Ärztekammer nimmt hierzu direkt keine Position ein. Sie stellt jedoch erneut klar, dass die Telemedizin kein Selbstzweck ist, sondern ihre Berechtigung allein für die Fälle findet, in denen der Patient sich in einer besonderen Notlage befindet, da eine ärztliche Behandlung nicht sofort erfolgen kann. Dies könne auch u.U. im Falle einer geographischen Unterversorgung angenommen werden.

In der Tat ist Artikel 32 nicht sehr präzise. Diese Vorschrift wird ergänzt durch Artikel 34, der vorsieht, dass eine Verordnung auch „per Brief“ erfolgen kann. Allerdings setzt dies voraus, dass - abgesehen von Notfällen - eine vorherige körperliche Untersuchung erfolgte.

An dieser Stelle wird deutlich, dass das Hauptproblem der Telemedizin die Frage der Notwendigkeit der persönlichen körperlichen Untersuchung des Patienten darstellt, welches im Folgenden noch ausführlich behandelt wird⁷². Hinsichtlich der Frage, ob eine Übertragung auf Hilfspersonen zulässig ist, um die Anweisungen des entfernten Telearztes ausführen, sollte man sich m.E. an den Grundsätzen für die Übertragung von Heilbehandlungen in Fällen einer gewöhnlichen Behandlung orientieren.

Voraussetzung einer Übertragung auf medizinische Hilfspersonen ist bei gewöhnlichen Behandlungsmethoden, dass der Arzt jeder Zeit selbst eingreifen kann. Der Arzt unterscheidet sich zum Hilfspersonal dadurch, dass er kompetenter ist und auf unerwartete und untypische Situationen im Krankheitsverlauf reagieren kann. Dies ist nicht gewährleistet, wenn er bei Auftreten atypischer Krankheitsverläufe nicht selbst die medizinische Handlung vor Ort übernehmen kann. Die Telemedizin, bei der Ärzte in Zentren arbeiten und über ein Netz von ärztlichen Hilfspersonal flächendeckend die Gesundheitsvorsorge vornehmen, sollte damit m.E. trotz der Forderung des parlamentarischen Gremiums grundsätzlich nicht für zulässig erklärt werden. Etwas anderes gilt natürlich für eine Notfallversorgung.

Wünschenswert ist jedoch in jedem Falle, dass der Gesetzgeber bzw. die Ärztekammer sich klarer äußern. Gerade für Krankenschwestern ist es erforderlich, eine gesetzliche Grundlage zu haben, damit sie sich nicht des Vorwurfs der unzulässigen Heilbehandlung aussetzen.

⁷¹ Deau, Xavier, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins de juillet 2005, Télémedecine, www.web.ordre.medecin.fr/rapport/telemedecine.pdf.

⁷² siehe § 4 A II 2 b.

Die Voraussetzung, dass die Telemedizin nur von Ärzten praktiziert werden darf, führt jedoch zu einem weiteren Problem, nämlich dem der Identifizierung des Handelnden als Arzt. Durch die Telemedizin ist es möglich, dass der Telemediziner von fast jedem Ort aus handeln kann. Er ist nicht mehr zwangsläufig in eine Struktur eingebunden, wie etwa eine Tätigkeit in einem Krankenhaus oder in einer Arztpraxis. Der Patient vertraute bis jetzt darauf, dass die ihm gegenüberstehende Person in einem Krankenhaus oder in einer Arztpraxis tatsächlich ein Arzt ist. Wenn der Patient und auch der Primärbehandler im Rahmen der Telemedizin in Zukunft nur einen telekommunikativen Kontakt haben, müssen Mechanismen eingeführt werden, die die Arzteigenschaft des Telemediziners garantieren und so das Vertrauen des Patienten begründen. Damit stellt sich das praktische Problem der Authentifizierung des Arztes.

Dieses Problem wurde mittlerweile in Artikel 34 des Gesetzes Nr. 2004-810 vom 13. August 2004 berücksichtigt. Diese Vorschrift sieht vor, dass bei einer schriftlichen Übermittlung einer Verordnung der Urheber klar aus dieser hervorgehen muss. Als Lösung wird deshalb die Benutzung der elektronischen Gesundheitskarte (*carte professionnelle de santé*)⁷³ angesehen⁷⁴. Durch diese Karte kann sich jeder Arzt als ein solcher identifizieren und eine elektronische Unterschrift im Rahmen der Behandlung leisten⁷⁵. Damit kann die Authentizität des Akteurs der Telemedizin und seiner Handlungen gewährleistet werden.

b. Aufklärung und Einwilligung des Patienten

Voraussetzung für jeden *acte médical* ist, dass der Patient in diesen einwilligt⁷⁶. Die Einwilligung ist jedoch nur wirksam, wenn sie nach einer Aufklärung erfolgte.

aa. Einwilligung in medizinische Handlungen

Der Patient muss in die Vornahme einer medizinischen Maßnahme einwilligen⁷⁷. Keine medizinische Handlung oder Behandlung kann ohne die freie und nach Aufklärung erfolgte Einwilligung, die der Patient jederzeit zurückziehen kann, vorgenommen werden. Der Gesetzgeber brachte dies zuletzt in

⁷³ Eine solche Karte wird bereits zur elektronischen Übermittlung von Abrechnungsdaten zwischen Arzt und Krankenkassen eingesetzt.

⁷⁴ Bensousson, *Le multimédia et le droit*, Seite 360; Dusserre/Ducrot/Allaert, *L'information médicale, L'ordinateur et la loi*, Seite 134 f.

⁷⁵ Bitan, *Panorama général Internet, droit et santé*, *Gazette du Palais, Spécial Internet, droit et santé*, 24.-26.03.2002, Seite 8.

⁷⁶ Es ist zu beachten, dass es sich hier um die Einwilligung auf der inhaltlichen Ebene der Telemedizin handelt. Die Einwilligung unter datenschutzrechtlichen Aspekten ist davon zu unterscheiden und wird unter § 5 behandelt.

⁷⁷ Penneau, *La responsabilité du médecin*, Seite 20 f; *Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies: Contrat médical*, Nr. 24.

Artikel 9 des Gesetzes Nr. 2004-800 vom 6. August 2004⁷⁸, durch welchen der Art. 16-3 in den Code Civil eingefügt wurde, sowie durch Art. L. 1111-4 Abs. 3 CSP des Gesetz vom 4. März 2002 zum Ausdruck⁷⁹. Die Einwilligung selbst muss den *acte médical* sowie die Modalitäten ihrer Ausführung erfassen⁸⁰.

Da dies ein fundamentaler Grundsatz des Medizinrechts ist, gilt er für jeden *acte médical* und damit auch für die Telemedizin. Der Patient muss folglich in die Vornahme einer telemedizinischen Anwendung einwilligen⁸¹. Dies gibt bei einer Teleoperation auch keinen Anlass zur Diskussion. Zweifel am Erfordernis einer Einwilligung werden jedoch in den Fällen der Telemedizin geäußert, in denen der Primärbehandler eine zweite Meinung zur Verifikation der eigenen Diagnose einholt⁸². Eine Fachdiskussion unter Kollegen habe es schon immer gegeben und für diese sei auch keine Einwilligung des Patienten erforderlich. Diesem ist zwar zuzustimmen, jedoch handelt es sich in diesen Fällen in der Regel aufgrund des fehlenden Personenbezuges schon um keinen *acte medical*. Die Äußerung eines Kollegen ist auch bei einer herkömmlichen Behandlung im Falle eines konkreten Personenbezuges ein *acte médical*, der eine Einwilligung erfordert. Die Telekonsultation und erst recht die Teleexpertise wird zur Behandlung eines bestimmten Patienten eingesetzt und geht damit über die einfache abstrakte Anfrage bei einem Kollegen hinaus. Zudem stellt die Telemedizin eine besondere Modalität der Behandlung dar, in die eingewilligt werden muss. Deshalb ist für jeden Fall der Telemedizin eine Einwilligung erforderlich. Der erweiterte Einsatz von Informations- und Telekommunikationstechniken darf nicht dazu führen, dass das Einwilligungserfordernis aufgeweicht wird, da nur aufgrund der Einwilligung des Patienten dessen Selbstbestimmungsrecht gewahrt wird.

bb. Aufklärung über den Einsatz der Telemedizin

Die Einwilligung setzt die Aufklärung des Patienten über die Vornahme des *acte médical* voraus⁸³. Daneben bestimmt Art. L. 1111-2 CSP, dass jeder Patient das

⁷⁸ Gesetz Nr. 2004-800 vom 6. August 2004 relative à la bioéthique, Journal Officiel vom 7. August 2006, Seite 14040 ff.

⁷⁹ Siehe zur Entwicklung der Stärkung der Patientenrechte : Duprat, Protection de la santé public et liberté, Revue générale de droit médical, Numéro spécial, 2005, Seite 88 f.

⁸⁰ Vgl. Tribunal de Paris, 23.11.1989, D. 1991, somm., Seite 182.

⁸¹ Deau, Xavier, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins de juillet 2005, Télémedecine, www.web.ordre.medecin.fr/rapport/telemedecine.pdf; Esper, La responsabilité en Télémedecine, in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la télémedecine, Seite 25.

⁸² So Hazebroucq, La déontologie du médecin est-elle menacée par la Télémedecine ? in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la Télémedecine, Seite 32.

⁸³ Penneau, La responsabilité du médecin, Seite 18 f.; siehe auch : Cass. 1^{er} civ., 9.10.2001, JCP 2002, II, 10045, Anmerkung Cachard.

Recht hat, über seinen Gesundheitszustand informiert zu werden⁸⁴. Diese Informationen umfassen die verschiedenen Untersuchungen, Behandlungen oder präventiven Maßnahmen⁸⁵. Ferner gibt Art. L. 1111-7 CSP jedem Patient das Recht auf Kenntnis aller Informationen bezüglich seiner Gesundheit, die Gegenstand eines schriftlichen Austausches⁸⁶ zwischen den Ärzten waren, wie etwa Befunde und Zusammenfassungen von Konsultationen⁸⁷.

Übertragen auf die Telemedizin bedeutet dies, dass nicht nur über die Telemedizin als eine Behandlungsmaßnahme vor deren Einsatz aufgeklärt werden muss, sondern dass der Patient nunmehr darüber hinaus auch das Recht hat, über den Inhalt und das Ergebnis des Informations- bzw. Datenaustausches informiert zu werden.

Diese Informationspflicht soll bei der Telemedizin auch umso mehr gelten, als nur so gewährleistet werden kann, dass der Patient sein Recht auf freie Arztwahl bezüglich des Telemediziners ausüben kann⁸⁸. Der Patient ist folglich umfassend über den Einsatz der Telemedizin und der beteiligten Ärzte aufzuklären.

c. Schweigepflicht

Die ärztliche Schweigepflicht ist nicht nur eine standesrechtliche Pflicht (Art. 4 und 73 CDM), sondern wird auch gesetzlich gemäß Art. L. 1110-4 Abs. 1 CSP und Art. L. 162-2 CSS garantiert. Ferner steht ihrer Verletzung gemäß Art. 226-13 und 226-14 Code Pénal unter Strafe. Da die Telemedizin auf der Kommunikation von Patienteninformationen basiert, steht sie zwangsläufig im Konflikt mit der Schweigepflicht des Arztes⁸⁹. Voraussetzung für die Weitergabe der Patientendaten und damit der Hinzuziehung des Telemediziners ist deshalb, dass

⁸⁴ Siehe zur Akzentuierung dieses Patientenrechtes durch das Gesetz vom 4. März 2002: Duprat, *Démocratie sanitaire et droits du malade*, in: *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Seite 50 f.

⁸⁵ Bacache, *L'obligation d'information du médecin*, *Médecine & Droit*, 2005, Seite 3.

⁸⁶ Ein Austausch kann auch gemäß Art. 1110-4 Abs. 3 CSP auf elektronischem Wege vorgenommen werden.

⁸⁷ Vgl. Duprat, *Protection de la santé public et liberté*, *Revue générale de droit médical*, Numéro spécial, 2005, Seite 96; zu den sich hieraus ergebenden praktischen Problemen wird auf Casagrande, *L'accès direct au dossier médical : Principes juridiques et réalités pratiques*, *Médecine & Droit* 2005, Seite 50-54 verwiesen.

⁸⁸ Esper, *La responsabilité en Télémedecine*, in: Jolly (Hrsg.), *Du bon usage de la télémedecine*, Seite 25; insgesamt bejahend auch Dusserre, *La prise en compte des nouvelles technologies de l'information par le code de déontologie de 1995*, in: *Autoroute de l'information et déontologie médicale*, Seite 12; Deleuze, *La responsabilité du médecin traitant libéral dans l'exercice de la télémedecine*, *JCP – Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 2002, Seite 32; Hazebrocq, *Fiabilité et acceptabilité de la téléradiologie*, Seite 90.

⁸⁹ Daver, *La télémedecine, entre progrès techniques et responsabilités*, *D.* 2000, Seite 529 f.; Deleuze, *La responsabilité du médecin traitant libéral dans l'exercice de la télémedecine*, *JCP – Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 2002, Seite 32.

der Patient den Primärbehandler von seiner Schweigepflicht befreit. Da dadurch die Telemedizin jedoch schwerfällig wird, wurde diskutiert, ob die Weitergabe von Patientendaten zwischen Ärzten im Rahmen der Telemedizin nicht unter die Figur des „*secret partagé*“ fällt⁹⁰. Die Figur des *secret partagé* wurde in der Praxis herangezogen, um die Versorgung des Patienten durch die Behandlung von mehreren Ärzten, die sich natürlich bezüglich des Gesundheitszustandes austauschen müssen, gewährleisten zu können⁹¹.

Dem elektronischen Austausch von Gesundheitsinformationen durch im Gesundheitswesen tätige Personen wurde jedoch nunmehr durch eine Regelung im Gesetz vom 4. März 2002 Rechnung getragen⁹². Gemäß Art. L. 1110-4 Abs. 3 CSP ist es zur Gewährleistung der besseren Zusammenarbeit nicht mehr erforderlich, dass der Patient in die Weitergabe der Information einwilligt. Er kann jedoch, nachdem er von der geplanten Weitergabe informiert wurde, dieser widersprechen. Im Falle der Behandlung durch ein Ärzteteam werden die dem Patienten betreffenden Informationen als der ganzen Gruppe anvertraut angesehen. Durch diese Regelung sollte die Figur des *secret partagé* ausgestaltet werden⁹³. Die Schweigepflicht wurde bei einer gemeinsamen Behandlung jedoch nicht aufgehoben, sondern so modifiziert, dass eine Mitteilung zwischen Teilnehmern an der Gesundheitsversorgung möglich ist, wenn diese zum Zwecke der besseren Zusammenarbeit und der Betreuung erforderlich ist, dem Interesse des Patienten dient und der Betroffene der Weitergabe nicht widersprochen hat⁹⁴.

Die Telemedizin erfolgt im Rahmen der Zusammenarbeit mehrerer Ärzte zur Behandlung eines Patienten. Der für diese Zusammenarbeit erforderliche Informationsaustausch ist zur Ermöglichung der Diagnosestellung oder Befundung durch den Telemediziner erforderlich. Eine Weitergabe von Patientinformationen stellt damit keine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht dar, es sei denn der Patient hat dem Informationstransfer widersprochen.

⁹⁰ Esper, La responsabilité en Télémedecine, in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la télémédecine, Seite 26; für eine vorherige Einwilligung: Bensoussan/Mole, Guide juridique du dossier médical informatisé, Seite 71, 74.

⁹¹ Hœrni/Bénézech, Le secret médical, Seite 51, 53; Duserre/Ducrot/Allaert, L'information médicale L'ordinateur et la loi, Seite 27.

⁹² Assemblée Nationale, Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, vom 5.9.2001, N° 3258, Seite 18.

⁹³ Ebenda.

⁹⁴ Assemblée Nationale, Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, vom 5.9.2001, N° 3258, Seite 17 f.; Dupont/Esper/Paire, Droit hospitalier, Nr. 618.

d. Notwendigkeit der Heilbehandlung

Damit der *acte médical* erlaubt (*licite*) ist, muss er einerseits durch eine *nécessité médicale* gerechtfertigt sein und andererseits darf die vorgesehene Handlung keine Risiken in sich bergen, die unverhältnismäßig zum Nutzen des Eingriffs sind⁹⁵. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs wird nunmehr auch in Art. L. 1110-5 CSP, der durch das Gesetz vom 4. März 2002 eingeführt wurde, garantiert.

Dies bedeutet für die Telemedizin, dass sie nur mit dem Ziel der medizinischen Behandlung eines Patienten angewandt werden darf und die durch sie entstehenden neuen Gefahren nicht außer Verhältnis zum Nutzen stehen dürfen. Da die Telemedizin weitestgehend noch im Entwicklungsstadium ist, müssen die einzelnen Gefahren sorgfältig gegenüber dem Nutzen abgewogen werden. Besondere Gefahren, die zum Schluss einer generellen Unzulässigkeit der Telemedizin führen, bestehen m.E. jedoch nicht.

2. Besondere Zulässigkeitshindernisse

Neben den soeben erörterten Anforderungen, die an jede medizinische Handlung zu stellen sind, treten bei der Telemedizin auch besondere Probleme hinzu, die die Anwendung der Telemedizin ausschließen oder einschränken könnten. Diese Probleme liegen in dem Umstand, dass der Telemediziner nicht körperlich beim Patienten anwesend ist und er sich deshalb zur Ausführung bzw. Umsetzung seines Behandlungsbeitrages in der Regel eines Arztes vor Ort bedient.

a. Das Recht des Patienten auf freie Arztwahl

Der Patient hat gemäß Art. 1110-8 Abs. 1 CSP das Recht, seinen Arzt frei zu wählen. Dies kann im Rahmen der Telemedizin insofern ein Problem aufwerfen, als der Primärbehandler einen Telemediziner seiner Wahl hinzuzieht oder aufgrund eines festgelegten Kooperationsverhältnisses zwischen den Ärzten die Wahl auf einen bestimmten Telemediziner fällt. In diesen Fällen bleibt für eine freie Wahl des Patienten kein Raum. Die Telemedizin ist unter diesem Aspekt in der Tat kritisch zu beurteilen⁹⁶.

Als Lösung wird deshalb zum Teil vertreten, dass die Wahlfreiheit durch die Wahl des Primärbehandlers, welcher den Telemediziner einschaltet, gewährt

⁹⁵ Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies, Contrat médical, Nr. 67, 73, 77. Der Begriff der *nécessité médicale* hat durch die Einführung des Art. 16-3 Code Civil den Begriff der *intention thérapeutique* abgelöst, wodurch die Rechtsfertigungsgrundlage erweitert wurde.

⁹⁶ Vgl. Esper, La responsabilité en Télémedecine, in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la télémedecine, Seite 26; Hazebroucq, La déontologie du médecin est-elle menacée par la Télémedecine ? in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la Télémedecine, Seite 32.

wird⁹⁷. Auch wenn dieses Argument nicht vollends überzeugen kann, so ähnelt es doch häufig der Praxis der Arztwahl bei einer gewöhnlichen Behandlung. Wenn der Patient sich beispielsweise in ein Krankenhaus begibt, ist er oft mit einer bereits getroffenen Auswahl von Ärzten konfrontiert. Die freie Arztwahl wird durch die Wahl des Krankenhauses zum Ausdruck gebracht, oder durch die Wahl eines bestimmten behandelnden Arztes. Jedoch wird er oft auch von anderen Ärzten innerhalb des Krankenhauses behandelt, auf dessen Wahl er keinen Einfluss hat⁹⁸.

Da also auch bei einer herkömmlichen Behandlung die freie Arztwahl in manchen Fällen nur eingeschränkt möglich ist und die Behandlung deshalb nicht als unzulässig angesehen wird, ist auch die Telemedizin m.E. nicht aufgrund der teilweise bestehenden Einschränkung der Wahlfreiheit unzulässig. Jedoch muss dem Patienten überall dort, wo eine Wahl zwischen mehreren Ärzten möglich ist, diese auch gewährt werden. So könnte der Primärbehandler z.B. dem Patienten eine Liste mit Telemedizinern geben, mit denen er zusammenarbeitet.

b. Unzulässige Fernbehandlung

Das bei der Zulässigkeit der Telemedizin wohl am meisten diskutierte Problem ist die Frage, ob die Telemedizin eine (unzulässige) Fernbehandlung ist. Ausgangspunkt ist der Grundsatz, dass jede Stellung einer Diagnose und Durchführung einer Therapie die körperliche Untersuchung (*examen clinique*) des Patienten durch den behandelnden Arzt erfordert⁹⁹. Aufgrund der räumlichen Trennung zwischen Telemediziner und Patienten ist dies nicht möglich.

Ein generelles Verbot der unzulässigen Fernbehandlung, welches sich aus einer gesetzlichen Regelung ergibt, existiert jedoch nicht. Das Gesetz bindet den Arzt nicht an eine Präsenz beim Patienten¹⁰⁰. Allerdings geht nunmehr aus Artikel 34 des Gesetzes Nr. 2004-810 vom 13. August 2004 hervor, dass eine Verordnung durch einen nicht beim Patienten anwesenden Arzt erfolgen bzw. ein Rezept

⁹⁷ Kritisch: Le Foyer de Costil, Le juriste et la télémédecine, Journal de Médecine Légale Droit Médical 1997, Seite 353.

⁹⁸ Hoerni/Dusehu, Le libre choix du patient, in: Auby (Hrsg.), Droit médical et hospitalier, fasc. 8, Nr. 9 f.

⁹⁹ Chassort, Exercice de la médecine et Internet, Rapport adopté lors de la session du 30 juin 2000, www.conseil-national.medecin.fr, Seite 5; Reboul-Mapin, Déontologie et Internet, Gazette du Palais, Spécial Internet, droit et santé, 24.-26.03.2002, Seite 23; Lachaud/Collignon, L'Internet dans l'univers médical : aspects juridiques et déontologiques, Gazette du Palais, Recueil mai-juin 2000, Seite 1123. So auch Deau, Xavier, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins de juillet 2005, Télémédecine, www.web.ordre.medecin.fr/ rapport/telemedecine.pdf, wobei dies nur indirekt zu entnehmen ist.

¹⁰⁰ Esper, La responsabilité en télémédecine, in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la télémédecine, Seite 25.

ausgestellt werden darf, wenn eine körperliche Untersuchung vorher stattgefunden hat.

Wie bereits zuvor angesprochen, besteht vor allem die französische Ärztekammer unter Bezugnahme auf das geltende Standesrecht auf das Erfordernis einer körperlichen Untersuchung¹⁰¹. Die im Standesrecht kodifizierten medizinethischen Grundsätze verlangten von einem Arzt, dass er den Patienten immer gewissenhaft und mit größtmöglicher Sorgfalt behandeln muss (Art. 32, 33 CDM). Er muss die Behandlung so ausführen, dass die Qualität der medizinischen Handlung gewährleistet ist (Art. 71 CDM). Daraus wird geschlossen, dass eine Behandlung ohne die vorherige körperliche Untersuchung grundsätzlich die erforderliche Sorgfalt und Qualität der Behandlung nicht garantiert¹⁰².

Da der Umfang der Einwirkung des Telemediziners in den verschiedenen Anwendungstypen der Telemedizin unterschiedlich ist, werden diese im Folgenden getrennt daraufhin untersucht, ob die jeweilige telemedizinische Handlung ohne eine vorherige körperliche Untersuchung den Anforderungen einer sorgfältigen ärztlichen (herkömmlichen) Behandlung entspricht.

aa. Telekonsultation

Im Falle einer Telekonsultation zieht der Primärbehandler einen Telemediziner im Rahmen einer Behandlung auf eigenen Wunsch oder auf Anregung des Patienten hinzu, um seine Diagnose und sein weiteres Vorgehen in der Behandlung des Patienten zu verifizieren. Der Primärbehandler untersucht und behandelt den Patienten persönlich, was ihm auch aufgrund seiner fachlichen Kompetenz möglich ist. Er zieht den Telemediziner sozusagen zur Erweiterung der Behandlung heran. Dieser Anwendungstyp der Telemedizin wird trotz fehlender Untersuchung durch den Telemediziner für zulässig gehalten, da gemäß Art. 33 und Art. 60 CDM schon immer die Hinzuziehung eines Kollegen bei der Behandlung eines Patienten praktiziert wurde. Der beim Patienten anwesende Arzt ist sogar dazu verpflichtet, einen Kollegen heranzuziehen, wenn dies zur bestmöglichen Behandlung nötig ist¹⁰³. Die beste medizinische Versorgung kann auch den Einsatz von modernen Technologien verlangen, wenn diese die Qualität der Behandlung steigern. Der Einsatz moderner Kommunikationsmittel zur Hinzuziehung eines anderen Arztes stellt damit nur eine Verbesserung der Qualität beim Meinungs austausch dar.

¹⁰¹ Siehe oben § 4 A II 1 a.

¹⁰² Reboul-Mapin, Déontologie et Internet, Gazette du Palais, Spécial Internet, droit et santé, 24.-26.03.2002, Seite 22 f.; Dusserre/Ducrot/Allaert, L'information médicale L'ordinateur et la loi, Seite 183.

¹⁰³ Alméras, Déontologie et communication : La profession médicale, RDSS - série professions, 1997, Seite 31; Hazebroucq, La déontologie du médecin est-elle menacée par la Télémedecine ? in: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la Télémedecine, Seite 31.

Kapitel II: Haftungsgefüge der Telemedizin

Nachdem der rechtliche Rahmen und damit die Voraussetzungen und Grenzen der Telemedizin im 1. Kapitel dargestellt wurden, beschäftigt sich das 2. Kapitel mit der Ausführung telemedizinischer Verfahren. Dazu werden im 1. Abschnitt die Grundlagen für die Beurteilung jeglichen telemedizinischen Handelns untersucht. Im 2. Abschnitt behandelt die Arbeit Haftungsfragen und insbesondere die Haftungsverteilung im Rahmen der telemedizinischen Zusammenarbeit.

1. Abschnitt: Rechtliche Beziehungen und Pflichten bei der Telemedizin

Ausgangspunkt einer Beurteilung telemedizinischer Anwendungen ist die Untersuchung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Patienten und den an der Telemedizin beteiligten Ärzten und Gesundheitseinrichtungen (§ 6). Diese Rechtsbeziehungen und deren Inhalt geben auch Aufschluss über die Pflichten der einzelnen Personen im Rahmen der Telemedizin (§ 7).

§ 6 Rechtsbeziehungen des Patienten zu Ärzten und Gesundheitseinrichtungen

Wie bereits die in der Einführung dargestellten Beispiele vermuten lassen, können die rechtlichen Beziehungen der an der Telemedizin beteiligten Personen sehr vielfältig sein. So kann die Telemedizin allein zwischen dem Patienten und einem Telemediziner oder zwischen dem Primärbehandler und dem Telemediziner in oder ohne Anwesenheit des Patienten durchgeführt werden. Es kann sich folglich um ein Zwei- oder Mehr-Personen-Verhältnis handeln. Hinzu kommt, dass der Patient sich zur Behandlung in eine Gesundheitseinrichtung begeben kann, sodass nicht nur die rechtlichen Beziehungen zum niedergelassenen Arzt, sondern auch zur aufnehmenden Gesundheitseinrichtung und den dort tätigen Ärzten untersucht werden müssen.

A. Frankreich

Bevor jedoch die rechtlichen Beziehungen im Einzelnen untersucht werden, muss auf einige Besonderheiten im französischen Gesundheitssystem eingegangen werden.

I. Einführung in das französische Gesundheitssystem

Das französische Gesundheitssystem spaltet sich in zwei Bereiche (*la dualité du système*), die grundsätzlich unterschiedlichen rechtlichen Regeln folgen³¹⁵. Zum einen wird die Gesundheitsversorgung durch öffentliche Krankenhäuser

³¹⁵ Mémeteau, Cours de droit médical, Seite 27.

(Hôpitaux publics), die juristische Personen des öffentlichen Rechts mit finanzieller und verwaltungsrechtlicher Autonomie sind (Art. 6141-1 CSP), gewährleistet. Sie fallen damit in die verwaltungsrechtliche Kategorie der öffentlichen Einrichtung (*établissement public*)³¹⁶.

Die im Krankenhaus tätigen Ärzte sind folglich auch staatliche Bedienstete (*agent public*)³¹⁷. Wenn der Patient sich in ein Krankenhaus begibt, nimmt er eine öffentliche Einrichtung in Anspruch und befindet sich in einem öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis (*situation statutaire*), welches durch gesetzliche und untergesetzliche Normen ausgestaltet ist. Er ist Benutzer einer öffentlichen Einrichtung (*usager du service public*)³¹⁸. Dies hat zur Folge, dass weder zum Krankenhaus noch zu den dort tätigen Ärzten vertragliche Beziehungen bestehen³¹⁹.

Daneben gibt es den privaten Sektor der Gesundheitsversorgung. Dieser umfasst die Gesundheitsversorgung durch private Kliniken (*clinique privée*) und freiberuflich tätige Ärzte (*exercice à titre libéral*). Seit dem Grundsatzurteil „Mercier“ der Cour de Cassation vom 20. Mai 1936³²⁰ ist anerkannt, dass zwischen dem Arzt und seinem Patienten ein zivilrechtlicher Vertrag geschlossen wird. Wenn der Patient sich also zu einem niedergelassenen Arzt begibt, schließt er mit ihm einen zivilrechtlichen Vertrag³²¹. Das gleiche gilt, wenn er sich von einem freiberuflich tätigen Arzt in einer Privatklinik behandeln lässt³²². Daneben schließt er mit der Klinik einen privatrechtlichen Aufnahmevertrag (*contrat d'hospitalisation*), der alle nicht-ärztlichen Leistungen, wie die Pflege, Versorgung, und Beherbergung, umfasst³²³. Eine solche freiberufliche Tätigkeit ist in bestimmten Fällen auch in einem öffentlichen Krankenhaus möglich. Dies hat zur Folge, dass ausnahmsweise auch bei einer Aufnahme im Krankenhaus ein zivilrechtlicher Vertrag zwischen dem Arzt und dem Patient zustande kommt³²⁴.

³¹⁶ Dupont/Esper/Paire, Droit Hospitalier, Rz. 161.

³¹⁷ Siehe hierzu: Dupont/Esper/Paire, Droit Hospitalier, Rz. 406 ff. mit ausführlicher Darstellung der verschiedenen Kategorien. In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Begriff des *agent public* nicht deckungsgleich mit dem Begriff des Beamten ist.

³¹⁸ Devers, Le droit au service de la santé, Pratique de la responsabilité, Seite 22; Dupont/Esper/Paire, Droit Hospitalier, Rz. 527; Penneau, La responsabilité du médecin, Seite 14, 41; vgl. auch CE, 11.01.1991, D. 1992, somm. Seite 147.

³¹⁹ Alt-Maes, La nouvelle place de la faute technique et de la faute éthique depuis la loi du 4 mars 2002, Revue générale de droit médicale 2004, Seite 110.

³²⁰ Cass. 20.05.1936, DP 1936, 1^{ère} partie, Seite 88, concl. Matter, rapp. Josserand.

³²¹ Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies: Contrat médical, Nr. 6; Mémeteau, Cours de droit médical, Seite 299.

³²² Dupont/Esper/Paire, Droit Hospitalier, Rz. 542.

³²³ Dupont/Esper/Paire, Droit Hospitalier, Rz. 543.

³²⁴ Cass. 1^{er} civ., 05.03.1991: JCP 1992, II, 21835, note A. Dorsner-Dolivet; Dictionnaire permanent Bioéthique et Biotechnologie: Contrat médical, Nr. 5.

Der Patient kann sich jedoch auch in einer Privatklinik behandeln lassen, ohne mit einem Arzt eine besondere vertragliche Vereinbarung getroffen zu haben. Früher wurde vertreten, dass eine ärztliche Leistung nur von einem Arzt geschuldet werden und eine Klinik sich folglich nicht zur Erbringung der medizinischen Leistung verpflichten kann³²⁵. Die Cour de Cassation ist jedoch im Urteil vom 04.06.1991 von dieser Ansicht abgewichen und vertritt seitdem die Auffassung, dass die ärztliche Versorgung auch durch von der Klinik angestellte Ärzte erfolgen kann³²⁶.

Die Einteilung in Gesundheitsversorgung durch öffentliche Einrichtungen auf der einen Seite und private Kliniken und freiberuflich tätige Ärzte auf der anderen Seite ist jedoch nicht trennscharf. Die privaten Kliniken können unter bestimmten Voraussetzungen auch Aufgaben der öffentlichen Gesundheitsversorgung erfüllen (*participation au service public*)³²⁷. Dies hat jedoch weder Auswirkungen auf die rechtliche Situation der Klinik als private Einrichtung noch auf die vertraglichen Beziehungen des Patienten mit der Klinik³²⁸. Es ist deshalb wichtig, immer genau die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Patienten, den behandelnden Ärzten und Einrichtungen zu klären.

Das Gesetz vom 4. März 2002 ändert nicht die soeben beschriebene Einteilung des französischen Gesundheitssystems³²⁹. Gleichwohl werden aufgrund der Vereinheitlichung des Haftungssystems noch nicht abschließend geklärte Fragen auch hinsichtlich der rechtlichen Beziehungen zwischen Patient, Arzt und Gesundheitseinrichtung aufgeworfen.

In dem neuen Art. L. 1142-1 des CSP, auf welchen im Zuge dieser Arbeit noch ausführlich eingegangen wird, wurde eine einheitliche Haftungsgrundlage für Ärzte, Kliniken und Krankenhäuser geschaffen, um Unterschiede, die sich insbesondere aus der unterschiedlichen Rechtsprechung der Cour de Cassation und des Conseil d'Etat zur Arzt- bzw. Krankenhaftung ergaben, zu vermeiden³³⁰. Ferner wurde ein Entschädigungsfonds eingerichtet, der Schadensersatz für Fälle gewährt, die nicht auf das Verschulden eines Arztes zurückzuführen sind bzw. deren Entschädigung der Gesetzgeber der Allgemeinheit auferlegen wollte.

³²⁵ Cass. 1^{er} civ., 05.12.1978, D. 1980, Seite 353, note Penneau; Dictionnaire permanent Bioéthique et Biotechnologie: Contrat médical, Nr. 14.

³²⁶ Cass. 1^{er} civ., 04.06.1991, JCP 1991 II, 21730, note J. Savatier; Gazette du palais 1992, 2. sem., Seite 503, note Chabas.

³²⁷ Siehe hierzu: Dupont/Esper/Paire, Droit Hospitalier, Rz. 219 ff.

³²⁸ Dupont/Esper/Paire, Droit Hospitalier, Rz. 219.

³²⁹ Harichaux, Responsabilité médicale – Principes généraux, in: Auby (Hrsg.), Droit médical et hospitalier, fasc. 18, Nr. 7; Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies: Responsabilité médicale, Rz. 57.

³³⁰ Dupont/Esper/Paire, Droit Hospitalier, Rz. 872 f. ; Harichaux, Responsabilité médicale – Principes généraux, in: Auby (Hrsg.), Droit médical et hospitalier, fasc. 18, Nr. 6.

Durch diese Vereinheitlichung der Haftungsgrundlage wird teilweise von einer "*responsabilité statutaire*" gesprochen, welche vertragsunabhängig ist³³¹. Allerdings trifft das Gesetz vom 4. März 2002 keine Aussage darüber, ob die vertragliche Haftung, die seit dem oben genannten Grundsatzurteil *Mercier* ständige Rechtsprechung ist, durch eine reglementierte oder gesetzliche Haftung abgelöst werden soll³³². Ferner wird in der neuen Haftungsnorm zwar der Grundsatz der Haftung für Verschulden genannt, dieses wird jedoch nicht definiert³³³, sodass auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden muss³³⁴.

Da durch die Reform das Gesundheitssystem an sich jedoch nicht umgestaltet wurde und mehrheitlich weiterhin einerseits von vertraglichen Beziehungen im Privatsektor und andererseits von öffentlich-rechtlichen Beziehungen im Krankenhaus ausgegangen wird, behandelt die Arbeit die rechtlichen Beziehungen nach den schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 4. März 2002 geltenden Grundsätzen. Nur so lassen sich auch Probleme, wie die Haftung für Dritte im Medizinrecht, für die das neue Gesetz ebenfalls keine Regelung getroffen hat, sowie die Abgrenzung der Haftung einer Klinik und des dort freiberuflich tätigen Arztes dogmatisch lösen.

II. Die rechtlichen Beziehungen des Patienten im Rahmen der Telemedizin

Die rechtlichen Beziehungen des Patienten im Rahmen einer medizinischen Behandlung hängen also weiterhin zum einen davon ab, ob der Patient von einem freiberuflich tätigen niedergelassenen Arzt in dessen Praxis behandelt wird (1) oder ob er sich zur Behandlung in eine Gesundheitseinrichtung begibt. Aufgrund der weiterhin bestehenden Dualität des Gesundheitssystems muss ferner zwischen der Behandlung in einem Krankenhaus (2) und in einer privaten Einrichtung (3) unterschieden werden, wobei im Rahmen dieser Unterscheidung auf die freiberufliche Tätigkeit eines Arztes in diesen Einrichtungen einzugehen ist. Diese Differenzierung wird folglich auch den rechtlichen Beziehungen im Rahmen der Telemedizin zugrunde gelegt.

³³¹ Harichaux, Responsabilité médicale – Principes généraux, in: Auby (Hrsg.), Droit médical et hospitalier, fasc. 18, Nr. 6; Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies: Responsabilité médicale, Rz. 4.

³³² Mémeteau, Cours de droit médical, Seite 309 f. mit Nachweisen zum Streitstand.

³³³ Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies: Responsabilité médicale, Rz 8; Die "faute caractérisée", die für die Haftung im Fall eines mit einer Behinderung geborenen Kindes erforderlich ist, ist hingegen definiert.

³³⁴ Lambert-Faivre, La loi n° 2002-303 relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé, D. 2002, chron., Seite 1367.

1. Rechtliche Beziehungen im Rahmen der Behandlung durch einen niedergelassenen Arzt

Das Rechtsverhältnis des Patienten zum Primärbehandler weist keine Abweichungen zur gewöhnlichen Behandlung auf. Wenn der Patient sich zu einem niedergelassenen Arzt begibt, schließt er mit diesem einen Behandlungsvertrag³³⁵. Von Interesse ist dagegen die Frage, ob ein Vertrag zwischen dem Patienten und dem Telemediziner zustande kommt und um welchen Vertragstyp es sich dabei handelt.

a. Vertragsschluss zwischen Patient und Telemediziner

Zunächst ist davon auszugehen, dass auch für das rechtliche Verhältnis zwischen Patient und Telearzt – wie auch für gewöhnliche Verträge - die allgemeinen Regeln des Code Civil Anwendung finden. Ein Vertrag kommt dadurch zustande, dass der Patient zum Arzt geht und diesen bittet, ein ihn betreffendes gesundheitliches Problem zu behandeln. Es kommt konkludent ein Vertrag zustande, ohne dass die beiden Personen Einzelheiten regeln³³⁶.

Bei der Telemedizin besteht die Besonderheit darin, dass der Patient sich nicht körperlich zum Arzt bzw. zu allen an der Behandlung beteiligten Ärzten begibt. Die Situation, dass eine Person nicht persönlich mit dem Leistungserbringer zusammentrifft, ist jedoch rechtlich nicht völlig neu; auch wenn es in der Medizin revolutionär ist, dass ein Arzt tätig wird, ohne mit dem Patienten physisch im Rahmen einer klinischen Untersuchung, oder zumindest der Möglichkeit einer solchen, in Kontakt zu treten. Auf anderen Gebieten werden täglich Verträge geschlossen, bei denen entweder die Vertragspartner nicht persönlich anwesend sind, etwa per Telefon oder Internet, oder durch Dritte vertreten werden. Wendet man die für diese Situationen bestehenden bzw. entwickelten allgemeinen Regeln des Zivilrechts an, ist zunächst bei der Telemedizin die Möglichkeit eines Vertragsschlusses im Rahmen des direkten Kontakts des Patienten zum Telemediziner ohne physische Anwesenheit und der Fallgestaltung, dass nur der aufgesuchte Arzt mit dem Telemediziner in Kontakt steht, zu unterscheiden.

aa. Der Patient hat direkten Kontakt mit dem Telemediziner

Der Fall eines direkten Kontaktes des Patienten mit dem Telemediziner ist in der Regel der Fall einer multimedialen Direktübertragung. Diese ähnelt stark dem gewöhnlichen Telefongespräch. Wenn die Parteien nicht ausdrücklich einen

³³⁵ Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies: Contrat médical, Nr. 6.

³³⁶ Siehe zum stillschweigenden Angebot und Annahme mit weiteren Hinweisen: Flour/Aubert, Les obligations, 1. Band, Nr. 150. Zum Vertragsschluss im französischen Recht allgemein: Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Band 1/1, Rz. 1 F 214 ff.

Vertragsschluss vereinbaren, ist in der Anfrage des Patienten, ihn zu behandeln, ein Angebot zu sehen, welches der Telearzt konkludent durch die Aufnahme der Behandlung annimmt. Damit kommt, soweit eine solche ärztliche Handlung allein zwischen Patient und Telemediziner ohne Anwesenheit eines anderen Arztes überhaupt zulässig ist³³⁷, zwischen Telearzt und Patient ein eigener Vertrag zustande³³⁸. Diese Grundlagen vom Vertragsschluss werden durch den Einsatz moderner Kommunikationstechniken, wie etwa das Internet, nicht aufgehoben. Der Wille zum Vertragsschluss wird allenfalls auf eine andere Art manifestiert, z.B. durch Mausklick oder Versendung einer E-Mail, statt³³⁹.

In der Regel zieht jedoch ein beim Patienten anwesender Arzt den Telemediziner zur Behandlung hinzu, sodass grundsätzlich von einer Drei- oder Mehr-Personen-Beziehung auszugehen ist. Der Patient wird vor Ort vom Primärbehandler betreut, der für eine Telekonsultation oder Teleexpertise einen weiteren Arzt „zuschaltet“. Der direkte Kontakt des Patienten zum Telemediziner kann z.B. durch den Einsatz eines Bildtelefon hergestellt werden, sodass sich nicht nur die Ärzte untereinander austauschen, sondern auch der Patient mit dem Telemediziner kommuniziert.

Geht man auch hier wieder von den allgemeinen Grundsätzen zum Vertragsschluss aus, so müssen die Erklärungen bzw. der Erklärungswert der Handlungen des Patienten und des Telemediziners ausgelegt werden. Wenn etwa die Behandlung im Rahmen einer interaktiven Videokonferenz erfolgt, die auf Wunsch des Patienten vorgenommen wird und bei welcher der behandelnde Arzt einen großen Teil der Patientenakte an den Telemediziner übermittelt oder wenn der behandelnde Arzt (im Namen des Patienten) der Bezahlung der Leistung des Telemediziners zustimmt, ist von einer vertraglichen Beziehung auszugehen³⁴⁰.

bb. Der Patient hat keinen direkten Kontakt mit dem Telemediziner

Zu untersuchen ist jedoch auch der Fall, in dem die oben genannten Anhaltspunkte nicht gegeben sind und der Patient sich nur passiv der Untersuchung zur Verfügung stellt. Diese Situation tritt insbesondere dann auf, wenn die Vornahme der Handlung des Telemediziners zeitversetzt zur Behandlung des Primärbehandlers erfolgt (es werden Röntgenbilder an den Telemediziner zur

³³⁷ Siehe hierzu § 4 B II 2.

³³⁸ Siehe zum Vertragsschluss unter Anwesenden und unter Abwesenden: Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Band 1/1, Rz. 1 F 232 f.

³³⁹ Zoia, La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, Gazette du Palais 14.-16.10.2001, Seite 14 mit weiteren Ausführungen zu Problemen, die sich beim Vertragsschluss im Internet ergeben können. Es handelt sich dabei um Probleme, die allgemein den Vertragsschluss im Internet betreffen und kein besonderes Licht auf die Telemedizin werfen, sodass insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen wird.

³⁴⁰ So auch Hazebroucq, Fiabilité et acceptabilité de la téléradiologie, Seite 86.

2. Abschnitt: Telemedizin und Haftung

Zentrales Thema im Medizinrecht ist das Arzthaftungsrecht. Deshalb befasst sich der 2. Abschnitt dieser Arbeit mit den Haftungsfragen im Bereich der Telemedizin. Haftungsfragen stellen sich zum einen hinsichtlich des Bestehens besonderer Haftungsgründe im Rahmen telemedizinischer Anwendungen und der sich möglicherweise daraus ergebenden Notwendigkeit besonderer Haftungsregeln (§ 8). Da es sich bei der Telemedizin in der Regel um ein Drei- oder Mehrpersonenverhältnis handelt, stellt sich zum anderen die Frage, wer für die im Rahmen der Telemedizin verursachten Schäden haftet. Die Arbeit setzt sich deshalb ebenfalls mit der Haftungsverteilung zwischen den einzelnen an der Telemedizin beteiligten Ärzten und Gesundheitseinrichtungen auseinander (§ 9).

§ 8 Haftungsgrundlage und Haftungsmodell telemedizinischer Handlungen

Nachdem die rechtlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Teilnehmern bei der Telemedizin (§ 6) mit den daraus entstehenden Pflichten (§ 7) erörtert worden sind, soll nun untersucht werden, welche Konsequenzen eine Verletzung oder Nichtbeachtung dieser Pflichten hat, insbesondere ob diese zur Haftung des jeweiligen Arztes oder der Gesundheitseinrichtung führt. Die Beantwortung dieser Frage erfolgt in beiden Rechtsordnungen in drei Schritten. In einem ersten Schritt wird in das bestehende Arzthaftungsrecht kurz eingeführt. Die dort dargestellten Grundsätze werden in einem zweiten Schritt auf die Telemedizin übertragen. In einem dritten Schritt wird schließlich auf die Frage eingegangen, ob mit den bestehenden Haftungsregeln die Haftungsfälle, die durch den Einsatz der Telemedizin auftreten, zufriedenstellend zu lösen sind oder ob durch diese spezifischen Haftungsursachen eine Gefahrenlage entsteht, die ein besonderes Haftungsmodell für die Telemedizin erfordert.

A. Frankreich

In einem französischen Lehrbuch findet man zum Arzthaftungsrecht die Aussage, dass ein Arzthaftungsfall vier Richter erfordere⁵²⁴. Gemeint ist damit die Aufspaltung des französischen Arzthaftungsrechts in die zivilrechtliche, strafrechtliche und disziplinarrechtliche Haftung sowie die Staatshaftung im Falle eines in einem öffentlichen Krankenhaus zugefügten Schadens.

Unter Beibehaltung dieser Aufspaltung wurde jedoch das französische Arzthaftungsrecht durch Gesetz vom 4. März 2002 völlig reformiert. Art. L. 1142-1 des CSP enthält nunmehr zum einen eine einheitliche Haftungsgrundlage für Ärzte, Kliniken und Krankenhäuser. Zum anderen sieht diese Vorschrift eine Entschädigung durch einen besonderen Fonds für Fälle vor, die nicht auf ein Ver-

⁵²⁴ Welsch, Responsabilité du médecin, Rz. 19.

schulden eines Arztes oder der Gesundheitseinrichtung zurückzuführen sind bzw. deren Entschädigung der Gesetzgeber der Allgemeinheit auferlegen wollte.

Wie bereits erwähnt wurde⁵²⁵, stellt sich durch diese Vereinheitlichung der Haftungsgrundlage die Frage, ob die von der bisherigen Rechtsprechung entwickelten allgemeinen zivil- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen weiterhin herangezogen werden können, zumal das Gesetz vom 4. März 2002 keine Aussage darüber trifft, ob im privaten Sektor die vertragliche Haftung durch eine reglementierte oder gesetzliche Haftung abgelöst werden soll⁵²⁶. Deshalb wird im Folgenden versucht, ausgehend von dem bislang bestehenden Haftungsgefüge, die neue Haftungsnorm anzuwenden, wobei an das bislang bestehende Gerüst des Arzt- bzw. Krankenhaushaftungsrechtes angeknüpft wird. Nicht berücksichtigt wird dabei die strafrechtliche und die disziplinarrechtliche Haftung.

I. Grundlagen des Haftungsrechts und der Arzthaftung

Zum besseren Verständnis des Arzthaftungsrechts in Frankreich beschäftigt sich die Arbeit zunächst mit den allgemeinen Grundlagen des französischen Haftungsrechts, um sich danach mit dessen Besonderheiten zu befassen.

1. Einführung in das französische Haftungssystem

Fertigt man eine grobe Skizze des französischen Haftungssystems an, so muss zwischen der Staatshaftung und der zivilrechtlichen Haftung unterschieden werden. Während die zivilrechtliche Haftung ihre Grundlage im Code Civil findet, ist die Staatshaftung (*responsabilité administrative*) nicht gesetzlich geregelt, sondern beruht überwiegend auf durch die Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen⁵²⁷. Die Unterscheidung von Staatshaftung und zivilrechtlicher Haftung äußert sich auch in der Zuweisung zu unterschiedlichen Rechtswegen, da der Schadensersatzanspruch gegen den Staat im Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen ist.

a. Zivilrechtliche Haftung

Innerhalb der zivilrechtlichen Haftung wird, wie im deutschen Recht, zwischen der vertraglichen und der außervertraglichen Haftung unterschieden. Eine Besonderheit liegt im französischen Recht allerdings darin, dass die vertragliche Haftung die Anwendbarkeit der deliktischen Haftung sperrt, sodass diese nicht

⁵²⁵ Siehe § 6 A I.

⁵²⁶ Mémeteau, Cours de droit médical, Seite 309 f. mit Nachweisen zum Streitstand.

⁵²⁷ Frier, Précis de droit administratif, Rz. 819.

konkurrieren können (*principe de non-cumul des responsabilités*)⁵²⁸. Sowohl die Voraussetzungen der vertraglichen als auch der deliktischen Haftung beruhen jedoch auf drei Eckpunkten: Schädigende Handlung (*fait dommageable*) bzw. Sorgfaltpflichtsverletzung (*fait fautif*), Schaden (*préjudice*) und die Kausalität zwischen schädigender Handlung und Schaden (*lien de causalité*). Dabei stimmen die Voraussetzungen für die vertragliche und die deliktische Haftung hinsichtlich des Schuldmaßstabs, der Kausalität und des Schadens überein⁵²⁹. Unterschiede ergeben sich hingegen teilweise in Bezug auf den *fait dommageable*, also dem Haftungsgrund, sodass nur insoweit eine gesonderte Darstellung vorgenommen wird.

aa. *Fait dommageable*

Der den Schaden verursachende Umstand (*fait dommageable*) kann in einer persönlichen Sorgfaltpflichtsverletzung (*faute personnelle*), einer Schädigung durch eine Sache (*fait des choses*) und in einer Schädigung durch Dritte (*fait d'autrui*) liegen. Diese Begriffe findet man in erster Linie im Deliktsrecht, weshalb zur Erläuterung mit der deliktischen Haftung begonnen wird.

(1). Deliktische Haftung

Die deliktische oder quasi-deliktische Haftung, die in den Art. 1382 ff. Code Civil kodifiziert ist, betrifft alle Fälle, in denen der Schädiger und der Geschädigte nicht in vertraglichen Beziehungen stehen. An der Spitze der deliktischen Haftungstatbestände steht Art. 1382 Code Civil als Generalklausel für vorsätzliche Schadenszufügungen durch eigenes Verhalten (*responsabilité du fait personnel*). Diesem schließt sich Art. 1383 Code Civil an, der die fahrlässige mit der vorsätzlichen Schädigung gleichstellt. Gemäß Art. 1382, 1383 Code Civil muss derjenige, der jemandem einen Schaden zufügt, diesen auch ersetzen (*réparer*). Die Schadenszufügung muss jedoch auf einer *faute* beruhen, welche vom Geschädigten bewiesen werden muss⁵³⁰.

Haftungsgrund ist damit eine *faute*. Der Begriff der *faute* ist im französischen Haftungsrecht ein zentraler Begriff, der jedoch nicht gesetzlich definiert ist, sodass es, wie nicht zuletzt die zahlreichen Definitionsansätze zeigen⁵³¹, Schwierigkeiten bereitet, ihn zu erfassen. Die bekanntesten Definitionsversuche sind wohl bei Planiol (die *faute* ist die Verletzung einer bestehenden Pflicht - *la faute*

⁵²⁸ Viney, Introduction à la responsabilité, Nr. 216 ff; Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, Band II, Nr. 61; Ferid/Sonnenberger, Französisches Zivilrecht, Band 2, Rz. 2 O 41 ff.

⁵²⁹ Ferid/Sonnenberger, Französisches Zivilrecht, Band 2, Rz. 2 O 23.

⁵³⁰ Ferid/Sonnenberger, Französisches Zivilrecht, Band 2, Rz. 2 O 27.

⁵³¹ Siehe die ausführliche Darstellung bei Comte, Rép. civ. Dalloz, Responsabilité du fait personnel, Nr. 9 ff.

est la violation d'une obligation préexistante)⁵³², Deliyannis (die *faute* ist ein rechtswidriger Umstand - *la faute est un fait illicite*)⁵³³ und Mazeaud und Chabas (die *faute* ist ein Verhaltensfehler - *la faute est une erreur de conduite*)⁵³⁴ zu finden. Ohne auf die einzelnen Definitionen einzugehen, kann jedoch festgehalten werden, dass die *faute* aus zwei Elementen besteht: Zum einen einem feststellbaren „materiellen“ Element, das in einem unrichtigen Handeln bzw. Verhalten oder Unterlassen liegt. Dies kann eine Verletzung einer bestehen Pflicht, ein Verstoß gegen geschriebene Rechtsgrundsätze oder gegen ungeschriebene Anstands- und Verhaltensregeln beinhalten. Daneben ist in der *faute* ein subjektives Element enthalten, wonach eine Vorwerfbarkeit des objektiv festgestellten Verhaltens vorliegen muss.⁵³⁵ Zur Feststellung dieses subjektiven Schuldvorwurfs wird das vorliegende Verhalten mit dem des guten Familienvaters (*bon père de famille*) verglichen, wobei natürlich auf den jeweiligen Sachverhalt Bezug genommen wird, wie etwa im Medizinrecht auf den „guten Arzt“⁵³⁶.

Daran schließen sich die Haftung für Dritte (*responsabilité d'autrui*, Art. 1384 Abs. 4, 5 und 6 Code Civil)⁵³⁷, und die Sachhalterhaftung an (*responsabilité du fait des choses*, Art. 1384 Abs. 1 Code Civil). Gemäß Art. 1384 Abs. 1, 2. Alt. Code Civil haftet man nicht nur für eigenes Handeln, sondern auch für Schäden, die durch eine Sache – unabhängig davon, ob diese selbst gefährlich ist – verursacht wurde, wenn man Halter dieser Sache ist. Haftungsgrund ist damit keine *faute*, sondern der Umstand, dass eine Person Halter einer Sache ist⁵³⁸. Die Besonderheit dieses Tatbestandes liegt darin, dass vermutet wird, dass der Schaden durch die Sache verursacht wurde⁵³⁹. Dies hat zur Folge, dass der Sachhalter einer Schadensersatzpflicht nur durch den Beweis entgehen kann, dass der Schaden aufgrund eines Zufalls bzw. höherer Gewalt oder eines äußeren Umstandes (*cause étrangère*) verursacht wurde⁵⁴⁰.

⁵³² Planiol, Etudes sur la responsabilité civile, Revue critique de législation et de jurisprudence 1905, Seite 287.

⁵³³ Deliyannis, La notion de d'acte illicite, Thèse 1951.

⁵³⁴ Mazeaud/Chabas, Introduction à l'étude du droit, tome I, vol. 1, Nr. 343.

⁵³⁵ Siehe vertiefend hierzu Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, Band II, Nr. 98 ff.; Ferid/Sonnenberger, Französisches Zivilrecht, Band 2, Rz. 2 O 38.

⁵³⁶ Welsch, Responsabilité du médecin, Rr. 248.

⁵³⁷ Die Haftung für Dritte wird erst in § 9 thematisiert.

⁵³⁸ Viney/Jourdain, Les conditions de la responsabilité, Nr. 654.

⁵³⁹ Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, Band II, Nr. 241 ff., 270; Cass. 2^{ème} civ., 22.11.1978, Bull. civ., II, n° 245.

⁵⁴⁰ Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, Band II, Nr. 270; Ferid/Sonnenberger, Französisches Zivilrecht, Band 2, Rz. 2 O 304.

(2). Vertragliche Haftung

Im Vertragsrecht liegt die *faute* in einer Nicht-, Schlecht- oder verspäteten Leistung der vereinbarten Vertragspflicht bzw. der Verletzung von in bestimmten Verträgen bestehenden Nebenpflichten, wie die oben bereits genannte *obligation de sécurité* und die *obligation d'information*⁵⁴¹. Entscheidend für die Bestimmung der *faute* ist folglich der Inhalt des zugrunde liegenden Vertrages. Dabei ist die Natur der Vertragspflichten, wie bereits erörtert, äußerst bedeutend. Wenn die Vertragspflicht eine *obligation de moyens* ist, muss dem Schuldner zur Herbeiführung der Haftung eine *faute* nachgewiesen werden, da bei dieser Pflicht nicht bereits Nichteintritt des Erfolges für eine *faute* spricht⁵⁴². Der Schuldner hat sich nämlich vertraglich nur dazu verpflichtet, alle Schritte zu unternehmen, um den Erfolg herbeizuführen, ohne diesen zu garantieren. Dem Gläubiger obliegt es deshalb zu beweisen, dass der Schuldner bei der Ausführung *fauf* gehandelt hat, d.h. eine *faute* im oben genannten Sinne vorliegt. Wenn der Schuldner sich hingegen zur Erbringung eines Erfolges verpflichtet hat, also eine *obligation de résultat* vorliegt, und der Erfolg nicht eintritt, begründet dies bereits eine Haftung, ohne dass der Gläubiger die *faute* des Schuldners nachweisen muss.

Daneben ist auch eine Haftung für Dritte im Rahmen von Vertragverhältnissen möglich, selbst wenn dies nicht gesetzlich normiert ist⁵⁴³. Sehr umstritten ist hingegen der Haftungsgrund einer *fait des choses* in einem Vertragsverhältnis. In Fällen, in denen der Schuldner sich zur Ausführung seiner Leistung einer Sache bedient, wird eine *responsabilité contractuelle du fait des choses* diskutiert, welches jedoch als eigenständiger Haftungstatbestand überwiegend abgelehnt wird⁵⁴⁴. Stattdessen wird – wie dies bislang im Arzthaftungsrecht der Fall war - an die *obligation de sécurité* im Zusammenhang mit dem Einsatz von Geräten angeknüpft, wodurch ein ähnliches Ergebnis wie im Rahmen der deliktischen Haftung erzielt wird.

bb. Schaden und Kausalität

Sowohl die deliktische als auch die vertragliche Haftung setzen einen Schaden und eine Kausalität zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden voraus. Der Schadensbegriff ist im französischen Recht sehr weit⁵⁴⁵. Ein Schaden

⁵⁴¹ Tunc, Rép. civ. Dalloz, Responsabilité générale, Nr. 81.

⁵⁴² Vgl. Cass. 1^{er} civ., 1.02.1983, Bull. civ., I, n° 47; Cass. 1^{er} civ., 19.07.1983, Bull. civ., I, n° 211; Viney/Jourdain, Les conditions de la responsabilité, Rz. 530.

⁵⁴³ Auf die vertragliche Haftung für Dritte wird ausführlich in § 9 A I 1 a eingegangen.

⁵⁴⁴ Viney/Jourdain, Les conditions de la responsabilité, Rz. 740 ff. m.w.N.

⁵⁴⁵ Viney/Jourdain, Les conditions de la responsabilité, Rz. 248.

liegt jedenfalls immer bei einer Verletzung des *patrimoine* (Vermögens) vor, welches alle materiellen und immateriellen Nachteile erfasst⁵⁴⁶.

Im Rahmen der Kausalität werden im Wesentlichen dieselben Theorien diskutiert wie im deutschen Recht, nämlich die Äquivalenz- und die Adäquanztheorie⁵⁴⁷. Im französischem Recht scheint es jedoch keine vorherrschende Meinung zu geben, vielmehr werden von der Rechtsprechung beide Theorien angewandt, wobei zunächst von der Äquivalenztheorie ausgegangen wird und das Ergebnis von Fall zu Fall durch die Adäquanztheorie begrenzt wird⁵⁴⁸. Darüber hinaus sollen hier keine abstrakten Ausführungen zur Kausalität und zum Schaden im französischen Recht erfolgen. Vielmehr wird im Laufe der Arbeit gezielt auf Besonderheiten im Rahmen der Kausalität und des Schadens im Medizinrecht bzw. bei telemedizinischen Handlungen eingegangen.

b. Staatshaftung

Die Staatshaftung beruht in erster Linie auf der Rechtsprechung des Conseil d'Etat⁵⁴⁹. Auch wenn die Staatshaftung ohne Zweifel ein eigenständiges System bildet, auf welches zivilrechtliche Regeln nicht angewandt werden können⁵⁵⁰, so bestehen doch weitestgehend Parallelen, insbesondere in Bezug auf die Voraussetzungen des Schadens und der Kausalität⁵⁵¹. Anders ist dies jedoch hinsichtlich der Zurechnungsgründe. Nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat wird eine Haftung des Staates entweder aufgrund einer *faute* oder eines besonderen Risikos (*risque spécial*) begründet⁵⁵². Dabei kann eine Haftung für *faute* zum einen in einem bestimmten Tätigwerden oder Unterlassen eines öffentlichen Bediensteten (*agent public*) liegen, mit der Folge, dass die *faute* individualisiert werden kann. Man spricht auch von einem Verschulden des öffentlichen Dienstes (*faute de service*)⁵⁵³. In diesem Fall haftet der Staat für seinen Bediensteten. Etwas anderes gilt nur im Falle eines sog. Verschulden außerhalb des Dienstes (*faute détachable de service*). Dabei handelt es sich um eine *faute*, die ein unentschuldbares Fehlverhalten von besonderer Schwere darstellt und damit nicht mehr als Ausführung einer hoheitlichen Maßnahme angesehen werden kann⁵⁵⁴. Zum anderen kann die *faute* auch auf dem Gesamtumstand des schlechten Funktionierens der Verwaltung bzw. des "öffentlichen Dienstes"

⁵⁴⁶ Delebecque/Pansier, Droit des obligations, Nr. 125 ff.; Malaurie/Aynès, Les obligations, Nr. 240 ff.; Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, Band II, Nr. 133 ff.

⁵⁴⁷ Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, Band 2, Nr. 156 ff.

⁵⁴⁸ Viney/Jourdain, Les conditions de la responsabilité, Nr. 337 ff.

⁵⁴⁹ Frier, Précis de droit administratif, Rz. 819.

⁵⁵⁰ Frier, Précis de droit administratif, Rz. 821.

⁵⁵¹ Ferid/Sonnenberger, Französisches Zivilrecht, Band 2, Rz. 2 O 248.

⁵⁵² Frier, Précis de droit administratif, Rz. 835; de Laubadère/Venezia/Gaudemet, Droit administratif, Seite 148, 151; Ferid/Sonnenberger, Französisches Zivilrecht, Band 2, Rz. 2 O 248.

⁵⁵³ de Laubadère/Venezia/Gaudemet, Droit administratif, Seite 148 f.

⁵⁵⁴ siehe z.B. Cass. crim., 2.4.1992, JCP 1993, II, 22105, note Vallar.

(*service public*) beruhen (*faute anonyme*), sodass man von einem Verschulden der öffentlichen Hand (*faute du service*) sprechen kann⁵⁵⁵. Dies wird angenommen, wenn ein Mangel im normalen Ablauf des jeweiligen Dienstes gegeben ist, also die Verwaltung oder eine öffentliche Einrichtung einer ihr obliegenden Pflicht nicht oder verspätet bzw. in nicht ordnungsgemäßer oder anormaler Weise nachkommt⁵⁵⁶.

In bestimmten Fällen haftet der Staat auch ohne eine *faute* aufgrund eines besonderen Risikos⁵⁵⁷. Neben der anerkannten Fallgruppe der Haftung im Rahmen von öffentlichen Aufträgen über Bauleistungen (*travaux publics*) handelt es sich jedoch um Einzelfallentscheidungen der Rechtsprechung und um einzelgesetzliche Regelungen. Da die neue Haftungsgrundlage im Medizinrecht nunmehr eine Haftung ohne *faute* vorsieht, wird eine abstrakte Erörterung der Staatshaftung ohne *faute* hier unterlassen und stattdessen im Zusammenhang mit der Krankenhaushaftung behandelt.

Daneben ist wie im Zivilrecht ein Schaden und eine Kausalität zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden erforderlich. Hinsichtlich der Anforderungen an die Kausalität tendiert die Rechtsprechung des Conseil d'Etat dazu, der Adäquanztheorie zu folgen⁵⁵⁸. Im Übrigen kann jedoch auf die zur zivilrechtlichen Haftung gemachten Ausführungen verwiesen werden.

2. Grundlagen der Arzthaftung

Nachdem in das allgemeine Haftungsrecht eingeführt wurde, sollen nunmehr die Besonderheiten des französischen Arzthaftungsrechts dargestellt werden. Dabei wird zwischen einer Behandlung bei einem niedergelassenen Arzt, in einer Klinik und in einem Krankenhaus unterschieden⁵⁵⁹.

a. Arzthaftung im Falle der Behandlung bei einem niedergelassenen Arzt

Wenn ein Patient sich zu einem niedergelassenen Arzt begibt, so kommt zwischen diesen - wie seit dem Grundsatzurteil Mercier feststeht - ein zivilrechtlicher Vertrag zustande. Der Patient musste deshalb seine Schadensersatzforderung seit dem soeben genannten Grundsatzurteil auf Art. 1147 Code Civil und

⁵⁵⁵ de Laubadère/Venezia/Gaudemet, Droit administratif, Seite 148f.

⁵⁵⁶ Mueller, Das internationale Amtshaftungsrecht, Seite 52; Ferid/Sonnenberger, Französisches Zivilrecht, Band 2, Rz. 2 O 249.

⁵⁵⁷ de Laubadère/Venezia/Gaudemet, Droit administratif, Seite 151; Ferid/Sonnenberger, Französisches Zivilrecht, Band 2, Rz. 2 O 253.

⁵⁵⁸ Frier, Précis de droit administratif, Rz. 856.

⁵⁵⁹ An dieser Stelle soll noch einmal darauf aufmerksam gemacht werden, dass Kliniken in Frankreich immer private und Krankenhäuser immer öffentliche Gesundheitseinrichtung sind.

nicht mehr auf Art. 1382 ff Code Civil stützen⁵⁶⁰. Zu einer vertraglichen Haftung kam es nur dann nicht, wenn keine vertraglichen Beziehungen zwischen Arzt und Patient bestanden, es sich um eine Klage eines Rechtsnachfolgers handelte oder Schadensersatz im Adhäsionsverfahren geltend gemacht wurde. In diesen Fällen – Hauptanwendungsfall ist dabei das Fehlen eines Vertrages – kam eine deliktische Haftung gemäß Art. 1382 ff Code Civil des Arztes in Betracht.

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 4. März 2002 soll nunmehr alleinige Haftungsgrundlage Art. L. 1142-1 des CSP sein⁵⁶¹, was jedoch teilweise auch bestritten wird⁵⁶². Da die vertraglichen Beziehungen jedoch weiter bestehen und diese Vorschrift eine Haftung für *faute* vorsieht, ohne diese selbst zu definieren⁵⁶³, können zur Bestimmung der *faute médicale* sowie der weiteren Haftungs Voraussetzungen die allgemeinen Grundsätze, also auch die der vertraglichen bzw. deliktischen Haftung, herangezogen werden (aa)⁵⁶⁴. Daneben muss jedoch auch auf die neue gesetzliche Regelung für die Haftung ohne *faute* eingegangen werden (bb).

Eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen der deliktischen und der vertraglichen Haftung wird im Folgenden jedoch nicht mehr vorgenommen, zumal nach Angleichung der Verjährungsregeln in Art. L 1142-28 des CSP⁵⁶⁵ grundsätzlich keine Unterschiede zwischen beiden Haftungsgrundlagen bestehen⁵⁶⁶. Nur bei der Erörterung der Haftung ohne *faute* wird besonders auf die deliktische Haftung im Rahmen von Art. 1384 Code Civil eingegangen.

aa. Grundsatz der Haftung für *faute*

Voraussetzungen für die Haftung eines Arztes sind und waren gemäß der oben dargestellten allgemeinen Haftungsgrundsätze das Vorliegen eines *fait dommageable*, eines Schadens und die Kausalität zwischen diesen⁵⁶⁷.

⁵⁶⁰ Cass. 20.05.1936, DP 1936, 1^{ère} partie, Seite 88, concl. Matter, rapp. Josserand.

⁵⁶¹ Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies: Responsabilité médicale, Rz. 4 f.

⁵⁶² Mémeteau, Cours de droit médical, Rz. 450, der davon ausgeht, dass die Gerichte sich weiterhin auch auf Art. 1147 stützen werden.

⁵⁶³ Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies: Responsabilité médicale, Rz 8; Harichaux, Responsabilité médicale – Principes généraux, in: Auby (Hrsg.), Droit médical et hospitalier, fasc. 18, Nr. 33.

⁵⁶⁴ Harichaux, Responsabilité médicale – Principes généraux, in: Auby (Hrsg.), Droit médical et hospitalier, fasc. 18, Nr. 33.

⁵⁶⁵ Siehe hierzu: Alves, L'unification de la prescription médicale à l'épreuve de la prescription quadriennale, Petites affiches 2004, Nr. 184, Seite 3 ff.

⁵⁶⁶ Penneau, La responsabilité du médecin, Seite 14.

⁵⁶⁷ Penneau, La responsabilité du médecin, Seite 16.

Teil II: Grenzüberschreitende telemedizinische Anwendungen

Fälle, in denen das Internationale Privatrecht im Arztrecht zur Anwendung kommt, sind bislang dünn gesät. Der häufigste Fall besteht zurzeit darin, dass eine medizinische Leistung im Ausland in Anspruch genommen wird. Dies kann auf einem Zufall beruhen, etwa weil der Patient einen Unfall im Urlaub erleidet. Es ist jedoch auch denkbar, dass sich der Patient gezielt zur Behandlung ins Ausland begeben hat, um sich dort von einem Spezialisten operieren zu lassen oder weil die ärztliche Leistung günstiger angeboten wird⁸⁶⁴. Es ist aber auch möglich, dass ein ausländischer Arzt bzw. ein im Ausland niedergelassener oder tätiger Arzt einen Patienten entweder am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Patienten behandelt oder sich beide zufällig oder beabsichtigt (z.B. ärztliche Reisebegleitung) in einem Drittland aufhalten.

Im Falle der Telemedizin ist es möglich, dass eine Behandlung stattfindet, ohne dass der Arzt oder der Patient ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort bzw. Arbeitsplatz verlassen. Das „internationale Arztrecht“ hat damit eine weitere Dimension erhalten. Dies wird etwa an folgendem Extremfall deutlich: Den Patienten führt seine berufliche Tätigkeit nach Singapur. Dort meint er, Herzrhythmusstörungen zu bekommen und schickt eine Aufnahme seiner Herzfrequenz zu seinem Hausarzt, der sich zurzeit auf einer Tagung in New York aufhält. Dieser fragt einen Kollegen auf der Tagung, der in Peru tätig ist, was er von dieser Herzfrequenz hält. Beide setzen sich nun mit einem Krankenhaus in Singapur in Verbindung.

Der zweite Teil der Arbeit befasst sich deshalb mit Fragen, die sich im Rahmen grenzüberschreitender telemedizinischer Anwendungen stellen. Dies beinhaltet parallel zum ersten Teil zum einen die Erörterung der Voraussetzungen für deren Zulässigkeit (Kapitel I) und zum anderen – wie bei jedem Sachverhalt mit Auslandsberührung – die Frage nach dem anwendbaren Recht (Kapitel II).

Kapitel I: Rechtliche Rahmenbedingungen der grenzüberschreitenden Telemedizin

Die Frage der Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Anwendung der Telemedizin muss sich sowohl mit der inhaltlichen Komponente der Telemedizin, also der Telemedizin als medizinische Handlungsform, als auch mit dem Datenschutz auseinandersetzen. Da der medizinische Beruf, wie bereits im ersten Teil dargestellt wurde⁸⁶⁵, in Deutschland und in Frankreich reglementiert ist, wird im Folgenden untersucht, unter welchen Voraussetzungen eine Behandlung eines im Inland befindlichen Patienten durch einen im Ausland tätigen Arzt zulässig ist (§ 10). Daneben stellt sich aufgrund der in

⁸⁶⁴ Als Beispiel kann etwa die im Ausland hergestellte und eingesetzte Zahnprothese genannt werden.

⁸⁶⁵ Siehe § 4 A II 1 a und § 4 B II 1 a.

der Telemedizin beinhalteten Datenverarbeitung die Frage, welche Anforderungen bzw. Besonderheiten sich aus der grenzüberschreitenden Datenübertragung ergeben (§ 11).

§ 10 Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende medizinische Anwendung

Da die Ausübung des Arztberufes an eine Berufszulassung geknüpft ist, die nur aufgrund des Nachweises einer ausreichenden medizinischen Ausbildung erteilt wird, stellt sich die Frage, ob der im Ausland handelnde Telemediziner einer inländischen Berufszulassung bedarf. Da die ärztliche Behandlung eine Dienstleistung ist, die unter die europäische Dienstleistungsfreiheit fällt, muss für die Untersuchung dieser Frage zwischen der grenzüberschreitenden Telemedizin innerhalb der EU (A) und zwischen Frankreich bzw. Deutschland und einem Drittland (B) unterschieden werden.

A. Grenzüberschreitende Telemedizin innerhalb der EU

Es ist immer häufiger festzustellen, dass ein Austausch medizinischer Dienstleistungen in der EU stattfindet, sei dies durch die Anfertigung einer Brille in Luxemburg oder eine Operation in Frankreich, weil kein anderer Termin im Heimatland zur Verfügung stand. Es bildet sich sogar bereits der Begriff des Europäischen Arztrechts heraus, welches sich vor allem mit drei Fällen der grenzüberschreitenden Berufsausübung befasst: Ein Arzt ist vorübergehend im Ausland tätig (Reisebegleitung, Operationsassistent, Praxisvertretung), der Besuch eines Patienten bei einem Arzt im Ausland (passive Dienstleistungserbringung) und schließlich der grenzüberschreitende Austausch von ärztlichen Leistungen ohne personale Bewegung (kommunikative Dienstleistung), wie etwa im Fall der Übermittlung von Laborbefunden⁸⁶⁶. Die letzte Variante stellt bereits einen Fall der Telemedizin dar.

Da die medizinische Tätigkeit der Dienstleistungsfreiheit i.S.d. Art. 49, 50 EGV unterfällt, ist eine grenzüberschreitende medizinische Tätigkeit im Raum der EU unproblematisch, unabhängig davon, ob die Tätigkeit in einer privat- oder öffentlichrechtlichen Struktur ausgeübt wird⁸⁶⁷. Danach muss eine in einem Mitgliedstaat zulässige medizinische Leistung auch in einem anderen Mitgliedstaat zulässig sein bzw. muss diese grenzüberschreitend vorgenommen werden dürfen⁸⁶⁸.

⁸⁶⁶ Rieger – Schirmer, Lexikon des Arztrechts, Europäisches Arztrecht – 1690, Rz. 49-53.

⁸⁶⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 31.01.1984, Rs. 286/83 und 26/83, Slg. 1984, Seite 377 ff.- Graziana Luisi und Giuseppe Carone; Dictionnaire permanent Bioéthique et Biotechnologies: Libre-échange communautaire, Nr. 26.

⁸⁶⁸ Rieger – Schirmer, Lexikon des Arztrechts, Europäisches Arztrecht – 1690, Rz. 32.

Dies stößt jedoch insofern auf Probleme als § 10 b Abs. 2 BÄO (Bundesärzterordnung) und Art. L. 4112-7 Abs. 2 CSP eine Anzeigepflicht der Tätigkeit eines Arztes aus einem Mitgliedstaat vorsehen und somit die Dienstleistungsfreiheit insoweit einschränkt. Die Frage der Vereinbarkeit einer Anzeigepflicht mit der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49, 50 EGV stellt sich jedoch erst dann, wenn man die Telemedizin als eine Ausübung des ärztlichen Berufes im Geltungsbereich der BÄO bzw. des CSP, also als eine inländische Tätigkeit begreift und insofern das Bestehen der Anzeigepflicht bejaht. Daran könnte man zweifeln, weil der Arzt im Ausland alle medizinischen Handlungen dort vornimmt. Andererseits lässt sich jedoch nicht abstreiten, dass sich die medizinische Tätigkeit des Telemediziners auch am Aufenthaltsort des Patienten, also im Inland, auswirkt, welches bei einer Teleoperation besonders deutlich wird. Stellt man auf den Sinn und Zweck von nationalen Berufsausübungsregeln ab, die eine Berufszulassung gerade an eine berufliche Qualifikation knüpfen, steht vor allem der Gedanke im Vordergrund, den Patienten vor der Behandlung durch einen unzureichend qualifizierten Arzt zu schützen. Deshalb ist aufgrund des Anwendungswillens dieser Normen davon auszugehen, dass eine telemedizinische Behandlung eines Patienten als eine inländische Tätigkeit und damit als eine Berufsausübung innerhalb des Anwendungsbereichs der oben genannten Gesetze anzusehen ist⁸⁶⁹.

Daraus folgt, dass grenzüberschreitende telemedizinische Anwendungen durch in Europa tätige Ärzte anzeigepflichtig sind. Diese Rechtslage steht damit in einem Spannungsverhältnis mit der europarechtlich garantierten Dienstleistungsfreiheit. Deshalb sollte in Anlehnung an das Herkunftslandsprinzip eine Anzeige bei einer innereuropäischen telemedizinischen Anwendung nicht erforderlich sein, sofern der Telemediziner alle Voraussetzungen für eine (tele)medizinische Tätigkeit in seinem Heimatstaat erfüllt. Innerhalb der EU wird bereits jetzt schon davon ausgegangen, dass die einzelnen Mitgliedstaaten ihren Bürgern dasselbe Schutzniveau garantieren, welches sich schon daraus ergibt, dass gemäß der Richtlinie 93/16/EWG vom 5.04.1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und der gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise⁸⁷⁰, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union erworben wurden, in den übrigen Mitgliedstaaten anerkannt werden, sodass die in einem Mitgliedstaat als Arzt anerkannte Person in jedem anderen Mitgliedstaat sowohl freiberuflich als auch im Angestelltenverhältnis medizinisch tätig werden darf.

⁸⁶⁹ Ausführlich: Schädlich, Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen: Ärztliche Berufserlaubnis und Internationales Arzthaftungsrecht, Seite 41 ff.

⁸⁷⁰ Abl. EG L 165 vom 7.7.1993, Seite 1-24.

B. Grenzüberschreitende Telemedizin mit einem Drittland

Da die Dienstleistungsfreiheit nur innerhalb der EU gilt, stellt sich die Frage, welche Anforderungen in Deutschland und Frankreich an eine grenzüberschreitende medizinische Tätigkeit durch außereuropäische Ärzte gestellt werden (I) und inwieweit diese auf die Ausübung der Telemedizin übertragbar sind bzw. eine für die Telemedizin angepasste Regelung gefunden werden sollte (II).

I. Regelungen zum Zugang des Arztberufes in Deutschland und Frankreich

Nach deutschem Recht sind bei der ärztlichen Berufsausübung im Wesentlichen zwei Fälle zu unterscheiden: Die Approbation als Arzt (§ 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 BÄO) und die Erlaubnis zur vorübergehenden ärztlichen Tätigkeit⁸⁷¹. Grundfall ist die Approbation, durch welche gemäß § 2 Abs. 5 BÄO die selbständige Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung Arzt gestattet wird⁸⁷². Von der Approbation ist die Erlaubnis zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs gemäß § 10 Abs. 1 BÄO zu unterscheiden, die bei einem Nachweis einer abgeschlossenen Ausbildung für den ärztlichen Beruf erteilt werden kann. Damit ist eine Tätigkeit von Staatsangehörigen eines Nicht-EU-Mitgliedstaates in Deutschland an eine Erteilung einer vorübergehenden Berufserlaubnis geknüpft.

In Frankreich ist die Situation ähnlich wie in Deutschland. Erst nach erfolgter Zulassung ist die Berufsausübung durch Ärzte, die nicht Angehörige eines EU-Mitgliedstaates sind, rechtmäßig (Art. L 4112-5 CSP).

II. Voraussetzungen für die Berufsausübung im Rahmen der Telemedizin

Die rechtmäßige ärztliche Berufsausübung eines Arztes setzt folglich in Deutschland und in Frankreich die Zulassung als Arzt bzw. zumindest die behördliche Erlaubnis einer vorübergehenden Berufsausübung voraus. Überträgt man diese Grundregel auf die Telemedizin, so bedarf ein Arzt, der vom Ausland aus telemedizinisch einen Patienten in Deutschland oder Frankreich behandelt, für derartige medizinische Anwendungen einer staatlichen Erlaubnis, ebenso wie jeder im Inland niedergelassene Arzt, der sich der Telemedizin bedient.

Diese Lösung wurde beispielsweise in Malaysia in einem eigenen Gesetz für telemedizinische Anwendungen festgelegt⁸⁷³. Auch in verschiedenen Staaten der

⁸⁷¹ Siehe ausführlich: Narr, *Ärztliches Berufsrecht- Berufsausübung*, B1.

⁸⁷² Laufs/Uhlenbruck – Laufs, *Handbuch des Arztrechts*, § 8 Rz. 1 f.

⁸⁷³ Art. 3 Malaysian Telemedicine Law: The tele-physician who wants to practice in Malaysia medicine at a distance from abroad, must also have obtained a special certificate therefore from the Malaysian Medical Board. Moreover he has to work together with a physician recognized in Malaysia. Zitiert nach Callens, *Telemedecine and E-Commerce Directive*, *European Journal of Health Law* 2002, Endnote 28.

USA wurde diese Lösung gewählt⁸⁷⁴. Danach muss ein Arzt, der telemedizinisch in einem anderen Staat tätig sein möchte, vorher eine „licence“ in diesem Staat beantragen. Auch der Weltärztebund sieht in seiner Erklärung aus dem Jahre 1999 über „Ethik und Verantwortlichkeit in der Telemedizin“ in § 22 vor, dass „der Arzt die Erlaubnis zur ärztlichen Tätigkeit in dem Land besitzen muss, in dem er lebt. Wenn er grenzüberschreitend tätig ist, muss er die Berufserlaubnis in dem Staat haben, in dem der Patient lebt, es sei denn, es handelt sich um eine international anerkannte Dienstleistung“⁸⁷⁵. Bei der Telemedizin kann man m.E. jedoch bislang noch nicht von einer international anerkannten Dienstleistung ausgehen.

Für diese Regelung spricht, dass durch sie der Patient umfassend davor geschützt wird, dass ein objektiv unqualifizierter Arzt ihn aus der Entfernung behandelt. Es werden durch sie jedoch sehr hohe Zulässigkeitsvoraussetzungen an die Telemedizin gestellt. Bei einer einzelnen Kooperation zwischen zwei Ländern erscheint es noch zumutbar, eine Zulassung in einem anderen Staat zu beantragen. Ein weltbekannter Spezialist wird jedoch von Patienten, die sich in vielen verschiedenen Ländern aufhalten, beauftragt werden. Es wäre etwa einem amerikanischen Spezialisten nicht erlaubt, eine neue Operationstechnik in Frankreich oder Deutschland vorzuführen, ohne dass ihm vorher eine Erlaubnis erteilt wurde. Möchte man, dass die Telemedizin auf einen internationalen Niveau praktiziert wird, ist folglich nach einer Lösung zu suchen, die einen Interessenausgleich zwischen dem Schutz des Patienten durch die Garantie und Kontrolle eines bestimmten medizinischen Könnens und dem Interesse der Ärzte und Gesundheitseinrichtungen, die Ausübung nicht an einen zu großen Verwaltungsaufwand zu knüpfen, schafft.

1. Der Telemediziner muss allein an seinem Tätigkeitsort zugelassen sein

Eine liberale Lösung stellt die Regel dar, dass der Telemediziner lediglich an dem Ort zugelassen sein muss bzw. die Erlaubnis zur Ausübung des medizinischen Berufes haben muss, an dem er selbst tätig ist, sei es als niedergelassener Arzt, sei es als in einer Gesundheitseinrichtung tätiger Arzt. Mit dieser Lösung wird die internationale Telemedizin von aufwändigen Verwaltungsverfahren befreit. Es wird wie innerhalb der EU allein auf die Zulässigkeit der Dienstleistung im Herkunftsland abgestellt, ohne eine zusätzliche Zulassung in dem Staat zu fordern, in dem die Dienstleistung seine Wirkung entfaltet.

⁸⁷⁴ Stanberry, Approbationsrechtliche Fragen, ZaeFQ 2001, Seite 606; siehe auch ausführlich zur Berufszulassung in den einzelnen Staaten der USA: Schädlich, Grenzüberschreitende Telemedizin-Anwendungen: Ärztliche Berufserlaubnis und Internationales Arzthaftungsrecht, Seite 10 ff.

⁸⁷⁵ Erklärung des Weltärztebundes über Ethik und Verantwortlichkeit in der Telemedizin, verabschiedet von der 51. Generalversammlung, Oktober 1999, in: Handbuch der Deklarationen – Deutsche Fassung 1999, § 22.

Diese Lösung begegnet jedoch Bedenken in zweierlei Hinsicht. Zum einen ist der Patient nur dann ausreichend geschützt, wenn die Zulassung in einem anderen Staat an Voraussetzungen geknüpft ist, die den inländischen Voraussetzungen entsprechen. Zum anderen muss der Patient darauf vertrauen, dass eine Zulassung im Aufenthaltsstaat des Telemediziners auch besteht. Die europäische Regelung beruht auf dem Gedanken, dass innerhalb der EU alle ärztlichen Diplome anerkannt werden und so ein vergleichbares Schutzniveau besteht. Dies kann jedoch nicht weltweit angenommen werden, sodass diese Lösung m.E. zu weit reichend ist.

2. Einführung einer internationalen Telemedizin-Lizenz

Als Lösungsmöglichkeit wurde deshalb von der American Medical Association der Vorschlag der Einführung einer internationalen Lizenz gemacht⁸⁷⁶. Diese könnte mit einer internationalen Berufsrolle, in der alle Telemediziner eingetragen sind, kombiniert werden, sodass nachprüfbar ist, wer tatsächlich die Befähigung zur Ausübung des Arztberufes besitzt. Der Vorteil dieses Modells besteht darin, dass damit eine Einflussmöglichkeit auf den internationalen Standard der Berufsausübung genommen werden kann und somit die Qualität der Telemediziner gewährt wird. In praktischer Hinsicht stellt sich jedoch das Problem, wer über die Erteilung einer solchen internationalen Lizenz entscheiden soll und welcher Maßstab an die Berufsausbildung und sonstige Qualifikation angelegt werden soll⁸⁷⁷. Insgesamt erscheint mir die Einführung einer internationalen Lizenz jedoch als ein guter Kompromiss. Die Zulassung jeglicher medizinischer Tätigkeit ohne Nachweis einer Befähigung oder Zulassung ist in Hinblick auf das Gut Gesundheit, welches durch unsachgemäße Beratung oder unzureichende Kenntnisse beschädigt werden kann, nicht zu vertreten. Dagegen ist die Beantragung der Berufszulassung in jedem Staat, in dem der Telemediziner tätig wird, zu weitgehend.

§ 11 Datenschutz im Falle der grenzüberschreitenden Telemedizin

Da die Telemedizin auf der Übermittlung von Daten beruht, hängt ihre Zulässigkeit bei grenzüberschreitenden Anwendungen davon ab, inwieweit eine Übermittlung von Gesundheitsdaten ins Ausland zulässig ist, d.h. es stellt sich das Problem des Datenschutzes bei einem internationalen Datentransfer. Um eine Aussage über die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Datenübermittlung treffen zu können, muss zunächst geklärt werden, welchem nationalen Gesetz die Zulässigkeitsvoraussetzungen zu entnehmen sind. Dies wird im Folgenden

⁸⁷⁶ Callens, *Telemedicine and E-Commerce Directive*, *European Journal of Health Law* 2002, Seite 96.

⁸⁷⁷ Dies müsste wohl durch zwischenstaatliche Abkommen geschehen, was in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen dürfte.

erneut für Deutschland und Frankreich untersucht, wobei wegen des innerhalb der EU geltenden Grundsatzes des freien Datenflusses zwischen dem Datenfluss innerhalb der EU und der Datenübertragung zwischen der EU und einem Drittstaat unterschieden wird.

A. Deutschland

In Deutschland beinhaltet § 1 Abs. 5 Satz 1 BDSG eine innerschweizerische Kollisionsvermeidungsnorm⁸⁷⁸, die auch für alle sonstigen Datenschutzgesetze gilt, die keine eigenen Kollisionsnormen enthalten⁸⁷⁹. Danach findet das deutsche Datenschutzgesetz keine Anwendung, wenn eine Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung durch eine in der EU oder im EWR belegende Stelle erfolgt. Davon wird wieder eine Ausnahme gemacht, wenn die Daten von einer Niederlassung dieser Stelle im Inland erhoben werden. Es gilt damit grundsätzlich nicht das Territorialprinzip sondern das Sitzprinzip⁸⁸⁰. Durch diese Regelung soll vermieden werden, dass dieselbe Verarbeitung mehreren einzelstaatlichen Rechtsvorschriften unterworfen und so der freie Datenfluss innerhalb der EU bzw. des EWR garantiert wird⁸⁸¹.

Für eine Datenübertragung in Staaten außerhalb der EU schließt sich eine Kollisionsregel in § 1 Abs. 5 Satz 2 BDSG an. Danach ist das BDSG anwendbar, wenn eine im EU- bzw. EWR-Ausland ansässige Stelle Daten im Inland erhebt, verarbeitet oder nutzt⁸⁸².

Wenn man zur Anwendbarkeit des deutschen Datenschutzrechts gelangt, so kommen die Bestimmungen des § 4 b BDSG für die Übermittlung personenbezogener Daten ins EU-Ausland sowie an über- und zwischenstaatliche Stellen zur Anwendung. Sollen Daten an Stellen außerhalb des Geltungsbereiches der EU-Datenschutzrichtlinie versandt werden, darf dies nur erfolgen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen nach dem BDSG gegeben sind und wenn der Betroffene kein schützwürdiges Interesse am Unterlassen der Übermittlung hat. Ein solches schützwürdiges Interesse liegt in der Regel vor, wenn am Empfangsort kein angemessenes Datenschutzniveau besteht⁸⁸³. Der Begriff des angemessenen Schutzniveaus wird in § 4 b Absatz 3 BDSG konkretisiert. Maßgeblich

⁸⁷⁸ Dammann, Internationaler Datenschutz, RDV 2002, Seite 70.

⁸⁷⁹ Schaar, Neues Datenschutzrecht für das Internet, RDV 2002, Seite 5.

⁸⁸⁰ BT-Drucks.14/4329, Seite 31; Duhr/Naujok/Peter/Seifert, Neues Datenschutzrecht für die Wirtschaft, DuD 2002, Seite 6; Dammann, Internationaler Datenschutz, RDV 2002, Seite 71.

⁸⁸¹ Dammann, Internationaler Datenschutz, RDV 2002, Seite 70; Gola/Klug, Die Entwicklung des Datenschutzes in den Jahren 2005/2006, NJW 2006, Seite 2459.

⁸⁸² Dammann, Internationaler Datenschutz, RDV 2002, Seite 73.

⁸⁸³ Büllsbach, Überblick über Europäische Datenschutzregelungen bezüglich des Datenaustauschs mit Ländern außerhalb der Europäischen Union, RDV 2002, Seite 58; Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar, § 4 b Rz. 7.

sind danach die im Empfangsland geltenden Datenschutzbestimmungen. Wenn diese mit den deutschen Datenschutzregeln gleichwertig sind, erfährt der Betroffene keinen Nachteil, und es besteht kein Grund den Export seiner Daten ins Ausland zu untersagen. Daneben sieht § 4 c BDSG Ausnahmen für den Fall vor, dass in einem Drittland kein ausreichendes Schutzniveau besteht⁸⁸⁴. Solche Ausnahmen sind unter anderem die Datenverarbeitung und -übermittlung mit Einwilligung des Betroffenen (§ 4 c Abs. 1 Nr. 1 BDSG), die Notwendigkeit der Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages (§ 4 c Abs. 1 Nr. 2 BDSG) und die Übermittlung zur Wahrung lebenswichtiger Interessen des Betroffenen (§ 4 c Abs. 1 Nr. 5 BDSG).

Für die Telemedizin stellt sich aufgrund dieser Bestandsaufnahme folgendes Bild dar. Die deutschen Datenschutzbestimmungen finden im Rahmen der EU-grenzüberschreitenden Telemedizin Anwendung, wenn der Telemediziner im Inland Daten erhebt, verarbeitet und zu sich ins Ausland übermittelt. Übermittelt der Primärbehandler Daten zum Telemediziner ins Ausland, so finden bereits aufgrund seiner eigenen Niederlassung im Inland die deutschen Datenschutzgesetze Anwendung. Allein auf die Datenverarbeitung des Telemediziners im Ausland, soweit er im Inland keine Niederlassung hat, findet das deutsche Datenschutzrecht keine Anwendung. Falls der außereuropäische Staat, in den die Daten übermittelt werden, kein ausreichendes Schutzniveau aufweist, darf die Telemedizin nur angewandt werden, wenn ein oben genannter Ausnahmetatbestand vorliegt.

B. Frankreich

Art. 5 Abs. 1 Nr. 1 des französischen Datenschutzgesetzes Nr. 78-17 sieht vor, dass das französische Datenschutzrecht für Datenverarbeitungen Anwendung findet, die von einem in Frankreich niedergelassenen Verantwortlichen vorgenommen werden. Damit hat der französische Gesetzgeber eine besser verständliche positive Konfliktregel geschaffen, die nur den positiven Anwendungsbereich bestimmt und keine negative Konfliktvermeidungsregel darstellt. Gemäß Art. 68 des französischen Datenschutzgesetzes darf entsprechend der Vorgaben der EU-Datenschutzrichtlinie eine Datenübermittlung in einen Staat außerhalb der EU nur stattfinden, wenn dieser Staat ein ausreichendes Schutzniveau aufweist. Dabei sieht das französische Datenschutzgesetz in Art. 69 dieselben Ausnahmetatbestände wie das deutsche Datenschutzgesetz vor⁸⁸⁵, die jedoch zu recht wegen ihrer Unbestimmtheit kritisiert werden⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ Gola/Klug, Die Entwicklung des Datenschutzes in den Jahren 2005/2006, NJW Seite 2454 m.w.N.

⁸⁸⁵ Vgl. hierzu: Sédallian, Droit de l'Internet, Seite 168.

⁸⁸⁶ Vivant, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, Nr. 2589.

Damit wurden erstmals durch die Umsetzung der EU-Datenschutzrichtlinie eine Regelung für den internationalen Anwendungsbereich des französischen Datenschutzgesetzes sowie eine Kollisionsregel geschaffen. Bislang ergaben sich die Antworten auf diese Fragen aus der Beurteilungspraxis der CNIL⁸⁸⁷. In der Entscheidung zur Übermittlung von Arbeitnehmerdaten der französischen Niederlassung des Unternehmen FIAT nach Italien⁸⁸⁸, welches zu diesem Zeitpunkt noch nicht über gesetzliche Datenschutzbestimmungen verfügte, wurde für die Zulässigkeit der transnationalen Datenverarbeitung gefordert, dass das Unternehmen sich vertraglich verpflichten muss, dass ein dem französischem Schutzniveau gleichwertiger Schutz den ins Ausland übermittelten Daten zukommt. Damit wurde bereits vor der Umsetzung der EU-Datenschutzrichtlinie ein gleichwertiges Schutzniveau gefordert.

C. Zusammenfassung und Vergleich

Da den nationalen Datenschutzgesetzen die europäische Datenschutzrichtlinie zugrunde liegt, lösen sie das Problem des grenzüberschreitenden Datenflusses im Rahmen der Telemedizin identisch. Dies führt dazu, dass telemedizinische Anwendungen innerhalb der EU unproblematisch möglich sind. Im Falle eine Kooperation mit anderen Staaten ist das jeweilige Datenschutzniveau in diesen Staaten entscheidend. Wenn dieses dem innerhalb der EU geltenden Schutzniveau entspricht, besteht für den Patienten keine Gefahr für die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten. Bedenken bestehen allerdings, sobald der Patient in eine Datenverarbeitung einwilligt, die außerhalb eines Staates, in dem kein gleichwertiges Schutzniveau besteht, vorgenommen wird. Im Rahmen der Telemedizin sollte sich deshalb die ausländische Stelle vertraglich verpflichten, die Patientendaten nur zum Zwecke der Behandlung und der Vertragsausführung zu verwenden und nicht an Dritte weiterzugeben. Ferner sollte sich diese Stelle zur Einhaltung von angemessenen Datensicherheitsvorkehrungen verpflichten.

⁸⁸⁷ Lipovetsky/Yayon-Dauvet, Le devenir de la protection des données personnelles sur Internet, Gazette du Palais, 12., 13.09.2001, Seite 6.

⁸⁸⁸ Délibération 89-78 v. 11.7.1989 relative à la transmission d'informations relatives aux cadres supérieurs de la société Fiat France à la société Fiat à Turin, www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheExperteCnil.jsp.

Kapitel II: Anwendbares Recht

Das 2. Kapitel beschäftigt sich mit der Bestimmung des anwendbaren Rechts im Falle einer grenzüberschreitenden Anwendung der Telemedizin. Da es technisch immer einfacher wird, dass Ärzte aus verschiedenen Ländern zur Behandlung eines Patienten bis hin zur Teleoperation zusammenarbeiten, gewinnt die Frage des anwendbaren Rechtes immer mehr an Bedeutung und wird sich im Zuge der Globalisierung von Dienstleistungen in Zukunft immer häufiger stellen.

Die Untersuchung des anwendbaren Rechts befasst sich zunächst in einem allgemeinen Teil mit der internationalprivatrechtlichen Qualifikation der Telemedizin, der Einordnung des Berufsrechts und des maßgeblichen ärztlichen Standards (1. Abschnitt). Darauf aufbauend wird die Frage des auf etwaige vertragliche und außervertragliche Rechtsbeziehungen anwendbaren Rechts im Rahmen grenzüberschreitender telemedizinischer Anwendungen erörtert (2. Abschnitt).

1. Abschnitt: Allgemeiner Teil

Zur Bestimmung des anwendbaren Rechts anhand einer Kollisionsregel ist erforderlich, dass der Sachverhalt der Telemedizin internationalprivatrechtlich qualifiziert wird (§ 12). Da die Telemedizin als medizinische Handlungsform im Gegensatz zu anderen grenzüberschreitenden Dienstleistungen zum einen die Besonderheit aufweist, dass die Dienstleistungserbringer Berufsregeln unterliegen, und zum anderen, dass der Inhalt der ordnungsgemäßen Leistung an einen Standard geknüpft ist, sollen diese Punkte ebenfalls vor der „eigentlichen“ Bestimmung des anwendbaren Rechts erörtern werden (§ 13).

§ 12 Internationalprivatrechtliche Qualifikation der Telemedizin

Unter einer Qualifikation versteht man sowohl in Deutschland als auch in Frankreich die Subsumption eines Sachverhalts unter den im Tatbestand einer Kollisionsnorm enthaltenen Anknüpfungsgegenstand⁸⁸⁹. Damit eine Vielzahl von Sachverhalten erfasst werden kann, handelt es sich bei den Anknüpfungsgegenständen um Sammelbegriffe, wie etwa Geschäftsfähigkeit, Form von Rechtsgeschäften, allgemeine Ehwirkungen⁸⁹⁰. Es gilt also im Rahmen der Qualifikation den Sachverhalt „Telemedizin“ dem Tatbestand einer Kollisionsnorm, also einem in der Kollisionsnorm enthaltenen Sammelbegriff, zuzuordnen. Im Folgenden wird untersucht, unter welche französische bzw. deutsche Kollisions-

⁸⁸⁹ Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, § 15 I 1; Lehmann, *Juris-Classeur Droit international, Les qualifications*, fasc. 531, Nr. 138; Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, Rz. 148; siehe auch insgesamt zur Qualifikation: MüKo-Sonnenberger, Einleitung EGBGB Rz. 493 ff.

⁸⁹⁰ Kropholler, Internationales Privatrecht, § 15 I 2.

regel(n) sich der (Lebens)-Sachverhalt „Telemedizin“ mit dem in diesem enthaltenen Rechtsverhältnissen und Rechtsfragen subsumieren lässt.

Wie der Sachrechtsteil dieser Arbeit gezeigt hat, begegnet man bei der rechtlichen Beurteilung der Telemedizin keinen neuen Rechtsinstituten, sondern nur einer „neuen“ Kombination bekannter Elemente. So ist etwa die ärztliche Behandlung im Ausland bzw. die Aufnahme in einem ausländischen Krankenhaus kein dem Internationalen Privatrecht fremder Fall. Die Leistungserbringung per Internet ist dagegen bereits eine neuere Erscheinung, jedoch auch längst kein unbekanntes Phänomen mehr. Die folgenden Ausführungen können sich folglich an der Qualifikation einer Behandlung mit Auslandsberührung bzw. einer Rechtsgutsverletzung bei grenzüberschreitenden Datenverarbeitungen orientieren.

A. Deutschland

In Deutschland findet nach herrschender Meinung eine Qualifikation *lege fori* statt, d.h. die in der inländischen Kollisionsnorm enthaltenen Systembegriffe werden entsprechend ihrer materiellen nationalen Gesetzessystematik ausgelegt⁸⁹¹. Der Sachverhalt „Telemedizin“ ist damit aufgrund der inländischen Systembegriffe zu qualifizieren. Betrachtet man die Untersuchungen im ersten Teil zur Telemedizin, so wurde einerseits eine inhaltliche Ebene behandelt, in deren Mittelpunkt die Telemedizin als medizinische Dienstleistung mit daraus resultierenden Pflichten und Haftungsfragen stand (I). Zum anderen ergaben sich hinsichtlich der Datenverarbeitung und Datenspeicherung spezielle Rechtsfragen (II).

I. Rechtsbeziehungen zwischen Patient und Arzt bzw. Krankenhaus und Haftungsfolgen

Der Arzt-Patienten-Beziehung bzw. der Behandlung in einem Krankenhaus liegen bei einer telemedizinischen Anwendung in der Regel vertragliche Beziehungen zugrunde⁸⁹². Nach der *lex fori* ist dieses Rechtsverhältnis folglich dem Vertragsstatut zuzuordnen. Der Umstand, dass der Vertragsschluss teilweise im Internet oder durch den Einsatz von multimedialen Kommunikationsmitteln ausdrücklich oder konkludent zustande kommt, ändert daran nichts. Im Gegenteil unterfällt die Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, gerade dem Vertragsstatut.

⁸⁹¹ Vgl. BGHZ 29, 137, 139; 44, 121, 124; 47, 324, 332; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 16 I; Looschelders, Internationales Privatrecht, Vorb. Art. 3 EGBGB, Rz. 16.

⁸⁹² Siehe § 6 B II 1 a. Die G.o.A. soll hier unberücksichtigt bleiben, da sie für die Telemedizin eine Ausnahmesituation darstellt.

Komplexer ist dagegen die Qualifikation der Arzthaftung. Der herkömmliche anerkannte Ausgangspunkt für die internationale Arzthaftung ist die Einordnung nach zwei verschiedenen Grundlagen, der vertraglichen und der deliktischen, die auch für die kollisionsrechtliche Einordnung entscheidend ist⁸⁹³. Damit besteht eine doppelte Prüfung nach dem Vertragsstatut und dem Deliktsstatut. Für die Haftung aufgrund einer fehlerhaften Behandlung oder einer unzureichenden Aufklärungen im Rahmen der Telemedizin wurden ebenfalls sowohl vertragliche als auch deliktische Ansprüche bejaht⁸⁹⁴. Deshalb sind die Haftungsfragen bzgl. der telemedizinischen Behandlung ebenfalls beiden Statuten zuzuordnen⁸⁹⁵.

Nicht so einfach ist hingegen der Sachverhalt zu qualifizieren, wenn die Behandlung telemedizinisch durch eine ausländische öffentlichen Einrichtung, konkret von einem *agent* in einem französischem Krankenhaus, erbracht wird, da Ansprüche gegen die öffentliche Einrichtung nach der ausländischen Rechtsordnung öffentlich-rechtlicher Natur sind⁸⁹⁶.

Dieser Sachverhalt ist jedoch, wie oben dargestellt, nach der *lex fori*, also deutschem Recht, zu qualifizieren, d.h. es stellt sich die Frage, ob das Handeln des Arztes als ein hoheitliches, welches dem Amtsstatut zuzuordnen ist, oder als ein privatrechtliches Handeln zu qualifizieren ist. Wenn in Deutschland in einem Krankenhaus in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft ein verbeamteter Arzt einem Patienten eine Leistung erbringt, handelt dieser nicht hoheitlich, sondern zur Erfüllung einer privatrechtlichen Verbindlichkeit⁸⁹⁷. Es handelt sich folglich nicht um eine Ausführung einer Amtspflicht, die dem Recht des Amtsstaates unterworfen ist⁸⁹⁸. Es muss bei der medizinischen Tätigkeit davon ausgegangen werden, dass der Staat wie ein Privatunternehmen auftritt⁸⁹⁹. Aus haftungsrechtlicher Sicht wird man deshalb in diesem Fall den Sachverhalt der Telemedizin mangels Vertragsschluss dem Deliktsstatut unterstellen.

⁸⁹³ Deutsch, Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung, in: Heldrich/Heinrich/Sonnenberger (Hrsg): Konflikt und Ordnung, Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag, Seite 118 f.; Mansel, Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess, in: Einheit in der Vielfalt, Hermann Weitnauer zum 75. Geburtstag, Seite 34.

⁸⁹⁴ Soweit man in der Körper- bzw. Gesundheitsverletzung eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten sieht, erfolgt die Anwendung des Deliktsstatuts aufgrund einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts.

⁸⁹⁵ So auch Hoppe, Telemedizin und internationale Arzthaftung, MedR 1998, Seite 464.

⁸⁹⁶ Siehe § 8 A I 2 c.

⁸⁹⁷ Anders wäre dies etwa nur bei einer Zwangseinweisung.

⁸⁹⁸ Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, § 53 IV 7 c; Palandt – Heldrich, Art. 40 EGBGB Rz. 15; MüKo-Junker, Art. 40 EGBGB Rz. 196.

⁸⁹⁹ Schütt, Deliktstyp und Internationales Privatrecht, Seite 80.

II. Datenverarbeitung im Rahmen der telemedizinischen Behandlung

Der Lebenssachverhalt der Datenverarbeitung im Rahmen der Telemedizin kann ebenfalls verschiedene Rechtsfragen aufwerfen. Einerseits sind Ärzte und Gesundheitseinrichtungen aufgrund des bestehenden Behandlungsvertrages verpflichtet, mit den Gesundheitsdaten in bestimmter Weise umzugehen. So wird die Weitergabe von Gesundheitsdaten von der Schweigepflicht gedeckt, deren Verletzung vertragliche Ansprüche nach sich ziehen kann. Deshalb sind die sich aus den Pflichtverletzungen im Rahmen der Telemedizin ergebenden Ansprüche dem Vertragsstatut zu entnehmen.

In einer unzulässigen Datenverarbeitung liegt ferner eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Während die Qualifikation des Bestandes weiterhin umstritten bleibt, wird hinsichtlich des Schutzes des Persönlichkeitsrechts nunmehr fast nur noch die Qualifikation unter das Deliktsstatut vertreten⁹⁰⁰. Die Frage des anwendbaren Rechts ist folglich nach den Art. 40-42 EGBGB zu bestimmen⁹⁰¹. Daneben liegt in der Verletzung der deutschen Datenschutzgesetze auch eine Schutzgesetzverletzung im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, sodass ein geltend gemachter Schadensersatzanspruch ebenfalls deliktisch zu qualifizieren ist⁹⁰². Finden ausländische Datenschutzgesetze Anwendung, stellen diese zwar keine Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB dar, sie können aber als Bewertungskriterium für das Vorliegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dienen⁹⁰³, welches ebenfalls zu einer deliktischen Anknüpfung führt. Die mit der Datenverarbeitung zusammenhängenden Rechtsfragen müssen damit, wie bei der Arzthaftung, in der Regel sowohl vertraglich als auch deliktisch angeknüpft werden.

B. Frankreich

In Frankreich findet die Qualifikation ebenfalls nach herrschender Meinung in der Literatur⁹⁰⁴ und nach ständiger Rechtsprechung⁹⁰⁵ *de lege fori* statt. Deshalb wird nunmehr der Sachverhalt unter Zugrundelegung der französischen materiellen Rechtssystematik untersucht, wobei, wie in der Untersuchung zum deutschen Recht, der Sachverhalt „Telemedizin“ in Bezug auf die bestehenden

⁹⁰⁰ v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, Seite 40 m.w.N.

⁹⁰¹ Sonnenberger, Der Persönlichkeitsrechtsschutz nach den Art. 40-42 EGBGB, in: Gottwald/Jayme/Schwab (Hrsg.), Festschrift für Dieter Heinrich zum 70. Geburtstag, Seite 575 f.

⁹⁰² MüKo-Junker, Art. 40 EGBGB Rz. 167.

⁹⁰³ Sonnenberger, Der Persönlichkeitsrechtsschutz nach den Art. 40-42 EGBGB, in: Gottwald/Jayme/Schwab (Hrsg.), Festschrift für Dieter Heinrich zum 70. Geburtstag, Seite 582 f.

⁹⁰⁴ Holleaux/Foyer/de Gouffre de la Pradelle, Droit international privé, Seite 215; Courbe, Droit international privé, Rz. 89.

⁹⁰⁵ Cass. 1^{re} section civ., 22.06.1955 – Caraslanis, D. 1965, jur., Seite 73; Bourel, Rép. int. Dalloz, Responsabilité civile, Nr. 49 m.w.N. der Rechtsprechung.

Rechtsverhältnisse und sich daraus ergebender Haftungsfragen einerseits und die mit der Datenverarbeitung zusammenhängenden Rechtsfragen andererseits erfasst werden muss. Besonderer Beachtung bedarf es dabei der Auslandsberührung im Falle der Beteiligung eines Krankenhauses.

I. Rechtsbeziehungen zwischen Patient und Ärzten bzw. Kliniken und Haftungsfolgen

Wie im Sachrechtsteil dargestellt wurde, sind auch nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 4. März 2002 nach der hier vertretenden Auffassung im französischen Medizinrecht die Arzt-Patienten-Beziehungen grundsätzlich immer noch vertraglicher Natur, wenn der Patient sich beim niedergelassenen Arzt oder in einer Klinik befindet. De lege fori werden das Vertragsverhältnis und eventuelle Vertragsverletzungen unter das Vertragsstatut subsumiert⁹⁰⁶. Aufgrund des Prinzips des *non-cumul des responsabilités* ist darüber hinaus das Deliktsrecht gesperrt, es sei denn, es ist kein Vertrag zustande gekommen. Dies führt dazu, dass die Arzthaftung entweder dem Vertragsstatut oder dem Deliktsstatut unterstellt wird und nicht beide Statuten wie in Deutschland parallel anwendbar sind⁹⁰⁷.

II. Rechtsbeziehungen und Haftungsfragen im Fall der Aufnahme in ein Krankenhaus

Anders ist dies hingegen bei einer Behandlung in einem staatlichen Krankenhaus, da der Patient in diesem Fall in der Regel keine vertraglichen Beziehungen zum Arzt bzw. zum Krankenhausträger hat. Er befindet sich in einem sog. statutären Verhältnis. Fraglich ist daher, wie der Sachverhalt, dass ein französischer Krankenhausarzt telemedizinisch einen sich im Ausland aufhaltenden Patienten behandelt, bzw. der Fall, dass ein in einem französischen Krankenhaus aufgenommenen Patient von einem vom Ausland aus telemedizinisch tätigen Arzt behandelt wird, zu qualifizieren ist.

Im ersten Fall befindet sich der Patient z.B. in Deutschland bei seinem Hausarzt, in einer Klinik oder sogar bei sich zu Hause am Computer und wird dort vom französischen *agent de service public* behandelt. Nach der französischen lex fori ist nunmehr festzustellen, ob durch das Tätigwerden eines *agent de service public* ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis begründet wird. Dazu ist zunächst zu klären, ob das Krankenhaus als eine öffentliche Einrichtung tätig sein will. Dies ist m.E. abzulehnen, da die Organisation von Krankenhäusern als öffentliche Einrichtung mit der gesundheitspolitischen Entscheidung des Staates

⁹⁰⁶ Légier, *Juris-Classeur Droit international, Sources extra-contractuelles des obligations*, fasc. 553-2, Nr. 14.

⁹⁰⁷ Légier, *Juris-Classeur Droit international, Sources extra-contractuelles des obligations*, fasc. 553-2, Nr. 15.

zusammenhängt, wie er die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung sicherstellt. Wenn Krankenhäuser darüber hinaus weltweit tätig sind, ist die Aufrechterhaltung dieses öffentlich-rechtlichen Verhältnisses in Frage zu stellen. Es ist nämlich durchaus auch möglich, dass der Staat einen Vertrag mit einer natürlichen oder juristischen Person schließt (*Contrat d'Etat*)⁹⁰⁸. Zwar kommt dies auf internationaler Ebene in der Praxis hauptsächlich in Fällen der Ausbeutung von Ressourcen (insbesondere Erdölvorkommen) vor⁹⁰⁹. Es ist im Zuge der Globalisierung jedoch denkbar, dass auch staatliche Dienstleistungen angeboten werden können, sodass es nicht fern liegt, dass ein Krankenhaus auch mit dem jeweiligen Patienten oder der ausländischen öffentlichen Einrichtung einen Behandlungsvertrag schließt, zumal dies in bestimmten Fällen innerhalb der Behandlung im Krankenhaus bereits möglich ist. Damit muss m.E. dieser Fall dem Vertragsstatut unterstellt werden.

Im zweiten Fall befindet sich der Patient in einem französischen Krankenhaus und wird von einem sich im Ausland aufhaltenden Telemediziner behandelt. Schließt in diesem Fall der Patient ausdrücklichen einen privatrechtlichen Vertrag mit dem Telemediziner, so entscheidet erneut das Vertragsstatut über das anwendbare Recht. Wenn der Patient sich jedoch in der öffentlichen Einrichtung befindet und keine vertraglichen Beziehungen zu einem im Ausland tätigen Arzt hat, so ist dieses Verhältnis nach der *lex fori* als "statutär" zu qualifizieren. Die Auslagerung einer Tätigkeit durch den Krankenhausträger hebt das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis nicht auf. Die Rechtsbeziehungen einschließlich möglicher Schadensersatzansprüche werden damit durch das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis bestimmt. Damit richten sich z.B. Schadensersatzansprüche gegen den *service public* bei einer Behandlung unter Anwendung telemedizinischer Verfahren nach französischem Recht.

III. Verletzungen der *vie privée* durch unbefugte Datenübertragung oder -verarbeitung

Wie ebenfalls bereits im Sachrechtsteil dargestellt, besteht beim Einsatz der Telemedizin die Gefahr, dass Gesundheitsdaten des Patienten Dritten offenbart oder zugänglich gemacht werden. Wenn dies ohne Einwilligung des Patienten bzw. nicht unter Einhaltung der Voraussetzungen eines Erlaubnistatbestandes geschieht, liegt darin nach französischem Sachrecht eine Verletzung der *vie privée* des Patienten. Es fragt sich nunmehr, unter welches Statut die Verletzung der *vie privée* fällt.

Die Überlegungen dazu sind denen, die in Deutschland gemacht worden sind, recht ähnlich. Es wurde teilweise überlegt, das Recht an das Personalstatut

⁹⁰⁸ Jacquet, *Juris-Classeur Droit international commercial*, *Contrat d'État*, fasc. 565-60, Rz. 1 ff.

⁹⁰⁹ Jacquet, *Juris-Classeur Droit international commercial*, *Contrat d'État*, fasc. 565-60, Rz. 5.

LA TELEMEDECINE EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE

Etude de droit comparé sur les problèmes engendrés par les nouvelles méthodes de téléconsultation, téléexpertise et téléopération et, plus particulièrement, la responsabilité médicale et les conflits de lois

Avant propos

Les « nouvelles » technologies de l'information ont d'ores et déjà pris leur place dans le domaine de la santé. Force est de constater un recours fréquent aux mots tels que « télémédecine », « e-santé » ou « E-Health ». On peut s'interroger sur la signification que revêtent ces termes ? S'agit-il d'une nouvelle spécialité de la médecine ou simplement du recours, par les médecins, aux technologies de l'informatique ? Les médecins ayant échangé autrefois par téléphone ou assisté les marins en mer par radio exerçaient-ils d'ores et déjà la télémédecine ?

Quels avantages présentent la télémédecine et quels risques sont encourus par son emploi ? A la différence de d'autres domaines ayant recours aux nouvelles technologies, tels que par exemple le commerce électronique, ces questions se posent d'autant plus dans le domaine de la santé qu'il s'agit d'un domaine sensible. Disposons-nous d'un cadre juridique adéquat pour permettre son utilisation et pour affronter toutes les difficultés qui en résulteraient ?

Ces questions revêtent une importance très pratique. Ainsi, la France place un grand espoir dans le développement de la télémédecine dans la mesure où elle sera confrontée dans les prochaines années à un manque considérable de médecins dans les zones rurales¹⁰⁶³. Or, il est envisagé de résoudre ce problème par l'utilisation des applications de télémédecine. Nous renvoyons notamment au titre II de l'Avis au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de finances pour 2005 déposée par Madame le Députée Berengère Poletti : Pour lutter contre les déserts médicaux : Les promesses de la télémédecine¹⁰⁶⁴.

L'Allemagne n'est pas non plus à l'abri d'une pénurie de médecins dans des années à venir comme le démontre une statistique publiée en 2004¹⁰⁶⁵. Cependant, la télémédecine est – indépendamment de l'objectif de l'amélioration des soins – une question surtout débattue sous l'angle d'une réduction des coûts dans le secteur de santé¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶³ Voir le débat au Concours Médical du 18 mai 2005, Démographie médicale, Les déserts médicaux de la France.

¹⁰⁶⁴ Berengère Poletti, Avis au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de finances pour 2005 (n° 1800), Assemblée Nationale N° 1864, 2004, pages 21 ss.

¹⁰⁶⁵ Bundesärztekammer, Tätigkeitsbericht 2003/2004, pages 19 ss.

¹⁰⁶⁶ Feussner/Baumbartner/Siewert, Telemedizin in der Praxis, Erscheinungsformen und Relevanz, in : Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin., pages 37 ss ; Lux, Ökonomische Aspekte der Gesundheitstelematik, Bundesgesundheitsblatt 2005, pages 640 ss.

La présente étude aura en conséquence pour finalité d'amener des réflexions juridiques sur ces questions en comparant les systèmes juridiques français et allemand. Confrontés depuis peu de temps à la télémédecine, il sera intéressant d'analyser les solutions adoptées par ces deux systèmes juridiques, qui sont souvent proches, mais présentent toutefois une différence fondamentale : Ainsi le système de santé français est dualiste dans la mesure où les hôpitaux sont des services publics et les relations avec le patient sont régies par le droit administratif tandis que les relations du patient avec son médecin ou l'établissement de soins sont exclusivement régies par le droit privé. En revanche, le système de santé allemand repose entièrement sur des relations de droit privé. Une comparaison de deux systèmes pourra donc être une contribution à l'amélioration de l'un ou l'autre des systèmes.

Introduction : Définition et typologie de la télémédecine

De prime abord, il convient de définir le terme « télémédecine » (§ 1). Dans la mesure où le terme « télémédecine » présente un nombre important d'applications pratiques, nous les examinerons afin d'établir une typologie qui nous permettra de mieux analyser cette notion (§ 2). Enfin, le champ d'application défini, le cadre de la présente étude sera délimité (§ 3).

§ 1 La recherche d'une définition de la télémédecine et le développement historique de la télémédecine

A. La définition de la télémédecine

I. Les définitions proposées en France

La télémédecine doit être distinguée de la « télématique de santé » qui est une notion plus large. Selon une définition de l'Organisation Mondiale de Santé, la télématique de santé est: « *L'ensemble des activités, des services et des systèmes relatifs à la santé et mis en œuvre à distance grâce aux techniques de l'informatique et de la communication, dans le but de promouvoir la santé globale, de combattre les maladies, de faciliter les soins, l'éducation, l'organisation et la recherche en matière de santé* »¹⁰⁶⁷.

Selon cette définition, la télématique de santé comprend tout recours à l'utilisation des technologies d'information pour la communication en matière de santé. De plus, elle englobe tant le traitement des maladies que la recherche, l'organisation de systèmes de santé et l'éducation. Dans la mesure où il s'agit d'un terme générique, cette définition englobe également la télémédecine¹⁰⁶⁸.

Sur la télémédecine, on trouve les définitions suivantes :

*« La transmission de données médicales à visée diagnostique ou thérapeutique relatives à un patient pour son bénéfice individuel »*¹⁰⁶⁹.

« La télémédecine constitue une nouvelle forme de pratique médicale coopérative et qui se fait à distance, en temps réel ou en temps différé, entre

¹⁰⁶⁷ Cité par : Hazebroucq, Fiabilité et acceptabilité de la téléradiologie, page 10; Faure, Télémédecine: définitions et moyens techniques, dans: Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la télémédecine, page 2; Dusserre/Ducrot/Allaert, L'information médicale L'ordinateur et la loi, page 180.

¹⁰⁶⁸ Dusserre/Ducrot/Allaert, L'information médicale, L'ordinateur et la loi, page 180; Faure, Télémédecine: définitions et moyens techniques, dans: Jolly (Hg.), Du bon usage de la télémédecine, page 2.

¹⁰⁶⁹ Lefebvre, Télémédecine et santé, in: Ordre national des médecins, Conseil national de l'ordre: Autoroute de l'information et déontologie médicale, page 98.

professionnels de santé, en présence du patient avec son consentement, ou sans le patient »¹⁰⁷⁰ :

« L'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de communication comme support de mise en œuvre d'une relation « médicalisée » à distance »¹⁰⁷¹.

Le Rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques établi par Monsieur Jean Dionis du Séjour, député, et Monsieur Jean-Claude Etienne, sénateur à la demande de Monsieur Claude Birraux, président de la Commission des Affaires culturelles familiales et sociales définit la télémédecine la façon suivante : *« La télémédecine est l'acte médical utilisant la vidéo interactive, audio, et autres appareils technologiques d'auscultation pour porter un diagnostic à distance et engager des soins. »¹⁰⁷²*

Depuis août 2004 la télémédecine est désormais définie à l'article 32 de la loi n° 2004-810 relative à l'assurance maladie¹⁰⁷³, qui dispose que : *« La télémédecine permet, entre autres, d'effectuer des actes médicaux dans le strict respect des règles de déontologie mais à distance, sous le contrôle et la responsabilité d'un médecin en contact avec le patient par des moyens de communication appropriés à la réalisation de l'acte médical ».*

En résumé, toutes ces définitions comprennent la transmission de données médicales à l'aide de techniques de communication. Elle est utilisée au bénéfice du patient, afin d'établir un diagnostic ou en vue d'une prise d'une décision médicale y compris l'acte médical.

II. Les définitions proposées en Allemagne

En Allemagne, la distinction entre la télémédecine et la télématique de santé existe également¹⁰⁷⁴. La définition de la télématique de santé est quasi identique à celle trouvée en France. Elle est définie comme : *« Toutes applications de technologies de télécommunication et d'informations dans le secteur de la santé et notamment du processus administratif, de transmission du savoir et du*

¹⁰⁷⁰ Faure, Télémédecine: définitions et moyens techniques, dans : Jolly (Hrsg.), Du bon usage de la télémédecine, page 2.

¹⁰⁷¹ Forgeron/Beslay, Les applications de télémédecine : des responsabilités médicales traditionnelles aux responsabilités techniques nouvelles, Gazette du Palais, 14 et 16 octobre 2001, page 20.

¹⁰⁷² Rapport du office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, page 69.

¹⁰⁷³ Loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, J.O. du 17 août 2004, page 14598.

¹⁰⁷⁴ So u.a. Hanika, Telemedizin – Handlungs- und Weiterentwicklungsbedarf, MedR 2001, page 108; Pielach, Haftungsfragen der Telemedizin, page 17.

processus de soins »¹⁰⁷⁵ ou simplement « *toutes applications de télématique en matière de santé* »¹⁰⁷⁶.

S'agissant de la définition de la télémédecine, il n'existe pas de définition officielle. Selon les Recommandations d'Einbeck (Einbecker Empfehlungen) relatives aux questions juridiques de la télémédecine par l'association allemande du droit médical (Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht) établie lors de la réunion de travail le 31 octobre 1999 à Einbeck¹⁰⁷⁷, la télémédecine « *rend possible et assiste/soutient, en surmontant l'obstacle de la distance, le service médical par le recours tant à la télécommunication qu'à l'informatique* ».

Par ailleurs, on trouve les définitions suivantes :

« *Prestation médicale, soit un diagnostic soit une thérapie par le biais de la télématique* »¹⁰⁷⁸.

« *Le recours à la télématique de santé pour surmonter l'obstacle de la distance entre le patient et le médecin ou entre deux médecins traitants* »¹⁰⁷⁹.

« *L'utilisation des technologies d'information et de communication, afin de fournir des prestations de santé ou de les assister dans l'hypothèse où les participants sont séparés par la distance* »¹⁰⁸⁰.

En Allemagne, la télémédecine comprend donc également l'utilisation des technologies de l'information et de communication, afin de surmonter l'obstacle de la distance pour fournir des prestations médicales. Il peut s'agir d'un échange de données entre le patient et le médecin ou entre plusieurs médecins.

III. Définition retenue pour la présente étude

Si on compare les définitions proposées en France et en Allemagne, on peut noter qu'il existe des concordances majeures. Etant ici toutefois précisé que la

¹⁰⁷⁵ Dietzel, Gesundheitstelematik, Telemedizin & eHealth - Deutsche und Europäische Perspektiven, in: Jäckel (Hrsg.), Telemedizinführer Deutschland, page 14.

¹⁰⁷⁶ Hanika, Telemedizin – Handlungs- und Weiterentwicklungsbedarf, MedR 2001, page 108.

¹⁰⁷⁷ Les „Einbecker Empfehlungen“ concernant le cadre juridique de la télémédecine ont été élaborées en 1999 par l'association allemande du droit médical (Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht). Elles sont publiées dans : Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, pages 133-136, 133.

¹⁰⁷⁸ Goetz, Die Herausforderung „Telematik im Gesundheitswesen“, Bayerisches Ärzteblatt 1999, page 502.

¹⁰⁷⁹ Dietzel, Gesundheitstelematik, Telemedizin & eHealth - Deutsche und Europäische Perspektiven, in: Jäckel (Hrsg.), Telemedizinführer Deutschland, page 14.

¹⁰⁸⁰ Dierks, Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin – ein Problemaufriss, in: Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, page 3.

définition donnée à l'article 32 de la loi française n° 2004-810 se réfère déjà aux conditions d'exercice de la télémédecine, comme le respect de règles déontologiques et le contrôle du médecin. Il est à noter que ces conditions ne ressortent pas des définitions proposées en Allemagne.

Dans les deux pays, une distinction entre la télématique de santé et la télémédecine est établie et il est considéré que la première englobe la seconde. En général, on comprend par télémédecine « le recours à des technologies d'information et de communication, afin de surmonter l'obstacle de la séparation entre médecin et patient ».

Cette acception correspond également à la définition proposée par l'Association Mondiale des médecins (Weltärztebund): « *La télémédecine est un acte médical à distance, par laquelle les interventions, les décisions diagnostiques et thérapeutiques ainsi que les recommandations sont basées sur des données cliniques, des documents et d'autres informations, qui sont transmis par des systèmes de télécommunications* »¹⁰⁸¹.

Dans le cadre de la présente étude, la définition suivante sera donc utilisée: « *La télémédecine est un acte qui est pratiqué en temps réel ou décalé par au moins un médecin séparé du patient, par l'intermédiaire de moyens de télécommunication et qui englobe tant les recommandations et décisions diagnostiques et thérapeutiques que des interventions directes* ».

A la question de savoir si la télémédecine a existé depuis l'intervention du téléphone ou de la radio, il peut être répondu de la manière suivante : Le médecin peut fournir une prestation médicale par téléphone ou donner un avis par fax. Selon la définition susmentionnée, ceci pourrait également être considéré comme une pratique de télémédecine. Cependant, la télémédecine utilise surtout des technologies d'information et de télécommunication modernes qui ouvrent des possibilités au delà de la simple conversation téléphonique. La télémédecine offre donc de nombreuses possibilités, notamment la participation et l'intervention directe d'un médecin dans le traitement du patient, ce qui n'a pas existé auparavant.

B. Le développement historique de la télémédecine

La première forme d'assistance médicale du patient à distance fut effectuée par radio ; il s'agit de l'aide portée aux marins en mer. Il est donc peu surprenant que – bien que beaucoup plus tard – cette forme de télémédecine ait fait objet

¹⁰⁸¹ Erklärung des Weltärztebundes über Ethik und Verantwortlichkeit in der Telemedizin, verabschiedet von der 51. Generalversammlung, Oktober 1999, in: Handbuch der Deklarationen – Deutsche Fassung 1999, § 1.

d'une directive européenne¹⁰⁸². Dans ce contexte, nous rappelons qu'il existe à Toulouse le Centre de consultations médicales maritimes (CCMM) qui détient un dossier médical de chaque marin.

Cependant, le véritable point de départ de la télémédecine remonte aux années 1960 avec notamment la mise en réseau du programme de téléconsultation et de télééducation autour du Nebraska Psychiatric Insitute¹⁰⁸³. La plupart des applications de télémédecine se sont toutefois avérées peu performantes car il n'existait pas de réseau suffisamment développé pour les échanges de données. De plus, les frais occasionnés étaient largement au-dessus du bénéfice pouvant être retiré de ces applications.

Dans les années 1970, on constate une première réussite de la télémédecine, liée à la possibilité de communiquer par satellite. La NASA (National Aeronautics and Space Administration) a utilisé cette technique afin de surveiller l'état de santé de ses astronautes dans l'espace¹⁰⁸⁴. Parallèlement, des applications ont été développées pour assister médicalement les expéditions en antarctique et assurer une aide médicale sur les plateformes pétrolières.

La "renaissance officielle" de la télémédecine date de la fin des années 1980 dans les pays scandinaves¹⁰⁸⁵. En raison des grandes distances existant dans ces pays, des projets de vidéoconférence en temps réel en radiologie, dermatologie, cardiologie et psychiatrie ont été mis en place, notamment en Norvège dans le cadre du programme "Access to health care services".

Une accélération des applications de télémédecine a pu être constatée avec le développement des technologies de télécommunication et notamment du réseau de communication à haut débit permettant une transmission de sons et d'images en temps réel. Ainsi, des vidéoconférences entre le patient et le médecin se sont avérées possibles et se sont même banalisées avec l'Internet. Chaque personne a donc désormais facilement la possibilité de profiter des services de santé en ligne.

¹⁰⁸² Directive 92/29/CEE du Conseil, du 31 mars 1992, concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour promouvoir une meilleure assistance médicale à bord des navires, J.O. n° L 113 du 30.04.1992, page 19.

¹⁰⁸³ Kichenama/Hue, Repenser l'Hôpital avec la Télémédecine, Projet DESS "TBH", UTC, 02-03, www.utc.fr/~farges/dess_tbh/02-03/Projets/telemedecine/telemedecine.html.

¹⁰⁸⁴ Hazebroucq, Rapport sur l'état des lieux, en 2003, de la télémédecine française, page 6; Pielach, Haftungsfragen der Telemedizin, page 20.

¹⁰⁸⁵ Kichenama/Hue, Repenser l'Hôpital avec la Télémédecine, Projet DESS "TBH", UTC, 02-03, www.utc.fr/~farges/dess_tbh/02-03/Projets/telemedecine/telemedecine.html.

En 2001, la première téléopération transatlantique a été réalisée entre Strasbourg et New York¹⁰⁸⁶. Indépendamment de cette opération spectaculaire, on constate que les réseaux de télé-médecine d'urgence constituent déjà le quotidien des hôpitaux français et se généralisent en Allemagne. Nous souhaitons notamment attirer l'attention du lecteur sur le travail du Prof. Louis Lareng, fondateur du SAMU, qui est aujourd'hui Directeur de l'Institut Européen de Télé-médecine, installé au CHU Toulouse.

Exposer tous les centres pratiquant actuellement ou réalisant des projets de télé-médecine excède le cadre de notre étude. Nous n'avons malheureusement pu obtenir les statistiques officielles relatives à la pratique de la télé-médecine en France et en Allemagne. Nous pouvons toutefois renvoyer pour un état des lieux de la télé-médecine en France, en 2003 au rapport du Dr. Hazebroucq, établi à la demande de Madame la Ministre déléguée à la recherche et aux nouvelles technologies, déposé le 7 juillet 2003.

§ 2 Développement d'une typologie des actes télé-médicaux

Dans la littérature médicale et juridique sur la télé-médecine, on trouve de nombreux termes désignant différentes applications de la télé-médecine comme par exemple la télé-assistance, téléconsultation, téléexpertise, le télé-diagnostic, la téléthérapie, télésurveillance des patients, téléchirurgie, le télé-guidage, la télé-manipulation, téléneurologie, télé-radiologie, télédermatologie, télépathologie, télécardiologie, etc. Afin de matérialiser et, ainsi, de mieux appréhender la télé-médecine, nous décrirons tout d'abord quelques applications pratiques (A).

Dans la mesure où il est impossible d'analyser chaque application, nous avons tenté d'élaborer une classification générale des actes télé-médicaux (C). Nous développerons donc une typologie en nous référant aux propositions existantes en France et en Allemagne (B).

A. Applications pratiques de la télé-médecine

Une assurance propose à son assuré la possibilité de faire appel à un médecin aux Etats-Unis afin qu'il donne un second avis thérapeutique en vue de garantir que le premier médecin consulté par l'assuré n'a pas fait d'omission lors de son examen. A cette fin, le dossier médical du patient est transféré via Internet à ce deuxième médecin¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁶ Le Hir, Un chirurgien français opère une patiente à 7500 km de distance, Le Monde, 20.09.2001, page 27.

¹⁰⁸⁷ Projet de l'assurance D.K.V International examiné par l'ordre des médecins belge le 15 décembre 2001 : www.ordomedic.be/fr/XIIann4.htm.

Une personne accidentée est transférée en ambulance dans l'hôpital le plus proche. Elle souffre d'une fracture crânienne nécessitant l'examen d'un neurologue ou neurochirurgien. L'hôpital d'accueil de la personne accidentée, ne disposant pas d'un tel spécialiste, une radiographie du crâne est néanmoins effectuée et envoyée par Internet à un spécialiste externe. Ce dernier examine la radiographie et renvoie son diagnostic qui précise, notamment, si le transfert du patient est nécessaire¹⁰⁸⁸.

Un patient se fait opérer du foie dans un hôpital à Strasbourg. Cependant, aucun chirurgien n'est présent dans le bloc opératoire où seule une équipe de médecins assiste à l'opération. Les gestes chirurgicaux sont effectués par un chirurgien new-yorkais par l'intermédiaire d'un robot¹⁰⁸⁹.

Un médecin urgentiste est appelé au domicile d'un malade. Or, le malade n'est plus en mesure de répondre au médecin. Le médecin se connecte avec son téléphone portable à une base de données où sont enregistrées les informations concernant la maladie et les données de premier secours. La base de données indiquant que le malade souffre d'une maladie chronique, le médecin peut prescrire immédiatement le traitement adéquat pour sauver la vie de celui-ci¹⁰⁹⁰.

Un membre de l'équipage d'un bateau tombe malade en haute mer. L'équipage navigant ne comptant pas de médecin à bord, le capitaine se met en relation avec un médecin par radio. Ce dernier lui explique les mesures à prendre et prescrit le médicament à donner¹⁰⁹¹.

Un malade ne souhaitant pas consulter directement son médecin, il fait donc appel à un site d'Internet qui propose des « consultations médicales ». Le malade saisit donc ses symptômes et reçoit en retour la réponse d'un médecin¹⁰⁹².

Lors d'une grossesse avec complications, les médecins décident de ne pas hospitaliser la future mère, mais d'assurer sa surveillance à distance, à son domicile. A cette fin, la femme transmet les indications relatives à ses contractions et le battement du cœur de l'enfant à son médecin, en utilisant un appareil conçu à cet effet. Le médecin décide, selon les données reçues, si la

¹⁰⁸⁸ Cas cité par : Hazebroucq, Fiabilité et acceptabilité de la téléradiologie, page 31 s.

¹⁰⁸⁹ Le Hir, Un chirurgien français opère une patiente à 7500 km de distance, Le Monde, 20 septembre 2001, page 27.

¹⁰⁹⁰ Gröschel/Metzger/Ellinger, Aufbau einer zentralen Elektronischen Patientenakte mit Notfallzugriff über Telematik, in: Jäckel (Hrsg.), Telemedizinführer Deutschland, pages 140-142; Hermeler, Rechtliche Rahmenbedingungen der Telemedizin, Diss. 2000.

¹⁰⁹¹ Pujos/Duguet/Virenque, Responsabilité en télé-médecine maritime, Journal de Médecine Légale Droit Médical 1997, pages 361-364.

¹⁰⁹² Voir les différents sites tels que par exemple: www.notredocteur.com; www.doctissimo.fr; www.netdoktor.de.

femme doit être hospitalisée ou si des mesures préventives doivent être prises¹⁰⁹³.

B. Typologies de la télémédecine existant en France et en Allemagne

I. Propositions d'une typologie en France

La plus fréquente classification de la télémédecine comprend les deux groupes principaux suivants : la téléassistance et la téléexpertise ou télédiagnostic¹⁰⁹⁴. Le terme **téléassistance** désigne la situation dans laquelle le patient s'adresse directement à son médecin qui le traite dans un lieu isolé, sans qu'un autre médecin ne soit présent sur place¹⁰⁹⁵. On est en présence de **téléexpertise** dans l'hypothèse où un médecin, éloigné du patient, aide un autre médecin qui est auprès du patient à traiter ce dernier, en se basant sur des données reçues via un réseau de télécommunication¹⁰⁹⁶. Les applications typiques de téléexpertise sont la télépathologie, téléradiologie et la télédermatologie¹⁰⁹⁷. A la place du terme « téléexpertise » le terme **télédiagnostic** est parfois employé pour mieux distinguer cette forme de télémédecine de la téléassistance.

Selon une autre proposition de typologie, il convient de distinguer trois catégories : la catégorie **téléconsultation** et la **téléexpertise**, celle de la **télésurveillance des patients** et, et enfin celle de la **téléchirurgie**¹⁰⁹⁸. Au sein de la première catégorie, la téléconsultation se distingue de la téléexpertise en ce que la première se fait directement entre le patient et le médecin tandis que l'autre se fait entre médecins exclusivement, sur la base des images envoyées¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹³ Kopp, Telemedizin: Daten von der Wohnung in den Kreisraum, in die Praxis oder das medizinische Call Center – CTG-Fernübertragung bei Risikoschwangerschaften, in: Jäckel (Hrsg.), Telemedizin-führer Deutschland, pages 129-131.

¹⁰⁹⁴ Dusserre/Ducrot/Allaert, L'information médicale, L'ordinateur et la loi, page 180; Deleuze, La responsabilité du médecin traitant libéral dans l'exercice de la télémédecine, JCP – Cahiers de Droit de l'Entreprise, 2002, page 31; Alméras, Déontologie et communication : La profession médicale, RDSS - série professions, 1997, page 31.

¹⁰⁹⁵ Dupont/Esper/Paire, Droit hospitalier, Rz. 642; Dusserre, Aspects juridiques et déontologique du télédiagnostic en médecine, Bulletin de l'ordre de médecine 1993, page 18.

¹⁰⁹⁶ Dusserre, La prise en compte des nouvelles technologies de l'information par le code de déontologie de 1995, in: Autoroute de l'information et déontologie médicale, page 9; Bensoussan, Le multimédia et le droit, page 354.

¹⁰⁹⁷ Hazebrucq, Fiabilité et acceptabilité de la téléradiologie, page 11.

¹⁰⁹⁸ Faure, Télémédecine: définitions et moyens techniques, dans : Jolly, La bon usage de la télémédecine, page 3. Voir également Beslay, Nathalie, Télémédecine, Téléchirurgie, Télédiagnostic : essai d'identification des responsabilités des acteurs, www.medcost.fr/html/droit_dr/mag19/telemedecine.htm.

¹⁰⁹⁹ Faure, Télémédecine: définitions et moyens techniques, dans : Jolly, La bon usage de la télémédecine, page 3.

Le Rapport Télémédecine & Évaluation différencie la **téléconsultation**, la **télésurveillance des patients** et la **téléformation**¹¹⁰⁰. Selon cette typologie, la téléconsultation englobe toutes les applications de la télémédecine en vertu desquelles le patient consulte un médecin, en utilisant des réseaux de télécommunication, ou par lesquels un médecin consulte un autre médecin dans le but d'obtenir une seconde opinion ou un diagnostic (télédiagnostic) ou une proposition de thérapie (téléexpertise). S'agissant de la téléformation, cette application est généralement comprise comme incluse dans la « télématique de santé ».

Enfin, le rapport de l'office parlementaire effectue la distinction entre la **télésurveillance**, la **téléassistance médicale**, la **téléconsultation** et la **téléchirurgie**¹¹⁰¹.

Nonobstant une terminologie fluctuante, on constate de manière générale que sont distingués, d'une part, le cas où le médecin est sur place et fait appel à un autre médecin et, d'autre part, l'hypothèse où le patient est sans médecin à ses côtés. Par ailleurs, on différencie le cas où des avis entre médecins sont échangés et celui dans lequel il y a une interprétation de données médicales en vue d'établir un diagnostic ou de prescrire une thérapie. Enfin, la télésurveillance et la téléchirurgie sont citées comme propres catégories d'application de la télémédecine.

II. Proposition d'une typologie en Allemagne

Les recommandations d'Einbeck¹¹⁰² distinguent les différentes applications selon leur impact sur le traitement eu égard à la relation entre le patient et son médecin. Elles différencient en conséquence la **télémédecine complémentaire** (ergänzenden Telemedizin) qui se déroule en arrière plan du traitement (comme la formation professionnelle ou la seconde opinion), d'une part, la **télémédecine faisant appel à un spécialiste** (Einbindung eines Spezialisten), d'autre part, et enfin, la **relation directe d'un patient avec un médecin à distance** (Cyber doc) (eigenständige Arzt-Patienten-Beziehung)

Selon Dierks, il convient de distinguer les catégories d'application selon les participants, les moyens de communication utilisés et le but recherché¹¹⁰³. Il cite les applications les plus importantes, à savoir le Téléconsultation/télédiagnostic/

¹¹⁰⁰ Rapport Télémédecine & Évaluation, Page 10, www.sante.gouv.fr/htm/dossiers/telemed/eval/14669_1.pdf.

¹¹⁰¹ Rapport du office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, pages 71 ss.

¹¹⁰² Einbecker Empfehlungen zu Rechtsfragen der Telemedizin dans: Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, pages 133-136.

¹¹⁰³ Dierks, Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin – ein Problemaufriss, dans : Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, page 7.

téléconférence, télémonitoring, téléthérapie, le dossier médical électronique, l'ordonnance électronique, les cabinets reliés en réseau, le téléarchivage et la plateforme commune de santé¹¹⁰⁴ mais il ne regroupe pas ces applications dans des catégories générales.

Selon Pflügler, il existe cinq catégories d'application de la télémédecine¹¹⁰⁵ : La **Télérecherche** ou **recherche online-**, la **télédocumentation**, la **téléconsultation/télédiagnostique**, la **téléprésence interactive** et la **téléchirurgie/télécontrolling**. La télérecherche comprend la possibilité d'avoir un accès direct, par l'intermédiaire d'un service on-line, à un savoir médical. La télédocumentation est l'enregistrement de données médicales du patient dans un dossier médical électronique. La téléconsultation et le télédiagnostic forment une même catégorie. Pflügler comprend ces deux applications en ce sens que les données médicales seront transférées chez un spécialiste qui établit le diagnostic. Cette catégorie se distingue de la téléprésence interactive, en ce que le médecin sera directement consulté à distance. Enfin cet auteur considère la téléchirurgie ou télécontrolling comme une propre catégorie.

En Allemagne, on trouve des typologies qui se distinguent selon le degré d'intervention du télémédecin lors du traitement. Ainsi, on distingue si le télémédecin évalue ou interprète les données transmises ou s'il participe directement au traitement du patient. Par ailleurs, l'hypothèse où le médecin intervient directement sur le patient, comme lors d'une téléopération est considérée comme une propre catégorie d'application.

III. Comparaison des deux approches

En France, la distinction entre l'implication d'un médecin à distance avec ou sans présence d'un médecin auprès du patient est au premier plan. Par ailleurs, on différencie selon les cas où une opinion ou une proposition de prescription est délivrée et ceux où une interprétation des informations reçues par voie de multimédia est donnée.

Cette différenciation est également présente dans les propositions de catégories réalisées en Allemagne dans la mesure où est distinguée la situation d'un conseil en amont de la consultation médicale, la thérapie et le diagnostic.

Par ailleurs, les cas de téléchirurgie sont identifiés comme une propre catégorie de la télémédecine.

¹¹⁰⁴ Dierks, Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin – ein Problemaufriss, dans : Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, pages 7-13.

¹¹⁰⁵ Pflügler, Haftungsfragen der Telemedizin, VersR 1999, page 1070 f.

Rechtswissenschaften

Herausgegeben von

Dr. Thomas Küffner

Dr. Küffner & Partner, Landshut, München

- Band 56: Christian Link: **Telemedizinische Anwendungen in Deutschland und in Frankreich** · Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Grundlagen und des Haftungsgefüges sowie des Internationalen Privatrechts – mit Zusammenfassung in französischer Sprache
2007 · 560 Seiten · ISBN 978-3-8316-0731-0
- Band 55: Julia Nobbe: **Das Günstigkeitsprinzip im Verbrauchervertragsrecht**
2007 · 356 Seiten · ISBN 978-3-8316-0722-8
- Band 54: Alain Robbe-Grillet: **Planmäßige Sanierung nach französischem und nach deutschem Insolvenzrecht** · Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung der französischen Insolvenzrechtsreform von 2005
2007 · 408 Seiten · ISBN 978-3-8316-0721-1
- Band 53: Heinz-Gerd Horlemann: **Die Besteuerung von Alterseinkünften in Deutschland – ein Modell für Europa?**
2007 · 180 Seiten · ISBN 978-3-8316-0712-9
- Band 52: Nadja Bauer: **Der Gewinnabschöpfungsanspruch der Verbände nach § 10 UWG**
2006 · 280 Seiten · ISBN 978-3-8316-0658-0
- Band 51: Sofia Stathouli: **Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel und Falschlieferung nach dem Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf unter Berücksichtigung des deutschen und griechischen Rechts**
2006 · 448 Seiten · ISBN 978-3-8316-0634-4
- Band 50: Monika Ackermann: **Die Rechtsbehelfe des Verletzten gegen die negative Anklageentscheidung des Staatsanwaltes in den USA** · Rechtslage und Reformbestrebungen
2006 · 192 Seiten · ISBN 978-3-8316-0617-7
- Band 49: Babette Steinbauer: **Reorganisation in der Energiewirtschaft (»unbundling«) und deren arbeitsrechtliche Folgen**
2006 · 260 Seiten · ISBN 978-3-8316-0606-1
- Band 48: Steffen Zimmer: **Ostalpine Bergrechtsaufzeichnungen im Mittelalter** · Ein bergrechtliches Entwicklungsprofil
2006 · 208 Seiten · ISBN 978-3-8316-0579-8
- Band 47: Petra Kiel-Junk: **Verfahrenskoordination im Umweltrecht** · Die europäische Verpflichtung zur Koordination umweltrechtlicher Verfahren und ihre Umsetzung in das deutsche immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren
2006 · 196 Seiten · ISBN 978-3-8316-0554-5
- Band 46: Anke Brodherr: **Alfred Verdross' Theorie des gemäßigten Monismus**
2005 · 264 Seiten · ISBN 978-3-8316-0511-8
- Band 44: Thomas Maier: **Beamte als Aufsichtsratsmitglieder der öffentlichen Hand in der Aktiengesellschaft: weisungsgebundene Werkzeuge des öffentlichen Gesellschafters?**
2005 · 240 Seiten · ISBN 978-3-8316-0492-0
- Band 43: Michael Rimbeck: **Rechtsfolgen fehlerhafter Ad-hoc Mitteilungen im deutschen und US-amerikanischen Recht**
2005 · 250 Seiten · ISBN 978-3-8316-0487-6

- Band 42: Thomas Eisgruber: **Die Zahlungsmittelrechnung nach § 4 Abs. 3 EStG** · Eine Systematik der vereinfachten Gewinnermittlung, verprobt am Beispiel des Tausches
2005 · 175 Seiten · ISBN 978-3-8316-0461-6
- Band 41: Stephan Friedrich König: **Die Gefahrenabwehrverordnungen der rheinland-pfälzischen kreisfreien Städte im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsverordnung und Allgemeinverfügung**
2004 · 272 Seiten · ISBN 978-3-8316-0433-3
- Band 40: Kerstin Wetzels: **Die EG-Richtlinie zu Massenentlassungen RL 98/59/EG und ihre Umsetzung im französischen Recht**
2004 · 200 Seiten · ISBN 978-3-8316-0426-5
- Band 39: Patrick Bühring: **Demonstrationsfreiheit für Rechtsextremisten?** · Verfassungsrechtliche Spielräume für eine Verschärfung des Versammlungsgesetzes
2004 · 230 Seiten · ISBN 978-3-8316-0421-0
- Band 38: Anna-Maria Savelsberg: **Die Pfändungskonstitution der RKGÖ 1555, Teil 2, Tit. 22 als ein landesherrliches Mittel zum Ausbau der Territorialstaatlichkeit**
2004 · 143 Seiten · ISBN 978-3-8316-0420-3
- Band 37: Friederike Knaupp: **Der Einkommensteuertarif als Ausdruck der Steuergerechtigkeit**
2004 · 240 Seiten · ISBN 978-3-8316-0398-5
- Band 36: Sabine Leube: **Die Rolle des Staates im Internet** · Eine Untersuchung der Möglichkeit, Zulässigkeit und Notwendigkeit staatlicher Regulierung
2004 · 347 Seiten · ISBN 978-3-8316-0401-2
- Band 35: Natascha Hühnerbein: **Rechtsvergleichende Untersuchung der Miterfinderschaft**
2004 · 261 Seiten · ISBN 978-3-8316-0394-7
- Band 34: Christine von Schildt-Lutzenburger: **Der urheberrechtliche Schutz von Gebäuden**
2004 · 236 Seiten · ISBN 978-3-8316-0370-1
- Band 33: Ursula Schweßinger: **Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz in Deutschland, Frankreich und England**
2004 · 445 Seiten · ISBN 978-3-8316-0338-1
- Band 32: Kilian Friemel: **Die Betriebsvereinbarung über Arbeitnehmererfindungen und technische Verbesserungsvorschläge**
2004 · 260 Seiten · ISBN 978-3-8316-0333-6

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · info@utz.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: www.utz.de