

ALENA HERKENRATH

Ärztliche Fernbehandlung

*Studien zum
Medizin- und Gesundheitsrecht*

5

Mohr Siebeck

Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht

Herausgegeben von

Steffen Augsberg, Karsten Gaede, Jens Prütting

5



Alena Herkenrath

Ärztliche Fernbehandlung

Möglichkeiten und Grenzen nach der Lockerung
des Fernbehandlungsverbots

Mohr Siebeck

Alena Herkenrath, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bielefeld und der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; 2018 Erstes Juristisches Staatsexamen; LL.M. (Medizinrecht), Universität Düsseldorf; externe Doktorandin am Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Privat- und Verfahrensrecht der HHU; Rechtsreferendarin am OLG Köln; 2022 Promotion und Zweites Juristisches Staatsexamen; Rechtsanwältin in Köln.

Zugl.: Düsseldorf, Jur. Fakultät der Heinrich-Heine-Universität, Diss., 2022.

ISBN 978-3-16-161804-8 / eISBN 978-3-16-161805-5

DOI 10.1628/978-3-16-161805-5

ISSN 2699-6855 / eISSN 2699-6863 (Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahr 2022 von der juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Sie ist für die Drucklegung punktuell überarbeitet und aktualisiert worden.

Mein herzlicher Dank gilt meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Katharina Lugani für ihre stetige Unterstützung durch wertvolle Denkanstöße aber auch für den eingeräumten Freiraum, der mir bei der Ausarbeitung der Arbeit gewährt wurde. Besonderer Dank gilt zudem Herrn Prof. Dr. Karl-Heinz Möller, nicht nur für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens, sondern insbesondere auch für die Anregung des Themas, die Ermunterung zur Promotion und die nicht enden wollende Bereitschaft zur Diskussion rund um Fragen der Fernbehandlung. Nicht zuletzt wurde durch seine Vorlesung zum Arztvertragsrecht mein Interesse am Medizinrecht erst geweckt und der Grundstein für diese Arbeit gelegt.

Die Arbeit ist während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Kanzlei Möller & Partner und begleitend zu dem LL.M. Studiengang Medizinrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf entstanden. Mein Dank gilt daher auch dem gesamten Team der Kanzlei Möller & Partner, die keine meiner Fragen rund um das Medizinrecht unbeantwortet ließen und ebenfalls den hervorragenden Dozenten des LL.M. Studienganges.

Die Zeit der Promotion wird mir trotz manchen fachlichen und persönlichen Herausforderungen immer positiv in Erinnerung bleiben. Mir ist bewusst, dass eine Dissertation nicht in einem luftleeren Raum entsteht, sondern ganz wesentlich von äußeren Umständen beeinflusst wird, die in meinem Fall besser nicht hätten sein können.

Ein weiterer ganz besonderer Dank gilt daher meiner Familie und meinen Freunden, die mich bei allen Höhen und Tiefen, die das juristische Studium und das Referendariat mit sich bringen, begleitet haben. Meiner Schwester Nina Herkenrath danke ich für ihren unermüdlichen Zuspruch und die Fähigkeit, (vermeintliche) Probleme nur noch halb so groß wirken zu lassen.

Meinem Mann, Dr. Alexander Knopp, danke ich für seine endlose Geduld, die vielen gemeinsam verbrachten Wochenenden in Bibliotheken und für seine motivierenden Worte, wann immer sie nötig waren.

Von Herzen danken möchte ich abschließend meinen Eltern, Marina und Dieter Herkenrath, ohne deren bedingungslose Unterstützung und verständnisvollen Rückhalt – nicht nur während meiner juristischen Ausbildung – ich nicht da wäre, wo ich heute stehe. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Köln, im Sommer 2022

Alena Herkenrath

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einführung in die Untersuchungen	1
Aktueller Anlass der Arbeit	6
Gang der Untersuchungen	8
Erster Teil: Das Fernbehandlungsverbot und seine Entwicklung	11
Kapitel 1 – Begriffserklärung und Einordnung	12
Kapitel 2 – Zur Entwicklung des Fernbehandlungsverbots	19
Kapitel 3 – Die bisherige Rechtslage nach § 7 Abs. 4 MBO-Ä a.F.	24
Zweiter Teil: Die Novellierung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä durch den 121. Deutschen Ärztetag 2018	43
Kapitel 1 – Die Auslegung der Neufassung	45
Kapitel 2 – Bewertung zur Novellierung und Ausgestaltung der Neufassung	91
Dritter Teil: Möglichkeiten und Grenzen der Fernbehandlung	95
Kapitel 1 – Die Einordnung des Fernbehandlungsvertrags	96
Kapitel 2 – Das Bewerben der Fernbehandlung	117
Kapitel 3 – Abgabe und Verschreibung fernverordneter Arzneimittel	132
Kapitel 4 – Das Ausstellen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach ausschließlicher Fernbehandlung	150
Kapitel 5 – Zulässigkeit der Aufklärung über Fernkommunikationsmedien	194
Kapitel 6 – Die Haftung des Arztes bei der ausschließlichen Fernbehandlung	207
Kapitel 7 – Fernbehandlung und Datenschutz	248

Vierter Teil: Ergebnisse der Arbeit und Ausblick	301
Kapitel 1 – Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit .	302
Kapitel 2 – Ausblick	306
Literaturverzeichnis	311
Sachregister	325

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI

Einführung in die Untersuchungen	1
Aktueller Anlass der Arbeit	6
Gang der Untersuchungen	8

Erster Teil:

Das Fernbehandlungsverbot und seine Entwicklung

<i>Kapitel 1 – Begriffserklärung und Einordnung</i>	12
I. Begriff der Fernbehandlung	12
1. Legaldefinition der Fernbehandlung	12
2. Definition der Literatur	13
3. Definition der Rechtsprechung	14
II. Einordnung unter die Begriffe der Digitalisierung des Gesundheitswesens	14
1. Gesundheitstelematik	15
2. Telemedizin	16
3. E-Health und M-Health	17
<i>Kapitel 2 – Zur Entwicklung des Fernbehandlungsverbots</i>	19
I. Der historische Ursprung des Fernbehandlungsverbots	19
II. Erste gesetzliche Normierungen	20

<i>Kapitel 3 – Die bisherige Rechtslage nach § 7 Abs. 4 MBO-Ä a. F.</i>	24
I. Die Vorgängernorm des § 7 Abs. 4 MBO-Ä	24
1. Rechtsnatur der MBO-Ä und Verbindlichkeit	24
2. Auslegung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä a. F.	25
a) Regelungszweck des § 7 Abs. 4 MBO-Ä a. F.	26
b) Individuelle ärztliche Behandlung	27
c) Nicht ausschließliche Fernbehandlung	28
d) Unmittelbarkeit	30
3. Modelle der Bundesärztekammer	31
a) Telekonsil	31
b) Telediagnostik	32
c) Telemonitoring	32
d) Telekonsultation	33
4. Zusammenfassung	34
II. Reformbedarf des „Fernbehandlungsverbots“	35
1. Berücksichtigte Argumente und Gegenargumente	35
a) Reformvorschlag nach Gruner	36
b) Reformvorschlag nach Hahn	37
c) Reformvorschlag nach Dierks	38
2. Eigene Bewertung des Reformbedarfs	39

Zweiter Teil:

**Die Novellierung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä durch
den 121. Deutschen Ärztetag 2018**

<i>Kapitel 1 – Die Auslegung der Neufassung</i>	45
I. Der Regelungszweck des § 7 Abs. 4 MBO-Ä	47
II. Die Zielsetzung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä	48
1. Schutz vor Anbietern ausländischer telemedizinischer Leistungen	48
2. Schutz vor einem unlauteren Wettbewerb	50
3. Schutz der Patientengesundheit	50
III. Beratung und Behandlung im persönlichen Kontakt	52
1. Beratung und Behandlung	52
2. Der persönliche Kontakt	54
a) Grammatikalische Auslegung	55
b) Systematische Auslegung	55
c) Historische Auslegung	56
IV. Unterstützung durch Kommunikationsmedien	56

1. Begriff der Kommunikationsmedien	56
2. Unterstützungsmöglichkeiten der Kommunikationsmedien	58
V. Einzelfallerlaubnis der ausschließlichen Fernbehandlung	59
1. Die ärztliche Vertretbarkeit der ausschließlichen Fernbehandlung	60
a) Der Beurteilungsspielraum des Arztes	61
b) Die ärztliche Vertretbarkeit nach § 40 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 AMG a. F.	63
2. Vorliegen eines Einzelfalls	65
a) Auslegung als Notfallsituation	66
b) Anknüpfung an die Anzahl der Fernbehandlungen	66
c) Krankheitsbild des Patienten	67
d) Bestimmung nach medizinischen Leitlinien	68
3. Wahrung der erforderlichen Sorgfalt	71
a) Art und Weise der Befunderhebung, Beratung und Behandlung	71
b) Dokumentation der Fernbehandlung	72
VI. Aufklärung über die Besonderheiten einer ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien	74
1. Anerkannte Aufklärungspflichten	74
a) Die Selbstbestimmungsaufklärung	74
b) Die therapeutische Sicherungsaufklärung	75
c) Einordnung der Aufklärung nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä	76
2. Inhaltliche Anforderungen der Fernbehandlungsaufklärung	77
a) Grenzen und Risiken der Fernbehandlung	77
b) Wahrnehmungsmöglichkeiten des Arztes	78
c) Technische Anforderungen	79
d) Hinweis auf eine Alternativbehandlung	80
e) Kosten der Fernbehandlung	81
aa) Wirtschaftliche Informationspflicht nach § 630c Abs. 3 BGB	81
bb) Textform der wirtschaftlichen Informationspflicht	83
cc) Rechtsfolgen mangelnder Textform	84
3. Zeitpunkt der Aufklärung	84
4. Form der Fernbehandlungsaufklärung	85
5. Verständlichkeit der Aufklärung	87
6. Aufklärungspflichtiger und Aufklärungsadressat	88
7. Entbehrlichkeit der Fernbehandlungsaufklärung	89

*Kapitel 2 – Bewertung zur Novellierung und Ausgestaltung
der Neufassung*

91

I. Hinweise und Erläuterungen der Bundesärztekammer	91
II. Eigener Vorschlag zur Ausgestaltung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä	92
III. Zusammenfassung	94

Dritter Teil:

Möglichkeiten und Grenzen der Fernbehandlung

<i>Kapitel 1 – Die Einordnung des Fernbehandlungsvertrags</i>	96
I. Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts auf den Fernbehandlungsvertrag	97
1. Möglicher Anwendungsausschluss	97
2. Vertragsschluss mittels Fernkommunikationsmitteln	99
3. Erfordernis eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems	101
4. Gesamtbild als Distanzgeschäft	102
5. Ergebnis zur Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts	103
II. Fernabsatzrechtliche Informations- und Belehrungspflichten	104
III. Bestehen eines Widerrufsrechts	108
1. Voraussetzungen des Widerrufs	108
a) Bestimmung der Widerrufsfrist	109
aa) Vertragsabschluss mit Terminabsprache	109
bb) Vertragsabschluss mit Beginn der Behandlung	110
b) Streitentscheid und Zwischenergebnis	110
2. Rechtsfolgen des Widerrufs	111
3. Ausschluss der Möglichkeit des Widerrufs	113
a) Zusätzliche Kündigungsmöglichkeit des Patienten	114
b) Erweiterung des Ausnahmekataloges auf Fernbehandlungen .	115
IV. Zusammenfassung zur Einordnung des Fernbehandlungsvertrags .	116
 <i>Kapitel 2 – Das Bewerben der Fernbehandlung</i>	 117
I. Das Verbot der Werbung für Fernbehandlungen nach § 9 HWG a. F.	118
1. Problematik des Werbeverbots für die Fernbehandlungen	119
2. Lösungsansätze zur Angleichung von Berufs- und Werberecht . .	120
II. Änderung des § 9 HWG durch das Digitale-Versorgung-Gesetz . .	122
1. Zielsetzung des DVG	122
2. Ergänzung des § 9 HWG durch das DVG	124
3. Bewertung der Ergänzung des § 9 HWG	125
4. Erste Entscheidungen der Rechtsprechung	125
a) Entscheidung des OLG München	125
b) Entscheidung des OLG Hamburg	126
5. Anmerkungen der Literatur	127
a) zum Urteil des OLG München	127
b) zum Urteil des OLG Hamburg	130
III. Ergebnis zum Bewerben der Fernbehandlung	131

<i>Kapitel 3 – Abgabe und Verschreibung fernverordneter Arzneimittel . . .</i>	132
I. Zum ursprünglichen Arzneimittelabgabeverbot bei Fernverordnungen	132
1. Regelungszweck und -inhalt des Arzneimittelabgabeverbots . . .	133
2. Verstoß gegen Europarecht	135
3. Der Widerspruch zwischen Berufs- und Arzneimittelrecht	135
4. Lösungsansätze zur Angleichung von Berufs- und Arzneimittelrecht	136
a) Der „direkte Kontakt“ mittels Fernkommunikation	137
b) Einordnung als Ausnahmefall i. S. d. § 48 Abs. 1 S. 3 AMG a. F.	138
aa) Modellklausel als Ausnahmefall	138
bb) Der „regelmäßige Ausnahmefall“	139
c) Teleologische Reduktion der Norm	140
d) Bestimmung durch Rechtsverordnung	141
e) Zwischenergebnis	142
II. Änderung des § 48 AMG durch das GSAV	142
III. Bewertung der Streichung des § 48 Abs. 1 S. 2 und 3 AMG a. F. . .	144
IV. Problematik vertragsarztrechtlicher Vorschriften	145
1. Fernbehandlung als Ausnahmefall	145
2. Persönliche Überzeugung oder Kenntnis aus laufender Behandlung	147
V. Zusammenfassung und Ausblick	148
 <i>Kapitel 4 – Das Ausstellen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach ausschließlicher Fernbehandlung</i>	 150
I. Ansicht des 121. Deutschen Ärztetages 2018	152
1. Wahrung der Behandlungsqualität	152
2. Gefährdung der Rechtssicherheit	153
3. Zwischenergebnis zur Sichtweise des Deutschen Ärztetags 2018	155
II. Rechtliche Vorgaben der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	155
1. Einführung der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	156
2. Form des Arzt-Patienten-Kontakts nach dem EntgFG	158
III. Berufsrechtliche Regelung zur Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	158
1. Die notwendige Sorgfalt des Arztes	159
2. Ausstellung nach bestem Wissen	160
3. Ärztliche Überzeugung	160
4. Tendenzen der Rechtsprechung und Literatur	161
5. Zwischenergebnis	164
IV. Sozial- und vertragsarztrechtliche Regelungen zur Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	165

1. Berücksichtigung des § 31 BMV-Ä	165
2. Richtlinie des G-BA	166
3. Auslegung der ärztlichen Untersuchung	169
a) Auslegung nach dem Wortlaut	169
b) Auslegung nach der Systematik	170
c) Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Vorschriften	172
d) Einbeziehung des § 46 S. 1 Nr. 2 SGB V	174
e) Zwischenergebnis zur Auslegung der ärztlichen Untersuchung	175
4. Mittelbar persönliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit nach § 4 Abs. 5 AU-Richtlinie	176
a) Stellungnahme der Bundesärztekammer	178
b) Anpassung der AU-Richtlinie durch das DVPMG	179
c) Eigene Bewertung	180
5. Ergebnis zu den sozial- und vertragsarztrechtlichen Regelungen zur Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	183
V. Beachtung des § 278 StGB	183
1. Tatobjekt: Gesundheitszeugnis	184
2. Unrichtiges Gesundheitszeugnis	184
3. Auswertung der Rechtsprechung zu § 278 StGB	185
4. Ergebnis zur strafrechtlichen Bewertung	187
VI. Beweiswert der fernmündlich ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	187
1. Ansicht der Literatur	188
2. Auswertung der Rechtsprechung	191
3. Eigene Bewertung	191
VII. Zusammenfassung zur Zulässigkeit des Ausstellens einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach ausschließlicher Fernbehandlung	192
<i>Kapitel 5 – Zulässigkeit der Aufklärung über Fernkommunikationsmedien</i>	194
I. Grundsatz der Form der Aufklärung	194
II. Zulässigkeit der fernmündlichen Aufklärung	196
1. Urteil des BGH zur telefonischen Aufklärung	196
2. Übertragbarkeit des Urteils	197
III. Neuauslegung durch das DVG	198
1. Referentenentwurf des DVG	198
2. Umsetzung des DVG	201
IV. Bewertung der Entwurfsbegründung	202
V. Ergebnis zur Zulässigkeit der Aufklärung über Fernkommunikationsmedien	205

<i>Kapitel 6 – Die Haftung des Arztes bei der ausschließlichen Fernbehandlung</i>	207
I. Zum Behandlungsfehler und Standard	208
1. Haftungsbegründendes Verhalten	208
2. Bestimmung des Standards	210
II. Der Fernbehandlungsstandard	212
1. Bisherige Rechtsprechungstendenzen	212
2. Existenz eines spezifischen Fernbehandlungsstandards?	214
a) Anerkannte Standardabstufungen	214
b) Standardabstufung bei der Fernbehandlung	215
c) Kein spezifischer Fernbehandlungsstandard	216
III. Möglichkeiten der privatautonomen Standardabweichung	218
1. Stillschweigende Standardabweichung	219
2. Ausdrückliche Standardabweichung	220
a) Wortlaut des § 630a Abs. 2 BGB	220
b) Historische Entwicklung des § 630a Abs. 2 BGB	220
3. Unwirksamkeit der privatautonomen Standardabweichung	222
a) Sittenwidrigkeit der Vereinbarung	224
b) Einwilligungsgrenze der §§ 138 BGB, 228 StGB	226
c) Inhaltskontrolle der Standardabweichung	228
4. Ergänzung des § 630a Abs. 2 BGB	229
5. Zwischenergebnis	231
IV. Anknüpfungspunkte einer Haftung des Arztes	231
1. Der Befunderhebungsfehler	232
a) Befunderhebung bei der Fernbehandlung	233
b) Beweislastverteilung bei Befunderhebungsfehlern	235
c) Bewertung zum Befunderhebungsfehler	238
2. Der Diagnosefehler	238
a) Diagnosestellung bei der Fernbehandlung	239
b) Beweislastverteilung bei Diagnosefehlern	241
c) Verhinderung eines Diagnosefehlers	242
d) Bewertung zum Diagnosefehler	243
3. Technisch bedingte Fehler	243
a) Gerätesicherheit bei der Fernbehandlung	244
b) Beweislastverteilung bei voll beherrschbaren Risiken	245
c) Bewertung zum technisch bedingten Fehler	246
V. Zusammenfassung und Ausblick	246

<i>Kapitel 7 – Fernbehandlung und Datenschutz</i>	248
I. Entwicklung des Datenschutzrechts	249
II. Grundprinzipien des Datenschutzes im Gesundheitswesen	250
III. Rechtliche Rahmenbedingungen für den Datenschutz in der Telemedizin	253
1. Bundesdatenschutzgesetz	253
2. Telemediengesetz	254
3. Strafgesetzbuch	254
4. Musterberufsordnung der Ärzte	256
5. Empfehlungen der Art. 29 Datenschutzgruppe	257
6. DSGVO	257
7. Patientendaten-Schutz-Gesetz	258
IV. Anwendbarkeit der DSGVO	259
1. Räumlicher Anwendungsbereich	259
2. Sachlicher Anwendungsbereich	259
a) Personenbezogene Daten	259
b) Verarbeitung	261
3. Keine Anwendung auf anonymisierte Daten	262
a) Anonymisierung von Daten	262
b) Pseudonymisierung von Daten	263
4. Zwischenergebnis zur Anwendbarkeit der DSGVO	263
V. Verantwortlicher nach der DSGVO	264
1. Alleinverantwortlicher	264
2. Auftragsverarbeitung oder Gemeinsame Verantwortlichkeit	264
a) Plattformbetreiber als Auftragsverarbeiter	265
b) Gemeinsame Verantwortliche i. S. d. Art. 26 DSGVO	267
c) Folgen der gemeinsamen Verantwortlichkeit	269
3. Zusammenfassung zum Verantwortlichen nach der DSGVO	270
VI. Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung im Rahmen der Fernbehandlung	270
1. Einwilligung der betroffenen Person	271
2. Legitimation durch Rechtsvorschrift	273
3. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verarbeitung	275
a) Verarbeitung für bestimmte Zwecke	276
b) Erforderlichkeit	276
aa) Abstellen auf die Behandlung im Allgemeinen	277
bb) Abstellen auf die spezielle Form der Behandlung	277
cc) Streitentscheid	278
c) Personengruppen	278

d) Zusätzlicher Rechtmäßigkeitsgrund des Art. 6 DSGVO	280
4. Zusammenfassung zu der Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung	281
VII. Erfordernis einer Datenschutz-Folgenabschätzung	281
1. Vorliegen eines hohen Risikos	282
2. Verwendung neuer Technologien	284
3. Regelbeispiele des Art. 35 Abs. 3 DSGVO	285
4. Positivliste nach Art. 35 Abs. 4 DSGVO	287
a) Auswertung von Video- oder Audioaufnahmen	287
b) Anonymisierung zum Zwecke der Übermittlung an Dritte	288
c) Verarbeitung personenbezogener Daten mittels Nutzung von Sensoren	288
5. Weitere Kriterien der Art. 29 Datenschutzgruppe	289
a) Darstellung des Kriterienkatalogs	289
b) Anwendung der Kriterien auf die Fernbehandlung	290
6. Zusammenfassung zum Erfordernis einer Datenschutz- Folgenabschätzung	291
VIII. Benennung eines Datenschutzbeauftragten	291
1. Kerntätigkeit des Verantwortlichen	292
2. Umfangreiche Verarbeitung von Gesundheitsdaten	294
3. Ergänzung durch § 38 BDSG	295
a) Anzahl der beschäftigten Personen	296
b) Besonders gefahrgeneigte Verarbeitung	297
4. Zusammenfassung zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten	298
IX. Zusammenfassung zum Datenschutz bei der Fernbehandlung	298

Vierter Teil:

Ergebnisse der Arbeit und Ausblick

<i>Kapitel 1 – Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit</i>	302
<i>Kapitel 2 – Ausblick</i>	306
I. Bisherige Umsetzung in den einzelnen Landesärztekammern	306
II. Die Zukunft der Fernbehandlung	307
Literaturverzeichnis	311
Sachregister	325

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AMG	Arzneimittelgesetz
AM-RL	Arzneimittel-Richtlinie
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Recht
App	Application (engl. für Anwendung)
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRB	Arbeits-Rechts-Berater
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BÄK	Bundesärztekammer
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMV	Bundesmantelvertrag
BR-Drucks.	Bundesrat-Drucksache
BSG	Bundessozialgericht
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestag-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Chr.	Christus
CR	Computer und Recht
d. h.	das heißt
DDR	Deutsche Demokratische Republik

DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DS	Der Sachverständige
DSFA	Datenschutz-Folgenabschätzung
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
DSK	Datenschutzkonferenz
DS-RL	Datenschutz-Richtlinie
DStR	Deutsches Strafrecht
DuD	Datenschutz und Datensicherung
DVG	Digitale Versorgung Gesetz
DVPMG	Digitale-Versorgung-und-Pflege-Modernisierungs-Gesetz
-E	Entwurf
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
ErwG.	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G-BA	Gemeinsame Bundesausschuss
gem.	gemäß
GesR	Gesundheitsrecht
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggf.	Gegebenenfalls
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPVG	Gesundheits- und Pflegeverbesserungsgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GSAV	Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung
GuP	Gesundheit und Pflege
Halbs.	Halbsatz
Hrsg.	Herausgeber
HWG	Heilmittelwerbe-gesetz
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
ITRB	Der IT Rechtsberater
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KommJur	Kommunaljurist
KV	Kassenärztliche Vereinigung
LAG	Landesarbeitsgericht

LÄK	Landesärztekammer
LG	Landgericht
lit.	littera
LSG	Landessozialgericht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MBO	Musterberufsordnung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MMR	MultiMedia und Recht
MPR	Medizin Produkte Recht
MüKo	Münchener Kommentar
n.	nach
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
PDSG	Patienten-Datenschutz-Gesetz
PharmR	Pharma Recht
PinG	Privacy in Germany
RDG	Rechtsdepesche für das Gesundheitswesen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
TMG	Telemediengesetz
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil
v.	vom
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VuR	Versicherung und Recht
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizinrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einführung in die Untersuchungen

Urlaub buchen, Tickets kaufen, Überweisungen tätigen: Für immer mehr Menschen läuft im Alltag längst vieles digital.¹ Dies gilt auch im medizinischen Bereich. Digitale Technologien wie die elektronische Krankenakte, die Messung von Gesundheitsdaten über entsprechende Apps², die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung³ und die Video-Sprechstunde⁴ sind nur einige Beispiele, die derzeit das deutsche Gesundheitssystem revolutionieren. Zusätzlich verstärkt wurde dieser Trend zuletzt durch die im Dezember 2019 erstmals ausgebrochene Atemwegserkrankung COVID-19, die kurz danach zu einer weltweiten Pandemie erklärt wurde und das gesellschaftliche Leben zu einem Großteil in die virtuelle Welt verlagert hat.⁵

Grundlage der Digitalisierung sind die medizinischen Daten der Patienten, die durch moderne Informations- und Kommunikationstechnologien direkt zwischen Arzt⁶ und Patient ausgetauscht werden können. Durch die Digitalisierung werden neue Diagnostik- und Behandlungsmöglichkeiten erschlossen, die Kommunikation zwischen den Beteiligten erleichtert und der Patient in seine Gesundheitsversorgung miteingebunden. Personalisierte Medizin, künstliche Intelligenz, die Nutzung von Gesundheits-Apps und nicht zuletzt die Informationsflut

¹ „Videosprechstunde: Praxen sollen digitaler werden“, Aachener Nachrichten v. 08.01.2020, S. 4.

² „Zwei von drei Smartphone-Besitzern nutzen Gesundheits-Apps“: <https://celler-presse.de/2019/11/04/zwei-von-drei-smartphone-benutzer-nutzen-gesundheits-apps/>. Aufgerufen am 05.06.2022.

³ Ab dem Jahr 2021 sollen die Krankenkassen die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers direkt und elektronisch an den Arbeitgeber melden können, siehe der Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Entlastung insbesondere der mittelständischen Wirtschaft von Bürokratie v. 09.09.2019, S. 2.

⁴ Aus dem Bericht des Bewertungsausschusses zur ambulanten telemedizinischen Leistungserbringung geht hervor, dass die Videosprechstunde „noch nicht in nennenswerten Umfang erbracht“ wird, *Redaktionsbeitrag*, RDG 2019, 10.

⁵ Vgl. *Kekulé*, Der Corona-Kompass, S. 17.

⁶ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern in dieser Arbeit die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter und beinhalten keine Wertung.

des Internets führen dazu, dass der Patient seine Gesundheit vermehrt selbst steuern kann.⁷

Im internationalen Vergleich bleibt das deutsche Gesundheitssystem jedoch hinter den vorhandenen Möglichkeiten zurück. Sind in anderen europäischen Ländern telemedizinische Anwendungen wie Telemonitoring, Video-Sprechstunden und elektronische Patientenakten⁸ längst Alltag,⁹ finden diese in deutschen Arztpraxen noch lange nicht standardmäßig Anwendung.¹⁰

Dabei kann Digitalisierung helfen, die großen Herausforderungen des deutschen Gesundheitssystems, wie den demografischen Wandel¹¹ und die steigenden Kosten der Gesundheitsversorgung¹² zu lösen und einen Beitrag dazu leisten, wie diesen Herausforderungen zu begegnen ist.¹³

Die Digitalisierung soll außerdem dazu beitragen, dem Fachkräftemangel und der Urbanisierung zu begegnen. Dies ist auch dringend notwendig, werden bis zum Jahr 2030 doch mindestens 400.000 Vollzeitkräfte in Deutschland fehlen.¹⁴ Bestrebungen des Gesetzgebers, dies zu verhindern, brachten bislang nicht den gewünschten Erfolg.¹⁵ Da die COVID-19 Pandemie das Problem fehlender Pfl-

⁷ Bei einer Bevölkerungsumfrage gaben 68 % der Befragten an, sich bei leichten Erkrankungen selbst zu versorgen, da sie in der Regel wüssten, was zu tun wäre. 26 % der Befragten gaben an, im Internet nach Rat zu recherchieren. Bei den 30–39-Jährigen recherchierten sogar 40 % bei leichten Erkrankungen im Internet, *pwc*, Future Health, S. 21 ff.

⁸ Kritik an der zu schnellen Einführung elektronischer Patientenakten aus Gründen des Datenschutzes äußert Bundesdatenschutzbeauftragter *Ulrich Kelber*, Aachener Nachrichten v. 06.08.2019, S. 4.

⁹ Aus einer Befragung in der Schweiz geht hervor, dass 44 % der Schweizer bereits Gesundheits-Apps nutzen, während diese in Deutschland von nur 15 % der Befragten genutzt werden, *statista*, eHealth in der Schweiz, S. 17; *pwc*, Future Health, S. 18.

¹⁰ Vgl. zum internationalen Überblick *Linzer Institut für Gesundheitssystemforschung*, Schwerpunktthema Telemedizin, S. 27 ff.; *Trutmann*, Schweizerische Ärztezeitung 2001, 2298 ff.; *Handelsblatt Research Institute*, Studie: Mehr Kostenwirksamkeit im deutschen Gesundheitswesen, S. 14 ff.; Südkorea baut die erste mit 5G-Internet ausgestattete Klinik und plant ferngesteuerte Operationen: „Schönes neues Krankenhaus“, *Die Zeit* v. 27.12.2019, S. 36.

¹¹ Jede fünfte Person in Deutschland ist älter als 66 Jahre: https://www.destatis.de/DE/The men/Querschnitt/Demografischer-Wandel/_inhalt.html. Aufgerufen am 05.06.2022.

¹² Nach der Gesundheitsberichterstattung des Bundes lagen die Gesundheitsausgaben im Jahr 2010 noch bei ca. 290 Mio. Euro, während sie 2020 bei ca. 441 Mio. Euro lagen: <http://www.gbe-bund.de>, Stichwort: Gesundheitsausgaben. Aufgerufen am 05.06.2022.

¹³ Vgl. *McKinsey*, Digitalisierung im Gesundheitswesen: Die Chancen für Deutschland, S. 8 f.

¹⁴ <https://www.pwc.de/de/gesundheitswesen-und-pharma/digitalisierung-im-gesundheitswesen.html>. Aufgerufen am 05.06.2022.

¹⁵ Schon das Pflegepersonal-Stärkungsgesetz vom 11.12.2018 legte ein Sofortprogramm vor, um den vollstationären Altenpflegeeinrichtungen einen finanziellen Anreiz zur Besetzung neuer Pflegestellen zu geben, dazu BT-Drucks. 19/5593.

gefachkräfte noch einmal in den Fokus der Politik gerückt hat und davon auszugehen ist,¹⁶ dass zukünftig mit einem deutlichen Bedarfsanstieg an Pflegehilfskräften in der (Alten-)Pflege zu rechnen ist, sieht das Gesundheitsversorgungs- und Pflegeverbesserungsgesetz (GPVG)¹⁷ die Finanzierung weiterer 20.000 Stellen im Bereich der stationären Altenpflege in Form eines Vergütungszuschlags vor.¹⁸

Versicherte kritisieren vermehrt den Zeitmangel niedergelassener Ärzte,¹⁹ die langen Wartezeiten für Facharzttermine und den Personalmangel im Krankenhaus. Dabei können digitale Technologien wie Künstliche Intelligenz oder robotergestützte Assistenzsysteme die Ärzte und Pflegekräfte spürbar entlasten, etwa indem sie administrative Tätigkeiten übernehmen, die Dokumentation vereinfachen oder auch bei der Diagnosestellung und bei alltagspraktischen Tätigkeiten Unterstützung leisten.

Gerade die Künstliche Intelligenz kann dazu beitragen, die aktuellen Herausforderungen des Gesundheitswesens zu meistern.²⁰ Mit Künstlicher Intelligenz wird es möglich sein, gleichzeitig die medizinische Versorgung qualitativ zu verbessern und zudem die Gesundheitsversorgung weiterhin bezahlbar zu halten. Diagnosen können präziser und früher gestellt werden, was dazu führt, dass Krankheiten besser und schneller heilbar sind. Die dadurch erreichbare Prävention kann zu massiven Einsparungen im Gesundheitssystem führen.²¹

¹⁶ Dies folgt aus den Empfehlungen des Zwischenberichts zum „Projekt zur Entwicklung und Erprobung eines wissenschaftlich fundierten Verfahrens zur einheitlichen Bemessung des Personalbedarfs in Pflegeeinrichtungen nach qualitativen und quantitativen Maßstäben gemäß § 113c SGB XI (PeBeM).

¹⁷ In Kraft getreten am 01.01.2021, vgl. BT-Drucks. 19/23483. Dazu *di Bella*, RDG 2021, 42 ff.

¹⁸ Siehe § 84 Abs. 9 SGB XI und § 85 Abs. 9–11 SGB XI.

¹⁹ Ärztemangel besteht auch in der allgemeinmedizinischen Versorgung, weshalb Hausbesuche insb. in Pflegeeinrichtungen kaum noch möglich sind. Wie man diesem Wandel entgegenwirken kann, haben Forscher der Uniklinik RWTH Aachen überlegt: Mit moderner Telemedizin soll der Hausarzt in den Pflegeeinrichtungen hinzugeschaltet werden können. Dazu wurde von der Firma Docs in Clouds GmbH ein System entwickelt, das medizinische Daten wie Herzfrequenz, Blutdruck und die Sauerstoffsättigung erfasst. Über dieses kann auch der Hausarzt telemedizinisch konsultiert werden. Das mittlerweile abgeschlossene Pilotprojekt konnte zeigen, wie eine optimale Patientenversorgung auch ohne häufige Hausbesuche möglich ist, Aachener Nachrichten v. 15.08.2018, Rat vom Doktor kommt per Bildschirm, S. 9 sowie zu den Ergebnissen: https://www.ukaachen.de/.../files/klinik-telemedizinzentrum/PM_20180719_Tele-Hausarzt.pdf. Aufgerufen am 04.06.2022.

²⁰ *Frost*, MPR 2019, 117 f.; vgl. *Duttge*, MedR 2019, 771.

²¹ Allein bei dem Krankheitsbild Fettleibigkeit von Kindern, einer großen Herausforderung für die Gesundheitssysteme weltweit, könnten durch Präventionsmaßnahmen in den kommenden zehn Jahren 90 Milliarden Euro eingespart werden, <https://www.pwc.de/de/gesundheitswesen-und-pharma/digitalisierung-im-gesundheitswesen.html>. Aufgerufen am 05.06.2022.

Der bisherige Zielkonflikt zwischen Steigerung der medizinischen Versorgungsqualität für den Einzelnen oder Senkung der medizinischen Kosten für die Allgemeinheit, kann durch digitale Innovationen in einen Ausgleich gebracht werden,²² indem mit der Digitalisierung große Chancen auf eine hochwertige, bezahlbare Versorgung für alle einhergehen. Insbesondere immobile Patienten in ländlichen strukturschwachen Regionen können durch telemedizinische Lösungen Zugang zu medizinischer Expertise erhalten.

Mit der Digitalisierung sind aber auch Risiken verbunden. Insbesondere dem Datenschutz kommt hier eine besondere Bedeutung zu, da die höchstpersönlichen Gesundheitsdaten der Patienten bestmöglich geschützt werden müssen und Gefahren wie Cyberattacken in jedem Fall zu verhindern sind.²³ Aber auch durch Digitalisierung bedingte Behandlungsfehler und Haftungsfragen werden zu lösen sein. Trotzdem stehen viele Patienten einer Digitalisierung des Gesundheitswesens sowie neuen Technologien und dem Einsatz von Künstlicher Intelligenz und Robotik aufgeschlossen gegenüber und können sich den Einsatz von telemedizinischen Lösungen wie Video-Sprechstunden oder Online-Chat gut vorstellen.²⁴

Bislang wurde über Telemedizin zwar viel diskutiert, gelebt wird sie in der Fläche jedoch noch nicht. Dabei gibt es schon viele interessante Telemedizinprojekte, die bereits erfolgreich auf dem Markt etabliert sind. „FacharztKonsil“ vernetzt bspw. in Zusammenarbeit mit der Deutschen Diabetes Gesellschaft und dem Berufsverband Deutscher Internisten, Hausärzte mit Experten für den diabetischen Fuß und verbessert so die Versorgungslage dieser Patienten. „ZNSKonsil“, ein Projekt der Kassenärztlichen Vereinigung Thüringen und Nordrheins, vernetzt Hausärzte, die Patienten mit neuropsychiatrischen Erkrankungen betreuen, mit Neurologen und Psychiatern. Ein weiteres Projekt – „PädExpert“²⁵ –

²² ÄrzteZeitung, Dossier DGIM 2019 v. 08.05.2019.

²³ Die Versicherten befürchten, dass ihr Krankenhaus einer Cyberattacke ausgesetzt sein könnte oder persönliche Daten bei niedergelassenen Ärzten nur unzureichend geschützt werden. Trotzdem sind 52 % der Befragten bereit, persönliche Informationen über die elektronische Gesundheitskarte mit Ärzten und ihrer Krankenkasse zu teilen: <https://www.pwc.de/de/gesundheitswesen-und-pharma/digitalisierung-im-gesundheitswesen.html>. Aufgerufen am 05.05.2022.

²⁴ 44 % der Befragten wünschen sich für das Arzt-Patienten-Gespräch den vermehrten Einsatz neuer Technologien. Digitale Technologien werden allerdings nur als Ergänzung der medizinischen Versorgung angesehen – der persönliche Austausch mit Ärzten bleibt weiterhin wichtig, gerade bei schweren Erkrankungen, wie 72 % der Befragten angaben, *pwc*, Future Health, S. 3, 6.

²⁵ An PädExpert beteiligen sich bereits 80 gesetzliche und private Krankenkassen und von etwa 4000 pädiatrischen Praxen nehmen derzeit 1000 teil, siehe <https://www.paedexpert.de/paedexpert/>. Aufgerufen am 02.06.2022.

wird von Kinderärzten bei unklaren Befunden genutzt, wenn ein Spezialist gefragt ist, der bei entsprechenden Fragestellungen weiterhelfen soll.²⁶ Viele Pilotprojekte zu internetgestützten Experten-Netzwerken werden allerdings nach Ablauf der Testphase eingestellt. Nicht, weil der Erfolg ausgeblieben ist oder die Patienten nicht profitiert haben, sondern weil nach Auslaufen der öffentlichen Fördergelder niemand mehr die Kosten übernehmen will. Anders soll dies bei dem von NRW-Gesundheitsminister *Laumann* geplanten „virtuellen Krankenhaus“²⁷ werden, für das schon jetzt ein fester Platz im Krankenhausplan reserviert ist. Kern des „virtuellen Krankenhauses“ sollen eine Datenautobahn und Verträge sein. Wissen Ärzte in schwierigen Fällen nicht mehr weiter, sollen die besten Spezialisten des Landes mit Krankenhäusern und Facharztpraxen verknüpft werden, um sicherzustellen, dass für den Patienten keine Chance ungenutzt bleibt und Leben gerettet werden.²⁸

²⁶ Zu den Projekten: *ÄrzteZeitung*, Dossier DGIM 2019 v. 08.05.2019.

²⁷ Das „virtuellen Krankenhaus“ wird hier lediglich als Schlagwort genutzt, um die Vernetzung zu beschreiben.

²⁸ *Aachener Nachrichten* v. 10.08.2019, NRW: „Virtuelles Krankenhaus“ soll Leben retten, S. 1, 10. Davon profitierten zuletzt mehr als 500 COVID-Patienten in NRW: <https://deref-gmx.net/mail/client/m3bUpCw5c30/dereferer/?redirectUrl=https%3A%2F%2Fwww.mags.nrw%2Fpressemitteilung%2Fvirtuelles-krankenhaus-nordrhein-westfalen-mehr-als-500-covid-patienten-und-aufgerufen-am-11.05.2022>.