

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