

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](http://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.<sup>1</sup> Dies gilt auch im medizinischen Bereich. Digitale Technologien wie die elektronische Krankenakte, die Messung von Gesundheitsdaten über entsprechende Apps<sup>2</sup>, die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung<sup>3</sup> und die Video-Sprechstunde<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

Grundlage der Digitalisierung sind die medizinischen Daten der Patienten, die durch moderne Informations- und Kommunikationstechnologien direkt zwischen Arzt<sup>6</sup> 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

---

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

<sup>2</sup> „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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Vgl. *Kekulé*, Der Corona-Kompass, S. 17.

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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 Patientenakten<sup>8</sup> längst Alltag,<sup>9</sup> finden diese in deutschen Arztpraxen noch lange nicht standardmäßig Anwendung.<sup>10</sup>

Dabei kann Digitalisierung helfen, die großen Herausforderungen des deutschen Gesundheitssystems, wie den demografischen Wandel<sup>11</sup> und die steigenden Kosten der Gesundheitsversorgung<sup>12</sup> zu lösen und einen Beitrag dazu leisten, wie diesen Herausforderungen zu begegnen ist.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> Bestrebungen des Gesetzgebers, dies zu verhindern, brachten bislang nicht den gewünschten Erfolg.<sup>15</sup> Da die COVID-19 Pandemie das Problem fehlender Pfl-

---

<sup>7</sup> 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.

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

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Jede fünfte Person in Deutschland ist älter als 66 Jahre: [https://www.destatis.de/DE/TheMen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/TheMen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/_inhalt.html). Aufgerufen am 05.06.2022.

<sup>12</sup> 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.

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

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

<sup>15</sup> 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,<sup>16</sup> dass zukünftig mit einem deutlichen Bedarfsanstieg an Pflegehilfskräften in der (Alten-)Pflege zu rechnen ist, sieht das Gesundheitsversorgungs- und Pflegeverbesserungsgesetz (GPVG)<sup>17</sup> die Finanzierung weiterer 20.000 Stellen im Bereich der stationären Altenpflege in Form eines Vergütungszuschlags vor.<sup>18</sup>

Versicherte kritisieren vermehrt den Zeitmangel niedergelassener Ärzte,<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> 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).

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

<sup>18</sup> Siehe § 84 Abs. 9 SGB XI und § 85 Abs. 9–11 SGB XI.

<sup>19</sup> 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](https://www.ukaachen.de/.../files/klinik-telemedizinzentrum/PM_20180719_Tele-Hausarzt.pdf). Aufgerufen am 04.06.2022.

<sup>20</sup> *Frost*, MPR 2019, 117 f.; vgl. *Duttge*, MedR 2019, 771.

<sup>21</sup> 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,<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

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“<sup>25</sup> –

---

<sup>22</sup> ÄrzteZeitung, Dossier DGIM 2019 v. 08.05.2019.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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“<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Zu den Projekten: *ÄrzteZeitung*, Dossier DGIM 2019 v. 08.05.2019.

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

<sup>28</sup> *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>.

## Aktueller Anlass der Arbeit

Bislang war bei telemedizinischen Projekten das Verbot der ausschließlichen Fernbehandlung gemäß § 7 Abs. 4 a.F. der (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärzte (MBO-Ä) zu beachten, was zu rechtlichen Hürden und großer Rechtsunsicherheit führte. Dies soll sich durch die auf dem 121. Deutschen Ärztetag im Mai 2018 in Erfurt beschlossenen Entwicklungen zukünftig ändern. Anlass für diese Arbeit ist die auf Antrag des Vorstandes der Bundesärztekammer beschlossene Lockerung des Fernbehandlungsverbots.<sup>29</sup>

§ 7 Abs. 4 MBO-Ä in der Fassung des 100. Deutschen Ärztetages 1997 in Eisenach, zuletzt geändert durch den 118. Deutschen Ärztetag 2015 in Frankfurt am Main, wird wie folgt neu gefasst:

„Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt. Sie können dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen.

Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird.“<sup>30</sup>

Der Novellierung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä und der damit einhergehenden Lockerung des Fernbehandlungsverbots gingen lange Diskussionen innerhalb der Ärzteschaft voraus. Streitig war insbesondere, ob eine Veränderung des Fernbehandlungsverbots überhaupt notwendig sei und in welchem Umfang diese als vertretbar erscheine, ohne Einbußen in der Behandlungsqualität in Kauf zu nehmen.<sup>31</sup> Im Ergebnis wurde auf dem 121. Deutschen Ärztetag 2018 jedoch mit großer Mehrheit beschlossen, die Novellierung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä in der Fassung

---

<sup>29</sup> BÄK, Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetags, S. 288.

<sup>30</sup> BÄK, Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetags, S. 288 dazu *Redaktionsbeitrag*, GuP 2018, 119.

<sup>31</sup> Vgl. statt vieler: <https://www.bvou.net/debatte-um-fernbehandlungsverbot/> sowie <https://www.welt.de/wirtschaft/article176092507/Telemedizin-Frank-Ulrich-Montgomery-will-Ende-des-Fernbehandlungsverbots-durchsetzen.html>. Aufgerufen am 05.06.2022.

des 100. Deutschen Ärztetags einzuleiten und zu einer Lockerung des Fernbehandlungsverbots zu kommen.<sup>32</sup>

Die Lockerung des Fernbehandlungsverbots ist die konsequente Weiterführung der Digitalisierung des Gesundheitssystems und Ausfluss der gegenwärtigen Umstrukturierung im gesamten deutschen Gesundheitswesen. Sie ist daher im Zusammenhang mit der Digitalisierung nicht wegzudenken und zudem die notwendige Voraussetzung für neue digitale Anwendungen. Durch Fernbehandlungen können Distanzen überbrückt werden und überfüllten Wartezimmern vorgebeugt werden. Andere Länder machen es bereits seit Jahren vor und haben den digitalen Arztbesuch zum Behandlungsalltag gemacht.<sup>33</sup> Ob dies auch in Deutschland in absehbarer Zeit Realität werden kann, wird diese Arbeit zum Gegenstand haben.

Durch die Lockerung des Fernbehandlungsverbots ist auch für die deutsche Medizin die Möglichkeit gegeben, moderner und effizienter praktizieren zu können. Entsprechende Anbieter – nicht nur aus den benachbarten Ländern – stehen bereits in den Startlöchern, um ihre Online-Dienste in Deutschland anbieten zu können.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> BÄK, Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetags, S. 288 f.

<sup>33</sup> Vgl. z. B. die Schweizer Teleklinik „medgate“: <https://www.medgate.ch/>. Aufgerufen am 05.06.2022.

<sup>34</sup> Bspw. Medi24 aus der Schweiz, vgl. [https://www.aerztezeitung.de/praxis\\_wirtschaft/e-health/article/963720/e-health-schweizer-wollen-fernbehandlung-mitspielen.html](https://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/e-health/article/963720/e-health-schweizer-wollen-fernbehandlung-mitspielen.html). Aufgerufen am 17.05.2022. Sowie *Ärztezeitung* v. 25.03.2019, Medi24 drängt kostenlos in den Markt, S. 1. Auch das Ärzteportal *Jameda* will auf den Boom in der Telemedizin setzen und bei Online-Sprechstunden über die Ärzteplattform „bald ordentlich mitverdienen“, *Aachener Nachrichten* v. 18.07.2019, S. 6.

## Gang der Untersuchungen

Die Neufassung des in § 7 Abs. 4 MBO-Ä statuierten Behandlungsgrundsatzes zur Durchführung von Fernbehandlungen wirft viele neue Fragen auf, welche diese Arbeit darstellen und dem Versuch einer Lösung zuführen will. Bedingt durch die Aktualität der gesamten Thematik bedeutet die Lockerung des Fernbehandlungsverbots auch für die anwaltliche Praxis eine zunehmende Nachfrage an Beratungen bezüglich der Themen Telemedizin und Fernbehandlung. Hier soll die Arbeit einen Beitrag zur Beratungsleistung von Ärzten und telemedizinischen Plattformbetreibern leisten. Insbesondere das Jahr 2020 war geprägt von neuen Gesetzesvorhaben des Bundesgesundheitsministers Jens Spahn, die dem Voranbringen der Digitalisierung im Gesundheitssystem dienen. Zu nennen sind hier u. a. das Digitale-Versorgung-Gesetz, das Digitale-Versorgung-und-Pflege-Modernisierungs-Gesetz oder das Patientendaten-Schutz-Gesetz. Die Aktualität, die Telemedizin im allgemeinen und Fernbehandlungen im speziellen insbesondere aufgrund der COVID-19 Pandemie erlangen sollten, war Mitte 2018, zum Zeitpunkt der Lockerung des Fernbehandlungsverbots, noch nicht abschbar.

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. Zunächst werden einführend im ersten Teil der Arbeit die wesentlichen Begrifflichkeiten erläutert und eingeordnet sowie die historische Entwicklung des ausschließlichen Fernbehandlungsverbots und die bisherige Rechtslage nach § 7 Abs. 4 MBO-Ä a. F. dargestellt. Der zweite Teil widmet sich der umfassenden Auslegung und Bewertung des neugefassten § 7 Abs. 4 MBO-Ä. Die Auslegung der Neufassung ist als Grundlage für die weitere Beschäftigung mit der Regelung unerlässlich und Voraussetzung, um weiterführende Fragen beantworten zu können.

Wesentlicher Teil der Arbeit ist die Darstellung der Möglichkeiten und Grenzen der ausschließlichen Fernbehandlung im dritten Teil. In insgesamt sieben Kapiteln werden ausgewählte Themenkomplexe, die im Zusammenhang mit der ausschließlichen Fernbehandlung stehen, erläutert. Eingegangen wird zunächst auf die rechtliche Einordnung des Fernbehandlungsvertrags (Kapitel 1), des Weiteren auf die Möglichkeit der Bewerbung einer Fernbehandlung (Kapitel 2), die Frage nach der Zulässigkeit der Abgabe und Verschreibung fernverordneter Arzneimittel (Kapitel 3), die Möglichkeit der Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach ausschließlicher Fernbehandlung (Kapitel 4) und auf die

Frage der Zulässigkeit der Selbstbestimmungsaufklärung über Fernkommunikationsmittel (Kapitel 5). Genauer betrachtet werden zudem die Bereiche der Haftung des Arztes bei einer ausschließlichen Fernbehandlung (Kapitel 6) sowie die Thematik des Datenschutzes im Rahmen der Fernbehandlung (Kapitel 7).

Aufgrund des gegebenen Rahmens der Arbeit kann keinesfalls dem Anspruch einer vollumfassenden Darstellung aller durch die Lockerung des Fernbehandlungsverbots bedingten Möglichkeiten oder weiterhin bestehenden Grenzen entsprochen werden. Dies gilt vor allem für die – in ihrer Reichweite kaum begrenzbaren – Bereiche der Haftung und des Datenschutzes. Hier kann und soll keine erschöpfende Ausarbeitung erfolgen, sondern es wird eine, dem Rahmen der Arbeit angemessene, Beschränkung auf die wesentlichsten Punkte erfolgen.

Vielmehr konzentriert sich die Arbeit auf die, nach Ansicht der Verfasserin für Juristen als auch Mediziner, entscheidendsten und praxisrelevantesten Fragestellungen, welche sich bei der rechtlichen Beratung von Ärzten stellen. Dazu gehören an erster Stelle Fragen hinsichtlich der Aufklärung des Patienten und deren Form sowie der zu erfüllenden Informationspflichten des Fernbehandlers. Daneben wird ein besonderes Augenmerk auf die aus der Fernbehandlung resultierenden Haftungsgefahren und die datenschutzrechtlichen Aspekte gelegt. Zudem werden für die ärztliche Praxis wesentliche Fragen, wie das rechtssichere Bewerben der Fernbehandlung, die – insbesondere durch die COVID-19 Pandemie in den Fokus gerückte – Zulässigkeit der Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ohne persönlichen Kontakt sowie die Abgabe und Verschreibung von fernverordneten Arzneimitteln, einer Lösung zugeführt.

Abgeschlossen wird die Arbeit im vierten Teil mit einer Zusammenstellung der erarbeiteten Grundsätze zur ausschließlichen Fernbehandlung und einem Ausblick auf die Zukunft der Fernbehandlung.



## Sachregister

- Akzessorietät 121, 125, 129, 130  
Alternativbehandlung 80, 81
- Behandlungsfehler 208, 209, 221, 223, 227, 231, 236, 241, 247  
Behandlungsqualität 6, 26, 29, 37, 50, 51, 128, 152, 153,  
Behandlungstermin 100, 102, 109, 110  
Bundesärztekammer 6, 16, 24, 30, 43, 54, 65, 85, 146, 163, 178, 181, 200, 211, 218, 306  
Bundeszahnärztekammer 200  
Bundespsychotherapeutenkammer 201
- Callcenter 51  
COVID-19 Pandemie 2, 8, 81, 146, 170, 176, 182, 206, 308,
- Datenminimierung 250, 251, 276  
Diagnosestellung 3, 13, 33, 53, 78, 151, 162, 238, 242, 276  
Digitale-Versorgung-Gesetz 8, 122, 198  
distance creating intimacy 38
- e-Health 14, 17, 248, 308  
Einwilligungserklärung 272  
Entgeltfortzahlung 156, 157, 182, 187, 188, 190  
E-Rezept 143, 179
- fachlicher Standard 130, 216, 221  
Fernabsatzvertrag 97, 100, 103, 104, 108, 113, 115  
Fernbehandlungsaufklärung 76, 77, 78, 81 ff., 198, 303  
Fernbehandlungsvertrag 96 ff., 113 ff., 207, 218, 220, 225, 231, 280, 303  
Fernbehandlungszentren 67, 192
- Fernkommunikationsmittel 9, 37, 56, 97, 100, 140, 162, 195, 198, 204, 243, 246, 284
- Gesundheits-Apps 1, 33, 123, 309  
Gesundheitsversorgung 1, 3, 16, 50, 91, 98, 122, 179, 182, 209, 258, 277  
Gesundheitsvorsorge 273, 274, 276  
Goldstandard 35, 47, 93, 153, 218, 223, 224,
- Hausbesuch 56, 107, 191
- Informationsdefizit 98, 103, 104
- Landesärztekammer 24, 25, 43, 46, 93, 129, 130, 303, 306, 307  
lege artis 28, 93, 189  
Leitlinien 66, 68, 70, 94, 210, 289
- m-Health 14, 17, 18, 33  
Modellprojekt 23, 138, 139, 306  
mündliche Aufklärung 86, 196, 200, 203, 204, 304
- Patientenakte 72, 179, 246, 258, 261  
Patientenaufklärung 74  
Patientendaten 258, 263, 279, 280, 290, 295  
Persönlichkeitsrecht 283, 295  
Plattformkooperation 264, 269  
Prävention 3, 53, 54, 276
- Selbstbestimmungsaufklärung 9, 74, 76, 84, 85, 88, 194, 196 ff., 205 f., 304  
Sicherungsaufklärung 74 ff., 86, 205, 231  
Standardabweichung 218 ff., 223, 226, 228 ff., 231  
Standardeingriff 197

- Telematikinfrastruktur 123, 144, 148, 179,  
258, 274
- Videotelefonie 61, 106, 138, 170, 171, 183,  
194, 202, 240, 288
- Wahrnehmungsmöglichkeiten 78, 79, 160,  
212, 215, 234, 241, 243, 303
- Wearables 250
- Widerrufsrecht 110, 113, 115, 116, 303