

Telemedizin

A. Einleitung

Technischer Fortschritt bietet neue Möglichkeiten im Gesundheitswesen. Die Errungenschaften im Bereich der elektronischen Datenübermittlung – seien es Text-, Bild- oder Sprachdaten – haben in den letzten Jahren zu Möglichkeiten geführt, die auch im Bereich der Medizin nicht unbeachtet geblieben sind. Die Telemedizin hat Einzug gehalten – und revolutioniert aufgrund ihrer Schnelligkeit, Genauigkeit und Ortsunabhängigkeit diverse Bereiche des medizinischen Alltags. Die deutschen Leistungserbringer des Gesundheitssystems wollen diese Errungenschaften für sich nutzen – zum Wohle der Patienten und um international wettbewerbsfähig bleiben zu können. Im internationalen Vergleich steckt die Telemedizin in Deutschland aber noch in den Kinderschuhen. Dies liegt gerade auch am deutschen Rechtssystem, welches die Telemedizin nur ungenügend berücksichtigt hat und daher Grenzen setzt, wo andere Nationen eine Öffnung zulassen. Nimmt man etwa Länder wie die USA oder Israel zum Vergleich, so ist die Lage in Deutschland momentan noch als äußerst verhalten zu umschreiben. Diverse widerstreitende Bedenkenträger, nicht kompatible Systeme und eine unklare Rechtslage führen zu Hindernissen, die abgebaut werden müssen. Es ist ein Anliegen der Leistungserbringer in Deutschland, sich in Zukunft im Bereich der Telemedizin mehr zu engagieren – um auf höchstem technischen Stand im internationalen Vergleich zu sein und eine erhebliche Qualitätsverbesserung und –sicherung in nahezu der gesamten medizinischen Versorgung gewährleisten zu können. So kann z.B. dem demografischen Wandel in Deutschland und Europa besser vorgebeugt werden.

Universitätskliniken sehen sich als große medizinische Hochleistungszentren in der Pflicht, tätig zu werden und sollten eine Vorreiterfunktion bei der Umsetzung neuer Technologien einnehmen.

Es ist an der Zeit, dass die Grundlagen für die Einführung der Telemedizin optimiert bzw. geschaffen werden – betrachtet man zusätzlich die milliardenschweren Einsparpotentiale durch die Einführung der flächendeckenden Gesundheitstelematik. Das Kurzgutachten wird hierzu die in Deutschland bestehenden rechtlichen Grundlagen der Telemedizin erörtern.

B. Ausgangslage

Die zunehmende Komplexität der Medizin führt zwangsläufig zu einer örtlichen Konzentration medizinischer Hochleistungszentren. Bereits heute ist erkennbar, wie diese Entwicklung gerade in ländlichen Gebieten, z.B. in Schleswig Holstein, in Bayern oder in weiten Teilen der neuen Bundesländer zu einer Unterversorgung der Bevölkerung führt.

Für die Lösung dieses Problems bedarf es einer intensiven Vernetzung der Kompetenzzentren in den Metropolen mit Gesundheitszentren in der Fläche. Eine zentrale Voraussetzung für diese Vernetzung ist die Implementierung von telemedizinischen Konzepten. Dabei stehen die diagnostischen Bereiche Bildgebung, Labormedizin und Pathologie im Vordergrund.

Im Gegensatz zu zahlreichen skandinavischen Ländern und vor allem den Vereinigten Staaten spielt die Telemedizin in Deutschland eine noch sehr untergeordnete Rolle. Dabei sind die technischen Voraussetzungen bereits seit geraumer Zeit vorhanden. So werden heute 70 % aller in den Vereinigten Staaten außerhalb der normalen Krankenhausbetriebszeiten angefertigten Röntgenaufnahmen in Indien befundet. Die Gründe für den schleppenden Einsatz der Telemedizin in Deutschland liegen vor allem in rechtlichen Bedenken begründet. Dabei geht es insbesondere um Aspekte des Berufsrechts, des Standesrechts sowie des Datenschutzrechts. Trotz dieser Bedenken werden aber bereits diverse Einzelprojekte in nahezu allen Bundesländern Deutschlands durchgeführt. So unterstützt etwa der Freistaat Bayern seit 1995 32 telemedizinische Projekte.¹ Vorzugsweise zu nennen sind hier z.B. die Pilotprojekte „TEMPiS“ und „STENO“ zur integrierten Schlaganfallversorgung, wie auch der im Raum Ingolstadt laufende Test zur Einführung der elektronischen Gesundheitskarte. Meist handelt es sich aber eben noch um Pilotprojekte und Testläufe – die endgültige Umsetzung steht regelmäßig noch aus.

Das Gutachten wird als erstes die Telemedizin vorstellen und einige telemedizinische Handlungsoptionen benennen. Hier werden bereits erste Problemfelder eröffnet, auf die im sich anschließenden Teil vertiefend eingegangen wird.

Der darauf folgende Teil beschreibt die momentane Lage und die daraus resultierenden Änderungen in Gesetz, aber auch in der Handhabung durch ein angepasstes

¹ Siehe z.B. Pressemitteilung der Bayerischen Staatsregierung vom 27.02.2008, <http://www.bayern.de/Pressemitteilungen-.1255.80877/index.htm>.

Qualitätsmanagement oder entsprechende Vertragsgestaltungen. Die Ergebnisse die sich aus der berufsrechtlichen, der haftungsrechtlichen, der straf-, vermögens- und datenschutzrechtlichen Lage ergeben sind kurz am Ende eines jeden Abschnitts dargelegt.

C. Executive Summary

Betrachtet man die unterschiedlichen Rechtsgebiete, die im Rahmen der Telemedizin zu berücksichtigen sind, so wird deutlich, dass zahlreiche Verknüpfungen bestehen und etwa der Datenschutz auch unter Berücksichtigung des Strafrechts und des Berufsrechts zu sehen ist. Es muss daher eine die einzelnen Rechtsgebiete übergreifende Anpassung stattfinden, so dass der Telemedizin zukünftig keine unnötigen Schranken mehr gesetzt werden. Eine bundesweite Integration eines medizinischen Kommunikationssystems, wie es z.B. äußerst beschränkt die Krankenkassenkarte ist, scheitert beispielhaft vornehmlich an der Finanzierung und an datenschutzrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Sicherheit eines solchen Systems. Das Hauptproblem dabei ist die Gewährleistung des Schutzes der hochempfindlichen Patientendaten.

Im Einzelnen können folgende Feststellungen getroffen werden:

- Innerhalb des Berufs- und Standesrechts ist das Verbot der ausschließlichen Fernbehandlung zu lockern und bei bestimmten telemedizinischen Behandlungen zuzulassen.
- Soll die Telemedizin in das Gesundheitssystem integriert werden, so muss auch eine Integration im Bereich der Vergütung und die Einführung von entsprechenden Vergütungsziffern vorgenommen werden. In diesem Zusammenhang ist es unerlässlich, telemedizinische Behandlungsmethoden zum medizinischen Standard zu erklären.
- Aufgrund des technischen Fortschritts ist es in bestimmten Bereichen- etwa der Teleradiologie oder –pathologie – unerlässlich ein abrechenbares Ärztesplitting zuzulassen. Die selbständige, persönliche und damit alleinige Leistungserbringung des Arztes im Rahmen einer Behandlung erscheint aufgrund der zunehmenden Spezialisierung der Ärzte und insbesondere innerhalb der Telemedizin nicht mehr zeitgerecht.

- Neben der ärztlichen Schweigepflicht muss ein elektronisch geführtes System im Bereich der medizinischen Versorgung vor allem den bestehenden Datenschutz gewährleisten können. Ein umfassendes System unter Einbindung der z.B. elektronischen Patientenakte, des elektronischen Arztbriefes aber auch im Falle des Telemonitorings, bedarf insoweit einer Absicherung im Hinblick auf Datenklau, Datenverlust, Berechtigungsnachweisen - um nur einiges zu nennen. Im Umgang mit den Patienten sind hier regelmäßig die genügende Aufklärung und die Einwilligung des Patienten bezüglich der Teilhabe an einem solchen System – insbesondere unter Beachtung der Schweigepflicht, wie auch die Transparenz des Systems für die Nutzer zu beachten.
- Der Datenschutz wie auch die ärztliche Schweigepflicht sollten dem technischen Fortschritt angepasst werden – gerade um die technischen Anforderungen an den Datenschutz zu erleichtern und den Bürgern mehr Vertrauen in solche Systeme zu geben. So könnte etwa eine spezialgesetzliche Ausgestaltung der Anforderungen an die Telemedizin im Datenschutz Rechtssicherheit und eine bessere Übersicht gewährleisten – wobei darauf geachtet werden muss, zukünftige Innovationen hierdurch nicht zunichte zu machen.
- Im Strafrecht ist das Besondere im Bereich der Telemedizin der hier verstärkt zur Anwendung kommende § 203 StGB, welcher dem Schutz von Privatdaten dient – insbesondere auch Patientendaten. Das zu schaffende System muss sich unter anderem an den hier gestellten Anforderungen messen lassen.
- Im Bereich der Haftung sind neben der Anpassung des medizinischen Standards die neuen möglichen Vertragskonstellationen zwischen Arzt und Patient bzw. zwischen Ärzten zu beachten
- Im Rahmen der internationalen Haftung muss in den Verträgen eine Rechts- und Gerichtsstandsvereinbarung getroffen werden.

C. Kurzgutachten

I. Was ist Telemedizin?

Unter Telemedizin ist die Anwendung von Kommunikations- und Informationstechnologien (Telematik) im Gesundheitswesen zwischen Teilnehmern an verschiedenen Orten zu verstehen.² Die entscheidende Besonderheit der Gesundheitstelematik ist die Dissoziation des tradierten Leistungsgeschehens, etwa dergestalt, dass Arzt und Patient räumlich voneinander getrennt sind oder eine Kommunikation zeitversetzt stattfindet.

Es werden mittlerweile diverse Formen der Telemedizin praktiziert, wobei nahezu wöchentlich neue hinzukommen.³ Im Folgenden wird kurz dargestellt, wo die wichtigsten Gebiete der Telemedizin liegen.⁴ Sodann wird auf die rechtliche Lage und die Möglichkeit zur Durchführung in Deutschland eingegangen.

1. Telemonitoring

Dieser Begriff beschreibt die fortlaufende Erhebung eines meist für den Verlauf einer Erkrankung relevanten Parameters aus der Ferne über Telekommunikationseinrichtungen. Sie kommt für chronisch Kranke oder Risikopatienten in Frage.⁵

In diesem Zusammenhang ist auch das sogenannte Homecare zu nennen. Die Zahl der Pflegepatienten wird anwachsen, beachtet man insbesondere den demographischen Wandel in Deutschland und die damit einhergehende Zunahme von alten Patienten/-innen mit chronischen oder multimorbiden Leiden.⁶ Durch die häusliche Behandlung bzw. Überwachung mit telematischen Mitteln kann der Patient in seinem gewohnten Umfeld bleiben, was seine Lebensqualität erheblich steigert. Willigt der Patient in ein Homecare-System ein, so können die erforderlichen Daten und Informationen vom Haus des Patienten an eine zentrale Stelle – einen Leistungserbringer – weitergeleitet werden, von wo aus die (ärztliche oder pflegerische) Betreuung stattfindet. Es muss aber gewährleistet sein, dass im Ernstfall ein Arzt vor Ort eingreift, dass heißt der Facharztstandard vor Ort in zumindest vertretbarer Zeit hergestellt werden kann.⁷ Ein persönliches Eingreifen wird immer nötig sein,

² Hoppe, MedR 1998, 462.

³ Schöne, Herzschrittmachertherapie und Elektrophysiologie 2005, 143, 145.

⁴ vgl. hierzu auch Warda, Frank; Noelle, Guido, „Telemedizin und eHealth in Deutschland: Materialien und Empfehlungen für eine nationale Telematikplattform“ (im Auftrag des DIMDI), 1. Auflage 2002, S. 60ff. .

⁵ Dierks, DuD 2006, 142, 145; Dierks in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 8.

⁶ siehe hierzu auch das Gutachten des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen aus dem Jahr 2007, „Kooperation und Verantwortung – Voraussetzung einer zielorientierten Gesundheitsversorgung“, S. 69.

⁷ Dierks, Bundesgesundheitsblatt 2005, 635, 636; Pflüger, VersR 1999, 1070, 1075.

wenn das Telemonitoring nicht mehr ausreicht um eine den medizinischen Standard entsprechende Behandlung zu gewährleisten und/oder eine z.B. vor Ort tätige Pflegekraft nicht hinreichend qualifiziert ist – also auch eine ärztliche Überwachung über die technischen Einrichtungen zur Realisierung des Telemonitorings nicht mehr ausreicht.⁸

2. Telekonsil/Telediagnostik

Bei einem Telekonsil tauschen sich mindestens zwei Ärzte oder behandelnde Ärzte und Psychotherapeuten, meist Behandler und Experte, unter Benutzung von telematischen Mitteln über einen spezifischen Behandlungsfall aus, wobei nur ein behandelnder Arzt im unmittelbaren Patientenkontakt steht. Das Telekonsil dient in der Regel der Erstellung einer Diagnose oder der Festlegung eines Behandlungsplans.⁹ Regelmäßig und unproblematisch wird es heute bei internen oder externen Expertengesprächen angewandt. Legt der Telemediziner im Rahmen des Telekonsils die Therapie fest und wirkt er als steuernder Experte, so ist er Mitbehandler.¹⁰ Es kommt ein eigenständiger Vertrag zwischen ihm und dem Patienten zustande. Bei aktiver Unterstützung durch den Experten kommen folgende Formen der Telediagnostik in Betracht:

a) Intraoperative Telepräsenz/Teletherapie

Bei der intraoperativen Telepräsenz wird ein räumlich entfernter Fachkollege, meist ein Spezialist, online konsultiert und zeitlich in eine Behandlung integriert. In diesem Fall liegt eine Mitbehandlung vor.¹¹ Diese intraoperative Telemedizin wird insbesondere da angewandt, wo mit einem hohen Anteil von Bildverarbeitung gearbeitet wird (Tele-Radiologie, -Pathologie, -HNO, -Dermatologie, -Ophtalmologie).¹²

b) Telechirurgie

Die Telechirurgie hebt sich von der Telepräsenz dadurch ab, dass der Telearzt hierbei die Möglichkeit hat, Operationsinstrumente wie Laserpointer oder Endoskope aktiv zu steuern.

⁸ Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, Rn. 47f..

⁹ Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, Rn. 31.

¹⁰ Schöne, Herzschrittmachertherapie und Elektrophysiologie 2005, 143, 145; Schütze/Peuker/Kroll/Filler, DMW 2004, 1935, 1936.

¹¹ Dierks, Habilitationsschrift „Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin in das Gesundheitswesen in Deutschland“, 1999, S. 10.

¹² Tillmanns, „Die persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht und die Telemedizin“, 2006, S.50.

Am Operationsort ist währenddessen mindestens ein weiterer Arzt präsent und kann in den Operationsvorgang eingreifen.¹³

3. Datenkarten im Gesundheitswesen

Gemäß § 291 SGB V gibt es in Deutschland seit 1995 die Krankenversichertenkarte, auf der Angaben zur Krankenversicherung sowie zur Person gespeichert sind. Mit ihr kann der Patient belegen, dass er zur Inanspruchnahme von vertragsärztlichen Leistungen berechtigt ist. Außerdem kann mit ihr gegenüber Leistungserbringern abgerechnet werden.

Die elektronische Gesundheitskarte nach § 291a SGB V soll die Krankenversichertenkarte ersetzen und über die genannten Speicherungs- bzw. sonstigen Einsatzmöglichkeiten hinaus erheblich erweitern. Neben den bisherigen Kenndaten wird sie z.B. als obligate Funktion das elektronische Rezept enthalten können.¹⁴ Inwieweit auch die Patientenakte hierauf gespeichert werden soll oder darf ist umstritten.¹⁵ Hier besteht die Frage, ob solche „Medizinischen Patientenkarten“ nicht vielmehr getrennt von der Krankenversicherungskarte vorliegen müssen. Letztendlich soll der Patient auf einer solchen Karte seine Behandlungsdaten und Befunde bei sich tragen und kann sie bei Bedarf zügig an den behandelnden Arzt oder das Krankenhaus weitergeben. Würde man eine solche Karte im Rahmen einer vernetzten Kommunikationsplattform einführen, müsste zusätzlich der elektronische Arztausweis eingeführt werden, die häufig als sogenannte Healthcare Professional Card (HPC) bezeichnet wird. Die HPC dient der Identifizierung des Anwenders, der Authentifizierung und der innerhalb des Systems benötigten, digitalen Signatur.¹⁶ Neben hier nach wie vor existierenden, datenschutzrechtlichen wie auch standesrechtlichen (Schweigepflicht der Ärzte) Problemen, dürfte das größte Problem in der Finanzierung zu sehen sein, wobei aber gerade die elektronische Patientenakte und der hier nicht gesondert aufgeführte elektronische Arztbrief als freiwillige Anwendungen auf einer medizinischen Patientenkarte schnellst möglich in ein vernetztes System implementiert werden sollten.¹⁷

¹³ Dierks, Habilitationsschrift „Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin in das Gesundheitswesen in Deutschland“, 1999, S. 10.

¹⁴ Dierks, DuD 2006, 142, 145; vgl. entsprechend Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, Rn. 206.

¹⁵ Warda, Frank; Noelle, Guido, „Telemedizin und eHealth in Deutschland: Materialien und Empfehlungen für eine nationale Telematikplattform“ (im Auftrag des DIMDI), 1. Auflage 2002, S. 126.

¹⁶ Ulsenheimer/Heinemann, Rechtliche Aspekte der Telemedizin – Grenzen der Telemedizin?, MedR 1999, 197, 203.

¹⁷ Booz-Allen-Hamilton: [Endbericht zur Kosten-Nutzen-Analyse der Einrichtung einer Telematik-Infrastruktur im deutschen Gesundheitswesen](http://www.ccc.de/crd/whistleblowerdocs/20060731-Gesundheitstelematik.pdf): <http://www.ccc.de/crd/whistleblowerdocs/20060731-Gesundheitstelematik.pdf>.

a) Elektronische Patientenakte

Die elektronische Patientenakte ist ein digitales Speichermedium für personenbezogene medizinische Daten, das auch zur Weitergabe von Daten an Dritte zu medizinischen Zwecken genutzt werden kann. Die elektronische Patientenakte kann so ausgestaltet sein, dass mehrere behandelnde Ärzte oder sonstige Leistungserbringer im Bedarfsfall Zugriff auf die Akte haben.¹⁸ Die Frage die sich hier stellt ist, ob die ePatientenakte ausschließlich über eine vernetzte und noch einzurichtende Kommunikationsplattform von unterschiedlichen Leistungserbringern abgerufen werden soll oder ob diese alternativ bzw. als Element eines solchen Systems auf einer Datenkarte gespeichert wird. Sodann müsste kein komplett vernetztes System bestehen, wenn die Kompatibilität der Systeme der einzelnen Leistungserbringer gewährleistet ist. Mit der Einführung der bundesweit einsetzbaren ePatientenakte sind enorme Kostensenkungen, Qualitätsverbesserungen in der Therapie und eine bessere Steuerung durch die an der Gesundheitspolitik beteiligten Institutionen denkbar.¹⁹

b) Elektronisches Rezept

Dabei handelt es sich um ein System der digitalen Verarbeitung von Verordnungsdaten. Für die Interaktionen bei der elektronischen Patientenakte, einer medizinischen Patientenakte und der Vernetzung von Praxen werden weitgehend dieselben Daten benötigt und ausgetauscht. Um einen effizienten Einstieg in eine einheitliche Telematik des Gesundheitswesens zu finden, kommt die Anwendung eines elektronischen Rezeptes in Frage, da die ärztliche Verordnung von Medikamenten die häufigste Interaktion im Gesundheitswesen ist. Sie involviert Patient, Arzt und Apotheker.

4. Elektronischer Arztbrief

Die Interaktion zwischen Ärzten, insbesondere zwischen Praxis und Klinik unter zu Hilfenahme des konventionellen Arztbriefes ist langsam, gemessen an der elektronischen Variante. Neben dem Vorteil der Geschwindigkeit, kann ein elektronischer Arztbrief zusätzlich mit z.B. bewegten Bildern versehen werden, was für den Informationsaustausch von größtem Vorteil sein kann. Eine Spezialform des elektronischen Arztbriefes existiert bereits seit langem: die Datenübertragung von Labordaten auf elektronischen Weg ist bereits

¹⁸ Dierks, DuD 2006, 142, 145; Dierks in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 10.

¹⁹ Booz-Allen-Hamilton: *Endbericht zur Kosten-Nutzen-Analyse der Einrichtung einer Telematik-Infrastruktur im deutschen Gesundheitswesen*: <http://www.ccc.de/crd/whistleblowerdocs/20060731-Gesundheitstelematik.pdf>; Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn. 199.

üblich und hat sich allgemein durchgesetzt. Aber auch darüber hinaus gibt es schon diverse Anbieter bzw. Projekte von Leistungserbringern in Kooperation mit Privatunternehmen, in welchen die Einführung des elektronischen Arztbriefes erprobt und sodann auch in kleinen Kommunikationsnetzen eingeführt wurde. Für den elektronischen Arztbrief sprechen hier insbesondere wirtschaftliche und zeitliche Vorteile, sowie eine standardisierte Form und Infrastruktur.²⁰ Diese ist unabdingbar – und scheitert momentan noch auf nationaler Ebene.

5. Telearchiv

Personenbezogene Daten müssen aus berufsrechtlicher Sicht mindestens zehn Jahre, Röntgenbilder sogar mindestens 30 Jahre aufbewahrt werden, § 10 Berufsordnung der Hamburger Ärzte (HmbBO). Aufgrund der maximal 30jährigen Verjährung von zivilrechtlichen Haftungsansprüchen empfiehlt sich gleichwohl für alle ärztlichen Aufzeichnungen eine Aufbewahrung über 30 Jahre. Um diesen Pflichten nachzukommen, bietet sich die digitalisierte Archivierung durch dritte Dienstleister in Form eines Telearchivs an.²¹

II. Darstellung und Bewertung der rechtlichen Situation in Deutschland

In zahlreichen medizinischen Fachgebieten haben sich telematische Anwendungen in Deutschland etabliert. Dies ist vor allem dort erfolgreich gelungen, wo im Regelfall ohnehin elektronisch kommunizierbare Befunde Gegenstand der ärztlichen Bewertung sind, wie dies z. B. für elektrokardiographische, histologische oder radiologische Substrate der Fall ist. Fraglich ist, wie die telematischen Anwendungen derzeit rechtlich zu bewerten sind. Hierzu werden im Folgenden die einzelnen Rechtsgebiete nacheinander aufgezeigt, die Probleme dargestellt und mögliche Lösungsansätze bestehender Probleme formuliert.

1. Berufs- und Standesrecht

Das Berufs- bzw. Standesrecht der Ärzte stellt nach wie ein Hindernis zur Einführung der Telemedizin dar. Im Folgenden soll unter diesem Punkt auf das Fernbehandlungsverbot und kurz auf die freie Arztwahl eingegangen werden. Darüber hinaus bestehen weitere berufsrechtliche Probleme, welche mit an anderer Stelle erörterten Rechtsgegenständen im Zusammenhang stehen und dort ihre Berücksichtigung gefunden haben.

²⁰ Geisthoff, Federspil, Plinkert, HNO 2002, „Telemedizin: Interaktion zwischen Klinik und Praxis“, 812, 817.

²¹ Dierks, DuD 2006. 142. 146; Dierks in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 13.

a) Das Fernbehandlungsverbot

Gemäß § 7 Abs. 3 MBO-Ä darf die ärztliche Betreuung eines Patienten nicht ausschließlich virtuell bzw. durch eine Fernbehandlung erfolgen. Anders als in den USA sind damit die dort praktizierten, sogenannten Cyber-Doc-Systeme in Deutschland verboten.

Hintergrund dieses Verbots der Fernbehandlung ist es, dass der behandelnde Arzt sich grundsätzlich von den Leiden des Patienten ein eigenes Bild machen soll. Außerdem soll durch den persönlichen Kontakt das Vertrauen zwischen Arzt und Patient erhalten und gefördert werden.²² Jede Art der Behandlung, welche durchgeführt wird, ohne dass der behandelnde Arzt den Patienten im Zusammenhang mit der konkreten Behandlung wenigstens einmal persönlich untersucht hat, wird als potentiell gesundheitsgefährdend angesehen.²³ Inwiefern diese Sichtweise aufgrund der nunmehr gegebenen technischen Möglichkeiten noch aufrecht zu halten ist, erscheint zumindest in sowieso rein geräteorientierten Behandlungen äußerst fragwürdig.

aa) Fernbehandlung

Die Frage ist zunächst, was in Deutschland unter einer Fernbehandlung verstanden wird. Nach der juristischen Definition liegt eine ausschließliche Fernbehandlung vor, wenn der Kranke oder für ihn ein Dritter dem Arzt, der die Krankheit erkennen und behandeln soll, Angaben über die Krankheit, insbesondere Symptome oder Befunde, übermittelt und dieser, ohne den Kranken gesehen und die Möglichkeit einer Untersuchung gehabt zu haben, entweder die Diagnose stellt und/oder einen Behandlungsvorschlag unterbreitet.²⁴

bb) Die Zulässigkeit der Fernbehandlung in Deutschland

Entscheidende Bedeutung kommt dem Wort „ausschließlich“ in § 7 Absatz 3 MBO-Ä zu. Hiermit wird klargestellt, dass ein bestimmter Anteil der individuellen Behandlung oder Beratung durchaus über Kommunikationsmedien durchgeführt werden darf.

Der Regelungsgehalt des § 7 Abs. 3 HmbBO betrifft die Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patienten. Dementsprechend ist die Vorschrift daran zu messen, wie sie dem Schutz des Patienten dienen kann. Die Auswahlentscheidung, welche individuelle

²² Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 20; Tillmanns, Die persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht und die Telemedizin, 2006, S.79.

²³ GesR 2005, 223, 226; Tillmanns, Die persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht und die Telemedizin, 2006, S. 81.

²⁴ Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte, 3. Auflage 2002, § 7 Rn 21; Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 19.

ärztliche Behandlung auf telematischem Wege erfolgt und welche nicht, richtet sich nach einer möglichen Gefährdung des Patienten: ist eine solche ausgeschlossen, ist die Entscheidung für eine telematische Anwendung nicht risikoe erhöhend. Der Arzt handelt berufsrechtlich korrekt, wenn er sich für den Einsatz der Telemedizin entscheidet.²⁵ Für die Zulässigkeit einer Fernbehandlung ist also nicht entscheidend, ob der Arzt im Rahmen des Behandlungsgeschehens einen persönlichen Kontakt mit dem Patienten hatte, sondern ob für die konkrete telemedizinische Dienstleistung dauerhaft erforderlich ist, dass der Arzt in einem unmittelbar räumlichen Kontakt mit dem Patienten steht. Das Fernbehandlungen möglich sind kann im Umkehrschluss auch aus § 9 HWG entnommen werden, wonach ein ärztliches Werbeverbot für Fernbehandlungen besteht.

Die Telemedizin stellt dementsprechend per se keinen Fall unzulässiger bzw. ausschließlicher Fernbehandlung dar, wenn sie in der Weise betrieben wird, dass der behandelnde Arzt sich unter Nutzung der neuen elektronischen Medien ärztlichen Sachverstand hinzuzieht oder ein weiterer Arzt via Telematik am Behandlungsgeschehen als Mitbehandler teil hat. In diesem Fall wird die Unmittelbarkeit des Arzt-/Patientenverhältnisses durch den behandelnden Arzt vor Ort gewährleistet.²⁶ Jedenfalls *ein* Kontakt zu dem zu behandelnden Patienten durch *einen* Arzt muss aber stattgefunden haben, um einen Verstoß gegen § 7 Abs. 3 HmbBO vorbeugen zu können. Insoweit kann der Arzt zumindest für einen gewissen Zeitraum die Behandlung auch via Internet oder Telefon fortführen.²⁷ Zu beachten bleibt aber, dass solch diffizile Eingriffe wie es z.B. telechirurgische sind, im Behandlungsgeschehen nicht von einem Arzt dominiert werden dürfen, der nicht unmittelbar vor Ort eingreifen kann.²⁸

b) Die freie Arztwahl nach § 7 Abs. 2 S. 3 MBO-Ä

Es ist das Recht eines jeden Patienten in Deutschland, sich einen Arzt frei auswählen zu können. Im Rahmen des Telekonsils ist daher darauf zu achten, ob ein oder mehrere Experten lediglich beratend tätig werden bzw. im Rahmen einer Delegation des vom Patienten gewählten Arztes oder ob ein weiterer Arzt zur Behandlung hinzugezogen wird. Hier bedarf es der ausdrücklichen Zustimmung des Patienten, außer die Hinzuziehung ist aufgrund einer medizinischen Notwendigkeit heraus erforderlich.

²⁵ Dierks, Bundesgesundheitsblatt 2005, 635, 638; Rieger, Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 27; Tillmanns, Die persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht und die Telemedizin, 2006, S. 85.

²⁶ Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 33.

²⁷ Niedersächsisches Ärzteblatt 7/2000 „Gesundheitsberatung online - (k)ein Problem?“ unter: http://www.haeverlag.de/archiv/n0700_6.htm.

²⁸ Nr. 8 der „Einbecker Empfehlungen“, MedR 1999, 557, 558.

c) **Zwischenergebnis**

Die berufsrechtliche bzw. standesrechtliche Lage ist nicht so, dass mit ihr telemedizinische Anwendungen ausgeschlossen wären. Bereits heute werden durch diverse Leistungserbringer Systeme der Telemedizin erprobt, die gerade das Fernbehandlungsverbot oder die freie Arztwahl nicht betreffen. In den Fällen des Telemonitorings, der Teleoperation oder der Telediagnose bzw. –therapie sieht dies aber anders aus. Hier gilt es zu überlegen, inwiefern an dem Ausschließlichkeitsprinzip etwas geändert werden kann. Dies wird insbesondere Aufgabe der Länderlegislativen sein, die Änderungen in Berufsordnungen herbeiführen müssen. Hier kann aber auch zunächst im Rahmen der MBO-Ä überlegt werden, wo ausschließliche Fernbehandlungen möglich sein dürfen – dies sollte überall dort der Fall sein, wo die Fernbehandlung für den Patienten ungefährlich ist und auch kein hohes Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient aufgebaut werden muss. Als Beispiele sind etwa die Teleradiologie oder – pathologie zu nennen. Zusätzlich ist das Werbeverbot in § 9 HWG zu hinterfragen – denn eine dem medizinischen Standard entsprechende telemedizinische Behandlung, müsste auch wie jede andere Behandlung behandelt und damit auch umworben werden dürfen.

2. Haftungsrechtliche Besonderheiten bei der Anwendung der Telemedizin

Für den die Telemedizin anwendenden Arzt ist es unter Umständen von existentieller Bedeutung zu wissen, welchen haftungsrechtlichen Risiken er sich z.B. durch die Teleoperation/-chirurgie, das Telekonsil oder das Telemonitoring aussetzt.

Wie auch im sonst geltenden Arzthaftungsrecht kann sich die Haftung des im Rahmen der Telemedizin tätigen Arztes aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung ergeben. Grundsätzlich ist zu unterscheiden, ob sich der Patient von einem niedergelassenen Arzt oder im Krankenhaus behandeln lässt. Soll die telemedizinische Behandlung außerhalb Deutschlands stattfinden, so muss zusätzlich untersucht werden, nach welchem Recht die Haftungssituation zu beurteilen ist.

a) Der medizinische Standard (Facharztstandard)

Der Arzt ist im Rahmen seiner Tätigkeiten zur Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gem. § 276 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet. Diese Sorgfalt erfährt gerade im Bereich der Telemedizin eine besondere Bedeutung: das Maß der erforderlichen Sorgfalt manifestiert sich in ärztlichen Standards.

Momentan können telemedizinische Anwendungen, wenn überhaupt, in eng umgrenzten Bereichen (Teleradiologie, Telepathologie) als medizinischer Standard angesehen werden. Soll es zu telemedizinischen Anwendungen innerhalb einer Behandlung kommen oder soll die Behandlung gar telemedizinisch erfolgen, so ist es Pflicht, den Patienten hierüber ausführlich aufzuklären und die Alternativen aufzuzeigen, die momentan medizinischer Standard sind. Erst mit ausdrücklicher Einwilligung des Patienten begibt sich der Arzt sodann auf den sicheren Weg.

Durch die neuen und vielschichtigen Möglichkeiten der Telemedizin wird der aktuelle Standard gewiss flächendeckend angehoben werden. Ein Arzt ist etwa zur Beiziehung eines Kollegen verpflichtet, wenn seine Kompetenz eine kunstgerechte Beurteilung des Falles nicht mehr erlaubt.²⁹ Hier kann unter Umständen gerade das Telekonsil, wie auch das Telemonitoring eine kostengünstige und effektive Lösung für z.B. den niedergelassenen Arzt auf dem Land sein. Andersherum wird aber in Fällen z.B. der Telediagnostik oder der Telechirurgie zu untersuchen sein, inwieweit hier der Facharztstandard hergestellt werden kann. Ergibt sich aus dem schlüssigen Vortrag des Patienten, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung beim persönlichen Arzt-Patienten-Kontakt nicht entstanden wäre, liegt die Verletzung des Facharztstandards nahe. In solchen Fällen trägt der behandelnde Arzt die Beweislast dafür, dass die telematische Diagnose- oder Behandlungsmethode der nicht-telematischen ebenbürtig ist und der Schaden bei herkömmlichem Vorgehen ebenso wenig hätte vermieden werden können wie bei der Anwendung von telematischen Behandlungen.³⁰ Auch budgetbedingte Engpässe können nicht mindernd auf den geforderten Behandlungsstandard angerechnet werden: sollte die notwendige technische Infrastruktur für telematische Anwendungen nicht vorliegen, wird dem Arzt bzw. Krankenhaus im Zweifel ein Übernahme- oder Organisationsverschulden zur Last gelegt.

b) Die Haftung aus Vertrag

Ist ein Vertrag zwischen Arzt oder Krankenhaus und Patient geschlossen worden, so finden regelmäßig die §§ 611 ff. BGB Anwendung. Wird ein Konsiliararzt eingeschaltet, so ist auch im telemedizinischen Bereich zu hinterfragen, inwiefern dieser persönlich haftbar gemacht werden kann, sollte es zu einer vertraglichen Schlechterfüllung kommen. Es ist generell zu

²⁹ Ulsenheimer/Heinemann, MedR 1999, 197, 199.

³⁰ Dierks, Bundesgesundheitsblatt 2005, 635.

klären, ob der Konsiliararzt nur beratend im Rahmen eines Expertengesprächs tätig sein soll, oder ob er zur Behandlung, z.B. online, hinzugezogen wird.

Im ersten Fall wird der Konsiliarius als Erfüllungsgehilfe des behandelnden Arztes gemäß § 278 BGB im Rahmen des bestehenden ambulanten Behandlungsvertrages zwischen behandelndem Arzt und Patienten tätig.³¹ D.h. für den Patienten, dass dieser sich bei einer Vertragsverletzung ausschließlich an den behandelnden Arzt zu halten braucht.³² Das gleiche gilt für den stationären Behandlungsvertrag.

Im zweiten Fall, der Hinzuziehung eines Konsiliararztes, kommt es zu einem neuen Vertragsverhältnis zwischen dem telemedizinisch behandelnden Arzt und dem Patienten, sofern der Patient der Hinzuziehung ausdrücklich zugestimmt hat.³³ Der im Rahmen der telemedizinischen Behandlung tätig werdende Arzt haftet hier allein gegenüber dem Patienten.

Ein dritter Fall ist die Behandlung im Rahmen eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages. Der behandelnde Telemediziner ist immer Erfüllungsgehilfe des Krankenhauses gemäß § 278 BGB.³⁴ Alleiniger Vertragspartner des Patienten beim sogenannten totalen Krankenhausvertrag wird regelmäßig der Krankenhausträger. Das Krankenhaus schuldet sämtliche für die medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung des Patienten notwendige Leistungen selbst. Dazu gehören auch die vom Krankenhaus veranlassten Leistungen Dritter, § 2 Abs. 2 Nr. 2 BPfIV, etwa die Einschaltung externer Spezialisten via telemedizinischer Anwendung.

Vereinbart der Patient mit dem behandelnden und liquidationsberechtigten Krankenhausarzt eine Wahlleistungsabrede in Form eines Arztzusatzvertrages, haften Krankenhausträger und Arzt für alle ärztlichen Leistungen gemeinsam, mithin auch für die telemedizinischen Leistungen des Arztes, mit dem der Patient einen Zusatzvertrag abgeschlossen hat.³⁵

³¹ Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 122.

³² vgl. Schütze/Peuker/Kroll/Filler, DMW 2004, 1935, 1936.

³³ Dierks in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 23; Hoppe, MedR 1998, 462f.; Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 33.

³⁴ Hoppe, MedR 1998, 462, 463, Pflüger, VersR 1999, 1070, 1071; Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 124.

³⁵ Link, Telemedizinische Anwendungen in Deutschland und in Frankreich, 1. Auflage, 2007, S. 237.

c) Das Organisationsverschulden

Was bei der integrierten Versorgung nach §§ 140ff. SGB V bereits gesetzlich vorgeschrieben ist, muss auch bei anderweitiger Zusammenarbeit von Experten vorhanden sein: die telematische Vernetzung zwischen den an der jeweiligen Behandlung beteiligten. Um Kommunikationsdefizite zu vermeiden, ist eine elektronische Plattform von Nöten, die einen Zugriff auf Patientendaten von allen Seiten und eine interdisziplinäre Kommunikation ermöglicht. In diesem Zusammenhang müssen Verantwortlichkeiten, Qualitätssicherung und Kontrollpflichten entwickelt und regelmäßig aktualisiert werden. Gerade auch dem Datenverlust ist vorzubeugen. Man stelle sich eine telechirurgische Behandlung vor, die deswegen zu einem Personenschaden führt, da falsche oder nur lückenhafte Daten übermittelt worden sind. Der Patient wird hier zu Recht gegenüber dem Arzt einen Behandlungsfehler geltend machen können. Interessant wird hier sodann die haftungsrechtliche Situation zwischen Arzt bzw. Klinik oder auch dem Patienten und dem die Datenübermittlung anbietenden Telekommunikationsunternehmen.³⁶

Daneben sind insbesondere die Dokumentationsvorschriften nach § 10 Muster-Berufsordnung (MBO) bzw. § 10 HmbBO von besonderer Bedeutung. Für Aufzeichnungen auf elektronischen Datenträgern oder anderen Speichermedien bedarf es besonderer Sicherungs- und Schutzmaßnahmen (§ 10 Abs. 5 MBO/HmbBO).

Haftungsrechtlich im Vordergrund stehen die Vornahme und Dokumentation von Wartung der eingesetzten Geräte und EDV entsprechend den Herstellervorschriften und dem gegenwärtigen Stand der Technik. Nur bei ordnungsgemäßer Wartung darf der Arzt, der sich telematischer Anwendungen bedient, von einer bestimmungsgemäßen Funktion der Gerätschaften ausgehen.³⁷ Unterlässt der Arzt diese Kontrolle bzw. kann eine Kontrolle nicht nachgewiesen werden und kommt es durch den Einsatz entsprechender Systeme zu schadensverursachenden Konsequenzen, ist von einer haftungsbegründenden Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes bzw. des Klinikträgers auszugehen. Außerdem können die Hersteller der Systeme entsprechend den Grundsätzen der Produkt- bzw. Herstellerhaftung zur Verantwortung gezogen werden.³⁸

Weiterhin sind Arzt und Krankenhausträger verpflichtet, die Schulung des für die Bedienung der technischen Gerätschaften zuständigen Personals zu gewährleisten.³⁹ Tun sie dies nicht

³⁶ Feil, Thomas: „Rechtliche Anforderungen an die Telemedizin“, http://www.recht-freundlich.de/download/Telemedizin_2005-08-10.pdf.

³⁷ Pflüger, VersR 1999, 1070, 1075; Schütze/Peuker/Kroll/Filler, DMW 2004, 1935, 1936.

³⁸ Schütze/Peuker/Kroll/Filler, DMW 2004, 1935, 1936.

³⁹ Pflüger, VersR 1999, 1070, 1075.

und kommt es aufgrund dessen zu Personenschäden, so liegt wiederum ein Organisationsverschulden vor. Empfehlenswert ist hier vorab eine Risikoanalyse mit Risikomatrixbildung und Entwicklung eines Risk-Management-Systems zur Sicherung des Standards und einer sorgfaltsgerechten Therapie⁴⁰ sowie entsprechender Vertragsgestaltungen, etwa im Rahmen einer Anpassung der Versicherung.

d) Die Haftung aus Delikt

Die Haftung aus Delikt folgt aus §§ 823 ff. BGB. Im Unterschied zur vertraglichen Haftung muss der Verursacher der unerlaubten Handlung regelmäßig bestimmbar sein. Hier ist es nicht wichtig, ob zwischen dem Konsiliararzt und dem Patienten ein Vertragsverhältnis geschlossen worden ist – für die Haftung ist ausschließlich das persönliche Verschulden im Hinblick auf z.B. eine Gesundheitsschädigung durch Falschberatung von Bedeutung. D.h., wichtig ist nur das persönliche Verhalten im Schadensfalle. Wird etwa ein auswärtiger Spezialist via einer Teleoperation im Falle eines totalen Krankenhausvertrages hinzugezogen und unterläuft diesem schuldhaft ein Behandlungsfehler der zu einem Schaden bei dem Patienten führt, so kann der Patient unabhängig davon, dass nur ein Vertragsverhältnis mit dem Krankenhaus besteht, auch von dem Arzt den Schaden ersetzt verlangen.

Bei mehreren Schädigern, wenn also mehrere Ärzte unter Anwendung der Telemedizin zusammenarbeiten, haften alle als Gesamtschuldner nach §§ 830, 840, 427 BGB.

e) Diagnostisches/Therapeutisches Defizit

Wird die Teliagnostik betrieben oder kommt es zu einer telematischen Behandlung darf es zu keinen Defiziten in der Therapie oder (Nach-)Diagnostik (z.B. in Fällen des Telemonitorings) kommen.

Ein solches Defizit kann dadurch entstehen, dass der Arzt bei der telematischen Anwendung nicht alle seine Sinne einsetzt – er z.B. Puls etc. nicht fühlen oder hören kann. Wegen der Gefahr dieses therapeutischen oder diagnostischen Defizits muss im Einzelfall eine sorgfältige Abwägung der für den Patienten bestehenden Risiken getroffen werden. Der Arzt muss einschätzen können, wann und in welchen Abständen direkte Arzt-Patienten-Kontakte angezeigt sind und den Patienten hierüber aufklären.⁴¹ Tut er dies nicht, läuft er Gefahr einen Behandlungsfehler zu begehen und sich entweder aus Vertrag oder aus Delikt haftbar zu machen.

⁴⁰ Dierks, Bundesgesundheitsblatt 2005, 635, 636.

⁴¹ Dierks, Bundesgesundheitsblatt 2005, 635, 636.

g) Zwischenergebnis

Mit der Telemedizin erfährt auch die Arzthaftung neue Besonderheiten, wobei aber größtenteils auf die bisherigen Grundsätze zurück gegriffen werden kann. Wichtig für die Telemedizin ist es den medizinischen Standard auf sie zu erweitern – in vielen Fällen dürfte dies bereits heute möglich sein. Aber auch darüber hinaus ergeben sich mit ihr Besonderheiten, denen etwa durch speziell angepasste Verträge, frühzeitige Ausbildungen für den Umgang mit den technischen Anforderungen, entsprechende Fort- und Weiterbildungen, ein den Anforderungen entsprechendes Qualitätsmanagement und ein gutes Risk-Management begegnet werden muss - auch und gerade unter Einschaltung etwa der Berufshaftpflichtversicherung. So kann den Haftungsrisiken gut begegnet werden – sie bleiben ein kalkulierbarer Faktor innerhalb der Telemedizin.

3. Die internationale Haftung

Problematisch könnte die Frage nach dem anwendbaren Recht sein, wenn Patient und jedenfalls ein behandelnder Arzt ihren Wohnsitz in unterschiedlichen Staaten haben. Bei Anwendung der grenzüberschreitenden Telemedizin bestimmen sich Inland und Ausland nach dem Aufenthaltsort des Patienten, denn die Daten, Bilder etc. eines inländischen Patienten kommen zu dem im Ausland tätigen Arzt und nicht umgekehrt.

Zu empfehlen ist in solchen Fällen eine Rechts- und Gerichtsstandswahl zwischen Arzt und Patient nach § 38 Abs. 2 ZPO, um Kollisionen nationaler Rechtsnormen im Bereich der ärztlichen Haftung zu vermeiden.⁴² Sollte eine solche Vereinbarung nicht vorliegen, ist fraglich, welches Recht Geltung findet.

a) Verträge

Das auf internationale Verträge anzuwendende Recht ist in den Art. 3 bis 37 EGBGB geregelt. Die Parteien können das auf den Vertrag anzuwendende Recht wählen (Art. 27 EGBGB). Fehlt eine Rechtswahl, so ist das anzuwendende Recht nach Art. 28 EGBGB objektiv zu bestimmen. Nach Art. 28 Abs. 1 EGBGB ist das Recht des Staates anzuwenden, mit dem der Vertrag die „engsten Verbindungen“ aufweist. Es gelten dann die gesetzlichen Vermutungen des Art. 28 Abs. 2 bis 4 EGBGB. Insbesondere wird vermutet, dass ein Vertrag, der in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit einer Partei geschlossen wird, die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweist, in dem sich die Hauptniederlassung dieser

⁴² Hoppe, MedR 1998, 462, 464f. Spickhoff in Beck'scher Online-Kommentar zum EGBGB, Bamberger/Roth (Hrsg.), Stand 1.1.2008, Art. 28 Rn 34.

Partei befindet (Art. 28 Abs. 2 S. 2 EGBGB). Beim medizinischen Behandlungsvertrag erbringt der Arzt die vertragscharakteristische Leistung. Im Falle der medizinischen Behandlung eines deutschen Patienten von einem ausländischen Staat aus wird die vertragscharakteristische Leistung mithin am Niederlassungsort des behandelnden Arztes erbracht, der dort seine berufliche Tätigkeit ausübt. In diesem Fall ist das dort geltende Recht auf den Behandlungsvertrag anzuwenden.⁴³ Andersherum ist im Falle der Behandlung eines ausländischen Patienten von Deutschland aus bei objektiver Anknüpfung das deutsche Recht anzuwenden.

Wird der ausländische Patient in Deutschland im Rahmen eines totalen Krankenhausvertrages behandelt, so besteht ein vertragliches Verhältnis allein zwischen dem Krankenhausträger und dem Patienten. Der Vertrag unterliegt dann ausschließlich deutschem Recht, selbst wenn ein im Ausland tätig werdender Arzt mitbehandelt.

b) Deliktsrecht

Nach der Tatortregel ist das Deliktsstatut das Recht am Ort der unerlaubten Handlung. Die Tatortregel ist gewohnheitsrechtlich anerkannt und in Art. 38 EGBGB vorausgesetzt. Die Bestimmung des Deliktsstatus ist problematisch, wenn Handlungs- und Erfolgsort einer unerlaubten Handlung in verschiedenen Staaten liegen. Die unerlaubte Handlung ist dann sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsort begangen worden.⁴⁴ Die ganz überwiegende Auffassung löst die so entstehende Konkurrenz mehrerer Deliktsstatute durch die Anwendung des für den Geschädigten günstigeren Rechts.⁴⁵

c) Die rechtliche Verhinderung eines Auseinanderfallens von Vertrags- und Deliktsrecht

Wegen der unterschiedlichen Anknüpfungen für das Vertrags- und Deliktsstatut können das auf den Behandlungsvertrag und die unerlaubte Handlung anzuwendende Recht auseinanderfallen. Um zu einer einheitlichen Beurteilung sämtlicher Ansprüche aus demselben Lebenssachverhalt zu gelangen, wird überwiegend eine vertragsakzessorische (vertragsabhängige) Anknüpfung des Deliktsstatuts befürwortet. D.h., dass deliktsrechtliche Ansprüche dem Recht von bereits bestehenden vertraglichen Ansprüchen unterstellt werden,

⁴³ Nr. 17 der Einbecker Empfehlungen, MedR 1999, 557, 558; Schöne, Herzschrittmachertherapie und Elektrophysiologie 2005, 143, 145

⁴⁴ VersR 1964, 1027, 1028; v. Bar, JZ 1985, 961, 969.

⁴⁵ NJW 1981, 1606, 1607; VersR 1974, 197; Hoppe, MedR 1998, 462, 465; Kullmann, WM 1981, 1322, 1328; Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 137.

wenn das Verhalten des deliktisch in Anspruch Genommenen zugleich einen mit dem Geschädigten abgeschlossenen Vertrag verletzt.⁴⁶

Folgt man der Auffassung der vertragsakzessorischen Anknüpfung des Deliktsstatuts, so ergibt sich für die kollisionsrechtliche Beurteilung des Arzthaftungsfalles im Rahmen der grenzüberschreitenden Telemedizin folgendes Bild: erfolgt die Behandlung durch einen niedergelassenen Arzt oder einen Belegarzt in Deutschland und wird ein ausländischer Spezialist im Wege der grenzüberschreitenden Telemedizin hinzugezogen, so bestehen sowohl zwischen dem Patienten und dem niedergelassenen Arzt oder Belegarzt als auch zwischen dem Patient und dem im Ausland tätigen hinzugezogenen Arzt Vertragsbeziehungen. Unterläuft dem hinzugezogenen Arzt ein Fehler, wäre auf den vertraglichen Anspruch des Patienten das Recht des ausländischen Staates anzuwenden. Wegen der vertragsakzessorischen Anknüpfung des Deliktsstatus wäre auch für deliktische Ansprüche das ausländische Recht anzuwenden.

Beim totalen Krankenhausvertrag, bei dem vertragliche Beziehungen des Patienten nur zum Krankenhausträger bestehen, unterliegt der Vertrag deutschem Recht. Die Erfüllungsgehilfenhaftung für hinzugezogene Ärzte aus dem Ausland unterliegt damit ebenfalls deutschem Recht. Zwar könnte bei isolierter Betrachtung des Deliktsstatuts auch das Recht des ausländischen Staates als Recht des Handlungsortes anwendbar sein, wenn dem aus dem Ausland hinzugezogenen Arzt ein Fehler unterläuft. Aufgrund der vertragsakzessorischen Anknüpfung des Deliktsrechts wäre aber auch in diesem Falle deutsches Recht anzuwenden.⁴⁷

Findet die Operation in einem ausländischen Staat statt und kommt es wegen fehlerhafter Begutachtung des in Deutschland befindlichen zugeschalteten Arztes zu einer fehlerhaften Behandlung, so hängt die Frage des anzuwendenden Rechts davon ab, in welchem Land der Patient den falsch begutachtenden Arzt verklagt. Hat sich ein deutsches Gericht für international zuständig erklärt und wird hier geklagt, so findet das EGBGB Anwendung und es gilt das bisher Ausgeführte. Erhebt dagegen der Patient in dem ausländischen Staat Klage, so wendet das dort sich für zuständig erklärte Gericht, dort geltendes Recht bezüglich des Umgangs mit internationalen Verträgen an. Es ist dann im Einzelfall zu prüfen, ob z.B.

⁴⁶ Dierks, Habilitationsschrift „Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin in das Gesundheitswesen in Deutschland“, 1999, S. 35; MüKo-Kreuzer, Bd.10, Art. 38 EGBGB Rn 65ff; Palandt-Heldrich, 65. Auflage 2006, Art. 40 EGBGB Rn 6; Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 133.

⁴⁷ Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 130.

deutsches oder (US) amerikanisches Recht nach in den USA geltendem IPR zur Anwendung gelangt, sollte in den USA geklagt werden.⁴⁸

Zu beachten ist, dass für das Aufnehmen der telemedizinischen Tätigkeit gerade im Ausland die Deckungszusage der Versicherung erforderlich ist. Sowohl Ärzte als auch Krankenträger sind nach deutschem Recht nur für Schäden versichert, die in Deutschland in ihrer Praxis oder Klinik auftreten, außer es bestehen entsprechende Deckungszusagen. Der Versicherer hat seine Prämie häufig noch nach Bettenzahl kalkuliert. Eine Ausweitung der ärztlichen Tätigkeit bezüglich der neuen Behandlungsfälle und der neuen Behandlungsrisiken muss auch zu einer Vertragsänderung bzw. Prämienanpassung führen.⁴⁹

d) Zwischenergebnis

Staatenübergreifende, medizinische Behandlungen bzw. Beratungen von einem Standpunkt aus sind Teil der Telemedizin. Ohne telematische Anwendungen ist der Patient an seine unmittelbare Umgebung gebunden bzw. muss unter Umständen weite Strecken auf sich nehmen, um die gewünschte Behandlung zu erhalten. Solange aber bereits in der EU unterschiedliche Haftungsbedingungen in den einzelnen Ländern vorherrschen, ist bei der länderübergreifenden, telemedizinischen Anwendung unbedingt eine Gerichtsstand- und Rechtsvereinbarung zu treffen. Auch sollte ein Vertragssystem eingeführt werden, welches gerade für den Patienten übersichtlich und einfach zu verstehen bleibt. Kommt es hier vermehrt zu unübersichtlichen und zeitlich langwierigen Prozessen, so werden die Erfolge der internationalen Zusammenarbeit hierunter leiden.

4. Strafrecht

Hat der Arzt sich zivilrechtlich haftbar gemacht folgt das Strafrecht meist unmittelbar. So kann der Arzt sich natürlich insbesondere bei durch die telemedizinische Anwendung hervorgerufenen Behandlungsfehlern strafbar machen. Denkbar sind hier insbesondere die fahrlässige Körperverletzung oder Tötung bei mangelhafter Aufklärung und damit fehlender Einwilligung des Patienten in die Behandlungsmaßnahme.

Zusätzlich ist im Bereich der Telemedizin § 203 StGB zu beachten, die Verletzung von Privatgeheimnissen. Patientendaten sind immer Privatgeheimnisse. Gibt der Arzt diese ohne

⁴⁸ Hoppe, MedR 1998, 462, 467; Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 140ff.

⁴⁹ Schöne, Herzschrittmachertherapie und Elektrophysiologie 2005, 143, 147f.

Einwilligung des Patienten preis, so verstößt er gegen seine (etwa in § 9 MBO-Ä geregelte) ärztliche Schweigepflicht, außer es bestehen gesetzliche Ausnahmefälle oder es liegen die seltenen Fälle einer mutmaßlichen bzw. stillschweigenden Einwilligung vor.⁵⁰ Innerhalb des zu schaffenden Systems der Telematik und der dazugehörigen elektronischen Datenübermittlung und -übertragung muss der Patient darin einwilligen, dass seine Daten etwa bei der Implementierung der elektronischen Patientenakte an andere Ärzte etc. weitergegeben werden dürfen. Die Einwilligung muss eindeutig, am Besten schriftlich, im Rahmen einer die Datenweitergabe voll umfassenden Einwilligungserklärung abgegeben werden. Eine mutmaßliche oder konkludente Einwilligungserklärung aufgrund einer bestimmten Sachlage oder eines bestimmten Verhaltens des Patienten kann im Hinblick auf die Datenweitergabe etwa im Rahmen der ePatientenakte oder der elektronischen Archivierung nicht bzw. nur in eng umgrenzten Fällen angenommen werden.⁵¹ So wird es ausreichen, wenn der Patient bei Abgabe seiner Einwilligungserklärung betreffend die Teilhabe an dem Datenübermittlungssystem, die in das System integrierten Leistungserbringer deutlich ersehen kann und anfänglich darüber aufgeklärt wird, wann die Daten in welchem Umfang von einem Leistungserbringer zu einem anderen übersandt werden können. Auch wird etwa die Hingabe einer zukünftigen medizinischen Gesundheitskarte an den Arzt als Einwilligung ausreichen, damit dieser auf die, entweder auf der Karte oder auf einem Server, gespeicherten Patientendaten zugreifen kann.⁵²

5. Vergütungsfragen

a) Der Status quo und die mögliche Ausdehnung der Vergütung

Die Vergütung der telemedizinischen Anwendungen ist teilweise ein neben den sonstigen Finanzierungsfragen noch zu bewältigendes Problem etwa im Bereich der Vergütungsziffern der GOÄ und fehlender Anpassungen im Rahmen der DRGs und des EBM.⁵³ Sowohl im Vertragsarzt-, im Krankenhaus- als auch im Arztrecht sind nach wie vor kaum vergütungsrechtliche Vorschriften zu finden, die die Finanzierung und Abrechnung der Telemedizin umfassend regeln. Gemäß § 2 Absatz 1 Satz 3 SGB V haben die gesetzlichen Krankenkassen den medizinischen Fortschritt entsprechend dem Stand der Wissenschaft zu berücksichtigen. Hierdurch ist auch eine fortlaufende Anpassung des Leistungsspektrums in

⁵⁰ Tröndle/Fischer, Kommentar zum StGB, § 203 Rn. 32ff. .

⁵¹ vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.8.1996, Az. 20 U 139/95 CR 1997, 536, 538

⁵² Dierks in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, 31; Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 81.

⁵³ Siehe bereits Punkt 10 der Einbecker Empfehlungen von 1999.

der GKV gefordert. Erstaunlich ist daher, dass es etwa im EBM so gut wie keine telemedizinischen Abrechnungsziffern gibt.⁵⁴ Einige der telemedizinischen Behandlungen dürften mittlerweile den allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft erreicht haben und werden entsprechend, als z.B. unterstützende Tätigkeit eines bestehenden medizinischen Verfahrens, regelmäßig vorgenommen. Zusätzlich sind viele hierunter fallende telemedizinische Anwendungen wirtschaftlicher als herkömmliche Vorgehensweisen – insoweit verpflichtet auch das Wirtschaftlichkeitsgebot die Krankenkassen, die Finanzierung telemedizinischer Leistungen zu fördern, § 12 SGB V.⁵⁵ Dies jedoch einschränkend nur dann, wenn die telemedizinische Leistung als medizinisch notwendig anzusehen ist und der zusätzliche Aufwand beim Arzt einen zusätzlichen Nutzen für den Patienten bietet oder eine neue, bisher nicht vergütungsfähige Leistung einführt.⁵⁶

Mithin sollten die bestehenden Vergütungsregelungen in der GOÄ wie auch dem EBM so geändert werden, dass die Telemedizin dort mitberücksichtigt wird, wo heute eine angemessene Vergütung fehlt.⁵⁷

Heute bereits abrechenbar sind z.B. Konsiliar- und Gutachtertätigkeiten, wie auch in bestimmten Fällen telefonische Beratungen. Gerade aber Teleradiologie und -pathologie sind dagegen nach wie vor weder als GOÄ Nr. noch als EBM Nr. berücksichtigt worden – obwohl die Teleradiologie in der RÖV seit dem Jahre 2002 gesetzlich geregelt ist – aber nach wie vor zum einen genehmigungspflichtig und zum anderen grundsätzlich nur für die Notversorgung vorgesehen ist.⁵⁸ Auch der für die Zukunft äußerst wichtige Bereich des Telemonitorings ist bisher unberücksichtigt geblieben.

Das Hauptproblem mag unter anderem in der persönlichen Leistungserbringungspflicht der Ärztinnen/Ärzte liegen, vgl. etwa § 28 SGB V. Dieser in diversen Gesetzen verankerte Grundsatz muss im Vertragsarztrecht als auch im Rahmen stationärer Behandlungen durch selbstliquidierende Ärzte beachtet werden. So darf der Arzt gemäß § 19 MBO-Ä und § 4 Absatz 2 GOÄ nur für selbständige ärztliche Leistungen Gebühren berechnen. Die

⁵⁴ <http://www.kbv.de/ebm2008/EBMGesamt.htm>

⁵⁵ Dierks, Habilitationsschrift „Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin in das Gesundheitswesen in Deutschland“, 1999, S. 23.

⁵⁶ Dierks, Habilitationsschrift „Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin in das Gesundheitswesen in Deutschland“, 1999, S. 25.

⁵⁷ Warda, Frank; Noelle, Guido, „Telemedizin und eHealth in Deutschland: Materialien und Empfehlungen für eine nationale Telematikplattform“ (im Auftrag des DIMDI), 1. Auflage 2002, S. 211ff. .

⁵⁸ vgl. auch Fn. 61.

selbständige ärztliche Leistungserbringung heißt zwar nicht, dass jeder einzelne Behandlungsschritt persönlich durchgeführt werden muss. Es müssen aber diejenigen Leistungen höchstpersönlich erbracht werden, die zum unverzichtbaren Kern der Leistungen gehören, etwa operative Eingriffe oder die eingehende Untersuchung des Patienten.⁵⁹ Dies wird häufig im Rahmen der Telemedizin zu großen Problemen führen.

Eine Aufgabenteilung durch mehrere Ärzte im Rahmen eines Leistungssplittings ist nach deutschem Recht weder möglich und entsprechend erst recht nicht abrechnungsfähig. Die einzige Ausnahme ist in § 15 Absatz 3 BMV-Ä zu finden: hiernach dürfen sich Vertragsärzte bei gerätebezogenen Untersuchungsleistungen zur gemeinschaftlichen Leistungserbringung unter den dort genannten Voraussetzungen zusammenschließen. In der Hamburger Berufsordnung für Ärzte, Anhang C Nr. 2, sind einzelne Behandlungsgrundsätze konkretisiert, so etwa, dass ein Arzt einen anderen zu Rate zu ziehen hat, wenn die eigene Kompetenz für die Behandlung nicht mehr ausreichend erscheint. Ähnliches findet sich auch in den Berufsordnungen anderer Bundesländer wieder. Hier wäre also Spielraum vorhanden ein Leistungssplitting auf telemedizinischer Basis zu integrieren – gerade dort wo Untersuchungen von einem hohen apparativen Einsatz abhängig sind und eine Einzeltätigkeit schon aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten unter Beachtung der zunehmenden Ressourcenknappheit kaum mehr möglich erscheint.⁶⁰ Eine Integration in den Berufsordnungen muss zwangsläufig auch zu einer Änderung des SGB V und der GOÄ führen bzw. der dort festgelegten Abrechnung für die persönliche Leistungserbringung.

Ein wegweisender Schritt in die richtige Richtung im Hinblick auf neue Kooperationsmöglichkeiten und damit einhergehender Vernetzungen ist die Einführung der integrierten Versorgung in das SGB V. Die hier nunmehr bestehenden Kooperationsmöglichkeiten über Praxis- bzw. Klinikgrenzen hinweg haben eine erhebliche Erweiterung erfahren, vgl. §§ 140 a ff. SGB V. Die integrierte Versorgung stellt eine sehr gute Grundlage für die Einführung einer telemedizinischen Grundversorgung dar. Durch vertragliche Regelungen zwischen Krankenkassen und den einzelnen Leistungserbringern können auch Vergütungen für telemedizinische Leistungen vereinbart werden.⁶¹ Ein

⁵⁹ Peikert, Peter, „Persönliche Leistungserbringungspflicht“, MedR 2000, 352 ff.

⁶⁰ vgl. Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 24 mit Verweis auf den Telemedizinführer Deutschland 2000: genannt sind etwa Teleradiologie, Nuklearmedizin, Strahlentherapie und Labortätigkeiten.

⁶¹ Clade, Harald, Deutsches Ärzteblatt 2004, 101, 104: „Gesundheitsreform: Versorgungsstrukturen erfordern neue Strategien“; auch unter: <http://www.aerzteblatt.de/v4/archiv/artikel.asp?id=40189>.

Leistungssplitting wird aber auch nach § 140 a SGB V nicht anerkannt. Auch ist fraglich, inwieweit hierdurch ein flächendeckendes, telemedizinisches Versorgungssystem geschaffen wird. Auf Wettbewerbsebene bietet die integrierte Versorgung aber bereits heute eine gute Grundlage, um telemedizinische Anwendungen in der Vergütung zu berücksichtigen.

b) Zwischenergebnis

Teilweise können telemedizinische Leistungen bereits im bestehenden Vergütungssystem geltend gemacht werden. Das Gros der Leistungen ist jedoch bisher im EBM, den Vergütungsziffern der GOÄ und den DRGs unberücksichtigt geblieben. Möchte man heute eine spezielle Abrechnung erlangen, so muss diese durch eine zusätzliche Honorarvereinbarung zwischen den Ärzten oder Klinik und Spezialist geregelt werden – etwa im Bereich der integrierten Versorgung. Hier ist über eine Anpassung der EBM-Ziffern nachzudenken, zumindest sofern die telemedizinischen Anwendungen bzw. Behandlungsformen den Facharztstandard erreicht haben.

Zusätzlich das ärztliche Leistungssplitting und die gemeinsame Leistungserbringung in bestimmten Fällen zugelassen werden, damit auch hier eine faire Vergütung etwa durch die Schaffung von EBM-Ziffern bzw. der Mitberücksichtigung in der GOÄ erfolgen kann.

6. Datenschutzrechtliche Probleme unter Einbeziehung der ärztlichen Schweigepflicht

a) Die ärztliche Schweigepflicht

Wie bereits im Punkt 4 „Strafrecht“ deutlich geworden ist, bildet die ärztliche Schweigepflicht die Grundlage für das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient. Der Patient hat einen umfassenden Schutz vor der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht – etwa in § 203 StGB, in § 823 I BGB (zivilrechtlicher Schutz) als auch im Berufs- bzw. Standesrecht, dort beispielhaft in § 9 MBO-Ä geregelt. Die Schweigepflicht umfasst sämtliche Daten des Patienten – nicht nur Daten im Rahmen der Diagnostik und Therapie. Sie geht sogar soweit, dass Daten über einen Patienten auch nicht etwa an einen anderen Arzt, der nicht zum Behandlungsteam oder einer Praxisgemeinschaft gehört, ohne die Einwilligung des Patienten weitergereicht bzw. von diesem eingesehen werden dürfen.⁶² Im Rahmen eines Telekonsils ist daher regelmäßig die Einwilligung des Patienten einzuholen, sollte es sich

⁶² K. Ulsenheimer, N. Heinemann, Der Gynäkologe (1999), Rechtliche Aspekte der Telemedizin – Grenzen der Telemedizin, 897, 900.

nicht um ein bloßes Expertengespräch ohne Bezug auf den Patientennamen und sonstige, zur Erkennung des Patienten maßgebliche Daten handeln. Die ärztliche Schweigepflicht hat aber Grenzen. So ist in § 9 MBO-Ä Absatz 4 (entsprechend in den Berufsordnungen der Länder) geregelt, dass, wenn mehrere Ärzte gleichzeitig oder nacheinander denselben Patienten untersuchen oder behandeln, sie untereinander von der Schweigepflicht insoweit befreit sind, als das Einverständnis des Patienten vorliegt oder anzunehmen ist. Diese Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht muss natürlich auch innerhalb der Schaffung eines telemedizinischen Systems gelten. Hierdurch wird sichergestellt, dass Ärzte etwa im Rahmen einer gebotenen Nachbehandlung – z.B. durch Telemonitoring – die bezüglich der Behandlung erhobenen Daten des Patienten ohne zusätzliche, mündliche bzw. schriftliche Einwilligung verwenden dürfen.

Wird ein telemedizinisches System geschaffen, so muss der Arzt sichergehen, dass während der Übermittlung der Daten ein Zugriff von Unbefugten auf die Daten des Patienten ausgeschlossen werden kann. Hierin läge sonst ebenfalls ein Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht.⁶³ Solch eine Voraussetzung kann kein System umfassend gewährleisten. Möchte der Arzt daher nicht seine Schweigepflicht verletzen, so muss er den Patienten darüber aufklären, dass ein Datenverlust und die Einsicht Fremder in die Daten unter Umständen möglich sind. Der Patient muss ausdrücklich in die Übermittlung der Daten via Internet einwilligen. Nur in absoluten Notfällen darf hiervon abgesehen werden.⁶⁴

Die ärztliche Schweigepflicht über Daten des Patienten ist eine parallel zum Datenschutz laufende Verpflichtung des Arztes – wobei sich beide in bestimmten Bereichen ergänzen und die Schweigepflicht dort Bestandteil des Datenschutzes ist bzw. der Datenschutz die Schweigepflicht des Arztes zusätzlich konkretisiert. Unter Beachtung des hier Gesagten soll im Folgenden auf den Datenschutz eingegangen werden.

b) Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten

Bei der Installierung einer Kommunikationsplattform zur Durchsetzung der Telematik in Deutschland – einhergehend mit der Schaffung der ePatientenakte, dem eArztbrief und natürlich in diesem Rahmen der eGesundheitskarte und der HPC – ist die vertrauliche Behandlung, die Sicherung und die Verwendung der Daten sowie die Zuverlässigkeit des

⁶³ K. Ulsenheimer, N. Heinemann, *Der Gynäkologe* (1999), Rechtliche Aspekte der Telemedizin – Grenzen der Telemedizin, 897, 900.

⁶⁴ Fälle der mutmaßlichen Einwilligung, vgl. z.B. Tröndle/Fischer, *Kommentar zum StGB*, § 203, Rn. 23f. .

Systems und die Weiter- und Ausbildung der mit dem System arbeitenden Personen zu gewährleisten.⁶⁵ Nur ein den Datenschutz vollumfänglich sicherndes System kann der Telematik zum Durchbruch verhelfen.

Personenbezogene Daten sind hierbei zunächst solche, die einer bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person zugeordnet werden können. Das Gegenstück zu den personenbezogenen Daten sind anonymisierte Daten, die aus dem Anwendungsbereich des Datenschutzrechts herausfallen.⁶⁶ Personenbezogene Daten unterliegen einem Verarbeitungsverbot. Eine Übermittlung dieser Daten ist nach § 4 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) nur zulässig, wenn sie durch die Einwilligung des Betroffenen legitimiert, durch eine spezialgesetzliche Regelung zugelassen ist oder eine einschlägige Regelung des Datenschutzrechtes die Übermittlung erlaubt.

aa) Einwilligung

Die Einwilligung ist eine vorherige Einverständniserklärung des Patienten mit z.B. einer bestimmten Therapie und muss auch die Datenverarbeitung umfassen. Sie erstreckt sich auf diejenigen Aspekte der Datenübermittlung, die dem Patienten bekanntgemacht worden sind.⁶⁷ Die Erhebung und Verarbeitung von Gesundheitsinformationen ist dementsprechend nur zulässig, wenn der Patient unter ausdrücklichem Bezug auf die Gesundheitsdaten in Verbindung mit der Telemedizin bzw. Telematik in schriftlicher Form und freiwillig eingewilligt hat, § 4a Abs. 1, 3 BDSG, nachdem er ausführlich über die Behandlung und deren Risiken aufgeklärt wurde.

Als eines der größten Projekte im Rahmen der Telemedizin gilt die elektronische Gesundheitskarte.⁶⁸ Besondere Anforderungen ergeben sich auch hier im Hinblick auf die Einwilligung des Patienten. Ärzte und Krankenkassen müssen den Versicherten die Unterschiede zur ursprünglichen Krankenkassenkarte erklären und die Grundlage für eine selbstbestimmte Entscheidung bezüglich der Kartennutzung herbeiführen.⁶⁹ Insbesondere dann, wenn auch die ePatientenakte, das eArztrezept und der eArztbrief hierauf mitgespeichert werden sollen.

⁶⁵ hierzu sehr umfangreich: Warda, Frank; Noelle, Guido, „Telemedizin und eHealth in Deutschland: Materialien und Empfehlungen für eine nationale Telematikplattform“ (im Auftrag des DIMDI), 1. Auflage 2002.

⁶⁶ Berg, MedR 2004, 411, 412; Dierks in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 29.

⁶⁷ Dierks in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 30.

⁶⁸ Booz-Allen-Hamilton: [Endbericht zur Kosten-Nutzen-Analyse der Einrichtung einer Telematik-Infrastruktur im deutschen Gesundheitswesen](http://www.ccc.de/crd/whistleblowerdocs/20060731-Gesundheitstelematik.pdf): <http://www.ccc.de/crd/whistleblowerdocs/20060731-Gesundheitstelematik.pdf>.

⁶⁹ Dierks in Niederlag/Dierks/Rienhoff/Lemke, Rechtliche Aspekte der Telemedizin, 2006, S.18.

bb) Spezialgesetzliche Ausgestaltungen

Spezielle Regelungen für die Einführung der Telematik und dem Umgang mit dort erhobenen Daten gibt es nicht. Es muss auf die allgemein geltenden Datenschutzregelungen im medizinischen Bereich zurückgegriffen werden.

Spezialgesetzliche Ausgestaltungen, die eine Datenübermittlung erlauben, finden sich im Bundesseuchengesetz oder im SGB V für die automatisierte, vertragsärztliche Abrechnung, §§ 294ff. SGB V. Hinzu treten Regelungen für den Krankenhausbereich in den Landeskrankenhausesetzen, die auf die allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen verweisen (siehe §§ 7ff. Hamburgisches Krankenhausgesetz/HmbKHG). Das HmbKHG sieht, was gerade für die Telemedizin im Rahmen der Archivierung von großer Bedeutung ist, die Möglichkeit einer Auftragsdatenverarbeitung vor, § 9 HmbKHG. Bei der dieser kann auch bei komplexeren Systemen sichergestellt werden, dass der externe Dritte keine personenbezogenen medizinischen Daten zur Kenntnis nehmen kann. Beispielsweise liegt bei Konzepten zur digitalen Archivierung, bei denen eine Verschlüsselung aller Informationen vorgesehen ist, keine Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht vor.⁷⁰

cc) Regelungen im BDSG

Nach dem BDSG ist ohne Einwilligung des Betroffenen und ohne spezialgesetzliche Regelung eine personenbezogene Datenübermittlung nur zulässig, wenn sie erforderlich ist, um den Zweck eines Vertragsverhältnisses zu erfüllen, § 28 Abs. 1 BDSG.

Mit dieser Ausnahmeregelung wird eine Vielzahl von personenbezogenen Datenübermittlungen im Gesundheitswesen legitimiert. Die telematische Übermittlung der Daten ist also rechtmäßig, wenn die Übermittlung notwendiger Bestandteil der Leistungserbringung gegenüber dem Patienten ist. Ein nicht vom Patienten verlangtes Telekonsil oder die Telearchivierung bedürfen der gesonderten Einwilligung des Patienten, da sie nicht im Rahmen der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses erfolgen.⁷¹

Bei der Bildung einer elektronischen Patientenakte muss differenziert werden: das erstmalige Speichern der Patientendaten auf einem Server ist von der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses umfasst, wenn der Patient speziell um dieses Verfahren in Anspruch zu nehmen die Praxis oder Klinik aufgesucht hat und keine zusätzlichen oder dem Patienten nicht erkennbare Risiken aus der Datenübermittlung an einen Dritten resultieren. Dann ist keine Einwilligung erforderlich, in allen anderen Fällen schon. Soweit ein Zugriff auf die

⁷⁰ Schurig in Niederlag/Dierks/Rienhoff/Lemke, Rechtliche Aspekte der Telemedizin, 2006, S. 40.

⁷¹ Dierks in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 31.

Daten der Patientenakte nur zusammen mit einer Patientenakte und einer Health Professional Card des Arztes möglich ist, wird in der Hingabe dieser Karte an den Arzt eine Einwilligung für den Datenzugriff zu sehen sein.⁷²

Eine weitere Ausnahme vom Erfordernis der qualifizierten Einwilligung macht § 28 Abs. 7 BDSG: danach soll eine stillschweigende Einwilligung ausreichen, wenn Gesundheitsdaten „zum Zweck der Gesundheitsvorsorge, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten erforderlich sind und die Verarbeitung dieser Daten durch ärztliches Personal oder sonstige Personen erfolgt, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen.“ Die Norm gilt grundsätzlich für die Verarbeitung personenbezogener Gesundheitsdaten in Arztpraxen und Krankenhäusern. Überschreitet die Datenverarbeitung die Grenzen des Erforderlichen oder das Maß des Üblichen, wobei auf den Horizont des Patienten abzustellen ist, wird eine gesonderte Einwilligung des Patienten erforderlich sein. Telemedizinische Dienstleistungen, die sich im Praxis- und Klinikalltag noch nicht etabliert haben, bedürfen daher im Regelfall einer gesonderten schriftlichen Einwilligung des Patienten.⁷³

dd) Anonymisierte und pseudonymisierte Daten

Weitere spezielle gesetzliche Regelungen gibt es, abgesehen von der am 1.7.2002 in Kraft getretenen novellierten Fassung der Röntgenverordnung, die mit der Teleradiologie ein Teilgebiet der Telemedizin regelt, nicht. Deswegen muss sich zum Schutze der Patienten seitens der Ärzte regelmäßig die Frage stellen, ob eine Erhebung und vor allem die Verarbeitung personenbezogener Daten im konkreten Fall überhaupt zulässig ist, oder ob eine anonymisierte oder pseudonymisierte (verschlüsselte) Datenübermittlung ausreicht. Dieser Maßstab ist Ausfluss des § 3a BDSG, der den Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit beinhaltet. Es liegt im Interesse einer größtmöglichen Datensicherheit, die übermittelte Datenmenge bei telemedizinischen Anwendungen auf das absolut Notwendige zu beschränken.

In der Praxis bedeutet dies, dass etwa im Rahmen eines Telekonsils oder bei der Inanspruchnahme von Telematik-Dienstleistern zu fragen ist, ob der Patientenbezug beibehalten werden muss, oder ob die Daten verschlüsselt übermittelt werden können. Viele telemedizinische Anwendungen lassen sich auch mit anonymisierten Patientendaten durchführen, wie z.B. eine über Email angefragte Zweitmeinung zu einem Befund. Wenn dies

⁷² Dierks in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, 31; Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 81.

⁷³ Dierks in Niederlag/Dierks/Rienhoff/Lemke, Rechtliche Aspekte der Telemedizin, 2006, S. 13f.

möglich ist, muss auf die Übermittlung personenbezogener Daten verzichtet werden. Dann entfällt auch das Erfordernis der qualifizierten Einwilligung.⁷⁴

b) Datenschutztechnik

Die Tendenz zu komplexer werdenden IT- und Kommunikationsstrukturen im Rahmen der Telemedizin erfordert in besonderem Maße eine Beachtung der rechtlichen Voraussetzungen und Anforderungen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten von Patienten und weiteren Betroffenen. Um den Schutz personenbezogener Daten sicherzustellen, beinhaltet § 9 BDSG Anforderungen an die Kontrollen des Zutritts, des Zugangs, des Zugriffs, der Weitergabe, der Eingabe, der Aufträge, der Verfügbarkeit und der Trennung von Daten. Dies führt insbesondere bei Archivierungs- und Kommunikationssystemen zu erheblichen Anforderungen, die den Schutz des Patienten gewährleisten sollen.⁷⁵ Hier sei auch nochmals auf die standesrechtliche Pflicht des Arztes zur ordnungsgemäßen Dokumentation gemäß § 10 MBO-Ä hingewiesen.⁷⁶

Bei den Sicherungsmaßnahmen handelt es sich etwa um Zugangsbeschränkungen durch gesondert gesicherte Räume und Behältnisse, Einrichtungen zur Kontrolle durch entsprechendes Personal, Überwachungstechnik, die Identifizierung der Mitarbeiter, Datenverschlüsselungen, Aus- und Fortbildung der Beschäftigten oder Passwörter.

Bereits im Jahre 1997 wurde das Signaturgesetz (SigG) erlassen. Die amtliche Begründung nimmt ausdrücklich auf den Schutz der medizinischen Daten Bezug.⁷⁷ Die digitale Signatur ist ein digitales Siegel, mit welchem die Daten nicht nur einem Urheber zugeordnet, sondern auch vor Veränderungen geschützt werden können. Die Echtheit, Korrektheit und Vollständigkeit eines Dokumenteninhaltes wird so bescheinigt.⁷⁸

Die Übertragungssicherheit der Gesundheitsdaten wird durch die Verwendung eines Virtual Private Network (VPN) gewährleistet.⁷⁹

Zu beachten ist bei Einführung von telemedizinischen Anwendungen auch § 23 Abs. 4 Hamburgisches Datenschutzgesetz (HmbDSG): Danach soll der Hamburgische Datenschutzbeauftragte zu den Auswirkungen der Nutzung neuer Informations- und Kommunikationstechniken auf den Datenschutz Stellung nehmen. Er ist über Planungen

⁷⁴ Berg, MedR 2004, 411, 414; Dierks in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 29.

⁷⁵ Berg, MedR 2004, 411, 414; Ulsenheimer/Heinemann, MedR 1999, 197, 201.

⁷⁶ vgl. Ausführungen in 2. e).

⁷⁷ BR-Drucksache 966/96, S. 28.

⁷⁸ Ulsenheimer/Heinemann, MedR 1999, 197, 201.

⁷⁹ Audebert/Lichy/Szabo/Schäbitz, Notfall und Rettungsmedizin 2008, 173, 174.

neuer Anwendungen zur Nutzung der Informations- bzw. Kommunikationstechnik rechtzeitig zu unterrichten, sofern dabei personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen.

c) **Zwischenergebnis**

Der innerdeutsche Datenschutz muss die (medizinische) Telematik genauer ausgestalten. Hierauf die vorhandene Gesetzesmaterie zu verwenden mag im Einzelfall zu Unsicherheiten führen – insbesondere da die Regelungen dem aktuellen Stand der Technik nicht vollumfänglich gerecht werden. Insoweit sollte auch die ärztliche Schweigepflicht im Rahmen der Anwendung von Telemedizin genauer ausgestaltet bzw. definiert werden.

Unter Bezugnahme der auf die Telemedizin zugeschnittenen Ausgestaltung des Datenschutzes, ist insbesondere auch die Europäische Datenschutzrichtlinie anzupassen – über diese fließt der an die moderne Technik angepasste Datenschutz in alle EU-Staaten und auch etwa in das BDSG.

Die europäische Datenschutzrichtlinie ist auch deshalb von Bedeutung, da die neu zu schaffende Kommunikationsplattform langfristig nicht nur im nationalen Raum von Bedeutung sein wird. Hierdurch wird ja gerade der innereuropäische Datenaustausch ermöglicht und hinsichtlich der Regelungen vereinheitlicht. Erste Schritte auf europäischer Ebene zur Anpassung an den technischen Fortschritt sind durch die Richtlinien über die elektronische Signatur (RLES) und über den elektronischen Geschäftsverkehr (RLEG) gemacht worden und ins innerdeutsche Recht bereits eingeflossen. Sie definieren das rechtliche Minimum, an das sich die Staaten der EU halten müssen. Jedoch gerade Nationen, die hohe Anforderungen an den Datenschutz bzw. das Erbringen von medizinischen Dienstleistungen richten, können im Bereich der telemedizinischen Leistungserbringung den Kürzeren ziehen. Gemäß Art. 3 Absatz 1 der RLEG gilt für den elektronischen Datenverkehr innerhalb Europas das Herkunftslandprinzip. D.h., dass ein Patient sich via Internet an einen z.B. polnischen oder portugiesischen Arzt oder dort erlaubten sonstigen Anbieter wenden kann und eine „umfassende“, in Deutschland nicht mögliche, Internetdiagnose über bloßen E-Mail-Verkehr erhalten darf. Es gilt sodann das Recht des Landes des Anbieters der Dienstleistung – da dieser von Polen bzw. Portugal aus agiert.⁸⁰ Damit das in Deutschland vorherrschende Datenschutzrecht – aber auch das Berufs- und Standesrecht – nicht umgangen wird, sollten daher auf europäischer Ebene Regelungen und Verhaltensweisen festgelegt bzw. vorgegeben werden, damit sich eine „Flucht ins Ausland“ – etwa im Bereich der

⁸⁰ Hier gilt auch im Dienstleistungsverkehr der EU das Herkunftslandprinzip – entgegen der Datenschutzrichtlinie.

Diagnosestellung – nicht lohnt und sich der europäische Patient keinen „schwarzen Schafen“ ausliefert.

7. Recht des Patienten auf telemedizinische Behandlung

Mit der Einhaltung des geschuldeten Facharztstandards korrespondiert in der Gesetzlichen Krankenversicherung der Anspruch des Patienten auf eine Behandlungsqualität entsprechend dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse unter Berücksichtigung des medizinischen Fortschritts (§ 2 Abs. 1 S. 3 SGB V).

Die Gewährleistung von Sicherheit und Qualität der medizinischen Behandlung und Versorgung folgt aus dem durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Aus diesem Grunde könnte dem Patienten ein Anspruch auf telemedizinische Behandlung zugestanden werden müssen.

Aus Art. 2 Abs. 2 GG kann sich ein Recht auf telemedizinische Behandlung in den Fällen ableiten, in denen telemedizinische Verfahren gerade wegen der Überwindung der räumlichen und zeitlichen Distanz die gesundheitliche Situation eines Patienten verbessern könnte, die Telematik risikoärmer oder weniger belastend, der Nutzen im Wesentlichen unbestritten sowie Qualitätssicherung gegeben ist.⁸¹ Die Rechtsprechung billigt regelmäßig keine längeren Karenzfristen zwischen der Publikation neuer Erkenntnisse und ihrer Erhebung zum Standard zu.⁸² Dementsprechend ist es dem Arzt auferlegt, sich über neue Erkenntnisse der Wissenschaft in zumutbarer Weise unterrichtet zu halten und diese Erkenntnisse seinen Patienten zugänglich zu machen.⁸³ Der Patient ist dann über die besonderen Risiken einer telemedizinischen Anwendung aufzuklären. Erst jedoch, wenn eine telemedizinische Anwendung zum Standard geworden ist, ist der Arzt, der diese Anwendung selbst nicht anbietet, verpflichtet, auf eine solche, andernorts bestehende Möglichkeit hinzuweisen. Vorher besteht keine Aufklärungspflicht.⁸⁴

8. Der telemedizinisch tätige Arzt im Haftungsprozess

Bei den meisten telematischen Anwendungen werden Daten elektronisch erzeugt und übermittelt. In einem Haftungsprozess kann es einem Arzt zum Nachteil gereichen, wenn beweishebliche Dokumente nur elektronisch und nicht in Papierform vorhanden sind, denn

⁸¹ Link, Telemedizinische Anwendungen in Deutschland und in Frankreich, 1. Auflage, 2007, S. 189; Pflüger, VersR 1999, 1070, 1072; Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 160.

⁸² VersR 1987, 414, 415.

⁸³ VersR 77, 546, 547; NJW 1982, 697, 698.

⁸⁴ Link, Telemedizinische Anwendungen in Deutschland und in Frankreich, 1. Auflage, 2007, S. 189; Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Stand Juli 2005, 5070, Rn 162.

der Nachweis der Unverfälschtheit oder Vollständigkeit ist bei elektronischen Aufzeichnungen kaum zu erbringen. Dies führt zu Verschiebungen in der Beweislast.⁸⁵ Elektronische Dokumente sind keine Urkunden, sondern Augenscheinsobjekte, so dass insbesondere § 416 ZPO nicht zur Anwendung kommt und die Dokumente der freien Beweiswürdigung des Gerichtes nach § 286 ZPO unterliegen.

Das Gericht wird in der Regel nicht feststellen können, ob ein Computerausdruck tatsächlich das wiedergibt, was zum Zeitpunkt der Behandlung gespeichert wurde. Deswegen ist die Verwendung der WORM-Technik (write once – read multiple) erforderlich, bei der ein Nachweis des unveränderten Datenbestandes leichter fällt. Weiterhin ermöglicht die digitale Signatur nach dem SigG die Ver- und Entschlüsselung der beweisheblichen Daten durch ein asymmetrisches Schlüsselpaar.⁸⁶ So können die Identität des Ausstellers und die Unversehrtheit der signierten Dateien nachgewiesen werden. In Folge dessen werden digital signierte Daten zwar nicht als Urkunden im Sinne des Urkundenbeweises anzusehen sein, da die Sicherheitsvermutung des Signaturgesetzes widerlegbar bleibt. Die beweisrechtlichen Probleme werden aber jedenfalls im Rahmen gehalten.⁸⁷

Hamburg, 15.10.2008

Peer-Ulrich Voigt

⁸⁵ Dierks, Habilitationsschrift „Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin in das Gesundheitswesen in Deutschland“, 1999, S. 36; Tillmanns, Die persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht und die Telemedizin, 2006, S. 203.

⁸⁶ Dierks, Habilitationsschrift „Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin in das Gesundheitswesen in Deutschland“, 1999, S. 38.

⁸⁷ Dierks in Dierks/Feussner/Wienke (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 27.

