



Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Privatversicherungsrecht, Wirtschaftsrecht
und Rechtsvergleichung

Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M. (Cambridge)

Digitalisierung, Recht und Versicherung

Niedersächsischer Digitalgipfel, Hannover 27.11.2019



① Haftung für (autonome) Medizinalrobotik

② E-Health

□ Telematiktarife im Gesundheitsbereich

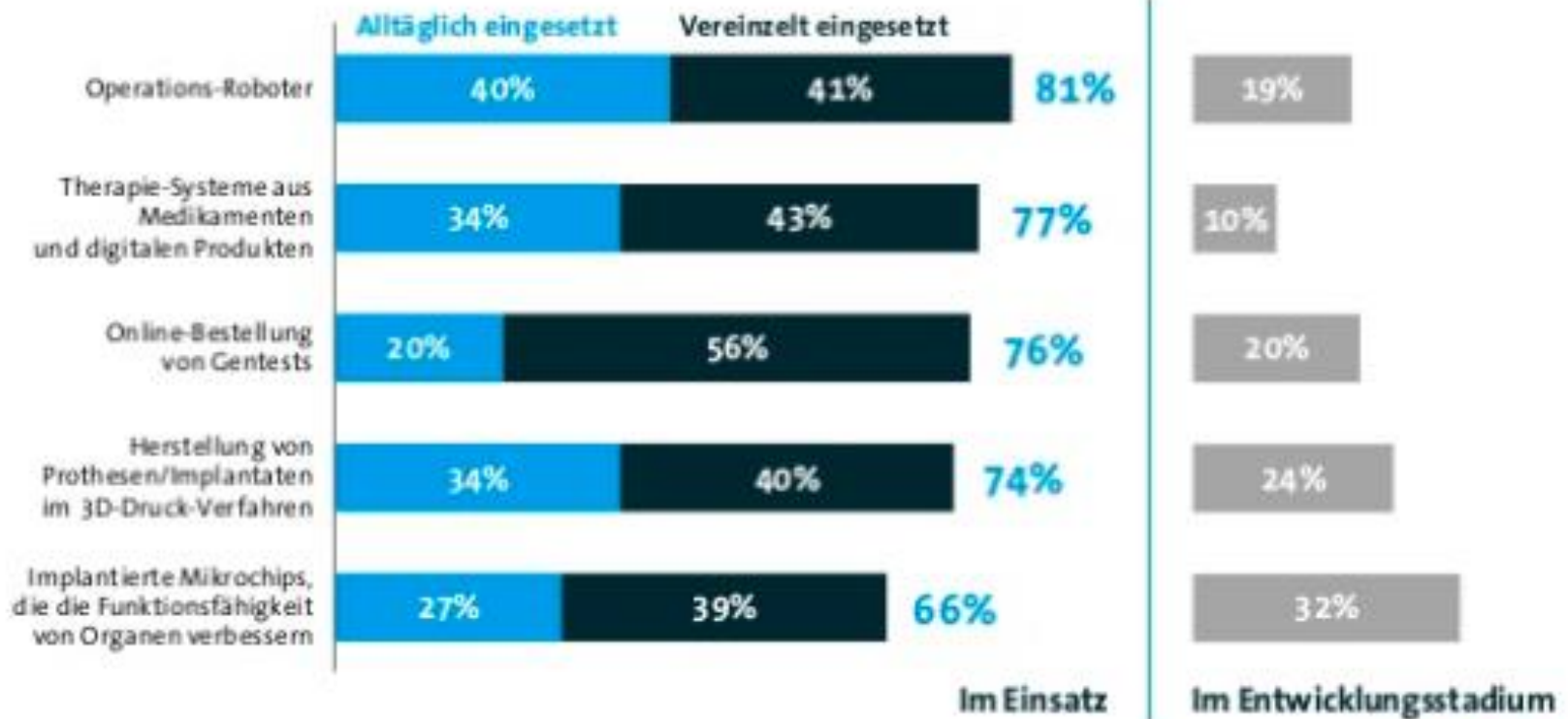


Hintergrund

- Der Einsatz von Robotern in Medizin und Pflege wird mit „Besorgnis“ gesehen, als „bedrohlich“ eingestuft oder zumindest als „erhebliche Herausforderung“ betrachtet (*Beck*, MedR 2018, 772, 774; *Eidenmüller*, ZEuP 2017, 765, 766)
- Difuse Furcht vor einer „Maschinisierung“ und „Entmenschlichung“ des Behandlungsprozesses und besonders sensibler Lebensphasen, die von Schwäche, Ausbeutbarkeit und ggf. sogar Hinfälligkeit der versorgungsbedürftigen Patienten geprägt sind
- Haftung als Zentralfrage: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103(INL))

Operations-Roboter sind im Kommen

Welchen Stellenwert werden folgende Szenarien im dt. Gesundheitswesen in zehn Jahren haben?



Einsatzgebiete

- Minimalinvasive Chirurgie
- Medikamentierung
- Strahlentherapie
- Pflege
- Bildanalyse
- Nanorobotik und Exoskelette





Haftung für klassische Medizinalrobotik

- **Vertraglich**

- Einstandspflicht des Einrichtungsbetreibers nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB
- Roboter kein Erfüllungsgehilfe i.S.d. § 278 BGB
- Erweiterung der Sorgfaltspflichten nach § 276 BGB

- **Deliktisch**

- Einstandspflicht des Einsetzenden nach § 823 Abs. 1 BGB
- Keine Entlastung durch § 630h BGB (voll beherrschbarer Bereich in Anlehnung an BGH VersR 2007, 1416 – Bestrahlungsgerät)
- Besondere Anforderungen an die Einwilligung des Patienten („Robodoc“-Entscheidung BGH VersR 2006, 1073 Rn. 13)
- Mutmaßliche Einwilligung möglich (LG Köln v. 3.9.2014 – 25 O 300/11 Rn. 19)



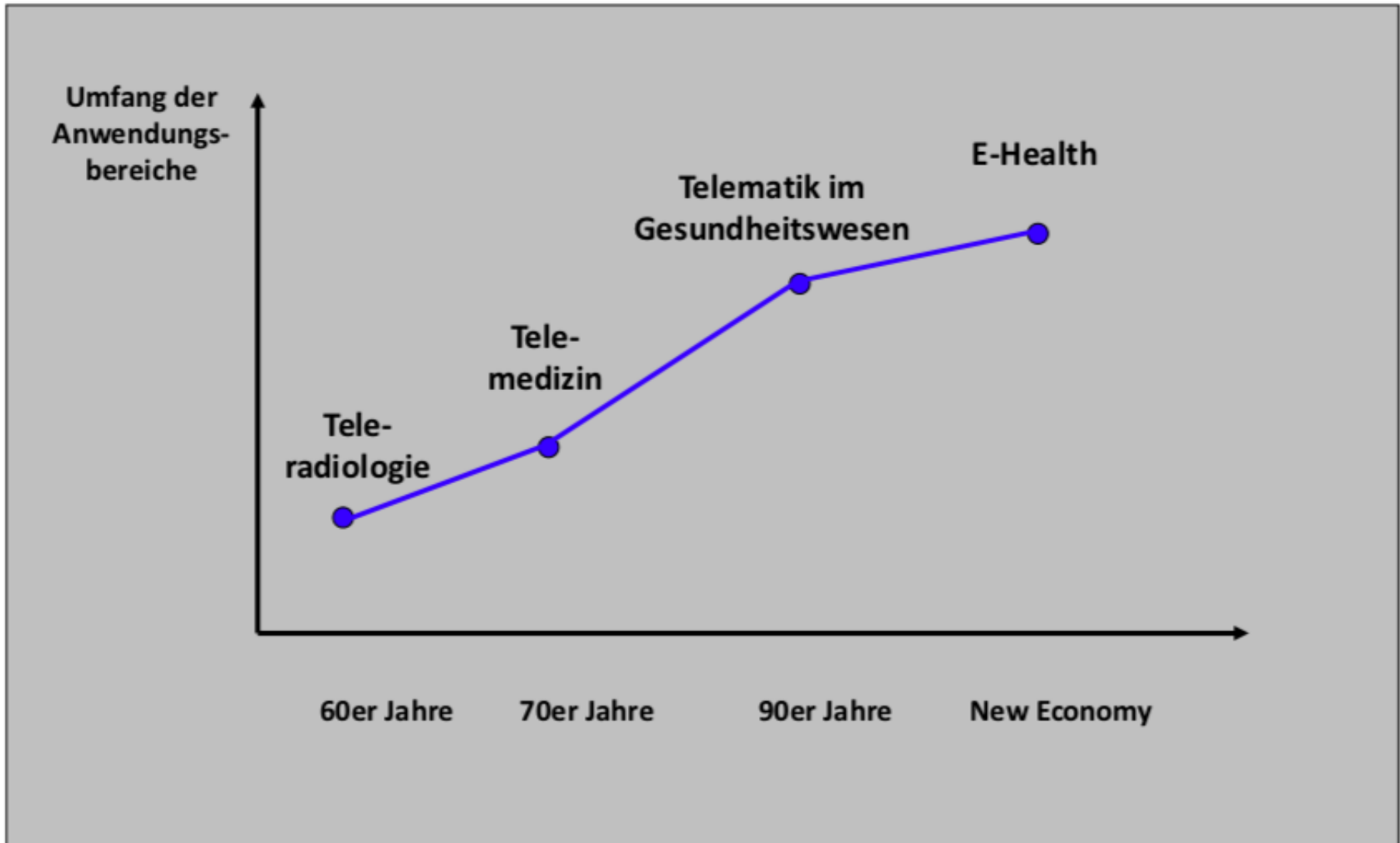
Haftung für autonome Behandlungssysteme

- **Vertraglich**

- Einstandspflicht des Einrichtungsbetreibers nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB
- Erweiterung der Sorgfaltspflichten nach § 276 BGB
- § 630h BGB hindert die Haftung nicht (teleologische Reduktion oder Auslegung)

- **Deliktisch**

- Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs des Einsetzenden nach § 823 Abs. 1 BGB durch unvorhersehbares Verhalten der Robotik
- Fondslösungen und E-Person zu weitgehend und nicht zielführend
- Erweiterung der Gefährdungshaftung führte zu ungerechtfertigter Gleichbehandlung mit autonomen Fahrzeugen
- Analogie zur Tierhalterhaftung nach § 833 S. 2 BGB möglich (*Brand, MedR 12/2019*)





Gesundheitstelematik

- Telematikinfrastuktur verbindet die IT-Systeme aus Arztpraxen, Apotheken, Krankenhäusern und Kostenträgern (GKV und PKV)
- Geschlossenes Netzwerk [Zugang über Heilberufsausweis (Leistungserbringer) und elektronische Gesundheitskarte (Patienten)]
- Ermöglicht einen systemübergreifenden Austausch von Informationen
- Überwindet bestehende Informationsgrenzen im Gesundheitswesen unter Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung
- Zuständigkeit zur Schaffung der Telematikinfrastuktur im Gesundheitswesen oblag (und obliegt) den Selbstverwaltungspartnern



Gesundheitstelematik

- Selbstverwaltungspartner gründeten zu diesem Zwecke 2005 die GEMATIK als zuständige Gesellschaft für den Aufbau und Betrieb der Telematikinfrastruktur sowie der elektronischen Gesundheitskarte
- Kernelement zur Schaffung der Infrastruktur: elektronische Gesundheitskarte
- Gesetzliche Grundlage: § 291a, b SGB V
- Bisherige Krankenversichertenkarte: lediglich Speicherung von administrativen Daten (Speicherchip)
- eGK enthält Prozessorchip, der die Umsetzung weitergehender Anwendungen ermöglicht

Die elektronische Gesundheitskarte

Vorderseite

Das einheitliche
Kartenlogo als
Erkennungsmerkmal

Der Prozessorchip
mit Verschlüsselungs-
funktion

Die Daten des Karteninhabers
(Name, Kassen- und Versiche-
renummer)



Die einheitliche Kartenbe-
zeichnung als Erkennungs-
merkmal

Das Foto der/des
Versicherten

Platz für
das Logo der
Krankenkasse

Die Kennzeichnung als „eGK“
in Blindenschrift (optional)

Quelle Kartengrafik: gematik GmbH



Gesundheitstelematik

- Differenzierung verpflichtende und freiwillige (mit Zustimmung des Versicherten) Anwendungen gemäß § 291a SGB V

Verpflichtend

Versichertenstammdaten

eRezept

Gilt als Berechtigungsnachweis
für die Inanspruchnahme
medizinischer Leistungen im EU-
Ausland

Freiwillig

Daten für die Notfallversorgung (Notfalldaten)

Elektronischer Arztbrief (eArztbrief)

Daten zur Prüfung der Therapiesicherheit

Elektronische Patientenakte (ePatientenakte)

Elektronisches Patientenfach

Elektronische Patientenquittung

Erklärung des Versicherten zur Organ- und

Gewebespende



Elektronische Patientenakte

- Ziel: Erfassung und Zusammenführung aller medizinischen Daten eines Patienten auch über einzelne Einrichtungen und einzelne Behandlungsfälle hinaus
- Einrichtungsübergreifende Behandlungsdokumentation
- Voraussetzung für e-Überweisungen und e-Rezept
- Verzahnung getrennt liegender Patientendaten



Elektronisches Rezept

- Verbessert die Erstellung der ärztlichen Versorgung und die Verarbeitung der damit verbundenen Daten
- Verknüpft Arzneimittelinformationssysteme mit patientenbezogenen aktuellen Dokumentationen (e-Patientenakte)
- Erleichterung des Entwickelns einer geeigneten Therapie
- Unerwünschte Wechselwirkungen können kontrolliert und individuelle Unverträglichkeiten berücksichtigt werden

Telemedizin

- Unter Telemedizin werden im weiteren Sinn alle medizinischen Behandlungen verstanden, bei denen sich die Akteure nicht in einem unmittelbaren Kontakt miteinander befinden.
- Die Überwindung der räumlichen Distanz erfolgt über technische Hilfsmittel (z.B. Telefon, Fax, bis hin zu modernsten Informationstechnologien)
- Aufteilung der Telemedizin nach Anwendungsbereich
 - (1) Anwendungen im sog. „Doc2Doc-Bereich“: Telechirurgie, Teleausbildung, Telekonsultation
 - (2) Anwendungen im sog. „Doc2Pat-Bereich“: Telemonitoring





Telemedizin

- Demographischer Wandel → Zunahme älterer Menschen → zunehmende Morbidität und Multimorbidität
- Steigende Prävalenz chronischer Krankheiten
- Versorgung in ländlichen Regionen zum Teil suboptimal (u.a. weniger Ärzte, längere Fahrwege bei schlechter werdendem ÖPNV, älterer Bevölkerung)
- Kostendruck im Gesundheitswesen
- Abwanderungsfurcht

Das in London ansässige Internetportal DrEd hat nach eigenen Angaben seit dem Start im Jahr 2011 bis Ende 2017 insgesamt 400 000 deutsche Patienten telemedizinisch betreut



Telemedizin – Patientennutzen

- Verkürzte Warte- und Behandlungszeiten, Liegezeiten, Pflegezeiten
- Wohnortnähere Behandlung und Nachsorge
- Reduzierung der Gefahr beim Transport
- Spezialisierte Versorgungseinrichtungen werden schneller zugänglich
- Verringerung der Gefahr einer Fehlbehandlung (Versorgungsqualität)
- Schneller Einleitung der Therapie
- Notfälle haben bessere Überlebenschancen
- Selbsthilfegruppen werden mehr gefördert
- Reduktion von Mehrfachuntersuchungen und damit verbundenen Belastungen



Telemedizin – Risiken

- Zulässigkeit
- Qualitätskontrolle – Haftung
- Zugriffsschutz
- Gläserner Patient
- Kosten
- Datenschutz



Telemedizin

- Mit großer Mehrheit haben die Delegierten des 121. Deutschen Ärztetages einer Änderung der ärztlichen (Muster-)Berufsordnung (MBO-Ä) zugestimmt
- Berufsrechtliches Verbot der ausschließlichen Fernbehandlung wurde gelockert.
- Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien sind jetzt auch ohne persönlichen Erstkontakt „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.“

(§ 7 Abs. 4 MBO-Ä neu)



Überblick

- **Wendzeit** mit den Kennzeichen Wandel der Vertriebstechnik (Digitalisierung), Wandel der Akteure (Insurtechs, Online-Versicherer und –Vermittler), Wandel der Nutzerpräferenzen, Wandel des Regelungsrahmens
- **Kerntendenz: Digitalisierung mit drei Hauptmerkmalen**
 - **Internet, komplexe Algorithmen:** Möglichkeit des jederzeitigen, vollständigen Online-Vertriebs und des assistierten, digitalen Leistungsmanagements
 - **Chatbots, KI:** Möglichkeit der nicht-menschlichen Information und Beratung
 - **Big Data, Telematik:** Möglichkeit der Sammlung von Versichertendaten



Funktionsweise

- **Definition:** Tarife und Programme, bei denen das Verhalten der Versicherungsnehmer in digitaler Form regelmäßig erfasst wird (S. 11)
- IdR anfängliche Prämienermäßigung für die Teilnahme
- Im weiteren Verlauf Prämienvergünstigungen abhängig von risikobewusstem Verhalten (zwischen 5-30 Prozent in Kfz-Haftpflicht, bis zu 20 Prozent in der Berufsunfähigkeits- und Risikolebensversicherung)
- Alternativ Preisnachlässe bei ausgewählten Kooperationspartnern (z.B. Fitnessstudios)



Hintergrund

- Versicherungswirtschaft unter Kostendruck und mit beschränkten Einkunftsmöglichkeiten auf dem Kapitalmarkt
 - Furcht vor dem Markteintritt von BigTechs
- Nachwachsende Generation von VN, die
 - datenaffin ist (Quantified-Self-Bewegung)
 - Wohlstandssicherung als Hauptziel hat
 - geringe Erwartungen an die Freiheitssicherung durch den Staat hat (Neo-Biedermeier)
- Folge: hohe Produktchancen bei hohem Gefährdungspotential



Hintergrund

- **Perspektivenproblem**
 - **Ökonomie**: Hauptziele und -erwartungen: **Förderung von Bequemlichkeit, Sicherheit und Effizienz**
 - **Jurisprudenz**: Abzuwägen gegen den Schutz der **Freiheit**



Skepsis der Politik

- Abschlussbericht der Verbraucherschutzministerkonferenz 5/2019
- **Zweigliederung der Versicherungswelt** in Sparten, die der Telematik zugänglich sind, und solche die dies nicht sind (Kranken- und Lebensversicherung, Empfehlung No. 3)
- „Rotwang-Furcht“
- **Gegenentwurf: Gestaffelte Zulässigkeit nach Schutzbedürftigkeit** auf Grundlage bestehenden Rechts (*Brand, VersR 2019, 725*)
 - Level 1: (Überwiegend) Vertragsrechtliche Kontrolle (Sach-, Kfz-Versicherung)
 - Level 2: Aufsichtsrechtliche Begünstigungsschranken (Lebensversicherung)
 - Level 3: Zusätzliche aufsichtsrechtliche Kalkulationsschranken (Krankenversicherung)



Befassung der VSMK

- 30.8.2017: Erstes Treffen der Projektgruppe
- 20.12.2017: Gesprächsrunde unter Beteiligung der Wissenschaft
- 21.8.2018: Anhörung der Versicherungswirtschaft und einiger Experten
- 21.2.2019 Vorlage Abschlussbericht, beschlossen unter TOP 26 der 15. VSMK am 24.5.2019 in Mainz (abzurufen unter <https://www.verbraucherschutzministerkonferenz.de/VSMK-Dokumente.html>)

„ keine konkrete Gefahr für die Solidargemeinschaft als kollektives System der Risikoabsicherung“



Befassung der VSMK - Kernempfehlungen

- Abschlussbericht der Verbraucherschutzministerkonferenz 7/2019
- Nr. 3: Die Verbraucherschutzministerkonferenz schließt sich außerdem den Forderungen der Justizministerkonferenz vom 15. November 2018 an (TOP I.3) und spricht sich für ein gesetzliches Verbot einer laufenden Erfassung personenbezogener Gesundheitsdaten zum Zwecke der Tarifgestaltung bei Personenversicherungen (insbesondere Krankenversicherung) aus (**Verbot in der Personenversicherung**)
- Nr. 5: Nach Auffassung der Verbraucherschutzministerkonferenz verlangen der grundgesetzliche Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sowie die Grundsätze des Datenschutzrechts, dass die Versicherten die freie Wahl zwischen Versicherungen mit und ohne Telematiktarif haben (**Grundrechtlich verbürgte Wahlfreiheit**)



Empfehlungen der VSMK – Krankenversicherung

- Den Versicherten muss aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Alternative ohne weitgehende Datenpreisgabe offenstehen, die nicht mit unzumutbaren Mehrkosten verbunden ist.
- Freiwilligkeit nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO: Bereits bei einer spürbaren Schlechterstellung von Versicherten, die sich nicht zur Teilnahme an einem mit Vergünstigungen verbundenen Telematikprogramm bereit erklären, könnten nach Auffassung der Projektgruppe Zweifel an der Wirksamkeit der Einwilligung bestehen (S. 34).



Vorgaben der Prämienkalkulation

- § 160 VAG i.V.m. §§ 2, 6, 10 KVAV
- Der Beitrag muss einheitlich kalkuliert werden und risikogerecht sein.
- Maßgebliche Rechnungsgrundlagen sind:
 - der Rechnungszins,
 - die Ausscheideordnung,
 - die Kopfschäden,
 - der Sicherheitszuschlag (...)
- Ansatzpunkt Kopfschäden: „auf einen Versicherten entfallenden *durchschnittlichen Versicherungsleistungen* abhängig von Alter, Vorerkrankungen und Leistungsumfang des Tarifs (§ 6 Abs. 1 KVAV).



Vorgaben der Prämienkalkulation

- **Kleine Anfrage an die Bundesregierung**
- „Inwieweit sind Angebote privater Krankenversicherungsunternehmen mit einem laufenden individuellen Gesundheits-Monitoring mittels Apps und darauf aufbauende risikoadjustierte Prämien ... mit dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG) vereinbar“?
- **Antwort: nicht vereinbar mit §§ 155, 160 VAG i.V.m. § 203 Abs. 2 VAG**
(Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Renate Künast u. a., BT-Drucks. 18/10259 vom 9.11.2016, S. 5)



Ausschluss der Gefahrerhöhung, § 194 I 2 VVG

- Klassische Durchbrechung des Äquivalenzprinzips
- Nicht: Altersabhängigkeit des Krankheitsrisikos (irrtümlich: BGH VersR 1983, 848; HK-VVG/Rogler, § 194 Rn. 3)
- Begriff des Versicherungsfalls in der PKV
 - Beginn des Krankheitsgeschehens kann nicht ermittelt werden
 - Verlauf des Krankheitsgeschehens kann nicht prognostiziert werden
 - Keine Möglichkeit, nachzuweisen, dass und wodurch sich das Krankheitsrisiko mit ursächlicher Wirkung erhöht hat
- Schonung der Lebensführung des VN (Grenze: § 201 VVG)
- **Ausgleich** durch **§ 203 VVG**



Ausschluss der Gefahrerhöhung, § 194 I 2 VVG

- Keine Bedenken, **vertragliche Obliegenheiten** zu begründen, die darauf abzielen, eine subjektive Gefahrerhöhung zu vermeiden. Ein Beispiel ist der Einwilligungsvorbehalt des VR bei Abschluss weiterer Versicherungen nach § 9 Abs. 6 MB/KK und MB/KT 2009

(Langheid/Wandt/*Kalis* § 194 Rn. 25; Looschelders/Pohlmann/*Reinhard* § 194 Rn. 11; Prölss/Martin/*Voit* § 194 Rn. 8; *Reinhardt* Gefahrerhöhung S. 208)
- Zwar dient § 194 Abs. 1 S. 2 auch der Schonung der Lebensführung des VN, aber nicht dergestalt, dass sie es dem VR aus der Hand schläge, irgendwelche Rechtsfolgen an die Veränderung eines Verhaltens des VN zu knüpfen.
- Dies dürfen nur **nicht die typischen Rechtsfolgen einer Gefahrerhöhung** sein. Vermehrte oder verminderte Überschussbeteiligungen kommen in Betracht (Bruck/Möller/*Brand*, § 194 Rn. 28)



Beteiligung an den RfB

- **Gleichbehandlungsgrundsatz**, § 146 II 1 VAG: Bei gleichen Voraussetzungen dürfen Prämien und Leistungen nur nach gleichen Grundsätzen bemessen werden.

aber BGHZ 119, 55, 61: „mit Regelungen über Beitragsrückerstattungen (soll) ... ein individuelles Kostenverhalten des Versicherten gesteuert und eine *gesundheitsbewusste Lebensführung* gefördert werden.“

- **P: Teilung einer Ressource (RfB) > Konkurrenz mit der Abfederung von Beitragsanpassungen** (dazu Band/Baroch Castellvi/*Brand*, VAG, § 146 Rn. 46)
- **Ungleichbehandlungen rechtfertigbar u.a durch**
- Risikobezogene Kriterien (Alter, Gesundheitszustand, etc.) > **Sonderopfer, abhängig von der Art der Datennutzung durch den VR**

(näher *Brand*, VersR 2019, 725, 729)



Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Privatversicherungsrecht, Wirtschaftsrecht
und Rechtsvergleichung

Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M. (Cambridge)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M. (Cambridge)

Kontakt: brand.uni-mannheim.de/kontakt
 [facebook.com \(Lehrstuhl Brand an der Uni Mannheim\)](https://www.facebook.com/LehrstuhlBrand)
 oliver.brand@uni-mannheim.de
 +49 (621) 181 1363