

#### Recht aktuell kommentiert: Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Fernaufklärung



#### Philip Schelling

Der Arzt ist bekanntlich gehalten, seinen Patienten vor jedem Eingriff über dessen Verlauf, die typischen Risiken und etwaige Behandlungsalternativen »mündlich« und für ihn »verständlich« aufzuklären (vgl. §§ 630d, Abs. 2, 630e Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]). Unterlässt der Arzt dies, ist die Einwilligung des Patienten unwirksam und der Eingriff rechtswidrig, was auf Seiten des Arztes zivilrechtliche Schadensersatzpflichten auslösen oder eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung begründen kann.

Nachdem die Digitalisierung zunehmend auch den Gesundheitssektor durchdringt und es coronabedingt zur Infektionsprophylaxe – sowohl im Interesse des Arztes als auch des Patienten liegen kann, unmittelbare persönliche Kontakte zueinander zu reduzieren, stellt sich die berechtigte Frage, ob die Patientenaufklärung auch telefonisch oder per Videoschaltung zulässig ist. Eine solche Fernaufklärung könnte für den Patienten darüber hinaus den positiven Nebeneffekt haben, sich die Anreise (alleine) zur Durchführung des Aufklärungsgesprächs im Vorfeld eines Eingriffs sparen zu können.

### Ärztliches Berufsrecht erlaubt Fernbehandlung

Seit der Novellierung der Musterberufsordnung für Arzte im Mai 2018 haben nahezu alle Landesärztekammern die Möglichkeit der sogar ausschließlichen Fernbehandlung, heißt der ärztlichen Behandlung und Beratung ohne vorherigen physischen Patientenkontakt, in ihren Berufsordnungen aufgenommen (vgl. z.B. § 7 Abs. 4 der Bayerischen Berufsordnung), allerdings: Die berufsrechtliche Zulässigkeit der Fernbehandlung bedeutet nicht automatisch auch die haftungsrechtliche Zulässigkeit der Fernaufklärung. Die Antwort auf die Frage, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein Patient »fernaufgeklärt« werden kann, liefern vielmehr die bestehenden gesetzlichen Regelungen und deren Begründungen beziehungsweise die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH).

#### Grundsatz: Mündlichkeit der Aufklärung

Der mit dem Patientenrechtegesetz in das BGB eingeführte § 630e Absatz 2, Nr. 1 BGB bestimmt, dass die Aufklärung des Patienten »mündlich« zu erfolgen hat. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: »Dem Patienten soll die Möglichkeit eröffnet werden, in einem persönlichen Gespräch mit dem Behandelnden gegebenenfalls auch Rückfragen zu stellen, sodass die Aufklärung nicht auf einen lediglich formalen Merkposten innerhalb eines Aufklärungsbogens reduziert wird. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Aufklärung in einfach gelagerten Fällen auch fernmündlich erfolgen (BGH v. 15. Juni 2010, Az. VI ZR 204, 2009)«.

Es wird also deutlich, dass der Gesetzgeber bei der ärztlichen Aufklärung grundsätzlich von einem persönlichen Gespräch bei physischer Anwesenheit von Arzt und Patient ausgeht und in Anlehnung an das Urteil des BGH vom 15.06.2010 nur ausnahmsweise, nämlich »in einfach gelagerten Fällen« eine fernmündliche, das heißt telefonische Aufklärung zulassen wollte.

# Telefonische Aufklärung in engen Grenzen möglich

Der BGH hatte in dem zitierten Urteil von 2010 die (wenn auch nur »ausnahmsweise«) Zulässigkeit der telefonischen Aufklärung damit begründet, dass es auch in einem Telefonat möglich sei, auf individuelle Belange des Patienten einzugehen und Fragen zu beantworten.

Voraussetzung sei allerdings, dass 1. es sich um einen Routinefall handelt (bei dem vom BGH entschiedenen Fall ging es um eine Leistenhernien-Operation), 2. der Inhalt der telefonischen Aufklärung sorgfältig dokumentiert wird, 3. der Aufklärungsbogen dem Patienten vorher übergeben worden war, 4. der Arzt ein persönliches Gespräch angeboten hatte, 5. der Telefontermin fest vereinbart worden war, 6. dem Patienten am Operationstag nochmals Gelegenheit zu Fragen gegeben wurde und 7. sich der Arzt die telefonisch erteilte Einwilligung am Operationstag schriftlich bestätigen lässt.

## Aufklärung per Videotelefonie grundsätzlich zulässig?

Ob eine Fernaufklärung per Videotelefonie zulässig ist, musste der BGH bislang noch nicht entscheiden. Anders



der Gesetzgeber, der angesichts der auch im Gesundheitswesen fortschreitenden Digitalisierung unter anderem vor der Frage stand, ob mit dem Inkrafttreten des Digitale-Versorgung-Gesetzes (DVG 2019) auch die Vorschrift zur Aufklärung (§ 630e BGB) den digitalen Möglichkeiten anzupassen war. Dies verneinte der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung mit dem Hinweis, dass § 630e BGB den Einsatz von modernen Kommunikationsmitteln ja bereits erlaube, »solange diese den unmittelbaren sprachlichen Austausch zwischen dem Patienten und dem Behandelnden zulassen«. Das traditionell übliche persönliche Gespräch in der Praxis des Behandelnden könne bereits heute »durch die Verwendung von Telekommunikationsmitteln« ersetzt werden. Gleiches gelte für die Aufklärungspflicht des Behandelnden gegenüber dem Patienten hinsichtlich Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken einer einwilligungsbedürftigen medizinischen Maßnahme. Insbesondere bei der Videosprechstunde sei »eine dem unmittelbaren Arzt-Patienten-Kontakt vergleichbare Gesprächssituation gegeben, sodass der Patient alle erforderlichen Rückfragen mit dem Behandelnden unmittelbar erörtern kann«.

Der Gesetzgeber bringt hier also zum Ausdruck, dass die Videotelefonie, was die kommunikative Qualität anbelangt, mit dem Präsenzgespräch generell vergleichbar ist, da hier weit mehr als bei einem reinen Telefonat die »non-verbale Kommunikation« erhalten bleibt. Deshalb viel dafür spricht, dass der vom BGH für die telefonische Aufklärung formulierte Vorbehalt (»nur in einfach gelagerten Fällen«) hier nicht gilt.

## Voraussetzungen der Aufklärung per Videotelefonie

Der Anwendungsbereich der Aufklärung per Videotelefonie dürfte weiter sein als der der telefonischen Aufklärung und sämtliche diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen erfassen. Solange jedoch noch keine

Grundsatzentscheidung des BGH vorliegt, sind Ärzte gut beraten, stets individuell abzuwägen, ob ein Aufklärungsgespräch per Videotelefonie stattfinden kann oder aber in einem Gespräch mit dem physisch anwesenden Patienten erfolgen muss.

Bei verbleibenden Zweifeln hinsichtlich der Zulässigkeit der Fernaufklärung sollte der Arzt sicherheitshalber auf ein Präsenz-Aufklärungsgespräch bestehen.

Für eine Aufklärung per Video, Telefon oder im Rahmen eines Präsenzgesprächs gilt gleichermaßen: Der aufklärende Arzt muss sich vergewissern, dass der Patient die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs »im Großen und Ganzen« verstanden hat. Beim Aufklärungsgespräch sind nicht nur etwaige Sprachprobleme oder intellektuelle Defizite des Patienten, sondern auch die Fähigkeiten des Patienten im Umgang mit dem Kommunikationsmedium zu berücksichtigen.

Der Patient sollte gegebenenfalls eine Liste seiner Medikamente und gegebenenfalls Untersuchungsbefunde parat haben, damit auch Rückfragen möglich sind. Auch insofern kann es angezeigt sein, den Patienten schon im Vorfeld auf das Videotelefonat entsprechend vorzubereiten.

Dem Patienten muss außerdem angeboten und ausreichend Gelegenheit eingeräumt werden, Fragen zu stellen (auch noch nach Abschluss des Videotelefonats, z.B. fernmündlich).

Eine Aufzeichnung in Bild und/oder Ton ist unzulässig.

Sollte über eine Fernbehandlung aufgeklärt werden, muss zusätzlich auch über deren Besonderheiten beziehungsweise etwaige Risiken (z.B. dass die Fernbehandlung auch durch die Qualität der Datenübertragung beeinflusst wird und gegebenenfalls unterbrochen werden muss) und die grundsätzliche Möglichkeit einer Behandlung vor Ort informiert werden.

Auch wenn derzeit schwer absehbar ist, wie die Gerichte künftig über die Aufklärung per Videotelefonie entscheiden werden, gilt jedenfalls auch hier der Grundsatz, dass im Streitfall der Arzt eine korrekte Aufklärung des Patienten beweisen muss. Er trägt also auch das Risiko, dass sich eine Fernaufklärung im Nachhinein als unzureichend erweist. Deshalb sollte auch die Dokumentation bei der Aufklärung per Videotelefonie besonders sorgfältig und lückenlos geführt und vor dem Eingriff die Unterschrift des Patienten eingeholt werden. Die Verwendung von Aufklärungsbögen ist gerade bei der Fernaufklärung aus beweisrechtlichen Gründen dringend angezeigt.

#### Ausblick

Wie häufig von der Möglichkeit der Fernaufklärung künftig Gebrauch gemacht wird, wird sich zeigen. Freilich wird der persönliche Arzt-Patienten-Kontakt weiterhin der »Goldstandard« ärztlichen Handelns sein. Digitale Techniken sollen die ärztliche Tätigkeit unterstützen, sie dürfen und können aber die notwendige persönliche Zuwendung von Arzten nicht ersetzen, auch in Pandemiezeiten nicht. Vor diesem Hintergrund muss wohl auch die Fernaufklärung jedenfalls derzeit als eine zusätzliche Option, nicht jedoch als grundsätzliche und durchweg gleichwertige Alternative zum persönlichen Aufklärungsgespräch verstanden werden. Dies kann beziehungsweise wird sich ändern, wenn der BGH demnächst in einem Grundsatzurteil die Aufklärung per Videoschalte ausdrücklich für zulässig erklärt. Warten wir es ab.

Anschrift des Verfassers:
Dr. jur. Philip Schelling
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht
und Strafrecht
Kanzlei Ulsenheimer Friederich
Maximiliansplatz 12
80333 München
E-Mail schelling@uls-frie.de