### **JUS-Letter**

Dezember 2020 | Jahrgang 20 | Ausgabe 4

# **BD**Aktuell

### In dieser Ausgabe:

Aufklärung per Videotelefonie? Möglichkeiten und Grenzen der Fernaufklärung V155

V157

Fortbildung zu Pandemiezeiten der Fernaufklärung

Dr. iur. Philip Schelling, München<sup>1</sup>

#### Dr. iur. Philip Schelling, München<sup>1</sup> Dr. iur. Elmar Biermann, Nürnberg

Möglichkeiten und Grenzen

Aufklärung per Videotelefonie?

Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt voraus, dass der Patient zuvor "mündlich" und für ihn "verständlich" aufgeklärt wurde (§§ 630d Abs. 2, 630e Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). Ohne adäquate Aufklärung ist eine Einwilligung des Patienten unwirksam. Der ärztliche Eingriff ist dann rechtswidrig, das kann zivilrechtlich Schadensersatzansprüche und strafrechtlich Konsequenzen wegen Körperverletzung zur Folge haben.

Da die Digitalisierung zunehmend auch den Gesundheitssektor durchdringt und COVID-19-bedingt zur Infektionsprophylaxe eine Reduzierung der unmittelbaren persönlichen Kontakte angestrebt wird, stellt sich die Frage, ob die Patientenaufklärung auch telefonisch oder per Videoschaltung zulässig ist. Dies würde den Patienten nicht nur eine Anreise zur Durchführung des Aufklärungsgesprächs im Vorfeld des operativen Eingriffs ersparen, es mindert zugleich Infektionsrisiken, z.B. auch im Rahmen der "Prämedikation" innerhalb des Krankenhauses und würde den Einsatz schwangerer Ärztinnen bei der Aufklärung von Patienten im Krankenhaus erlauben, der bei einem unmittelbaren physischen Kontakt mit Patienten u.U. aus Gründen des Infektionsschutzes fraglich wäre.

## Ärztliches Berufsrecht erlaubt Fernbehandlung

Seit der Novellierung der Musterberufsordnung für Ärzte im Mai 2018² haben nahezu alle Landesärztekammern in ihren Berufsordnungen (vgl. z.B. § 7 Abs. 4 der Bayerischen Berufsordnung) die Möglichkeit der sogar ausschließlichen Fernbehandlung, d.h. der ärztlichen Behandlung und Beratung ohne vorherigen physischen Patientenkontakt, eröffnet. Doch folgt aus der berufsrechtlichen Zulässigkeit der Fernbehandlung nicht automatisch auch die haftungsrechtliche Unbedenklichkeit einer Fernaufklärung.

# Grundsatz: Mündlichkeit der Aufklärung

Der mit dem Patientenrechtegesetz in das BGB eingeführte § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB bestimmt, dass die Aufklärung des Patienten "mündlich" zu erfolgen hat. In der Gesetzesbegründung³ 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.



#### Berufsverband Deutscher Anästhesisten

- Justitiare -Roritzerstraße 27 90419 Nürnberg

Telefon: 0911 93378 17

0911 93378 19 0911 93378 27

Telefax: 0911 3938195

E-Mail: Justitiare@bda-ev.de Internet: www.bda.de

- Dr. iur. Philip Schelling, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht und Strafrecht, Ulsenheimer-Friederich Rechtsanwälte. München
- 2 Siehe hierzu Bundesärztekammer: Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs.4 MBO-Ä Deutsches Ärzteblatt. DOI: 10.3238/arztebl.2019.mbo.fernbehandlung
- 3 Bundestagsdrucksache 17/10488 v. 15.8.2012, S. 24

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)".

## Telefonische Aufklärung in Grenzen möglich

Der BGH hatte in dem vom Gesetzgeber zitierten Urteil von 2010 die (wenn auch nur "ausnahmsweise") Zulässigkeit der telefonischen Aufklärung mit der zutreffenden Erkenntnis 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-OP),
- (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 OP-Tag nochmals Gelegenheit zu Fragen gegeben wurde und
- (7) sich der Arzt die telefonisch erteilte Einwilligung am OP-Tag schriftlich bestätigen lässt.<sup>4</sup>

# Aufklärung per Videotelefonie zulässig?

Ob eine Fernaufklärung auch per Videotelefonie zulässig ist, hatte der BGH bislang noch nicht zu entscheiden – anders der Gesetzgeber, der sich ange-

sichts der auch im Gesundheitswesen fortschreitenden Digitalisierung u.a. die Frage stellte, ob mit dem Inkrafttreten des Digitale-Versorgung-Gesetzes (DVG 2019) auch die Vorschrift zur Aufklärung (§ 630e BGB) den digitalen Möglichkeiten anzupassen sei. Den Vorschlag einer dies klarstellenden Ergänzung<sup>5</sup> wies der Gesetzgeber des DVG 2019 in der Begründung zu diesem Gesetz dann jedoch als unnötig mit dem Hinweis zurück, dass § 630e BGB dem Einsatz von modernen Telekommunikationsmitteln überhaupt nicht im Wege stünde, "solange diese den unmittelbaren sprachlichen Austausch zwischen dem Patienten und dem Behandelnden zulassen<sup>46</sup>. Das traditionell übliche Gespräch bei physischer Anwesenheit der Beteiligten in der Praxis des Arztes dürfe bereits heute "durch die Verwendung von Telekommunikationsmitteln" ersetzt werden. Gleiches gelte für die Pflicht zur Aufklärung des Patienten hinsichtlich Art, Umfang, Durchführung, zu erwartender 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 damit zutreffend zum Ausdruck, dass die Videotelefonie im Hinblick auf die "kommunikative Qualität" generell dem Präsenzgespräch vergleichbar ist, denn weit mehr als bei einem reinen Telefonat bleibt die "non-verbale Kommunikation" erhalten. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH den von ihm für die telefonische Aufklärung geäußerten Vorbehalt ("nur in einfach gelagerten Fällen") nicht auf die Videotelefonie erstrecken und im Interesse von Patient und Arzt den Telekommunikationsmöglichkeiten Raum lassen wird, wenn diese, wie z.B. die Videotelefonie, eine dem traditionellen Arzt-Patientengespräch entsprechende Kommunikation in einer "geschützten" Atmosphäre erlauben.

Folgende Voraussetzungen dürften dabei unverzichtbar sein: Der Patient ist darüber informiert, dass die Teilnahme am Videotelefonat für beide Parteien freiwillig ist, er hat ausreichend Gelegenheit, Fragen zu stellen (auch noch nach Abschluss des Videotelefonats, z.B. fernmündlich), die Durchführung findet in nicht öffentlichen Räumen mit angemessener Privatsphäre statt, in Anlehnung an die Voraussetzungen einer Videosprechstunde erfolgt keine Aufzeichnung in Bild und/oder Ton, weitere Personen dürfen nur bei Zustimmung aller Beteiligten hinzugezogen werden, die Datenschutzanforderungen werden beachtet.

Als Basis und als Ergänzung des Gesprächs können die vom Patienten gelesenen – und ausgefüllten – üblichen Aufklärungsbögen verwendet werden; der Patient sollte eine Liste seiner Medikamente und gegebenenfalls Untersuchungs-/Laborbefunde parat haben. Eine Beeinträchtigung in Bild oder Ton wird sofort mitgeteilt.

#### **Fazit**

Die Kommunikation per Videotelefonie eröffnet größere Spielräume als eine rein "fern-mündliche" telefonische Kon-

<sup>4</sup> Nähere Informationen: Weis E, Gaibler T: BGH. Telefonische Aufklärung bei "Routineeingriffen" zulässig. BDAktuell JUS-Letter September 2010. Anästh Intensivmed 2010;51:503–506

<sup>5</sup> Siehe Referentenentwurf des BMG zum DVG vom 15.5.2019, Art. 6, Vorschlag einer Ergänzung des § 630e Abs. 1 BGB um folgenden Satz: "Im Rahmen einer telemedizinischen Behandlung kann die Aufklärung nach Satz 1 auch unter Einsatz der für die Behandlung verwendeten Fernkommunikationsmittel erfolgen."

<sup>6</sup> Begründung der Bundesregierung DVG, BT-Drucksache 19/13438 v. 23.9.2019, S. 70: "Das traditionell übliche persönliche Gespräch in der Praxis des Behandelnden kann heute durch die Verwendung von Telekommunikationsmitteln ersetzt werden, ohne dass Patient und Behandelnder sich in den gleichen Räumlichkeiten aufhalten müssen. Gleiches gilt für die Aufklärungspflicht des Behandelnden gegenüber dem Patienten hinsichtlich Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken einer einwilligungsbedürftigen medizinischen Maßnahme. Die im Rahmen der Begründung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundessgerichtshofs (Bundestagsdrucksache. 17/10488, Seite 24) noch geäußerten Bedenken hinsichtlich der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Rahmen der Aufklärung auch hinsichtlich schwierig gelagerter Behandlungsfälle bestehen angesichts der rasant gestiegenen und noch immer steigenden technischen Qualität und gesellschaftlichen Akzeptanz von Fernkommunikationsmitteln nicht mehr. Insbesondere bei der Videosprechstunde ist eine dem unmittelbaren Arzt-Patienten-Kontakt vergleichbare Gesprächssituation ge¬geben, sodass der Patient alle erforderlichen Rückfragen mit dem Behandelnden unmittelbar erörtern kann. Eine Ergänzung oder Abänderung des § 630e Absatz 1 und 2 BGB ist allerdings nicht veranlasst. Denn die nach Maßgabe des § 630e Absatz 1 BGB vorzunehmende Aufklärung des Patienten kann bereits nach geltendem Recht auch unter der Verwendung von Telekommunikationsmitteln erfolgen, solange diese den unmittelbaren sprachlichen Austausch zwischen dem Patienten und dem Behandelnden zulassen."

taktaufnahme und kann sich, vorbehaltlich einer Prüfung durch die jeweils beteiligten ärztlichen Fachgebiete, auf eine Reihe diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen erstrecken, das ärztliche Aufklärungsgespräch eingeschlossen. Da jedoch weder eindeutige gesetzliche Grundlagen noch eine Grundsatzentscheidung der Rechtsprechung den Weg weisen, bleibt es dem Arzt vorbehalten, stets individuell abzuwägen, ob der Zustand des Patienten und die Art des geplanten Eingriffs ein Aufklärungsgespräch per Videotelefonie erlauben kann oder ob einem persönlichen Gespräch vor Ort bei gleichzeitiger physischer Anwesenheit der Beteiligten Vorrang eingeräumt werden muss.

Für eine Aufklärung per Video, Telefon oder im Rahmen eines Präsenzgesprächs gilt gleichermaßen: Der aufklärende Arzt muss sich vergewissern, dass der Patient Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, seine Chancen und Risiken ("im Großen und Ganzen") verstanden hat. Dass die Aufklärung für den Patienten "verständlich" zu sein hat, bedeutet nicht nur, beim Aufklärungsgespräch etwaige Sprachprobleme oder intellektuelle Defizite des Patienten, sondern auch die Fähigkeiten des Patienten im Umgang mit dem Kommunikationsmedium zu berücksichtigen.

Sollte im Rahmen der Fernauf*klärung* zugleich über eine Fern*behandlung* aufgeklärt werden, muss zusätzlich auch über deren Besonderheiten bzw. etwaige

Risiken (z.B. dass die Fernbehandlung auch durch die Qualität der Datenübertragung beeinflusst wird und gegebenenfalls unterbrochen werden muss) und die immer offenstehende Möglichkeit einer Behandlung vor Ort informiert werden<sup>7</sup>.

Es bleibt zu hoffen, dass die Gerichte der Auffassung des Gesetzgebers des DVG 2019 folgend die Chancen der modernen Kommunikationsmittel zu würdigen wissen. Unabhängig davon, wie Gerichte künftig über den Einsatz der Videotelefonie entscheiden werden, gilt: Im Streitfall muss der Arzt beweisen, dass die Aufklärung ordnungsgemäß erfolgte. Er trägt das Risiko der "verbotenen ärztlichen Eigenmacht", sollte sich eine Fernaufklärung im Nachhinein als unzureichend erweisen. Deshalb muss auch die Dokumentation der Aufklärung per Videotelefonie besonders sorgfältig und lückenlos geführt werden und die Einwilligung des Patienten (idealerweise durch dessen Unterschrift dokumentiert) muss zweifelsfrei vorliegen. Ohne Verwendung schriftlich vorformulierter, vom Patienten gelesener und dem Videotelefonat zugrunde gelegter Informationsinhalte ("Aufklärungsbögen") sind ein fundiertes Aufklärungsgespräch und dessen Dokumentation vor allem bei der Fernaufklärung schwer vorstellbar.8

Allen technischen Hilfsmitteln zum Trotz: Der persönliche Arzt-Patienten-Kontakt bleibt der "Goldstandard" ärztlichen Handelns<sup>9</sup>. Doch dies schließt den Einsatz digitaler Kommunikationsmöglichkeiten, die die ärztliche Tätigkeit unterstützen können und sollen, nicht aus; sie dürfen nur die notwendige persönliche Zuwendung des Arztes nicht ersetzen. Steht dem Patienten, der dies wünscht oder dem dies aus medizinischen Gründen anzuraten ist, jederzeit der Weg zum "persönlichen" Gespräch "vor Ort" mit dem Arzt offen, kann die Fernaufklärung die "traditionelle" Aufklärung ergänzen, nicht nur, aber gerade auch in Pandemiezeiten.

#### Fortbildung zu Pandemiezeiten

#### RA Stefan Griebeling, München<sup>10</sup> Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Ärzte, die ihren Beruf ausüben, sind "verpflichtet, sich in dem Umfange beruflich fortzubilden, wie es zur Erhaltung und Entwicklung der zu ihrer Berufsausübung erforderlichen Fachkenntnisse notwendig ist" (§ 4 Abs. 1 Musterberufsordnung für Ärzte<sup>11</sup>).

#### **Anspruch auf Fortbildungsurlaub**

Der Anspruch auf Fortbildungsurlaub ergibt sich aus individualvertraglichen Abreden, Dienst- bzw. Betriebsvereinbarungen oder den tarifvertraglichen Bestimmungen bzw. Arbeitsvertragsrichtlinien der Kirchen, die auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden. So sieht beispielsweise § 6 Abs. 9 TV-Ärzte/VKA einen individuellen Anspruch zur Teilnahme an medizinisch wissenschaftlichen Kongressen, ärztlichen Fort-

### **BDAktuell JUS-Letter**

Alle bisher veröffentlichten Jusletter sind auch im Internet abrufbar: www.bda.de → Recht & Versicherung → Rechtsfragen → Jusletter → Themenindex

(https://www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/jusletter/themenindex.html)

<sup>7</sup> Siehe hierzu Hinweise Bundesärztekammer aaO Fußnote 1.

<sup>8</sup> Siehe z.B. Doku 21 und 22 Thieme Compliance Videotelefonat zur Fernaufklärung (https://thieme-compliance.de/fileadmin/user\_upload/Aufklaerungsboegen/Doku21\_ Videotelefonat\_zur\_Fernaufklaerung\_Aerztliche\_Dokumentation.pdf, https://thieme-compliance.de/fileadmin/user\_upload/Aufklaerungsboegen/Doku22\_Videotelefonat\_ zur\_Fernaufklaerung\_Information\_fuer\_Patienten.pdf)

<sup>9</sup> So auch Bundesärztekammer aaO, Fußnote 1.

<sup>10</sup> Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Ulsenheimer-Friederich Rechtsanwälte, München

<sup>11</sup> https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO-AE.pdf

bildungsveranstaltungen und ähnlichen Veranstaltungen mit einer Arbeitsbefreiung bis zu drei Arbeitstagen im Kalenderjahr unter Fortzahlung des Entgelts vor. Bei Kostenerstattung durch Dritte kann eine Freistellung bis zu fünf Tagen erfolgen.

#### Präsenzveranstaltungen

In der Vergangenheit haben die Krankenhausträger/Arbeitgeber die Fort- und Weiterbildungen mittels Präsenzveranstaltung oft problemlos genehmigt. Doch kann der Arbeitgeber zur Zeit die Zustimmung für Präsenzveranstaltungen mit Hinweis auf ein mögliches Infektionsrisiko pauschal versagen?

Die Frage ist also, ob durch die Corona-Pandemie Gründe eingetreten sind, von dieser geübten Praxis abzuweichen, bzw. ob eine Versagung der Teilnahme an Präsenzveranstaltungen (derzeit) noch verhältnismäßig ist. Davon ist dann auszugehen, wenn die Veranstaltung an einem Ort stattfindet, der z.B. Ausgangsbeschränkungen unterliegt oder durch das RKI, dem Auswärtigen Amt bzw. den örtlichen Behörden zum Risikogebiet erklärt wurde.

Ist dies nicht der Fall und haben die Veranstalter amtlich genehmigte Hygienepläne eingeholt, sodass die Veranstaltung demnach den örtlichen Infektionsschutzvorgaben entspricht, ist die Versagung der Teilnahme aus Gründen eines vermeintlich erhöhten Infektionsrisikos wohl nicht mehr vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gedeckt. Denn dann könnte der Krankenhausträger jedem Mitarbeiter untersagen, öffentliche

Verkehrsmittel zu benutzen, da zweifelsohne auch in diesen ein zusätzliches Infektionsrisiko besteht. Wenn also die Veranstaltung den vor Ort vorgesehenen behördlichen Vorgaben entspricht, ist es derzeit unzulässig, die Teilnahme an einer solchen Präsenzveranstaltung allein aus einem zusätzlichen, abstrakten Infektionsrisiko zu untersagen. Um nicht ein Kostenrisiko zu tragen, sollte der Arzt mit der verbindlichen Buchung einer Veranstaltung abwarten bis die endgültige Zustimmung des Krankenhausträgers vorliegt.

Grundsätzlich ist es möglich, die Teilnahme an der Präsenzveranstaltung bzw. die Erteilung der Zustimmung vor dem Arbeitsgericht einzuklagen. Nicht zuletzt aufgrund des Zeitablaufs eines aufwendigen Verfahrens dürfte dies aber nicht zielführend sein. Vielmehr sollte versucht werden, unter Einschaltung der Mitarbeitervertretung (Betriebs-/Personalrat) hier eine gütliche Lösung zu finden.

## Corona-Sonderregelungen zur Nachweisfrist

Aufgrund der COVID-19-Pandemie finden derzeit keine oder nur wenige (Präsenz-)Fortbildungen statt. Insofern ist es für Ärzte schwierig, die Fortbildungspflicht zu erfüllen. Die KBV, das BMG und der Gemeinsame Bundesausschuss haben reagiert und Sonderregelungen zur Nachweisfrist erlassen.

#### Vertragsärztlicher Bereich

Grundsatz: Ein Vertragsarzt hat gemäß § 95d SGB V alle fünf Jahre gegenüber

der Kassenärztlichen Vereinigung den Nachweis zu erbringen, dass er in dem zurückliegenden Fünfjahreszeitraum seiner Fortbildungspflicht (250 Fortbildungspunkte) nachgekommen ist. Andernfalls drohen insbesondere Honorarkürzungen. Diese Verpflichtung gilt unter anderem auch für ermächtigte Ärzte und angestellte Ärzte eines MVZ/eines Vertragsarztes.

Sonderregelung: Aufgrund der Coronavirus-Pandemie hat das BMG bereits im Frühjahr die Frist zum Nachweis der fachlichen Fortbildung bis zum 30.09.2020 verlängert<sup>12</sup>. Nunmehr erfolgte eine weitere Verlängerung der Nachweispflicht bis zum 31.12.2020. Nach Auskunft der KBV gilt die verlängerte Nachweispflicht auch für Ärzte, die bereits mit Honorarkürzungen und Auflagen zum Nachholen der Fortbildungen innerhalb von zwei Jahren belegt wurden<sup>13</sup>.

#### Krankenhausbereich

Grundsatz: Fachärzte in zugelassenen Kliniken müssen gemäß § 136b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V im Abstand von fünf Jahren die Erfüllung der Fortbildungspflichten nachweisen. Die Details hat der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) in den Regelungen zur Fortbildung im Krankenhaus (FKH-R<sup>14</sup>) festgelegt. So sind in dem 5-Jahreszeitraum mindestens 250 Fortbildungspunkte zu sammeln.

Sonderregelung: Aufgrund der COVID-19-Pandemie und dem damit einhergehenden Mangel an Präsenzfortbildungen hat der G-BA mit Beschluss vom 16.07.2020 für alle fortbildungsverpflichteten Personen die am 01.04.2020 laufenden Fristen zur Teilnahme an Fortbildungsmaßnahmen und zur Erbringung des Fortbildungsnachweises um neun Monate verlängert<sup>15</sup>.

## **Surftipp: Coronavirus COVID-19**

Unter www.bda.de finden Sie dazu viele Informationen aus den Bereichen Medizin, Recht, Finanzen und Politik.

<sup>12</sup> KBV-Praxisnachrichten vom 29.06.2020 = https://www.kbv.de/html/1150\_46846.php

<sup>13</sup> Nähere Informationen: KBV-Praxisnachrichten vom 15.10.2020 = https://www.kbv.de/html/1150\_48664.php 14 Nähere Informationen des Gemeinsamen Bundesausschuss zur Fortbildung im Krankenhaus: https://www.g-ba.de/richtlinien/44/

<sup>15</sup> Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschuss vom 16.7.2020 = BAnz AT 11.8.2020 B2; https://www.g-ba.de/beschluesse/4405/,