

Juristische Risiken von Fernbehandlungen

Legal Risks of Remote Treatment

Autor

M. Krüger*

Institut

Ludwig-Maximilians-Universität München, Juristische Fakultät, Forschungsstelle für Medizinrecht, München

online publiziert 31.7.2020

Bibliografie

Akt Dermatol 2020; 46: 469–474

DOI 10.1055/a-1083-9337

ISSN 0340-2541

© 2020. Thieme. All rights reserved.

Georg Thieme Verlag KG, Rüdigerstraße 14, 70469 Stuttgart, Germany

Korrespondenzadresse

Prof. Dr. Matthias Krüger, Ludwig-Maximilians-Universität München, Juristische Fakultät, Forschungsstelle für Medizinrecht, Veterinärstr. 1, 80539 München, Deutschland
matthias.krueger@jura.uni-muenchen.de

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag nimmt sich der im Mai 2018 erfolgten Lockerung des Fernbehandlungsverbots im ärztlichen Berufs- und Standesrecht an. Dabei kann es selbstverständlich bloß um einen (kursorischen) Überblick gehen, der nicht davon befreit, im Einzelfall weiteren Rechtsrat von juristisch kompetenten Personen bzw. Institutionen einholen zu müssen. Im Übrigen ist zu beachten, dass kammerspezifische Besonderheiten in den folgenden Überlegungen außen vor bleiben müssen. Sie gehen vielmehr vom Regelfall aus, dass

sich die für den konkreten Arzt jeweils verbindliche Berufsordnung der zuständigen (Landes-)Ärztelkammer, soweit es Fernbehandlungen betrifft, entweder im Wortlaut oder aber wenigstens in der Sache an der Musterberufsordnung orientiert. Im Mittelpunkt der Überlegungen stehen wiederum haftungsrechtliche Aspekte, die (Haut-)Ärzte vielleicht mehr umtreiben als schnöde Abrechnungsfragen, die man bei Fernbehandlungen aber selbstverständlich nicht völlig aus dem Blick verlieren darf, wenn man sie abrechnen will.

ABSTRACT

This paper treats the easing of the remote treatment ban in medical professional law that took place in May 2018. Of course, this can only be a (cursory) overview, which does not exempt you from having to seek further legal advice from legally competent persons or institutions in individual cases. In addition, it should be noted that chamber-specific features must be left out in the following considerations. They are based on the assumption that the professional regulations of the competent (state) medical association binding for the specific doctor as far as remote treatment is concerned, are based either on the wording or at least in substance on the model professional regulations. The focus of the considerations, in turn, is on liability law aspects, which physicians (dermatologists) may be more concerned with than boring billing questions, which of course should not be completely lost of sight in remote treatment, if one wants to settle them.

I. Einleitung

Die Digitalisierung beherrscht uns immer mehr und hat das Arzt-Patienten-Verhältnis erreicht, nachdem im Mai 2018 das ursprünglich sehr strikte Fernbehandlungsverbot gelockert worden ist. § 7 Abs. 4 (Muster-)Berufsordnung (MBO) für die in Deutschland tätigen Ärzte und Ärztinnen lautet seither:

„Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt. Sie können dabei Kom-

munikationsmedien unterstützend einsetzen. Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch 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.“

Damit war der Grundstein für rechtliche Lockerungen der telemedizinischen Behandlung gelegt. Darauf wiederum konnte man aufbauen, als es kürzlich aufgrund der Beschränkungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie zunehmend zu

* Prof. Dr. Matthias Krüger lehrt Medizin- und Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München und ist zugleich Mitglied im Direktorium einer an dieser Fakultät angesiedelten Forschungsstelle für Medizinrecht.

Video- und vergleichbaren telemedizinischen Behandlungen gekommen ist. Es steht nicht zu erwarten, dass sich dieser Trend wieder umkehrt. Eher das Gegenteil ist zu anzunehmen: Telemedizin wird mehr und mehr boomen. In der Dermatologie gilt dies keinesfalls minder, weil sich etwa Auffälligkeiten der Haut evtl. per Videokonferenz abklären lassen (können). Von daher sollten sich (Haut-)Ärzte mit juristischen Risiken von Fernbehandlungen einigermaßen auskennen.

Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden mit der Lockerung des Fernbehandlungsverbots verbundene rechtliche Fragen aufgeworfen und (erste) Antworten darauf gefunden werden. Abrechnungsrechtliche Fragen müssen dabei nicht (mehr) aufgeworfen werden, nachdem man darauf schnelle Antworten im Zusammenhang mit der Corona-Krise gefunden hat. Vielmehr liegt das Hauptaugenmerk auf möglichen arzt haftungsrechtlichen Fallstricken von § 7 Abs. 4 MBO, die vor dem Hintergrund des im Frühjahr 2013 verabschiedeten Patientenrechtegesetzes erörtert werden. Dessen Verletzung indiziert – neben zivilrechtlichen Folgen, etwa Schadensersatz- bzw. Schmerzensgeldansprüchen – daneben i. d. R. noch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit, auf die jedoch nicht weiter eingegangen werden soll, weil sie Ärzte faktisch deutlich weniger fürchten müssen. Unabhängig davon darf aber nicht aus dem Blick geraten, dass eine Verletzung von § 7 Abs. 4 MBO selbst für den Fall relevant werden könnte, dass es nicht zu einer Zivilklage oder Strafanzeige wegen (behaupteter) Falschbehandlung kommt. Eine Missachtung der Norm kann jedenfalls als Berufs- und Standesvergehen geahndet werden. Damit müssen sich (Haut-)Ärzte – jedenfalls rudimentär – mit § 7 Abs. 4 MBO auskennen, wenn sie davon Gebrauch machen wollen.

II. Patientenrechtegesetz

Wenn man juristische Risiken von Fernbehandlungen erörtern will, ist es unabdingbar, in einem ersten Schritt das normative Haftungsregime im Arzt-Patienten-Verhältnis überhaupt aufzuzeigen, um anschließend zu hinterfragen, ob es im Kontext der Telemedizin – im Rahmen des rechtlich Zulässigen – modifiziert werden muss.

Lange Zeit waren Patientenrechte überhaupt nicht normiert, bevor Anfang 2013 das sog. Patientenrechtegesetz in Kraft trat, das Ärzten und Juristen die Regelungen der §§ 630a ff. BGB zum sog. „Behandlungsvertrag“ beschert hat. Sie sind aber weitgehend bloß deklaratorischer Natur, weil sie lediglich die „bisherigen richterrechtlich entwickelten Grundsätze des Arzthaftungs- und Behandlungsrechts gesetzlich [...] kodifiziert“ haben [1]. Gleichwohl enthalten sie zum einen die Grundlagen für die Arzthaftung im Allgemeinen. Zugleich ist darin der ärztlicherseits bei medizinischen (Fern-)Behandlungen einzuhaltende Sorgfaltsmaßstab sowie der sog. informed consent als essentialia negotii im Arzt-Patienten-Verhältnis niedergelegt. Aber der Reihe nach.

1. Grundlagen der Arzthaftung

Schadensersatz- bzw. Schmerzensgeldansprüche von Privat- und Kassenpatienten (§ 76 Abs. 4 SGB V), um mit Grundlagen der Arzthaftung zu beginnen, können insbesondere auf § 280

BGB gestützt werden. Er verlangt eine schuldhaft – sprich gemäß § 276 BGB vorsätzlich oder fahrlässig begangene – Pflichtverletzung, die ursächlich für einen Schaden geworden ist. Typische ärztliche Pflichtverletzungen, worauf nunmehr einzugehen ist, sind wiederum Behandlungs- oder Aufklärungsfehler.

2. Sorgfaltsmaßstab

Nachdem man lange Zeit vom Kunstfehler gesprochen hat, ist inzwischen der Begriff des Behandlungsfehlers etabliert, ohne dass mit diesem semantischen Wechsel eine inhaltliche Veränderung verbunden wäre. Ein solcher liegt wiederum vor, wenn man den erforderlichen Sorgfaltsmaßstab im konkreten Fall missachtet hat. § 630a Abs. 2 BGB verlangt in dieser Hinsicht, dass medizinische Interventionen „nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen“ haben. Dass dieser Maßstab kaum abstrakt, sondern bloß im jeweiligen Einzelfall anhand seiner konkret-individuellen Umstände bestimmt werden kann, versteht sich von selbst. Einmal mehr gilt der von Juristen geliebte und von Ärzten eher gefürchtete Satz: „Es kommt drauf an.“

Eine Bemerkung von juristischer Seite sei dennoch gestattet: Leitlinien ärztlicher Fachgesellschaften können durchaus den üblichen Sorgfaltsmaßstab abbilden [2], wenn sie wissenschaftlich fundiert sind und regelmäßig fortgeschrieben werden. Vor diesem Hintergrund steht die leitlinienkonforme Behandlung eher nicht im Verdacht, sorgfaltswidrig zu sein, ohne dass ein Abweichen davon per se in die Haftungsfalle führt. Wenn es im Einzelfall medizinisch indiziert ist, tappt man sicher nicht hinein. Ungeachtet dessen geben Leitlinien ärztlicher Fachgesellschaften einen (ersten) juristischen Aufschluss über den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab in der jeweiligen Behandlungssituation.

3. Informed Consent

Der sog. informed consent zählt zu den unabdingbaren Voraussetzungen im Arzt-Patienten-Verhältnis. Danach darf eine medizinische Behandlung grundsätzlich bloß im Einvernehmen mit dem Patienten erfolgen, der zuvor entsprechend aufzuklären ist. Geregelt ist er zum einen in § 8 MBO. Haftungsrechtlich relevant sind insofern §§ 630 d, 630 e BGB. § 630 d Abs. 1 BGB verpflichtet Behandler grundsätzlich dazu, „vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme [...] die Einwilligung des Patienten einzuholen“, und statuiert zugleich – im vorliegenden Zusammenhang nicht interessierende – Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis. Der eigentliche informed consent im wahrsten Sinne des Wortes ist anschließend in § 630 d Abs. 2 BGB loziert, wenn es darin heißt, dass die Wirksamkeit der Einwilligung voraussetzt, „dass der Patient [...] vor der Einwilligung [...] aufgeklärt worden ist“.

Nähere Vorgaben zur ärztlichen Aufklärungspflicht finden sich wiederum in § 630 e BGB. Er schreibt den Aufklärungszeitpunkt abstrakt vor (§ 630 e Abs. 2 Nr. 2 BGB), der Patienten eine gewisse Bedenkzeit vor Eingriffen einräumen muss, jedenfalls bei schwereren Eingriffen, etwa Operationen. Zugleich wird betont, dass die Aufklärung „mündlich“ erfolgen muss und Aufklärungsbögen lediglich „ergänzend“ herangezogen werden dürfen (§ 630 e Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Streit- und gerichtsrelevant wird aber eher der Inhalt der Patientenaufklärung, der für „Patienten verständlich sein“ muss (§ 630e Abs. 2 Nr. 3 BGB). Zum Inhalt wiederum äußert sich § 630e Abs. 1 BGB: Danach sind „Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. Bei der Aufklärung ist auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können.“ An diesen abstrakten Maßstäben hat sich die Aufklärung bei jeder einzelnen medizinischen Intervention anhand der jeweils konkret-individuellen Umstände zu orientieren. Weiteren Aufschluss können wiederum Leitlinien ärztlicher Fachgesellschaften geben, wenn sie sich zur Patientenaufklärung verhalten.

III. Haftungsfragen der Telemedizin

Vor diesem normativen Hintergrund des (normalen bzw. üblichen) Arzt-Patienten-Verhältnisses soll sich nunmehr arzt haftungsrechtlichen Fragen der Lockerung des ehemals strikten Fernbehandlungsverbots in § 7 Abs. 4 MBO angenommen werden. Sie zieht einige Rechtsfragen nach sich, die zunächst darum kreisen, ob die Fernbehandlung im Einzelfall überhaupt zulässig ist. Deutlich weniger problematisch ist sie als Folgebehandlung, wenn es zuvor einen persönlichen (Erst-)Kontakt gegeben hat, der in § 7 Abs. 4 Satz 1 MBO zwar als Regelfall vorgesehen ist, es aber nicht ausschließt, dass Arzt und Patient im weiteren Verlauf der konkreten Behandlung „Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen“ (§ 7 Abs. 4 Satz 2 MBO). In solchen Fällen werden sich kaum oder jedenfalls überschaubare Rechtsfragen stellen, die sich freilich signifikant potenzieren, wenn es um ausschließliche Fernbehandlungen geht, die insbesondere Antworten auf Haftungsfragen der Telemedizin verlangen, die wiederum, weil es an speziellen Rechtsvorschriften zur Telemedizin mangelt, in den Regelungen des Patientenrechtegesetzes und damit in §§ 630a ff. BGB gefunden werden müssen, bei deren Auslegung innerhalb des rechtlich Zulässigen freilich die Besonderheiten von Fernbehandlungen Beachtung finden (können).

1. Sorgfaltsmaßstab

Die Krux der neuen Regelung liegt in § 7 Abs. 4 Satz 3 MBO: Danach ist die „ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien [...] im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt [...] gewahrt wird“. Zunächst scheint es sich auf den ersten Blick dergestalt zu verhalten, dass es der ärztlichen Therapiefreiheit unterliegt, ob eine Fernbehandlung erfolgt, wenn sie „ärztlich vertretbar“ ist. Weil aber zugleich kumulativ „die erforderliche Sorgfalt“ eingehalten werden muss, sind der ärztlichen Therapiefreiheit in dieser Hinsicht jedenfalls gewisse Grenzen gesetzt.

Welche „erforderliche ärztliche Sorgfalt“ zu obwalten hat, bestimmt § 630a Abs. 2 BGB. Danach hat die ärztliche Behand-

lung „nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen“. Gleiches verlangt § 2 Abs. 3 MBO, der Ärzten die „Beachtung des anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse“ aufgibt und durch § 7 Abs. 4 MBO nicht obsolet wird. Die normativen Voraussetzungen des Sorgfaltsmaßstabs für telemedizinische Maßnahmen unterscheiden sich dabei nicht von der üblichen (Standard-)Behandlung im Arzt-Patienten-Verhältnis. Damit gilt der bereits vorhin erwähnte Satz: „Es kommt drauf an.“ Damit soll es aber (noch) nicht sein Bewenden haben, sondern (Haut-)Ärzten wenigstens ein paar Handlungsanweisungen für Fernbehandlungen gegeben werden, um deren juristischen Risiken vielleicht nicht vollkommen auszuschließen, wohl aber wenigstens zu minimieren.

a) „Ob“ der Fernbehandlung

Dabei müssen sie zunächst wissen bzw. abklären, ob es im konkreten Fall überhaupt zur ausschließlichen Fernbehandlung kommen darf. Als Ausgangspunkt kann dabei fixiert werden, dass (Haut-)Ärzte im Zweifelsfall besser Abstand davon nehmen sollten, weil sie nach der Konzeption des § 7 Abs. 4 Satz 3 MBO die Ausnahme „im Einzelfall“ bleiben soll. Im Übrigen können einschlägige Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften Aufschluss über „Ob“ und „Wie“ telemedizinischer Behandlungen geben und damit im geschilderten Sinne von normativer Relevanz sein. Wenn das „Ob“ der Fernbehandlung nicht zweifelhaft ist, gelten bei deren Durchführung wiederum die allgemeinen Haftungsgrundsätze. Dabei sollten Ärzte eher defensiv vorgehen, wenn sie vom medizinischen Standard abweichen wollen. Schließlich ist dabei schon bei der üblichen Behandlung von Patienten rechtliche Vorsicht geboten [3]. Erst recht gilt dies selbstverständlich bei telemedizinischen Maßnahmen.

Im Übrigen kann man sich bei der Frage nach dem „Ob“ einer (ausschließlichen) Fernbehandlung etwas an einer parallelen Problematik orientieren, nämlich an der Frage, ob eine fernmündliche Aufklärung genügt oder sie vielmehr im direkten Kontakt zwischen Arzt und Patient stattzufinden hat. Hierzu hat der Bundesgerichtshof (BGH) geurteilt, dass sich der Arzt in einfach gelagerten Fällen mit einem Telefonat begnügen darf, wenn der Patient damit einverstanden ist, wohingegen bei komplizierten Eingriffen mit nicht unerheblichen Risiken eine telefonische Aufklärung regelmäßig unzureichend ist [4]. Ebenso kann man im vorliegenden Kontext die Grenze ziehen: In einfach gelagerten Fällen wird die Fernbehandlung eher zulässig sein, als wenn es um eine komplizierte Maßnahme geht. Dabei wird die Grenze zwischen einfach und kompliziert sicher nicht einfach zu bestimmen, sondern vielmehr fließend sein. Im Zweifel sollte der Arzt, wenn er sich dabei unsicher ist, von der ausschließlichen Fernbehandlung besser Abstand nehmen, die nach der Konzeption von § 7 Abs. 4 Satz 3 MBO schließlich die Ausnahme „im Einzelfall“ bleiben soll. Wenn sich Ärzte gleichwohl ungeachtet unsicherer Tatsachenbasis für die Ausnahme und damit für Telemedizin entscheiden, bleibt dies eine freie Entscheidung mündiger Ärzte, freilich mit den damit verbundenen haftungsrechtlichen Risiken von – möglicherweise nicht lege artis erfolgenden – Fernbehandlungen.

b) Behandlungsfehler

Wenn das „Ob“ der Fernbehandlung „ärztlich vertretbar“ angenommen wird, hat sie selbstverständlich im Übrigen gemäß § 630a Abs. 2 BGB entsprechend der zum „Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen“. § 7 Abs. 4 Satz 3 MBO stellt dies noch einmal deklaratorisch klar, weil „die erforderliche ärztliche Sorgfalt [...] gewahrt“ sein muss. Dabei betont er nicht zu Unrecht, dass dies „insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung“ gewährleistet sein muss. Dies ist zwar bloß beispielhaft gemeint („insbesondere“) und darf damit nicht dahingehend (miss-)verstanden werden, dass der Sorgfaltsmaßstab bei der übrigen Behandlung anders zu interpretieren ist. Die „Art und Weise der Befunderhebung“ wird aber deshalb besonders betont, weil sich dabei gemachte Fehler im Haftungsprozess besonders rächen, worauf später unter V. zurückzukommen sein wird.

Damit kommt die Frage auf, worin Juristen einen sog. Befunderhebungsfehler erblicken und worin sein Unterschied zum sog. Diagnose-Irrtum liegt. Der BGH hat sich damit bereits häufiger beschäftigt und dabei folgende Leitlinien aufgestellt [5]: „Ein Befunderhebungsfehler ist gegeben, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen wird. Im Unterschied dazu liegt ein Diagnose-Irrtum vor, wenn der Arzt erhobene Befunde oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiert und deshalb nicht die aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs gebotenen – therapeutischen oder diagnostischen – Maßnahmen ergreift.“ Damit scheint die Abgrenzung klar und eindeutig zu sein. Aber bereits der schlichte Umstand, dass sich der BGH regelmäßig damit konfrontiert sieht, zeigt evident, dass sie in der Gerichtspraxis immer wieder Probleme bereitet. Zugleich ist sie von enormer Bedeutung: Zwar wird in beiden Fällen der ärztliche Standard und damit die normativ gebotene Sorgfalt missachtet. Der Unterschied zeigt sich aber vor Gericht im Haftungsprozess, worauf später unter V. zurückzukommen sein wird. Weil es wiederum bei einer Fernbehandlung zu einer Ferndiagnose kommt, etwa aufgrund eines Fotos der auffälligen Hautpartie und dessen (Fehl-)Interpretation, können solche Fehler potenziell öfters auftreten als bei der „traditionellen“ Untersuchung im direkten Arzt-Patienten-Kontakt. Das Risiko solcher Fehler ist damit, woran wohl nicht gezweifelt werden kann, bei Fernbehandlungen gesteigert. Von daher sollten es (Haut-)Ärzte in die Prognose darüber einstellen, ob sie es bei einer (ausschließlichen) Fernbehandlung belassen oder Patienten besser in die Praxis einbestellen.

2. Informed Consent

Wenn die (ausschließliche) Fernbehandlung als solche überhaupt zulässig ist, beginnen aber erst die Rechtsprobleme: Dabei geht es – vom gerade geschilderten Befunderhebungsfehler abgesehen – weniger um (mögliche) Behandlungsfehler als vielmehr um Aufklärungs- und Einwilligungsfragen. Von den damit verbundenen materiell-rechtlichen Voraussetzungen zu trennen ist die Frage, welche Seite eigentlich die Beweislast trifft, wenn der Inhalt der ärztlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien vor Gericht umstritten ist. Auf

solche Fragen sollen in den kommenden Zeilen (erste) Antworten gegeben werden.

Dabei soll mit den materiell-rechtlichen Anforderungen an den informed consent begonnen werden. § 7 Abs. 4 Satz 3 MBO verlangt an seinem Ende, dass „die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung mit Kommunikationsmedien aufgeklärt wird“. Welche „Besonderheiten“ damit gemeint sind, ist unklar. Einmal mehr zeigt sich darin, dass man mit (ausschließlichen) Fernbehandlungen vielleicht eher behutsam umgehen und dabei jedenfalls auf die Möglichkeit einer physischen Untersuchung in der Arztpraxis hinweisen sollte. Daneben hat man – gleich zu Beginn – bei der Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien das Einverständnis der Patienten mit der (ausschließlichen) Fernbehandlung einzuholen.

Davon unberührt bleibt die Aufklärung über die ärztlichen Maßnahmen als solche und deren Inhalt. Sie ist in § 8 MBO bzw. in § 630e BGB geregelt. Gemäß § 8 Satz 2 MBO hat der Einwilligung „grundsätzlich die erforderliche Aufklärung im persönlichen Gespräch voranzugehen“. Parallel dazu verlangt § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass die Aufklärung „mündlich durch den Behandelnden“ zu erfolgen hat. Damit tun Ärzte gut daran, wenn die telemedizinische Behandlung über eine (fern-)mündliche Kommunikationsform erfolgt, etwa via Skype oder Zoom. Eine Kommunikation über sog. Messenger-Dienste wäre dagegen nicht „mündlich“ im wahrsten Sinne des Wortes. Vielleicht sollte sich der Gesetzgeber an eine Änderung von § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB machen, wenn er es im Hinblick auf die Neuregelung in § 7 Abs. 4 MBO anders haben möchte. Bis dahin bleibt es aber bei § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Davon abgesehen ist eine fernmündliche Aufklärung und Einwilligung aber möglich und nicht durch § 8 Satz 2 MBO bzw. § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB versperrt. Zum einen ist das fernmündliche Gespräch ein persönliches Gespräch. Im Übrigen lässt § 8 Satz 2 MBO Ausnahmen vom persönlichen direkten Gespräch durchaus zu („grundsätzlich“). Dabei wiederum kann man sich an der bereits bemühten Parallele zur fernmündlichen Aufklärung orientieren: Während sich der Arzt in einfach gelagerten Fällen mit einem aufklärerischen Telefonat begnügen darf, wenn der Patient damit einverstanden ist, ist bei komplizierten Eingriffen mit nicht unerheblichen Risiken eine telefonische Aufklärung regelmäßig unzureichend [4]. Ebenso wird man im Kontext der Telemedizin verfahren (können).

Davon unbenommen sind die inhaltlichen Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht. § 7 Abs. 4 MBO suspendiert hiervon nicht. Vielmehr sind Patienten gemäß § 630e Abs. 1 Satz 1 BGB über „sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären“. Dazu gehören gemäß § 630e Abs. 1 Satz 2 BGB „insbesondere Art, Umfang und Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder Therapie“. Schlussendlich kann es gemäß § 630e Abs. 1 Satz 3 BGB angezeigt sein, „auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Hei-

lungschancen führen können“. Welchen konkreten Inhalt die jeweilige ärztliche Aufklärung haben muss, beurteilt sich vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund im unmittelbaren Einzelfall und entzieht sich einer generalisierenden Betrachtung. Völlig klar ist jedenfalls, dass es in dieser Hinsicht nicht zu Besonderheiten bei § 7 Abs. 4 MBO kommt und der Blick in Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften (weiter-)helfen kann, wenn sie sich zur Aufklärung verhalten. Damit soll es zwar mit Haftungsfragen der Telemedizin sein Bewenden haben, nicht aber mit juristischen Risiken von Fernbehandlungen überhaupt.

IV. Datenschutz

Sie verbergen sich etwa noch im Datenschutz(-recht): Selbstverständlich sind bei der (ausschließlichen) Beratung und Behandlung über (Tele-)Kommunikationsmedien, etwa Videotelefonie oder andere Telemedien (vgl. hierzu § 312c Abs. 2 BGB), die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Dabei ist besonderes Augenmerk auf die – allseits sicher schon hinreichend bekannte bzw. gefürchtete – sog. Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) zu legen (Verordnung [EU] 2016/679). Der Arzt ist insofern gem. Art. 4 Nr. 7 DSGVO „Verantwortlicher“ für die Datenverarbeitung und hat sich in dieser Eigenschaft an die „Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten“ gemäß Art. 5 ff. DSGVO zu halten, etwa an das Einwilligungserfordernis gemäß Art. 7 DSGVO.

Dabei ist wiederum zu beachten, dass die Datenverarbeitung im Kontext ärztlicher Tätigkeit eine gewisse Sonderbehandlung in der Datenschutz-Grundverordnung erfährt, weil es insofern um sog. „Gesundheitsdaten“ geht. Darunter versteht man gemäß Art. 4 Nr. 15 DSGVO „personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen“. Sie erfahren eine spezielle Regelung in Art. 9 DSGVO und dürfen unter den darin festgelegten Bedingungen verarbeitet werden. Weitere Details hierzu hängen vom jeweiligen Einzelfall ab. Aufschluss darüber geben wiederum von der Bundesärztekammer im Frühjahr 2018 verabschiedete „Hinweise und Empfehlungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis“. Sie sehen für das „Verhältnis zum Patienten“ Regelungen vor, die bei ärztlichen Behandlungen generell zu beachten sind, ohne darüber hinaus zusätzliche Hürden für Fernbehandlungen zu errichten.

Eine Bemerkung von juristischer Seite sei aber noch gestattet: Wenn es gemäß Art. 37 DSGVO zur „Benennung eines Datenschutzbeauftragten“ kommen muss, kann sich der Arzt einerseits selbst benennen. Ebenso kann er dafür aber einen sog. „Auftragsverarbeiter“ im Sinne von Art. 4 Nr. 8 DSGVO unter den Voraussetzungen von Art. 28 DSGVO heranziehen. Wenn dieser Externe wiederum einen Fehler macht, der sich auf Patienten auswirkt, haftet der Arzt dafür grundsätzlich, weil der externe Auftragsverarbeiter entweder Verrichtungsgehilfe im Sinne von § 831 BGB ist oder, wofür wohl die besseren Gründe sprechen, weil die ärztliche Schweigepflicht eine vertragliche Nebenpflicht des Behandelnden ist und mit dem Da-

tenschutz – bildlich gesprochen – 2 Seiten ein und derselben Medaille darstellt, sogar Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB. Damit haftet der Arzt im Außenverhältnis zum Patienten für Fehlverhalten des externen Auftragsverarbeiters. Selbst wenn er diesen im Innenverhältnis durch den zugrundeliegenden Datenverarbeitungsvertrag in Regress nehmen kann, sollte der Arzt den externen Auftragsverarbeiter gelegentlich kontrollieren. Zudem versagt der Regress im Innenverhältnis, wenn der Auftragsverarbeiter inzwischen insolvent geworden ist.

V. Dokumentation und Beweislast

§ 7 Abs. 4 Satz 3 MBO betont ferner, dass eine ausreichende „Dokumentation gewahrt“ sein muss, ohne dass sich insofern spezielle Probleme bei der (ausschließlichen) Fernbehandlung stellen. Schließlich müssen die einzelnen ärztlichen Maßnahmen, etwa Behandlungsschritte, ohnehin dokumentiert werden, und zwar nicht en detail, sondern gemäß § 630f Abs. 2 BGB bloß die „wesentlichen Maßnahmen“ und lediglich in groben Zügen und mit Stichworten. Im Übrigen wird die „elektronisch geführte Patientenakte“ in § 630f Abs. 1 Satz 3 BGB von Gesetzes wegen bereits vorausgesetzt. Von daher sind die Regelungen zur ärztlichen Dokumentationspflicht modern bzw. technologiefreundlich ausgestaltet, ohne dass (Haut-)Ärzte insofern normative Unterschiede zur klassischen Patientenakte in Papierform beachten müssten.

Den üblichen Anforderungen an die ärztliche Dokumentationspflicht sollten sie dabei im eigenen Interesse genügen. Schließlich kann sich ein diesbezüglicher Fehler im Arzthaftungsprozess bitter rächen: Vor Gericht kommt es nämlich nicht selten vor, dass Einzelheiten der ärztlichen Behandlung oder Aufklärung zwischen Arzt und Patient streitig sind. Wenn sie sich, etwa durch Zeugen oder andere Beweismittel, nicht aufklären lassen, stellt sich die Frage, welcher der beiden Parteien dieses sog. non liquet schadet, und damit die Frage nach der Beweislastverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis. § 630h BGB sieht dafür relativ patientenfreundliche Lösungen vor.

Dabei kann sich, um wieder zur ärztlichen Dokumentationspflicht zu kommen, eine unzureichende Dokumentation über den Inhalt der Fernbehandlung gemäß § 630h Abs. 3 BGB rächen, weil danach vermutet wird, dass der Arzt lediglich die in der Krankenakte dokumentierten Maßnahmen ergriffen hat und darüber hinaus – tatsächlich – ergriffene Maßnahmen, deren Vornahme vom Patienten bestritten wird, anderweitig beweisen müsste. In dieses Dilemma sollten sich Ärzte von vornherein nicht hineinmanövrieren. Soweit technisch möglich, wäre damit die Speicherung der (Video-)Kommunikation mit Patienten das rechtliche Optimum für (Haut-)Ärzte, um sie später vor Gericht verfügbar zu haben. Die Datenschutz-Grundverordnung steht dabei übrigens nicht im Wege, weil sie in Art. 9 Abs. 2 Buchst. f) DSGVO eine Ausnahme vorsieht, wenn es „zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen oder bei Handlungen der Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit erforderlich ist“.

Ein weiteres Beweisproblem kann daraus resultieren, dass es beim Einsatz der für Telekommunikation erforderlichen (Video- und Internet-)Technologien zu – akustischen und/oder inhaltli-

chen – Verständigungsproblemen zwischen Arzt und Patient kommen kann. Wenn es darüber vor Gericht zum Streit kommt, wird dies regelmäßig eher Ärzten zum Verhängnis. Wenn sich etwa nicht klären lässt, ob in inhaltlicher Hinsicht eine ausreichende Aufklärung und wirksame Einwilligung über bzw. in die telemedizinische Behandlung vorgelegen hat, folgt dies aus § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB. Für akustische Verständigungsprobleme bleibt es bei den allgemeinen Regeln, die freilich zum selben Ergebnis führen: Es obliegt Ärzten, im Zweifel nachzufragen, ob sie akustisch richtig und inhaltlich vollständig verstanden wurden. Sie tragen damit das Risiko einer – inhaltlich und/oder technisch – ungenügenden Aufklärung über telemedizinische Maßnahmen.

Einen weiteren Aspekt der Beweislastverteilung gilt es zu beachten: Als an früherer Stelle der Unterschied zwischen Befunderhebungsfehler und Diagnose-Irrtum erörtert wurde [vgl. unter III. 1. b)], wurde bereits darauf hingewiesen, dass er sich im Grunde erst im Arzthaftungsprozess zeigt. Während der Patient bei einer Fehldiagnose beweisen muss, dass bei korrekter Diagnose der (spätere) Gesundheitsschaden nicht eingetreten wäre und dies wiederum bei multifaktoriellen Krankheitsverläufen zu entsprechenden Nachweis- und Beweisproblemen führen kann, verhält es sich beim Befunderhebungsfehler genau andersherum. Insofern kommt es nämlich gemäß § 630h Abs. 5 Satz 2 BGB zu einer Beweislastumkehr. Danach wird besagte Ursächlichkeit vermutet, „wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre“. Der Behandler hat zu beweisen, dass die Krankheitssituation des Patienten selbst bei korrekter Befundung unverändert gewesen wäre. Dieser Beweis ist sicher schwer zu führen – vergleichbar der Beweislast des Patienten beim Diagnose-Irrtum. Vor diesem Hintergrund ist die Differenzierung zwischen Befunderhebungsfehler und Diagnose-Irrtum von immenser normativer Bedeutung, und oft erfährt man erst beim BGH, welchen Fehler man insofern gemacht hat. Weil deren Risiko wiederum bei (ausschließlichen) Fernbehandlungen eher steigen dürfte, haben es (Haut-)Ärzte im Blick zu haben, wenn sie sich gleichwohl dazu entschließen.

VI. Fazit

Damit kann ein – erstes und sicher noch vorläufiges – Fazit zu § 7 Abs. 4 Satz 3 MBO gewagt werden: Die Lockerung des Fernbehandlungsverbots birgt gewisse juristische Risiken für die Beteiligten. Sie müssen selbst entscheiden, ob sie diese auf sich nehmen wollen oder nicht. Über kurz oder lang werden Juristen die Risiken näher ausloten. Dabei wird – als Leitlinie – Telemedizin eher bei medizinisch einfach gelagerten Fällen zur Anwendung

kommen (dürfen) als bei komplizierteren Maßnahmen, die insofern eher Vorsicht gebieten.

Im Übrigen sollten sich (Haut-)Ärzte von der eigenen Berufshaftpflichtversicherung bestätigen lassen, dass sie durch (ausschließliche) Fernbehandlung entstandene Patientenschäden abdeckt. Zu den mitversicherten (Neben-)Risiken gehören nach den entsprechenden Versicherungsbedingungen zwar regelmäßig telemedizinische Behandlungen und Beratungen europaweit. Darüber hinaus gibt es aber regelmäßig noch besondere Bedingungen für die Nutzung von Internet-Technologien. Vor diesem Hintergrund kann es sicher nicht schaden, sich einmal mit der eigenen Versicherungspolice zu beschäftigen und Kontakt zum jeweiligen Versicherungsunternehmen zu suchen, um eine gewisse (Rechts-)Sicherheit zu bekommen, ob und in welchem Maße bzw. Umfang haftungs- bzw. versicherungsrechtliche Risiken bei (ausschließlichen) Fernbehandlungen bestehen bzw. abgedeckt sind.

Überhaupt ist es ratsam, wenn man das – vielleicht ertragreiche – Feld von (ausschließlichen) Fernbehandlungen verstärkt beackern will, juristischen Rat einzuholen, der sich stärker an den konkreten Umständen im Einzelfall orientieren kann, als es in einem abstrakten Überblick möglich ist, der sie denotwendig außer Acht lassen muss. Gleichwohl war die Lektüre der vorstehenden Zeilen nicht zwangsläufig umsonst, sondern hat bei (Haut-)Ärzten – hoffentlich – etwas zur Klärung von mit dem Abschied vom Fernbehandlungsverbot verbundenen Rechtsfragen beitragen können. Im Übrigen können sie einschlägige Fortbildungsangebote von Ärztekammern oder medizinischen Fachgesellschaften wahrnehmen und dadurch zugleich § 4 MBO nachkommen.

Interessenkonflikt

Die Autorinnen/Autoren geben an, dass kein Interessenkonflikt besteht.

Literatur

- [1] Bundestags-Drucksache 17/10488, S. 9. [Aufgerufen am 28.4.2020]. Die Drucksache ist abrufbar unter: www.bundestag.de
- [2] Bundestags-Drucksache 17/10488, S. 19. [Aufgerufen am 28.4.2020]. Die Drucksache ist abrufbar unter: www.bundestag.de
- [3] Krüger M. Risiken und Nebenwirkungen von Außenseitermethoden im Arzthaftungsrecht. *Z Orthop Unfall* 2020; 158: 150–153 [Aufgerufen am 28.4.2020]
- [4] BGH, Urt. vom 15.6.2010 – Az.: VI ZR 204/09. [Aufgerufen am 28.4.2020]. Sämtliche BGH-Entscheidungen seit 2000 sind im Volltext abrufbar unter: www.bundesgerichtshof.de
- [5] Vgl. zum Folgenden BGH, Urt. vom 26.1.2016 – Az.: VI ZR 146/14. [Aufgerufen am 28.4.2020]