

## Aufklärung bald nur noch via Skype?! Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Fernaufklärung

von Rechtsanwalt Dr. Albrecht Wienke

Seit der Novellierung der Musterberufsordnung der in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä) im Mai 2018 haben – mit Ausnahme von Brandenburg – alle Landesärztekammern die Möglichkeit der ausschließlichen Fernbehandlung, d.h. der ärztlichen Behandlung und Beratung ohne vorherigen physischen Patientenkontakt, in ihre Berufsordnungen aufgenommen.

Exemplarisch heißt es in § 7 Abs. 4 der Berufsordnung für die in Nordrhein tätigen Ärztinnen und Ärzte:

*„Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt. Sie können dabei Kommunikationsmedien 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 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.“*

Diese berufsrechtliche Weichenstellung ist das Ergebnis einer langen und z.T. sehr kontrovers geführten Diskussion um die Gestaltung und Förderung der Telemedizin. Diese Entwicklung gewinnt im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung und nicht zuletzt aufgrund der anhaltenden Corona-Krise zunehmend an Bedeutung. Immer drängender stellen sich Fragen zu den Möglichkeiten und Grenzen der Fernaufklärung, also der Aufklärung der Patienten per Video oder Telefon.

Fernbehandlung und **Fernaufklärung** eint die physische Distanz zwischen Arzt und Patient und der Einsatz von Fernkommunikationsmittel. Doch mit

der (berufsrechtlich normierten) Zulässigkeit der Fernbehandlung geht nicht automatisch auch die Wirksamkeit einer durchgeführten Fernaufklärung einher. Zur Beantwortung der Frage, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein Patient fernaufgeklärt werden kann und darf, hilft ein Blick auf die bestehenden gesetzlichen Regelungen und deren Begründungen:

### 1. Mündlichkeit der ärztlichen Patientenaufklärung

Mit Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes im Jahre 2013 wurde die bis dahin umfassend ergangene Rechtsprechung zum ärztlichen Behandlungsverhältnis im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) kodifiziert. Seitdem bestimmt § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass die Aufklärung des Patienten „mündlich“ zu erfolgen hat. In der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/10488) heißt es dazu:

*„Dem Patienten soll die Möglichkeit eröffnet werden, in einem persönlichen Gespräch mit dem Behandelnden gegebenenfalls auch Rückfragen zu stellen, so dass 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). Lediglich ergänzend kann auch auf Unterlagen Bezug genommen werden, die der Einwilligende in Textform erhalten hat.“*

Es wird deutlich, dass sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Norm an der bisherigen Rechtsprechung orientiert hat und bei der ärztlichen Aufklärung grundsätzlich von einem persönlichen Gespräch bei physischer Anwesenheit von Arzt und Patient ausgegangen ist und lediglich in Ausnahmefällen, nämlich „in einfach gelagerten Fällen“, eine

fernmündliche Aufklärung zulassen wollte. In dem zitierten Urteil aus dem Jahre 2010 hatte der BGH seine Entscheidung damit begründet, dass es auch im Telefongespräch möglich sei, auf individuelle Belange des Patienten einzugehen und eventuelle Fragen zu beantworten. Indes könne der Patient jederzeit auf ein persönliches Gespräch mit physischer Anwesenheit des Arztes bestehen.

## 2. (Keine) Änderungen durch das Digitale-Versorgung-Gesetz

Angesichts der fortschreitenden Digitalisierung – auch im Gesundheitswesen – hat der Gesetzgeber die Notwendigkeit einer Anpassung der gesetzlichen Vorschriften erkannt und das sog. Digitale-Versorgung-Gesetz (DVG) auf den Weg gebracht. Im Entstehungsprozess für dieses Gesetz lag zunächst ein Entwurf des Bundesgesundheitsministeriums vor, der eine Erweiterung des § 630e Abs. 1 BGB um folgenden Satz beabsichtigte:

*„Im Rahmen einer telemedizinischen Behandlung kann die Aufklärung nach Satz 1 auch unter Einsatz der für die Behandlung verwendeten Fernkommunikationsmittel erfolgen.“*

Diese Ergänzung wurde dann aber wieder fallen gelassen, so dass sie keinen Einzug in den Beschlusstext des Gesetzes fand, welches am 19.12.2019 in Kraft trat. Dennoch hat der Gesetzgeber sein Vorhaben nicht aufgegeben und in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/13438) wegweisende Ausführungen gemacht, die zeigen, dass die Fernaufklärung durchaus möglich sein soll. Es heißt dort:

*„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 Verwendung von Telekommunikationsmitteln** erfolgen, solange diese den unmittelbaren sprachlichen Austausch zwischen dem Patienten und dem Behandelnden zulassen.“*

*„Das BGB enthält keine Legaldefinition der mündlichen Kommunikation. Nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre setzt der Begriff der Mündlichkeit die gemeinsame körperliche Anwesenheit aller Beteiligten **nicht** voraus.“*

*„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.“*

Unter Bezugnahme auf die Begründung des Patientenrechtegesetzes (s.o.) stellt der Gesetzgeber darauf ab, dass die ehemals noch geäußerten Bedenken hinsichtlich der Verwendung von Fernkommunikationsmittels angesichts der steigenden technischen Qualität und gesellschaftliche Akzeptanz heute nicht mehr bestehen – auch nicht im Rahmen der Aufklärung „hinsichtlich schwerwiegend gelagerter Behandlungsfälle“: Denn – so die Gesetzesbegründung weiter:

*„Insbesondere bei der Videosprechstunde ist eine dem unmittelbaren Arzt-Patienten-Kontakt **vergleichbare Gesprächssituation** gegeben, sodass der Patient alle erforderlichen Rückfragen mit dem Behandelnden **unmittelbar erörtern kann**.“*

Das DVG enthält also keine ausdrückliche neue gesetzliche Regelung zur Fernaufklärung, es legalisiert dennoch die Fernaufklärung für die praktische Anwendung. Der Gesetzgeber zeigt, dass er die Fernaufklärung nicht nur für einfach gelagerte Behandlungsfälle für zulässig erachtet, sondern generell für alle diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen eröffnen will. Technik und Gesellschaft hätten eine Weiterentwicklung erfahren, die nunmehr auch eine Weiterentwicklung der Kommunikation zwischen Arzt und Patient erlaube.

### 3. Fernaufklärung im Einzelfall

Alle Ärztinnen und Ärzte müssen aber stets individuell abwägen, ob ein Aufklärungsgespräch am Telefon, per Videotelefonie oder in einem persönlichen Gespräch mit dem Patienten erfolgen kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Telefongespräch nicht so nah an das persönliche Gespräch heranreichen kann wie die Videotelefonie. Bei der Frage der Ausgestaltung des Aufklärungsgesprächs sollte außerdem bedacht werden, ob zuvor bereits ein persönlicher Arzt-Patienten-Kontakt stattgefunden hat und wie schwerwiegend sich der in Rede stehende Eingriff darstellt. Wie bei der Fernbehandlung ist eine Fernaufklärung immer nur dann berufsrechtlich zulässig, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird.

Der Umfang der Aufklärung umfasst wie sonst auch die Erläuterung der Behandlung und ihrer Risiken sowie möglicher Behandlungsalternativen. Der aufklärende Arzt muss sich vergewissern, dass der Patient Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs im Großen und Ganzen verstanden hat und er auf alle Rückfragen des Patienten eingegangen ist. Bei der Durchführung des Aufklärungsgesprächs sind nicht nur etwaige Sprachprobleme oder intellektuelle Defizite des Patienten zu berücksichtigen, sondern auch die individuellen Fähigkeiten des Patienten im Umgang mit dem genutzten Kommunikationsmedium zu bedenken. Sollte über eine Fernbehandlung aufgeklärt werden, muss zusätzlich auch über deren Besonderheiten und die grundsätzliche Möglichkeit einer Behandlung vor Ort informiert werden.

Bei verbleibenden Zweifeln hinsichtlich der Zulässigkeit der Fernaufklärung im Einzelfall sollte der Arzt den Patienten sicherheitshalber um ein persönliches Gespräch in physischer Anwesenheit bitten. Denn im Streitfall obliegt es dem Arzt, zu beweisen, dass die Aufklärung ordnungsgemäß erfolgte. Vor diesem Hintergrund sollte auch die Dokumentation bei der Fernaufklärung besonders sorgfältig und lückenlos geführt werden. Die Verwendung von Aufklärungsbögen ist gerade bei der Fernaufklärung dringend anzuraten.

### 4. Fazit

Die Digitalisierung hat die Möglichkeiten der Telemedizin erweitert und bewirkt auch im Gesundheitswesen eine zunehmende Akzeptanz für den Einsatz digitaler Anwendungen und Medien. Die Kommunikation über Videotelefonie ist mittlerweile technisch derart fortgeschritten, dass in der Regel kaum noch ein Unterschied zum persönlichen Gespräch festzustellen ist. Das hat auch der Gesetzgeber erkannt und folgerichtig die Weichen für die Fernaufklärung – wenn auch nicht ausdrücklich – gestellt. Wie streng die Rechtsprechung die Zulässigkeit der Fernaufklärung im Einzelfall bewerten wird, bleibt abzuwarten.

Jedenfalls sollten Ärzte die Zulässigkeit der Fernaufklärung stets sorgfältig prüfen und die Durchführung gut dokumentieren, um etwaigen Haftungsrisiken begegnen zu können.

\*\*\*

Rechtsanwalt Dr. Albrecht Wienke  
Fachanwalt für Medizinrecht

Wienke & Becker - Köln  
Sachsenring 6  
50677 Köln  
[awienke@kanzlei-wbk.de](mailto:awienke@kanzlei-wbk.de)

\*\*\*

Der Beitrag ist im Mai 2020 im medizinisch-juristischen Newsletter der Thieme Compliance GmbH erschienen.