TELEMEDIZIN: HOHE ERWARTUNGSHALTUNG, ABER HAFTUNGSRISIKEN UND ERSTATTUNGSFRAGEN BLEIBEN

In den letzten Jahren hat das Thema Telemedizin dank diverser Gesetzgebungen wie auch Pilotprojekte zunehmend an Fahrt aufgenommen. Dennoch bedeutet Telemedizin nach wie vor "Neuland" sowohl mit Blick auf die Erstattung von telemedizinischen Leistungen, als auch in Bezug auf die haftungsrechtliche Situation. Während es hinsichtlich der haftungsrechtlichen Aspekte insbesondere Behandlungsfehler und Aufklärungspflichtverletzungen zu beachten und vermeiden gilt, bleiben hinsichtlich der Erstattung sowohl im privat- als auch kassenärztlichen Bereich offene Fragen und Handlungsbedarf.

GRUNDLAGEN DER TELEMEDIZIN

Hinter dem Begriff der Telemedizin verbirgt sich substantiell nichts anderes als die kombinierte Verwendung von Informations- und Telekommunikationstechnologien – also die Erbringung medizinischer Leistungen diagnostischer oder therapeutischer Natur mit Mitteln der Telematik. Nach dem Grundsatz "*move the information, not the patient*" sollen nicht länger die Patienten selbst, sondern die medizinischen Daten und Informationen für die Prävention, Diagnose, Behandlung und Weiterbetreuung in Form von Text, Ton, Bild oder in anderer Form bewegt werden. Prominente Beispiele hierfür sind etwa die Videosprechstunde, Telekonsilien oder elektronische Arztbriefe.

2020 soll das entscheidende Jahr für die Digitalisierung im Gesundheitswesen werden, zumindest wenn es nach dem Bundesgesundheitsministerium geht. Telekonsilien wie auch Videosprechstunden sollen künftig gewichtige Funktionen übernehmen und zu einer besseren Versorgung sowie der Reduzierung von Behandlungskosten führen. In diversen Pilotprojekten wie etwa in Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz oder von der Techniker Krankenkasse wurden schon Erfahrungen gesammelt und eine telemedizinische Versorgung erprobt. Der Weg dorthin war allerdings beschwerlich. Schon 2004 wurden mit dem GKV-Modernisierungsgesetz erste Regelungen zur Digitalisierung in das SGB V aufgenommen. Entscheidender Wegbereiter war jedoch letztlich die Modifikation und Lockerung der berufsrechtlichen Regelungen zum ursprünglichen Verbot der Fernbehandlung. Nunmehr ist den Ärzten eine ausschließliche Fernbehandlung ohne vorherigen Patientenkontakt grundsätzlich möglich.

HAFTUNGSRISIKEN DES BEHANDELNDEN ARZTES

Auch im Falle der (ausschließlichen) Fernbehandlung liegt stets ein Arzt-Patienten-Verhältnis im Sinne der §§ 630a f. BGB mit allen Rechten und Pflichten vor. Daraus folgt zunächst, dass für die Telemedizin ebenfalls der Grundsatz des Facharztstandards gilt und dass die allgemein für alle ärztlichen Behandlungen notwendigen Voraussetzungen für rechtmäßiges ärztliches Handeln gegeben sein müssen: Dafür muss die Behandlung (1) indiziert sein, (2) entsprechend der fachlichen Regeln erfolgen und (3) durch eine Einwilligung des aufgeklärten Patienten gedeckt sein. Wie auch beim Arzt-Patienten-Kontakt unter persönlicher Anwesenheit wird haftungsbegründendes Verhalten insbesondere durch Behandlungsfehler und Aufklärungsfehler begründet werden, wobei dabei aber einige Besonderheiten zu berücksichtigen sind.

Behandlungsfehler

Entscheidend für die Fragen, ob ein Behandlungsfehler gegeben ist und welche Entscheidungen oder Maßnahmen vertretbar sind, ist der medizinische Standard. Es gilt also stets zu klären, wann eine Fernbehandlung dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft gerecht wird. Während nach wie vor der persönliche Kontakt als "Goldstandard" anzusehen ist, existiert bis dato kein Fernbehandlungsstandard, weshalb soweit möglich auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen ist. Unproblematisch dürfte die Verwendung von Telemedizin sein, wenn die ärztliche Tätigkeit lediglich unterstützt, nicht jedoch ersetzt und Telemedizin somit qualitätssichernd oder gar -steigernd eingesetzt wird. Festzuhalten bleibt, dass bei reiner Fernbehandlung aus haftungsrechtlicher Sicht nach wie vor Vorsicht und Zurückhaltung geboten sind und bei geringsten Zweifeln umgehend eine persönliche Untersuchung des Patienten zu veranlassen ist. In diesem Zusammenhang ist darüber hinaus auch die Haftung für die Gerätesicherheit zu berücksichtigen. So kann den behandelnden Arzt eine Haftung für den – für die Fernbehandlung essentiellen – Einsatz medizinisch-technischer Geräte treffen, da die Gerätesicherheit als voll beherrschbares Risiko bei ihm liegt. Resultiert eine Schädigung des Patienten aus diesem Bereich, etwa der Fehleinschätzung aufgrund mangelhafter Bildqualität bei der Videosprechstunde oder der unvollständigen Übermittlung der Messwerte (z. B. Blutzucker oder Blutdruckverhalten) beim Telemonitoring, so wird ein Fehler des Arztes vermutet. Eine Entlastung kann nur beim Nachweis der ordnungsgemäßen Bedienung, Wartung und Kontrolle der zur Fernbehandlung eingesetzten Gerätschaften erfolgen.

Aufklärungspflichtverletzung

Die Rechtmäßigkeit einer konkreten Behandlungsmaßnahme hängt von der Einwilligung des Patienten nach vorangegangener Aufklärung ab. Schwierigkeiten im Hinblick auf die Telemedizin ergeben sich insofern, als dass diese nach der gesetzlichen Konzeption mündlich unter persönlicher Anwesenheit stattfinden muss und der BGH bisher eine fernmündliche Aufklärung nur in besonderen Einzelfällen für zulässig erachtet. Entsprechend muss der behandelnde Arzt das Risiko berücksichtigen, dass sich eine fernmündliche Aufklärung nachträglich als unzureichend erweisen könnte. Je schwerwiegender die zu behandelnde Erkrankung, je erheblicher die mit der Telemedizin verbundenen Risiken und je komplexer die geplante Intervention, desto höher sind dabei die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung – oder anders gewendet: desto weniger wird eine fernmündliche Aufklärung als ausreichend anzusehen sein. Darüber hinaus ist der Patient über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien, wie etwa das Risiko,

dass die Behandlung durch die Qualität der Datenübertragung beeinflusst wird oder aber unterbrochen werden muss, aufzuklären.

ENTWICKLUNG UND STAND DER ERSTATTUNGSFÄHIGKEIT VON TELEMEDIZINISCHEN LEISTUNGEN

Schon vor der Aufhebung des Fernbehandlungsverbots sah der für die Erstattung im GKV-Gefüge maßgebliche Einheitliche Bewertungsmaßstab ("**EBM**") seit April 2016 die Abrechnung bestimmter telemedizinischer Leistungen, wie etwa die Überwachung von Patienten mit Defibrillatoren, Telekonsilien oder (seit April 2017) bestimmte Videosprechstunden vor. Dabei sind zum einen die durch die Nutzung eines Videoanbieters entstehenden Kosten abdeckt. Zum anderen sind Arzt-Patienten-Kontakte, die im Rahmen einer Videosprechstunde entstehen, schon Bestandteile von Versicherten- und Grundpauschalen, sofern zuvor ein persönlicher Kontakt besteht.

Auf der Grundlage des überarbeiteten § 87 Abs. 2a SGB V wurde zum 1. April 2019 der EBM dahingehend angepasst, dass nunmehr auch online durchgeführte Sprechstunden darin abgebildet werden und damit umfassend abrechenbar sind. Außerdem gilt nicht mehr die Vorgabe, dass Videosprechstunden ausschließlich zum Zweck der Verlaufskontrolle bei definierten Krankheitsbildern und Indikationsbereichen angewendet werden können. Die Videosprechstunde wird der physischen Arzt-Patienten-Konsultation damit abrechnungstechnisch zumindest angenähert. Erfolgt im selben Quartal aber kein persönlicher Patientenkontakt mehr, dann wird die Grund-, Versicherten- oder Konsiliarpauschale nach dem EBM je nach Fachrichtung zwischen 20 und 30 Prozent gekürzt.

Ziel der vom Gesetzgeber angestoßenen Überarbeitung des EBM war es, den Einsatz der Videosprechstunde auszuweiten und attraktiver zu gestalten. Zusätzlich wurde Ende August 2019 der EBM für den Zeitraum vom 1. Oktober 2019 bis zum 30. September 2021 um eine Anschubförderung für Videosprechstunden ergänzt, die bis zu EUR 500 pro Arztpraxis und Quartal betragen kann.

Im Gegensatz zum EBM kennt die im Rahmen der privaten Krankenversicherung für die Abrechnung heranzuziehende Gebührenordnung für Ärzte ("**GOÄ**") hingegen (noch) keine eigenen Abrechnungsziffern für telemedizinische Behandlungen. Eine Abrechnung kann daher bislang nur erfolgen, wenn die Behandlung nicht ausschließlich telemedizinisch erfolgt. In Betracht kommen ferner nur solche GÖA-Ziffern, die nicht die Anwesenheit von Arzt und Patient in einem Raum voraussetzen. Verbesserung verspricht die neue GOÄ, die dann auch telemedizinische Leistungen abbilden soll.

GROSSE BEMÜHUNGEN UND HOHE ERWARTUNGEN – ABER NOCH VIEL UNGENUTZTES POTENTIAL

Die Bemühungen – insbesondere von politischer Seite – sind groß, Telemedizin zum Bestandteil der alltäglichen Versorgung zu machen. Entsprechend hoch sind auch die Erwartungen. Dies gilt nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund, dass darin ein Lösungsansatz gesehen wird, um der teilweise schlechten Versorgungslage in ländlichen Gebieten Herr zu werden. Allerdings zeigt sich in der Praxis, dass für die behandelnden Ärzte nach wie vor viele Hürden und Unabwägbarkeiten mit der Telemedizin verbunden sind, sodass es weiterer Entwicklungen bedarf, um das mit der Telemedizin verbundene Potential voll ausschöpfen zu können.

ANSPRECHPARTNER

Dr. Gunnar Sachs
Partner

T +49 211 4355 5460
E gunnar.sachs
@cliffordchance.com

Ann-Cathrin Bergstedt
Associate

T +49 211 4355 5205
E ann-cathrin.bergstedt
@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf

© Clifford Chance 2020

Clifford Chance Deutschland LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in 10 Upper Bank Street, London E14 5JJ, registriert in England und Wales unter OC393460. Die Gesellschaft ist mit einer Zweigniederlassung im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main unter PR 2189 eingetragen.

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: www.cliffordchance.com/deuregulatory

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • Newcastle • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.