

Ärztliche Fernbehandlung – Zwischenbilanz zur Liberalisierung des Berufs- und Werberechts nach fünf Jahren

Jan Eichelberger

I. Einleitung

Krankschreibung per Telefon, Videosprechstunde, Hautkrebs-Check per App – der rasante technische Fortschritt ermöglicht neuartige Formen der Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen. Einige davon sind inzwischen in die Regelversorgung integriert. Rechtlich erlaubt war eine ärztliche Behandlung ohne unmittelbaren physischen Kontakt zwischen Arzt und Patient indes bis vor gut fünf Jahren nur unter sehr engen Voraussetzungen. Insbesondere die Fernbehandlung ohne vorangegangenen unmittelbaren physischen (Erst-)Kontakt war Ärzten berufsrechtlich grundsätzlich verboten.¹ Die (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä)² in ihrer bis 9. Mai 2018 geltenden Fassung sah in § 7 Abs. 4 (a.F.) vor, dass Ärztinnen und Ärzte „individuelle ärztliche Behandlung, insbesondere auch Beratung, nicht ausschließlich über Print- und Kommunikationsmedien durchführen“ dürfen (S.1) und „[a]uch bei telemedizinischen Verfahren [...] zu gewährleisten [ist], dass eine Ärztin oder ein Arzt die Patientin oder den Patienten unmittelbar behandelt.“ (S.2).

-
- 1 Scholz, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 3. Aufl., München 2018, MBO-Ä § 7 Rn. 18; *Bundesärztekammer*, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä (alte Fassung) vom 11.12.2015, S. 3. – Zulässig waren dagegen telemedizinische Verfahren, mit denen der unmittelbar „am Patienten“ behandelnde Arzt Unterstützung einholte, wie etwa ein Telekonsil oder bei der Teleradiologie (näher Scholz, a.a.O., MBO-Ä § 7 Rn. 17 f.; Gruner, Quo vadis, Fernbehandlungsverbot? Betrachtungen zur Telemedizin, *GesR* 2017, 288 [289 ff.]).
 - 2 Die MBO-Ä ist lediglich eine Empfehlung der Bundesärztekammer (BÄK). Rechtsverbindlich sind nur die von den Landesärztekammern als Satzung erlassenen Berufsordnungen (s. Scholz, in: Spickhoff [Hrsg.], *Medizinrecht*, 4. Aufl., München 2022, MBO-Ä Vorbemerkung Rn. 1).

Dieses sog. „Fernbehandlungsverbot“ lässt sich weit zurückverfolgen³ und hatte ursprünglich auch gute Gründe.⁴ Eine ärztliche Behandlung mittels Briefs, wie sich dies in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wohl durchaus verbreitet etabliert hatte,⁵ war (und ist) regelmäßig nicht *lege artis*.

Der eingangs erwähnte rasante technische Fortschritt bei den heute zur Verfügung stehenden Fernkommunikationsmöglichkeiten, namentlich die umfassende Verbreitung leistungsstarker multimedialer Mobiltelefone („Smartphones“), die über die rein sprachliche Kommunikation hinaus mit der Videotelefonie eine viel direktere Kommunikation ermöglichen, sowie die Verbreitung von „Smartwatches“ oder sonstigen „Wearables“, die zunehmend mit Sensoren zur Erhebung von Gesundheitsdaten (Puls, Sauerstoffsättigung, EKG etc.) ausgestattet sind, eröffnete in jüngerer Zeit ganz neue Möglichkeiten, in bestimmten Fällen auch ohne unmittelbaren physischen Kontakt *lege artis* ärztlich zu behandeln.⁶ Die Rechtfertigung des strikten Fernbehandlungsverbots wurde zunehmend brüchig.⁷ Hinzu kamen der faktische Druck von telemedizinischen Angeboten an inländische Interessenten aus dem Ausland („MedGate“ aus der Schweiz, „DrEd“ aus dem Vereinigten Königreich), gegen die berufsrechtlich nicht anzukommen war, sowie die zunehmend problematischer werdende ärztliche Versorgung „in der Fläche“⁸ aufgrund des einsetzenden (und weiter fortschreitenden) Ärztemangels.

3 Näher Eichelberger, Werbung für ärztliche Fernbehandlungen, in: Ahrens/Büscher/Goldmann/McGuire (Hrsg.), *Praxis des Geistigen Eigentums: Festschrift für Henning Harte-Bavendamm zum 70. Geburtstag*, München 2020, S. 289 (290 f.).

4 Näher Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 293 ff.

5 Dazu Locher, Fernbehandlung Gestern und Heute – Von der Briefkastenmedizin zur Telemedizin, *Bayerisches Ärzteblatt* 2017, 514 f.; *ders.*, *Medizin und Medien im 19. Jahrhundert – Die Medizin in Illustrierten Zeitschriften des 19. Jahrhunderts*, *Jahrbuch Literatur und Medizin* 5/2012, S. 133 (153).

6 Eichelberger, Das neugefasste Werbeverbot für Fernbehandlung (§ 9 HWG n.F.) – Doch keine Liberalisierung?, *WRP* 2022, 679 (Rn. 2); Braun, Anm. zu LG Köln, *Urt. v. 19.10.2021* – 31 O 20/21, *MedR* 2022, 154 (156).

7 Vgl. Vorberg/Kanschik, Fernbehandlung: AMG-Novelle und Ärztekammer verfehlen die Realität!, *MedR* 2016, 411 (413 ff.).

8 S. das Stichwort „Telemedizin“ im Glossar des Bundesministeriums für Gesundheit: „Telemedizin ermöglicht es, unter Einsatz audiovisueller Kommunikationstechnologien trotz räumlicher Trennung z.B. Diagnostik, Konsultation und medizinische Notfalldienste anzubieten. In Zukunft kann Telemedizin vor allem für den ländlichen Raum ein Bestandteil der medizinischen Versorgung werden.“ (<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/t/telemedizin>; zuletzt abgerufen am 1.7.2024).

Dies vor Augen beschloss der 121. Deutschen Ärztetag 2018 in Erfurt mit großer Mehrheit eine Lockerung des arztberufsrechtlichen Fernbehandlungsverbots.⁹ § 7 Abs. 4 MBO-Ä lautet nunmehr: „Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt. ²Sie können dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen. ³Eine 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.“¹⁰

Schließlich gab auch der Bundesgesetzgeber seinen noch 2016 mit der Ergänzung des Arzneimittelgesetzes (AMG) um das Verbot der Abgabe von Humanarzneimitteln, „wenn vor der ärztlichen oder zahnärztlichen Verschreibung offenkundig kein direkter Kontakt zwischen dem Arzt oder Zahnarzt und der Person, für die das Arzneimittel verschrieben wird, stattgefunden“ hatte (§ 48 Abs. 1 S. 2 AMG a.F.¹¹), erklärten Widerstand gegen ausschließliche Fernbehandlungen¹² auf und beseitigte das zweite Hemmnis, das ehemals strikte Werbeverbot für Fernbehandlungen. § 9 HWG in der bis 18.12.2019 geltenden Fassung verbot ausnahmslos jede „Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden

9 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01 (abrufbar unter www.aerzteblatt.de/2018top4; zuletzt abgerufen am 1.7.2024).

10 Die meisten Landesärztekammern änderten ihre Berufsordnungen daraufhin zügig (Überblick bei *Acker*, Ausschließliche Fernbehandlung im digitalen Zeitalter: Ein Teilbereich der Telemedizin aus Sicht des ärztlichen Berufs-, Arzthaftungs- und Arztstrafrechts, Baden-Baden 2023, S. 148 f., Fn. 700). Zum 1.6.2024 hat nunmehr auch die Ärztekammer Brandenburg das strikte ursprüngliche Fernbehandlungsverbot aufgegeben (s. den Beschluss der Kammerversammlung v. 16.3.2024, <https://www.laekb.de/aktuelles/pressemitteilungen/detail/kammerversammlung-passt-regelung-zur-fernbehandlung-an>, zuletzt abgerufen am 1.7.2024).

11 In der Fassung des Vierten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, BGBl. 2016 I S. 3048, in Kraft getreten zum 24.12.2016. Das Verbot ist durch das Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung (GSAV), BGBl. 2019 I S. 1202, mit Wirkung zum 16.8.2019 wieder aufgehoben worden.

12 S. Begründung des Regierungsentwurfs eines Vierten Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, BT-Drs. 18/8034, S. 39: „Behandlungen und Diagnosen über das Telefon oder über das Internet reichen nicht aus, sondern bergen das Risiko von Fehldiagnosen und können so die Patientinnen und Patienten gefährden.“

oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung)“.¹³ Das Werbeverbot lässt sich ebenfalls weit zurückverfolgen¹³ und war zunächst konsequent: Es bestand kein Anlass, für eine berufsrechtlich unzulässige Fernbehandlung werben zu dürfen.¹⁴ Nach der Liberalisierung des Berufsrechts war diese Rechtfertigung dagegen entfallen. Zugleich entpuppte sich das bloße Werbeverbot¹⁵ als ein das (liberalisierte) ärztliche Berufsrecht überlagerndes faktisches Durchführungsverbot,¹⁶ denn wenn (auch) für eine berufsrechtlich zulässige Fernbehandlung nicht geworben werden darf,¹⁷ wird diese kaum nachgefragt werden.¹⁸

Abhilfe sollte die Ergänzung des bisherigen Werbeverbots um einen zweiten Satz schaffen: „Satz 1 [= § 9 HWG a.F.] ist nicht anzuwenden auf die Werbung für Fernbehandlungen, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist.“¹⁹ Die vormalige Regelung des § 9 HWG a.F. erschwere die flächendeckende Einführung telemedizinischer Anwendungen, die Änderung vollziehe deshalb die Öffnung des ärztlichen Berufsrechts nach.²⁰

13 Näher *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 292.

14 Zur heutigen Bedeutung des § 9 HWG s. *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 300 und die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77 f.

15 Die Fernbehandlung selbst verbot § 9 HWG a.F. und verbietet § 9 S.1 HWG n.F. nicht, s. KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 18 – virtueller Konsultationsservice; OLG Köln GRUR-RR 2012, 437 (439) – Expertenrat; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 37127 Rn. 48 – Online-Erkältungsdiagnose.

16 *Braun*, Die Zulässigkeit von ärztlichen Fernbehandlungsleistungen nach der Änderung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä, MedR 2018, 563 (566); *Eichelberger* (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 4.

17 S. KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 17 – virtueller Konsultationsservice.

18 S. *Braun* (Fn. 16), MedR 2018, 566.

19 Eingefügt durch das Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BGBl. 2019 I S. 2562.

20 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77 f.

II. Zwischenbilanz nach fünf Jahren

Gut fünf Jahre nach der Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts und des Werbeverbots für Fernbehandlungen ist nun Zeit, eine erste Zwischenbilanz zu ziehen, wie die Praxis mit den neuen Vorgaben umgeht. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Von der beabsichtigten Liberalisierung²¹ ist bislang wenig zu spüren. Grund dafür ist insbesondere eine Weichenstellung des BGH in seiner bislang einzigen Entscheidung zu § 9 S. 2 HWG.

1. Berufsrecht

a) Behandlung im persönlichen Kontakt als „Goldstandard“?

„Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im *persönlichen Kontakt*.“ (§ 7 Abs. 4 S. 1 MBO-Ä; Herv. nur hier). „Sie können dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen.“ (§ 7 Abs. 4 S. 2 MBO-Ä). „Im persönlichen Kontakt“ meint den unmittelbaren physischen Kontakt zwischen Arzt und Patient.²² Die ärztliche Behandlung soll auf einem eigenen und unmittelbaren Eindruck des Arztes vom Patienten und nicht lediglich auf dessen oder eines Dritten subjektiver Schilderung beruhen.²³ Es sollen das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient geschützt²⁴ und die Bedeutung der persönlichen Zuwendung als Teil der ärztlichen Tätigkeit betont werden.²⁵

Einige Untersuchungsmethoden, wie etwa die Palpation (Abtasten) und die Perkussion (Abklopfen), sind ohne physischen Kontakt zwischen Arzt und Patient ohnehin (noch?) nicht möglich. Für andere – etwa die Inspektion (Betrachten) oder die Auskultation (Abhören) – ist das durchaus denkbar, jedoch dürfte auch hier (noch?) zumindest regelmäßig die Untersuchung im unmittelbaren physischen Kontakt zu besseren Ergebnissen führen.

21 S. Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2 (zum Berufsrecht) sowie Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77 f. (zum Werberecht).

22 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2; Scholz (Fn. 2), MBO-Ä § 7 Rn. 14.

23 Scholz (Fn. 2), MBO-Ä § 7 Rn. 14.

24 Scholz (Fn. 2), MBO-Ä § 7 Rn. 14.

25 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2; Scholz (Fn. 2), MBO-Ä § 7 Rn. 14.

Die ärztliche Behandlung im unmittelbaren physischen Kontakt zwischen Arzt und Patient war und ist deshalb der Standard- bzw. der Regelfall. Man mag insoweit vom „Goldstandard“ der ärztlichen Behandlung sprechen.²⁶ Sollte damit allerdings insinuiert sein, die Behandlung im unmittelbaren physischen Kontakt sei generell einer Behandlung unter Einsatz von Kommunikationsmitteln überlegen,²⁷ so ist dem entgegenzutreten.²⁸

Zunächst entspräche dies weder dem mit den Beschlüssen des 121. Deutschen Ärztetags verfolgten Liberalisierungsziel noch der daraufhin erfolgten Änderungen der MBO-Ä und des Berufsrechts.²⁹ Während es in § 9 Abs. 4 S. 2 MBO-Ä a.F. noch hieß, dass „[a]uch bei telemedizinischen Verfahren [...] zu gewährleisten“ sei, „dass eine Ärztin oder ein Arzt die Patientin oder den Patienten unmittelbar behandelt“, was grundsätzlich zumindest einen physischen Erstkontakt zwischen Arzt und Patient notwendig machte, erlaubt der neu aufgenommene dritte Satz die ausschließliche Fernbehandlung nun ausdrücklich: „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.“ (§ 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä n.F.). Ziel dieser „Öffnung“ ist ausweislich der Beschlussbegründung „den

26 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetags 2018, TOP IV - 01, S. 2; OLG München GRUR-RR 2020, 461 Rn. 47 – digitaler Arztbesuch; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 37127 Rn. 44 – Online-Erkältungsdiagnose; *Scholz* (Fn. 2), MBO-Ä § 7 Rn. 14; *Prütting*, in: *Ratzel/Lippert/ders.*, Kommentar zur MBO-Ä, 8. Aufl., Berlin 2022, § 7 Rn. 34, 36; *Hahn*, Telemedizin – Zulässigkeit und zivilrechtliche Haftungsrisiken, BLJ 2021, 47 (48).

27 So insb. das OLG München GRUR-RR 2020, 461 Rn. 48 – digitaler Arztbesuch (Vorinstanz zu BGH – Werbung für Fernbehandlung).

28 Ebenso BGH GRUR 2022, 399 Rn. 52 – Werbung für Fernbehandlung; *Braun*, Zur Fernbehandlung und ihrer Bewerbung im Lichte der aktuellen Rechtsprechungstendenzen, MedR 2023, 620 (623); *ders.*, Anm. zu OLG München, Urt. v. 9.7.2020 – 6 U 5180/19, MedR 2021, 159 (160); *Eichelberger*, Anm. zu OLG München, 6 U 5180/19 – Digitaler Arztbesuch, WRP 2020, 1504 (Rn. 5); *Schinnenburg*, Ärztliche Fernbehandlungen – Die rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen, MDR 2023, 886 (Rn. 27).

29 Ebenso *Krüger/Sy*, Werbung für Telemedizin im Bermuda-Dreieck von Lauterkeits-, Standes- und Arzthaftungsrecht, GRUR 2022, 522 (527); *Braun* (Fn. 28), MedR 2021, 160.

Patientinnen und Patienten zukünftig mit der Fort- und Weiterentwicklung telemedizinischer, digitaler, diagnostischer und anderer vergleichbarer Möglichkeiten eine dem anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse entsprechende ärztliche Versorgung anbieten zu können.“³⁰ Wenn nun aber – wie das OLG München meinte – „grundsätzlich jeder Krankheitsverdacht nach allgemeinen fachlichen Standards eine Basisuntersuchung erforder[e], in der Regel unmittelbar durch Funktionsprüfungen (etwa von Atmung, Kreislauf, Blutdruck) und Besichtigungen, Abtasten, Abklopfen und Abhören des Körpers sowie gegebenenfalls der Erhebung weiterer Laborwerte“³¹, bliebe für § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä – die ärztliche Beratung oder Behandlung ausschließlich über Kommunikationsmedien – von vornherein kein Raum.³²

Zudem ignorierte dies die heutige Lebenswirklichkeit. Befeuert durch Notwendigkeiten während der Covid19-Pandemie und ermöglicht durch den technischen Fortschritt haben sich Szenarien entwickelt, in denen eine ärztliche Behandlung ohne unmittelbaren physischen Kontakt standardgemäß möglich ist.

Ein Beharren auf dem unmittelbaren physischen Kontakt zwischen Arzt und Patient als grundsätzlich superiorem „Goldstand“ würde schließlich den Gegebenheiten des heutigen Gesundheitswesens nicht mehr gerecht. Der Fachkräftemangel, hier insbesondere in Form des massiven Ärztemangels (nicht nur) „in der Fläche“, lässt sich ohne substantielle Öffnung auch für telemedizinische Behandlungsmöglichkeiten wohl nicht ausgleichen. Neuen Möglichkeiten per se ablehnend skeptisch gegenüber zu stehen, wird dem nicht gerecht.

b) Behandlung „im Einzelfall“

Die ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist „*im Einzelfall*“ erlaubt, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä (Herv. nur hier) vorliegen. Teilweise wird die Formulierung „im Einzelfall“ dahingehend ausgelegt, dass die ausschließliche

30 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2.

31 OLG München GRUR-RR 2020, 461 Rn. 48 – digitaler Arztbesuch; ebenso LG Köln BeckRS 2021, 32834 Rn. 37; dagegen mit Recht BGH GRUR 2022, 399 Rn. 52 – Werbung für Fernbehandlung.

32 Braun (Fn. 28), MedR 2021, 160.

Fernbehandlung lediglich ausnahmsweise zulässig sei.³³ „Im Einzelfall“ wird also quantitativ verstanden. Gegenüber der ärztlichen Behandlung mit unmittelbarem physischen Kontakt als „Goldstandard“ müsse die Fernbehandlung die Ausnahme sein.³⁴ Von der beabsichtigten Lockerung des Fernbehandlungsverbots im Interesse der „Fort- und Weiterentwicklung telemedizinischer, digitaler, diagnostischer und anderer vergleichbarer Möglichkeiten“³⁵ bliebe damit nicht viel übrig. Erneut zeigt sich die verbreitete Skepsis gegen die ausschließliche Fernbehandlung.

Aus den zum „Goldstandard“ dargelegten Gründen ist einer solchen Deutung des Merkmals „im Einzelfall“ jedoch entgegenzutreten. Statt quantitativ, d.h. einen Ausnahmefall voraussetzend, ist dieses ausschließlich qualitativ zu verstehen: Es muss in jedem Einzelfall, das heißt bei jedem konkreten Behandlungsfall, geprüft werden, ob eine Behandlung über Kommunikationsmedien „ärztlich vertretbar“ ist und die „erforderliche ärztliche Sorgfalt [...] gewahrt wird“ (§ 7 Abs. 4 S. 3 a.E. MBO-Ä).³⁶ So verstanden bestimmt der ärztliche Behandlungsstandard (§ 630a Abs. 2 BGB) über die berufsrechtliche Zulässigkeit einer Fernbehandlung. Der medizinische Fortschritt wird dadurch berufsrechtlich unmittelbar und automatisch nachvollzogen. Zum Standard gewordene medizinische Innovationen bei der Fernbehandlung scheitern nicht an einem starren berufsrechtlichen Fernbehandlungsverbot. Das mit der Öffnung des Berufsrechts verfolgte Ziel der „Fort- und Weiterentwicklung telemedizinischer, digitaler, diagnostischer und anderer vergleichbarer Möglichkeiten“, um Patienten „eine dem anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse entsprechende ärztliche

33 Acker, Fernbehandlung (Fn. 10), S. 158 f.; Siglmüller, Rechtsfragen der Fernbehandlung, Berlin/Heidelberg 2020, S. 85 f.

34 Acker, Fernbehandlung (Fn. 10), S. 158 f.

35 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2.

36 Im Ergebnis OVG Hamburg BeckRS 2022, 41593 Rn. 42; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 37127 Rn. 45 – Online-Erkältungsdiagnose; Braun (Fn. 16), MedR 2018, 565; ders. (Fn. 28), MedR 2023, 621; Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 294; Hahn, Telemedizin – Das Recht der Fernbehandlung, Wiesbaden 2019, S. 8; Leupold/Wiesner, Digitalisierung im Gesundheitssektor: e-Health, in: Leupold/Wiebe/Glossner (Hrsg.), IT-Recht: Recht, Wirtschaft und Technik der digitalen Transformation, 4. Aufl., München 2021, Teil 13 Rn. 33; Bundesärztekammer, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä, Stand: 10.12.2020, S. 3 (DOI: 10.3238/arztebl.2020.mbo.fernbehandlung); Schinnenburg (Fn. 28), MDR 2023, Rn. 28. – Herkenrath, Ärztliche Fernbehandlung: Möglichkeiten und Grenzen nach der Lockerung des Fernbehandlungsverbots, Tübingen 2022, S. 68-70 plädiert für eine Orientierung an (zu entwickelnden) medizinischen Leitlinien, in denen die Grundsätze erlaubter Fernbehandlung für die einzelnen medizinischen Fachgebiete bestimmt werden.

Versorgung anbieten zu können“³⁷ erfordert geradezu ein behandlungsstandard-akzessorisches Berufsrecht. Andernfalls wäre das Berufsrecht ein erhebliches Innovationshemmnis.

Ein solches Verständnis dürfte auch dem Beschluss des 121. Deutschen Ärztetags zugrunde gelegen haben.³⁸ In der Beschlussbegründung heißt es: „Ob eine Beratung oder Behandlung ausschließlich aus der Ferne über Kommunikationsmedien möglich ist, entscheidet die Ärztin oder der Arzt durch eine jeweilige Prüfung des Einzelfalls.“³⁹ Es hätte nahegelegen, statt „im Einzelfall“ von „im Ausnahmefall“ oder „ausnahmsweise“ zu sprechen, wenn die Fernbehandlung nur im (quantitativen) Ausnahmefall oder ausnahmsweise hätte erlaubt werden sollen. Zudem differenziert die Beschlussbegründung zwischen der „herkömmlichen“ ärztlichen Beratung und Behandlung im persönlichen Kontakt als „Grundsatz“ bzw. „Goldstandard“ ärztlichen Handelns, der in § 7 Abs. 4 S. 1 und S. 2 MBO-Ä zum Ausdruck komme, und der neueröffneten Möglichkeit der Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien nach Maßgabe des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä.⁴⁰ Legte man den Grundsatz der Behandlung im persönlichen Kontakt als dem „Goldstandard“ ärztlichen Handelns auch der Auslegung des Merkmals „im Einzelfall“ zugrunde, bliebe – wie bereits dargelegt – wenig von der Liberalisierung übrig und könnten die im selben Absatz genannten Ziele – „Fort- und Weiterentwicklung telemedizinischer, digitaler, diagnostischer und anderer vergleichbarer Möglichkeiten“ – kaum erreicht werden.

Dass „[t]elemedizinische Primärarztmodelle [...] zu vermeiden“ seien,⁴¹ ist ebenfalls kein Widerspruch. Damit kann nicht gemeint sein, dass es auch unter der Neufassung des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä grundsätzlich zu verhindern gilt, dass ärztliche Beratung oder Behandlung im Erstkontakt über Kommunikationsmittel erfolgt,⁴² denn dies stünde dem im Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetags einen Satz zuvor hervorgehobenen Ziel der „Öffnung“ des Berufsrechts für solche Formen⁴³ diametral entgegen. Gemeint sein dürfte damit lediglich, dass telemedizinische Angebote nicht

37 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2.

38 A.A. Acker, Fernbehandlung (Fn. 10), S. 154 f.

39 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2 f.

40 S. Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2.

41 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2; OLG München GRUR-RR 2020, 461 Rn. 47 – digitaler Arztbesuch.

42 In Bezug auf § 9 S. 2 HWG ebenso Braun (Fn. 28), MedR 2021, 160.

43 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages 2018, TOP IV - 01, S. 2.

zum allgemeinen, allumfassenden Erstanlaufpunkt ausgestaltet werden dürfen. Diesem Szenario steht freilich schon entgegen, dass in vielen Fällen die ärztliche Beratung oder Behandlung ohne persönlichen Kontakt auch weiterhin behandlungsstandardwidrig und schon deshalb auch berufsrechtswidrig wäre. Wenn dagegen für bestimmte Anwendungsbereiche die ärztliche Beratung oder Behandlung unter Einsatz von Kommunikationsmitteln behandlungsstandardgemäß ist, wäre näher zu begründen, warum diese berufsrechtlich nur im Ausnahmefall erlaubt sein sollen. Umgekehrt und zugespitzt formuliert: Soll wirklich das satzungsautonom erlassene (Landes-)Berufsrecht einer dem bundesrechtlichen Sorgfaltsstandard (§ 630a Abs. 2 BGB) entsprechenden ärztlichen Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmittel entgegenstehen? Für den vielfach (und völlig zu Recht) betonten Schutz der Patienten vor „fragwürdigen telemedizinischen Angeboten“⁴⁴ sorgen bereits das Arzthaftungsrecht und das Werberecht.⁴⁵

Dem hier vertretenen Verständnis steht schließlich auch nicht ein Beschluss des 122. Deutschen Ärztetags entgegen.⁴⁶ Unter dem Titel „Missbrauch der Lockerung des Fernbehandlungsverbots“ wurde zwar beschlossen: „Infolge der Lockerung des Fernbehandlungsverbots ist festzustellen, dass Patientinnen und Patienten zunehmend auch mit fragwürdigen telemedizinischen Angeboten konfrontiert werden, die nicht im Einklang mit der entsprechenden Beschlussfassung des 121. Deutschen Ärztetages 2018 zu sehen sind. Der Vorstand der Bundesärztekammer wird deshalb beauftragt, die rechtlichen Möglichkeiten zu prüfen, wie solche Angebote unterbunden und die kommerziellen Anbieter derartiger Online-Anwendungen gegebenenfalls sanktioniert werden können.“⁴⁷ Eine Änderung der im Jahr zuvor in Erfurt beschlossenen Neufassung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä ging damit aber nicht einher. Überdies ist die Beschlussbegründung in sich widersprüchlich, wenn es einerseits heißt, dass die „Möglichkeiten der Telemedizin [...] selbstverständlich genutzt und ausgebaut werden“ müssen, diese andererseits aber „letzten Endes nur eine Ergänzung des bisherigen Zusammenspiels von Arzt und Patient [seien], das zwangsläufig auf einem

44 So Beschlussprotokoll des 122. Deutschen Ärztetages 2019, TOP Ib - 09, S. 1 (abrufbar unter www.aerzteblatt.de/2019top1b8, zuletzt abgerufen am 1.6.2024).

45 S. unten III.

46 A.A. Acker, Fernbehandlung (Fn. 10), S. 158.

47 Beschlussprotokoll des 122. Deutschen Ärztetages 2019, TOP Ib - 09, S. 1.

persönlichen Kontakt und einer persönlichen Erstanamnese“ beruhe.⁴⁸ Initiale Fernbehandlungen wären damit generell unzulässig.

c) Zwischenergebnis

Das ärztliche Berufsrecht hat sich gegenüber ausschließlichen Fernbehandlungen geöffnet. Statt solche grundsätzlich und ohne Rücksicht auf den Einzelfall zu verbieten, entscheiden nunmehr die ärztliche Vertretbarkeit und der medizinische Standard im konkreten Behandlungsfall, ob die ärztliche Behandlung ausschließlich über Kommunikationsmittel berufsrechtlich erlaubt ist. Die Entscheidung über den Einsatz von Kommunikationsmitteln bei der ärztlichen Behandlung liegt in den Händen der ärztlichen Profession.⁴⁹ Das ärztliche Berufsrecht vollzieht damit den medizinischen Fortschritt unmittelbar nach.

2. Werberecht

§ 9 S.1 HWG verbietet die „Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung).“ Nach § 9 S.2 HWG ist dieses Verbot jedoch „nicht anzuwenden auf die Werbung für Fernbehandlungen, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist.“

a) Keine berufsrechtliche Akzessorietät des Werbeverbots

Die Ausnahme (§ 9 S.2 HWG) zum Verbot der Werbung für Fernbehandlung (§ 9 S.1 HWG) ist nicht akzessorisch zum ärztlichen Berufsrecht, sondern regelt die Voraussetzungen einer erlaubten Werbung für Fernbehandlungen selbst.⁵⁰ Dass eine ärztliche Beratung oder Behandlung im

48 Beschlussprotokoll des 122. Deutschen Ärztetages 2019, TOP Ib - 09, S.1 f.

49 Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 294.

50 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 58 – Werbung für Fernbehandlung; Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 298; Braun (Fn. 28), MedR 2023, 620. – Zu § 9 HWG a.F. BGH

Einzelfall berufsrechtlich erlaubt ist, bedeutet daher nicht schon zugleich, dass dafür auch geworben werden dürfte.⁵¹

Für eine solche berufsrechtliche Akzessorietät des Werberechts war freilich zumindest für die Zeit zwischen der Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts (§ 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä n.F.) und der Lockerung des strikten Werbeverbots (§ 9 HWG a.F.) teilweise plädiert worden.⁵² Dem standen jedoch methodische Bedenken entgegen, da der Gesetzgeber noch im Jahr 2016 in Kenntnis der neuen Möglichkeiten, der bereits erkennbaren Liberalisierungstendenzen und einiger Modellprojekte der Fernbehandlung mittels der Änderung des Arzneimittelgesetzes Steine in den Weg gelegt hatte.⁵³ Vor allem aber war problematisch an einer solchen berufsrechtlichen Akzessorietät des Werberechts, welches Berufsrecht zugrunde zu legen ist. Das von den Landesärztekammern als Satzung erlassene Berufsrecht ist inhaltlich nicht notwendigerweise identisch,⁵⁴ was dann zur Frage führte, wie mit Werbung für Fernbehandlung umzugehen ist, die über den räumlichen Geltungsbereich des für den Arzt maßgeblichen Berufsrechts hinausreicht.⁵⁵ Stattdessen die MBO-Ä zum Maßstab zu machen,⁵⁶ verursachte Bedenken, da der MBO-Ä als bloßer Empfehlung der Bundesärztekammer jede Rechtsnormqualität fehlt.⁵⁷ Vor allem aber unterscheiden sich die Bezugspunkte: Das Berufsrecht regelt stets bezogen auf den konkreten Einzelfall, ob eine Fernbehandlung möglich ist. Das Werberecht hingegen

GRUR 2022, 399 Rn. 38 – Werbung für Fernbehandlung; KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 18 – virtueller Konsultationsservice; kritisch *Hahn*, Grenzen der Werbung für (ausschließliche) Fernbehandlungsleistungen, MedR 2022, 645 (650).

51 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 58 – Werbung für Fernbehandlung; zu § 9 HWG a.F. BGH GRUR 2022, 399 Rn. 37 – Werbung für Fernbehandlung; KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 17 – virtueller Konsultationsservice.

52 S. *Braun* (Fn. 16), MedR 2018, 566; *Spickhoff*, Rechtsfragen der grenzüberschreitenden Fernbehandlung, MedR 2018, 535 (541 f.); *Rehmann*, E-Health – Telemonitoring und Telemedizin, A&R 2017, 153 (156); *Siglmüller*, Fernbehandlung (Fn. 33), S. 214 ff.

53 Näher *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 296 f.; zur Regelung im Arzneimittelgesetz s. o. unter I., fünfter Absatz.

54 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77.

55 Näher *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 298.

56 So OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 37127 Rn. 39 – Online-Erkältungsdiagnose; OLG Hamburg GRUR-RS 2021, 36440 Rn. 18 f. – Krankschreibung per Ferndiagnose.

57 *Eichelberger* (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 7.

muss davon abstrahieren, da zum Zeitpunkt der Werbung der konkrete Einzelfall noch gar nicht eingetreten ist.⁵⁸

b) Persönlicher ärztlicher Kontakt „nach allgemein anerkannten fachlichen Standards“ nicht erforderlich

Entscheidend für die Anwendbarkeit von § 9 S. 2 HWG ist stattdessen allein, ob „nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist“ (§ 9 S. 2 a.E. HWG). Maßgeblich dafür ist der behandlungsvertragliche (und arzthaftungsrechtliche) Sorgfaltsstandard des § 630a Abs. 2 BGB.⁵⁹ Dafür sprechen neben dem identischen Wortlaut systematische und teleologische sowie praktische Gesichtspunkte.⁶⁰ So kann auf die umfangreiche Rechtsprechung zu § 630a Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden, was der vorhersehbaren und rechtssicheren Anwendung des § 9 S. 2 HWG dient.⁶¹ Da der medizinische Standard „den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat“, repräsentiert,⁶² entscheidet so letztlich die Medizin selbst über die Zulässigkeit der Werbung für eine Fernbehandlung.⁶³ Das Werberecht ist damit offen für Weiterentwicklungen der telemedizinischen Möglichkeiten und vollzieht diese automatisch nach.⁶⁴ Da auch die berufsrechtliche Zulässigkeit einer Fernbehandlung an die „erforderliche ärztliche Sorgfalt“ (§ 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä) und damit letztlich an § 630a Abs. 2 BGB anknüpft, kommt es zu einem wünschenswerten Gleichklang zwischen (berufsrechtlicher sowie behandlungsvertraglicher und arzthaftungsrechtli-

58 Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 298 f.

59 S. BGH GRUR 2022, 399 Rn. 53 – Werbung für Fernbehandlung; OLG München GRUR-RR 2024, 34 Rn. 47 – Irische Impotenzfernbehandlung; OLG Karlsruhe GRUR-RR 2023, 171 Rn. 60 – ärztliche Videosprechstunde; zuvor bereits Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 301.

60 Näher BGH GRUR 2022, 399 Rn. 54 – Werbung für Fernbehandlung.

61 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 53 f. – Werbung für Fernbehandlung.

62 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 64 – Werbung für Fernbehandlung; BGH NJW 2015, 1601 Rn. 7; OLG München GRUR-RR 2024, 34 Rn. 48 – Irische Impotenzfernbehandlung.

63 Eichelberger (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 10.

64 Vgl. BGH GRUR 2022, 399 Rn. 54 – Werbung für Fernbehandlung.

cher) Zulässigkeit der Fernbehandlung und der Zulässigkeit der Werbung dafür.⁶⁵

Es muss also der persönliche ärztliche Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nach den „zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards“ (§ 630a Abs. 2 Halbs. 1 BGB) entbehrlich sein. Dies vermeidet – zumindest in der Theorie – Friktionen zwischen Werberecht einerseits und Behandlungsvertrags- und Arzthaftungsrecht (sowie dem Berufsrecht) andererseits, die dadurch entstehen könnten, dass einer *lege artis* durchführbaren Fernbehandlung ein möglicherweise engeres oder zumindest enger verstandenes Werbeverbot für solche Behandlungen gegenübersteht (oder umgekehrt). Die Öffnung des früheren strikten Fernbehandlungswerbeverbots durch das Digitale-Versorgung-Gesetz war ausdrücklich dazu gedacht, die Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts werberechtlich nachzuvollziehen. Für arztberufsrechtlich zulässige telemedizinische Angebote sollte auch entsprechend geworben werden dürfen.⁶⁶ Andernfalls hätte sich das Werbeverbot weiterhin als faktisches Durchführungsverbot ausgewirkt.⁶⁷

Bezugspunkt des Behandlungsstandards des § 630a Abs. 2 BGB ist die konkret-individuelle Behandlung.⁶⁸ Behandlungsvertraglich und arztthaftungsrechtlich muss deshalb die konkret-individuelle Behandlung dem geschuldeten Behandlungsstandard entsprechen. Für die Werbung kann dagegen, da sich diese unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation an eine Vielzahl nicht näher individualisierter Personen richtet, nur eine abstrakt-generalisierende Perspektive maßgeblich sein.⁶⁹ Der konkret-individuelle Behandlungsfall ist zum Zeitpunkt der Werbung noch gar nicht

65 Eichelberger (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 10.

66 Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77: „Die derzeitigen Regelungen des § 9 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) erschweren die flächendeckende [sic] Einführung telemedizinischer Anwendungen.“

67 Braun (Fn. 16), MedR 2018, 566; Eichelberger (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 4.

68 BGH NJW 2015, 1601 Rn. 7: „in der konkreten Behandlungssituation“.

69 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 51 – Werbung für Fernbehandlung; OLG München GRUR-RR 2024, 34 Rn. 46 – Irische Impotenzfernbehandlung; Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 78; zuvor OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 37127 Rn. 38 – Online-Erkältungsdiagnose; Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 298 f.; Tillmanns, Möglichkeiten und Grenzen der Werbung für Fernbehandlungen, A&R 2020, 11 (14).

bekannt.⁷⁰ Das war dem Gesetzgeber bewusst. Die Materialien zum DVG weisen ausdrücklich darauf hin, dass es für das Werberecht nur darauf ankommen kann, ob „nach dem anerkannten medizinischen Stand der Erkenntnisse eine ordnungsgemäße Behandlung und Beratung unter Einsatz von Kommunikationsmedien *grundsätzlich* möglich ist.“⁷¹

Konsequenz müsste daher sein, (nur) danach zu fragen, ob es „grundsätzlich möglich“ ist, die zu bewerbende Fernbehandlung in (noch nicht eingetretenen) konkret-individuellen Fällen dem Sorgfaltsstandard des § 630a Abs. 2 BGB entsprechend durchzuführen. Dafür sollte genügen, dass ernsthaft praktisch relevante Anwendungsfälle für eine solche Fernbehandlung bestehen oder bestehen können, es also nicht nur rein hypothetisch ist, dass ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nach allgemein anerkannten fachlichen Standards nicht erforderlich ist.⁷² Dies trüge dem mit dem Werbeverbot bezweckten Schutz der Patienten vor unseriösen Angeboten⁷³ Rechnung, indem nur im Ausnahmefall oder gar nur hypothetisch standardgemäß durchführbare Fernbehandlungen weiterhin nicht beworben werden dürfen. Zugleich verwirklichte ein solches Verständnis das gesetzgeberische Anliegen, dass im Interesse der Weiterentwicklung für arztberufs- und behandlungsvertragsrechtlich zulässige telemedizinische Angebote grundsätzlich auch geworben werden können soll.⁷⁴

Der BGH hat diesen Vorschlag indes verworfen.⁷⁵ Stattdessen scheint der I. Senat davon auszugehen, dass sich abstrakt-generalisierende Fernbehand-

70 Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 299.

71 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 78 [Hervorhebung nur hier]. Dieses Ziel anerkennt auch der BGH (GRUR 2022, 399 Rn. 51 – Werbung für Fernbehandlung) ausdrücklich.

72 Grdl. Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 299; zustimmend Braun (Fn. 6), MedR 2022, 157; ders. (Fn. 28), MedR 2021, 161; im Ausgangspunkt genauso, jedoch mit strengem Maßstab (beworbene Fernbehandlung „im Regelfall“ möglich) Tillmanns (Fn. 69), A&R 2020, 14 bzw. mit milderem Maßstab (Werbung nur unzulässig, wenn offensichtlich eine Fernbehandlung ausscheidet) Leupold/Wiesner, e-Health (Fn. 36), Rn. 48; ähnlich Schmidt-Murra, Anm. zu OLG Hamburg, Urt. v. 5.11.2020 – 5 U 175/19, MedR 2021, 917 (918).

73 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 41 – Werbung für Fernbehandlung.

74 S. die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77 f.

75 S. BGH GRUR 2022, 399 Rn. 57 – Werbung für Fernbehandlung; kritisch dazu Braun, Anm. zu OLG Hamburg, Beschl. v. 29.9.2021 – 3 U 148/20, MedR 2022, 413 f.

lungsstandards herausbilden werden und macht solche zur Voraussetzung des § 9 S. 2 HWG.⁷⁶ Dem stehen mehrere Einwände entgegen. Zunächst ist bereits offen, ob es solche Fernbehandlungsstandards überhaupt, und wenn, ob in nennenswertem Umfang, geben kann. Abgesehen von grundsätzlichen Erwägungen gegen einen eigenständigen Fernbehandlungsstandard⁷⁷ müsste es Anwendungsszenarien geben, in denen es generell, d.h. unabhängig vom konkret-individuellen Einzelfall, eines unmittelbaren persönlichen Kontakts zwischen Arzt und Patient in physischer Präsenz stets und von vornherein nicht bedarf. Das scheint mit Blick auf die Vielgestaltigkeit der Erkrankungen und Krankheitsbilder eher zweifelhaft, und dürfte, falls doch möglich, jedenfalls auf sehr enge Szenarien begrenzt sein.⁷⁸ Als Beispiel für die Zweifel mag die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie (AU-Richtlinie) des G-BA⁷⁹ dienen. Diese eröffnet in der vertragsärztlichen Versorgung seit einiger Zeit die Möglichkeit, Arbeitsunfähigkeit per Videosprechstunde auch ohne vorherigen unmittelbaren Kontakt im konkreten Behandlungsfall festzustellen, sofern „die Erkrankung dies nicht ausschließt“ (§ 4 Abs. 5 S. 3 AU-Richtlinie). Dagegen ist von einer Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde abzusehen und auf die Erforderlichkeit einer unmittelbar persönlichen Untersuchung zu verweisen, wenn „eine hinreichend sichere Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde nicht möglich ist“ (§ 4 Abs. 5 S. 7 AU-Richtlinie). Entsprechendes gilt für die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit nach telefonischer Anamnese (§ 4 Abs. 5a AU-RL). Weil also die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit per Videosprechstunde oder Telefonat bereits nach der AU-Richtlinie selbst nicht in jedem konkreten Behandlungsfall von vornherein möglich ist, müsste man wohl, die Auslegung des BGH zugrunde gelegt und die AU-Richtlinie als anerkannten fachlichen Standard verstanden⁸⁰, davon ausgehen, dass dafür nicht geworben werden dürfte.

76 Eichelberger (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 12.

77 Näher und deshalb einen eigenen Fernbehandlungsstandard ablehnend Sigmüller, Fernbehandlung (Fn. 33), S. 150-152.

78 I. Erg. ebenso Kuck/Freymuth, Anm. zu BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung, MedR 2022, 679 (681); v. Czettritz/Thewes, Die BGH-Entscheidung „Werbung für Fernbehandlung“ vom 09.12.2021 sowie die Neuregelung des § 9 S. 2 HWG, PharmR 2022, 349 (351); Tillmanns (Fn. 69), A&R 2020, 15.

79 Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 92 Absatz 1 Satz 2 Nummer 7 SGB V.

80 OLG Hamburg GRUR-RS 2021, 36440 Rn. 7 – Krankschreibung per Ferndiagnose.

Bis dahin, d.h. bis zur etwaigen Herausbildung dezidierter Fernbehandlungsstandards, darf somit auch für konkret-individuell bereits erlaubte Fernbehandlungen nicht geworben werden. Es dürfte also zwar im konkret-individuellen Behandlungsfall ausschließlich unter Einsatz von Kommunikationsmitteln ärztlich beraten und behandelt werden; öffentlich angekündigt werden dürfte dies aber nicht. Aufgrund des sehr weit verstandenen Werbebegriffs, der letztlich schon die auf die Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen gerichtete objektive, sachliche Information umfasst,⁸¹ hätte der Arzt kaum eine Möglichkeit, potentielle Patienten auf die Möglichkeit der Fernbehandlung hinzuweisen. Dies behindert zugleich die Herausbildung etwaiger Fernbehandlungsstandards. Zur Standardbildung bedarf es neben wissenschaftlicher Erkenntnis auch ärztlicher Erfahrung und professioneller Akzeptanz.⁸² Ärztliche Erfahrung und professionelle Akzeptanz ist ohne praktischen Einsatz aber kaum denkbar.⁸³

Der BGH hat dies gesehen, meint aber, der Gesetzgeber habe „mit dem von ihm gewählten Maßstab, wonach die fachlichen Standards anerkannt sein müssen, mit Blick auf die von ihm konstatierte dynamische Weiterentwicklung der telemedizinischen Möglichkeiten sachnotwendig eine gewisse Übergangszeit in Rechnung gestellt“.⁸⁴ Die Materialien zum Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (DVG) legen freilich eher eine gegenteilige Sicht nahe, wenn es dort heißt, dass das generelle Werbeverbot (§ 9 HWG a.F.) die „flächendeckende Einführung telemedizinischer Anwendungen“ erschwere⁸⁵ und mit dem neuen Satz 2 die Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts werberechtlich nachvollzogen werden soll^{86, 87}

81 S. BGH GRUR 1995, 612 (613) – Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie; OLG Hamburg BeckRS 2007, 15054.

82 S. Katzenmeier, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 70. Ed., München 2024, BGB § 630a Rn. 148.

83 So i. Erg. auch Hahn (Fn. 26), BLJ 2021, 51.

84 BGH GRUR 2022, 399 Rn. 56 – Werbung für Fernbehandlung.

85 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77.

86 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 78.

87 Ebenso Braun (Fn. 28), MedR 2023, 623.

c) Zwischenergebnis

Die Zulässigkeit der Werbung für Fernbehandlungen (§ 9 S. 2 HWG) unmittelbar an den ärztlichen Standard des § 630a Abs. 2 BGB anzuknüpfen, ist richtig. Dafür spricht neben dem wünschenswerten Gleichlauf mit dem ärztlichen Berufsrecht sowie dem Behandlungsvertrags- und Arzthaftungsrecht insbesondere, dass damit auch werberechtlich letztlich die medizinische Profession maßgeblich wäre und Weiterentwicklungen automatisch nachvollzogen würden.⁸⁸ Zugleich wäre die Gefahr gebannt, dass das Werberecht faktisch dem Einsatz und der Verbreitung neuer Behandlungsformen entgegensteht. Die Anknüpfung an einen „Fernbehandlungsstandard“, statt losgelöst vom konkret-individuellen Einzelfall daran, ob die zu bewerbenden Fernbehandlungen „grundsätzlich möglich“ sind, d.h. ernsthaft praktisch relevante Anwendungsfälle für standardgemäße (§ 630a Abs. 2 BGB) Fernbehandlungen bestehen oder bestehen können, macht die zunächst gewonnene Flexibilität indes weitestgehend zunichte. Durch diese Weichenstellung des BGH dürfte auf absehbare Zeit kaum Werbung für Fernbehandlungen möglich sein und sich so das Verbot der Werbung für Fernbehandlungen als erhebliches Hindernis bei der Etablierung zulässiger ärztlicher Fernbehandlungsszenarien auswirken.

III. Resümee und Ausblick

Von einer Liberalisierung der ausschließlichen Fernbehandlung ist bislang leider nicht viel zu sehen. Zwar hat sich das ärztliche Berufsrecht der ausschließlichen Beratung und Behandlung unter Einsatz von Kommunikationsmitteln geöffnet; das – entgegen des gesetzgeberischen Willens – viel zu eng verstandene neue Werberecht (§ 9 S. 2 HWG) steht einer breiten praktischen Etablierung – mangels Werbemöglichkeit dafür – aber weiterhin faktisch entgegen.⁸⁹

Der verbreitet zur Begründung dieser strengen Sicht herangezogene Patientenschutz ist zwar tatsächlich ein gewichtiges Argument; jedoch ist dieser im ärztlichen Bereich bereits anderweitig sichergestellt. Standardwidrige, d.h. vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarung (s. § 630a Abs. 2 Halbs. 2 BGB) nicht den „zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein

⁸⁸ Eichelberger (Fn. 6), WRP 2022, Rn. 10.

⁸⁹ Ebenso Braun (Fn. 28), MedR 2023, 620, 626 f.

anerkannten fachlichen Standards“ entsprechende, Fernbehandlung war und ist berufsrechtswidrig und behandlungsfehlerhaft. Neben berufsrechtlichen Sanktionen droht dem gleichwohl fernbehandelnden Arzt eine Behandlungsfehlerhaftung.⁹⁰ Auch muss der Patient über „die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien“ aufgeklärt werden (s. § 7 Abs. 4 S. 3 a.E. MBO-Ä); eine Verletzung dieser Pflicht kann ebenfalls haftungsbegründend sein.⁹¹ Schließlich untersagt bereits das ärztliche Berufsrecht Ärzten berufswidrige Werbung (s. § 27 Abs. 3 S. 1 MBO-Ä), und um solche handelt es sich, wenn für die Vornahme unzulässiger Behandlungsmethoden geworben wird.⁹²

Ein übervorsichtiges Werbeverbot dient überdies gerade nicht dem Patientenschutz, wenn und weil es der Überführung des medizinischen Fortschritts und der Einführung neuer und möglicherweise mit Blick auf den Fachkräftemangel und die demografische Entwicklung der Bevölkerung unabdingbarer Versorgungsinnovationen in die Praxis per se entgegensteht.

Das Werberecht sollte sich daher zurücknehmen und der medizinischen Profession den Vorrang lassen, um nicht die notwendige Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts zu konterkarieren. Es sollte nicht verhindern, was berufs- und behandlungsvertraglich erlaubt ist.⁹³

Das Werbeverbot für Fernbehandlungen generell abzuschaffen, wie dies bisweilen gefordert wird,⁹⁴ ginge allerdings zu weit: Zunächst ist eine vom landesrechtlichen Berufsrecht unabhängige bundesgesetzliche und damit bundeseinheitliche Werberegulierung ein Wert für sich. Vor allem aber reicht der Anwendungsbereich des § 9 HWG weit über die Ärzteschaft hinaus. Umfasst sind namentlich auch zum einen die Heilpraktiker.⁹⁵ Diese unter-

90 Zur Arzthaftung s. *Katzenmeier*, Haftungsrechtliche Grenzen ärztlicher Fernbehandlung, NJW 2019, 1769 ff.; *Bergmann*, Telemedizin und das neue E-Health-Gesetz – Überlegungen aus arzthaftungsrechtlicher Perspektive, MedR 2016, 497 (499 ff.); *Eichelberger*, Arzthaftung bei telemedizinischen Angeboten, kma – Klinik Management aktuell, April 2019, 92 f.

91 *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 295.

92 S. *Fritzsche*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht (Fn. 2), HWG § 9 Rn. 1; *Hahn*, Telemedizin und Fernbehandlungsverbot – Eine Bestandsaufnahme zur aktuellen Entwicklung, MedR 2018, 384 (388); *Eichelberger*, Werbung (Fn. 3), S. 291.

93 Zu verfassungsrechtlichen Bedenken gegen ein zu strenges Werbeverbot, das berufsrechtlich zulässiges ärztliches Handeln betrifft, s. *Hahn* (Fn. 50), MedR 2022, 652 f.

94 Etwa *Braun* (Fn. 28), MedR 2023, 626 f. m.w.N.

95 *Fritzsche* (Fn. 92), HWG § 9 Rn. 1; *Ring*, in: Bülow/Ring/Artz/Brixius, Heilmittelwerbe-gesetz, 6. Aufl., Köln 2022, § 9 Rn. 13.

liegen keinem verbindlichen Berufsrecht⁹⁶ und damit weder einer verbindlichen Regelung der Fernbehandlung⁹⁷ noch einer solchen der Werbung⁹⁸ dafür. Umfasst sind zum anderen nichtärztliche Dritte, wie etwa Krankenhäuser und andere Akteure im Gesundheitswesen.⁹⁹ Hier besteht weiter Bedarf an einer bundesrechtlichen Reglementierung der Werbung für Fernbehandlung.¹⁰⁰

Der Gesetzgeber ist vielmehr aufgefordert, die zu strenge Rechtsprechung zu § 9 S. 2 HWG zu korrigieren. Dazu genügt es, in den Wortlaut das „grundsätzlich“ aus der Gesetzesbegründung aufzunehmen und damit den dort formulierten gesetzgeberischen Willen auch im Normtext ausdrücklich zu verankern.

96 Zuck/Gokel, Sonderrecht des Heilpraktikers, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl., München 2018, § 34 Rn. 3.

97 Näher dazu Eichelberger, Werbung (Fn. 3), S. 300 mit Fn. 79.

98 S. allg. BGH GRUR 1989, 827 – Werbeverbot für Heilpraktiker.

99 Vgl. Fritzsche (Fn. 92), HWG § 9 Rn. 1; Ring (Fn. 95), § 9 Rn. 13. – Beklagte in BGH GRUR 2022, 399 – Werbung für Fernbehandlung war die Holdinggesellschaft eines privaten Krankenversicherers, der seinen Versicherten die Möglichkeit eröffnet hatte, über eine Smartphone-App Kontakt zu in der Schweiz ansässigen Ärzten aufzunehmen.

100 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), BT-Drs. 19/13438, S. 77.