

rabler Menschen zur zentralen Aufgabe machen, muss das Zeugnis neben dem Schutz der Interessen des künftigen Arbeitgebers auch dem Schutz der Interessen der sich ihm anvertrauenden Klienten an Leib und Leben gerecht werden. Ob man das in einer solchen sektoralen Konstellation im Arbeitsleben wegen des Gleichlaufs und der engen Verwobenheit beider Interessen dem eigentlichen Schutzzweck der Zeugniswahrheitspflicht zuordnet oder als bloßen Schutzreflex ausgibt, kann für die Zurechnung nicht den Ausschlag geben. Denn in der Sache sind die Interessen eines den Schutz von Leib und Leben seiner „Kunden“ als Garant verbürgenden Arbeitgebers von eben diesen Interessen seiner Klienten nicht mit Ergebnisrelevanz zu trennen. Gelten muss das namentlich für die hier in Rede stehenden Zeugnisse für das medizinische wie (intensiv) pflegerische Personal von Kliniken, vergleichbare sektorale Ausnahmefelder sind denkbar<sup>95</sup>. Bleiben sie so durch die auf der Hand liegende Inkompabilität der (unterdrückten) Eigenschaften und Handlungsweisen des Zeugnisempfängers mit den hochrangigen Interessen der Zeugnisadressaten und des von ihnen zu versorgenden „Kundenkreises“ begrenzt, ist die vom Senat beschworene Gefahr einer Überdehnung der Haftungsrisiken des Zeugnisausstellers „ins Uferlose“ gebannt. Auch ist dann der vom BGH in seinem vom OLG zitierten Fall vermisste „besondere Anlass“ gegeben, den Zeugnisaussteller in strafrechtliche Haftung auch für die Verletzung von Rechtsgütern Dritter zu nehmen<sup>96</sup>. Kein Zeugnisaussteller unter den in solchen Institutionen auf gegenseitige Verlässlichkeit in den Zeugnisangaben extrem Angewiesenen wird sich glaubhaft auf ein Vertrauen darauf berufen, bei einem Verstoß wie dem hier behandelten mit gravierenden strafrechtlichen Folgen nicht rechnen zu müssen. Im Gegenteil dürfte Übereinstimmung darin herrschen, dass die präventive Kraft des Strafrechts hier unabdingbar zum Schutz auf beiden Seiten der Institution Involvierter gefordert sei.

Da schließlich ein hinreichender Verdacht für das Vorliegen eines Beihilfevorsatzes der seinerzeit Angeschuldigten<sup>97</sup> nicht von der Hand zu weisen war, hätte auch zu diesem Komplex das Hauptverfahren eröffnet werden müssen. Es hätte dem Senat aber auch bei seiner Rechtsauffassung bes-

ser angestanden, sie als Bedenken gegen die Eröffnung vorzutragen, die Entscheidung über sie aber einem in der Revision überprüfbar Urteil der Schwurgerichtskammer zu überantworten. So wie verfahren ist die unselige Botschaft rechtskräftig in der Welt, in einer Klinik herausgehobene Entscheidungsträger hätten keinerlei strafrechtliche Folgen zu befürchten, wenn sie einen Serienmörder unter ihren Angestellten mit einem Zeugnis weiterempfehlen, das ihm ermöglicht, ungezählten weiteren Patienten und Patientinnen den Tod zu bringen. Diese Botschaft lässt nicht nur sicher in diesem Verfahren nebenklagebefugte Menschen, sondern, wenn sie unausweichlich wäre, auch einen Vertreter des Strafrechts an seinem Fach (ver)zweifeln.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

95) Den Schutzzweck der Wahrheitspflicht dürfte z.B. auch eine dem Zeugnis für *Niels H.* vergleichbare Empfehlung eines zahlloser pädophiler Übergriffe überführten Kita-Angestellten oder eines Drogen gegen Geld an seine Patienten verkaufenden Chefarztes einer Klinik für Suchtkranke verletzen.

96) S. OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdrrn. 44–47 mit BGH, NJW 1979, 1882, 1883 f.

97) Vergleichbar zu den Anmerkungen im Text bei o. Fn. 37 f.

<https://doi.org/10.1007/s00350-022-6270-2>

## Grenzen der Werbung für (ausschließliche) Fernbehandlungsleistungen

– Zugleich Anmerkung zu BGH, UrT. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 (in diesem Heft, S. 675)

Erik Hahn

### I. Einleitung und Erläuterung der Ausgangslage

In einem mit unterschiedlichster Erwartung herbeigesehnten Urteil hat sich der BGH im Gewand des Wettbewerbsrechts nun erstmals intensiv mit dem neuen Regelungssystem zur (ärztlichen) Fernbehandlung befasst. Mit erkennbar restrikt-

tiver Grundhaltung zeichnet die Entscheidung nun zumindest deutlichere Konturen und ebnet damit den Weg für die künftige Planung und Bewerbung digitaler Behandlungsangebote<sup>1</sup>. Dieser Schritt einer Klärung war – ungeachtet der Diskussionswürdigkeit einiger inhaltlicher Ausführungen des Urteils –<sup>2</sup> dringend erforderlich, schließlich prägten viele widersprüchliche Kuriositäten die Entwicklung dieses Bereichs in den vergangenen Jahren. Zu denken ist etwa an

Prof. Dr. iur. Dr. rer. medic. Erik Hahn, stellvertretender Direktor des Instituts für Gesundheit, Altern, Arbeit und Technik an der Hochschule Zittau/Görlitz sowie Co-Studiengangsleiter des LL.M. „Medizinrecht“ an der Dresden International University, Theodor-Körner-Allee 16, 02763 Zittau, Deutschland

1) Sehr euphemistische Bewertung bei Köber, GuP 2022, 49, 51: „Ansporn“.

2) Vgl. dazu die sehr differenzierte Analyse der Entscheidung bei Krüger/Sy, GRUR 2022, 522 ff.

die von namhaften Vertretern der deutschen Ärzteschaft bis zum Jahr 2018 – und zum Teil sogar noch heute –<sup>3</sup> vehement geführten Abwehrkämpfe gegen die ausschließliche Fernbehandlung<sup>4</sup>, während in weiten Teilen des übrigen Europas auch in der Medizin das Zeitalter akzeptierter Digitalisierung längst begonnen hatte<sup>5</sup>. Geradezu legendär ist insoweit die aus dem Jahr 2013 stammende und dem damaligen Präsidenten der Bundesärztekammer zugeschriebene Äußerung, „Diagnose und Behandlung allein über das Internet könn[t]en nicht im Interesse des Patienten sein“<sup>6</sup>. Als hilflose Korrekturversuche erscheinen rückblickend auch die juristischen Debatten um eine „fernbehandlungsfreundliche“ und an die neuen technischen Möglichkeiten (z. B. die Videosprechstunde) angepasste Interpretation der Tatbestandsmerkmale von § 7 Abs. 4 MBO-Ä a. F. (vor allem der „unmittelbar[en]“ Behandlung)<sup>7</sup>. Zur selben Zeit hatten deutsche Patienten schließlich bereits in großem Umfang den digitalen Kontakt zu Telemedizinern aus Großbritannien und der Schweiz gesucht, die ihre Behandlungsleistungen unbeeindruckt und vor allem unerreichbar für deutsche Ärztekammern grenzüberschreitend erbrachten<sup>8</sup>. In seiner Deutlichkeit ebenso wenig vorhersehbar war auch der Sinneswandel der deutschen Ärzteschaft, der im Jahr 2018 sogar zu einer expliziten berufsrechtlichen Verankerung der ausschließlichen Fernbehandlung führte<sup>9</sup>. Die dabei wohl mitschwingende Sorge vor der eigenen Courage und den möglichen Folgen wird allerdings in den vielen Einschränkungen deutlich, die den Protokollen des 121. Deutschen Ärztetages zu entnehmen sind (keine Primärarztmodelle<sup>10</sup>, keine Krankenschreibung<sup>11</sup>, keine Verordnung<sup>12</sup> usw.). Zugleich zeigt sich auch hier (bis heute) die nur sehr eingeschränkte Vereinbarkeit grenzenloser Digitalität mit territorial begrenzten Regelungsräumen: So untersagt beispielsweise die Brandenburger Landesärztekammer „ihren“ Ärzten weiterhin die ausschließliche Fernbehandlung<sup>13</sup>, während deren Patienten diese Leistung davon unbeeinträchtigt digital auch außerhalb des eigenen Bundeslandes nachfragen können<sup>14</sup>. Ihren vorläufigen „Höhepunkt“ erreichte diese von unzähligen Widersprüchen geprägte Entwicklung, als der Gesetzgeber – unter Verkenning des sich bereits abzeichnenden Sinneswandels in der medizinischen Praxis –<sup>15</sup> noch zum Jahreswechsel 2016/2017 den Apothekern die Abgabe von Arzneimitteln nach einer vorherigen Fernverschreibung untersagte<sup>16</sup>. Leitend dürfte dabei wohl nicht nur das vom Gesetzgeber offen artikuliert Ziel, „die Qualität der Versorgung zu sichern“<sup>17</sup>, sondern auch die Einsicht gewesen sein, dass den bereits im Markt aktiven ausländischen Telemedizinanbietern – auch aufgrund der europäischen Dienstleistungsfreiheit –<sup>18</sup> kaum effektiv beizukommen war<sup>19</sup>. Daher sollten die ortsansässigen Apotheker nach der „Lex DrEd“<sup>20</sup> als einfacher regulierbares Nadelöhr erhalten. Der nun zu erwartende Gang eines der Betroffenen nach Luxemburg blieb jedoch aus. Die ausländischen Telemedizinanbieter reagierten stattdessen auf das deutsche Abgabeverbot – ihrer Systemlogik konsequent folgend – u. a. durch den Abschluss von Kooperationsvereinbarungen<sup>21</sup> mit international und vor allem ebenfalls digital tätigen Versandapotheken und „speisten“ die Arzneimittel nun im Mantel der europäischen Warenverkehrsfreiheit in den deutschen Markt ein. Letztlich zwangen aber vor allem die innerdeutschen Liberalisierungstendenzen den Gesetzgeber dazu, das auch regelungstechnisch zweifelhafte<sup>22</sup> („offenkundig[!] kein direkter Kontakt“<sup>23</sup>) Verbot im Jahr 2019 – ironischerweise unter dem Titel „Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung“<sup>24</sup> – wieder aus § 48 Abs. 1 S. 2 AMG a. F. zu streichen. Vor dem Hintergrund der übrigen Entwicklung ebenso widersprüchlich war der auch nach 2018 fortgesetzte offene Widerstand der Vertragspartner des BMV-Ä und des G-BA gegenüber ausschließlich telemedizinischen Leistungen. Das gilt nicht nur für die anfängliche Beschränkung der vertragsärztlichen Videosprechstunde auf

wenige Arztgruppen und Anwendungsszenarien<sup>25</sup>, sondern vor allem für die in der AU-Richtlinie lange konservierte Vorstellung<sup>26</sup>, dass Wahrnehmung und Diagnosestellung auf der Basis von Fernkommunikationsmitteln zwar im Einzelfall genügen könnten, um eine medizinisch vertretbare Behandlungsentscheidung zu treffen, gleichzeitig aber generell zu unsicher seien, um eine allein darauf gestützte Krankenschreibung auszustellen<sup>27</sup>. Darüber hinaus blieb nach § 9 HWG die Werbung für eine (ausschließliche) Fernbehandlung zunächst weiterhin unzulässig, obwohl die beworbene Leistung inzwischen erbracht werden durfte<sup>28</sup>. Erst zum Jahreswechsel 2019/2020 wurde dieses Verbot auf solche Fälle beschränkt, in denen nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen erforderlich ist<sup>29</sup>. Zumindest Entstehungsgeschichte und Gesetzesmaterialien legten dabei eine enge Anbindung des Kriteriums der

- 3) Vgl. exemplarisch LÄKB, Brandenburgisches Ärzteblatt 2/2020, 7.
- 4) Vgl. dazu Hinweisen und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä v. 11.12.2015, S. 12, <https://tinyurl.com/mr37z5yw> (abgerufen am 11.4.2022).
- 5) Vgl. Ratzel, in: Ratzel/Lippert/Prütting (Hrsg.), MBO, 7. Aufl. 2018, § 27, Rdnr. 21.
- 6) Montgomery, zit. n. DÄBl. 2013, A 531.
- 7) Vgl. dazu BÄK, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Absatz 4 MBO-Ä (Fernbehandlung), S. 3, <https://tinyurl.com/mr37z5yw> (abgerufen am 11.4.2022), mit Verweis auf Hübner/Kreitz, Grundsätze der Fernbehandlung und neue Ansätze zur Weiterentwicklung des berufsrechtlichen Fernbehandlungsverbotes, in: Bartmann/Blettner/Heuschmann (Hrsg.), Report Versorgungsforschung/Telemedizinische Methoden in der Patientenversorgung, 2012, S. 177; Hahn, MedR 2018, 384, 385.
- 8) Vgl. Hahn, MedR 2018, 384, 389, unter Verweis auf die inzwischen nicht mehr online verfügbaren Angaben von (ehemals) DrEd – inzwischen ZAVA.
- 9) 121. Deutscher Ärztetag, Beschlussprotokoll 2018, IV – 01, S. 1 ff.
- 10) 121. Deutscher Ärztetag, Beschlussprotokoll 2018, IV – 05, S. 1.
- 11) 121. Deutscher Ärztetag, Beschlussprotokoll 2018, IV – 04, S. 1.
- 12) 121. Deutscher Ärztetag, Beschlussprotokoll 2018, IV – 03, S. 1.
- 13) Vgl. dazu § 7 Abs. 4 BO-LÄKB: „Ärztinnen und Ärzte dürfen individuelle ärztliche Behandlung, insbesondere auch Beratung, nicht ausschließlich über Print- und Kommunikationsmedien durchführen. Auch bei telemedizinischen Verfahren ist zu gewährleisten, dass eine Ärztin oder ein Arzt die Patientin oder den Patienten unmittelbar behandelt.“
- 14) Vgl. dazu Siglmüller, Rechtsfragen der Fernbehandlung, 2020, S. 220 f.
- 15) LÄKBW, Entschließung v. 26.11.2016, <https://tinyurl.com/kr668byy> (abgerufen am 11.4.2022).
- 16) BGBl. 2016 I, S. 3048, 3050.
- 17) BT-Dr. 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.“
- 18) Vgl. dazu Dierks/Kluckert, NZS 2017, 687 ff.; Hahn, MedR 2018, 384, 390; Karl, MedR 2016, 675 ff.
- 19) Hahn, MedR 2018, 384, 389, 390.
- 20) Hahn, MedR 2018, 384, 389, 390; Klein, <https://tinyurl.com/y74krac7> (abgerufen am 31.1.2018).
- 21) Hahn, in: Marx/Rossaint/Marx (Hrsg.), Telemedizin, 2021, S. 335, 339; Klein, <https://tinyurl.com/y24azgbs> (abgerufen am 11.4.2022).
- 22) Hahn, GesR 2018, 687, 690.
- 23) BGBl. 2016 I, S. 3048, 3050.
- 24) BGBl. 2019 I, S. 1202, 1203.
- 25) Vgl. dazu Hahn, in: Schiller (Hrsg.), BMV-Ä, 2. Aufl. 2021, Anlage 2, Rdnrn. 37 f.
- 26) Geändert wurde das erst durch die Änderung der AU-Richtlinie mit Wirkung zum 19.1.2022: BAnz. AT 18.1.2022 B3.
- 27) Braun, MedR 2021, 159, 160; Hahn, NZS 2021, 457, 458.
- 28) Vgl. dazu Fehn, in: Marx/Rossaint/Marx (Hrsg.), Telemedizin, 2021, S. 9, 28; Hahn, Telemedizin, 2019, S. 49 f.
- 29) BGBl. 2019 I, S. 2562, 2583.

„Erforderlichkeit“ an § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä n. F. nahe<sup>30</sup>. Danach würde sich die werberechtliche Akzeptanz primär nach der berufsrechtlichen Zulässigkeit der Leistungserbringung bzw. den dabei zugrundeliegenden Kriterien richten. Der BGH hat diesem Verständnis nun jedoch eine klare Absage erteilt und die Ausnahme vom Verbot stattdessen an die Standardwahrung i. S. v. § 630a Abs. 2 BGB gekoppelt<sup>31</sup>. Dabei erscheint es jedoch fraglich, ob es sich bei den im Raum stehenden Verweisen auf § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä oder § 630a Abs. 2 BGB tatsächlich um zwei gegenläufige Prinzipien handelt, die zwangsläufig gegeneinander in Stellung gebracht werden können bzw. müssen.

## II. Die maßgeblichen Tatbestandsmerkmale von § 9 HWG

### 1. „Fernbehandlung“ = nicht auf eigener Wahrnehmung beruhende Behandlung?

Nach der letzten Überarbeitung von § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä aus dem Jahr 2018<sup>32</sup> ist Ärzten eine ausschließlich über Kommunikationsmedien erfolgende Beratung oder Behandlung 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 Patienten auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt werden. Bereits zuvor wurde diskutiert, ob unter den – bis heute nur an dieser Stelle legaldefinierten – Begriff der „Fernbehandlung“ i. S. v. § 9 S. 1 HWG überhaupt fernkommunikative Leistungsformen wie die Videosprechstunde subsumiert werden können<sup>33</sup>. Das ist zumindest unter semantischen Gesichtspunkten nicht selbstverständlich, da die Fernbehandlung in der Vorschrift durch den Verzicht auf eine „eigene Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen“ charakterisiert wird. Zumindest solche digitalen Behandlungs- und Versorgungsmodelle, die sich nicht – wie etwa das insoweit zweifelhafte Angebot eines „AU-Scheins per WhatsApp“<sup>34</sup> – auf einen rein schriftlichen Austausch beschränken, sondern stattdessen z. B. auf die inzwischen auch im Vertragsarztrecht etablierte Videosprechstunde (vgl. Anlage 31b BMV-Ä) zurückgreifen, beinhalten aber zumindest die Möglichkeit einer eigenen Wahrnehmung audio-visueller Signale. Zwar lässt sich die olfaktorische, gustatorische und taktile Wahrnehmung in einer Videosprechstunde nicht substituieren, sodass dem Arzt letztlich nur zwei seiner fünf Körper Sinne zur Verfügung stehen. Dass diese aber in jedem Behandlungsfall immer allesamt für eine valide ärztliche Einschätzung erforderlich wären, wird jedoch heute<sup>35</sup> nicht mehr vertreten und dürfte sich auch im Hinblick auf die Pluralität der ärztlichen Subdisziplinen als unzutreffend erweisen. Bei der Beschränkung des Arztes auf optische und akustische Signale handelt es sich demnach nicht um einen „Verzicht“ auf dessen eigene Wahrnehmung, sondern nur um deren Reduzierung. Das kann sich je nach Situation als ausreichend oder insuffizient erweisen und ist medizinisch zu bewerten. In diesem Sinne verlangt auch § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä eine Prüfung des Einzelfalls auf die ärztliche Vertretbarkeit einer ausschließlich fernkommunikativen Versorgungsform. Gleichzeitig wird ein unter ärztlichen Gesichtspunkten unzureichender Verzicht auf telemedizinisch nicht verfügbare Arten der Wahrnehmung auch nicht mehr dem zivilrechtlich geschuldeten Standard i. S. v. § 630a Abs. 2 BGB entsprechen.

Bedenken weckt die Subsumtion von Behandlungsmodellen wie die Videosprechstunde unter § 9 S. 1 HWG aber auch hinsichtlich des dort tatbestandlich vorausgesetzten Verzichts auf eine Wahrnehmung, bei der es sich um die „eigene“ des Behandlers handeln muss. Zumindest begrifflich scheint die Formulierung „eigene“ das Gegenstück zu

einer nur „fremden“ Wahrnehmung (ggf. durch Dritte) zu kennzeichnen. Hier ist etwa an die im Kontext der Fernbehandlungsproblematik vielfach genannte und zumeist als Argument für deren Unzulässigkeit oder Begrenzung<sup>36</sup> angeführte Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1979 zu denken. Diese enthält vor dem Hintergrund eines ausschließlich telefonischen Kontakts mit der Ehefrau des eigentlichen Patienten die Aussage, dass es „zu den Aufgaben des Arztes [gehört], sich von den Leiden des Patienten ein eigenes Bild zu machen, dabei die Angaben Dritter [...] nicht ungeprüft zu übernehmen und wichtige Befunde selbst zu erheben.“<sup>37</sup> Eine generelle Absage des BGH an eine Fernbehandlung aufgrund der räumlichen Distanz zum Patienten lässt sich zumindest dieser Aussage nicht entnehmen. Das gilt auch für die nachfolgende Erläuterung, dass „wenn der Patient nicht selbst in die Sprechstunde kommen kann, ein Hausbesuch jedenfalls dann erforderlich [sei], wenn es sich offensichtlich um eine schwerere Erkrankung handelt.“<sup>38</sup> Zum einen würde sich diese Aussage noch heute uneingeschränkt ins Geflecht des aktuellen Fernbehandlungsrechts einfügen, da sich ein ausschließlich fernkommunikativer Kontakt zwischen Arzt und Patient zumindest bei einer offensichtlich schweren Erkrankung auch nicht als im Einzelfall ärztlich vertretbar i. S. v. § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä erweisen dürfte. Zum anderen folgt in der Entscheidung sodann die Aussage, dass „Fern Diagnosen aufgrund mündlicher Berichte von Angehörigen [...] nur in den seltensten Fällen ausreichen“<sup>39</sup> könnten. Auch hier geht es letztlich um die Frage der Insuffizienz einer nur gemittelten Information (ohne „eigene“ Wahrnehmung) und nicht um ein grundsätzliches, allein auf die Distanz gestütztes Fernbehandlungsverbot. Zwar schließt die zitierte Passage des Urteils aus dem Jahr 1979 dann mit dem Hinweis, „viel anders ist es auch nicht, wenn der Arzt den Patienten selbst sprechen kann. Aus alledem folgt die Besuchspflicht des behandelnden Arztes“<sup>40</sup>. Hier ist jedoch erneut die der Entscheidung zugrunde liegende „schwere Erkrankung“ im Blick zu behalten, sodass es zumindest bei einem direkten Gespräch mit dem Patienten (und leichteren Erkrankungen) – nach der Diktion des BGH – zwar nicht „viel anders“<sup>41</sup>, aber doch wohl zumindest ein „wenig anders“ sein dürfte.

Insgesamt leidet das Fernbehandlungsrecht – einschließlich des hier gegenständlichen § 9 S. 1 HWG – bis heute an der Verwendung schillernder und zum Teil auch variierend

30) Vgl. BT-Dr. 19/13438, S. 77f.; so bei Hahn, in: Schiller (Hrsg.), BMV-Ä, 2. Aufl. 2021, Anlage 2, Rdnr. 73.

31) BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20, GRUR 2022, 399, 405f.; zustimmend Schmidt-Murra, MedR 2021, 917, 918.

32) BÄK, DÄBl. 2018, A 1190.

33) Vgl. dazu Hahn, MedR 2018, 384, 388; kritisch u. a. Siglmüller, Rechtsfragen der Fernbehandlung, 2020, S. 211, unter Verweis auf die vom Gesetzgeber adressierte „Gefahr einer fehlerhaften Diagnose und Prognose und dem folgend einer nicht *lege artis* durchgeführten Behandlung“. Dieses Argument erweist sich indes als problematisch, da gerade fraglich ist, ob (1.) der Gesetzgeber diese Gefahrenprognose mit der räumlichen Distanz verbunden hatte und (2.) dieser Wille im Wortlaut von § 9 S. 1 HWG so fest verankert wurde, dass die Norm trotz veränderter Gefahrenbewertung keiner veränderten Auslegung zugänglich ist.

34) Vgl. dazu Heider, NZA 2019, 288ff.; Möller/Flöter, ArbRAktuell 2019, 501ff.; Müller, BB 2019, 2292ff.; LG Hamburg, Urt. v. 3.9.2019 – 406 HKO 56/19, 391, und dazu Hahn, MedR 2020, 370ff.

35) So aber noch in den Hinweisen und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä v. 11.12.2015, S. 3, <https://tinyurl.com/mr37z5yw> (abgerufen am 11.4.2022).

36) So etwa bei Gruner, GesR 2017, 288, 292, Fn. 38.

37) BGH, NJW 1979, 1248, 1249.

38) BGH, NJW 1979, 1248, 1249.

39) BGH, NJW 1979, 1248, 1249.

40) BGH, NJW 1979, 1248, 1249.

41) BGH, NJW 1979, 1248, 1249.

verständener Begriffe für klare und vor allem einheitliche Grenzziehungen. Das gilt z. B. für die in § 4 Abs. 5 S. 2 AU-Richtlinie enthaltene und letztlich parallel verlaufende Unterscheidung zwischen einer „unmittelbar persönlich[en] oder [einer] mittelbar persönlich[en] Feststellung der Arbeitsunfähigkeit“ im Wege einer Videosprechstunde“. Danach sind die Kriterien „mittelbar“ und „persönlich“ kombinierbar, sodass „mittelbar“ hier für das Vorhandensein einer räumlichen Distanz steht. Stringent durchgehalten wird diese Unterscheidung im Vertragsarztrecht allerdings nicht, da ein persönlicher Arzt-Patienten-Kontakt nach Ziff. I.4.1 Abs. 1 des EBM „die räumliche und zeitgleiche Anwesenheit von Arzt und Patient und die direkte Interaktion derselben voraus[setzen]“ soll. Die Vorschrift nutzt das Kriterium des „persönlichen Kontakts“ somit zur Kennzeichnung physischer Präsenz. Bestätigt wird diese Interpretation auch in Ziff. I.4.1 Abs. 2 S. 1 des EBM, nach dem sogenannte „andere Arzt-Patienten-Kontakte“ – also nicht „persönliche Kontakte“ i. S. d. Ziff. I.4.1 Abs. 1 des EBM – mindestens „einen Kontakt im Rahmen einer Videosprechstunde gemäß Anlage 31b [...] BMV-Ä und/oder[!] einen mittelbaren Kontakt“ voraussetzen. Die Videosprechstunde ist damit zwar nicht „persönlich“ i. S. v. „physisch präsent“, erweist sich aber gleichzeitig auch nicht als nur „mittelbare“ Form der Arzt-Patienten-Kommunikation. Das wird wiederum durch Ziff. I.4.1 Abs. 2 S. 2 des EBM bestätigt, nach dem „ein mittelbarer anderer Arzt-Patienten-Kontakt [...] insbesondere die Interaktion des Vertragsarztes mit Bezugsperson(en)“ umfassen soll. Vor dem Hintergrund dieser Überschneidungen zwischen gemitteltem und räumlich-distanziertem Kontakt erscheint es zumindest unter sprachlichen Gesichtspunkten nicht als zwingend, die „eigene Wahrnehmung“ in § 9 S. 1 HWG mit dem Vorhandensein „physischer Präsenz“ gleichzusetzen. Selbst unter Berücksichtigung des zumindest in diese Richtung weisenden Begriffsbestandteils „fern“ im Definiendum bleibt die alternative Interpretation („nicht auf fremder Wahrnehmung beruhend“) zumindest diskussionswürdig.

Ähnliche Bedenken bestehen auch hinsichtlich der in der Entscheidung argumentativ herangezogenen, inhaltlich aber nicht näher begründeten kontextuellen Verortung des „in der Vorschrift legaldefinierten Begriff[s] der Fernbehandlung“<sup>42</sup>. Zumindest der historische Gesetzgeber hatte mit Fernbehandlungsvorschriften vor allem Versorgungsformen wie die Arzneimittelverschreibung ohne vorhergehenden persönlichen Kontakt (z. B. den Salvarsanversand)<sup>43</sup> und die sogenannte Briefkastenmedizin<sup>44</sup> (rein schriftlicher Austausch) im Blick. Das HWG stammt in seiner Ursprungsfassung aus dem Jahr 1965 und sah das Werbeverbot für Fernbehandlungen bereits in seiner heutigen Ausprägung (dort noch § 7) vor<sup>45</sup>. Der Gesetzgeber löste damit die „Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens“ (HWPolVO)<sup>46</sup> aus dem Jahr 1941 ab und dehnte dabei den Tatbestand der (verbotenen) Fernbehandlung auf die Diagnosestellung aus<sup>47</sup>. Im Übrigen enthielt aber bereits die HWPOLVO in § 4 Abs. 1a ein weitgehend identisches Verbot einschließlich einer Legaldefinition des Fernbehandlungsbegriffs. Das Werbeverbot nach der HWPOLVO steht wiederum in einer engen Verbindung mit § 7 des Gesetzes zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten aus dem Jahr 1927<sup>48</sup>, dessen Fortgeltung der § 6 Abs. 3 HWPOLVO ausdrücklich<sup>49</sup> anordnete. Dieses Gesetz enthielt in seinem § 7 Abs. 1 S. 2 eine der heutigen Formulierung des § 9 S. 1 HWG weit- hin entsprechende Definition des Fernbehandlungsbegriffs. Verboten war, „solche Krankheiten [in diesem Kontext ‚Geschlechtskrankheiten und Krankheiten oder Leiden der Geschlechtsorgane‘] anders als auf Grund eigener Wahrnehmung zu behandeln (Fernbehandlung) oder in Vorträgen, Schriften, Abbildungen oder Darstellungen Ratschläge für die Selbstbehandlung zu erteilen.“<sup>50</sup> Daneben findet sich in § 7 Abs. 2 auch noch ein spezifisches Werbeverbot, nach dem

bestraft werden sollte, „wer [...] sich zu einer solchen Behandlung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen [...] erbetet“<sup>51</sup>.

Vor diesem Hintergrund war die in § 9 S. 1 HWG und seinen Vorgängern historisch verankerte Gleichstellung des Verzichts auf den physischen Arzt-Patienten-Kontakt mit einer insuffizienten Informationsgewinnung zunächst noch durchaus plausibel<sup>52</sup>. Dass sich an dieser pauschal unterstellten und zugleich begriffsprägenden Gefahrenlage (fern = ohne eigene Wahrnehmung), die letztlich auf Einzelregelungen in den deutschen Staaten vor über 100 Jahren zurückgeht<sup>53</sup>, trotz erheblich veränderter Kommunikations- und Wahrnehmungsmöglichkeiten nichts so grundlegend geändert hat, dass der Fernbehandlungsbegriff des HWG im Jahr 2022 zumindest diskutiert werden müsste, überrascht den Leser der Entscheidung<sup>54</sup>. Der BGH führt stattdessen aus, „der Begriff der Wahrnehmung [...] erfasse“ nicht nur – grundsätzlich auch im Wege einer Videoübertragung vermittelbare – optische und akustische Sinneseindrücke. Vom Wortsinn des Begriffs umfasst [...] vielmehr auch die nur bei einer gleichzeitigen physischen Präsenz von Arzt und Patient anwendbaren ärztlichen Untersuchungsmethoden der Betastung, Abhorchung und Beklopfung sowie die Untersuchung mit anderen medizinisch-technischen Hilfsmitteln wie beispielsweise Ultraschall [...]. Der Kontext [...] des] in der Vorschrift legaldefinierten Begriff[s] der Fernbehandlung verdeutlicht, dass es in § 9 HWG um eine eigene Wahrnehmung im Rahmen einer unmittelbaren physischen Präsenz von Arzt und Patient“<sup>55</sup> gehe.

Problematisch ist an dieser Argumentation zum einen, dass eine Facharztgruppe, die den Patienten für eine *lege artis* erfolgende Behandlung generell nicht riechen, schmecken oder betasten muss, zumindest nach normativ unbefangenen Verständnis, nicht auf die „eigene Wahrnehmung“ verzichtet, sondern sich nur auf jene Sinneseindrücke beschränkt (oder besser: konzentriert), die für ihre spezifische Berufsausübung gerade erforderlich sind. Zum anderen führt die Entscheidung selbst wieder neue Formulierungsfragen in die Debatte ein. Unbestritten umfasst der Begriff der Wahrnehmung auch andere als „optische und akustische Sinneseindrücke“<sup>56</sup>. Maßgeblich ist bei § 9 S. 1 HWG aber nur, ob es an einer solchen Wahrnehmung (vollkommen/teilweise?) fehlt („ohne“), wenn die hypothetisch möglichen Sinneseindrücke durch das Behandlungsmodell nicht allesamt angesprochen werden können. Der BGH stellt hier die „unmittelbare physische Präsenz“ als zentrales Abgrenzungskriterium für die „eigene Wahrnehmung“ in

42) BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 –, GRUR 2022, 399, 402.

43) Hahn, MedR 2018, 384, 387; Dierts, MedR 2016, 405.

44) Locher, Bay. Ärzteblatt 2017, 514.

45) BGBl. 1965 I, S. 604, 605.

46) Vgl. ausführlich zur Frage der Fortgeltung nach 1945 bei Giese, JZ 1953, 169 ff.

47) BT-Dr. IV/1867, S. 3.

48) Vgl. RGBl. 1927 I, S. 61.

49) RGBl. 1941 I, S. 587, 589.

50) RGBl. 1927 I, S. 61.

51) RGBl. 1927 I, S. 61.

52) Zur Bedeutung der gegenüber der historischen Ausgangssituation veränderten Gefahrenlage für die Legitimation des mit § 9 S. 1 HWG verbundenen Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG vgl. Fehn, in: Marx/Rossaint/Marx (Hrsg.), Telemedizin, 2021, S. 9 (28). Für eine fortbestehende (auch unionsrechtlich legitimierende) Erforderlichkeit des Verbots vgl. Krüger/Sy, GRUR 2022, 522, 526.

53) Locher, Bay. Ärzteblatt 2017, 514, 515; Sigmüller, Rechtsfragen der Fernbehandlung, 2020, S. 57 f.

54) Dagegen zustimmend etwa: v. Czettritz/Thewes, PharmaR 2022, 349, 351.

55) BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20, GRUR 2022, 399, 402.

56) BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20, GRUR 2022, 399, 402.

den Vordergrund. Weshalb es einer solchen sprachlichen Ergänzung um die im Wortlaut des § 9 S. 1 HWG gerade nicht enthaltene „unmittelbare physische Präsenz“ bedarf, wenn diese doch bereits im – 2019 unverändert gebliebenen –<sup>57</sup> „Kriterium“ der „eigenen Wahrnehmung“ enthalten sein soll, offenbart das Urteil nicht. Zur Begründung für diese Sichtweise kann letztlich nur die erst durch Neuregelung von § 9 HWG entstandene innere Systematik der Vorschrift herangezogen werden. Der neu geschaffene § 9 S. 2 HWG schließt die Anwendbarkeit des Verbots aus dem ersten Satz für solche Konstellationen aus, in denen kein „persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen“ erforderlich ist. Der Begriff des „persönlichen Kontakts“ dürfte hier – wie bei Ziff. I.4.1 Abs. 1 des EBM – als „räumlich präsent“ zu verstehen sein, da der Gesetzgeber § 9 S. 2 HWG gerade mit Blick<sup>58</sup> auf die berufsrechtliche Freigabe der ausschließlichen Fernbehandlung in das Gesetz eingefügt hat. Einschränken kann die Rückausnahme das Verbot aber nur dann, wenn dessen Tatbestandsvoraussetzungen zumindest grundsätzlich erfüllt sind. Das spricht dafür, die physische Präsenz, deren Fehlen nach § 9 S. 2 HWG bei gleichzeitiger Einhaltung der allgemein anerkannten fachlichen Standards akzeptiert wird, zu den konstitutiven Voraussetzungen von § 9 S. 1 HWG (eigene Wahrnehmung) zu zählen. Damit hat der Gesetzgeber das Werbeverbot für Fernbehandlungen aber nicht (nur) – wie im Rahmen des DVG eigentlich beabsichtigt –<sup>59</sup> eingeschränkt, sondern zugleich (ungewollt?) ein systematisches Argument für die Aufnahme der physischen Präsenz in den Begriff der eigenen Wahrnehmung in § 9 HWG verankert<sup>60</sup>.

## 2. Entbehrlichkeit des persönlichen Kontakts nach allgemein anerkannten fachlichen Standards

Die – nach Auffassung des BGH im Begriff der eigenen Wahrnehmung nach § 9 S. 1 HWG vorausgesetzte – gleichzeitige physische Präsenz von Patient und Behandler ist nach § 9 S. 2 HWG entbehrlich, „wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist“. Daraus folgt die Frage nach dem Maßstab für die werberechtliche Akzeptanz eines ausschließlichen Fernkontakts. Das OLG München (als Vorinstanz) hatte in dieser Frage auf das Berufsrecht verwiesen<sup>61</sup>. Noch deutlicher wurde im selben Jahr das OLG Hamburg: „Maßstab für die „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ gem. § 9 S. 2 HWG ist die MBO-Ä.“<sup>62</sup> Beide Gerichte verkannten dabei nicht<sup>63</sup> die Unverbindlichkeit<sup>64</sup> der MBO-Ä, die nur als Vorbild für eine spätere Umsetzung in den Landesberufsordnung dient, sondern verwiesen damit auf „überregional übereinstimmende Regeln [und Prinzipien], die von den einzelnen Landesvorschriften zu trennen sind“<sup>65</sup>. Welche Prinzipien damit gemeint sein könnten, deutet der in der Entscheidung des OLG Hamburg enthaltene Verweis auf die Beschlussprotokolle des 121. Deutschen Ärztetages an<sup>66</sup>. Danach käme es auf einen innerhalb der Ärzteschaft bestehenden Konsens bzgl. der Zulässigkeit einer ausschließlichen Fernbehandlung für bestimmte Szenarien an. Entscheidend wäre mithin, ob die ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien im konkreten Einzelfall ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt gewahrt wird. Dieser Grundsatz kann aber gleichermaßen sowohl in den §§ 630a Abs. 2 und 276 Abs. 2 BGB als auch in den §§ 7 Abs. 4 S. 3 und 2 Abs. 3 MBO-Ä verortet werden<sup>67</sup>. Im Gewand des Werberechts wäre dieser Blick zusätzlich nur noch insoweit zu modifizieren, als dort getätigte Aussagen immer „an eine Vielzahl [...] nicht näher individualisierter Personen“<sup>68</sup> adressiert sind. Aus diesem Grund müsste beispielsweise die Relevanz der individuellen Umstände für die ärztliche Beurteilung der Eignung

für eine Fernbehandlung bereits in der werblichen Äußerung deutlich hervortreten.

Der BGH hat dieser Interpretation jedoch eine deutliche Absage erteilt und den in § 9 S. 2 HWG enthaltenen Verweis auf die „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ nach § 630a Abs. 2 Alt. 1 BGB bezogen<sup>69</sup>. Für dieses Verständnis spricht zumindest die deutliche Nähe des Wortlauts beider Vorschriften, schließlich hat die Behandlung auch nach § 630a Abs. 2 BGB grundsätzlich nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ zu erfolgen. Zu bedenken ist aber, dass die Rückausnahme des § 9 S. 2 HWG dadurch auf solche Fernbehandlungsformen begrenzt wird, die bereits im Korridor akzeptierter Standards liegen. Das erweist sich gerade vor dem Hintergrund der erst 2018 erfolgten berufsrechtlichen Liberalisierung und der damit zwangsläufig noch am Anfang stehenden Entwicklung dieses Gebiets als erhebliche Einschränkung. Viele der heute etablierten und in den Korridor<sup>70</sup> akzeptierter Standards aufgenommenen Versorgungsformen waren zunächst Neuland- bzw. später ggf. Außenseiterverfahren und mussten sich erst durch Erprobung und Validierung behaupten. Bis zu diesem Zeitpunkt waren diese Methoden den ärztlichen Anwendern jedoch nicht verwehrt, da – wie inzwischen<sup>71</sup> auch § 630a Abs. 2 Halbs. 2 BGB verdeutlicht („soweit nicht etwas anderes vereinbart ist“) – eine konsensgetragene Abweichung von den Standards grundsätzlich möglich bleibt. Das gilt in den Grenzen patienten- und vor allem autonomieschützender Vorschriften wie etwa §§ 134, 138 Abs. 1, 242, 276 Abs. 3, 309 Nr. 7 BGB und § 228 StGB grundsätzlich auch für Fernbehandlungsverträge<sup>72</sup>. Der Schutz des Patienten wird in diesem Fall durch gesteigerte Anforderungen an Aufklärung, Einwilligung und Sorgfalt<sup>73</sup> des Arztes sichergestellt<sup>74</sup>. Ähnliches gilt auch für § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä,

57) Vgl. BGBl. 2019 I, S. 2562, 2583.

58) RGrBl. 1927 I, S. 61.

59) Vgl. BT-Dr. 19/13438, S. 77f.

60) So i. E. auch Krüger/Sy, GRUR 2022, 522, 524.

61) OLG München, Urte. v. 9.7.2020 – 6 U 5180/19 –, MedR 2021, 154, 158f.

62) OLG Hamburg, Urte. v. 5.11.2020 – 5 U 175/19 –, MedR 2021, 912, 915.

63) Vgl. dazu OLG Hamburg, Urte. v. 5.11.2020 – 5 U 175/19 –, MedR 2021, 912, 915.

64) Niebel/Kerl, in: Fritzsche/Münker/Stollwerck (Hrsg.), BeckOK-UWG, 16. Ed. v. 25.3.2022, § 3a, Rdnr. 130; BGH, Urte. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98 –, GRUR 2000, 1080, 1082.

65) OLG Hamburg, Urte. v. 5.11.2020 – 5 U 175/19 –, MedR 2021, 912, 915.

66) OLG Hamburg, Urte. v. 5.11.2020 – 5 U 175/19 –, MedR 2021, 912, 916.

67) Vgl. dazu ausführlich bei Krüger/Sy, GRUR 2022, 522, 528f.

68) BT-Dr. 19/13438, S. 78.

69) BGH, Urte. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 –, GRUR 2022, 399, 405f.

70) Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. X, Fn. 35; Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 96, Rdnr. 5; BGH, Urte. v. 18.5.2021 – VI ZR 401/19 –, NJW-RR 2021, 886, 887; Urte. v. 15.10.2019 – VI ZR 105/18 –, NJW 2020, 1358, 1359.

71) BGBl. I 2013, S. 277; vgl. dazu BT-Dr. 17/10488, S. 19f.

72) Katzenmeier, NJW 2019, 1769, 1771 unter Verweis auf OLG Düsseldorf, Urte. v. 4.5.2013 – 20 U 137/12 –, BeckRS 2013, 11225; Terbille/Feifel, in: Clausen/Schroeder-Printzen (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 1, Rdnr. 415; Stellpflug, GesR 2019, 76, 79f.

73) Katzenmeier, NJW 2019, 1769, 1771ff.

74) Vgl. dazu allgemein bei Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 96, Rdnrn. 51f.; BGH, Urte. v. 18.5.2021 – VI ZR 401/19 –, NJW-RR 2021, 886, 887; Urte. v. 15.10.2019 – VI ZR 105/18 –, NJW 2020, 1358, 1359.

der auf die ärztliche Vertretbarkeit im Einzelfall und die dabei zu wahrende ärztliche Sorgfalt abstellt. Beide Merkmale können aber auch dann erfüllt sein, wenn sich die anzuwendende (telemedizinische) Behandlungsmethode noch nicht zum Standard entwickelt hat<sup>75</sup>. Weder § 630a Abs. 2 BGB noch § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä stehen daher einer ausschließlichen Fernbehandlungsmethode außerhalb allgemein anerkannter fachlicher Standards generell entgegen. Der BGH verweist in seiner Entscheidung aber nicht auf den gesamten § 630a Abs. 2 BGB (Standardwahrung oder Vereinbarung), sondern verengt § 9 S. 2 HWG auf die erste Alternative<sup>76</sup>.

Diese restriktive, vom Berufsrecht gelöste Interpretation ist jedoch keinesfalls zwingend. Zum einen verdeutlicht bereits die Gesetzesbegründung zur Ausgangsfassung des HWG von 1965<sup>77</sup>, dass das dort in § 9 S. 1 enthaltene Verbot von Anfang an unmittelbar an die unterstellte – und in den früheren Berufsordnungen auch ärztlich bestätigte – absolute Gefährlichkeit der Fernbehandlung gebunden war: „Ebenso wie gegen eine Fernbehandlung bestehen auch gegen die Werbung für eine Fernbehandlung erhebliche gesundheitliche Bedenken.“<sup>78</sup> Zum anderen sollte auch der neu eingefügte § 9 S. 2 HWG explizit „die durch Beschluss des 121. Deutschen Ärztetages erfolgte Anpassung des ärztlichen Berufsrechtes im Hinblick auf die Reichweite des Werbeverbotes nach[vollziehen].“<sup>79</sup> Die Begründung enthält zudem sehr detaillierte Ausführungen zu Inhalt und Reichweite von § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä, während § 630a BGB dort an keiner Stelle ausdrücklich genannt wird<sup>80</sup>. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass der Gesetzgeber § 9 S. 1 HWG explizit nur deshalb nicht vollständig gestrichen, sondern durch einen zweiten Satz eingeschränkt hat, weil „auch nach Aufhebung [des berufsrechtlichen Verbots] der Schutzbedarf“<sup>81</sup> fortbestehe. Das gelte vor allem deshalb, weil eine Werbetätigkeit auch von solchen Personen ausgehen könne, „bei denen weder die Fernbehandlung noch das Bewerben der Fernbehandlung durch eine rechtlich verbindliche Berufsordnung geregelt werden“<sup>82</sup>. Das verdeutlicht, dass der Gesetzgeber durch das Zusammenspiel der beiden Sätze von § 9 HWG die Einhaltung der Mindeststandards des ärztlichen Berufsrechts sicherstellen, aber nicht über dessen Anforderungen hinausgehen wollte<sup>83</sup>.

Das an verschiedenster Stelle immer wieder postulierte<sup>84</sup> Fehlen jeglicher Akzessorietät von § 9 HWG gegenüber § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä ist daher zweifelhaft<sup>85</sup>. Zwar enthält die Gesetzesbegründung auch eine Passage, die zumindest inhaltlich stark an die zivilrechtlichen Grundsätze angelehnt zu sein scheint: „Es dürfen dabei nur solche Fernbehandlungen bei Menschen beworben werden, bei denen die Einhaltung anerkannter fachlicher Standards gesichert ist. Dies ist dann der Fall, wenn nach dem anerkannten medizinischen Stand der Erkenntnisse eine ordnungsgemäße Behandlung und Beratung unter Einsatz von Kommunikationsmedien grundsätzlich möglich ist.“<sup>86</sup> Diese Formulierung neben dem Wortlaut von § 9 S. 2 HWG als Argument gegen eine Orientierung am Berufsrecht heranzuziehen, imaginiert aber einen überhaupt nicht bestehenden Konflikt zwischen den beiden Anbindungsmöglichkeiten<sup>87</sup>. Das Berufsrecht fordert eine Prüfung der ärztlichen Vertretbarkeit der abschließlichen Fernbehandlung im Einzelfall und die Wahrung der ärztlichen Sorgfalt bei deren Durchführung. Werden beide Voraussetzungen erfüllt, kann davon ausgegangen werden, dass sich der Behandler auch aus der zivilrechtlichen Perspektive entweder innerhalb der Standards bewegt oder eine Abweichung davon wirksam mit dem Patienten vereinbart hat<sup>88</sup>. Umgekehrt spricht die Erfüllung einer der beiden Alternativen von § 630a Abs. 2 BGB regelmäßig dafür, dass auch die Anforderungen von § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä erfüllt sind. Diese Verbindung ist auch schon im Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages verankert, nach dem „auch bei einer Beratung oder Behandlung ausschließlich über Kommunikationsmedien [...] der anerkannte Stand der

medizinischen Erkenntnisse einzuhalten“<sup>89</sup> ist. Die § 630a BGB und § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä stellen somit an die Fernbehandlung parallel verlaufende Anforderungen aus unterschiedlicher Perspektive. Darüber hinaus verdeutlicht die im Beschlussprotokoll genutzte Formulierung „auch“, dass bei der Fernbehandlung grundsätzlich dieselben Maßstäbe wie bei der Präsenzbehandlung gelten sollen. In Teilen der Literatur wird gegen diese Sichtweise vorgebracht, § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä sei als Bezugsnorm für § 9 S. 2 HWG ungeeignet, da „diese den allgemein anerkannten fachlichen Standard gar nicht selbst unmittelbar definiert“<sup>90</sup>. Das gilt aber für § 630a Abs. 2 BGB gleichermaßen, der ebenfalls erst durch die Kasuistik zum Standardbegriff klare Konturen erhält<sup>91</sup>. Es handelt sich daher nicht um eine Frage des „entweder, oder“, sondern des „und“<sup>92</sup>.

Zumindest in extremster Ausprägung könnte sich eine uneingeschränkte Bindung an das Gebot der Standardwahrung für den Patienten zudem sogar als Nachteil erweisen, schließlich erstreckt sich der – ihn im Regelfall schützende – lange Weg von der ersten wissenschaftlichen Hypothese über unzählige Studienebenen, später folgende Einzel- und/oder Übersichtspublikationen bis hin zur Erstellung/Überarbeitung medizinischer Leitlinien und die nochmals später folgende Aufnahme dieser Erkenntnisse in der nicht wissenschaftsunmittelbaren Fachcommunity häufig über viele Jahre. An dieser Stelle drängt sich die Frage auf, ob eine solche Grundausrichtung des Behandlungsvertragsrechts auf das Prinzip der Standardwahrung in einer Zeit, in der sich das medizinische Wissen in weniger als drei Monaten verdoppelt<sup>93</sup>, überhaupt (noch) gerechtfertigt ist. Muss hier nicht vielmehr – wie bei einer Kopplung von Forschung und Therapie – zunehmend davon ausgegangen werden, dass die „Behandlung vor den Standard“<sup>94</sup> verlagert wird? Im Ergebnis ist der Anbindung von § 630a Abs. 2

75) Für einen Gleichlauf mit dem gesamten § 630a Abs. 2 BGB: Scholz, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, § 2 MBO-Ä, Rdnr. 12.

76) BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 –, GRUR 2022, 399, 405 f.

77) BGBl. I S. 604, 605.

78) BT-Dr. IV/1867, S. 9.

79) BT-Dr. 19/13438, S. 78.

80) BT-Dr. 19/13438, S. 78.

81) BT-Dr. 19/13438, S. 77.

82) BT-Dr. 19/13438, S. 77.

83) So i. E. auch *Braun*, MedR 2021, 159, 161.

84) So nun auch BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 –, GRUR 2022, 399, 403; ebenso *Tillmanns*, PharmR 2021, 247, 249 unter Verweis auf OLG München, Urt. v. 9.7.2020 – 6 U 5180/19 –, MedR 2021, 154, 158, und OLG Hamburg, Urt. v. 5.11.2020 – 5 U 175/19 –, MedR 2021, 912, 915; KG, Urt. v. 3.12.2019 – 5 U 45/19 –, GRUR-RS 2019, 40959; offen gelassen bei *Leupold/Wiesner*, in: *Leupold/Wiebe/Glossner* (Hrsg.), *IT-Recht*, 4. Aufl. 2021, Teil 13, Rdnr. 49.

85) Ebenso wie hier bei *Braun*, MedR 2021, 159 f.; *ders.*, MedR 2018, 563, 566; *Fritzsche*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, 9 HWG, Rdnr. 1; *Sigmüller*, *Rechtsfragen der Fernbehandlung*, 2020, S. 214 ff.; *Spickhoff*, MedR 2018, 535, 541 f.

86) BT-Dr. 19/13438, S. 78.

87) So i. E. auch bei *Krüger/Sy*, GRUR 2022, 522, 528.

88) Auch § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä setzt zumindest im Regelfall die Wahrung der dort allerdings nicht definierten fachlichen Standards voraus: *Schmidt-Murra*, MedR 2021, 917, 918.

89) 121. Deutscher Ärztetag, Beschlussprotokoll 2018, IV – 01, S. 3.

90) *Schmidt-Murra*, MedR 2021, 917, 918.

91) *Krüger/Sy*, GRUR 2022, 522, 528.

92) Für eine zumindest ergänzende Heranziehung von § 630a Abs. 2 BGB neben dem Berufsrecht spricht auch der Umstand, dass die Leistung auch von ausländischen Telemedizinern erbracht werden kann (vgl. dazu v. *Czettritz/Theves*, *PharmaR* 2022, 349, 352 f.), bei denen die Anwendbarkeit der deutschen Berufsordnungen zumindest zweifelhaft ist (vgl. dazu *Hahn*, *EuR* 2022, 104 ff.).

93) *Lux*, *Bay. Ärzteblatt* 2017, 139.

94) *Hart*, MedR 2016, 669, 672.

BGB an den Standardbegriff aber weiterhin zuzustimmen: Zum einen verlangt § 630a Abs. 2 BGB nicht die Wahl „eines Standardverfahrens“, sondern nur die Wahrung der „allgemein anerkannten fachlichen Standards“, so wie etwa auch etablierte „Standards guten Versuchshandelns“<sup>95</sup> existieren können. Gleiches gilt auch für Methoden und Handlungsweisen, die in einer Vielzahl von (auch neuen) Verfahren regelhaft zur Anwendung kommen. So schuldet der Arzt etwa beim Wechsel zwischen Patienten unabhängig von der Frage des konkret angewendeten Verfahrens eine ordnungsgemäße Hygiene. Das Zivilrecht erweist sich also bereits insoweit nicht als generell innovationsfeindlich. Zum anderen klammert sich § 630a Abs. 2 BGB gerade nicht sklavisch an die Standards, sondern eröffnet durch die zweite Alternative von § 630a Abs. 2 BGB (vereinbarte Abweichung) gerade in den sich besonders schnell entwickelnden Gebieten der Medizin eine Möglichkeit, um auch neue und gegebenenfalls besonders innovative, dafür aber noch nicht durch langjährige Erfahrungen etablierte Verfahren zum Gegenstand des Leistungsversprechens zu machen<sup>96</sup>. Zwar ist in den allermeisten Fällen davon auszugehen, dass die Wahl etablierter und damit als sicherer geltender Behandlungsmethoden (typisierend) dem Patienteninteresse entspricht. Der § 630a Abs. 2 BGB sieht daher die Möglichkeit einer Abweichung von den Standards zwar grundsätzlich vor, erklärt diese Variante jedoch zur legitimierungsbedürftigen Ausnahme vom „Idealbild“. Genau von dieser Flexibilität hat sich der BGH nun aber im Kontext des § 9 S. 2 HWG verabschiedet, indem er die werberechtliche Zulässigkeit – zumal für einen *per se* neuen Verfahrenstyp – durch Verengung auf § 630a Abs. 2 Alt. 1 BGB daran gebunden hat, dass die konkret „beworbene [...] Fernbehandlung [...] den allgemeinen fachlichen Standards entspricht“<sup>97</sup>. Dabei wurde unter Verweis auf den Gesundheitsschutz auch bewusst in Kauf genommen, „dass eine ausschließliche Fernbehandlung erst in jüngerer Zeit und dann auch nur im Einzelfall zulässig geworden ist und daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur in wenigen Fällen einschlägige Fernbehandlungsrichtlinien existieren dürften, die den Anforderungen an einen anerkannten fachlichen Standard i. S. v. § 630a II BGB entsprechen“<sup>98</sup>.

Gegen eine Akzessorität von § 9 S. 2 HWG gegenüber den berufsrechtlichen Vorgaben zur Fernbehandlung führt der BGH außerdem den Umstand an, dass die MBO-Ä von den einzelnen Ärztekammern z. T. sehr unterschiedlich in den letztlich verbindlichen Berufsordnungen umgesetzt wurde: „Auch deshalb [...] könne] es im Interesse einer bundesweit einheitlichen Handhabung [...] nicht auf die berufsrechtlich zu treffenden konkreten und individuellen Einzelfallentscheidungen ankommen.“<sup>99</sup> Richtig ist an diesem Einwand, dass es durch die Satzungsautonomie der Kammern zu einem Konflikt zwischen einem bundesweit geltenden Werbe- und Behandlungsvertragsrecht und den kammerpezifischen Regelungen zur ausschließlichen Fernbehandlung kommen kann. Hier ist erneut an die fernbehandlungskritische Brandenburger Berufsordnung der Ärzte zu denken. Ausgeschlossen ist eine solche Divergenz dagegen, wenn Bundesrecht (§ 9 S. 2 HWG) an anderes Bundesrecht (§ 630a Abs. 2 BGB) gekoppelt wird. Bei genauem Hinsehen bleibt der durch die Lesart des BGH scheinbar vermiedene Konflikt aber weiterhin bestehen. Das gilt vor allem für das mögliche Auseinanderfallen von berufsrechtlichem Verbot in einem Kammerbezirk und gleichzeitiger zivilrechtlicher Akzeptanz nach § 630a Abs. 2 Alt. 1 BGB, schließlich gibt es zumindest keinen „brandenburgischen Facharztstandard“. Die spezifische kammerrechtliche Bewertung würde aber auch nach der vom BGH vertretenen Auffassung auf die werbe- und wettbewerbsrechtliche Ebene durchschlagen. In Brandenburg wären schließlich im Fall der Standardwahrung i. S. v. § 630a Abs. 2 Alt. 1 BGB zwar die Voraussetzungen von

§ 9 S. 2 HWG erfüllt, gleichzeitig müsste die Werbung für eine ausschließliche Fernbehandlung dort aber als berufswidrige Werbung i. S. v. § 27 Abs. 3 S. 1 MBO-Ä eingestuft werden<sup>100</sup>. Ebenso wie § 9 HWG<sup>101</sup> zählen aber auch die berufsrechtlichen Vorgaben zur Fernbehandlung und zur ärztlichen Werbung zu den von § 3a UWG erfassten<sup>102</sup> Marktverhaltensregeln, über die auch in der Entscheidung des BGH der Einstieg erfolgte.

Darüber hinaus können sich derartige Normenkonflikte für den praktischen Anwender zwar als problematisch erweisen, rechtlich muss und kann das Medizin- und das Wettbewerbsrecht aber auch in anderen Fällen damit umgehen, dass die 17 Landesärztekammern unterschiedliche Berufsausübungsregeln erlassen und damit zu einem zumindest in Teilen ausdifferenzierten ärztlichen Berufsbild beitragen<sup>103</sup>. Das gilt – wie § 27 Abs. 3 S. 1 MBO-Ä verdeutlicht – sogar für den Bereich der Werbung<sup>104</sup>. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb es unmöglich sein sollte, im Kontext von § 9 S. 2 HWG auch das jeweilige Berufsrecht (zumindest mit) in den Blick zu nehmen.

### 3. Möglicher Interpretationsansatz für § 9 S. 2 HWG

Eine an Wortlaut, Regelungshistorie und Gesetzesbegründung von § 9 (S. 2) HWG orientierte Lösung könnte darin bestehen, sowohl § 630a Abs. 2 BGB als auch § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä (jeweils in kammerpezifischer Umsetzung) in die Auslegung einfließen zu lassen. In einem ersten Schritt wäre dann danach zu fragen, ob die beworbene Behandlung bereits die ärztlichen Standards wahrt. In diesem Fall müsste in der werblichen Aussage nur noch darauf geachtet werden, dass die vor der Leistungserbringung erforderliche Prüfung des Einzelfalls auf seine Eignung für die Fernbehandlung deutlich hervortritt. Soll dagegen eine außerhalb der Standards angesiedelte Behandlungsform beworben werden, müsste zusätzlich auch auf diesen Umstand (und ggf. auf die Notwendigkeit einer vorhergehenden Vereinbarung nach § 630a Abs. 2 Alt. 2 BGB) hingewiesen werden. Hier ist es naheliegend, die Anforderungen der Rechtsprechung an die Werbung für Außenseitermethoden zu übertragen. Danach könne „durchaus ein anzuerkennendes Bedürfnis bestehen, auch solche Produkte und Verfahren, deren Wirksamkeit (noch) nicht hinreichend gesichert ist und die sich in der Medizin (noch) nicht allgemein durchgesetzt haben, auf dem maßgebenden Markt bekannt zu machen [...]. Dann muss aber jedenfalls für den Werbeadressaten hinreichend erkennbar sein, dass das angebotene und beworbene [...] Verfahren nicht zum in der Medizin allgemein anerkannten Standard gehört und in seiner Wirksamkeit noch nicht hinreichend gesichert und anerkannt ist. Dies ist erforderlich, um bei den Adressaten,

95) Hart, MedR 2016, 669, 673.

96) *Stellpflug*, GesR 2019, 76, 79.

97) BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 –, GRUR 2022, 399, 407.

98) BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 –, GRUR 2022, 399, 406.

Der BGH vertritt hier zudem ein auf die Erbringung der „Standardmethode“ verengtes Standardverständnis.

99) BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 –, GRUR 2022, 399, 405 f.; zustimmend v. *Czettritz/Thewes*, PharmaR 2022, 349, 352.

100) *Schmidt-Murra*, MedR 2021, 917.

101) OLG München, Urt. v. 9.7.2020 – 6 U 5180/19 –, MedR 2021, 154, 159; Urt. v. 2.8.2012 – 29 U 1471/12, GRUR-RR 2012, 435, 437; KG, Urt. v. 3.12.2019 – 5 U 45/19 –, GRUR-RS 2019, 40959.

102) *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Hrsg.), UWG, 40. Aufl. 2022, § 3a, Rdnr. 1.132; *Niebel/Kerl*, in: *Fritzsche/Münker/Stollwerck* (Hrsg.), BeckOK-UWG, 16. Ed. v. 25.3.2022, § 3a, Rdnr. 131.

103) *Kröger/Sy*, GRUR 2022, 522, 528, unter Verweis auf BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98 –, GRUR 2000, 1080, 1081 f.

104) So auch *Schmidt-Murra*, MedR 2021, 917.

unter denen [...] auch medizinische Laien sein können, keine Fehlvorstellungen über Wirkungen und Wirksamkeit des Produkts und Verfahrens hervorzurufen.“<sup>105</sup> Diese Ausführungen verdeutlichen, dass das Werberecht für ärztliche Verfahren gerade nicht dem strengeren, in § 3a S. 2 HWG verankerten arzneimittelrechtlichen Grundsatz eines generellen Off-Label-Use-Werbeverbots folgt. Zwar wäre es denkbar, in § 9 S. 2 HWG eine davon abweichende, strengere *lex specialis* gegenüber § 3 S. 1 HWG zu erblicken. Dass der Gesetzgeber die Fernbehandlung im Jahr 2019 auch im berufsrechtlich regulierten Bereich, werberechtlichen Anforderungen unterwerfen wollte, die über die Grundsätze der Werbung für Außenseitermethoden hinausgehen, ist aber zumindest den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen.

### III. Übertragbarkeit der Entscheidung auf ärztliche Adressaten von § 9 S. 1 HWG?

In seinem Urteil hat der BGH ausdrücklich offengelassen<sup>106</sup>, ob die zugrunde liegenden Überlegungen uneingeschränkt auch auf solche Konstellationen übertragbar sind, in denen ein (innerhalb Deutschlands tätiger) Arzt unmittelbar von dem Werbeverbot betroffen ist. Die Entscheidung hatte ein privates Krankenversicherungsunternehmen und dessen an deutsche Patienten ausgerichtete Werbung für eine telemedizinische Behandlung zum Gegenstand, die durch in der Schweiz ansässige Ärzte erbracht wurde. Die im Zusammenhang mit ähnlichen Konstellationen vielfach diskutierte<sup>107</sup> Frage nach der Anwendbarkeit nationalen Berufsrechts auf die „nur“ Korrespondenzdienstleistungen erbringenden Auslandsärzte, konnte der BGH gleich in doppelter Hinsicht offenlassen: Zum einen ist das ärztliche Berufsrecht schon dem Grunde nach nicht auf einen Krankenversicherer anzuwenden<sup>108</sup>. Zum anderen verneint der BGH ohnehin die Konnexität von Berufsrecht und § 9 S. 2 HWG, sodass es konsequenterweise auch nicht auf etwaige Vorgaben des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä ankommen konnte.

Im Fall ärztlicher Adressaten des Werbeverbots könnte diese Frage dagegen anders zu bewerten sein: Das Heilmittelwerberecht zählt vorrangig zum „Recht der Wirtschaft“ bzw. zum „Arzneimittelrecht“ und unterliegt damit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 19 GG der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes<sup>109</sup>. Dagegen beschränkt sich dessen Zuständigkeit im Bereich des ärztlichen Berufsrechts nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG auf die Regulierung der Berufszulassung, während das Berufsausübungsrecht aufgrund von Art. 70 Abs. 1 GG grundsätzlich in der Regelungskompetenz der Länder verbleibt<sup>110</sup>. Zwar darf der Bund auch Vorschriften erlassen, die die ärztliche Berufsausübung betreffen, „wenn die [ihm kompetenziell nach Art. 73 f. GG zugewiesene ...] Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also das Übergreifen unerläßliche Voraussetzung für die Regelung der zugewiesenen Materie ist“<sup>111</sup>. Bei der Verwendung einer solchen Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ist der Bundesgesetzgeber aber gehalten, sich auf die von ihm zwingend mit zu regelnden Bereiche der ärztlichen Berufsausübung zu beschränken<sup>112</sup>, um nicht auf diesem Wege letztlich doch eine von Art. 70 ff. GG nicht vorgesehene Kompetenz zu kreieren<sup>113</sup>. Das gilt auch für das Werberecht auf dem Gebiet des Heilwesens, das zugleich die (ärztliche) Berufsausübung tangiert. Im Jahr 2002 hat das BVerfG dazu in einer § 10 Abs. 1 HWG betreffenden Entscheidung (Werbung für die Botox-Faltenbehandlung) ausgeführt, dass diese Vorschrift nur „mit Art. 12 I GG in Einklang [stehe], solange dem Heilmittelwerbebesetz [...] im Bereich der Selbstdarstellung der Ärzte keine eigenständige Bedeutung beigemessen wird. Jede andere Auslegung müsste sich vor Art. 74 I Nr. 19 GG rechtfertigen“<sup>114</sup>. Konkretisierend

verweist das BVerfG darauf, dass es „wiederholt entschieden [habe], dass den Angehörigen freier Berufe nicht jede, sondern lediglich die berufswidrige Werbung verboten ist [...]. Sachangemessene Informationen, die den möglichen Patienten nicht verunsichern, sondern ihn als mündigen Menschen befähigen, von der freien Arztwahl sinnvoll Gebrauch zu machen, sind zulässig“<sup>115</sup>. Zwar hat das BVerfG an anderer Stelle klargestellt, dass die dem HWG zugrundeliegenden „Ziele des Gesundheitsschutzes und des Schutzes gegen wirtschaftliche Übervorteilung besonders schutzbedürftiger Privater [...] hinreichende Gründe des gemeinen Wohls [...] darstellen, die Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit [im Hinblick auf die Werbung] rechtfertigen können.“<sup>116</sup> Diese auch vom BGH in seiner Entscheidung herangezogene<sup>117</sup> Aussage betrifft aber nur die generelle Regelungsfähigkeit<sup>118</sup> und nicht die hier problematische Grenze der formellen Regelungszuständigkeit. Dabei muss auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Großteil der verfassungsrechtlichen Judikatur zum ärztlichen Werberecht solche Konstellationen betraf, in denen das Verbot auf die Heilberufsgesetze der Länder bzw. die Berufsordnungen der Landesärztekammern gestützt wurde<sup>119</sup>. In diesen Fällen stellte sich die hiesige Frage der Regelungszuständigkeit nicht.

Beruhet das Verbot dagegen auf einer bundesrechtlichen Vorschrift, die zumindest auch Ärzte und andere Heilberufsträger umfasst, muss die Abgrenzung anhand des Kriteriums der „Berufswidrigkeit der Werbung“ erfolgen. Für § 9 HWG

105) OLG Oldenburg, Ur. v. 1.9.2005 – 1 U 51/05 –, GRUR-RR 2006, 243, 245; vgl. dazu auch *Doepner*, GRUR-Prax 2011, 225.

106) BGH, Ur. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 –, GRUR 2022, 399, 404.

107) Vgl. *Hahn*, EuR 2022, 104ff.; *ders.*, in: *Marx/Rossaint/Marx* (Hrsg.), *Telemedizin*, 2021, 337, 345f.; *Dierks/Kluckert*, NZS 2017, 687, 690; *Karl*, MedR 2016, 675, 678; *Spickhoff*, MedR 2018, 535, 537f.; *Wällner*, ZGP 2016, 28, 30.

108) *Spickhoff*, MedR 2018, 535, 542; zur Diskussion um die Geltung der berufsrechtlichen Vorgaben für nichtärztliche Akteure vgl. *Ratzel*, in: *Ratzel/Lippert/Prütting* (Hrsg.), *MBO*, 7. Aufl. 2018, § 27, Rdnrn. 14ff.

109) BT-Dr. IV/1867, S. 6.

110) So bereits BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 u. 308/64 –, NJW 1972, 1504, 1505; ebenso *Siglmüller*, Rechtsfragen der Fernbehandlung, 2020, S. 205; *Kern*, MedR 2015, 560, 563; *Kern/Rehborn*, in: *Laufs/Kern/Rehborn* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 5. Aufl. 2019, § 5, Rdnr. 17; *Wollersheim*, in: *Clausen/Schroeder-Printzen* (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, 3. Aufl. 2020, § 6, Rdnr. 2.

111) BVerfG, Ur. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 –, NJW 2003, 41, 44; Ur. v. 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96 –, NJW 1999, 841, 842.

112) BVerfG, Ur. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 –, NJW 2003, 41, 44; Ur. v. 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96 –, NJW 1999, 841, 842.

113) Vgl. dazu *Siglmüller*, *Rechtsfragen der Fernbehandlung*, 2020, S. 223ff. Insgesamt zur Problematik des weitgreifenden Bundesrechts im Bereich ärztlicher Berufsausübung vgl. *Kern*, MedR 2015, 560ff.

114) BVerfG, Beschl. v. 30.4.2004 – 1 BvR 2334/03 –, NJW 2004, 2660f.

115) BVerfG, Beschl. v. 30.4.2004 – 1 BvR 2334/03 –, NJW 2004, 2660, 2661; ebenso schon BVerfG, Beschl. v. 19.11.1985 – 1 BvR 934/82 –, MedR 1986, 128.

116) BVerfG, Beschl. v. 20.3.2007 – 1 BvR 1226/06 –, NJW-RR 2007, 1048, 1049; ebenso BGH, Ur. v. 28.9.2011 – I ZR 96/10 –, MedR 2012, 731, 735.

117) BGH, Ur. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 –, GRUR 2022, 399, 404.

118) Zur Frage der Vereinbarkeit von § 9 S. 1 HWG (a. F.) mit Art. 12 Abs. 1 GG vgl. auch *Siglmüller*, *Rechtsfragen der Fernbehandlung*, 2020, S. 2017ff.

119) Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 23.7.2001 – 1 BvR 873/00 –, NJW 2001, 2788ff.; Beschl. v. 18.2.2002 – 1 BvR 1644/01 –, NJW 2002, 3091ff.; Beschl. v. 7.3.2012 – 1 BvR 1209/11 –, MedR 2012, 516ff.



würde das bedeuten, dass eine Werbung für Fernbehandlungsformen – zumindest, wenn diese von Ärzten ausgeht – nur dann verboten wäre, wenn es sich dabei um eine (nach § 27 Abs. 3 S. 1 MBO-Ä) berufsrechtlich ohnehin unzulässige Werbung handelt. Angedeutet wird diese Selbstbeschränkung auf die Vorgaben des Berufsrechts sogar in den Gesetzesmaterialien zu § 9 S. 2 HWG, da dort die Notwendigkeit des Fortbestands von § 9 S. 1 HWG gerade mit dem Fehlen einer verbindlichen Berufsordnung für einige von der Vorschrift erfasste Tätigkeitsgruppen begründet wird<sup>120</sup>.

#### IV. Übermäßige Fokussierung des § 9 S. 2 HWG auf die (human-)ärztliche Tätigkeit

In der Diskussion um den neu gefassten § 9 S. 2 HWG wurde der im Tatbestand enthaltenen Fokussierung auf die ärztliche Tätigkeit bisher kaum<sup>121</sup> Beachtung geschenkt. Ausweislich der Entwurfsbegründung hatte der Gesetzgeber bei der Anpassung von § 9 HWG das gewandelte ärztliche Berufsrecht im Blick<sup>122</sup>. Es erscheint daher *prima facie* konsequent, dass der Wortlaut der Norm die werberechtliche Zulässigkeit auf die Frage verengt, ob nach „allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher[!] Kontakt [...] erforderlich ist“. Diese Formulierung vernachlässigt jedoch, dass zumindest die Tätigkeit der anderen „first-access-Berufe“ des Gesundheitswesens, denen eine selbständige Ausübung der Heilkunde“ gestattet ist, bereits nach ihrem Berufsbild – und damit generell – „ohne ärztlichen Kontakt“ auskommt. Für die Zulässigkeit einer zahnärztlichen oder psychotherapeutischen Videosprechstunde ist schließlich nicht die Entbehrlichkeit des physischen Arzt-Patienten-Kontakts entscheidend, sondern allein maßgeblich, ob nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher Kontakt des „Behandlers“ mit dem zu behandelnden Menschen erforderlich ist.

Gleiches gilt für Personen, die über eine Erlaubnis zur Ausübung der Heilkunde nach § 1 Abs. 1 HPG verfügen. Zwar untersagt Art. 2 Nr. 5 S. 1 BOH den „Heilpraktikern“<sup>123</sup> generell eine Ausübung der Fernbehandlung. Dabei ist aber zu beachten, dass die Art. 2 Nr. 5 S. 1 BOH den Begriff der Fernbehandlung als „briefliche Behandlung“ definiert, sodass die Anwendbarkeit auf Behandlungsmodelle wie die Videosprechstunde zweifelhaft ist. Darüber hinaus handelt es sich bei der BOH – mangels gesetzlich angelegter Verkammerung – nur um intern wirkendes Verbandsrecht, das für nicht mitgliederschaflich verbundene Heilpraktiker unverbindlich<sup>124</sup> ist. Hinsichtlich der praktischen Relevanz dieser Fragestellung ist zu berücksichtigen, dass inzwischen eine Reihe von sektoral beschränkten Heilkundenausübungs-erlaubnissen (z. B. für Psychotherapie<sup>125</sup>, Physiotherapie<sup>126</sup>, Logopädie<sup>127</sup> und Ergotherapie<sup>128</sup>) erteilt werden können. Zumindest für einige dieser Berufe sind ausschließliche Fernbehandlungskonzepte durchaus vorstellbar. Dass dieser Umstand im Wortlaut des Gesetzes gänzlich unberücksichtigt geblieben ist, verwundert angesichts des bereits in der Entwurfsbegründung zu § 9 S. 2 HWG enthaltenen Hinweises auf Personen, „bei denen weder die Fernbehandlung noch das Bewerben der Fernbehandlung durch eine rechtlich verbindliche Berufsordnung geregelt werden“<sup>129</sup>. Der Gesetzgeber sollte die Vorschrift daher dringend präzisieren.

In diesem Zusammenhang ist dann auch der Frage nachzugehen, ob die generelle Unanwendbarkeit<sup>130</sup> der Ausnahme („mit dem zu behandelnden Menschen“) auf die vom Verbot des § 9 S. 1 HWG erfassten<sup>131</sup> Tierärzte („oder Tier“) auf einem redaktionellen Versehen beruht, oder tatsächlich beabsichtigt war. Verfassungsrechtlich zweifelhaft ist dieses allemal, da nicht ersichtlich ist, weshalb für „tierische Patienten“ ein noch strengeres Schutzregime als für Menschen gelten sollte, zumal auch § 12 Abs. 6 der Musterberufsordnung für Tierärzte inzwischen die ausschließliche Fernbehandlung gestattet.

#### V. Fazit

Zumindest seit der Ergänzung von § 9 HWG um einen zweiten Satz kann aufgrund der neu entstandenen inneren Systematik der Norm davon ausgegangen werden, dass eine Fernbehandlung vorliegt, wenn der Behandler vor Diagnosestellung und Behandlungsentscheidung entweder vollständig auf eine eigene Wahrnehmung an dem Patienten verzichtet, oder diese Wahrnehmung zumindest nicht unter gleichzeitiger physischer Präsenz (in der Praxis) erfolgt. Das sollte der Gesetzgeber nun aber auch im Regelungswortlaut deutlich machen. In diesem Zusammenhang ist zudem auch die übermäßige Fokussierung des Tatbestands von § 9 S. 2 HWG auf die (human-)ärztliche Tätigkeit zu korrigieren.

Kritisch zu bewerten ist die vom BGH vorgenommene Beschränkung von § 9 S. 2 HWG auf die Erfüllung des Gebots zur Wahrung der ärztlichen Standards i. S. v. § 630a Abs. 2 Alt. 1 BGB. Zusätzlich muss vielmehr auch noch die Variante der vereinbarten Abweichung vom Standard in den Blick genommen werden. Auf diese Weise wird der Gleichlauf der Anforderungen aus den §§ 630a Abs. 2, 276 Abs. 2 BGB und den §§ 7 Abs. 4 S. 3 und 2 Abs. 3 MBO-Ä berücksichtigt, sodass die Diskussion um die zutreffende Anknüpfung von § 9 S. 2 HWG weitgehend ihre Bedeutung verliert. Für die konkrete Ausgestaltung einer zulässigen Werbung für nicht standardwahrende Fernbehandlungsformen ist auf die Grundsätze zur Werbung für Außenseitermethoden zu verweisen. Dabei ist § 9 S. 2 HWG zumindest im ärztlichen Bereich – aus Gründen der Kompetenzverteilung – extensiv<sup>132</sup> zu interpretieren.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

120) BT-Dr. 19/13438, S. 77.

121) Angesprochen etwa bei *Braun*, MedR 2021, 159, 161.

122) BT-Dr. 19/13438, S. 78.

123) Dabei handelt es sich im Gegensatz zum Arzt aber nicht um ein einheitliches Berufsbild, sondern nur um die begriffliche Zusammenfassung aller Personen mit einer Heilkundenausübungs-erlaubnis nach § 1 Abs. 1 HPG.

124) Vgl. dazu *Braun*, MedR 2021, 159, 161; *Eichelberger*, in: *Ahrens/Büschler/Goldmann/McGuire* (Hrsg.), FS f. *Harte-Bavendamm*, 2020, S. 289, 300; *Hahn*, *Telemedizin*, 2019, S. 16f.; vgl. dazu auch *Spickhoff*, MedR 2018, 535, 542.

125) BVerwG, Urt. v. 21.1.1993 – 3 C 34/90 –, NJW 1993, 2395 ff.

126) BVerwG, Urt. v. 26.8.2009 – 3 C 19/08 –, NVwZ-RR 2010, 111 ff.

127) BVerwG, Urt. v. 10.10.2019 – 3 C 8/17 –, NVwZ-RR 2020, 450 ff.

128) BVerwG, Urt. v. 10.10.2019 – 3 C 10/17 –, NVwZ 2020, 483 ff.

129) BT-Dr. 19/13438, S. 77.

130) *Braun*, MedR 2021, 159, 161.

131) *Siglmüller*, *Rechtsfragen der Fernbehandlung*, 2020, S. 211.

132) Zwar sind Ausnahmenvorschriften – wie § 9 S. 2 HWG – grundsätzlich eng auszulegen, eine möglichst parallel verlaufende Interpretation von § 9 HWG und § 27 Abs. 3 S. 1 MBO-Ä ist hier aber zur Wahrung der kompetenziellen Grenzen geboten.