

Herausgeber

Prof. Dr. Hermann
Plagemann

Dr. Ole Ziegler

Prof. Dr. Peter Axer

Prof. Dr. Markus Finn

Prof. Dr. Ingo
Heberlein

Prof. Dr. Thorsten
Kingreen

Dr. Martin Krasney

Dr. Kyrill Makoski

Prof. Dr. Frank Ulrich
Montgomery

Dr. Elke Roos

Marcus Schian

Prof. Dr. Stefan Schick

Prof. Dr. Bernd Schütze

Prof. Dr. Astrid
Wallrabenstein

Wolfgang Wellner

Prof. Dr. Felix Welti

AUS DEM INHALT

AUFSÄTZE

Szymon Mazur/Ole Ziegler
(Haftungs-)rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit dem Ehegattenvertretungsrecht gem. § 1358 BGB n.F. im Arzt-Patienten-Verhältnis S. 41

Christiane Köber
Rückschlag oder Ansporn für die Telemedizin? – Anmerkungen zur aktuellen Entscheidung des BGH zur Werbung für digitale Arztbesuche S. 49

Marcus Schian/Thomas P. Stähler
Datenschutz in der Rehabilitation – kompliziert, aber machbar (Teil II) S. 52

Ralf Kaminski
Tariftreuregelung des § 72 SGB XI und Refinanzierung nach § 82c SGB XI S. 56

ENTSCHEIDUNGEN MIT HINWEISEN

BVerfG **Beachtlichkeit einer Patientenverfügung bei Entscheidung über Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug sowie Zulässigkeit der Zwangsbehandlung bei Fremdgefahr** S. 68

BAG **Mindestlohn für nach Deutschland entsandte Beschäftigte in der häuslichen Pflege** S. 71

BGH **Einwand der hypothetischen Einwilligung und rechtmäßiges Alternativverhalten bei der Unterlassungskausalität** S. 75

BGH **Keine AGB Kontrolle von Patienteninformationen** S. 79

2/2022

Jahrgang 12 | Seiten 41–80

ISSN 2191-3595



Nomos



Als Abonnent steht Ihnen diese Zeitschrift online zur Verfügung. Sie erhalten außerdem Vollzugriff auf das Archiv.

Details siehe Inhaltsverzeichnis

ihm und dem vertretenen Ehegatten bestehenden gesetzlichem Schuldverhältnis. Daher tut ein Arzt gut daran, dem Betreuungsgericht schon im Moment der Anregung der Anordnung einer Betreuung gegenüber dem Patienten zur Kenntnis zu bringen, dass eine solche Anregung erfolgt ist.

F. Resümee

Mit der Einführung von § 1358 BGB n.F. möchte der Gesetzgeber eine Vertretung von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitsversorgung ermöglichen und die Anordnung von vorläufigen rechtlichen Betreuungen entbehrlich machen. Die an sich begrüßenswerte Idee einer gegenüber der Einschaltung des Betreuungsgerichts tendenziell eher das Selbstbestimmungsrecht wahrenen Einbeziehung von Ehegatten und die damit einhergehende Chance einer Erleichterung von Behandlungen in akuten Notsituationen⁶⁶ könnte sich aber als Danaergeschenk erweisen.

Dies gilt sowohl mit Blick auf die damit einhergehenden erheblichen Anforderungen an die Ärzte im Praxis- und Klinikalltag als auch mit Blick auf deren Haftung sowie eine mögliche haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der vertretenen Ehegatten. Es steht zu befürchten, dass die teilweise idealisierende Vorstellung eines shared-decision-making von Ehegatten und Behandlungsseite dem Realitätstest nicht standhält. Jedenfalls sind Ärzte bzw. Klinikträger aufgerufen, durch Verfahrensanweisungen den Umgang mit dem Ehegattenvertretungsrecht praktisch handhabbar zu machen. Auch behält der an Ehegatten gerichtete Appell seine Berechtigung, durch Patientenverfügung und Vorsorgevollmachten dafür Sorge zu tragen, dass ein Ehegattenvertretungsrecht möglichst nicht herangezogen werden muss.⁶⁷

66 Koller/Stahl, GesR 2021, 212, 215 f.

67 Kemper, FamRB 2021, 260, 261; ähnlich Szantay, NZFam 2021, 804, 806, 809 f.; Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 102; Müller-Engels, FamRZ 2021, 645, 652; Lugani, MedR 2022, 91, 92 und 99.

Rückschlag oder Ansporn für die Telemedizin?

Anmerkungen zur aktuellen Entscheidung des BGH zur Werbung für digitale Arztbesuche

von Christiane Köber*

In der Corona-Krise haben ärztliche Beratungen per Video-Sprechstunde stark zugenommen. Nach einem Bericht des Deutschen Ärzteblattes in seiner Online-Ausgabe vom 27. Oktober 2021 gab es im ersten Halbjahr 2021 bei Ärzten und Psychotherapeuten mehr als 2,25 Millionen solcher digitalen Kontakte. Zum Vergleich: Vor der Pandemie seien im Jahr 2019 keine 4.000 Video-Sprechstunden abgerechnet worden. In einem von der Wettbewerbszentrale geführten Grundsatzverfahren¹ gegen ein Versicherungsunternehmen ging es allerdings nicht um die von einem niedergelassenen Arzt oder einer niedergelassenen Ärztin den eigenen Patienten angebotene digitale Sprechstunde, sondern um die Behandlung von – Arzt oder Ärztin im Regelfall unbekannt – Patienten ausschließlich auf digitalem Weg. Auch diese Geschäftskonzepte boomen, im Übrigen nicht nur im humanmedizinischen Bereich; auch Tierhaltern wird bereits geschäftsmäßig die digitale Behandlung ihrer Tiere angeboten.² Wie sind derartige Primärversorgungsmodelle wettbewerbsrechtlich zu bewerten? Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der aktuellen Entscheidung des BGH vom 9.12.2021 – I ZR 146/20.

A. Zum rechtlichen Hintergrund: Die Entwicklung des Werbeverbotes für Fernbehandlungen

Der Gesetzgeber hat die grundsätzliche Entscheidung getroffen, aufgrund der Gefahren, die aus einer Fernbehandlung resultieren, die Werbung dafür zu verbieten.³ Die maßgebliche Vorschrift

des § 9 Heilmittelwerbegesetz (HWG) führte lange Jahre bis zur zunehmenden Digitalisierung in der Medizin einen Dornröschenschlaf. Sie regelt die Werbung für Fernbehandlung, nicht die Ausübung selbst:

„Unzulässig ist eine 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). Satz 1 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.“

Satz 2 der Vorschrift wurde erst 2019 durch das Digitale Versorgung-Gesetz vom 9.12.2019 in § 9 HWG eingefügt.⁴ Die Ergänzung war notwendig geworden, weil der 121. Deutsche Ärztetag eine Lockerung des Fernbehandlungsverbotes beschlossen hatte

* Christiane Köber, Mitarbeiterin in der Wettbewerbszentrale in Bad Homburg

1 Klägerin in diesem Verfahren war die Wettbewerbszentrale. Die Autorin weist darauf hin, dass sie als Mitarbeiterin der Wettbewerbszentrale das Verfahren begleitet hat.

2 Siehe zum Beispiel www.dr.sam.de oder www.dr.fressnapf.de. (letzter Abruf am 4.4.2022)

3 Doepner, in: Doepner/Reese, HWG, 3. Aufl. 2028, § 9 Rn. 11 f.; Bülow/Ring, HWG, 4. Aufl. 2014, § 9 Rn.1; Köber, in: MüKo-UWG, 3. Aufl. 2022 § 9 Rn. 50.

4 BGB. I, S. 2562.

und eine Diskrepanz zwischen nach ärztlichem Berufsrecht zulässiger Fernbehandlung und dem Verbot ihrer Werbung vermieden werden sollte. § 7 Abs. 4 der Musterberufsordnung sieht seitdem vor, dass eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien im Einzelfall erlaubt ist, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird. Zudem muss die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt werden. Die Regelung legt dabei den Ärztinnen und Ärzten die Pflicht auf, im konkreten Einzelfall zu entscheiden, ob eine Fernbehandlung mit dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse vereinbar ist. Die Musterberufsordnung ist für die Ärzteschaft nicht bindend, aber mittlerweile haben fast alle Landesärztekammern die Regelung identisch oder sinngemäß übernommen. Im Blick der Ärzteschaft stand die Begleitung der eigenen Patienten mittels Fernkommunikation; Primärversorgungsmodelle, bei denen Diagnose, Therapie oder Krankenschreibung ohne jeglichen persönlichen Kontakt mit Ärztin oder Arzt vorgenommen werden, wurden ausdrücklich abgelehnt.⁵

Die Konzeption von § 9 Satz 2 HWG als Ausnahmeregelung entsprach dem Willen des Gesetzgebers. Dieser erkannte zwar, dass das damalige Werbeverbot für Fernbehandlungen die flächendeckende Einführung telemedizinischer Behandlungen erschwerte. Einer vollständigen Aufhebung erteilte er allerdings eine Absage mit der Begründung, dass der Schutzbedarf fortbestehe, insbesondere dann, wenn Fernbehandlungen durch Personen angeboten werden, die keiner rechtlich verbindlichen Berufsordnung unterliegen (etwa Heilpraktiker).⁶

Dreh- und Angelpunkt jeder rechtlichen Diskussion bis zur Entscheidung des BGH war bisher die Frage, was unter den in Satz 2 genannten allgemein anerkannten fachlichen Standards zu verstehen ist. Die Instanzgerichte waren davon ausgegangen, dass damit die Regeln der ärztlichen Berufsordnungen gemeint sind.⁷ Insofern war das Urteil des BGH mit Spannung erwartet worden.

B. Ist die Videosprechstunde überhaupt Fernbehandlung?

Bei dem Unternehmen, über dessen Geschäftsmodell der BGH zu entscheiden hatte, handelt es sich um die Holding-Gesellschaft eines Krankenversicherers. Sie warb für einen so genannten digitalen Arztbesuch. Den Versicherten wurde über eine Smartphone-App die Möglichkeit eröffnet, Kontakt zu Ärzten in der Schweiz aufzunehmen. Ein so genannter „Concierge“ vermittelte den Zugang zu dem Schweizer Arzt oder der Schweizer Ärztin. „Bleib einfach im Bett, wenn Du zum Arzt gehst“ lautete die eingängige Werbeaussage. Erhältlich waren nicht nur Diagnosen und Therapieempfehlungen, sondern auch Krankenschreibungen per App. Mittels der Krankengeschichte des „Kollegen Max“ wurde der digitale Arztbesuch anschaulich geschildert. So zeigt „Max“ der Ärztin per Video seinen Bluterguss am Zeh.

Die Klägerin hatte Unterlassungsansprüche nach §§ 3, 3a UWG i.V.m. § 9 HWG geltend gemacht. Doch liegt in diesem Fall überhaupt eine Fernbehandlung vor? Denn es besteht ja

durchaus ein Kontakt zwischen Ärztin und Patient. Auch die Beklagte hatte argumentiert, dass die Video-Konsultationen eigene Wahrnehmungen erlaubten. Das OLG München als Berufungsinstante hatte ohne Weiteres das Tatbestandsmerkmal der Fernbehandlung bejaht, da allein über Medien eine Diagnose gestellt oder ein Behandlungsvorschlag erteilt werde, ohne den Patienten persönlich gesehen bzw. untersucht zu haben.⁸ Nach der Entscheidung des BGH bleibt es bei dem engen Begriff der Fernbehandlung. Der BGH konzidiert, dass vom Begriff der Wahrnehmung auch optische und akustische Sinnesindrücke erfasst sein können, wie sie auch im Wege der Video-Übertragung vermittelt würden. Vom Wortsinn des Begriffs seien aber auch umfasst alle anderen ärztlichen Untersuchungsmethoden wie die Betastung, Abhorchung und Beklopfung sowie die Untersuchung mit medizinisch-technischen Hilfsmitteln wie beispielsweise Ultraschall, die bei einer Video-Übertragung nicht möglich seien. Kurzum: Nach Auffassung des BGH ist alles, was nicht auf einer eigenen Wahrnehmung im Rahmen einer unmittelbaren physischen Präsenz von Arzt und Patient beruht, Fernbehandlung.⁹

Zudem hat der BGH klargestellt, dass auch eine berufsrechtlich zulässige Fernbehandlung generell dem Werbeverbot des § 9 HWG unterfällt. Die Gegenseite hatte in dem Prozess vorgetragen, dass den Ärztinnen und Ärzten in der Schweiz die Fernbehandlung erlaubt sei. Der BGH stellt mit seiner Entscheidung klar, dass das Werbeverbot nicht akzessorisch sei in dem Sinne, dass es die berufsrechtliche Unzulässigkeit der beworbenen Behandlungen voraussetze. Dafür spricht nach Auffassung des BGH der eindeutige Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Norm. Das Werbeverbot zielt auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit und individuellen Gesundheitsinteressen. Es beruhe auf dem Gedanken, dass die Fernbehandlung ein besonderes Gefahrenpotenzial für die Gesundheit berge und es sich bei der Fernbehandlung um eine verkürzte und damit grundsätzlich bedenkliche Behandlungsform handle, für die werbliche Anreize umfassend ausgeschlossen werden sollten. Zudem verweist der BGH darauf, dass der Zweck des § 9 HWG verfehlt würde, wenn durch ein ungeschriebenes Merkmal der berufsrechtlichen Unzulässigkeit Berufsgruppen privilegiert würden, die berufsrechtlich nicht reglementiert seien.

Nur kurz soll an dieser Stelle noch darauf hingewiesen werden, dass auch die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit gemäß Artikel 49 Abs. 1 AEUV und 56 Abs. 1 AEUV sowie Artikel 5 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit für den BGH keine Hürde darstellen, einen Verstoß gegen § 9 HWG zu verneinen. Denn weitaus spannender und für die Branche interessanter dürfte die Frage sein, was der BGH zu den in Satz 2 genannten allgemein anerkannten fachlichen Standards ausführt.

5 Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetages, S. 294.

6 BR-Drucks. 360/19 v. 9.8.2019, S. 85; BT-Drucks. 19/13438, S. 77 f.

7 OLG München, Urt. v. 9.7.2020 – 6 U 5180; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.9.2021 – 3 U 148/20; LG Koblenz, Urt. v. 20.7.2021, bestätigt von OLG Koblenz, Hinweisbeschluss v. 3.11.2021 – 9 U 1366/21; anders LG Köln, Urt. v. 19.10.2021 – 31 O 20/21, das bereits auf medizinische Leitlinien verweist.

8 OLG München, Urt. v. 9.7.2020 – 6 U 5180/19; OLG Hamburg, Beschluss v. 29.9.2021 – 3 U 148/20; ausführlich zum Begriff der Fernbehandlung und zu Abgrenzungsfragen OLG Köln, Urt. v. 10.8.2012 – 6 U 235/11.

9 BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20, Rn. 29.

C. Fachliche Standards: Rückgriff auf § 630a BGB

Wir erinnern uns: das zweitinstanzliche Gericht war davon ausgegangen, dass damit die Regelungen in der Berufsordnung gemeint sind. Das heißt kurz zusammengefasst, dass der persönliche Kontakt zwischen Arzt und Patient nach Auffassung des OLG München weiterhin der „Goldstandard“ ärztlichen Handelns ist und nur unter bestimmten Voraussetzungen Beratung und Behandlung ausschließlich aus der Ferne über Kommunikationsmedien erlaubt sind. Im Ergebnis gibt der BGH dem OLG München Recht, schlägt aber einen anderen Lösungsweg ein, indem er Rückgriff auf den entsprechenden Begriff der allgemein anerkannten fachlichen Standards nach § 630a Abs. 2 BGB nimmt.¹⁰ Nach dieser Vorschrift hat die ärztliche Behandlung nach dem zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.

Der BGH verweist darauf, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Ausnahmegesetzgebung in § 9 Satz 2 HWG von einem dynamischen Prozess ausgegangen sei, in dem sich mit dem Fortschritt der technischen Möglichkeiten auch der „anerkannte fachliche Standard“ ändern könne. Damit stehe die vom Berufungsgericht bei der Auslegung von § 9 Satz 2 HWG zugrunde gelegte Annahme nicht im Einklang, die ärztliche Beratung und Behandlung im persönlichen Kontakt zwischen Arzt und Patient in physischer Präsenz stelle weiterhin den „Goldstandard“ dar.

Für den Rückgriff auf § 630a Abs. 2 BGB gibt es für den BGH die folgenden Gründe: Er hält es für sachgerecht, den Begriff der Standards nicht nur für den Behandlungsvertrag, sondern auch für die Frage fruchtbar zu machen, wann eine Fernbehandlung zulässig ist und damit für diese auch geworben werden darf. Für den Gleichklang bei der Auslegung sprechen für den BGH offensichtlich auch ganz praktische Gründe, nämlich die umfangreiche Rechtsprechung zu § 630a Abs. 2 BGB. Zudem nennt er für die Bestimmung der anerkannten fachlichen Standards explizit die Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften als auch die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses gemäß §§ 92, 136 SGB V. Damit werde auch der Weiterentwicklung telemedizinischer Möglichkeiten durch die dynamische Ausbildung und Anpassung von Standards Rechnung getragen.

Im konkreten Fall sah der BGH jedenfalls noch keine etablierten fachlichen Standards. Der von der Gegenseite vertretenen

Auslegung, es müsse ausreichen, dass für die zu bewerbende Fernbehandlung praktisch relevante Anwendungsfälle bestünden oder solche denkbar seien, etwa bei „Alltagsleiden“, sofern noch keine fachlichen Standards etabliert seien, erteilte der BGH eine Absage.¹¹ Bereits der Begriff des „Alltagsleidens“ sei schillernd, so der BGH, und lasse ohne weitere Konkretisierung etwa durch die Aufstellung von Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften oder Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses einen hinreichend tragfähigen medizinischen Bezug zu der Frage vermissen, ob ein solches Leiden allein mit Hilfe von Kommunikationsmitteln diagnostiziert und behandelt werden könne.

D. Fazit

Nicht alles, was digital ist, ist damit per se gut. Andererseits wird man auch im Gesundheitsbereich die Möglichkeiten und Chancen digitaler Entwicklung nutzen müssen. Gerade die rasante und durch die Corona-Pandemie beschleunigte Entwicklung der Telemedizin zeigt aber, dass Digitalisierung ein zweischneidiges Schwert ist: Wenn Telemedizin mehr sein soll als die digitale Version des „kleinen Hausarztes“, der bei unseren Eltern oder Großeltern neben anderen Lexika im Bücherregal stand, dann bedarf es der Schaffung entsprechender Standards für telemedizinische Verfahren, um die Qualität digitaler ärztlicher Behandlung zu sichern. „Rückschlag für Telemedizin-Werbung“ titelte die Deutsche Presse-Agentur (dpa) ihre Meldung zu der Entscheidung des BGH. Das Gegenteil dürfte der Fall sein: Die Entscheidung bietet die Chance, in einem dynamischen Prozess die technische Weiterentwicklung der Telemedizin durch die entsprechenden Standards abzusichern. Insofern weist der BGH die Richtung und spielt den Ball an die Ärzteschaft zurück. So hat bereits die Deutsche Dermatologische Gesellschaft eine Leitlinie für Teledermatologie erarbeitet, die nicht nur Empfehlungen zur Teledermatologie gibt, sondern auch die Grenzen der Telemedizin aufzeigt.¹² Die Entscheidung des BGH ist deshalb nicht Rückschritt und schon gar nicht Hemmschuh einer digitalen Weiterentwicklung, sondern Ansporn, um die hohen medizinischen Standards des Gesundheitswesens auch für den digitalen Arztbesuch zu schaffen.

¹⁰ BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 Rn. 53 ff.

¹¹ BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20, Rn. 57.

¹² Abrufbar zum Beispiel unter www.derma.de und dort unter „Leitlinien“ (letzter Abruf am 4.4.2022)