

Klimakrisenrecht

Herausgegeben von
PHILLIP HELLWEGE
und DANIEL WOLFF

Mohr Siebeck

Klimakrisenrecht



Klimakrisenrecht

herausgegeben von
Phillip Hellwege und Daniel Wolff

Mohr Siebeck

Phillip Hellwege ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Rechtsgeschichte an der Universität Augsburg.
orcid.org/ 0000-0001-9012-2682

Daniel Wolff ist Inhaber der Juniorprofessur für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg.

ISBN 978-3-16- 163885-5 / eISBN 978-3-16- 163886-2
DOI 10.1628/978-3-16- 163886-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen [2024]. www.mohrsiebeck.com

© [Phillip Hellwege], [Daniel Wolff] (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von AZ Druck und Datentechnik in Kempten auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Resilienz im Gesundheitswesen

Die Telemedizin als Instrument für eine nachhaltige und resiliente Gesundheitsversorgung*

Benedikt Buchner und Benedikt Becke

I.	Einleitung: Klimawandel und Gesundheitssystem.....	453
II.	Chancen und Grenzen der Telemedizin.....	455
	A. Telemedizin als Beitrag zum Klimaschutz.....	456
	B. Verbesserte Versorgung.....	457
	C. Effizienzgewinne.....	457
	D. Zwischenfazit.....	459
III.	Der Einsatz von Telemedizin: Rechtliche Grundlagen und Perspektiven.....	459
	A. Definition Telemedizin.....	460
	B. Zum berufsrechtlichen Leitbild ärztlicher Behandlung.....	460
	C. Zivil- und haftungsrechtliche Grundsätze.....	463
	D. Zwischenfazit.....	465
IV.	Werberecht.....	465
	A. Die Entwicklung des Werbeverbots.....	465
	B. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Werbeverbot.....	466
	C. Fehlende Berücksichtigung von Klimabelangen und unzureichende Abwägung.....	467
	D. Reform des Werbeverbots.....	468
V.	Fazit.....	469

I. Einleitung: Klimawandel und Gesundheitssystem

In seinem Gutachten 2023 zur Resilienz im Gesundheitswesen setzt sich der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen ausführlich mit dem Klimawandel als einer der zentralen – aktuellen und zukünftigen – Risiken für unser Gesundheitssystem auseinander.¹ Die direkten und indirekten Auswirkungen des Klimawandels auf die menschliche Gesundheit sind vielfältig. Sie reichen von vermehrten Infektionskrankheiten über Hitzebelastung und Gesundheitsschäden durch Extremwetterereignisse bis hin zu

* Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

¹ *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen* (Hrsg.), *Resilienz im Gesundheitswesen* (2023), 25.

Auswirkungen auf die psychische Gesundheit.² Entsprechend breitgefächert sind auch die Maßnahmen und Forderungen, die diskutiert werden, um unser Gesundheitssystem so aufzustellen, dass es auf künftige Herausforderungen und Risiken des Klimawandels effektiv und effizient reagieren kann.³

Die Aufgabe des Gesundheitssystems ist dabei aber keineswegs allein darauf beschränkt, auf den Klimawandel zu *reagieren*, indem durch vielfältige Maßnahmen in den Bereichen Prävention, Monitoring und Forschung die nachteiligen Auswirkungen des Klimawandels auf die menschliche Gesundheit reduziert werden. Gefordert wird vielmehr zu Recht auch, dass sich das Gesundheitssystem seinerseits nachhaltig und klimafreundlich aufstellen sowie die eigene Resilienz gegenüber den Folgen des Klimawandels stärken muss.⁴ Wäre der globale Gesundheitssektor ein Land, würde er sich als fünftgrößter Emittent von Klimagasen im weltweiten Ranking der Länder einordnen.⁵ Der Gesundheitssektor gehört damit zu den am meisten CO₂ emittierenden Dienstleistungssektoren in der industrialisierten Welt und ist verantwortlich für mehr als 4 % der weltweiten klimaschädlichen Treibhausgasemissionen.⁶ Für Deutschland belaufen sich die Schätzungen sogar auf Zahlen zwischen 5,2⁷ und 6,7 %.⁸

Soweit Vorschläge für ein klimafreundlicheres Gesundheitssystem präsentiert werden, beziehen sie sich überwiegend auf (sektorübergreifende) Aspekte wie etwa Bauweise, Energieversorgung oder Abfallreduzierung.⁹ Ein spezifisch gesundheitsbezogener Lösungsansatz ist demgegenüber der Vorschlag, im Gesundheitssektor vermehrt auf das Instrument der Telemedizin zurückzugreifen. Verwiesen wird insoweit auf immerhin 14 Studien aus sechs verschiedenen Ländern, die allesamt zu dem Ergebnis gelangen, dass der Einsatz von Telemedizin die CO₂-Emissionen signifikant reduzieren könnte.¹⁰ Auch darüber hinaus spricht viel dafür, die Telemedizin als zentrales Element eines

² E. Hertig et al., Klimawandel und Public Health in Deutschland – Eine Einführung in den Sachstandsbericht Klimawandel und Gesundheit 2023, *Journal of Health Monitoring S3* (2023), 7, 14.

³ Siehe in diesem Sinne einer „Resilienz“ des Gesundheitssystems *Sachverständigenrat* (Fn. 1), passim.

⁴ M. Mlinarić et al., Klimawandel und Public Health in Deutschland – Eine Synthese der Handlungsoptionen des Sachstandsberichts Klimawandel und Gesundheit 2023, *Journal of Health Monitoring S6* (2023), 61, 74.

⁵ <https://www.bundesaerztekammer.de/themen/aerzte/klimawandel-und-gesundheit/co2-fussabdruck-gesundheitssektor>.

⁶ M.J. Eckelmann et al., Health Care Pollution and Public Health Damage in the United States: An Update, *Health Affairs* 2020, 2071.

⁷ J. Karliner et al., Health Care’s Climate Footprint (2019), 24.

⁸ P.-P. Pichler et al., International comparison of health care carbon footprints, *Environmental Research Letters* 2019, 2.

⁹ Hertig et al. (Fn. 2), 26.

¹⁰ A. Purohit et al., Does telemedicine reduce the carbon footprint of healthcare? A systematic review, *Future Healthcare Journal* 2021, e85, e89.

nachhaltigen und resilienten Gesundheitssystemen zu verankern. Hierfür bedarf es dann allerdings auch entsprechender rechtlicher Rahmenbedingungen, die bislang nur teils gegeben und mitunter noch zu sehr dem Denkmuster einer traditionellen Arzt-Patienten-Beziehung verhaftet sind.

II. Chancen und Grenzen der Telemedizin

Einen ersten Schub hat die Telemedizin hierzulande durch die Coronakrise erfahren. Im Zuge der Pandemie ist die Anzahl der Videosprechstunden von weniger als 3.000 digitalen Arzt-Patienten-Gesprächen im Jahr 2019¹¹ auf 2,8 Millionen in 2020 und auf 3,6 Millionen im Jahr 2021 gestiegen.¹² Aktuell wird davon ausgegangen, dass sich die Videosprechstunden auf einem Niveau von monatlich 190.000 Stunden bewegen.¹³ Wie schon die Coronakrise könnte nunmehr auch die Klimakrise zu einem neuerlichen Beschleuniger der Telemedizin werden, indem noch mehr Behandlungsvorgänge zukünftig in die Online-Welt verschoben werden. Die CO₂-Emissionen des Gesundheitssektors könnten bei einem Ausbau der telemedizinischen Behandlungen vor allem durch den Wegfall physischer Reisen zum Behandlungsort signifikant reduziert werden (siehe dazu unten A).

Im Sinne einer Transformation hin zu einem nachhaltigen und resilienten Gesundheitssystem kann der Telemedizin darüber hinaus aber auch in anderer Hinsicht eine maßgebliche Bedeutung zukommen. Versteht man Resilienz im Gesundheitswesen umfassend, geht es bei dieser nicht allein um die Bewältigung einer aktuellen Krise, sondern darüber hinaus auch ganz grundsätzlich um eine „Weiterentwicklung zum Besseren“.¹⁴ Transformation als Teil der Resilienz im Gesundheitsbereich ist dann als Fähigkeit des Gesundheitssystems zu verstehen, „Praktiken zu ändern“ und „bestimmte Dienstleistungen oder öffentliche Gesundheitsprogramme neu und zugänglicher zu gestalten“.¹⁵

Dieses umfassende Verständnis von Resilienz lässt sich auch auf die Transformation des Gesundheitswesens im Kontext der Klimakrise heranziehen. Entsprechend geht es dann nicht allein darum, mit welchen spezifischen Maßnahmen konkreten klimawandelbedingten Herausforderungen begegnet werden kann, sondern auch darum, das Gesundheitssystem insgesamt nachhaltiger

¹¹ L. Richter/T. Silberzahn (Hrsg.), eHealth Monitor 2021 (2021), 24.

¹² S. Mangiapane, Fünf Jahre Videosprechstunde in der vertragsärztlichen Versorgung, Gesundheitswesen aktuell 2023, 82, 87.

¹³ S. Mangiapane et al., Zi-Trendreport zur vertragsärztlichen Versorgung (2023), 56.

¹⁴ Hertig et al. (Fn. 2), 26 mit Verweis auf *European Observatory on Health Systems and Policies*, How to make health systems more resilient to COVID-19 and other crises, 19.6.2020, abrufbar unter <https://eurohealthobservatory.who.int/news-room/news/item/19-06-2020-how-to-make-health-systems-more-resilient-to-covid-19-and-other-crises>.

¹⁵ Hertig et al. (Fn. 2), 26.

und resilienter aufzustellen. Vor diesem Hintergrund kommt dem Einsatz der Telemedizin vor allem auch eine Relevanz für einen verbesserten Versorgungszugang und eine höhere Versorgungsqualität (unten B) sowie für zeitliche und finanzielle Effizienzgewinne (unten C) zu.

A. Telemedizin als Beitrag zum Klimaschutz

In den eingangs bereits angesprochenen 14 Studien, die zwischen 2009 und 2019 in sechs verschiedenen Ländern durchgeführt worden sind, wurde im Ergebnis übereinstimmend festgehalten, dass der Einsatz von Telemedizin die CO₂-Emissionen signifikant reduzieren könnte.¹⁶ Die CO₂-Einsparungen wurden dabei in einem Bereich zwischen 0,7–372 kg CO₂e (CO₂-Äquivalente) pro ärztlicher Konsultation geschätzt.¹⁷ Andere Schätzungen kommen auf durchschnittliche CO₂-Emissionseinsparungen pro telemedizinischer Sitzung von 19,81 kg CO₂e und in der Summe auf jährliche CO₂-Emissionseinsparungen von 1.443.800 Tonnen durch eine Nutzung der Telemedizin in den USA.¹⁸

Dass der vermehrte Einsatz von Telemedizin die CO₂-Emissionen deutlich reduziert, gilt allerdings nur soweit, als telemedizinische Behandlungen Präsenzbehandlungen auch tatsächlich ersetzen (anstatt letztere lediglich aufzuschieben). Eine Studie aus dem Jahr 2021 kommt diesbezüglich zu dem Ergebnis, dass die zunehmende Nutzung der virtuellen Behandlung nicht mit einem Anstieg des Gesamtvolumens der Patientenbesuche einherging, was darauf hindeutet, dass die telemedizinische Behandlung eher einen echten Ersatz für persönliche Arztbesuche und nicht nur eine zusätzliche Versorgungsmethode darstellt.¹⁹ Letztlich wird insoweit zu differenzieren sein: Während Patienten mit komplexen Krankheiten auch weiterhin regelmäßig auf eine persönliche Behandlung angewiesen sind, kommt eine ausschließliche Fernbehandlung demgegenüber in erster Linie bei einfachen hausärztlichen und internistischen Erkrankungen wie Erkältungen, grippalen Infekten oder Schnupfen in Betracht.²⁰

¹⁶ Purohit et al. (Fn. 10), e89.

¹⁷ Purohit et al. (Fn. 10), e85.

¹⁸ So eine (allerdings noch nicht von Fachkollegen geprüfte) retrospektive Beobachtungsstudie aus den USA, die anders als die zuvor genannten Studien auch die Energiekosten der Telemedizin sowie Transportmuster als Faktoren berücksichtigt hat: M. Cummins et al., Observational study of travel distance between participants in U.S. telemedicine sessions with estimates of emissions savings (2023), 8.

¹⁹ K.S. Zachrison et al., Changes in Virtual and In-Person Health Care Utilization in a Large Health System During the COVID-19 Pandemic (2021), 3, abrufbar unter <https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2785538>.

²⁰ Kassenärztliche Vereinigung Sachsen, Pilotphase des sächsischen Fernbehandlungsmodells startet Mitte April 2021, 16.4.2021, abrufbar unter <https://www.kvsachsen.de/medienservice/medieninformationen/pilotphase-des-saechsischen-fernbehandlungsmodells-startet-mitte-april-2021>.

B. Verbesserte Versorgung

Einen erheblichen Beitrag kann der Einsatz von Telemedizin leisten, im Sinne eines resilienten Gesundheitssystems „bestimmte Dienstleistungen [...] zugänglicher zu gestalten“.²¹ Eine zentrale Herausforderung ist beispielsweise der Zugang zur hausärztlichen Versorgung im ländlichen Raum. Prognosen gehen davon aus, dass im Jahr 2035 11.000 Hausarztstellen unbesetzt sein werden, mit der Konsequenz, dass beinahe 20 % der Kreise in Deutschland als hausärztlich unterversorgt gelten werden, was besonders die ländlichen Regionen treffen würde.²² Selbst wenn insoweit der vermehrte Einsatz der Telemedizin nicht zu einer quantitativen Steigerung der Anzahl an Hausärzten in Deutschland führen würde, so könnte doch jedenfalls das Wissen der vorhandenen Hausärzte effektiver genutzt werden, indem rund um die Uhr und ortsunabhängig Patienten medizinisch beraten sowie behandelt werden können. Es geht also um eine effektivere Allokation der knappen hausärztlichen Behandlungskraft.

Darüber hinaus kann Telemedizin auch zu einer verbesserten Versorgungsqualität beitragen, beispielsweise in der Notfallversorgung durch den Einsatz des Telenotarztes als Ergänzung zum physischen Notarzt. Dabei unterstützt der Telenotarzt die nicht-ärztlichen Einsatzkräfte vor Ort bei der Patientenversorgung oder überbrückt die Anfahrtszeit des eigentlichen Notarztes. Zudem ist eine telemedizinische Beratung von Experten aus Fachrichtungen möglich, die ansonsten nicht regelmäßig bei Rettungsdiensten im Einsatz sind.²³ Verkürzen lassen sich auch die Zeiträume zwischen Eintreffen des Rettungsdienstes und Eintreffen des ersten Notarztes (konventioneller Notarzt/Telenotarzt) am Einsatzort sowie die Dauer, bis ein nachalarmierter Notarzt am Einsatzort eintrifft.²⁴ Des Weiteren können die Transportzahlen von Notfallpatienten in Krankenhäuser reduziert werden.²⁵

C. Effizienzgewinne

Neben einer verbesserten Versorgung kann der Einsatz von Telemedizin auch nachhaltige Effizienzvorteile zeitlicher oder finanzieller Art bewirken. Reduzieren lassen sich etwa die Reisezeiten zur Arztpraxis. Ein weiteres Beispiel ist

²¹ Hertig et al. (Fn. 2), 26. Siehe dazu schon oben S. 455.

²² H.-D. Nolting et al., Gesundheitszentren für Deutschland. Wie ein Neustart in der Primärversorgung gelingen kann (2021), 8.

²³ T. Dittrich/H.-D. Lippert, Warten bis der Notarzt kommt – Ein Beitrag über die Notkompetenz für den Notfallsanitäter und über den Telenotarzt, GesR 2021, 362, 364.

²⁴ So die Ergebnisse des 2018 in Bayern durchgeführten „Pilotprojekts zur telemedizinischen Unterstützung der Notfallversorgung im Rettungsdienst – Telenotarzt Bayern“; Telenotarzt Bayern Evaluationsbericht, 188, abrufbar unter https://innovationsfonds.g-ba.de/downloads/beschluss-dokumente/48/2020-12-18_Telenotarzt-Bayern_Evaluationsbericht.pdf.

²⁵ Telenotarzt Bayern Evaluationsbericht (Fn. 24), 29–35.

die Durchführung von Hausbesuchen durch nicht-ärztliches Personal vor Ort, unterstützt durch einen Telearzt.

Vor allem könnten aber auch lange Wartezeiten und die Anzahl der nicht abgesagten Termine durch einen vermehrten Einsatz der Telemedizin verringert werden. Nach Untersuchungen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung betrug im Jahr 2021 bei 40 % der Versicherten die Wartezeit für ihren letzten Arzttermin mehr als drei Tage²⁶ und bei 15 % aller Befragten die Wartezeit in der Praxis bis zum Beginn der Sprechstunde mehr als 30 Minuten.²⁷ Umgekehrt sind auch auf Seiten der Behandler Probleme mit nicht abgesagten Terminen zu verzeichnen. Dabei geht es bei über 40 % der betroffenen Praxen um fünf bis zehn Prozent aller Termine, die Patienten vereinbart hatten, aber ohne Absage nicht wahrnehmen, bei 16 % der betroffenen Praxen waren es sogar zehn bis 20 %.²⁸

Auch in der Notfallmedizin sind Effizienzgewinne möglich. So könnte ein durch nicht-ärztliches Personal durchgeführter Patiententransport von einem Telenotarzt begleitet werden und dadurch der physische Notarzt für Folgeeinsätze bereitgestellt werden und auch eine Entlastung der chronisch überlasteten Notaufnahmen erscheint möglich.²⁹

Ein ausgeprägter Einsatz der Telemedizin könnte schließlich auch zu einer kostengünstigeren Gesundheitsversorgung führen. Kosteneinsparungen ergeben sich etwa durch geringere notwendige physische Kapazitäten, weniger Fahrten zu Patienten und eine effektivere Terminauslastung. Ob die vermehrte Nutzung der Telemedizin im gesamten Gesundheitswesen de facto zu Kosteneinsparungen führen kann, lässt sich aufgrund der vielen unbekanntenen Variablen aktuell zwar nicht seriös vorhersagen. Es gibt aber Evidenz für mögliche Kosteneinsparungen in einzelnen Gesundheitsbereichen. So untersuchte etwa eine Studie aus dem Jahr 2021 die Gleichwertigkeit eines neuen ambulanten Versorgungsmodells für den strukturschwachen ländlichen Raum ohne niedergelassenen Kardiologen bei Patienten mit chronischer Herzinsuffizienz im Vergleich zu Regionen mit niedergelassenem Kardiologen hinsichtlich medizinischer und gesundheitsökonomischer Wirksamkeit. Dabei wurde beobachtet, dass durch die telemedizinische Versorgung Kosten in Höhe von 1.758 Euro pro Patientenjahr eingespart werden konnten.³⁰

²⁶ *Kassenärztliche Bundesvereinigung* (Hrsg.), *Versichertenbefragung der Kassenärztlichen Bundesvereinigung 2021* (2021), 7.

²⁷ *Kassenärztliche Bundesvereinigung* (Fn. 26), 10.

²⁸ *Kassenärztliche Bundesvereinigung*, *Arztpraxen beklagen hohe Zahl nicht abgesagter Termine*, 3.8.2023, abrufbar unter https://www.kbv.de/html/1150_64738.php.

²⁹ *Dittrich/Lippert* (Fn. 23), 364.

³⁰ *H. Sydow et al.*, *Cost-effectiveness of noninvasive telemedical interventional management in patients with heart failure: health economic analysis of the TIM-HF2 trial*, *Clinical Research in Cardiology* 2021, 1231, 1235.

D. Zwischenfazit

Die hier angeführten Beispiele mögen jeweils nur bestimmte Teilaspekte des Behandlungsgeschehens herausgreifen und auch noch mit vielerlei Unwägbarkeiten und Prognoseunsicherheiten einhergehen. Gleichwohl zeigen sie in ihrer Gesamtheit auf, dass mit dem Instrument der Telemedizin nicht nur den spezifischen Herausforderungen des Klimawandels begegnet, sondern darüber hinaus auch das Gesundheitssystem insgesamt resilienter aufgestellt werden kann. Nicht zuletzt lässt sich die Bedeutung der Telemedizin als Element eines resilienten Gesundheitssystems auch noch anhand ganz anderer Krisenszenarien aufzeigen, etwa wenn Telemedizin-Roboter in Krisengebieten eingesetzt werden, um durch hochauflösende Kameras exakte Diagnosen aus der Ferne zu ermöglichen,³¹ oder wenn Telemedizin im Zivilschutz eingesetzt wird, damit Einsatzkräfte in der Behandlung vor Ort durch Fachärzte aus der Distanz unterstützt werden können.³² Beide Beispiele zeigen, dass die spezifische Krisentauglichkeit der Telemedizin keineswegs allein auf die hier inmitten stehende Klimakrise (oder auch die Coronakrise) beschränkt ist.

III. Der Einsatz von Telemedizin: Rechtliche Grundlagen und Perspektiven

Soll die Telemedizin als wesentliches Element eines resilienten Gesundheitssystems etabliert werden, setzt dies auf rechtlicher Ebene voraus, dass ihr im Behandlungsalltag nicht lediglich eine ergänzende oder subsidiäre Rolle, sondern stattdessen perspektivisch eine gleichwertige Rolle als Behandlungsmethode zukommt. Letztlich muss also der bisherige „Goldstandard“ der ärztlichen Behandlung, geprägt durch den physischen Kontakt vor Ort, neu definiert werden, indem die rechtlichen Vorgaben entsprechend geändert bzw. anders ausgelegt werden.

³¹ Siehe hierzu konkret das vom Bundesgesundheitsministerium geförderte Projekt des Robert Koch-Instituts und der Charité, in dessen Rahmen zwölf Telemedizin-Roboter in zwölf Kliniken in der Ukraine betrieben werden: *Die Bundesregierung*, Ärztliche Hilfe für die Ukraine – per Videocall, 16.10.2023, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/telemedizin-ukraine-2229454>.

³² Siehe hierzu das gemeinsam vom Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe und der Uniklinik RWTH Aachen ausgearbeitete Forschungsprojekt TeleSAN: *Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe*, In großen Krisen medizinische Unterstützung per Telemedizin, 20.9.2023, abrufbar unter <https://www.bbk.bund.de/Shared-Docs/Pressemitteilungen/DE/2023/09/pm-20-telemedizin.html>.

A. Definition Telemedizin

Bislang fehlt es an einem abschließenden Verständnis dessen, was unter Telemedizin rechtlich zu verstehen ist, insbesondere ist der Begriff der Telemedizin bisher nicht legaldefiniert. § 9 S. 1 Heilmittelwerbegesetz (HWG) definiert lediglich den Begriff der „Fernbehandlung“, welcher allerdings mit dem Begriff der Telemedizin eng verknüpft ist.³³ Fernbehandlung ist danach zu verstehen als „Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen [...] beruht“. Die Bundesärztekammer definiert Telemedizin als

„Sammelbegriff für verschiedenartige ärztliche Versorgungskonzepte. Diese Konzepte weisen als Gemeinsamkeit den prinzipiellen Ansatz auf, dass medizinische Leistungen der Gesundheitsversorgung in den Bereichen Diagnostik, Therapie und Rehabilitation sowie bei der ärztlichen Entscheidungsberatung über räumliche Entfernungen (oder zeitlichen Versatz) hinweg erbracht werden. Hierbei werden Informations- und Kommunikationstechnologien eingesetzt.“³⁴

Andere Definitionsansätze³⁵ gehen in dieselbe Richtung wie die Definition der Bundesärztekammer. Im Wesentlichen wird Telemedizin anhand von drei Hauptkriterien charakterisiert: Es müssen (erstens) medizinische Leistungen zugunsten von Patienten über (zweitens) räumliche Entfernung und/oder zeitlichen Versatz durch (drittens) Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologie erbracht werden.³⁶

B. Zum berufsrechtlichen Leitbild ärztlicher Behandlung

Der transformatorische Wandel der Telemedizin berührt ganz wesentlich das tradierte Leitbild der ärztlichen Behandlung und die Idealvorstellung einer perfekten Gesundheitsversorgung auf Grundlage eines persönlichen Kontakts zwischen Arzt und Patient. Bereits Ende des 19. Jahrhunderts wurde diese Idealvorstellung erstmals herausgefordert, als in Zeitschriften und Magazinen vermehrt medizinische Artikel veröffentlicht wurden, in denen ärztliche Autoren medizinische Fragen der Leser beantworteten, konkreten Rat erteilten und neue Patienten anwarben. Nach ganz überwiegender Meinung in der Ärzteschaft konnte nur der persönliche Arzt-Patienten-Kontakt als ideale Gesundheitsversorgung angesehen werden, die Fernbehandlung hingegen wurde als der

³³ K. Fehn, *Rechtliche Aspekte der Telemedizin*, in: G. Marx/R. Rossaint/N. Marx (Hrsg.), *Telemedizin, Grundlagen und praktische Anwendung in stationären und ambulanten Einrichtungen* (2021), 9, 11.

³⁴ <https://www.bundesaerztekammer.de/themen/aerzte/digitalisierung/telemedizin-fernbehandlung>.

³⁵ Übersicht über die Definitionsansätze bei Fehn (Fn. 33), 11 f.

³⁶ Fehn (Fn. 33), 12.

Scharlatanerie nahestehend disqualifiziert.³⁷ Entsprechend wurden die ersten Fernbehandlungsverbote auch primär erlassen, um die Reputation der Ärzteschaft zu sichern.³⁸ Es stand also nicht der Schutz des Patienten vor fehlerhafter Behandlung im Mittelpunkt, sondern das Ansehen der Ärzte. Erst sekundär ging es um das Wohl der Patienten, die vor möglichen gesundheitlichen Gefahren der Selbstdiagnose und -behandlung, vor einem Informationsdefizit infolge eingeschränkter ärztlicher Wahrnehmung und vor einem schwindenden Vertrauensverhältnis zum Arzt geschützt werden sollten.³⁹

An der fehlenden Akzeptanz von Fernbehandlungen in der Ärzteschaft hat sich dann auch im Folgenden über einen langen Zeitraum hinweg nichts geändert. Noch im Jahr 2013 war der damalige Präsident der Bundesärztekammer der Überzeugung, dass „Diagnose und Behandlung allein über das Internet [...] nicht im Interesse des Patienten sein“⁴⁰ können. Berufsrechtlich war bis zur Reform der (Muster-)Berufsordnung-Ärzte (MBO-Ä) durch Beschluss des 121. Deutschen Ärztetages im Jahr 2018 und der entsprechenden Anpassung des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä eine ausschließliche Fernbehandlung von Patienten untersagt. Stattdessen war stets ein vorausgehender unmittelbarer persönlicher Arzt-Patienten-Kontakt erforderlich. Erlaubt waren vor der Reform von 2018 über Distanz lediglich allgemeine Erörterungen und Beratungen hinsichtlich Befindlichkeitsstörungen oder allgemeine Fragen eines gesunden Menschen zu Krankheiten, die normalerweise durch Selbstmedikation behandelt werden können.⁴¹

Mit der Lockerung des berufsrechtlichen Verbots ausschließlicher Fernbehandlung durch den 121. Deutschen Ärztetag im Jahr 2018⁴² sind nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä nunmehr auch ausschließliche Fernbehandlungen in Deutschland möglich,

„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.“

Zulässig ist nun also nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä, dessen Regelung weitgehend inhaltsgleich in die Berufsordnungen aller Landesärztekammern über-

³⁷ A. Herkenrath, *Ärztliche Fernbehandlung* (2022), 19 f.

³⁸ G. Mann, *Medizinische Beratung in Familienzeitschriften des 19. Jahrhunderts und der Ärztestand*, *Sudhoffs Archiv für Geschichte der Medizin und der Naturwissenschaften* 38 (1954), 329.

³⁹ J. Siglmüller, *Rechtsfragen der Fernbehandlung* (2020), 58–62.

⁴⁰ F.U. Montgomery, zitiert nach H.E. Krüger-Brand, *Zum Doktor per Video-Chat*, *DÄBl.* 2015, A 166.

⁴¹ J. Braun, *Die Zulässigkeit von ärztlichen Fernbehandlungsleistungen nach der Änderung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä*, *MedR* 2018, 563.

⁴² Siehe dazu C. Katzenmaier, *Haftungsrechtliche Grenzen ärztlicher Fernbehandlung*, *NJW* 2019, 1769.

nommen wurde,⁴³ auch eine *ausschließliche* Fernbehandlung im Einzelfall. Ein persönlicher Erstkontakt in Form einer gleichzeitigen physischen Anwesenheit von Arzt und Patient ist somit nicht mehr Voraussetzung für eine ärztliche Behandlung.⁴⁴

Dessen ungeachtet wird aber auch heute noch der persönliche Arzt-Patienten-Kontakt weiterhin als „Goldstandard“ ärztlichen Handelns angesehen.⁴⁵ Auch nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä ist die ausschließliche Fernbehandlung nur „im Einzelfall“ erlaubt und setzt damit das seit jeher geltende Regel-Ausnahme-Prinzip für eine Fernbehandlung fort. Indem § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä die Zulässigkeit einer ausschließlichen Fernbehandlung an hohe Anforderungen knüpft, stellt die Vorschrift klar, dass Telemedizin nach berufsrechtlichen Maßstäben nicht als standardisierter Ersatz einer unmittelbaren persönlichen Behandlung, sondern vielmehr als Ergänzung dazu dienen soll.⁴⁶ Das persönliche Arzt-Patienten-Gespräch ist aus Sicht der Ärzteschaft „auch im digitalen Zeitalter unverzichtbar“.⁴⁷

Die Zulässigkeit einer Fernberatung oder Fernbehandlung setzt nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä des Weiteren voraus, dass diese „ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird“. Ärztinnen und Ärzte sind also gehalten, für jeden einzelnen Schritt der Beratung oder Behandlung zu überprüfen, ob die ausschließliche Fernbehandlung ärztlich vertretbar und standardgemäß sowie im Einzelfall geboten ist.⁴⁸ Normiert sind damit aber an sich bloße Selbstverständlichkeiten, welche im Rahmen jeder ärztlichen Maßnahme – sei es im telemedizinischen oder persönlichen Arzt-Patienten-Kontakt – vom behandelnden Arzt im Rahmen des einzuhaltenden Facharztstandards zu prüfen sind.⁴⁹ Die besondere Hervorhebung dieser Selbstverständlichkeiten unterstreicht, dass die telemedizinische Behandlung auch heute noch als eine Abweichung vom Regelfall eingeordnet wird, an die daher besondere Sorgfaltsanforderungen zu stellen sind.⁵⁰

Der Sache nach gehen mit diesen in § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä normierten Sorgfaltsanforderungen allerdings in den meisten Behandlungskonstellationen keine Besonderheiten der ärztlichen Standardfestlegung einher. Dass etwa eine

⁴³ Fehn (Fn. 33), 17.

⁴⁴ J. Prütting, in: Kommentar zur (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 (8. Aufl., 2022), § 7 Rn. 36.

⁴⁵ Bundesärztekammer (Hrsg.), Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetags (2018), 289.

⁴⁶ MBO-Ä-Kommentar/Prütting (Fn. 44), § 7 Rn. 36.

⁴⁷ Bundesärztekammer (Hrsg.), Beschlussprotokoll des 120. Deutschen Ärztetags (2017), 300.

⁴⁸ S. Seubert/P. Schüller/C. Husemann, Rechtliche Aspekte, in: D. Ebert/H. Baumeister (Hrsg.), Digitale Gesundheitsinterventionen, Anwendung in Therapie und Prävention (2023), 14, 24.

⁴⁹ Fehn (Fn. 33), 18.

⁵⁰ Fehn (Fn. 33), 18.

Anamnese zur Diagnosestellung per ausschließlicher Fernbehandlung dann nicht mehr standardgemäß ist, wenn ab einem bestimmten Zeitpunkt klar wird, dass die Diagnosestellung eine körperliche Untersuchung erfordert, wäre auch ohne die Vorgaben in § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä unstreitig.⁵¹

Andere Konstellationen einer Fernbehandlung, die tatsächlich schwierige Fragen des ärztlichen Behandlungsstandards aufwerfen, erfahren dagegen auch durch die Neuregelung des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä keine Rechtsklarheit. Dies gilt etwa für Fernbehandlungen im Rahmen eines Notfalls. Die fehlende körperliche Untersuchung in Notfällen dürfte die Fehlerwahrscheinlichkeit von Behandlungsmaßnahmen deutlich erhöhen. An sich sollte daher gerade in Not-situationen die Anwendung von Telemedizin besonders zurückhaltend erfolgen. Andererseits ist bereits oben angesprochen worden, dass in solcherlei Not-fallsituationen der Einsatz von Telemedizin auch zu einer erheblichen Verbesserung der Versorgungsqualität führen kann. Um insoweit berufs- und haftungsrechtliche Risiken für Ärztinnen und Ärzte zu reduzieren, ist es dringend notwendig, entsprechende telemedizinische Leitlinien und Behandlungsstandards für die nahe Zukunft zu entwickeln.

C. Zivil- und haftungsrechtliche Grundsätze

Die Frage nach dem einschlägigen (Fern-)Behandlungsstandard ist nicht nur eine berufsrechtliche, sondern auch eine zivil- und haftungsrechtliche Fragestellung. Gemäß § 630a Abs. 2 BGB schuldet der Behandler im Rahmen des Behandlungsvertrags als Hauptleistung eine medizinische „Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards“. Normiert ist ein Gleichlauf der berufsrechtlichen Regelungen mit den (zivil-)haftungsrechtlichen Anforderungen. Ebenso wie im berufsrechtlichen Kontext erfordert auch der zivilrechtliche Behandlungsvertrag eine Behandlung auf „Facharztstandard-Niveau“.⁵² Zu bestimmen ist dieser Standard objektiv, unabhängig von den individuellen Fähigkeiten und Eigenschaften der Person.⁵³ Er richtet sich nach dem zu behandelnden Krankheits- und Verletzungsbild und der jeweils geltenden Weiterbildungsordnung, in deren medizinisches Teilgebiet die Therapie fällt.⁵⁴ Der Behandelnde muss sich jedoch besondere Kenntnisse und Fertigkeiten, die über dem geforderten Standard liegen, haftungsverschärfend zurechnen lassen.⁵⁵

Speziell für die Fernbehandlung hat sich bislang noch kein neuer und allgemeingültiger ärztlicher Behandlungsstandard entwickelt, lediglich in bestimm-

⁵¹ Zu dieser Konstellation *Seubert/Schüller/Husemann* (Fn. 48), 24.

⁵² *G. Wagner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (9. Aufl., 2023), § 630a Rn. 139–142.

⁵³ Ständige Rechtsprechung, vgl. statt aller BGH, NJW 1991, 1535, 1536.

⁵⁴ *Fehn* (Fn. 33), 31.

⁵⁵ *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 52), § 630a Rn. 145.

ten Teilbereichen sind bereits jetzt besondere telemedizinische Standards zu verzeichnen, in deren Rahmen der grundlegende Facharztstandard gemeinsam mit den Besonderheiten der Telemedizin den „telemedizinischen Facharztstandard“ bildet.⁵⁶ Geht es nun darum, für die ausschließliche Fernbehandlung allgemeingültig einen notwendigen Facharztstandard festzulegen, ist hierbei insbesondere klärungsbedürftig, ob und in welcher Form zusätzlich die besonderen Risiken der Telemedizin und insbesondere deren technische Risiken in Rechnung zu stellen sind.

Problematisch – aus ärztlicher Perspektive – ist, dass der Arzt bei der Nutzung von medizintechnischen Geräten, deren Risiken grundsätzlich als voll beherrschbar gelten, die Fehlervermutung des § 630h Abs. 1 BGB gegen sich gelten lassen muss und damit auch die haftungsrechtlichen Risiken einer Fernbehandlung deutlich höher anzusetzen sind.⁵⁷ Um dem entgegenzuwirken und Anreize für den Behandler zu setzen, digitale Fernbehandlungsleistungen anzubieten, ist zu überlegen, ob die Fehlervermutung allein auf den Einwirkungsbereich des Behandlers hinsichtlich der eingesetzten Kommunikationsmedien beschränkt werden sollte.

Welche Chancen, aber auch welche haftungsrechtlichen Risiken mit dem Einsatz der Telemedizin einhergehen, lässt sich exemplarisch wiederum am Bereich der Notfallversorgung aufzeigen. Konkret sei hier auf das Beispiel der Schlaganfallbehandlung verwiesen. Zum einen eignet sich gerade dieses Behandlungsfeld besonders gut für den Einsatz der Telemedizin, da die einschlägigen Symptome und Bildbefunde gut erfassbar und schnell übertragbar sind sowie Therapieentscheidungen innerhalb kürzester Zeit getroffen werden müssen, aber auch einfach umsetzbar sind. Zudem besteht gerade in diesem Behandlungsbereich besonderer Handlungsbedarf, bedingt durch den Mangel an Fachärzten in ländlichen Regionen.⁵⁸

Zum anderen zeigt ein aktueller Fall zur Haftung bei der telemedizinischen Schlaganfall-Befundung aber auch auf, dass sich mit dem Einsatz von Telemedizin das haftungsrechtliche Risiko nochmals deutlich erhöht, weil sich der Pflichtenkreis und der Verantwortungsbereich entsprechend vergrößern.⁵⁹ So ist der Einsatz der Telemedizin zunächst einmal mit der Pflicht verbunden, diesen organisatorisch abzusichern. Im konkreten Fall hat das Landgericht München II darauf verwiesen, dass eine engmaschige Vernetzung, wie sie für die Telemedizin kennzeichnend ist, detaillierte Regelungen erfordere, wer für was zuständig ist. Niedergelegt werden könne dies beispielsweise in einer sogenannten SOP (*Standard Operating Procedure*).⁶⁰ Haftungsverschärfend wirkt

⁵⁶ Fehn (Fn. 33), 33.

⁵⁷ Katzenmeier (Fn. 42), 1774.

⁵⁸ Siehe etwa <https://tempis.de/ueber-tempis/#was-macht-tempis>.

⁵⁹ LG München II, RDG 2022, 351, 351.

⁶⁰ LG München II, RDG 2022, 351, 352.

sich darüber hinaus auch die Haftung für fremdes Verschulden gemäß § 278 BGB im Bereich der Telemedizin aus, etwa wenn etwaige Verzögerungen auf Seiten des Telearztes dem behandelnden Arzt bzw. Krankenhausträger zugerechnet werden.⁶¹

D. Zwischenfazit

Unter den bis dato geltenden berufs- und haftungsrechtlichen Rahmenbedingungen wird die Telemedizin auch weiterhin ihren Ausnahmecharakter behalten. Berufsrechtlich ist dieser Ausnahmecharakter schon in der Regelungssystematik der MBO-Ä angelegt, die das Leitbild vom persönlichen und unmittelbaren Arzt-Patienten-Kontakt als „Goldstandard“ widerspiegelt. Haftungsrechtlich wird der Einsatz der Telemedizin in erster Linie dadurch erschwert, dass zum einen mangels eines „telemedizinischen Facharztstandards“ ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit mit der Fernberatung und Fernbehandlung einhergeht und zum anderen die Komplexität telemedizinischer Behandlungskonstellationen ein entsprechend erhöhtes haftungsrechtliches Risiko birgt. Berufs- wie Haftungsrecht fokussieren sich damit aber zu einseitig allein auf die potentiellen Risiken der Telemedizin, anstatt – zumindest auch – deren möglichem Nutzen in einem Gesundheitssystem Rechnung zu tragen, welches in Krisenzeiten (egal ob Klima-, Corona- oder sonstige Krisen) zunehmend resilienter aufgestellt werden muss.

IV. Werberecht

Geprägt vom traditionellen Idealbild einer unmittelbaren und persönlichen Arzt-Patienten-Beziehung ist schließlich auch immer noch das Werberecht.

A. Die Entwicklung des Werbeverbots

Geregelt ist in § 9 S. 1 HWG ein grundsätzliches Verbot der „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).“ Ursprüngliche Zielsetzung der Norm war der Schutz der Volksgesundheit und des individuellen Gesundheitsinteresses.⁶² 2019 hat der Gesetzgeber dann § 9 HWG im Zuge des Digitale-Versorgung-Gesetzes (DVG) um einen zweiten Satz ergänzt:

„Satz 1 ist nicht anzuwenden auf die Werbung für Fernbehandlungen, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen

⁶¹ LG München II, RDG 2022, 351 f.

⁶² Herkenrath (Fn. 37), 119.

Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist.“

Mit der Einführung des § 9 S. 2 HWG wollte der Gesetzgeber die durch Beschluss des 121. Deutschen Ärztetages erfolgte Lockerung des ärztlichen Berufsrechts (§ 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä) durch eine entsprechende Liberalisierung des Werbeverbots für Fernbehandlungen nachvollziehen.⁶³

B. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Werbeverbot

In seinem Urteil vom 9.12.2021 hat der Bundesgerichtshof über die Werbung für Fernbehandlungen der Holding-Gesellschaft eines Krankenversicherers entschieden. Das Unternehmen warb für einen digitalen Arztbesuch, bei dem die Versicherten über eine Smartphone-App mit Ärzten in der Schweiz in Kontakt treten und Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen erhalten konnten.⁶⁴ Die Klägerin (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.) hatte Unterlassungsansprüche gemäß §§ 3, 3a UWG i.V.m. § 9 HWG geltend gemacht. Die Werbung von Fernbehandlungen ist seit der Corona-Pandemie häufiger Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Verfahren gewesen und somit hatte der Bundesgerichtshof auch einige bis dato offene Rechtsfragen zu beantworten.⁶⁵ Dabei hat er entschieden, dass die Werbung der Beklagten für den „Digitalen Arztbesuch“ per App gegen § 9 HWG in seiner alten und in seiner ab dem 19.12.2019 geltenden neuen Fassung verstößt.⁶⁶

Als bedeutendster Teil der Entscheidung werden die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur Auslegung des Begriffs der „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ im Sinne von § 9 S. 2 HWG angesehen.⁶⁷ Der Bundesgerichtshof stellt fest, dass für die Auslegung dieses Begriffs nicht auf die Regelungen des ärztlichen Berufsrechts (insbesondere § 7 Abs. 4 MBO-Ä), sondern auf den entsprechenden Begriff in § 630a Abs. 2 BGB und die dazu im Rahmen des Arzthaftungsrechts von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückzugreifen ist.⁶⁸ Bei der Bestimmung der „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ sollen sowohl die Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften als auch die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses gemäß §§ 92, 136 SGB V berücksichtigt werden.⁶⁹

⁶³ BT-Dr. 19/13438, 77 f.

⁶⁴ BGH, GRUR 2022, 399.

⁶⁵ J. Braun, Zur Fernbehandlung und ihrer Werbung im Lichte der aktuellen Rechtsprechungstendenzen, MedR 2023, 622 m.w.N.

⁶⁶ BGH, MedR 2022, 675, 676.

⁶⁷ K. Kuck/M. Freymuth, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 (OLG München), MedR 2022, 679, 680.

⁶⁸ BGH, MedR 2022, 675, 678. Kritisch dazu E. Hahn, Grenzen der Werbung für (ausschließliche) Fernbehandlungsleistungen, MedR 2022, 645, 649.

⁶⁹ BGH, MedR 2022, 675, 678.

C. Fehlende Berücksichtigung von Klimabelangen und unzureichende Abwägung

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung die Annahme des Berufungsgerichts, eine einschränkende Auslegung des Werbeverbots sei nicht zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Grundrechte des Werbenden gemäß Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG geboten, nicht beanstandet.⁷⁰ Der Gerichtshof stützt sich dabei auf die „Bedeutung der [...] Gesundheitsgefahren“, die aus seiner Sicht mit einem Werbeverbot verhindert werden sollen. Beim Schutz der Gesundheit der Bevölkerung handele es sich um ein „besonders wichtiges Gemeinschaftsgut, das auch empfindliche Grundrechtseingriffe rechtfertigen“ könne.

Zwar ist die Einschätzung des Bundesgerichtshofs zutreffend, dass es sich beim Schutz der Gesundheit der Bevölkerung um ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut handelt, das auch empfindliche Grundrechtseingriffe rechtfertigen kann. Nicht hinreichend berücksichtigt wird bei dieser – zu einseitigen – Betrachtungsweise jedoch, dass wie zuvor dargelegt die Telemedizin, vor der die Bevölkerung durch ein Werbeverbot geschützt werden soll, in einer Gesamtbetrachtung auch eine Vielzahl von Vorteilen für ein Gesundheitssystem mit sich bringen kann, etwa einen besseren Zugang zur Gesundheitsversorgung in ländlichen und strukturschwachen Gebieten oder eine erhöhte Versorgungsqualität – und damit auch einen besseren Schutz der Gesundheit allgemein.

Darüber hinaus hätte der Bundesgerichtshof die klimaschützenden Effekte der Telemedizin über den durch den knapp neun Monate zuvor ergangenen Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts gestärkten Art. 20a GG zumindest berücksichtigen müssen. Auch wenn die Verknüpfung zwischen Telemedizin und Klimaschutz im Jahr 2021 in Deutschland (und darüber hinaus) noch nicht allgemein bekannt war, stammen die oben in Bezug genommenen 14 Studien, die die klimaschützende Wirkung der Telemedizin nahelegen, doch aus dem Zeitraum von 2009 bis 2019.⁷¹ Dies bedeutet freilich nicht, dass in einer Abwägung klimaschützende Belange andere Belange per se aushebeln. Aber klimarelevante Aspekte müssen angesichts der nicht zu leugnenden Klimakrise in jeder Abwägungsentscheidung mitgedacht werden. Die Abwägung zur Eingriffsintensität des Werbeverbots hätte dann durchaus anders ausfallen können, man hätte also zu dem Schluss kommen können, dass unter Einbeziehung der klima- und gesundheitsschützenden Wirkung der Telemedizin sowie des vorliegenden Eingriffs in die Grundrechte (Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG) des Werbenden eine restriktive Auslegung des Werbeverbots geboten ist.

Aber nicht nur der Bundesgerichtshof hat diesen Aspekt außer Acht gelassen. Soweit ersichtlich ignoriert auch die Literatur bisweilen den Zusammenhang zwischen Telemedizin und Klimaschutz. Hier bestätigt sich also die

⁷⁰ BGH, MedR 2022, 675, 677.

⁷¹ Purohit et al. (Fn. 10), e87.

diesem Band zugrundeliegende Beobachtung, dass die Klimakrise zwar in aller Munde ist, in der rechtswissenschaftlichen Diskussion und Praxis aber noch nicht ausreichend und in allen Bereichen mit ihren gesellschaftlichen und politischen Auswirkungen berücksichtigt wird.

D. Reform des Werbeverbots

Letztlich sprechen daher gute Gründe dafür, bei einem differenzierteren Blick auf die Telemedizin mit all ihren Risiken, aber eben auch ihren Chancen das bislang normierte Werbeverbot für Telemedizin nicht weiter aufrechtzuerhalten. Die Einführung des § 9 S. 2 HWG konnte jedenfalls bislang die intendierte liberalisierende Wirkung nicht entfalten und hat nahezu keine Veränderung gebracht, da § 9 S. 2 HWG von der Rechtsprechung eng ausgelegt wird.⁷² Konsequenterweise sollte der Gesetzgeber das Werbeverbot für Fernbehandlungen reformieren, und zwar aus drei Gründen.

(1) Es ist davon auszugehen, dass eine Aufhebung des Werbeverbots zu einem das Klima schonenden und die Resilienz des Gesundheitssystems erhöhenden, erheblichen Anstieg der telemedizinischen Behandlungen in Deutschland führen würde, wissen doch nach einer im Jahr 2022 veröffentlichten Befragung 17 % der Befragten nicht, welche telemedizinischen Angebote für sie überhaupt verfügbar sind.⁷³

(2) Der Gesetzgeber begründet sein Festhalten an einem eingeschränkten Werbeverbot für Fernbehandlungen damit, dass auch nach der Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts in § 7 Abs. 4 MBO-Ä ein Schutzbedarf weiter besteht. Dies betreffe nicht zuletzt die Werbung für Fernbehandlungen, die durch Personen angeboten werden, bei denen weder die Fernbehandlung noch das Bewerben der Fernbehandlung durch eine rechtlich verbindliche Berufsordnung geregelt werden.⁷⁴ Davon umfasst sind insbesondere Heilpraktiker und Tierärzte. Allerdings ist diese Begründung nicht stichhaltig, denn der Gesetzgeber könnte das Verbot des § 9 S. 1 HWG auf diese Personenkreise einschränken und gleichzeitig die Regelung des § 9 S. 2 HWG entfernen.⁷⁵

(3) Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs zum Werbeverbot besteht für Unternehmen aus dem Bereich der Telemedizin schließlich eine erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Bewerbung von Fernbehandlungen. Welche konkreten Anforderungen erfüllt sein müssen, damit das Tatbestandsmerkmal der „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ als erfüllt angesehen werden kann und die Ausnahme des § 9 S. 2 HWG greift, bleibt weitestgehend diffus. Diese Ungewissheit führt für die Telemedizinanbieter vor allem wegen

⁷² Braun (Fn. 65), 627.

⁷³ Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (Hrsg.), *Wie bewerten Bürger/innen die Telemedizin?* (2022), 24.

⁷⁴ BT-Dr. 19/13438, 77.

⁷⁵ Braun (Fn. 65), 627.

der lauterkeitsrechtlichen Vorschrift des § 3a UWG sowie des Bußgeldtatbestandes des § 15 Abs. 1 Nr. 6 HWG zu einer erheblichen Risikolast.⁷⁶ Der Bundesgerichtshof sieht dagegen keine problematische Rechtsunsicherheit, da es sich um einen übergangsweisen, dynamischen Prozess handle und die Ermittlung des jeweils maßgeblichen Standards grundsätzlich dem Tatgericht zuzuordnen ist, das gegebenenfalls einen Sachverständigen hinzuzuziehen hat.⁷⁷ Es kann aber nicht Aufgabe telemedizinischer Unternehmen sein, insoweit für Rechtssicherheit zu sorgen, indem sie weiterhin für Fernbehandlungen werben, um dann entsprechende Gerichtsverfahren in Kauf nehmen zu müssen, dank derer zulässige Fallgruppen im Rahmen des § 9 S. 2 HWG etabliert werden können.⁷⁸ Vielmehr hat primär der Gesetzgeber für rechtssichere Gesetze zu sorgen und wird dabei sekundär durch die auslegenden Gerichte unterstützt. Beides ist bei § 9 HWG nicht gelungen.

Das Werbeverbot ist nach alledem für die Patientenversorgung in Deutschland, für den (Gesundheits-)Wirtschaftsstandort Deutschland⁷⁹ und für die (Klima-)Resilienz des Gesundheitssystems nachteilig. Das Werbeverbot für medizinische Fernbehandlungen sollte deshalb vom Gesetzgeber unter der Bedingung, dass die beworbenen Behandlungen obligatorisch von mindestens einem approbierten Arzt durchgeführt werden, *in toto* abgeschafft werden.

V. Fazit

Gute Gründe sprechen dafür, der Telemedizin im gegenwärtigen Zeitalter der „Polykrise“ eine wichtige Rolle für eine nachhaltige und resiliente Gesundheitsversorgung beizumessen. Das kürzlich vom Bundestag verabschiedete Gesetz zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz) zeigt, dass mittlerweile auch der Gesetzgeber den Willen hat, die Telemedizin als elementaren Bestandteil der heutigen und zukünftigen Gesundheitsversorgung zu etablieren, indem Videosprechstunden und Telekonsilien qualitätsorientiert weiterentwickelt werden.⁸⁰ Zudem ist geplant, dass die Telemedizin fester Bestandteil der Gesundheitsversorgung wird und insbesondere Videosprechstunden künftig umfassender eingesetzt werden. Dazu sieht der Entwurf eine Aufhebung der Mengenbegrenzungen vor.⁸¹

Um die Resilienz des Gesundheitssystems für Klima-, Corona- und sonstige Krisen zu erhöhen, ist in der Tat eine ausgeprägtere Nutzung der Telemedizin

⁷⁶ Kuck/Freymuth (Fn. 67), 680.

⁷⁷ BGH, MedR 2022, 675, 678 f.

⁷⁸ Kuck/Freymuth (Fn. 67), 680.

⁷⁹ Braun (Fn. 65), 627.

⁸⁰ BT-Drs. 20/9048, 2.

⁸¹ BT-Drs. 20/9048, 3.

notwendig. Erst dann können realitätsgerechte „telemedizinische Facharztstandards“ entwickelt und damit die bisherige Rechtsunsicherheit reduziert werden. Insoweit kommt auch dem das Verhalten der Patienten am unmittelbarsten beeinflussenden Werberecht eine entscheidende Bedeutung zu.

Weder das Berufs- und Haftungsrecht noch die mit telemedizinischen Sachverhalten befasste Rechtsprechung sollten sich zu einseitig allein auf die potentiellen Risiken der Telemedizin fokussieren, sondern zumindest auch die möglichen Chancen berücksichtigen und sich für ein neues Leitbild der Arzt-Patienten-Beziehung öffnen.