

Vorberg.Law - Große Elbstraße 135 – 22767 Hamburg

Im Auftrag des

Bundesverband Internetmedizin e.V.

Hamburg, den 25. März 2022

Werbung für Fernbehandlungen nach „Ottonova“- Urteil des BGH weiter unklar, aber möglich

Der Bundesverband Internetmedizin e.V. gibt in Kooperation mit der Kanzlei Vorberg.Law eine kritische rechtliche Kurzeinschätzung des BGH-Urteils vom 9. Dezember 2021 (I ZR 146/20) in Sachen Werbung für Fernbehandlung heraus.

Zusammenfassung

Mit Urteil vom 9. Dezember 2021 (I ZR 146/20) in Sachen Werbung für Fernbehandlung bringt der Bundesgerichtshof (BGH) erstmals etwas Licht in das Verständnis und die Auslegung des neuen § 9 Satz 2 Heilmittelwerbegesetz (HWG). Diese Norm ist durch das Digitale-Versorgung-Gesetz zum 19. Dezember 2019 eingefügt worden und erlaubt die Werbung (nur) 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.“

Der BGH hat im vorliegenden Fall der abmahnenden Wettbewerbszentrale recht gegeben, welche sich gegen eine private Krankenversicherung wandte, die für eine App-basierte Telemedizin mit Ärzten in der Schweiz warb.

Werden viele juristische Veröffentlichungen zu diesem Urteil sinngemäß nun aber mit „BGH verbietet Werbung für Fernbehandlungen“ betitelt, wird bei einer genaueren Betrachtung der Entscheidung deutlich, dass der BGH hier längst kein generelles Werbeverbot postuliert hat. Im Gegenteil wurde der Kern der Frage, ob die der Entscheidung zugrundeliegende Fernbehandlung „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ entsprach, nicht einmal inhaltlich behandelt.

Was sich daraus für Schlüsse ergeben und worauf sich Telemedizin-Anbieter und andere Akteure der innovativen und digitalen Medizin einstellen müssen, erläutern wir in der folgenden Kurzeinschätzung.

VORBERG.LAW

Recht · Strategie · Medizin

Große Elbstraße 135
22767 Hamburg

**Sebastian Vorberg,
LL.M. (Houston)**

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht

**Friedrich Gottberg,
(in Anstellung)**

Rechtsanwalt
Schwerpunkt Medizinrecht

T +49.40.32 52 45 51

F +49.40.32 52 45 66

office@vorberg.law

www.vorberg.law

USt.-IdNr.

DE243317465

Bank

Sparkasse Hamburg

DE12 2005 0550 1002 2834 53

HASPDEHHXXX

Hintergrund

Der BGH bekam einen Fall vorgelegt, in welchem er über die Rechtmäßigkeit der Werbung für ein App-basiertes telemedizinische Angebot einer privaten Krankenversicherung entscheiden musste.

Die PKV warb auf ihrer Internetseite mit der Aussage „Erhalte erstmals in Deutschland Diagnosen, Therapieempfehlung und Krankschreibung per App“ für die angebotene Leistung eines „digitalen Arztbesuchs“ mittels einer App bei in der Schweiz ansässigen Ärzten. Die Wettbewerbszentrale sah in dieser Werbung einen Verstoß gegen das Verbot der Werbung für Fernbehandlungen nach § 9 HWG und nahm die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch.

Richtig ist, dass § 9 Satz 1 HWG die Werbung für die Fernbehandlung im Grundsatz verbietet. Die Ausnahme von diesem grundsätzlichen Verbot regelt der folgende § 9 Satz 2 HWG. Dieser erlaubt die Werbung ausnahmsweise 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.“ Die Bestimmung des § 9 Satz 2 HWG ist durch das Digitale-Versorgung-Gesetz vom 9. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2562) mit Wirkung vom 19. Dezember 2019 eingefügt worden.

Anerkannte fachliche Standards?

Erlaubt ist also eine Werbung für telemedizinische Verfahren gemäß § 9 Satz 2 HWG nur dann, wenn sie unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen und wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist.

Der BGH sagt in seinem Urteil nun zum einen, dass es für die Beurteilung der entsprechenden Standards nicht auf das Berufsrecht des Landes ankommen kann, in welchem der Arzt sitzt. Vorliegend konnte das Schweizer Recht also nicht als Maßstab für die Beurteilung des anerkannten Standards herangezogen werden. Das ist soweit verständlich, da ansonsten der Werbung für unseriöse Behandlungen im internationalen Kontext Tür und Tor geöffnet wäre und der vom HWG verfolgte Schutz der öffentlichen Gesundheit hierzulande nicht greifen könnte.

Zum anderen hat der BGH festgestellt, dass die Frage zur Beurteilung der allgemein anerkannten fachlichen Standards vielmehr unter Rückgriff auf den entsprechenden Begriff in § 630a Abs. 2 BGB, der die Pflichten aus einem medizinischen Behandlungsvertrag regelt, und die dazu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auszulegen sei. Danach könnten sich solche Standards auch erst im Laufe der Zeit entwickeln und sich etwa aus den Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften oder den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses gemäß §§ 92, 136 SGB V ergeben.

Diese Ausführungen können damit als „Kompass“ für die weitere gerichtliche Ermittlung und Beurteilung anerkannter Standards in einem Werbestreit gelten. Man muss aber betonen, dass der BGH Leitlinien von Fachgesellschaften und GBA-Richtlinien nur als Optionen zur Bewertung des Standards benennt und hier keineswegs eine abschließende Bemessungsgrundlage postuliert. Somit bleibt Raum für andere Anknüpfungspunkte zur Ermittlung des Standards, beispielsweise das erfolgreich und flächendeckend praktizierte ärztliche Vorgehen in der Telemedizin.

Ebenfalls besonders betont werden muss, dass der BGH sich im vorliegenden Fall NICHT mit der Frage beschäftigt hat, ob die konkret beworbene Fernbehandlung den anerkannten fachlichen Standards entsprach. Diese Frage ist offengeblieben, weil die Beklagte dazu in den Vorinstanzen

keinen Vortrag geschildert hat, was daran liegt, dass es die Ausnahmevorschrift des § 9 Satz 2 HWG zu Zeiten der vorinstanzlichen Verfahren noch gar nicht gab und der BGH als reine Revisionsinstanz keinen weiteren Sachvortrag zulassen darf. Es bedürfte also eines neuen Rechtsstreits, um eine gerichtliche Entscheidung in dieser Frage herbeiführen zu können.

Mitnichten hat der BGH also die Rechtmäßigkeit einer Fernbehandlung in allen Details bewertet bzw. bewerten müssen.

Schlussfolgerungen und Kritik

Das Urteil des BGH bringt ein wenig Klarheit in den § 9 Satz 2 HWG. So weiß man nun, dass sich die Gerichte bei der Bewertung der anerkannten fachlichen Standards insbesondere an Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften oder den GBA-Richtlinien orientieren werden. Klar ist aber auch, dass diese nur als beispielhafte Fixpunkte genannt worden sind. Weitere Bewertungsgrundlagen sind also denkbar.

Es kann durchaus davon ausgegangen werden, dass die gelebte Praxis der Telemedizin (insbesondere seit der Corona-Pandemie) schon jetzt einen „anerkannten Standard“ für die Fernbehandlung bildet, noch lange bevor der GBA oder die Fachgesellschaften diesen entsprechend niederschreiben. Es wäre ohnehin absurd, die Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift abschließend in die Hände von ärztlichen Fachgesellschaften zu legen. Gerichte dürfen und müssen hier über den Tellerrand schauen.

Werbende Unternehmen und Startups tun also gut daran, durch das Urteil nicht gleich in eine Schockstarre zu verfallen. Noch ist alles gut! Die Werbung für die Fernbehandlung ist nicht generell verboten.

Jedenfalls sind entsprechende Schlagzeilen wie: „BGH verbietet Werbung für die Fernbehandlung“ irreführend und erzählen nur die halbe Wahrheit. Gleichwohl ist es erstaunlich, wie oft entsprechende Aussagen, teilweise auch gestützt von anwaltlichen Statements, Verbreitung in der juristischen Literatur und im Web gefunden haben. Offenbar lesen viele Akteure das Urteil selbst genau in der Voreingenommenheit, welche sie bei dem BGH verorten und welche die Digitalisierung so unsäglich behindert in ihrer nützlichen Entfaltung.

Nicht heruntergespielt werden soll, dass man sich hier nach wie vor in einem sensiblen rechtlichen Bereich befindet. So handelt es sich bei § 9 Satz 2 HWG um eine Ausnahmeregelung. Und Ausnahmen müssen eng ausgelegt werden, so will es die anerkannte Rechtsdogmatik.

Werbende tun nun gut daran, einen spezialisierten Rechtsbeistand mit Überzeugung und Raffinesse zu Rate zu ziehen, um entsprechende Vorstöße abzustimmen und im Fall der Fälle auf eine professionelle Unterstützung zählen zu können. Neue gerichtliche Entscheidungen werden die weitere Marschroute zum Werberecht für Fernbehandlungen erst noch entscheidend bestimmen.