

# Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä – Behandlung im persönlichen Kontakt und Fernbehandlung

Stand: 10.12.2020

## Vorbemerkungen

Der 121. Deutsche Ärztetag in Erfurt im Jahr 2018 hat eine Neufassung des § 7 Abs. 4 der (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä) beschlossen und damit den berufsrechtlichen Weg für die ausschließliche neben der bisher bereits zulässigen unterstützenden Fernbehandlung von Patientinnen und Patienten geebnet.

Die Regelung stellt klar, dass im Grundsatz die ärztliche Beratung und Behandlung im persönlichen Kontakt zwischen Ärztin/Arzt\* und Patientin/Patient zu erfolgen hat, der persönliche Kontakt also weiterhin den „Goldstandard“ ärztlichen Handelns darstellt. Damit wird die Bedeutung des persönlichen Kontakts im Sinne einer guten Arzt-Patienten-Kommunikation auch im digitalen Zeitalter in den Vordergrund gestellt. Digitale Techniken können und sollen die ärztliche Tätigkeit unterstützen, sie sollen aber die notwendige persönliche Zuwendung von Ärztinnen und Ärzten nicht ersetzen. Ziel dieser Öffnung ist, den Patientinnen und Patienten auch mit der Fort- und Weiterentwicklung telemedizinischer, digitaler, diagnostischer und anderer vergleichbarer Möglichkeiten eine dem anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse entsprechende ärztliche Versorgung anbieten zu können.

Die Neuregelung entspricht damit den Forderungen des 120. Deutschen Ärztetages, einerseits die Behandlung und Beratung aus der Ferne unter bestimmten Anforderungen zu ermöglichen und andererseits den persönlichen Arzt-Patienten-Kontakt weiterhin in den Vordergrund zu stellen.

Die folgenden Hinweise und Erläuterungen geben einen Überblick über den Regelungszweck und die Auslegung der neu gefassten Vorschrift des § 7 Abs. 4 MBO-Ä<sup>1</sup>. Außerdem werden in einer Checkliste solche Aspekte zusammengestellt, welche Ärztinnen und Ärzte bei der Einzelfallentscheidung, ob sie eine Patientin oder einen Patienten über Kommunikationsmedien beraten oder behandeln, berücksichtigen sollten. Ebenfalls aus der Perspektive des Berufsrechts werden Fragen aus der ärztlichen Praxis zur Fernbehandlung beantwortet. Die Fragen und Antworten werden auf der Homepage der Bundesärztekammer laufend ergänzt und aktualisiert.

## Gliederung

### I. Die Norm: § 7 Abs. 4 MBO-Ä

#### II. Regelungszweck und Auslegung der Norm

1. § 7 Abs. 4 Satz 1 MBO-Ä: Beratung und Behandlung im persönlichen Kontakt
2. § 7 Abs. 4 Satz 2 MBO-Ä: Einsatz von Kommunikationsmedien
3. § 7 Abs. 4 Satz 3 MBO-Ä: Ausschließliche Fernbehandlung

#### III. Checkliste für Ärztinnen und Ärzte zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä

1. zu rechtlichen Rahmenbedingungen
2. zur Qualitätssicherung
3. zur eingesetzten Kommunikationstechnik und zur sonstigen apparativen Technik
4. in Bezug auf die Patientin oder den Patienten
5. in Bezug auf die Indikation

#### IV. Häufig gestellte Fragen aus der ärztlichen Praxis

1. Arzneimittel: Ist eine ärztliche Verschreibung von Arzneimitteln im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung berufsrechtlich zulässig?
2. Heilmittel: Ist eine ärztliche Verordnung von Heilmitteln im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung berufsrechtlich zulässig?
3. Arbeitsunfähigkeit: Sind die Feststellung von Arbeitsunfähigkeit und das Ausstellen von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen (AU) im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung möglich?
4. Überweisungen: Sind Überweisungen im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung berufsrechtlich zulässig?
5. Psychotherapie: Kann Psychotherapie im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung verordnet werden?
6. Weiterbehandlung: Darf die Ärztin oder der Arzt die weiterbehandelnden Kolleginnen oder Kollegen darüber informieren, dass eine ausschließliche Fernbehandlung stattgefunden hat?
7. Werbung: Darf für die Durchführung ausschließlicher Fernbehandlung geworben werden?

#### V. Rechtsquellen (Auszüge)

1. Arzneimittelgesetz (AMG)
2. (Muster-)Berufsordnung-Ärzte (MBO-Ä)
3. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)
4. Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG)
5. Heilmittelwerbegesetz (HWG)

\* Die in diesem Werk verwendeten Personen- und Berufsbezeichnungen beziehen sich auf alle Geschlechter.

<sup>1</sup> Soweit ergänzend auf Bestimmungen im Vertragsarztrecht hingewiesen wird, erfolgt die Beratung durch die dafür zuständigen Institutionen.

## I. Die Norm: § 7 Abs. 4 MBO-Ä

„<sup>1</sup>Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt. <sup>2</sup>Sie können dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen. <sup>3</sup>Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird.“

§ 7 MBO-Ä bestimmt wesentliche Behandlungsgrundsätze und Verhaltensregeln für die Patientenbehandlung. Neben der Achtung des Selbstbestimmungsrechts der Patientinnen und Patienten (Abs. 1), der freien Arztwahl (Abs. 2), der Zusammenarbeit mit anderen Ärztinnen und Ärzten und Angehörigen anderer Fachberufe im Gesundheitswesen (Abs. 3), der Anwesenheit Dritter bei der Untersuchung (Abs. 5), dem Umgang mit Patientinnen und Patienten (Abs. 6), der rechtzeitigen Information in Überweisungsfällen (Abs. 7) und dem Verbot der missbräuchlichen Verwendung einer Verschreibung (Abs. 8) regelt § 7 Abs. 4 MBO-Ä den Grundsatz der Patientenbehandlung im persönlichen Kontakt.

Die **(Muster-)Berufsordnung-Ärzte (MBO-Ä)** regelt die Rechte und Pflichten der Ärztinnen und Ärzte gegenüber den Patientinnen und Patienten, den Berufskolleginnen und -kollegen und der Landesärztekammer. Die MBO-Ä ist nicht geltendes Recht. Rechtswirkung entfaltet die Berufsordnung, wenn sie durch die Kammerversammlungen der Landesärztekammern als Satzung beschlossen und von den Aufsichtsbehörden genehmigt wurde. Der Prozess der Umsetzung und Anpassung in den Ländern ist weitestgehend abgeschlossen.

Nach der bis Juni 2018 geltenden Fassung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä (MBO-Ä a. F.) war eine ärztliche Beratung und Behandlung einer Patientin oder eines Patienten unter Einsatz von Print- und Kommunikationsmedien nicht grundsätzlich unzulässig; lediglich die *ausschließliche* Fernbehandlung war berufsrechtlich untersagt. Danach durften Ärztinnen und Ärzte die individuelle ärztliche Behandlung, insbesondere auch Beratung, nicht ausschließlich über Print- und Kommunikationsmedien durchführen. Auch bei telemedizinischen Verfahren war zu gewährleisten, dass eine Ärztin oder ein Arzt die Patientin oder den Patienten unmittelbar behandelt. Umgangssprachlich wurde diese Regelung in § 7 Abs. 4 MBO-Ä a. F. dennoch nicht korrekt als „Fernbehandlungsverbot“ bezeichnet.

Der **Begriff der Fernbehandlung** ist in der MBO-Ä und in den Berufsordnungen der Landesärztekammern nicht legaldefiniert. In der juristischen Literatur finden sich verschiedene Beschreibungen dieses Begriffs<sup>2</sup>. Es kann zwischen der ausschließlichen und der unterstützenden Fernbehandlung differenziert werden.

Schon vor Aufhebung des Verbotes ausschließlicher Fernbehandlung gab es daher verschiedene Formen zulässiger telemedizinischer Patientenversorgung. Beispielhaft zu nennen sind hier der konsiliarische Austausch zwischen Ärztinnen und Ärzten bzw. mit Angehörigen anderer Gesundheitsfachberufe (Telekonsil) oder

eine Mitbetreuung von Patientinnen und Patienten durch die telemedizinische Überwachung (Telemonitoring). Beim Telemonitoring werden von der Patientin/vom Patienten an die Ärztin/den Arzt Vitalparameter oder andere patientenbezogene Daten übermittelt und ggf. auf der Datenübermittlung basierende Therapieanpassungen vorgenommen (z. B. Herzschrittmacherüberwachung).

**Telemedizin** ist ein Sammelbegriff für verschiedenartige ärztliche Versorgungskonzepte, die als Gemeinsamkeit den prinzipiellen Ansatz aufweisen, dass medizinische Leistungen der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung 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<sup>3</sup>.

Im Unterschied zum alten Recht lässt die jetzige Fassung im Einzelfall eine **ausschließliche Fernbehandlung** zu, wenn dies ärztlich vertretbar ist, die erforderliche Sorgfalt gewahrt wird und die Patientin oder der Patient über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird. Im Übrigen bleiben alle rechtlichen Rahmenbedingungen unberührt und alle berufsrechtlichen Bestimmungen sind unverändert zu beachten.

## II. Regelungszweck und Auslegung der Norm

### 1. § 7 Abs. 4 Satz 1 MBO-Ä: Beratung und Behandlung im persönlichen Kontakt

„<sup>1</sup>Ärztinnen und Ärzte **beraten und behandeln** [Hervorh. d. Verf.]<sup>4</sup> Patientinnen und Patienten **im persönlichen Kontakt**.“

Satz 1 enthält das Gebot des unmittelbaren Kontaktes zur Patientin oder zum Patienten bei individueller Behandlung oder Beratung.

#### „Beratung und Behandlung“

Das Gebot gilt bei der Beratung und Behandlung. Die Begriffe „**Beratung**“ und „**Behandlung**“ sind regelmäßig nicht voneinander zu trennen. Entscheidend ist, ob der Patientin oder dem Patienten eine individuelle Diagnose gestellt und/oder ein konkreter Behandlungsvorschlag bzw. therapeutischer Ratschlag unterbreitet wird. Von § 7 Abs. 4 Satz 1 MBO-Ä nicht erfasst werden hingegen allgemeine Informationen ohne konkreten Bezug auf die Patientin oder den Patienten und das geschilderte Krankheitsbild.

#### „im persönlichen Kontakt“

Sowohl die Behandlung als auch die Beratung finden grundsätzlich **im persönlichen Kontakt**, also unter gleichzeitiger physischer Anwesenheit von Ärztin oder Arzt und Patientin oder Patient, statt. Dadurch wird es Ärztinnen und Ärzten ermöglicht,

<sup>2</sup> Vgl. Ratzel/Lippert/Prütting, Kommentar zur (Muster-)Berufsordnung der deutschen Ärzte, 7. Aufl. 2018, § 7, Rdn. 33. m.w.N.; Hübner (Hrsg.), Ärztliches Berufsrecht, Stand 02/2018, D-VI 29 Rdn. 1. Zur Legaldefinition in § 9 Satz 1 HWG vgl. 7.

<sup>3</sup> „Telemedizinische Methoden in der Patientenversorgung – Begriffliche Verortung“, erarbeitet von der AG-Telemedizin der Bundesärztekammer und beschlossen vom Vorstand der Bundesärztekammer am 20.03.2015, über [www.baek.de](http://www.baek.de).

<sup>4</sup> Die nachfolgenden Hervorhebungen wurden durch den Verfasser vorgenommen.

sich mit Hilfe aller Sinne und unter Einsatz der vor Ort vorhandenen apparativen Ausstattung ein unmittelbares und umfassendes Bild ihrer Patientinnen und Patienten zu verschaffen.

## 2. § 7 Abs. 4 Satz 2 MBO-Ä: Einsatz von Kommunikationsmedien

„<sup>2</sup>Sie können dabei **Kommunikationsmedien** unterstützend einsetzen.“

Satz 2 stellt klar, dass die Kommunikationsmedien den persönlichen Arzt-Patienten-Kontakt grundsätzlich ergänzen und nicht ersetzen.

Ärztinnen und Ärzte dürfen unterstützend über Kommunikationsmedien ärztlich beraten und behandeln, soweit mindestens einer oder einem an der Behandlung beteiligten Ärztin oder Arzt die Patientin oder der Patient sowie der krankhafte Zustand bzw. die Beschwerden aufgrund einer persönlichen Untersuchung bekannt sind. Das bedeutet, dass mehrere Ärzte in die Behandlung eingebunden sein können, ohne dass bei diesen ein unmittelbarer Patientenkontakt gegeben sein muss.

Auch darf eine in unmittelbarem Arzt-Patienten-Kontakt begonnene Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien fortgesetzt werden.

### „Kommunikationsmedien“

**Kommunikationsmedien** in diesem Sinne sind alle Kommunikationsmittel, die zur ärztlichen Beratung und Behandlung eingesetzt werden können, ohne dass die Ärztin oder der Arzt und die Patientin oder der Patient gleichzeitig körperlich anwesend sind, wie z. B. Telefonanrufe, E-Mails, Videotelefonie, über den Mobilfunkdienst versandte Nachrichten, Briefe sowie Rundfunk und Telemedien (in Anlehnung an die Definition in der Regelung zu Fernabsatzverträgen in § 312c Abs. 2 BGB).

Bei der Nutzung von Kommunikationsmedien muss stets sichergestellt werden, dass diese vor dem unberechtigten Zugriff auf den vertraulichen Inhalt der Kommunikation geschützt sind. Hierzu finden Sie weiterführende Informationen in den „Hinweisen und Empfehlungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis“ von Bundesärztekammer und Kassenärztlicher Bundesvereinigung und deren Technischer Anlage<sup>5</sup>. Eine Richtlinie der Kassenärztlichen Bundesvereinigung wird dem gesetzlichen Auftrag des § 75b SGB V folgend demnächst Anforderungen zur Gewährleistung der IT-Sicherheit in der vertragsärztlichen Versorgung festlegen.<sup>6</sup>

## 3. § 7 Abs. 4 Satz 3 MBO-Ä: Ausschließliche Fernbehandlung

„<sup>3</sup>Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist **im Einzelfall** erlaubt, wenn dies **ärztlich vertretbar** ist und die **erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation** gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die **Besonderheiten** der ausschließlichen Beratung und Behandlung **über Kommunikationsmedien aufgeklärt** wird.“

<sup>5</sup> „Hinweise und Empfehlungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis“ und „Technische Anlage zu den Empfehlungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis“, über [www.baek.de](http://www.baek.de).

<sup>6</sup> Lag bei Redaktionsschluss noch nicht vor.

Satz 3 regelt die Vorgaben für die ausschließliche Fernbehandlung im Einzelfall. Es wird klargestellt, dass Ärztinnen und Ärzte eine Behandlungsmaßnahme bzw. eine Beratungsleistung unter bestimmten Voraussetzungen über Kommunikationsmedien durchführen dürfen, auch wenn keiner der an der Beratung oder Behandlung beteiligten Ärztinnen oder Ärzte im persönlichen Kontakt mit der Patientin oder dem Patienten stand.

### „im Einzelfall“

Die Ärztin bzw. der Arzt hat jeweils in Bezug auf den einzelnen Behandlungs- bzw. Beratungsfall unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände (**vgl. III.**) zu prüfen, ob dieser für eine ausschließliche Fernbehandlung im Sinne der Vorschrift geeignet ist.

Die Pflicht zur Bewertung des Einzelfalls gilt dabei für jeden einzelnen Schritt der Beratung oder Behandlung. Ist die Diagnosestellung in ausschließlicher Fernbehandlung ärztlich vertretbar, kann es z. B. die erforderliche ärztliche Sorgfalt aber gebieten, die Beratung oder Behandlung erst nach einem unmittelbarem Arzt-Patienten-Kontakt fortzusetzen.

### „ärztlich vertretbar“

Ob es im konkreten Einzelfall **ärztlich vertretbar** ist, die um Rat oder Behandlung ersuchende(n) Patientin oder Patienten ausschließlich aus der Ferne über Kommunikationsmedien zu beraten oder zu behandeln, liegt in der Verantwortung der Ärztin oder des Arztes.

Bei der Beurteilung ist insbesondere zu beachten, dass Ärztinnen und Ärzten bei einer ausschließlichen Fernbehandlung nicht alle Sinne und erforderlichen Untersuchungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, um sich ein unmittelbares und umfassendes Bild von Patientinnen und Patienten zu verschaffen. Selbst das Hören und Sehen lässt sich über Kommunikationsmedien mitunter nur eingeschränkt abbilden. Auch während einer begonnenen, zunächst ärztlich vertretbaren ausschließlichen Fernbehandlung kann es vorkommen, dass eine ausschließliche Fernbehandlung nicht mehr vertretbar wird und die Weiterbehandlung im persönlichen Kontakt erfolgen muss. Dieses Vorgehen unterscheidet sich z. B. nicht wesentlich von dem Fall, dass eine Behandlung im persönlichen Kontakt nur unter Zuhilfenahme weiterer diagnostischer Mittel fortgeführt werden kann.

### „erforderliche ärztliche Sorgfalt“

Dass die **erforderliche ärztliche Sorgfalt** zu wahren ist, regelt die MBO-Ä bereits an anderer Stelle ausdrücklich: „Ärztinnen und Ärzte haben ihren Beruf gewissenhaft auszuüben und dem ihnen bei ihrer Berufsausübung entgegengebrachten Vertrauen zu entsprechen“ (vgl. §§ 2 Abs. 2 und 3, 11 MBO-Ä). Hierbei handelt es sich nicht um eine neue Voraussetzung, sondern um eine Selbstverständlichkeit einer jeden ärztlichen Beratung oder Behandlung. Eine gewissenhafte Ausübung des Berufs erfordert insbesondere die notwendige fachliche Qualifikation und die Beachtung des anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse.

### „insbesondere“

Die Einleitung durch das Wort „**insbesondere**“ vor der Aufzählung verdeutlicht deren Beispielcharakter. Es wird dadurch klar gestellt, dass die sich daran anschließende Aufzählung nicht abschließend ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt beim ge-

samten ärztlichen Handeln zu wahren ist und nicht nur in Bezug auf die ausdrücklich in der Norm genannten Gegenstände.

### „durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung“

Auch in Bezug auf Befunderhebung, Beratung und Behandlung ausschließlich über Kommunikationsmedien ist der anerkannte Stand der medizinischen Erkenntnisse einzuhalten. Die ausschließliche Fernbehandlung muss daher nach dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse nicht nur ärztlich vertretbar sein. Vielmehr müssen Befunderhebung, Beratung und Behandlung so durchgeführt („Art und Weise“) werden, dass dies dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht.

### „sowie Dokumentation“

Die Verpflichtung zur Dokumentation und der (Mindest-)Umfang der Dokumentation einer ausschließlichen Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ergeben sich bereits aus den berufsrechtlichen Vorgaben (§ 10 MBO-Ä) und denen des Rechts des Behandlungsvertrages (§ 630f BGB). Eine ausschließliche Fernbehandlung muss also – ebenso wie die Behandlung im persönlichen Kontakt – ordnungsgemäß dokumentiert werden. Durch die Bezugnahme auf die Dokumentation verdeutlicht § 7 Abs. 4 MBO-Ä, dass bei der ausschließlichen Fernbehandlung keine Abstriche gemacht werden dürfen.

Die Dokumentation muss sich gerade auch auf die Aspekte der ausschließlichen Fernbehandlung erstrecken, die § 7 Abs. 4 MBO-Ä beinhaltet. Es sollte sich aus der Dokumentation vor allem ergeben, warum aus Sicht der Ärztin oder des Arztes die ausschließliche Fernbehandlung im jeweiligen Einzelfall ärztlich vertretbar war und dass über die Besonderheiten der ausschließlichen Fernbehandlung aufgeklärt wurde.

### „über die Besonderheiten ... aufgeklärt wird“

Die Patientin/der Patient ist über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien, soweit solche vorliegen, aufzuklären. Die Ärztin oder der Arzt muss vor oder zu Beginn der Behandlung oder Beratung insbesondere darauf hinweisen, was die Fernbehandlung im konkreten Einzelfall von der Behandlung im persönlichen Kontakt unterscheidet, z. B. dass sie von der Qualität der Daten- bzw. Informationsübermittlung des jeweiligen Kommunikationsmediums abhängig ist.

Dies folgt dem allgemeinen Grundsatz, wonach über die Behandlung und damit auch ihre Besonderheiten nach den allgemeinen Vorgaben (§§ 8 MBO-Ä, 630e BGB) stets aufzuklären ist. Grundvoraussetzung bleibt weiterhin, dass die ausschließliche Fernbehandlung ärztlich vertretbar ist. Ist das nicht der Fall, kann dies nicht dadurch geheilt werden, dass über die Defizite der ausschließlichen Fernbehandlung aufgeklärt wird.

Die Aufklärung umfasst nicht nur die Aufklärung über die Behandlung, sondern auch die Pflicht, auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können (§ 630e Abs. 1 Satz 2 BGB). Auch über Risiken der ausschließlichen Fernbehandlung ist aufzuklären und auf die Alternative einer Behandlung im persönlichen Kontakt hinzuweisen, wenn die ausschließliche Fernbehandlung ärztlich

noch vertretbar ist, aber wesentlich abweichende Belastungen, Risiken oder Heilungschancen gegenüber der Behandlung im persönlichen Kontakt aufweist, z. B. weil bestimmte Behandlungsmethoden als Fernbehandlung nicht zur Verfügung stehen. Auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Fernbehandlung muss mündlich aufgeklärt werden (§§ 8 Satz 2 MBO-Ä, 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB). Dies soll insbesondere Rückfragen von Patientinnen und Patienten ermöglichen und sicherstellen, dass die Ärztin oder der Arzt sich vergewissern kann, dass Patientinnen und Patienten die Aufklärung verstanden haben. In Bezug auf die Voraussetzung der „mündlichen“ Aufklärung (§ 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB) hat der Gesetzgeber im „Digitale-Versorgung-Gesetz“<sup>7</sup> in der Gesetzesbegründung hierzu ausgeführt:

*„Das traditionell übliche persönliche Gespräch in der Praxis des Behandelnden kann heute durch die Verwendung von Telekommunikationsmitteln ersetzt werden, ohne dass Patient und Behandelnder sich in den gleichen Räumlichkeiten aufhalten müssen. Gleiches gilt für die Aufklärungspflicht des Behandelnden gegenüber dem Patienten hinsichtlich Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken einer einwilligungsbedürftigen medizinischen Maßnahme. Die im Rahmen der Begründung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Bundestagsdrucksache. 17/10488, Seite 24) noch geäußerten Bedenken hinsichtlich der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Rahmen der Aufklärung auch hinsichtlich schwierig gelagerter Behandlungsfälle bestehen angesichts der rasant gestiegenen und noch immer steigenden technischen Qualität und gesellschaftlichen Akzeptanz von Fernkommunikationsmitteln nicht mehr. Insbesondere bei der Videosprechstunde ist eine dem unmittelbaren Arzt-Patienten-Kontakt vergleichbare Gesprächssituation gegeben, sodass der Patient alle erforderlichen Rückfragen mit dem Behandelnden unmittelbar erörtern kann. Eine Ergänzung oder Abänderung des § 630e Absatz 1 und 2 BGB ist allerdings nicht veranlasst. Denn die nach Maßgabe des § 630e Absatz 1 BGB vorzunehmende Aufklärung des Patienten kann bereits nach geltendem Recht auch unter der Verwendung von Telekommunikationsmitteln erfolgen, solange diese den unmittelbaren sprachlichen Austausch zwischen dem Patienten und dem Behandelnden zulassen. Die formellen Anforderungen an die Aufklärung regelt § 630e Absatz 2 BGB. Nach Nummer 1 dieser Vorschrift muss die Aufklärung „mündlich“ erfolgen. Das BGB enthält keine Legaldefinition der mündlichen Kommunikation. Nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre setzt der Begriff der Mündlichkeit die gemeinsame körperliche Anwesenheit aller Beteiligten nicht voraus. Im Kontext des § 130 BGB gilt gerade die telefonisch abgegebene Willenserklärung nach allgemeiner Ansicht nicht als Erklärung unter Abwesenden, sondern als eine solche unter Anwesenden. Beispiele für dem Erfordernis der Mündlichkeit genügende Telekommunikationsmittel sind demnach insbesondere das fernmündliche Gespräch, sowie die Videotelefonie und weitere sprach- und gegebenenfalls zusätzlich bildbasierte Möglichkeiten der Fernkommunikation.“<sup>8</sup>*

<sup>7</sup> Ergänzung des § 291g Abs. 4 SGB V (Vereinbarung über technische Verfahren zur konsiliarischen Befundbeurteilung und zur Videosprechstunde) um den Satz „§ 630e des Bürgerlichen Gesetzbuches ist zu beachten.“, vgl. Artikel 1 Digitale-Versorgung-Gesetz (DVG) vom 09.12.2019, BGBl. I S. 2562.

<sup>8</sup> Digitale-Versorgung-Gesetz, Drs. 19/13438, S. 70; kritisch hierzu: Hahn, MedR 2020, 16.

Ebenso wenig wie bei jeder anderen Behandlung reichen zur Aufklärung über medizinische Maßnahmen im Falle der ausschließlichen Fernbehandlung allgemeine Hinweise in Form von Merkblättern oder Textbausteinen, ob schriftlich oder in elektronischer Form, aus. Eine ordnungsgemäße Aufklärung über medizinische Maßnahmen kann daher auch nicht ausschließlich durch E-Mail oder Textbausteine und Ankreuzen erfolgen. Es kann aber sinnvoll sein, Informationen auf diese Weise ergänzend zur mündlichen Aufklärung bereitzustellen. Die Aufklärung soll Patientinnen und Patienten ermöglichen, eine informierte Entscheidung zu treffen, was auch bedeuten kann, eine Fernbehandlung abzulehnen und sich für eine Behandlung im persönlichen Kontakt zu entscheiden (§ 7 Abs. 4 Satz 1 MBO-Ä).

### III. Checkliste für Ärztinnen und Ärzte zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä

Im Unterschied zur herkömmlichen Beratung und Behandlung im unmittelbaren Arzt-Patienten-Kontakt sind mögliche Risiken einzukalkulieren, die mit der ausschließlichen Kommunikation von Ärztin/Arzt und Patientin/Patient über Medien verbunden sein können.

Abhängig vom gewählten Kommunikationsmedium kann sich schon die Frage der sicheren Identifikation der Patientin oder des Patienten stellen. Deshalb sollte sich die Ärztin/der Arzt auch fragen, ob die über das gewählte Kommunikationsmedium übermittelten Daten und Informationen ausreichen, um die ärztliche Vertretbarkeit der ausschließlichen Fernbehandlung zu überprüfen. Zum Schutz der Patientin/des Patienten und mit Blick auf mögliche Haftungsrisiken ist im Rahmen der Einzelfallprüfung die Gefahr eines möglichen Informationsdefizits oder gar Informationsverlusts besonders zu berücksichtigen.

Die folgende Checkliste soll dabei Anhaltspunkte geben, welche Aspekte bei der Einzelfallprüfung, ob eine Behandlung oder Beratung (ausschließlich) über Kommunikationsmedien ärztlich vertretbar sein könnte, zu berücksichtigen sind. Die Checkliste erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit. Unterschiede ergeben sich unter anderem im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Fachgebietes und die eingesetzte Beratungs- und Behandlungsmethode. Ergänzende Hilfestellung können hier Leitlinien der Fachgesellschaften geben<sup>9</sup>.

#### 1. zu rechtlichen Rahmenbedingungen

- ▶ Welche Regelungen enthält die Berufsordnung der zuständigen Landesärztekammer zur (Fern-)Behandlung?
  - ▶ Sind im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung besondere Vorschriften für die (ausschließliche) Fernbehandlung zu beachten (vgl. IV.)?
  - ▶ Sind besondere datenschutzrechtliche Vorgaben umzusetzen (z. B. Notwendigkeit einer Datenschutz-Folgenabschätzung)?
  - ▶ Stehen sonstige Vorschriften einer ausschließlichen Fernbehandlung entgegen (vgl. IV.)?
  - ▶ Ist das medizinische Assistenzpersonal mit den rechtlichen Rahmenbedingungen der ausschließlichen Fernbehandlung vertraut?
  - ▶ Umfasst die Berufshaftpflichtversicherung der Ärztin/des Arztes auch die Risiken der (ausschließlichen) Fernbehandlung?
- ▶ Sind alle für die Einzelfallprüfung und die Behandlung maßgeblichen Umstände dokumentiert worden?
- #### 2. zur Qualitätssicherung
- ▶ Gibt es Leitlinien der Fachgesellschaften für die (ausschließliche) Fernbehandlung im jeweiligen Fachgebiet?
  - ▶ Gibt es besondere Vorgaben aus dem Vertragsarztrecht zur Qualitätssicherung bei Beratung oder Behandlung (ausschließlich) über Kommunikationsmedien?
- #### 3. zur eingesetzten Kommunikationstechnik und zur sonstigen apparativen Technik
- ▶ Verfügt die Ärztin/der Arzt über die erforderliche, funktionsfähige und dem aktuellen technischen Standard entsprechende technische und apparative Ausstattung, um eine Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien im konkreten Einzelfall durchzuführen?
  - ▶ Sind die Ärztin/der Arzt und das medizinische Assistenzpersonal mit der Anwendung der technischen und apparativen Ausstattung vertraut?
  - ▶ Wurde das Kommunikationsmedium vor der Behandlung oder Beratung daraufhin geprüft, ob die für die Beratung oder Behandlung erforderlichen Daten in der notwendigen Qualität übermittelt werden können und übermittelt wurden?
- #### 4. in Bezug auf die Patientin oder den Patienten
- ▶ Kann die Patientin/der Patient zweifelsfrei identifiziert werden (z. B. durch Einscannen der Versichertenkarte, Angabe der Versichertennummer)?
  - ▶ Ist die Patientin/der Patient in der Lage, über das gewählte Kommunikationsmedium zu kommunizieren (z. B. mit dem Kommunikationsmedium vertraut, Besonderheiten bei Nichtmuttersprachlern und bei Seh- oder Hörbeeinträchtigungen)?
  - ▶ Wurde die Patientin/der Patient über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt?
  - ▶ Ist die Patientin/der Patient mit der (ausschließlichen) Fernbehandlung (ausdrücklich) einverstanden?
  - ▶ Reichen die von der Patientin/dem Patienten übermittelten Informationen und Daten und/oder ihre/seine über das Kommunikationsmedium sichtbare Verfassung aus, um eine fachgerechte und sorgfältige Beratung und Behandlung durchzuführen, ohne dass sich die Ärztin oder der Arzt ein unmittelbares Bild durch die eigene Wahrnehmung gemacht hat?
- #### 5. in Bezug auf die Indikation
- ▶ Sind die von der Patientin/dem Patienten beschriebenen Beschwerden für eine Beratung oder Behandlung (ausschließlich) über Kommunikationsmedien geeignet?
  - ▶ Sind die von der Patientin/dem Patienten beschriebenen Beschwerden über die eingesetzten Kommunikationsmedien überprüfbar?
  - ▶ Reichen die Angaben der Patientin/des Patienten und/oder die sonstigen über die eingesetzten Kommunikationsmedien erhobenen Daten für eine medizinisch fachgemäße und sorgfältige

<sup>9</sup> Z. B. Leitfaden „Praxis der Tele Dermatologie“, über [www.bvdd.de](http://www.bvdd.de).

tige Behandlung/Beratung aus oder ist dafür ein unmittelbares Bild durch eigene Wahrnehmung der Ärztin/des Arztes erforderlich?

#### IV. Häufig gestellte Fragen aus der ärztlichen Praxis

Folgende Fragen und Antworten aus der ärztlichen Praxis werden auf der Homepage der Bundesärztekammer laufend aktualisiert und ergänzt.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich nicht alle Fragen aus der ärztlichen Praxis auf der Grundlage des ärztlichen Berufsrechts, sondern nur unter Berücksichtigung weiterer Vorschriften, insbesondere des Vertragsarztrechts, klären lassen. Beispielsweise sind die Verordnung von Arzneimitteln, Heilmitteln und die Feststellung von Arbeitsunfähigkeit nicht *expressis verbis* in der MBO-Ä geregelt.

##### 1. Arzneimittel

#### Is eine ärztliche Verschreibung von Arzneimitteln im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung berufsrechtlich zulässig?

Soweit die die Behandlungsqualität sichernden Vorgaben in § 7 Abs. 4 Satz 3 MBO-Ä beachtet werden, ist eine Verschreibung von Arzneimitteln berufsrechtlich zulässig. Jede Verschreibung setzt also eine Einzelfallprüfung voraus, insbesondere im Hinblick auf die ärztliche Vertretbarkeit, wobei die erforderliche ärztliche Sorgfalt zu wahren ist.

**Hinweis:** Mit der Änderung des § 48 Abs. 1 Arzneimittelgesetz (AMG)<sup>10</sup> hat der Gesetzgeber ausdrücklich flankierend zu der Änderung des § 7 Absatz 4 MBO-Ä die Möglichkeit geschaffen, Arzneimittel im Rahmen einer ausschließlichen Fernbehandlung zu verschreiben. Vor der Änderung hinderte der § 48 Abs. 1 Satz 2 und 3 AMG Apotheker grundsätzlich an einer Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, wenn offenkundig kein direkter Kontakt zwischen Ärztin oder Arzt und Patientin oder Patient stattgefunden hatte.

! In der **vertragsärztlichen Versorgung** sind § 8 Abs. 2 AM-RL und § 15 Abs. 2 BMV-Ä zu beachten. Gemäß § 8 Abs. 2 AM-RL ist die Verordnung von Arzneimitteln – von Ausnahmefällen abgesehen – nur zulässig, wenn sich die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt von dem Zustand der oder des Versicherten überzeugt hat oder wenn ihnen der Zustand aus der laufenden Behandlung bekannt ist<sup>11</sup>. Nach § 15 Abs. 2 BMV-Ä<sup>12</sup> dürfen Verordnungen vom Vertragsarzt nur ausgestellt werden, wenn er sich persönlich von dem Krankheitszustand des Patienten überzeugt hat oder wenn ihm der Zustand aus der laufenden Behandlung bekannt ist. Hiervon darf nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden. Hierzu können Sie sich an die zuständigen Kassenärztlichen Vereinigungen wenden.

<sup>10</sup> Artikel 1 „Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung“ vom 09.08.2019, BGBl. I S. 1202.

<sup>11</sup> Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von Arzneimitteln in der vertragsärztlichen Versorgung (Arzneimittel-Richtlinie/AM-RL), zuletzt geändert am 16.07.2020, veröffentlicht im Bundesanzeiger (BAnz AT 01.09.2020 B2), in Kraft getreten am 02.09.2020

<sup>12</sup> Stand: 20.04.2020

##### 2. Heilmittel

#### Is eine ärztliche Verordnung von Heilmitteln im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung berufsrechtlich zulässig?

**Ja**, aus berufsrechtlicher Sicht sind unter Beachtung der Vorgaben von § 7 Abs. 4, Abs. 8 MBO-Ä Fälle denkbar, in denen Heilmittel (Physikalische Therapie, Podologische Therapie, Stimm-, Sprech- und Sprachtherapie, Ergotherapie, Ernährungstherapie) in ausschließlicher Fernbehandlung verordnet werden können.

Voraussetzung – wie bei der Verordnung von Arzneimitteln – ist eine Einzelfallprüfung, bei der hohe Anforderungen an die Wahrung der ärztlichen Sorgfalt zu stellen sind. Jede Verschreibung ist sorgfältig im Einzelfall in Bezug auf jeden Behandlungsschritt zu prüfen.

! Der Rechtsanspruch von gesetzlich versicherten Patientinnen und Patienten auf Versorgung mit Heilmitteln aus § 32 SGB V wird durch die Heilmittelrichtlinie (HeilM-RL) des G-BA konkretisiert. Hierzu können Sie sich an die zuständigen Kassenärztlichen Vereinigungen wenden

##### 3. Arbeitsunfähigkeit

#### Sind die Feststellung von Arbeitsunfähigkeit und das Ausstellen von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen (AU) im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung möglich?

Bei Einhaltung der Vorgaben der §§ 7 Abs. 4, 25 S. 1 MBO-Ä wäre die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit und die Ausstellung einer AU im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung **berufsrechtlich möglich**. Es sind daneben jedoch weitere rechtliche Vorgaben zu beachten, auf die unten eingegangen wird.

#### § 25 S. 1 MBO-Ä – Ärztliche Gutachten und Zeugnisse

„<sup>1</sup>Bei der Ausstellung ärztlicher Gutachten und Zeugnisse haben Ärztinnen und Ärzte mit der notwendigen Sorgfalt zu verfahren und nach bestem Wissen ihre ärztliche Überzeugung auszusprechen.“

! Ärztinnen und Ärzte müssen die AU nach bestem Wissen und Gewissen ausstellen. Die Ärztin/der Arzt muss im konkreten Fall allein aufgrund der bei der Fernbehandlung zur Verfügung stehenden Untersuchungsmittel davon überzeugt sein, dass diese Patientin/dieser Patient erkrankt und aufgrund der Erkrankung nicht in der Lage ist, ihre/seine berufliche Tätigkeit für einen bestimmten Zeitraum auszuüben. Die Überzeugung muss dabei ohne die im persönlichen Kontakt zur Verfügung stehenden Untersuchungsmittel gewonnen werden (können). Im Zweifelsfall muss die Patientin/der Patient vor einer endgültigen Entscheidung über die Ausstellung der AU auf die Behandlung im persönlichen Kontakt – mit entsprechenden Untersuchungsmöglichkeiten – verwiesen werden.

**Aber:** Ausschlaggebend sind nicht allein die berufsrechtlichen Bestimmungen. Ob die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit oder die Ausstellung einer AU möglich ist, richtet sich vorrangig nach den gesetzlichen und vertragsarztrechtlichen Vorschriften. An das Vorliegen und die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit

knüpfen insbesondere der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) und der Anspruch auf Krankengeld gemäß §§ 44 ff. SGB V an. AU haben daher einen hohen Beweiswert. Dieser Beweiswert ist beeinträchtigt, wenn die Ärztin oder der Arzt die Bescheinigung ohne vorausgegangene Untersuchung ausstellt und sich allein auf die Angaben der Patientin oder des Patienten verlässt.<sup>13</sup>

Ein aktuelles Urteil des Bundesarbeitsgerichts deutet an, dass zu dieser Frage demnächst Entscheidungen der Arbeitsgerichte zu erwarten sind<sup>14</sup>.

AU stellen Privaturkunden nach § 416 Zivilprozessordnung (ZPO) und Gesundheitszeugnisse im Sinne des § 278 Strafgesetzbuch (StGB) dar. Ärztinnen und Ärzte, die ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseren Wissens ausstellen, können nach § 278 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden.

! Neben den gesetzlichen Bestimmungen gibt es außerdem Regelungen im Vertragsarztrecht (vgl. § 31 BMV-Ä, Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie (AU-RL des G-BA). Das BMG plant, dem G-BA vorzugeben, die Voraussetzungen zu regeln, unter denen die Arbeitsunfähigkeit auch im Rahmen einer ausschließlichen Fernbehandlung erfolgen kann<sup>15</sup>. Derzeit ist im Rahmen der GKV die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit gemäß § 4 Abs. 5 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie im Rahmen einer Videosprechstunde unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Voraussetzung ist insbesondere, dass die oder der Versicherte der behandelnden Arztpraxis bekannt ist und die Erkrankung eine Untersuchung per Videosprechstunde zulässt. Die erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit ist auf einen Zeitraum von sieben Kalendertagen begrenzt, danach ist für eine Folgebescheinigung eine Untersuchung im persönlichen Kontakt erforderlich. Dementsprechend kann eine Folgekrankschreibung per Videosprechstunde nur erfolgen, wenn die vorherige Krankschreibung aufgrund unmittelbar persönlicher Untersuchung ausgestellt worden war. Ein Anspruch der Versicherten auf Krankschreibung per Videosprechstunde besteht nicht. Damit ist nach der AU-RL eine Krankschreibung im Rahmen einer Videosprechstunde bei gesetzlich Versicherten ausgeschlossen, die in der betreffenden Arztpraxis nicht persönlich bekannt sind. Darüber hinaus ist die Feststellung einer Arbeitsunfähigkeit ausschließlich unter Verwendung z. B. eines Online-Fragebogens, einer Chat-Befragung<sup>16</sup> oder eines Telefonates ausgeschlossen.

#### 4. Überweisungen

##### Sind Überweisungen im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung berufsrechtlich zulässig?

**Ja**, wenn die beteiligten Vertragsärztinnen und Vertragsärzte neben den einschlägigen vertragsärztlichen Bestimmungen die Vor-

gaben des § 7 Abs. 4 MBO-Ä beachten, dann kann auch eine Überweisung im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung aus berufsrechtlicher Sicht zulässig sein.

! Es gelten die Vorschriften für das allgemeine vertragsärztliche Überweisungsverfahren (§ 24 BMV-Ä).

! Für privatversicherte Patientinnen und Patienten können sich ggf. Einschränkungen aus den vereinbarten Tarifbedingungen ergeben.

#### 5. Soziotherapie

##### Kann Soziotherapie im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung verordnet werden?

**Nein**, aus berufsrechtlicher Sicht sind bereits nach den Vorgaben des § 7 Abs. 4 MBO-Ä keine Fälle denkbar, in denen eine Verschreibung von Soziotherapie in ausschließlicher Fernbehandlung in Betracht käme.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine Patientengruppe mit schweren psychischen Erkrankungen handelt, die nicht in der Lage ist, eigenständig ärztliche Leistungen in Anspruch zu nehmen. In der Praxis wird Soziotherapie vor allem bei Patientinnen und Patienten mit Psychosen, psychoseähnlichen Zuständen oder affektiven Störungen verordnet, deren Krankheitsverlauf schwer und chronifizierend ist und bei denen bereits mehrfache stationäre Aufenthalte notwendig gewesen sind.

! Der Gemeinsame Bundesausschuss bestimmt gemäß § 37a Abs. 2 SGB V in der nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V beschlossenen Richtlinie über die Durchführung von Soziotherapie in der vertragsärztlichen Versorgung (Soziotherapie-Richtlinie/ST-RL) das Nähere über Voraussetzungen, Art und Umfang der Versorgung, insbesondere auch umfassende Anforderungen an die Verordnung von Soziotherapie.

#### 6. Weiterbehandlung

##### Darf die Ärztin oder der Arzt die weiterbehandelnden Kolleginnen oder Kollegen darüber informieren, dass eine ausschließliche Fernbehandlung stattgefunden hat?

**Ja**, soweit das Einverständnis der Patientinnen und Patienten dafür vorliegt oder anzunehmen ist. Die Verpflichtung aus § 7 Abs. 7 MBO-Ä gilt auch im Rahmen der Fernbehandlung.

! Eine über den Regelungsbereich des § 7 Abs. 7 MBO-Ä hinausgehende uneingeschränkte Informationspflicht unabhängig vom Einverständnis der Patientin oder des Patienten und außerhalb gesetzlicher Offenbarungspflichten scheidet am Recht der Patientin oder des Patienten auf informationelle Selbstbestimmung. Mit anderen Worten: Über den Umstand, dass eine ausschließliche Fernbehandlung stattgefunden hat, darf nicht informiert werden, wenn die Patientin oder der Patient nicht eingewilligt hat und keine gesetzliche Auskunftspflicht oder -befugnis besteht.

<sup>13</sup> Ständige Rechtsprechung seit Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 11.08.1976, 5 AZR 422/75 (zu § 3 Abs. 1 S. 1 Lohnfortzahlungsgesetz, der § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG entspricht).

<sup>14</sup> BAG, Urteil vom 11.12.2019, 5 AZR 505/18.

<sup>15</sup> § 92 Abs. 4a SGB V-E i.d.F.d. Referentenentwurfs eines DVPMG: „(4a) Der Gemeinsame Bundesausschuss beschließt bis zum ... in seiner Richtlinie nach Absatz 1 Satz 2 Nummer 7 Regelungen, um die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit einschließlich der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der ausschließlichen Fernbehandlung in geeigneten Fällen zu ermöglichen.“

<sup>16</sup> Zu einem solchen Sachverhalt vgl. LG Hamburg, Urteil vom 03.09.2019, 406 HK O 56/19.

## 7. Werbung

### Darf für die Durchführung ausschließlicher Fernbehandlung geworben werden?

§ 27 MBO-Ä gestattet Ärztinnen und Ärzten sachliche berufsbezogene Informationen und untersagt berufswidrige Werbung, insbesondere in Form von anpreisender, irreführender oder vergleichender Werbung. In diesem Rahmen könnte eine Ärztin oder ein Arzt aus berufsrechtlicher Sicht über das Angebot von (ausschließlicher) Fernbehandlung über Kommunikationsmedien informieren.

! Gemäß § 9 Satz 1 Heilmittelwerbegesetz (HWG) ist die Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung) untersagt. Nach der Änderung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä hat der Gesetzgeber in § 9 HWG unter dem Eindruck der vorangegangenen Anpassung des ärztlichen Berufsrechts die Reichweite des Werbeverbotes durch einen Satz 2 eingeschränkt<sup>17</sup>. Von einer vollständigen Aufhebung der Regelung des § 9 HWG hat er wegen des seiner Ansicht nach fortbestehenden Schutzbedarfs abgesehen<sup>18</sup>.

Gemäß § 9 Satz 2 HWG darf nunmehr für Fernbehandlungen geworben werden, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist.

Verstöße gegen § 9 HWG erfüllen den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 15 Abs. 1 Nr. 6 HWG und können mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden (§ 15 Abs. 3 HWG).

Verboten wird mit § 9 Satz 1 HWG die Werbung für eine Fernbehandlung und nicht die Fernbehandlung als solche. Es genügt hierfür beispielsweise die Aufforderung, eigene Krankheiten schriftlich mitzuteilen, verbunden mit der Ankündigung einer Beratung auf dieser Grundlage. Unzulässig sind telefonische Beratungen in konkreten Krankheitsfragen und allgemeine Angebote medizinischer Auskünfte am Telefon, weil der Gesprächspartner dies als Werbung für eine Fernbehandlung verstehen wird, sowie Behandlungs- und Beratungsangebote in Internetforen<sup>19</sup>. Da eine Behandlung einen individuellen Krankheitsfall voraussetzt, genügt die bloße Empfehlung eines bestimmten Mittels für eine abstrakt benannte Krankheit nicht<sup>20</sup>. Durch die Ergänzung des § 9 Satz 2 HWG dürfen solche Fernbehandlungen bei Menschen beworben werden, bei denen die Einhaltung anerkannter fachlicher Standards gesichert ist. Dies ist gemäß den Ausführungen des Gesetzgebers<sup>21</sup> dann der Fall, wenn nach dem anerkannten medizinischen Stand der Erkenntnisse eine ordnungsgemäße Behandlung und Beratung unter Einsatz von Kommunikationsmedien grundsätzlich möglich ist. Dabei könne es im Gegensatz zu der berufsrechtlich vorgesehenen, konkreten und individuellen Einzelfallentscheidung im Rahmen der Regelung des § 9 HWG lediglich auf eine abstrakte,

generalisierende Bewertung ankommen, da sich Werbung unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation an eine Vielzahl individuell nicht näher individualisierter Personen richte<sup>22</sup>. Das OLG München hat hierzu geurteilt, dass die im Streitfall beworbene Ersetzung des persönlichen Arztbesuchs durch eine alternative digitale Fernbehandlung per digitaler App („von der Diagnose über die Therapieempfehlung bis hin zur Krankschreibung“) für nicht näher konkretisierte Behandlungsfälle und -situationen in dieser generellen Weise nicht vom Ausnahmetatbestand des § 9 Satz 2 HWG gedeckt wird. Insbesondere hält es ein telemedizinisches Primärversorgungsmodell für unzulässig, bei dem die komplette ärztliche Versorgung online erfolgen könne. Das Gericht weist außerdem ausdrücklich darauf hin, dass ein Werbeverbot im Sinne des § 9 Satz 1 HWG nicht zwingend damit einhergehe, dass die Fernbehandlung als solche unzulässig sein müsse. Der Vorschrift komme ein eigener Regelungsgehalt zu, da das Werbeverbot auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit und des individuellen Gesundheitsinteresses abziele.<sup>23</sup> Die Fernberatung bei der Verhütung von oder Vorbeugung gegen Krankheiten wird nicht von § 9 HWG erfasst<sup>24</sup>.

## V. Rechtsquellen (Auszüge)

### 1. Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie des G-BA

#### § 4 Abs. 1 und 5 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie

(1) Bei der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit sind körperlicher, geistiger und seelischer Gesundheitszustand der oder des Versicherten gleichermaßen zu berücksichtigen. Deshalb darf die Feststellung von Arbeitsunfähigkeit nur auf Grund einer unmittelbar persönlichen ärztlichen Untersuchung erfolgen.

(5) Abweichend von Absatz 1 kann Arbeitsunfähigkeit auch mittelbar persönlich im Rahmen von Videosprechstunden festgestellt werden. Dies ist jedoch nur zulässig, wenn die oder der Versicherte der Vertragsärztin oder dem Vertragsarzt oder einer anderen Vertragsärztin oder einem anderen Vertragsarzt derselben Berufsausübungsgemeinschaft aufgrund früherer Behandlung unmittelbar persönlich bekannt ist und die Erkrankung dies nicht ausschließt. Eine erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit ist nur für einen Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen möglich. Die Feststellung des Fortbestehens der Arbeitsunfähigkeit ist nur zulässig, wenn bei der oder dem Versicherten bereits zuvor aufgrund unmittelbar persönlicher Untersuchung durch die Vertragsärztin oder den Vertragsarzt Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit festgestellt worden ist. Sofern der Vertragsärztin oder dem Vertragsarzt eine hinreichend sichere Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde nicht möglich ist, ist von einer Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde abzusehen und auf die Erforderlichkeit einer unmittelbar persönlichen Untersuchung durch eine Vertragsärztin oder einen Vertragsarzt zu verweisen. Die oder der Versicherte ist im Vorfeld der Videosprechstunde über die eingeschränkten Möglichkeiten der Befunderhebung zum Zweck der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde aufzuklären. Ein Anspruch auf die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde besteht nicht.

<sup>17</sup> BT-Drs. 19/13438.

<sup>18</sup> Gesetzesbegründung zu Art. 5, BT-Drs. 19/13438, S. 77.

<sup>19</sup> Spickhoff/Fritzsche, MedR-Komm., 3. Aufl. 2018, § 9 HWG, Rdn. 2.

<sup>20</sup> Spickhoff/Fritzsche, MedR-Komm., 3. Aufl. 2018, § 9 HWG, Rdn. 3.

<sup>21</sup> Gesetzesbegründung zu Art. 5, BT-Drs. 19/13438, S. 77 f.

<sup>22</sup> Vgl. zu den Änderungen auch Tillmanns, Möglichkeiten und Grenzen der Werbung für Fernbehandlungen, A & R 1/2020, S. 11 ff.

<sup>23</sup> OLG München, Urteil vom 09.07.2020, 6 U 5180/19.

<sup>24</sup> Spickhoff/Fritzsche, MedR-Komm., 3. Aufl. 2018, § 9 HWG, Rdn. 3.

## 2. (Muster-)Berufsordnung-Ärzte (MBO-Ä)

### § 2 Abs. 2 und 3 MBO-Ä – Allgemeine ärztliche Pflichten

[...]

(2) Ärztinnen und Ärzte haben ihren Beruf gewissenhaft auszuüben und dem ihnen bei ihrer Berufsausübung entgegengebrachten Vertrauen zu entsprechen. Sie haben dabei ihr ärztliches Handeln am Wohl der Patientinnen und Patienten auszurichten. Insbesondere dürfen sie nicht das Interesse Dritter über das Wohl der Patientinnen und Patienten stellen.

(3) Eine gewissenhafte Ausübung des Berufs erfordert insbesondere die notwendige fachliche Qualifikation und die Beachtung des anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse.

### § 7 MBO-Ä – Behandlungsgrundsätze und Verhaltensregeln

[...]

(7) Bei der Überweisung von Patientinnen und Patienten an Kolleginnen oder Kollegen oder ärztlich geleitete Einrichtungen, haben Ärztinnen und Ärzte rechtzeitig die erhobenen Befunde zu übermitteln und über die bisherige Behandlung zu informieren, soweit das Einverständnis der Patientinnen und Patienten vorliegt oder anzunehmen ist. Dies gilt insbesondere bei Krankenhauseinweisungen. Originalunterlagen sind zurückzugeben.

(8) Ärztinnen und Ärzte dürfen einer missbräuchlichen Verwendung ihrer Verschreibung keinen Vorschub leisten.

### § 8 MBO-Ä – Aufklärungspflicht

<sup>1</sup>Zur Behandlung bedürfen Ärztinnen und Ärzte der Einwilligung der Patientin oder des Patienten. <sup>2</sup>Der Einwilligung hat grundsätzlich die erforderliche Aufklärung im persönlichen Gespräch voranzugehen. <sup>3</sup>Die Aufklärung hat der Patientin oder dem Patienten insbesondere vor operativen Eingriffen Wesen, Bedeutung und Tragweite der Behandlung einschließlich Behandlungsalternativen und die mit ihnen verbundenen Risiken in verständlicher und angemessener Weise zu verdeutlichen. <sup>4</sup>Insbesondere vor diagnostischen oder operativen Eingriffen ist soweit möglich eine ausreichende Bedenkzeit vor der weiteren Behandlung zu gewährleisten. <sup>5</sup>Je weniger eine Maßnahme medizinisch geboten oder je größer ihre Tragweite ist, umso ausführlicher und eindrücklicher sind Patientinnen oder Patienten über erreichbare Ergebnisse und Risiken aufzuklären.

### § 10 MBO-Ä Dokumentationspflicht

(1) <sup>1</sup>Ärztinnen und Ärzte haben über die in Ausübung ihres Berufes gemachten Feststellungen und getroffenen Maßnahmen die erforderlichen Aufzeichnungen zu machen. <sup>2</sup>Diese sind nicht nur Gedächtnisstützen für die Ärztin oder den Arzt, sie dienen auch dem Interesse der Patientin oder des Patienten an einer ordnungsgemäßen Dokumentation.

(2) <sup>1</sup>Ärztinnen und Ärzte haben Patientinnen und Patienten auf deren Verlangen in die sie betreffende Dokumentation Einsicht zu gewähren, soweit der Einsichtnahme nicht erhebliche therapeutische Gründe oder erhebliche Rechte der Ärztin, des Arztes oder Dritter entgegenstehen. <sup>2</sup>Auf Verlangen sind der Patientin oder dem Patienten Kopien der Unterlagen gegen Erstattung der Kosten herauszugeben.

(3) Ärztliche Aufzeichnungen sind für die Dauer von zehn Jahren nach Abschluss der Behandlung aufzubewahren, soweit nicht nach gesetzlichen Vorschriften eine längere Aufbewahrungspflicht besteht.

(4) <sup>1</sup>Nach Aufgabe der Praxis haben Ärztinnen und Ärzte ihre ärztlichen Aufzeichnungen und Untersuchungsbefunde gemäß Absatz 3 aufzubewahren oder dafür Sorge zu tragen, dass sie in gehörige Obhut gegeben werden. <sup>2</sup>Ärztinnen und Ärzte, denen bei einer Praxisaufgabe oder Praxisübergabe ärztliche Aufzeichnungen über Patientinnen und Patienten in Obhut gegeben werden, müssen diese Aufzeichnungen unter Verschluss halten und dürfen sie nur mit Einwilligung der Patientin oder des Patienten einsehen oder weitergeben.

(5) <sup>1</sup>Aufzeichnungen auf elektronischen Datenträgern oder anderen Speichermedien bedürfen besonderer Sicherungs- und Schutzmaßnahmen, um deren Veränderung, Vernichtung oder unrechtmäßige Verwendung zu verhindern. <sup>2</sup>Ärztinnen und Ärzte haben hierbei die Empfehlungen der Ärztekammer zu beachten.

### § 11 MBO-Ä – Ärztliche Untersuchungs- und Behandlungsmethoden

(1) Mit Übernahme der Behandlung verpflichten sich Ärztinnen und Ärzte den Patientinnen und Patienten gegenüber zur gewissenhaften Versorgung mit geeigneten Untersuchungs- und Behandlungsmethoden.

(2) Der ärztliche Berufsauftrag verbietet es, diagnostische oder therapeutische Methoden unter missbräuchlicher Ausnutzung des Vertrauens, der Unwissenheit, der Leichtgläubigkeit oder der Hilflosigkeit von Patientinnen und Patienten anzuwenden. Unzulässig ist es auch, Heilerfolge, insbesondere bei nicht heilbaren Krankheiten, als gewiss zuzusichern.

### § 25 MBO-Ä – Ärztliche Gutachten und Zeugnisse

Bei der Ausstellung ärztlicher Gutachten und Zeugnisse haben Ärztinnen und Ärzte mit der notwendigen Sorgfalt zu verfahren und nach bestem Wissen ihre ärztliche Überzeugung auszusprechen. [...]

### § 27 MBO-Ä – Erlaubte Information und berufswidrige Werbung

(1) Zweck der nachstehenden Vorschriften der Berufsordnung ist die Gewährleistung des Patientenschutzes durch sachgerechte und angemessene Information und die Vermeidung einer dem Selbstverständnis der Ärztin oder des Arztes zuwiderlaufenden Kommerzialisierung des Arztberufs.

(2) Auf dieser Grundlage sind Ärztinnen und Ärzte sachliche berufsbezogene Informationen gestattet.

(3) Berufswidrige Werbung ist Ärztinnen und Ärzten untersagt. Berufswidrig ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung. Ärztinnen und Ärzte dürfen eine solche Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. Eine Werbung für eigene oder fremde gewerbliche Tätigkeiten oder Produkte im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit ist unzulässig. Werbeverbote aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen bleiben unberührt.

[...]

## 3. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

### § 312c BGB – Fernabsatzverträge

(1) Fernabsatzverträge sind Verträge, bei denen der Unternehmer oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Ver-

tragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.

(2) Fernkommunikationsmittel im Sinne dieses Gesetzes sind alle Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien gleichzeitig körperlich anwesend sind, wie Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails, über den Mobilfunkdienst versendete Nachrichten (SMS) sowie Rundfunk und Telemedien.

#### § 630e BGB – Aufklärungspflichten

(1) <sup>1</sup>Der Behandelnde ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. <sup>2</sup>Bei der Aufklärung ist auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können.

(2) <sup>1</sup>Die Aufklärung muss

1. mündlich durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt; ergänzend kann auch auf Unterlagen Bezug genommen werden, die der Patient in Textform erhält,
2. so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann,
3. für den Patienten verständlich sein.

<sup>2</sup>Dem Patienten sind Abschriften von Unterlagen, die er im Zusammenhang mit der Aufklärung oder Einwilligung unterzeichnet hat, auszuhändigen.

(3) Der Aufklärung des Patienten bedarf es nicht, soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn die Maßnahme unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Aufklärung ausdrücklich verzichtet hat.

(4) Ist nach § 630d Absatz 1 Satz 2 die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, ist dieser nach Maßgabe der Absätze 1 bis 3 aufzuklären.

(5) <sup>1</sup>Im Fall des § 630d Absatz 1 Satz 2 sind die wesentlichen Umstände nach Absatz 1 auch dem Patienten entsprechend seinem Verständnis zu erläutern, soweit dieser aufgrund seines Entwicklungsstandes und seiner Verständnismöglichkeiten in der Lage ist, die Erläuterung aufzunehmen, und soweit dies seinem Wohl nicht zuwiderläuft. <sup>2</sup>Absatz 3 gilt entsprechend.

#### § 630f BGB – Dokumentation der Behandlung

(1) <sup>1</sup>Der Behandelnde ist verpflichtet, zum Zweck der Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung eine Patientenakte in Papierform oder elektronisch zu führen. <sup>2</sup>Berichtigungen und Änderungen von Eintragungen in der Patientenakte sind nur zulässig, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen worden sind. <sup>3</sup>Dies ist auch für elektronisch geführte Patientenakten sicherzustellen.

(2) <sup>1</sup>Der Behandelnde ist verpflichtet, in der Patientenakte sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen. <sup>2</sup>Arztbriefe sind in die Patientenakte aufzunehmen.

(3) Der Behandelnde hat die Patientenakte für die Dauer von zehn Jahren nach Abschluss der Behandlung aufzubewahren, soweit nicht nach anderen Vorschriften andere Aufbewahrungsfristen bestehen.

#### 4. Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG)

##### § 5 EFZG – Anzeige- und Nachweispflichten

(1) <sup>1</sup>Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. <sup>2</sup>Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. <sup>3</sup>Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. <sup>4</sup>Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Bescheinigung angegeben, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, eine neue ärztliche Bescheinigung vorzulegen. <sup>5</sup>Ist der Arbeitnehmer Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse, muß die ärztliche Bescheinigung einen Vermerk des behandelnden Arztes darüber enthalten, daß der Krankenkasse unverzüglich eine Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit mit Angaben über den Befund und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit übersandt wird.

[...]

#### 5. Heilmittelwerbegesetz (HWG)

##### § 9 HWG

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.

##### § 15 HWG

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig [...]

6. entgegen § 9 für eine Fernbehandlung wirbt,

[...]

(3) Die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 2 mit einer Geldbuße bis zu zwanzigtausend Euro geahndet werden.