

Titel:

Werbung für digitale medizinische Konsultation durch Ärzte in der Schweiz

Normenketten:

HWG § 9

UWG § 3 Abs. 1, § 3a

Leitsätze:

1. § 9 S. 1 HWG ist nicht dahingehend einschränkend auszulegen, dass das Werbeverbot für Fernbehandlungen akzessorisch die Unzulässigkeit der beworbenen Behandlung voraussetzen würde. Vielmehr kommt § 9 HWG ein eigener Regelungsgehalt zu, indem er nicht die Fernbehandlung an sich verbietet, sondern die Werbung hierfür.
2. Der Gesetzgeber hat auch mit der neuen Regelung des § 9 HWG (gültig ab 19.12.2019) an der grundsätzlichen Wertung festgehalten, dass eine Werbung für Fernbehandlungen im Interesse der Vermeidung der mit einer solchen Werbung verbundenen Gefahren für die allgemeine Gesundheit im Allgemeinen untersagt ist (vgl. § 9 Satz 1 HWG). Lediglich unter den in § 9 S. 2 HWG genannten Voraussetzungen ist die Werbung mit Fernbehandlungen nunmehr gesetzlich erlaubt.
3. Eine Werbung für ärztliche Fernbehandlungen in Form eines digitalen Arztbesuchs, wobei mittels einer App in Deutschland lebenden Patienten angeboten wird, über ihr Smartphone von Ärzten, die im Ausland sitzen, für nicht näher konkretisierte Behandlungsfälle und -situationen Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen zu erlangen, wird von dem Ausnahmetatbestand des § 9 Satz 2 HWG, wonach vorausgesetzt wird, dass ein ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nach allgemein anerkannten Standards in den beworbenen Fällen nicht erforderlich ist, nicht gedeckt.

Schlagwort:

Heilmittelwerbung

Vorinstanz:

LG München I, Urteil vom 16.07.2019 – 33 O 4026/18

Rechtsmittelinstanz:

BGH Karlsruhe, Urteil vom 09.12.2021 – I ZR 146/20

Fundstellen:

MD 2020, 844

WRP 2020, 1498

A&R 2020, 247

GRUR-RS 2020, 18322

GRUR-RR 2020, 461

LSK 2020, 18322

MedR 2021, 154

MMR 2021, 343

Tenor

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts München I vom 16.07.2019, Az. 33 O 4026/18, wird zurückgewiesen.

II. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III. Das Urteil des Landgerichts München I vom 16.07.2019, Az. 33 O 4026/18, wird ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt. Das vorliegende Urteil ist in Ziff.

II. (Kostenentscheidung) vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung hinsichtlich Ziff. I. des landgerichtlichen Urteils (Unterlassung) gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000,- EUR abwenden,

wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Im Übrigen kann die Beklagte die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu jeweils vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

I.

1

Der Kläger macht gegen die Beklagte wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Kostenerstattungsansprüche geltend.

2

Der Kläger ist ein eingetragener Verein zur Förderung gewerblicher Interessen, insbesondere zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs.

3

Die Beklagte bewarb über ihren Internetauftritt unter „o...de“ in Deutschland Leistungen ihres Tochterunternehmens, der o. Krankenversicherung AG, darunter auch einen sogenannten digitalen Arztbesuch bei Schweizer Ärzten der e. AG (vgl. Screenshots, Anlage KR 1a; Internetausdrucke, Anlage KR 1b).

4

Wegen dieser Werbung mahnte der Kläger die Beklagte mit Schreiben vom 15.11.2017 ab und forderte diese zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf, was die Beklagte ablehnte (vgl. Abmahnung sowie nachfolgende Korrespondenz, Anlagenkonvolut KR 3).

5

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland für ärztliche Fernbehandlungen in Form eines digitalen Arztbesuchs zu werben, wobei mittels einer App in Deutschland lebenden Patienten, die bei der o. Krankenversicherung AG krankenversichert sind, angeboten wird, über ihr Smartphone von Ärzten, die im Ausland sitzen, Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen zu erlangen, insbesondere wenn das geschieht wie nachfolgend eingelichtet und aus Anlage KR 1a ersichtlich: (es folgen mehrseitige Screenshot-Ablichtungen). Weiterhin hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, an den Kläger 267,50 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus ab dem 14.04.2018 zu zahlen.

6

Zur Begründung hat das Erstgericht, auf dessen tatsächlichen Feststellungen gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, Folgendes ausgeführt:

7

Dem Kläger stehe der gegen die Beklagte mit Klageantrag Ziffer I. geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, 3 Abs. 1, 3a UWG i.V.m. § 9 HWG (a. F.) zu.

8

Das vom Kläger beanstandete Verhalten der Beklagten sei nach der Kollisionsnorm des Art. 6 Abs. 1 Rom II - VO nach deutschem Lauterkeits- und Heilmittelwerberecht zu beurteilen, weil der Marktort, d.h. der Ort der wettbewerblichen Interessenkollision, im Inland liege.

9

Der Kläger sei als rechtsfähiger Verband im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aktivlegitimiert. Die Beklagte sei für den Online-Auftritt unter www.o de verantwortlich und damit passivlegitimiert.

10

Der Online-Auftritt der Beklagten unter www.o de verstoße gegen § 9 HWG [in der Fassung bis 18.12.2019]. Nach § 9 HWG sei 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 beruhe (Fernbehandlung), unzulässig. Eine Fernbehandlung im Sinne

von § 9 HWG liege vor, wenn der Behandelnde allein aufgrund der schriftlichen, fernmündlichen, über andere Medien oder durch Dritte auf Distanz vermittelten Informationen eine eigene Diagnose erstelle oder Behandlungsvorschläge unterbreite. Wesentlich sei dabei, dass sich der Behandelnde ohne eigene Wahrnehmung der zu behandelnden Person konkret und individuell zu dieser Person diagnostisch oder therapeutisch äußere. Verboten sei die Produktwerbung im Sinne des § 1 HWG für eine Fernbehandlung, nicht die Fernbehandlung als solche. Eine Grundlage für das Verbot liefere Art. 90 lit. a) RL 2001/83/EG („Gemeinschaftskodex“), der aber auf Öffentlichkeitswerbung beschränkt sei. Das Werbeverbot ziele auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit und des individuellen Gesundheitsinteresses, da partielle Informationen kein ganzheitliches Bild erzeugen könnten, das der Heilkundige nur bei einer persönlichen Wahrnehmung und Untersuchung des Patienten gewinnen könne. Unter Zugrundelegung der vorstehenden Maßstäbe handele es sich bei dem beanstandeten Online-Auftritt der Beklagten unter www.o.de um Werbung für eine Fernbehandlung im Sinne des § 9 HWG, weil die beworbene Online-Video-Konsultation keine eigene Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen ermögliche.

11

Diese Werbung der Beklagten für eine ärztliche Online-Konsultation unterfalle dem abstrakten Gefährdungstatbestand des § 9 HWG und sei daher *de lege lata per se* unzulässig, und zwar unabhängig davon, ob das beworbene Behandlungsmodell als solches zulässig sei oder nicht. Anders als die Beklagte unter Berufung auf ein Parteigutachten des Prof. Sp. vom 12.12.2017 (bei Anlage KR 3) meine, sei § 9 HWG als Bundesnorm auch nicht im rechtstechnischen Sinne „akzessorisch“ zu den einschlägigen landesrechtlichen Regelungen und erst recht nicht zum einfachen Satzungsrecht der jeweiligen Landesärztekammern, und sei die Vorschrift daher auch nicht einschränkend dahingehend auszulegen, dass die Werbung für eine nach dem jeweils anzuwendenden deutschen oder ausländischen (Standes-)Recht erlaubte Fernbehandlung nicht auf bundesgesetzlicher Ebene im Inland verboten werden könne. Aus diesem Grunde erübrigten sich auch sämtliche Erwägungen dazu, welchem Recht die jeweiligen Behandlungsverträge unterfielen, und ob die von den Schweizer Kooperationsärzten der Beklagten im Streitfall zu erbringenden Dienstleistungen nach deutschem oder schweizerischem Recht zulässig seien. Für diesen Befund spreche, dass § 9 HWG seine europarechtliche Grundlage in Art. 90 lit. a) RL 2001/83/EG („Gemeinschaftskodex“) finde und dass sowohl der Gemeinschaftskodex (vgl. etwa Erwägungsgrund 2) als auch das Werbeverbot des § 9 HWG als gesundheitspolitische Grundentscheidung dem hohen Gut des Schutzes der öffentlichen Gesundheit und des individuellen Gesundheitsinteresses dienen. Aus diesen Gründen sei die Vorschrift wegen der mit einer ärztlichen Fernbehandlung verbundenen Gefahren und Verlockungen auch nicht mit Blick auf Art. 5 und 12 GG und insbesondere auf die in BVerfG GRUR 2004, 797 - (Botox-) Faltenbehandlung aufgestellten Grundsätze dahin einzuschränken, dass die Werbung für eine erlaubte Fernbehandlung zulässig sei, zumal das HWG anerkanntermaßen auch in anderen Bereichen (etwa in §§ 5, 8 S. 2, 11 HWG) absolute Werbeverbote enthalte. Für die gegenteilige Auffassung der Beklagten streite schließlich auch nicht die vom Parteigutachter zitierte Entscheidung BGH GRUR 2016, 513 - Eizellspende. Denn - anders als im Streitfall - habe dort schon kein Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG a. F. inmitten gestanden, weshalb die Werbung im Inland für eine in der Tschechischen Republik zulässige Einpflanzung einer fremden Eizelle zwangsläufig lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden gewesen sei. Ob zukünftig - und *mithin de lege ferenda* - in Anbetracht der Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts möglicherweise eine Neufassung des § 9 HWG erfolgen werde, sei für die Entscheidung des Rechtsstreits zum jetzigen Zeitpunkt ohne Belang.

12

Da § 9 HWG allerdings nur die Werbung für Fernbehandlungen, nicht aber deren Durchführung verbiete, sei - antragsgemäß - auch nur ein Verbot der entsprechenden Bewerbung auszusprechen. Auf die Rechtmäßigkeit der von den durch die Beklagte vermittelten Kooperationsärzten angebotenen Fernbehandlungen komme es aus den bereits genannten Gründen nicht an, weshalb hierüber nicht zu entscheiden gewesen sei.

13

Ob auch andere private Krankenversicherungen mit Fernbehandlungen wüßten, sei demgegenüber unerheblich. Denn erstens werde weder zur konkreten Ausgestaltung der betreffenden Werbung bzw. des jeweiligen Angebots vorgetragen, zweitens stünden Bewerbung und Angebote Dritter vorliegend nicht zur

Überprüfung, und drittens gebe es - einen Rechtsverstoß unterstellt - anerkanntermaßen auch keine Gleichheit im Unrecht.

14

Die Vorschriften des HWG stellen Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG dar, weil diese Bestimmungen den Schutz der menschlichen Gesundheit und damit den Verbraucherschutz bezweckten. Da § 9 HWG dem Schutz der Gesundheit des Verbrauchers und der Volksgesundheit diene, sei die Verletzung dieser Bestimmung zudem geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar im Sinne des § 3a UWG zu beeinträchtigen.

15

Durch die erfolgte Verletzungshandlung sei die für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr gegeben. Eine die Wiederholungsgefahr ausräumende strafbewehrte Unterlassungserklärung habe die Beklagte nicht abgegeben.

16

Der gestellte Hauptantrag sei entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht zu weit. Durch die eingeleiteten Screenshots („wenn das geschieht wie“) sei der Klageantrag Ziffer I. auf ein Verbot der konkreten Verletzungshandlung gerichtet.

17

Der Kläger könne von der Beklagten darüber hinaus die Erstattung von Abmahnkosten in Höhe der geforderten Pauschale von 267,50 Euro, die der Höhe nach von der Beklagten zu Recht nicht beanstandet werde, aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG verlangen, denn die Abmahnung des Klägers vom 15.11.2017 sei berechtigt und begründet gewesen, nachdem dem Kläger der mit der Abmahnung geltend gemachte Unterlassungsanspruch zustehe. Der zuerkannte Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen sei gemäß §§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 Abs. 1 BGB begründet.

18

Die Beklagte hat gegen das ihr am 23.08.2019 zugestellte Endurteil mit Schriftsatz vom 06.09.2019 (Bl. 158/159 d.A.) Berufung eingelegt, die sie nach antragsgemäßer Fristverlängerung (vgl. Bl. 166 d.A. und Bl. 170 d.A.) mit Schriftsatz vom 23.12.2019 (Bl. 171/179 d.A.) begründet hat.

19

Die Beklagte führt zur Begründung ihrer Berufung Folgendes aus:

20

Die in der Schweiz ansässige e. AG setze für die von ihr angebotene Beratung per Videoverbindung ausschließlich in der Schweiz oder in der EU zugelassene erfahrene Mediziner und Notfallärzte mit langjähriger Erfahrung und Spezialisierung auf Fernbehandlungen ein. Derartige Video-Online-Konsultationen seien in der Schweiz schon seit einigen Jahren erlaubt. Die Tätigkeit der Ärzte der e. AG beschränke sich auf die Beratung bei allgemeinen medizinischen Problemen wie z.B. Fieber, Grippe, Erkältungen, Gelenkschmerzen, die rund 90% der Fälle darstellten, weswegen Patienten zum Arzt gingen. Die e. AG könne naturgemäß keine Befunderhebung mit bildgebenden Verfahren durchführen und weise auf ihrer Homepage ausdrücklich darauf hin, dass in akuten Fällen der Besuch einer Arztpraxis oder eines Krankenhauses unumgänglich sei. Im Zuge der Videokonsultation treffe der Arzt die Entscheidung, ob eine Zuweisung an eine geeignete medizinische Institution nötig oder ob eine Handlungsempfehlung zur Selbstbehandlung möglich sei. Durch den Einsatz von ausschließlich in der Schweiz oder der EU approbierten, qualitativ mit den deutschen ebenbürtigen Ärzten, die Erfahrungen bei Video-Konsultationen hätten, sei gewährleistet, dass keine Diagnosen oder Behandlungen durchgeführt würden, die per Video-Konsultation nicht möglich seien.

21

Wie schon erstinstanzlich vorgetragen, liefen erhebliche Bestrebungen und Änderungen der Rechtslage darauf hinaus, dass Onlinebehandlungen zulässig seien oder in Kürze zulässig würden. So habe der 121. Deutsche Ärztetag die Aufhebung des ausschließlichen Fernbehandlungsverbotes beschlossen. Fast alle Landesärztekammern hätten sich in den letzten 12 Monaten für eine Änderung ihrer Berufsordnung ausgesprochen. Die Bundesregierung habe ebenfalls Anpassungen angekündigt, die die Digitalisierung im Gesundheitssektor weiter erleichtern sollten. Dementsprechend sei auf das Digitale Versorgungsgesetz hinzuweisen, durch das § 9 HWG in Satz 2 nunmehr dahingehend ergänzt worden sei, dass das

Werbeverbot nach § 9 Satz 1 HWG nicht auf die Werbung für Fernbehandlungen anzuwenden sei, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgten, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich sei.

22

Soweit das Landgericht darauf abstelle, dass eine Werbung nur für Behandlungen zulässig sei, bei denen der behandelnde Arzt eine eigene Wahrnehmung der zu behandelnden Person konkret und individuell erlange und sich diagnostisch und therapeutisch hierzu äußere, sei festzustellen, dass die streitgegenständlichen Videokonsultationen derartige eigene Wahrnehmungen erlauben würden. Sofern eine Wahrnehmung per Video nicht ausreiche, sei der Behandelnde selbstverständlich verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der Patient auf die Notwendigkeit des Aufsuchens einer geeigneten medizinischen Institution hingewiesen werde, was aber in bis zu 90% aller Fälle, weswegen Patienten einen Arzt aufsuchten, nicht nötig sei. Auch die Heranziehung von Art. 90 lit. a) RL 2001/83/EG (Gemeinschaftskodex) sei nicht geeignet, die Entscheidung des Landgerichts zu stützen. Die Beklagte werbe nicht damit, dass eine ärztliche Untersuchung oder ein chirurgischer Eingriff überflüssig wäre, sondern damit, dass ein Arzt die Patienten online per Echtzeitvideo berate und beurteile, ob er eine Handlungsempfehlung für eine Selbstbehandlung abgeben könne oder den Patienten an einen niedergelassenen Arzt oder ein Krankenhaus verweisen müsse. Die Untersuchung durch die e. AG erfolge auch nicht „auf dem Korrespondenzwege“ im Sinne von Art. 90 lit. a) RL 2001/83/EG, sondern im Wege einer Echtzeit-Video-Konsultation. Soweit das Erstgericht ferner meine, dass das Werbeverbot den Hintergrund habe, dass partielle Informationen kein ganzheitliches Bild erzeugen könnten, die der Heilkundige nur bei einer persönlichen Wahrnehmung und Untersuchung des Patienten gewinnen könne, sei anzumerken, dass diese Gefährdung auch bei persönlicher Vorstellung des Patienten bei einem Behandler bestehen könne, etwa bei einem praktischen Arzt, der einen Hausbesuch mache und aufgrund der Symptome des Patienten mangels unmittelbar zugänglicher Untersuchungsmittel (z.B. MRT) keine Diagnose stellen könne. Die Videokonsultation der e. AG erlaube Diagnoseerstellungen und Behandlungsempfehlungen in bis zu 90% aller Erkrankungen, wegen derer Patienten niedergelassene Ärzte aufsuchten. Unter der Voraussetzung, dass die Möglichkeiten der Videokonsultation nicht überschritten würden, sei daher die öffentliche Gesundheit und das individuelle Gesundheitsinteresse ebenso wenig gefährdet, wie bei einer persönlichen Untersuchung durch einen Arzt vor Ort, der seine Untersuchungsmöglichkeiten nicht überschreite. Dies werde durch Art. 5 Digitales Versorgungsgesetz und § 9 Satz 2 HWG n.F. de lege ferenda anerkannt. Die Annahme des Klägers, die beworbene Online-Videokonsultation ermögliche hier keine eigene Wahrnehmung an den zu behandelnden Patienten, weil eine solche eine persönliche Inaugenscheinnahme und Untersuchung voraussetze, sei falsch, da eine Videokonsultation eine eigene Wahrnehmung des Patienten ermögliche, indem der Arzt den Patienten sehe und mit ihm sprechen könne. Dass dies in vielen Fällen ausreichend und z.B. bei Unerreichbarkeit oder schwerer Erreichbarkeit eines Arztes lebensrettend sein könne, zumindest aber eine große Hilfe für die Patienten darstelle, ergebe sich auch daraus, dass die Bundes- und Landesärztekammer, wie auch die Bundesregierung und der Bundestag mittlerweile gewillt seien, solche Videobehandlungen und die Werbung hiermit zuzulassen.

23

Auch die Argumentation des Landgerichts, § 9 HWG verbiete jede Art der Werbung über Online-Behandlungen, unabhängig davon, ob das beworbene Behandlungsmodell als solches zulässig sei, sei unrichtig. Vielmehr sei den Ausführungen von Prof. Sp. in dem für die Klägerin erstellten Gutachten (Anlage KR 3) zu folgen, wonach die Vorschrift des § 9 HWG akzessorisch sei. Sei die Untersuchungs- und Behandlungsmethode ärztlich zulässig, könne eine Werbung damit nicht verboten werden, weil dadurch nicht für etwas geworben werde, was dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und des individuellen Gesundheitsinteresses widerspreche. Das Landgericht unterliege insoweit einem unzulässigen Zirkelschluss: Die Werbung sei seiner Ansicht nach unzulässig, weil dadurch der Schutz der öffentlichen Gesundheit und des individuellen Gesundheitsinteresses gefährdet wäre. Sei aber Letzteres, wie dargelegt und auch vom Gesetzgeber soeben bestätigt, nicht der Fall, entfalle jeder Grund für das Verbot der Werbung mit einer zulässigen Untersuchung oder Behandlung.

24

Die Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts München I vom 16.07.2019 wird die Klage abgewiesen.

25

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

hilfsweise mit der Maßgabe, dass im Tenor I. (Seite 2, drittletzte Zeile) das Wort „insbesondere“ entfällt.

26

Der Kläger führt hierzu Folgendes aus: Die Beklagte stelle den Hintergrund der angegriffenen Werbung geschönt und unzutreffend dar. Die von der Klägerin angegriffene Werbung der Beklagten enthalte keine Einschränkung bezüglich der angepriesenen Fernbehandlung, etwa dahingehend, den Patienten einen analogen Arztbesuch zu ersparen, soweit dieser nicht nötig sei und durch eine Video-Konsultation ersetzt werden könne. Im Gegenteil werde dem angesprochenen Verkehr suggeriert, dass ab jetzt grundsätzlich keine „nervigen“ Arztbesuche mehr nötig und die Komplettversorgung von der Diagnose bis zur Krankschreibung über das Smartphone erhältlich sei (vgl. Anlage KR 1 b: „Bleib einfach im Bett, wenn Du zum Arzt gehst. Vorbei ist die Zeit in der du dich mit Schnupfen zum Arzt schleppen musstest. Ab jetzt erhältst du Diagnosen und Krankschreiben direkt über dein Smartphone. Ohne zusätzliche Kosten wenn du bei o. versichert bist“.)

27

Die Beklagte gestehe zu, dass die Video-Konsultation in Wahrheit nur eine eingeschränkte Befunderhebung und Diagnose zulasse und dass sie in einer Vielzahl von Fällen gar nicht weiterhelfen könne. Damit zeige die Beklagte selbst auf, dass ihre Werbung mit einer uneingeschränkten und umfassenden Diagnose per Smartphone irreführend im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG sei und den Verkehr über die angeblich umfassenden Möglichkeiten der Fernbehandlung täusche.

28

An der Unlauterkeit der Werbung der Beklagten habe sich auch durch die Gesetzesänderung des § 9 HWG nichts geändert. Hintergrund der Ergänzung der Vorschrift sei die zuvor durch Beschluss des 121. Deutschen Ärztetages erfolgte Anpassung des ärztlichen Berufsrechts im Hinblick auf Fernbehandlungen (vgl. § 7 Abs. 4 BOÄ Bayern). Die neuen gesetzlichen Regelungen brächten ein klares Regel-Ausnahmeverhältnis zum Ausdruck. Die Regel sei die persönliche Behandlung eines Patienten durch den Arzt. Die Ausnahme sei, dass in geeigneten - vom Arzt stets gesondert zu prüfenden - Einzelfällen eine Fernbehandlung stattfinden könne. An der gesundheitspolitischen Grundentscheidung, dass Fernbehandlungen stets nur der Ausnahmefall sein könnten, habe sich somit nichts geändert. Ärztliche Primärversorgung im Wege der Fernbehandlung sei weiterhin verboten. Der neue Satz 2 des § 9 HWG (vgl. Wortlaut: „... wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit den zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist“) erlaube somit weiterhin keine pauschale Werbung mit Fernbehandlungen von der Diagnose bis zur Krankschreibung (siehe auch die von der Beklagten als Anlage BLD 9 vorgelegte Bekanntmachung der Bundesärztekammer vom 22.03.2019 zu § 7 Abs. 4 BOÄ, „Vorbemerkungen“).

29

Ein digitales Primärversorgungsmodell, bei dem im Ausland sitzende Ärzte regelmäßig eine ausschließliche Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien durchführten, sei nach wie vor eindeutig verboten. Die Beklagte werbe jedoch pauschal und ohne jegliche Einschränkung mit Diagnosen und Krankschreibungen per Smartphone. Gerade die uneingeschränkte Werbung der Beklagten für Krankschreibungen per Smartphone entspreche nicht dem fachlichen Standard, dem Ärzte in Deutschland unterlägen, wie bereits erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 08.07.2019, Seiten 5 ff. ausgeführt. Sowohl § 9 HWG, als auch § 7 Abs. 4 BOÄ Bayern erlaubten Fernbehandlungen im Einzelfall, wenn nach dem allgemeinen fachlichen Standard ein persönlicher Kontakt nicht nötig sei bzw. die erforderliche ärztliche Sorgfalt dem nicht entgegenstehe. Der 121. Deutsche Ärztetag habe ausweislich der bereits vorgelegten Anlage KR 5 (dort Seite 298) im Zuge der Änderung von § 7 Abs. 4 BOÄ Bayern beschlossen, dass die Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung abgelehnt werde, wenn es wegen einer ausschließlichen Fernbehandlung zu keinem persönlichen Kontakt zwischen Arzt und Patient gekommen sei. Dieser Beschluss des Deutschen Ärztetages stelle eine sachverständige Aussage der deutschen Ärzteschaft dahingehend dar, dass es ärztlich nicht vertretbar und mit der erforderlichen ärztlichen Sorgfalt nicht vereinbar sei, Krankschreibungen aufgrund einer ausschließlichen Begutachtung des Patienten über Fernkommunikationsmittel vorzunehmen. Die Ausnahme für eine ausschließliche Beratung oder

Behandlung über Kommunikationsmedien im Einzelfall in § 7 Abs. 4 BOÄ Bayern erfasse daher gerade nicht die Krankschreibung. Die Werbung der Beklagten für eine Krankschreibung per Smartphone sei somit ein Rechtsbruch und damit unlauter.

30

Die aktuelle Fassung des § 9 HWG könne auch nicht teleologisch reduziert werden. Die Vorschrift sei im Lichte der aktuellen gesundheitspolitischen Diskussion, die im erstinstanzlichen Verfahren von den Parteien diskutiert worden sei, vom Gesetzgeber angepasst und gerade nicht abgeschafft worden. Der Gesetzgeber habe dabei alle widerstreitenden Interessen der beteiligten Normadressaten bedacht und vor allem seinen aktuellen Willen mit der Neufassung zum Ausdruck gebracht. Der Sinn und Zweck der Vorschrift ergebe sich damit eindeutig aus dem neu gefassten Wortlaut, der weiterhin eine pauschale Werbung für Fernbehandlungen verbiete. Eine soeben erst nach ausführlicher Diskussion neu gefasste Vorschrift könne nicht teleologisch reduziert werden.

31

Die Beklagte erwidert hierauf: Der Untersagungstenor des Ersturteils enthalte ein ganz generelles Verbot, Patienten anzubieten, Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen über ihr Smartphone von Ärzten, die im Ausland sitzen, zu erlangen. Dies gelte nach dem Ersturteil „insbesondere“, also auch nicht nur dann, wenn dies auf die Weise geschieht, wie die Beklagte dies in ihrer mittlerweile in dieser Form nicht mehr betriebenen Internetseite angeboten habe. Dies sei in dieser pauschalen Form de lege lata nicht mehr untersagt. Vielmehr sei nach § 9 Satz 2 HWG in der mittlerweile geltenden Fassung eine Werbung für Fernbehandlungen, die über Verwendung von Kommunikationsmedien erfolge, zulässig, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich sei. Zwischen Untersagungsanspruch im Tenor des Ersturteils und der nunmehrigen Gesetzeslage gebe es mithin ein Delta zum Nachteil der Beklagten. Soweit die Klägerin versuche, dieses Problem dadurch umgehen zu können, dass sie ausführe, eine pauschale Werbung für Fernbehandlungen führe das Publikum in die Irre, verkenne sie die Rechts- und Sachlage, da nämlich die beteiligten Verkehrskreise sehr wohl wüssten, dass eine Werbung nicht alle Eventualitäten berücksichtigen könne, und daher zulässiger Weise pauschalisieren dürfe, so dass der Inhalt des konkreten Angebots vom Interessenten noch weiter zu prüfen sei. Die Beklagte könne sich nicht vorstellen, dass die Klägerin tatsächlich meine, potenzielle Versicherungsnehmer oder Patienten würden allen Ernstes unterstellen, dass im Wege der Fernbehandlung etwa eine Blinddarmoperation durchgeführt werden könne. Es habe sich in der Allgemeinheit vermutlich auch herumgesprochen, dass z.B. Kassenpatienten zunächst einen Allgemeinarzt aufzusuchen hätten, der sie, wenn seine Kompetenz nicht ausreiche, an einen Facharzt überweise. Anders ausgedrückt, kein Kassenpatient erwarte, dass ein Allgemeinarzt, den er persönlich in seiner Praxis aufsuche, alle Krankheiten diagnostizieren oder gar behandeln könne. Auch, bzw. vor allem gerade die junge, digitalaffine Generation kenne sehr wohl die Grenzen der Möglichkeiten des Internets. Unter Berücksichtigung dieser Umstände und der Tatsache, dass Werbung nicht alles „Kleingedruckte“ enthalten müsse, sei die in dieser Form nicht mehr betriebene Werbung der Beklagten für Online-Arztkonsultationen jedenfalls unter Berücksichtigung des neuen § 9 HWG nicht zu beanstanden.

32

Allerdings sei die Werbung der Beklagten auch nach der alten Gesetzeslage des § 9 HWG nicht unzulässig gewesen, da diese Vorschrift - wie bereits dargelegt - akzessorisch auszulegen sei. Das Argument der Klägerin, dass bei der Neufassung des § 9 HWG dieser Punkt berücksichtigt worden sei, sei nicht überzeugend, denn aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich das nicht. Es sei also durchaus möglich, dass dieser Punkt bei der Neufassung wie auch bei der Erstfassung überhaupt nicht beachtet worden sei. Unabhängig davon seien Gesetze autonom auszulegen, mit der Folge, dass die Auslegung von der Gesetzesbegründung abweichen könne.

33

Ergänzend wird auf die von den Prozessbevollmächtigten eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 09.07.2020 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

II.

34

Die gemäß § 511 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige, insbesondere gemäß §§ 519 Abs. 1, Abs. 2, 517 ZPO form- und fristgerecht eingelegte und gemäß § 520 Abs. 2, Abs. 3 ZPO begründete Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

35

1. Der vom Kläger gegen die Beklagte mit Klageantrag zu Ziffer I. geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, §§ 3 Abs. 1, 3a UWG i.V.m. § 9 HWG ist - auch unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage (vgl. § 9 S. 2 HWG in der seit dem 19.12.2019 geltenden Fassung) - begründet.

36

a) Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei auf den streitgegenständlichen Sachverhalt nach Art. 6 Abs. 1 der Rom-II-Verordnung deutsches Recht angewandt, da die angegriffene Werbung der Beklagten unter der deutschsprachigen Internetseite www.o.de unstreitig in Deutschland erfolgt ist. Bei Werbemaßnahmen liegt der Marktort grundsätzlich dort, wo die Werbemaßnahme auf den Kunden einwirkt, selbst wenn der spätere Absatz auf einem anderen Markt stattfinden soll (BeckOGK/Poelzig/Windorfer, 1.8.2018, Rom-II-VO Art. 6 Rn. 78). Auch knüpft der Unlauterkeitsvorwurf des § 9 HWG an die in Deutschland erfolgte Werbung als solche an (vgl. BGH GRUR 2016, 513 Rn. 14 - Eizellspende).

37

b) Hinsichtlich des auf Wiederholungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruchs ist die Klage nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme rechtswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. z. B. BGH GRUR 2018, 438 Rn. 9 - Energieausweis m.w.N.). Vorliegend wurde die gesetzliche Regelung des § 9 HWG mit Wirkung zum 19.12.2019 - also nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils vom 16.07.2019 - durch den neu eingefügten Satz 2 ergänzt, der das in Satz 1 normierte Werbeverbot für Fernbehandlungen unter bestimmten Voraussetzungen für nicht anwendbar erklärt. Demnach hat der Senat zu beurteilen, ob das beanstandete Verhalten der Beklagten - wie vom Landgericht bejaht - nach bisherigem Recht (§ 9 HWG a. F.) unzulässig war sowie bejahendenfalls, ob die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens auch nach Einführung des § 9 Satz 2 HWG n. F. weiterhin gegeben ist.

38

c) Die Beklagte ist Adressatin der Regelung des § 9 HWG, so dass eine täterschaftliche Haftung für die von ihr selbst vorgenommene Werbung inmitten steht. Das Heilmittelwerbegesetz richtet sich an jeden Werbungstreibenden, d. h. an alle natürlichen oder juristischen Personen, die an der Verbreitung einer als Werbung im Sinne des Gesetzes einzustufenden Aussage beteiligt bzw. hierfür verantwortlich sind.

39

d) Die Beklagte hat über ihren Internetauftritt unter „o...de“ für ärztliche Fernbehandlungen in Form eines sogenannten digitalen Arztbesuches geworben, wobei mittels einer App in Deutschland lebenden Patienten, die bei dem Tochterunternehmen der Beklagten, der o. Krankenversicherung AG, krankenversichert sind, angeboten wird, über ihr Smartphone per Videoverbindung von in der Schweiz ansässigen Ärzten Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen zu erlangen, wie aus den Anlagen KR 1a und KR 1b ersichtlich. Diesbezüglich ist der Klageantrag im Hauptantrag - entgegen den Ausführungen des Landgerichts auf Seite 33 unter Ziff. 7. des angegriffenen Urteils - nicht auf die konkrete Verletzungsform beschränkt, was sich aus der den abgelichteten Screenshots vorangestellten Formulierung „insbesondere...“ ergibt. Der mit „insbesondere“ eingeleitete Teil eines Unterlassungsantrags dient der Erläuterung des in erster Linie beantragten abstrakten Verbots, indem er beispielhaft verdeutlicht, was unter der im abstrakten Antragsteil genannten Form zu verstehen ist (st. Rspr., vgl. BGH GRUR 2016, 705 Rn. 13 - ConText; BGH GRUR 2012, 945 Rn. 22 - Tribenuronmethyl; BGH WRP 2019, 68 Rn. 21 - Jogginghose; vgl. auch Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 38. Aufl. 2020, UWG § 12 Rn. 2.46). Daher kommt es bei der Beurteilung maßgeblich auf den abstrakten Teil des Unterlassungsantrags an.

40

Dieser bezieht sich vorliegend auf die Werbung „für ärztliche Fernbehandlungen in Form eines digitalen Arztbesuches, wobei mittels einer App in Deutschland lebenden Patienten, die bei der o. Krankenversicherung AG krankenversichert sind, angeboten wird, über ihr Smartphone von Ärzten, die im Ausland sitzen, Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen zu erlangen“. Mit dieser Antragsformulierung will der Kläger also untersagt wissen, dass pauschal Fernbehandlungen als universelle

Methode - von der Diagnose über die Therapieempfehlung bis zur Krankschreibung - beworben werden, indem ein digitales Primärversorgungsmodell angepriesen wird, bei dem in Deutschland befindliche Patienten durch ausländische Ärzte Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen erhalten können, ohne dass sie hierfür persönlich zum Arzt gehen müssen. Dies ergibt sich aus der Formulierung des Antrags („...Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen...“ anstelle „und/oder“), aus der im „insbesondere-Zusatz“ beispielhaft angeführten Verletzungsform und aus den Ausführungen der klägerischen Antragsbegründung (vgl. insbes. Klageschrift, S. 8/9; Schriftsatz vom 08.07.2019, S. 4 unten/S. 5 oben; Berufungserwiderung vom 12.02.2020, S. 2 unten/S. 3 oben, S. 5 unten, S. 6 unten/S. 7 oben; Schriftsatz vom 30.06.2020, S. 2, erster Abs. sowie S. 5 unten).

41

Der Senat erachtet diesen Unterlassungsantrag im Hauptantrag aus den nachstehenden Erwägungen als begründet, so dass über den im Termin gestellten Hilfsantrag nicht zu entscheiden war.

42

e) Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die streitgegenständliche Werbung im Zeitpunkt ihrer Vornahme auf der Grundlage des § 9 HWG in der bis zum 19.12.1019 geltenden Fassung unzulässig war.

43

aa) Die Regelung des § 9 HWG (a. F.) untersagt eine Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen beruht. Eine Fernbehandlung im Sinne dieser Vorschrift ist anzunehmen, wenn allein aufgrund einer schriftlichen, fernmündlichen, über andere Medien oder Dritte auf Distanz vermittelten Information eine Diagnose gestellt oder ein Behandlungsvorschlag erteilt wird, ohne den Patienten persönlich gesehen bzw. untersucht zu haben (vgl. Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 9 HWG Rn. 2; OLG München, GRUR-RR 2012, 435, 436 - Unsere Experten sind für Sie da). Demnach fällt auch die hier streitgegenständliche Werbung mit einer Online-Video-Konsultation unter das Werbeverbot des § 9 HWG (a. F.).

44

bb) Das Landgericht ist dabei mit zutreffender Begründung davon ausgegangen, dass entgegen dem Vorbringen der Beklagten keine einschränkende Auslegung des § 9 HWG (a. F.) dahingehend vorzunehmen ist, dass das Werbeverbot akzessorisch die Unzulässigkeit der beworbenen Behandlung voraussetzt, so dass es auch nicht auf die zwischen den Parteien streitigen Fragen ankommt, ob sich die Tätigkeit der ausländischen Ärzte nach den (inhaltlich unterschiedlichen) Berufsordnungen der Landesärztekammern in Deutschland oder nach dem Recht des Landes, in dem die behandelnden Ärzte ansässig sind, richtet bzw. ob die beworbenen Fernbehandlungen nach schweizerischem Recht zulässig sind.

45

Die Vorschriften des Heilmittelwerbegesetzes dienen dem Schutz vor konkreten Gesundheitsgefährdungen (Art. 2 Abs. 2 GG/Art. 3 Abs. 1 EU-Grundrechte-Charta), welche dadurch entstehen können, dass der Verkehr durch irreführende oder eindringliche Werbung dazu verleitet wird, sich nutzlosen oder schädlichen Behandlungsmitteln oder -methoden zu bedienen (vgl. Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 219. EL, April 2018, Vorbem. Rn. 2). Das in § 9 HWG normierte Verbot der Werbung mit Fernbehandlungen zielt darauf ab, dass derartigen grundsätzlich bedenklichen Behandlungsformen, die ohne die persönliche Inaugenscheinnahme und Untersuchung des Patienten erfolgen, nicht durch werbliche Anreize Vorschub geleistet wird (vgl. Nomos-BR/Zimmermann, HWG, 2012, § 9 Rn. 1; vgl. auch Braun, MedR 2018, 563, 565 - Die Zulässigkeit von ärztlichen Fernbehandlungsleistungen nach der Änderung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä). Dabei kommt § 9 HWG ein eigener Regelungsgehalt zu, indem er nicht die Fernbehandlung an sich verbietet, sondern die Werbung hierfür (so bereits Senat, Urt. vom 25.10.2018, Az. 6 U 61/18; s.a. KG, Urt. vom 03.12.2019, Az. 5 U 45/19, MD 2020, 205; a. A. Spickhoff, MedR 2018, 535, 542 - Rechtsfragen der grenzüberschreitenden Fernbehandlung, der von einer Akzessorietät des Werbeverbots nach § 9 HWG zum standesrechtlichen Fernbehandlungsverbot ausgeht; vgl. auch Parteigutachten Prof. Spickhoff vom 12.12.2017, Anlage K 3). Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf verwiesen, dass das Heilmittelwerbegesetz auch in anderen Bereichen absolute Werbeverbote enthält, wie etwa in § 5 (Werbung mit Anwendungsgebiet bei homöopathischen Arzneimitteln), § 8 Satz 2 (Werbung für das

Beziehen bestimmter Arzneimittel im Wege der Einzeleinfuhr) und § 11 HWG (verbotene Werbemaßnahmen außerhalb von Fachkreisen). Der mit dem Werbeverbot nach § 9 HWG verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG/Art. 15 Abs. 1 der EU-Grundrechte-Charta) und in die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG/Art. 11 Abs. 1 EU-Grundrechte-Charta) ist im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 GG/Art. 3 Abs. 1 EU-Grundrechte-Charta verfassungsrechtlich gerechtfertigt, weil durch die Werbung mit einer Fernbehandlung allgemein Gefahren für die Gesundheit der betroffenen Patienten begründet werden können (vgl. bereits Senat, Urteil vom 25.10.2018, Az.: 6 U 61/18). Vor diesem Hintergrund ist § 9 HWG auch nicht im Hinblick auf die nach Art. 56 AEUV geschützte Dienstleistungsfreiheit einschränkend auszulegen und anzuwenden. Denn das Werbeverbot für Fernbehandlungen ist durch das zwingende Gemeinwohl des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt (vgl. Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 52 Abs. 1 AEUV; Streinz/Müller-Graff, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 56 Rn. 107). Dabei ist es nach der Rechtsprechung des EuGH Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll, insoweit ist den Mitgliedstaaten also ein Wertungsspielraum zuzuerkennen (EuGH GRUR-Int. 2012, 1034 Rn 28 - Susisalo u.a. / FIMEA u. a.). Der europäische Gesetzgeber hat im Übrigen mit der Regelung in Art. 90 lit. a) der Richtlinie 2001/83/EG anerkannt, dass ein entsprechendes Werbeverbot geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein kann, um das Ziel eines verbesserten Schutzes der allgemeinen Gesundheit zu erreichen.

46

f) An der Unzulässigkeit der hier angegriffenen Werbung der Beklagten hat sich auch durch die nach Verkündung des Ersturteils ergänzte gesetzliche Regelung des § 9 Satz 2 HWG in der Fassung ab dem 19.12.2019 nichts geändert.

47

aa) Zunächst ist festzustellen, dass der Gesetzgeber das grundsätzlich geltende Verbot einer Werbung für Fernbehandlungen nach § 9 Satz 1 HWG beibehalten hat. Eine Ausnahme hiervon ist nach dem nunmehr neu hinzugefügten Satz 2 des § 9 HWG nur in solchen Fällen vorgesehen, in denen „nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist“. Der Gesetzgeber hat mit dieser Novellierung dem Beschluss des 121. Deutschen Ärztetages Rechnung getragen, mit dem eine Anpassung des ärztlichen Berufsrechts im Hinblick auf Fernbehandlungen favorisiert wurde. Damit reagiert die Ärzteschaft auf den durch die Digitalisierung bedingten Wandel der Gesundheitsversorgung. Nach der Begründung zur Neuregelung in § 7 Abs. 4 MBO-Ä (welche lautet: „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.“, vgl. auch die entsprechende Regelung in § 7 Abs. 4 BOÄBayern) soll der Grundsatz der ärztlichen Beratung und Behandlung im persönlichen Kontakt zwischen Arzt und Patient, das heißt unter physischer Präsenz des Arztes, weiterhin den „Goldstandard“ ärztlichen Handelns darstellen. In Bezug auf den einzelnen Behandlungsfall soll aber mit der zukünftigen Regelung unter Wahrung der dort genannten Voraussetzungen eine Beratung und Behandlung ausschließlich aus der Ferne über Kommunikationsmedien erlaubt sein, um den Patienten mit der Fort- und Weiterentwicklung telemedizinischer, digitaler, diagnostischer und anderer vergleichbarer Möglichkeiten eine dem anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse entsprechende ärztliche Versorgung anbieten zu können, wobei allerdings telemedizinische Primärarztmodelle zu vermeiden seien (vgl. Vorbemerkung der Bekanntmachung der Bundesärztekammer vom 22.03.2019 zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä, Anlage BLD 9; Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetags, Seiten 293, 294, Anlage KR 5). Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber auch in der Regelung des § 9 HWG n. F. an der grundsätzlichen Wertung festgehalten, dass eine Werbung für Fernbehandlungen im Interesse der Vermeidung der mit einer solchen Werbung verbundenen Gefahren für die allgemeine Gesundheit im Allgemeinen untersagt ist (§ 9 Satz 1 HWG n. F.). Lediglich unter den in Satz 2 beschriebenen Voraussetzungen, nämlich „wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist“, ist die Werbung mit Fernbehandlungen nunmehr gesetzlich erlaubt. Dabei ist im Rahmen der Regelung des § 9 Satz 2 HWG eine abstraktgeneralisierende Bewertung erforderlich, da sich die Werbung unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation an eine Vielzahl individuell nicht näher bestimmbarer Personen richtet (vgl. Begründung zum Referentenentwurf zum Digitalen Versorgungs-

Gesetz, Anlagen KR 12/BLD 13, S. 83). Nach der Begründung des Referentenentwurfs zum Digitalen Versorgungs-Gesetz (vgl. Anlagen KR 12/BLD 13, Seite 83) dürfen dabei nur solche Fernbehandlungen bei Menschen beworben werden, bei denen die Einhaltung anerkannter fachlicher Standards gesichert ist, wenn also nach dem anerkannten medizinischen Stand der Erkenntnisse eine ordnungsgemäße Behandlung und Beratung unter Einsatz von Kommunikationsmedien grundsätzlich möglich ist.

48

bb) Im Streitfall hat die Beklagte ein digitales Primärversorgungsmodell beworben, bei welchem in der Schweiz ansässige Ärzte gegenüber den in Deutschland lebenden Adressaten der Werbung mittels einer App Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen durchführen, wobei „alternativ zum traditionellen Arztbesuch“ der „digitale Arztbesuch per App“ angepriesen wird („Bleib einfach im Bett, wenn Du zum Arzt gehst“). Es wird damit geworben, dass „erstmal in Deutschland“ die komplette ärztliche Versorgung, nämlich „Diagnosen, Therapieempfehlung und Krankschreibung“, mittels einer App online erfolgen könne („Alles per App“). Hierzu führen die Beklagten in ihrer Berufungsbegründung aus, dass in rund 90% der Fälle, weswegen Patienten einen Arzt aufsuchten, eine persönliche Konsultation des Arztes nicht notwendig sei. Diese nicht belegte Behauptung erscheint allerdings wenig nachvollziehbar, nachdem grundsätzlich jeder Krankheitsverdacht nach allgemeinen fachlichen Standards eine Basisuntersuchung erfordert, in der Regel unmittelbar durch Funktionsprüfungen (etwa von Atmung, Kreislauf, Blutdruck) und Besichtigungen, Abtasten, Abklopfen und Abhören des Körpers sowie ggf. der Erhebung weiterer Laborwerte (vgl. Katzenmeier, NJW 2019, 1769 m.w.N. - Haftungsrechtliche Grenzen ärztlicher Fernbehandlung). Bei einer ausschließlichen Videokonsultation, wie sie im Streitfall beworben wurde, muss sich der Arzt demgegenüber von vornherein auf eine verkürzte Wahrnehmung bei der Anamnese verlassen. Der im Fall einer ausschließlichen Fernbehandlung naheliegende Vorwurf einer Vernachlässigung der Befunderhebungspflicht muss den behandelnden Arzt grundsätzlich zu Vorsicht und Zurückhaltung veranlassen, so dass auch nach der Reform des § 7 Abs. 4 MBO-Ä bzw. der Berufsordnungen der Landesärztekammern (die insoweit unterschiedliche Neuregelungen aufweisen) bei dem geringsten Zweifel umgehend eine persönliche Untersuchung des Patienten zu veranlassen sein wird (vgl. Katzenmeier a.a.O.). 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 durch in der Schweiz sitzende Ärzte wird von dem Ausnahmetatbestand des § 9 Satz 2 HWG n. F., wonach vorausgesetzt wird, dass ein ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nach allgemein anerkannten Standards in den beworbenen Fällen nicht erforderlich ist, in dieser generellen Weite somit nicht gedeckt. Zwar wird dem von der Werbung angesprochenen potenziellen Patienten, wie von der Beklagten geltend gemacht, grundsätzlich bewusst sein, dass im Wege einer Fernbehandlung in tatsächlicher Hinsicht nur begrenzte Diagnose- und Behandlungsmöglichkeiten des Arztes bestehen, also je nach Krankheitsbild weitergehende Untersuchungen und ärztliche Eingriffe erforderlich sein können. Die streitgegenständliche Werbung berücksichtigt aber nicht, dass auch im Rahmen dieser tatsächlich eingeschränkten Möglichkeiten eine Werbung für Fernbehandlungen nicht generell zulässig ist, sondern nur unter der Voraussetzung, dass bei Einhaltung allgemein anerkannter fachlicher Standards kein persönlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen erforderlich ist im Sinne des § 9 Satz 2 HWG. Wollte man die hier streitgegenständliche Werbung unter die Ausnahmeregelung des § 9 Satz 2 HWG subsumieren, würde das grundsätzliche Werbeverbot für Fernbehandlungen nach § 9 Satz 1 HWG im Übrigen praktisch leerlaufen.

49

Soweit sich die angegriffene Werbung der Beklagten auf Krankschreibungen im Wege der Online-Videokonsultation bezieht, ist dem Kläger weiterhin darin zuzustimmen, dass nach allgemeinen fachlichen Standards (s.a. § 25 Satz 1 MBO-Ä) ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen - gerade bei Patienten, die dem Arzt persönlich unbekannt sind, wie im streitgegenständlichen Fall - grundsätzlich erforderlich ist im Sinne von § 9 Satz 2 HWG, so dass die Werbung für generelle Krankschreibungen per Videokonsultation durch im Ausland ansässige Ärzte nicht auf § 9 Satz 2 HWG gestützt werden kann (vgl. auch die Wertung des § 4 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie betreffend gesetzlich Versicherte, Anlage KR 7, S. 5, sowie die Entschließung des 121. Ärztetags 2018, Anlage KR 5, S. 298, wonach die Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung grundsätzlich abgelehnt wird, wenn es im Rahmen einer Fernbehandlung zu keinem persönlichen Arzt-Patienten-Kontakt kommt).

50

g) Die Regelung des § 9 HWG ist dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln im Sinne von § 3 a UWG (vgl. OLG München GRUR-RR 2012, 435, 436 - Unsere Experten sind für Sie da), wobei eine Verletzung der Bestimmung - welche dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher dient - geeignet ist, die Interessen der Verbraucher spürbar im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG zu beeinträchtigen (vgl. BGH GRUR 2012, 647 Rn. 42 - INJECTIO; OLG München, a.a.O.).

51

h) Die gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG erforderliche Wiederholungsgefahr wird durch die Verletzungshandlung indiziert und besteht mangels Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung seitens der Beklagten weiterhin fort. Dabei liegt das Charakteristische der angegriffenen Verletzungshandlung unter anderem darin, dass sich die streitgegenständliche Werbung auf Fernbehandlungen bezieht, die an in Deutschland lebenden Patienten durch im Ausland ansässige Ärzte durchgeführt werden, und ist somit die Wiederholungsgefahr - die grundsätzlich auch für kerngleiche Handlungen begründet wird - nicht auf die Bewerbung von Fernbehandlungen durch Ärzte aus der Schweiz beschränkt.

52

2. Das Landgericht hat dem Kläger auch zu Recht die geltend gemachte Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 267,50 EUR zu gesprochen, da die klägerische Abmahnung aus den unter 1. genannten Gründen berechtigt war (§ 12 Abs. 1 S. 2 UWG). Dabei kommt es für den Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung (§ 9 HWG a.F.) an (st. Rspr.; vgl. nur BGH, GRUR 2016, 392 Rn. 25 m.w.N. - Buchungssystem II; BGH GRUR 2018, 438 Rn. 9 - Energieausweis).

III.

53

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

54

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1, S. 2, 713 ZPO.

55

3. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen. Allein der Umstand, dass im Streitfall die neu eingeführte Regelung des § 9 S. 2 HWG anzuwenden war, ändert nichts daran, dass die Rechtssache, wie die Ausführungen unter II. zeigen, lediglich eine Einzelfallbeurteilung in Bezug auf die hier streitgegenständliche Werbung erfordert.