

Titel:

Rechtsbruch, Fernbehandlung, Telemedizin, Wettbewerbsrecht, Unterlassungsanspruch, Bestimmtheit des Klageantrags, Fachliche Standards

Schlagworte:

Rechtsbruch, Fernbehandlung, Telemedizin, Wettbewerbsrecht, Unterlassungsanspruch, Bestimmtheit des Klageantrags, Fachliche Standards

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 30.03.2023 – 17 HK O 2162/21

Rechtsmittelinstanzen:

BGH vom -- – I ZR 118/24

BGH, Aussetzungs- und Vorlagebeschluss vom 26.03.2026 – I ZR 118/24

Fundstellen:

MD 2024, 821

LSK 2024, 24763

Tenor

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts München I vom 30.03.2023, Az. 17 HK O 2162/21, abgeändert und wie folgt insgesamt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen am Geschäftsführer der Beklagten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr medizinische Auskünfte im Wege einer Ferndiagnose (Online Diagnose) zu bewerben, wenn dies geschieht wie im Internet unter der Domain <https://www.g.de> gemäß dem am 31. März 2020 zwischen 15:33:40 Uhr und 15:40:34 Uhr abgerufenen und ausgedruckten Ausdruck, Anlagenkonvolut K 3.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

II. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

III. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts in obiger Fassung sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung aus Ziffer 1. des landgerichtlichen Urteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von € 37.500,00 sowie im Übrigen durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe bzw. in Höhe von 115% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Entscheidungsgründe

I.

1

Der Kläger macht gegen die Beklagte wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche wegen unerlaubter Werbung für die Erteilung von medizinischen Auskünften im Wege einer Ferndiagnose (Online Diagnose) geltend.

2

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsgemäßer Aufgabe die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Einhaltung der Regeln des lautereren Wettbewerbs, gehört. Zu seinen Mitgliedern gehören u.a. die Ärztekammer H. und die Ärztekammer S. sowie 14 Ärzte und 4 Kliniken (vgl. Mitgliederliste, Anlage K 1).

3

Die Beklagte betreibt eine Internetseite, auf der Verbrauchern die Vermittlung einer ärztlichen Konsultation (Diagnose und Therapieempfehlung) hinsichtlich bestimmter Krankheitsbilder (Erektionsstörung, Haarausfall, vorzeitiger Samenerguss und Akne) (vgl. S. 4 der Anlage K 9) sowie der gegebenenfalls erforderliche Medikamentenbezug über eine kooperierende Versandhandelsapotheke angeboten werden. Zur Behandlung von Erektionsstörungen soll der Besucher dieses Online-Auftritts mittels eines online auszufüllenden Fragebogens eine „Online-Diagnose“ und eine ärztliche Verschreibung in Form eines Rezepts für ein Arzneimittel gegen die genannten Beschwerden erhalten. Die „Online-Diagnose“ beruht im Wesentlichen auf einem textbasierten Fragebogen zum Gesundheitszustand des Nutzers, zu Krankheitssymptomen, Unverträglichkeiten und zur Einnahme von Medikamenten. Ein persönlicher Kontakt mit einem der – vormals in Großbritannien bzw. seit dem Brexit in Irland ansässigen – Kooperationsärzte der Beklagten, eine Videoschleife oder ein Telefongespräch zwischen Patienten und Arzt erfolgen nicht. Die in Irland registrierten und ansässigen Partnerärzte der Beklagten stellen ein sogenanntes Privatrezept aus und leiten dieses an eine kooperierende Versandhandelsapotheke weiter, die den Versand der Medikamente (Potenzmittel) abwickelt.

4

Auf der streitgegenständlichen Webseite der Beklagten (Stand 31.03.2020) heißt es unter anderem (vgl. S. 13 – 15 der Anlage K 3/K 9):

„Wie funktioniert´s?

Das Ausfüllen des Fragebogens ist zwar erst der Anfang, aber gleichzeitig der wichtigste Schritt zu einem gesünderen Leben. Nach erfolgter Eingabe deiner Daten, werden diese nun vom Arzt geprüft. Sobald der Arzt die Behandlung bestätigt und dein Privatrezept ausstellt, wird die Apotheke informiert. Diese kümmert sich dann um den raschen, diskreten und zuverlässigen Versand.

Ausfüllen des Online Fragebogens

Das Ausfüllen unseres Online Fragebogens ermöglicht das Abfragen der für die Diagnose notwendigen Informationen, um eine sichere Einnahme der Medikamente zu garantieren.

Ärztliche Überprüfung des Fragebogens

Nach dem erfolgreichen Abschließen Deines Fragebogens, wird dieser von unseren Ärzten überprüft. Dies dient der Sicherheit deiner Gesundheit.

Rezeptausstellung durch den Arzt Wenn der Arzt nach der Überprüfung Deiner Daten die Behandlung als für die geeignet bestätigt, stellt er ein Privatrezept aus, das dann an die Apotheke geschickt wird.

(...)

Ist S. legal? Durch fortschreitende technische Möglichkeiten ist es uns möglich Dich telemedizinisch zu betreuen. Zudem öffnet sich der rechtliche Rahmen für die Telemedizin stetig. Derzeit arbeitet S. mit Ärzten aus dem Vereinigten Königreich zusammen, wo Fernbehandlungen und Fernverschreibungen rechtlich erlaubt sind. Dank der EU-Gesetzgebung kann dieser Service auch Bürgern aus Deutschland angeboten werden.“

5

Auf Seite 66 der Anlage K 9 heißt es weiter:

„Wer ist S. ?

S. ist eine Plattform, die es sich zur Mission gemacht hat, die Männergesundheit zu verbessern. Durch Telemedizin-Technologie kannst Du bei S. auf einem diskreten, bequemen und preisgünstigen Weg eine Behandlung von approbierten Ärzten erhalten.

Hierbei bieten unsere Ärzte den Nutzern eine komfortable und vertrauenswürdige Gesamtlösung aus Beratung und Medikation, ohne einer oft unangenehmen Begegnung.“

6

Zwischen den Parteien wurde vor Klageerhebung bereits ein einstweiliges Verfügungsverfahren geführt (Az. des Landgerichts München I: 17 HKO 5188/20; Az. OLG München: 29 U 3997/20), mit dem der Kläger die

Unterlassung des „Anbietens“ von Ferndiagnosen beehrte. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wurde in der Berufungsinanz zurückgenommen.

7

Der Kläger mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 18.01.2021 erfolglos ab (Anlage K 6).

8

Der Kläger greift die gesamte Webseite der Beklagten, vorgelegt als Anlage K3/K9, an. Er ist der Ansicht, die Beklagte verstoße mit ihrer Webseite gegen § 9 HWG, weil sie mit ihrer gesamten Webseite, insbesondere auch mit dem Anamnesebogen, die Behandlung von Krankheiten, Leiden und körperlichen Beschwerden mittels Fernbehandlung bewerbe. Zudem sei die Werbung auch irreführend im Sinne von § 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 UWG, da die Beklagte eine Leistung verspreche, die sie legalerweise nicht erbringen könne. Denn es sei Ärzten berufsrechtlich grundsätzlich untersagt, im Wege der Fernbehandlung tätig zu werden.

9

Der Kläger ist der Ansicht, der gestellte Unterlassungsantrag sei durch die Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform, bei der es sich um die gesamte Webseite der Beklagten handle, hinreichend bestimmt. Die Formulierung des Antrags entspreche den Vorgaben des Bundesgerichtshofes.

10

Seine Aktivlegitimation ergebe sich daraus, dass ihm eine erhebliche Anzahl von Gewerbetreibenden angehörten, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art wie diejenigen der Beklagten vertrieben.

11

Die Werbung für die Fernbehandlung sei auch nicht nach § 9 S. 2 HWG zulässig, weil für die angebotenen Fernbehandlungen nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen erforderlich sei. Bei § 9 S. 2 HWG handle es sich um eine Ausnahme vom generellen Werbeverbot für Fernbehandlungen. Daher sei die Beklagte für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Ausnahme darlegungs- und beweisbelastet.

12

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen am Geschäftsführer der Beklagten,

zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr medizinische Auskünfte im Wege einer Ferndiagnose (Online-Diagnose) zu bewerben, wenn dies geschieht wie im Internet unter der Domain <https://www.g.de> gemäß dem am 31.03.2020 zwischen 15:33:40 Uhr und 15:40:34 Uhr abgerufenen und ausgedruckten Ausdruck, Anlagenkonvolut K 3.

II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 238,00 Euro neben Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage zu zahlen.

13

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

14

Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Der Kläger habe seit 31.03.2020 Kenntnis von der angegriffenen Verletzungsform. Die Klageerhebung sei erst am 27.04.2021 erfolgt. Das vorangegangene Verfügungsverfahren bewirke keine Hemmung, weil dort das Verbot des „Anbietens“ von Ferndiagnosen begehrt worden sei und nicht, wie vorliegend, die „Bewerbung“ von Ferndiagnosen. Damit lägen unterschiedliche Streitgegenstände vor.

15

Die Beklagte ist der Ansicht, der Klageantrag sei nicht hinreichend bestimmt, weil nicht ersichtlich sei, welche Formulierungen und Passagen aus dem Anlagenkonvolut K 3 als unzulässig angesehen würden. Die Klage sei zudem auch unschlüssig. Bei den angegriffenen Anamnesefragen handele es sich um die zulässige ärztliche Behandlung und nicht um die Bewerbung der Fernbehandlung. Im Übrigen sei der Antrag zu weitgehend, weil er auch erlaubte Handlungen umfasse (bspw. die Impressumsangaben).

16

Darüber hinaus habe der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger zu den Voraussetzungen des § 9 S. 2 HWG nicht hinreichend vorgetragen. Zudem sei die Behandlung der Indikation erektile Dysfunktion unter Einhaltung anerkannter fachlicher Standards ohne direkten Arzt-Patienten-Kontakt grundsätzlich möglich, wie sich aus den über 100.000 erfolgreich vermittelten Behandlungen ergebe. Die Beklagte halte sämtliche fachlichen Standards ein. Die Fragebögen seien unter Beachtung der einschlägigen europäischen Behandlungsleitlinien entworfen worden.

17

Mit Endurteil vom 30.03.2023, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

18

Mit seiner Berufung, mit der er sein Vorbringen aus dem ersten Rechtszug wiederholt und vertieft, greift der Kläger das Urteil des Landgerichts an und verfolgt sein Begehren weiter.

19

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil des Landgerichts München I vom 30. März 2023 – 17 HK O 2162/21 – abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen am Geschäftsführer der Beklagten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr medizinische Auskünfte im Wege einer Ferndiagnose (Online Diagnose) zu bewerben, wenn dies geschieht wie im Internet unter der Domain <https://www.g.de> gemäß dem am 31. März 2020 zwischen 15:33:40 Uhr und 15:40:34 Uhr abgerufenen und ausgedruckten Ausdruck, Anlagenkonvolut K 3.

20

Die Beklagte beantragt,

die Berufung als unzulässig zu verwerfen,

hilfsweise sie zurückzuweisen.

21

Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil ebenfalls unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, insbesondere rügt sie, die Berufung genüge nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO. Sie beschränke sich im Kern auf Verweise auf den erstinstanzlichen Vortrag, ohne entscheidungserhebliche Rechtsfehler des erstinstanzlichen Urteils herauszuarbeiten.

22

Zur Ergänzung wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18.04.2024 Bezug genommen.

II.

23

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet.

24

1. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Berufung zulässig, insbesondere genügt sie den Anforderungen des § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO.

25

a) Nach § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich nach Ansicht des Berufungsklägers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene

Entscheidung ergeben. Zu der Darlegung der Rechtsverletzung gehört die aus sich heraus verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche Gründe er ihnen entgegensetzt. Erforderlich und ausreichend ist die Mitteilung der Umstände, die aus der Sicht des Berufungsklägers den Bestand des angefochtenen Urteils gefährden; die Vorschrift stellt keine besonderen formalen Anforderungen hierfür auf. Für die Zulässigkeit der Berufung ist auch ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind. Zur Bezeichnung des Umstands, aus dem sich die Entscheidungserheblichkeit der Verletzung materiellen Rechts ergibt, genügt regelmäßig die Darlegung einer Rechtsansicht, die dem Berufungskläger zufolge zu einem anderen Ergebnis als dem des angefochtenen Urteils führt. Die Berufungsbegründung muss aber auf den konkreten Streitfall zugeschnitten sein. Das Festhalten an einer im Urteil erster Instanz zurückgewiesenen Rechtsansicht führt auch dann nicht zur Unzulässigkeit der Berufung, wenn in der Berufungsbegründung lediglich bereits in erster Instanz vorgetragene rechtliche Argumente wiederholt werden (BGH NJW 2018, 2894 Rn. 10). Es reicht jedoch nicht aus, die Auffassung des Erstgerichts mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen oder lediglich auf das Vorbringen in erster Instanz zu verweisen. Dabei ist aber stets zu beachten, dass formelle Anforderungen an die Einlegung eines Rechtsmittels im Zivilprozess nicht weitergehen dürfen, als es durch ihren Zweck geboten ist (stRspr; vgl. nur BGH NJW-RR 2021, 1075 = WM 2021, 1354 Rn. 6; BGH NJW-RR 2021, 1296 Rn. 6; BGH BeckRS 2020, 32874 Rn. 7 jew. mwN). Waren in erster Instanz mehrere in Betracht kommende Anspruchsgrundlagen verneint worden, so braucht die Berufungsbegründung nicht auf alle Anspruchsgrundlagen einzugehen und es reicht der Angriff gegen eine Verneinung (BGH NJW-RR 2021, 1507 Rn. 10).

26

b) Diesen Anforderungen genügt die Berufungsbegründung des Klägers. Sie setzt sich mit den die Klageabweisung tragenden Erwägungen des Landgerichts in ausreichender Weise auseinander.

27

Die Klägerin hat in der Berufungsbegründung ausgeführt, das Landgericht habe den Klageantrag rechtsfehlerhaft als unbestimmt angesehen. Der Antrag sei genauso formuliert, wie dies der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 13. September 2012 – I ZR 230/11 – BGHZ 194, 314, GRUR 2013, 401 – „Biomineralwasser“ – vorgegeben habe, nämlich durch Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform und damit die Konkretisierung des Streitgegenstandes. In dieser konkreten Verletzungsform sei der gerügte Verstoß gegen § 9 HWG enthalten. Mit Schriftsatz vom 02.02.2023 habe der Kläger den konkreten Wettbewerbsverstoß herausgearbeitet. Hierzu sei es auch erforderlich auf die Anamnesebögen einzugehen, denn die Anamnese aus der Ferne sei das zentrale Tatbestandsmerkmal der verbotenen Fernbehandlung.

28

Soweit das Landgericht die Klageabweisung darauf gestützt habe, dass der Antrag zu weit gefasst sei, weil er auch Handlungen mit einbeziehe, die nicht wettbewerbswidrig seien, trägt der Kläger in der Berufungsbegründung vor, dass auch die Anamnesebögen Teil der angegriffenen Werbung seien, weil sie der Geschäftsanbahnung dienten. Entgegen der Ansicht des Landgerichts begehre der Kläger auch nicht ein Verbot der Durchführung von Fernbehandlungen, wie sich aus dem Antrag ergebe, der nur die Bewerbung der Fernbehandlung zum Gegenstand habe.

29

Damit genügt die Berufungsbegründung den Anforderungen des § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO. Die Berufungsbegründung setzt sich nicht nur mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen mit dem Urteil des Landgerichts auseinander oder verweist lediglich auf das Vorbringen in erster Instanz. Im Hinblick darauf, dass dem Urteil des Landgerichts nicht eindeutig zu entnehmen ist, ob es die Klage als unzulässig oder unbegründet angesehen hat, genügt die Berufungsbegründung damit den Anforderungen des § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO.

30

2. Die Klage ist zulässig. Der gestellte Antrag genügt dem Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

31

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf ein Unterlassungsantrag – und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung – nicht derart undeutlich gefasst sein, dass

Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht mehr klar umrissen sind, der Beklagte sich deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und im Ergebnis die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, letztlich dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (st. Rspr., vgl. BGH WRP 2019, 874 Rn. 15 – Energieeffizienzklasse III; BGH WRP 2019, 317 Rn. 12 – Crailsheimer Stadtblatt II; BGH WRP 2019, 731 Rn. 15 – Deutschland-Kombi; Senat WRP 2019, 791 Rn. 27 – Werbepreise; Senat WRP 2019, 242 Rn. 20 – Byebye Hüftgold). Der Schuldner, der einen entsprechenden Titel freiwillig befolgen möchte, muss hinreichend genau wissen, was ihm verboten ist (OLG Stuttgart, WRP 2019, 250 Rn. 40 – Polyamid mit Polyurethan). Eine hinreichende Bestimmtheit ist für gewöhnlich gegeben, wenn eine Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung erfolgt oder die konkret angegriffene Verletzungsform antragsgegenständlich ist (vgl. nur BGHZ 156, 126 [131] = GRUR 2004, 151 Rn. 19 – Farbmarkenverletzung I; BGH, GRUR 2013, 1052 Rn. 12 = WRP 2013, 1339 – Einkaufswagen III) und der Klageantrag zumindest unter Heranziehung des Klagevortrags unzweideutig erkennen lässt, in welchen Merkmalen des angegriffenen Verhaltens die Grundlage und der Anknüpfungspunkt für den Wettbewerbsverstoß und damit das Unterlassungsgebot liegen sollen (vgl. zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz BGH GRUR 2002, 86 [88] = WRP 2001, 1294 Rn. 54 – Laubhefter; GRUR 2013, 1052 Rn. 12 – Einkaufswagen III; GRUR 2018, 1161 Rn. 16 – Hohlfasermembranspinnanlage II).

32

b) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist der Klageantrag hinreichend bestimmt. Denn der Klageantrag nimmt zum einen auf die konkrete Verletzungshandlung Bezug (Anlage K 3). Darüber hinaus ist der Klage zu entnehmen, dass sich der Kläger gegen die Bewerbung einer Fernbehandlung durch die von der Beklagten angebotenen Konstruktion wendet, die ein Ausfüllen eines Onlinefragebogens mit standardisierten Fragen und vorgegebenen Antworten ohne direkte Kontaktaufnahme zwischen Interessenten und Arzt umfasst, wodurch der Anschein einer individuell auf den Patienten zugeschnitten Behandlung erweckt werde (vgl. Klage, S. 14 ff.). Entsprechend hat der Kläger mit Schriftsatz vom 02.02.2023 (S. 13) vorgetragen, dass die Beklagte ihr Geschäftsmodell selbst dahingehend beschreibe, dass es eine Möglichkeit einer diskreten, bequemen und preisgünstigen Behandlung durch einen approbierten Arzt biete, die eine komfortable und vertrauenswürdige Gesamtlösung aus Beratung und Medikation, ohne eine oft unangenehme persönliche Begegnung biete. Die Bewerbung dieses Geschäftsmodell durch die als Anlage K 3 vorgelegte Website ist Gegenstand des Klageantrags.

33

Soweit die Beklagte meint, dass damit auch erlaubte Verhaltensweisen erfasst würden, handelt es sich hierbei nicht um eine Frage der Bestimmtheit des Antrags und damit der Zulässigkeit der Klage.

34

3. Die Klage ist – so weit im Berufungsverfahren noch streitgegenständlich – begründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagte der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, § 3 Abs. 1, § 3 a UWG iVm § 9 HWG zu.

35

a) Da der Kläger den geltend gemachten Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr gestützt hat, ist seine Klage nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme rechtswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Berufungsinstanz rechtswidrig ist (stRspr; vgl. nur BGH, GRUR 2015, 1240 Rn. 31 = WRP 2015, 1464 – Der Zauber des Nordens; GRUR 2016, 954 Rn. 10 = WRP 2016, 1100 – Energieeffizienzklasse I; GRUR 2017, 288 Rn. 17 = WRP 2017, 309 – Energieverbrauchskennzeichnung). Die Neufassung des § 8 UWG hat zu keiner für den Streitfall maßgeblichen Änderung der Rechtslage geführt.

36

b) Der Kläger ist nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG in der vom 02.12.2020 bis 30.11.2021 gültigen Fassung, die nach § 15a Abs. 1 UWG auf die seit 16.03.2021 rechtshängige Klage Anwendung findet, aktivlegitimiert aa) Die Klagebefugnis eines Verbands nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG setzt voraus, dass dieser die Interessen einer erheblichen Zahl von Unternehmern wahrnimmt, die auf demselben Markt tätig sind wie der Wettbewerber, gegen den sich der Anspruch richtet.

37

Der Begriff der Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art i.S. des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ist weit auszulegen. Die beiderseitigen Waren oder Dienstleistungen müssen sich ihrer Art nach so gleichen

oder nahestehen, dass der Absatz des einen Unternehmers durch irgendein wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt werden kann. Es reicht aus, dass eine nicht gänzlich unbedeutende potenzielle Beeinträchtigung mit einer gewissen, wenn auch nur geringen Wahrscheinlichkeit in Betracht gezogen werden kann. Ein entsprechendes Wettbewerbsverhältnis wird wesentlich durch die gemeinsame Zugehörigkeit zur selben Branche oder zu zumindest angrenzenden Branchen begründet. Dabei ist auf Seiten des in Anspruch Genommenen auf den Branchenbereich abzustellen, dem die beanstandete Wettbewerbshandlung zuzurechnen ist (vgl. BGH GRUR 2006, 778 Rdnr. 19 = WRP 2006, 1023 – Sammelmitgliedschaft IV; BGH GRUR 2007, 610 Rdnr. 17 = WRP 2007, 778 – Sammelmitgliedschaft V). Das ist hier der Branchenbereich der Heilbehandlungen. Danach sind die Ärztekammer H., die Ärztekammer S. und die Ärztekammer Nordrhein sowie die auf den Seiten 13 bis 17 der Anlage K 1 aufgelisteten neun Ärzte (Zahnärzte ausgenommen) und vier Kliniken bei der Beurteilung zu berücksichtigen, ob der Kläger nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt ist.

38

bb) Die danach als Wettbewerber der Beklagten zu berücksichtigenden 16 Mitglieder des Klägers sind eine erhebliche Zahl von Unternehmern i.S. des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Erheblich in diesem Sinn ist die Zahl der Mitglieder des Verbands auf dem einschlägigen Markt dann, wenn – wie vorliegend – diese Mitglieder als Unternehmer, bezogen auf den maßgeblichen Markt, in der Weise repräsentativ sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbands ausgeschlossen werden kann. Dies kann auch schon bei einer geringen Zahl auf dem betreffenden Markt tätiger Mitglieder anzunehmen sein (vgl. BGH GRUR 2007, 610 = WRP 2007, 778 Rdnr. 18 – Sammelmitgliedschaft V). Darauf, ob diese Verbandsmitglieder nach ihrer Zahl und ihrem wirtschaftlichen Gewicht im Verhältnis zu allen anderen auf dem Markt tätigen Unternehmern repräsentativ sind, kommt es nicht an.

39

c) § 9 HWG stellt eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG dar, deren Missachtung geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen (BGH GRUR 2022, 399 Rn. 20 – Werbung für Fernbehandlung).

40

d) Die angegriffene Handlung stellt sich auch als geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG dar.

41

e) Die Werbung der Beklagten für die Inanspruchnahme einer ärztlichen Konsultation und Stellung einer ärztlichen Diagnose durch ihre Partnerärzte in Irland nach dem Ausfüllen eines Fragebogens verstößt gegen § 9 HWG.

42

aa) Nach § 9 S. 1 HWG 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), unzulässig.

43

(1) Die Beklagte macht mit ihrer Website Werbung für die Inanspruchnahme einer ärztlichen Konsultation und Stellung einer ärztlichen Diagnose durch ihre Partnerärzte in Irland.

44

(a) Werbung ist jede informationsvermittelnde und meinungsbildende Aussage, die darauf abzielt, die Aufmerksamkeit der Adressaten zu wecken und deren Entschlüsse mit dem Ziel der Förderung des Absatzes von Waren oder Leistungen im Sinne des § 1 HWG zu beeinflussen (BGH NJW 1995, 3054 – Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie). Ob die Werbung als solche präsentiert wird, spielt keine Rolle (Spickhoff/Fritzsche, 4. Aufl. 2022, HWG § 1 Rn. 5). Denn begrifflich ist Werbung auch eine objektive, sachliche Information, und auch der Verkehr versteht Werbung jedenfalls im Gesundheitsbereich keineswegs als einseitige, reklamehafte oder auch sonst besonders anpreisende Darstellung, sondern erwartet von ihr auch eine gewisse sachliche Information (vgl. BGH NJW 1992, 751 – Katovit).

45

(b) Nach diesen Grundsätzen bewirbt die Beklagte mit der angegriffenen Website die von ihr angebotene Konstruktion zum Bezug von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, die eine Inanspruchnahme einer

ärztlichen Konsultation durch Beantwortung eines Fragebogens mit vorgegebenen Antworten, die Stellung einer ärztlichen Diagnose durch ihre Partnerärzte in Irland und den anschließenden Versand der verschreibungspflichtigen Arzneimittel umfasst. Denn die Beklagte beschränkt sich mit den streitgegenständlichen Aussagen auf ihrer Webseite nicht darauf, über den Ablauf der Online-Konsultation und die Online-Diagnose zu informieren, sondern stellt die Vorteile einer diskreten, bequemen und preisgünstigen Behandlung ohne persönliche Begegnung heraus und hebt zudem den anschließenden diskreten Versand der verschriebenen Medikamente hervor („Wer ist S. ? S. ist eine Plattform, die es sich zur Mission gemacht hat, die Männergesundheit zu verbessern. Durch Telemedizin-Technologie kannst Du bei S. auf einem diskreten, bequemen und preisgünstigen Weg eine Behandlung von approbierten Ärzten erhalten“). Auch der Hinweis, dass die angebotene Leistung legal sei, dient dem Zweck, Vorbehalte der Kunden zu zerstreuen und den Absatz der angebotenen Ferndiagnoseleistung zu steigern („Ist S. legal? Durch fortschreitende technische Möglichkeiten ist es uns möglich Dich telemedizinisch zu betreuen. Zudem öffnet sich der rechtliche Rahmen für die Telemedizin stetig. Derzeit arbeitet S. mit Ärzten aus dem Vereinigten Königreich zusammen, wo Fernbehandlungen und Fernverschreibungen rechtlich erlaubt sind. Dank der EU-Gesetzgebung kann dieser Service auch Bürgern aus Deutschland angeboten werden.“).

46

(2) Die Werbung bezieht sich auch auf die Erkennung und Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden und krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen beruht (Fernbehandlung).

47

(a) Eine Fernbehandlung liegt vor, wenn eine Diagnose gestellt oder ein Ratschlag erteilt wird, ohne den Patienten gesehen zu haben, der die Symptome mitgeteilt hat (RGSt 77, 15 (16); OLG Bremen NJW 1955, 1368 (1369)). Dazu genügt die Aufforderung, eigene Krankheiten schriftlich mitzuteilen, in Kombination mit der Ankündigung einer Beratung auf dieser Grundlage (OLG München PharmR 1979, 27).

48

Danach liegt eine Fernbehandlung vor, denn die Stellung der Diagnose und die Verschreibung der Medikamente erfolgen vorliegend, nachdem der Patient seine Symptome und sonstige erforderliche Informationen per Online-Fragebogen mitgeteilt hat. Eine persönliche Konsultation findet nicht statt.

49

(b) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist § 9 HWG nicht einschränkend dahingehend auszulegen, dass eine berufsrechtlich zulässige Fernbehandlung generell nicht dem Werbeverbot dieser Bestimmung unterfällt (BGH GRUR 2022, 399 Rn. 37 ff. – Werbung für Fernbehandlung). Auf die Frage, ob die angebotene Fernbehandlung berufsrechtlich zulässig ist, kommt es daher nicht an.

50

bb) Die Werbung der Beklagten entspricht nicht den gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß § 9 S. 2 HWG.

51

(1) Nach § 9 S. 2 HWG ist § 9 S. 1 HWG 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.

52

Bei der Auslegung des Erlaubnistatbestands gem. § 9 S. 2 HWG kommt es im Ausgangspunkt auf eine abstrakte, generalisierende Bewertung an, da sich Werbung unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation an eine Vielzahl nicht näher individualisierter Personen richtet (vgl. RegE z. DVG, BT-Drs. 19/13438, 78; BGH GRUR 2022, 399 Rn. 51 – Werbung für Fernbehandlung). Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des Ausnahmetatbestands gem. § 9 S. 2 HWG der Weiterentwicklung telemedizinischer Möglichkeiten Rechnung tragen wollte und von der Einhaltung anerkannter fachlicher Standards bereits dann ausgegangen ist, wenn danach eine ordnungsgemäße Behandlung und Beratung unter Einsatz von Kommunikationsmedien grundsätzlich möglich ist (RegE z. DVG, BT-Drs. 19/13438, 78). Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber von einem dynamischen Prozess ausgegangen ist, in dem sich mit dem Fortschritt der technischen Möglichkeiten auch der anerkannte fachliche Standard ändern kann (BGH GRUR 2022, 399 Rn. 51 – Werbung für Fernbehandlung). Die

Beurteilung des Vorliegens eines anerkannten fachlichen Standards richtet sich nach den für § 630a Abs. 2 BGB maßgeblichen Grundsätzen. Danach gibt ein fachlicher Standardauskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann. Er repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat (BGH NJW 2015, 1601 Rn. 7 mwN). Bei der Bestimmung des anerkannten fachlichen Standards sind die Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften und die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses gem. §§ 92, 136 SGB V zu berücksichtigen. Weiterhin können sich fachliche Standards auch unabhängig davon bilden (BGH GRUR 2022, 399 Rn. 53 – Werbung für Fernbehandlung). Für die Auslegung von § 9 Satz 2 HWG kommt es dagegen nicht auf berufsrechtliche Bestimmungen an, weder auf inländische noch auf ausländische (BGH, a.a.O., Rn. 58 – Werbung für Fernbehandlung). Die Ermittlung des jeweils maßgeblichen Standards ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts, das gegebenenfalls einen Sachverständigen hinzuzuziehen hat (BGH, a.a.O., Rn. 64 – Werbung für Fernbehandlung). Dafür, dass die beworbene Fernbehandlung nach diesen Grundsätzen den allgemeinen fachlichen Standards gemäß § 9 Satz 2 HWG entspricht, ist der Werbende darlegungs- und beweisbelastet (BGH, a.a.O., Rn. 65 – Werbung für Fernbehandlung).

53

(2) Nach diesen Maßstäben hat die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht hinreichend vorzutragen vermocht, dass für eine Diagnostik und Behandlung des Beschwerdebilds der Erektionsstörung bei einer abstrakt generalisierenden Betrachtung nach den allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt, mit dem jeweils zu behandelnden Mann nicht notwendig sei.

54

Im Streitfall hat die Beklagte – nach dem Verständnis des angesprochenen Verkehrs – mit der streitgegenständlichen Werbung für eine ärztliche Konsultation (Diagnose und Therapieempfehlung) (auch) für das Krankheitsbild der Erektionsstörung geworben. Dabei ist die Behandlung zwar ersichtlich auf die Verschreibung von Medikamenten ausgerichtet, hierauf jedoch nicht beschränkt, wie sich aus der Darstellung der verschiedenen Ursachen für die Erektionsstörungen auf der Webseite der Beklagten ergibt.

55

Der Vortrag der Beklagten lässt nicht erkennen, warum für das Krankheitsbild der Erektionsstörung die kontaktlose Behandlung den allgemein anerkannten fachlichen Standards entsprechen soll. Denn insoweit ist davon auszugehen, dass wegen der Möglichkeit psychischer Ursachen und der Indikation von (begleitenden) (psycho) therapeutischen Maßnahmen (vgl. insoweit S. 41 der Anlage K 3 / K 9), ein persönliches Gespräch zwischen Arzt und Patient grundsätzlich erforderlich ist (vgl. KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 27) bzw. nach den zulassungsgemäßen Fachinformationen neben der Anamnese auch eine körperliche Untersuchung vorgesehen ist, so dass nach deutschen Maßstäben der Nachweis der tatsächlichen Voraussetzungen des § 9 Satz 2 HWG ausgeschlossen ist (Senat PharmR 2023, 647 Rn. 55).

56

Hieran ändert auch der Vortrag der Beklagten nichts, dass die beworbene Fernbehandlung nach irischem ärztlichem Berufsrecht zulässig sei. Denn für die Auslegung von § 9 S. 2 HWG kommt es nicht auf berufsrechtliche Bestimmungen an. Daher folgt auch aus der Zulässigkeit einer Fernbehandlung nach deutschem ärztlichen Berufsrecht nicht, dass dafür gem. § 9 S. 2 HWG auch geworben werden darf.

57

Soweit die Beklagte der Ansicht ist, dass eine Behandlung einer erektilen Dysfunktion unter Einhaltung anerkannter fachlicher Standards ohne direkten Arzt-Patienten-Kontakt „grundsätzlich möglich“ sei, weil die Beklagte über 100.000 Behandlungen vermittelt habe, bei denen es zu keinem Haftungs- oder Schadensfall gekommen sei, kommt es hierauf ebenso wenig an, wie auf die Behauptung, man halte bei der Behandlung sämtliche fachliche Standards ein, da die mittels Fragebogen durchgeführte Anamnese den allgemein anerkannten Standards genüge. Denn maßgeblich ist allein, ob eine ordnungsgemäße Behandlung und Beratung unter Einsatz von Kommunikationsmedien grundsätzlich möglich ist.

58

Der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage (Antrag der Beklagten, Bl. 74 d.A.), ob die von der Beklagten vermittelte ärztliche Beratung unter Einsatz von Kommunikationsmedien nach den

anerkannten medizinischen Standards grundsätzlich möglich ist, bedurfte es – mangels Vortrags der Beklagten zu Anknüpfungstatsachen für das Vorliegen eines entsprechenden fachlicher Standards – nicht.

59

e) Der Klageantrag geht auch nicht über den dem Kläger zustehenden Unterlassungsanspruch hinaus und ist deshalb insgesamt unbegründet, weil er auf die in Bezug genommene konkrete Verletzungsform, wie sie sich aus der Anlage K 3 ergibt, beschränkt ist (BGH GRUR 2010, 749 Rn. 32).

60

f) Durch die erfolgte Verletzungshandlung ist die für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr gegeben.

61

g) Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist auch nicht verjährt. Die Verjährung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen auf Grund einer Dauerhandlung beginnt nicht, solange der Eingriff noch fort dauert (BGH GRUR 2003, 448 (450) – Gemeinnützige Wohnungsgesellschaft). Dass die Beklagte die angegriffene Webseite nicht mehr betreibt, hat sie nicht vorgetragen. Dass der Kläger zum Nachweis der Verletzungshandlung auf die Gestaltung der Webseite zum 30.03.2020 abstellt, ist für die Frage der Verjährung nicht erheblich. Ob der Unterlassungsanspruch durch die Erhebung der einstweiligen Verfügung gehemmt wurde, kann daher dahinstehen.

62

4. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2 ZPO.

63

5. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

64

6. Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Rechtssache aufgrund ihres Einzelfallcharakters keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO hat und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen.