

11.11.2020

Werbeverbot für Arzt-Diagnosen per Online-Fragebogen.

Urteil des OLG Hamburg vom 05.11.2020 (AZ.: 5 U 175/19).

Volltext und Zusammenfassung des Urteils inkl. Kommentar von Dr. jur. Can Ansay. Der Autor ist Prozess-Rechtsanwalt und Geschäftsführer der Beklagten.

Das OLG Hamburg hat mit Urteil vom 05.11.2020 (AZ.: 5 U 175/19) die Werbung für die Diagnose von einfachen Erkältungen allein aufgrund eines Online-Fragebogens untersagt, da die dafür gemäß § 9 HWG i.V.m. § 7 Absatz 4 Satz 3 MBO-Ä nötige Einzelfallprüfung nur aufgrund eines Gesprächs möglich sei.

Das Gericht untersagte auch sachliche Informationen zu den "Besonderheiten der Telemedizin", die tatsächlich jedoch zu den Aufklärungspflichten von Tele-Ärzten gehören gemäß § 7 Absatz 4 Satz 3 MBO-Ä.

Das OLG Hamburg ist mit Urteil vom 05.11.2020 dem Antrag des Klägers "Verband sozialer Wettbewerb" gefolgt und hat bestimmte Informationen auf der Webseite www.au-schein.de des beklagten Telemedizin-Unternehmens "Dr. Ansay AU-Schein GmbH" als unlautere Werbung verboten.

Sachverhalt:

Die Beklagte bietet über www.AU-Schein.de Online-Krankschreibungen ("AU") von Telemedizin-Ärzten, die Erkältungen auf Grundlage eines smarten Online-Fragebogens diagnostizieren. Der Fragebogen sortiert vorab bereits solche Patienten aus, die keine spezifischen Symptome haben oder Symptome haben, die bei der ausgewählten Erkrankung statistisch nie vorkommen. Zudem sind bestimmte Risikoumstände oder eine schwere Symptomatik weitere Ausschlusskriterien. Auf diese Weise wurden bereits über 75.000 Online-AUs ausgestellt ohne jegliche gemeldete Fehldiagnose oder sonstige Beschwerden über die medizinische Qualität der Arztdienstleistungen.

Begründung:

§ 9 HWG:

Irrtümliche Auslegung:

Gemäß Urteil des OLG verstoße diese Art der Ferndiagnose jedoch gegen § 9 HWG, denn es sei nicht "die Einhaltung anerkannter fachlicher Standards gesichert".

Zutreffende Auslegung des Wortlauts:

Hier haben die Richter den Gesetzestext offensichtlich falsch verstanden. Denn § 9 fordert nicht etwa die "Einhaltung" dieser "allgemein anerkannten fachlichen Standards" bei der konkreten Ausübung der Arztdienstleistung, sondern ausdrücklich nur, dass gemäß diesen Standards die Behandlung grundsätzlich per Telemedizin möglich ist. So sieht es auch das OLG München im Urteil vom 9.7.2020 (Az.: 6 U 5180/19, Volltext: <https://openjur.de/u/2294910.html>):

Die Werbung müsse sich demnach auf "näher konkretisierte Behandlungsfälle und -situationen" beziehen, in denen gemäß § 9 S. 2 HWG "nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist."

Subsumtion:

Die Beklagte hatte nur mit der Ferndiagnose für leichte Erkältungen als "näher konkretisierte Behandlungsfälle und -situationen" geworben.

Der Gemeinsame Bundesausschuss ("G-BA") hat insoweit am 15.10.2020 beschlossen, dass alle Kassenärzte AUs bei Erkrankungen der oberen Atemwege ohne schwere Symptomatik auch nach Anamnese per Telefon ausstellen dürfen (Pressemitteilung vom 15.10.2020: <https://www.g-ba.de/presse/pressemitteilungen/903/>). Erkältung ist die mit vielfachem Abstand häufigste Erkrankung der oberen Atemwege. Damit ist die damals von www.au-schein.de einzige abgedeckte Erkrankung Erkältung der einzige "Behandlungsfall", dessen grundsätzliche Diagnostizierbarkeit per Telemedizin bereits ausdrücklich dem "allgemein anerkannten fachlichen Standard" für alle Kassenärzte entspricht.

Ergebnis:

Die Werbung ist entgegen dem Urteil also zulässig, so dass auch jede weitere Urteilsbegründung verfehlt ist.

§ 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä:

Jedenfalls würde auch die weitere Begründung des OLG nicht überzeugen, da die von § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä geforderte Prüfung im "Einzelfall" sich ebenso auf den "Behandlungsfall" und dessen grundsätzliche Geeignetheit für Telemedizin bezieht.

Das OLG fährt insoweit wie folgt fort auf dem falschen Weg, auf dem es entgegen dem Wortlaut von § 9 HWG irrtümlich auch die "Einhaltung" der fachlichen Standards bei der konkreten Behandlung per Telemedizin fordert:

Der Maßstab für die "fachlichen Standards" sei demnach u.a. § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä, der lautet: "Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist (...).".

Subsumtion:

Das "Setting" der Beklagten berücksichtige aber laut Urteil nicht die demnach nötige Einzelfallprüfung und entspreche daher bei der konkreten Behandlung nicht den "allgemein anerkannten fachlichen Standards" i.S.d. § 9 S. 2 HWG.

Tatsächlich ist das Setting der Beklagten zur Diagnose per Online-Fragebogen jedoch bereits seit Jahren "allgemein anerkannter fachlicher Standard". Denn das wohl erfolgreichste europäische Telemedizin-Unternehmen www.zavamed.com bietet bereits seit 2011 auch in BRD Online-Diagnosen und -Verschreibungen allein aufgrund von Online-Fragebögen, ebenso wie die Nachahmer www.gospring.de in BRD sowie www.getroman.com und www.forhims.com in den USA, die mit jeweils mehr als 100 Mio. \$ zu den kapitalstärksten Telemedizin-Unternehmen der Welt gehören. Mir ist keine Studie bekannt, welche diesen "allgemein anerkannten fachlichen Standard" in Frage stellt. Im Unterschied zu diesem Standard ist das Setting der Beklagten für die konkreten Behandlungen per Telemedizin sogar noch besser geeignet, da der Fragebogen smart die Arzt-Diagnose unterstützt und nur leichte Erkältungen diagnostiziert, die so ungefährlich sind, dass Verschreibungen von Arzneien unnötig sind.

OLG München:

Das OLG vertritt insoweit sogar ohne Grundlage die abwegige Ansicht, "Die Werbung für derartig verkürzte Behandlungsmethoden soll grundsätzlich unterbunden werden" und zieht zum Vergleich das Urteil des OLG München vom 9.7.2020 heran (Az.: 6 U 5180/19, Volltext: <https://openjur.de/u/2294910.html>). Dieses Urteil des OLG München stützt diese haltlose Ansicht jedoch an keiner Stelle. Insoweit schreibt das OLG München zutreffend nur, dass sich Ärzte bei Telemedizin mangels persönlichem Kontakt grundsätzlich "auf eine verkürzte Wahrnehmung bei der Anamnese verlassen" müssen und somit entgegen der Werbung der dortigen Beklagten nicht die "komplette ärztliche Versorgung" per Telemedizin möglich ist. Zutreffend müsse sich die Werbung, wie gesagt, auf "näher konkretisierte Behandlungsfälle und -situationen" beziehen, in denen gemäß § 9 S. 2 HWG "nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist."

Laut Urteil müssten "konkrete und individuell auf den Patienten abgestellte Diagnosen gestellt" werden, was jedoch auch die Tele-Ärzte aufgrund des smarten Online-Fragebogens der Beklagten erfüllen.

Einzelfallprüfung:**"sämtliche Begleitumstände":**

Laut Urteil sei jedoch die für die Einzelfallprüfung nötige "Abwägung im Einzelfall" bzgl. "sämtlicher Begleitumstände" bei dem System der Beklagten nicht möglich, da die Abwägung voraussehbar nur auf den Antworten des Fragebogens beruhe. Daher könnten sich die mit www.au-schein.de kooperierenden Tele-Ärzte nicht den nötigen "umfassenden Eindruck vom Gesundheitszustand des Patienten" verschaffen. Das wäre nur möglich "z.B. im Rahmen einer Videosprechstunde".

"relevante Begleitumstände":

Das sehe ich anders: Der G-BA hat jedenfalls als zu prüfende "sämtliche Begleitumstände" konkludent diejenigen Umstände festgelegt, welche für die ausreichend verlässliche Diagnose einer "oberen Atemwegserkrankung" "ohne schwere Symptomatik" relevant sind. U.a. genau diese Umstände erfragt und

prüft der smarte Fragebogen in jedem Einzelfall als zuverlässige Entscheidungsunterstützung für die Tele-Ärzte von www.au-schein.de. Es ist nicht ersichtlich und für die Richter ohne Arzt-Gutachten auch nicht erkennbar, welchen Mehrwert dabei eine mündliche Befragung bieten sollte. Im Gegenteil: Es ist wissenschaftlich erwiesen, dass schriftliche Fragebögen bzw. "Checklisten" die Fehldiagnoserate verringern (Quelle: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28137782>). Ärzte ohne derartige Entscheidungsunterstützung haben eine allgemeine Fehldiagnoserate von über 10% (Quelle: https://qualitysafety.bmj.com/content/22/Suppl_2/ii21). Dass über www.au-schein.de bisher mehr als 75.000 AUs ausgestellt wurden ohne gemeldete Fehldiagnose bestätigt dies und ist zurzeit Gegenstand einer wissenschaftlichen Studie.

G-BA:

Dass der G-BA zur Eindämmung von COVID-19 für Kassenärzte AUs ausnahmsweise per Telefon, aber nicht per Online-Fragebogen erlaubt hat, bestätige laut Urteil zudem die Unzulässigkeit von Tele-AUs "mit geringerem persönlichen Kontakt als einem Telefon".

Diese Schlussfolgerung ist nicht plausibel. Denn der G-BA hatte AUs per Telefon und Fragebogen nicht aus fachlichen medizinischen Gründen verboten, sondern nur weil er Missbrauch befürchtete. Das ergibt sich daraus, dass der G-BA jüngst die AU per Telefon für Kassenärzte wieder erlaubt hat, weil die Patienten laut Pressemitteilung mit der Möglichkeit der AU per Telefon im Frühjahr "umsichtig" umgegangen seien, d.h. nicht erheblich missbraucht haben. Der G-BA lag also mit seiner unbegründeten Befürchtung bei AUs per Telefon falsch und liegt daher mit seiner Befürchtung bei AUs per smartem Fragebogen sehr wahrscheinlich auch falsch, so dass er auch dies folgerichtig erlauben müsste. Denn Indizien zu einer erhöhten Missbrauchsgefahr liegen nicht vor.

Software geeigneter:

Die AU per smartem Online-Fragebogen erfüllt auch die anderen Voraussetzungen für Telemedizin viel einfacher und besser. § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä fordert nämlich auch, dass "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."

Die Tele-Ärzte von www.au-schein.de sind auf Erkältung spezialisiert und senden allen Patienten nicht nur die AU sofort als PDF, sondern auch sorgfältig vorformulierte optimale schriftliche Informationen zur Aufklärung, Therapie-Empfehlungen und Besonderheiten der Telemedizin. Jegliche Kommunikation wird zudem automatisch und umfassend dokumentiert. Mündlich und mit manueller Dokumentation ist diese Qualität im Praxisalltag kaum zu erreichen.

BOÄ-SH:

Dass das OLG Hamburg übrigens auch die Berufsordnung der Ärzte in Schleswig-Holstein abwegig so auslegt, dass Telemedizin nur nach Einzelfallprüfung zulässig sein soll, grenzt an Rechtsbeugung. Denn in die BOÄ-SH wurde der Begriff "Einzelfall" vorsätzlich nicht eingefügt.

Fazit:

Fraglich ist, welche Informationen gemäß dem Urteil des OLG Hamburg noch zulässig wären. Theoretisch soll jede Information auf www.au-schein.de die Service-Nutzung fördern und wäre somit Werbung i.S.d. Gesetzes. Gemäß Urteil soll aber die "sachliche Aufklärung" zulässig sein und "Der einzelne Arzt ist durch dieses Ergebnis nicht in der Behandlung von Patienten beschränkt, sondern nur in der Bewerbung spezieller Behandlungsmethoden."

Demnach darf ein Arzt jedenfalls insoweit sachlich aufklären, wie es zur unbeschränkten Nutzung seines Services nötig ist. Beim Angebot von Telemedizin über eine Webseite sind das also alle sachlichen Informationen zur nötigen Beschreibung des Services und zur Erfüllung von Aufklärungspflichten. Insoweit ist nicht nachvollziehbar und nicht konsequent, dass das OLG gemäß Klageantrag auch die sachliche Aufklärung über die "Besonderheiten der Telemedizin" verboten hat und die Tele-Ärzte somit zur Verletzung der Aufklärungspflicht aus § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä nötigt. Werbung außerhalb der eigenen Webseite müsste dann zulässig, wenn sie nicht mit AU per Fragebogen, sondern z.B. mit "Online-AU" wirbt und auf der eigenen Webseite die AU optional auch per Telefon angeboten wird.

Hochachtungsvoll

Dr. Can Ansay (Rechtsanwalt)

Abschrift

Hanseatisches Oberlandesgericht

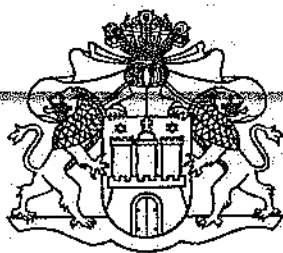
Az.: 5 U 175/19

406 HKO 56/19

LG Hamburg

Verkündet am 05.11.2020

Poggensee, JFAng
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle



Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

Verband Sozialer Wettbewerb e. V., vertreten durch d. 1. Vorsitzenden Louis Porrée, Kantstraße 100, 10627 Berlin

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Burchert & Partner**, Otto-Suhr-Allee 29, 10585 Berlin, Gz.: 22617-19/hr/dr

gegen

Dr. Ansay AU-Schein GmbH, vertreten durch d. Geschäftsführer Dr. Can Ansay, Hartungstraße 14, 20146 Hamburg

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt **Dr. Can Ansay**, Hartungstraße 14, 20146 Hamburg

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 5. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Steeneck, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Hewicker und den Richter am Landgericht Dr. Linke auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 30.09.2020 für Recht:

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 03.09.2019, Az. 406 HKO 56/19, wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass im Ausspruch zu Ziffer I. nach dem Wort „insbesondere“ der Zusatz „wie in Anlage K 5 geschehen,“ gestrichen wird.
- II. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III. Das angefochtene Urteil und das vorliegende Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung des Klägers hinsichtlich des Ausspruchs zu Ziffer I. des angefochtenen Urteils in der Fassung gemäß Ziffer I. des vorliegenden Urteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,00 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Hinsichtlich der Aussprüche zu Ziffern II. und III. des angefochtenen Urteils sowie Ziffer II. des vorliegenden Urteils kann die Beklagte die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund dieser Urteile jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der Kläger vor der Vollstreckung seinerseits Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger verfolgt lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche. Daneben begehrt er die Bezahlung von vorgerichtlich zum Zwecke der Abmahnung entstandenen Aufwendungen.

Der Kläger ist ein eingetragener Verein (AG Charlottenburg – Nz 5155), zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Achtung darauf gehört, dass die Regeln des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden. Zu den Mitgliedern des Klägers gehören unter anderem die Ärztekammern Hamburg und Schleswig-Holstein, die Zahnärztekammer Schleswig-Holstein, der Bundesverband der naturheilkundlich tätigen Zahnärzte in Deutschland e.V., 13 Ärzte und vier Kliniken (vgl. Mitgliederliste, Anlage K 1). Der Kläger ist nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung in der Lage, seine satzungsgemäßen Aufgaben wahrzunehmen.

Die Beklagte ermöglicht den Erhalt einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (im Folgenden: AU-Bescheinigung) ausschließlich im Wege der Fernbehandlung. Der Interessierte kann hierzu über sein Mobiltelefon die Internetseite au-schein.de aufrufen. Unter dem Link „Los geht's“ erhält er folgendes Angebot (Anlage K 5):

„Sie sind arbeitsunfähig wegen Erkältung und müssten daher zum Arzt? Hier erhalten Sie Ihre AU-Bescheinigung einfach online per Handy nach Hause!

Wenn Sie werktags (Mo-Fr) vor 10 Uhr bestellen, versenden wir Ihre AU bis 15 Uhr per WhatsApp & per Post. Anderenfalls am nächsten Werktag (Mo-Fr) bis 15 Uhr. Beginn der AU ist immer das Bestelldatum.“

Wird der Link angewählt, sind online verschiedene Fragen zu beantworten, die vor allem Symptome und mögliche Risikofaktoren betreffen. Führen die Antworten des Nutzers nicht zu einer Erkältungsdiagnose oder lassen sie die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe vermuten, wird der Nutzer mittels einer automatisch generierten Erklärung darauf hingewiesen, dass er den Dienst nicht nutzen kann. Im Anschluss kann der Dienst erneut in Anspruch genommen werden, ohne dass die zuvor gegebenen Antworten dabei berücksichtigt werden. Der Vorgang kann beliebige Male wiederholt werden.

Wenn die mitgeteilten Symptome mit der Diagnose einer Erkältung übereinstimmen, werden die Antworten online an den „Tele-Arzt“ übermittelt, der die mitgeteilten Symptome überprüft und im Fall einer Erkältungsdiagnose die entsprechende AU-Bescheinigung ausstellt. Die AU-Bescheinigung wird per WhatsApp und per Post an den Nutzer geschickt. Für das Angebot verlangt die Beklagte einen Betrag i.H.v. 9,00 €, der unabhängig vom Erfolgsfall zu entrichten ist und dem Nutzer von seiner Krankenkasse oder privaten Krankenversicherung nicht erstattet wird. Diesen Dienst bewirbt die Beklagte insbesondere mit den im Unterlassungsantrag wiedergegebenen Aussagen wie in Anlage K 5 festgehalten.

Der Kläger mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 19.02.2019 ab (Anlage K 9). Die Beklagte wies die Vorwürfe mit Schreiben vom selben Tag zurück (Anlage K 10).

Der Kläger hat vorgetragen, die Beklagte verstoße gegen § 9 HWG, da sie für eine Fernbehandlung werbe, nämlich für eine Erkennung von Krankheiten, die nicht auf der unmittelbaren Wahrnehmung des Arztes beruhe. Darüber hinaus liege auch ein Verstoß gegen ärztli-

ches Berufsrecht, nämlich §§ 7, 11, 25 MBO-Ä, vor.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Hamburg hat der Klägervertreter die angekündigten Klageanträge dahingehend klargestellt, dass die Werbung mit den zu Ziffer I. 1. bis 6. beanstandeten Äußerungen nur in der konkreten Verletzungsform, wie in Anlage K 5 geschehen, verboten werden soll.

Der Kläger hat beantragt:

- I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meldung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen am Geschäftsführer, zu unterlassen,
im geschäftlichen Verkehr Krankschreibungen/Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu bewerben,
wenn dies geschieht wie in Anlage K 5 wiedergegeben,
insbesondere wie in Anlage K 5 geschehen, mit den Angaben zu bewerben
 1. Bei Erkältung erhalten Sie für 9,00 € eine gültige Krankschreibung vom Tele-Arzt über WhatsApp und per Post.
 2. Sie sind arbeitsunfähig wegen Erkältung und müssten daher zum Arzt? Hier erhalten Sie Ihre AU-Bescheinigung einfach online per Handy nach Hause! Wenn Sie werktags (Mo-Fr) vor 10:00 Uhr bestellen, versenden wir Ihre AU bis 15:00 Uhr per WhatsApp und per Post. Anderenfalls am nächsten Werktag (Mo-Fr) bis 15:00 Uhr. Beginn der AU ist immer das Bestelldatum.
 3. Und so geht's: Symptome schicken, Risiken ausschließen, Daten eingeben, einfach bezahlen, fertig.
 4. Das Besondere an einer Arzt-Behandlung per Telemedizin ist grundsätzlich, dass der Arzt keinen persönlichen Kontakt zu Ihnen hat. Daher kann er Sie insbesondere für eine Diagnose nicht körperlich untersuchen und ist insbesondere auf Anamnese angewiesen, d.h. Ihre Antworten auf seine Fragen insbesondere zu vorliegenden Symptomen.
 5. Wir haben uns auf die Diagnose von Erkältungen konzentriert, da sie ungefährlich, gut erforscht und besonders gut per Anamnese zu diagnostizieren sind.
 6. Unser Service für AU-Scheine per Handy bringt folgende Vorteile:

- 6.1. Sie verschwenden nicht Ihre wertvolle Genesungszeit für einen Arztbesuch.
- 6.2. Sie stecken niemanden im Wartezimmer an.
- 6.3. Sie können die Anfrage an einen Arzt rund um die Uhr absenden und sie wird zeitnah beantwortet.
- 6.4. Zur einfachen Kommunikation nutzen Sie die Ihnen vertraute und sichere App WhatsApp.
- 6.5. Sie erhalten vorformulierte Therapieempfehlungen in gleichbleibend hoher Qualität, die vorher mit ärztlicher Hilfe besonders sorgfältig formuliert wurden.
- 6.6. Ihre Behandlung ist auf Ihrem Handy dokumentiert.
- 6.7. Die Fehldiagnoserate ist geringer, da durch den Fragenkatalog Risikopatienten und solche Patienten aussortiert werden, welche Symptome aufweisen, die bei Erkältung statistisch nie vorkommen. Zudem sind die Ärzte durch ihre Tätigkeit für uns auf Erkältung spezialisiert und arbeiten mit Checklisten, welche die Fehldiagnoserate nachweislich verringern. Über WhatsApp erfragen wir zudem später bei Ihnen die Korrektheit der Diagnose, um so automatisiert aus etwaigen Fehlern zu lernen.

II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 178,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, dass kein Verstoß gegen § 9 HWG vorliege. Es fehle der Produktbezug auf der Webseite, da es sich nur um eine sachliche Aufklärung über die Dienstleistung handele. Zudem sei nach dieser Vorschrift nach verfassungskonformer Auslegung nur Werbung für verbotene Telemedizin untersagt, was vorliegend nicht der Fall sei. Ferner lägen auch keine Verstöße gegen die MBO-Ä vor. Alle seit Ende Januar 2019 für sie, die Beklagte, tätigen Ärzte seien kein Mitglied der Ärztekammer Hamburg gewesen. Der seit April 2019 für sie tätige Arzt sei Mitglied der Ärztekammer Schleswig-Holstein, weshalb die Vorschriften der BOÄ-SH anwendbar seien. Danach sei eine Behandlung ausschließlich über Kommunikationsmedien nicht nur im Einzelfall, sondern generell erlaubt.

Die Klage ist der Beklagten am 24.04.2019 zugestellt worden. Das Landgericht Hamburg

hat die Beklagte durch Urteil vom 03.09.2019 antragsgemäß verurteilt. Wegen der Einzelheiten wird auf das genannte Urteil Bezug genommen. Mit der vorliegenden Berufung verfolgt die Beklagte ihr erstinstanzliches Begehren, die Klage abzuweisen, in vollem Umfang weiter.

Die Beklagte meint, das landgerichtliche Urteil sei in tatsächlicher sowie rechtlicher Hinsicht nicht haltbar. Sie vertieft insoweit ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Des Weiteren trägt die Beklagte vor, das Landgericht habe zu Ihren Lasten das Recht auf rechtliches Gehör verletzt, indem es unberücksichtigt gelassen habe, dass ihr, der Beklagten, bei bisher über 70.000 Ferndiagnosen keinerlei Fehldiagnosen gemeldet worden seien. Ferner sei mit dem Merkmal des „Einzelfalls“ in § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä nicht das konkrete Arzt-Patienten-Verhältnis, sondern vielmehr das spezielle Krankheitsbild gemeint. Da der für sie tätige Arzt seinen Sitz in Schleswig-Holstein habe, sei ausschließlich auf die Vorschriften der BOÄ-SH abzustellen. Diese setzten keine Prüfung im Einzelfall voraus.

Die Rechtsauffassung des Landgerichts führe dazu, dass telemedizinische Behandlungen faktisch niemals möglich wären, was dem offensichtlichen Willen des Gesetzgebers widerspreche. Schließlich habe der für die Berufsregeln der Kassenärzte zuständige Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) Krankschreibungen bei leichten Atemwegserkrankungen ausdrücklich bis zu 14 Tage ohne persönlichen Kontakt erlaubt.

Die Beklagte beantragt,

die Klage unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Hamburg vom 03.09.2019, Az. 406 HKO 56/19, abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Zusatz „wie in Anlage K 5 geschehen“ nach dem Wort „insbesondere“ gestrichen wird.

Der Kläger ist der Auffassung, es liege aus den bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Gründen ein Verstoß gegen § 9 HWG vor. § 9 HWG sei ein abstraktes Gefährdungsdelikt, so dass es keine Rolle spiele, ob die Durchführung von Fernbehandlungen tat-

sächlich beabsichtigt oder erfolgt sei. Den auf § 9 HWG gestützten Anspruch habe das Landgericht nicht zurückgewiesen, weshalb dieser weiterhin – ohne eingelegte Anschlussberufung – unter diesem Gesichtspunkt begründet werden könne. Ferner stehe § 9 HWG auch nicht im Widerspruch zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä. Darüber hinaus lägen mehrere Verstöße gegen die ärztlichen Berufspflichten in Mittäterschaft der Beklagten vor.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 30.09.2020 Bezug genommen. Die Parteien haben nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung jeweils einen Schriftsatz zur Akte gereicht, der Kläger am 01.10.2020, die Beklagte am 19.10.2020.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht Hamburg der Klage vollumfänglich stattgegeben. Lediglich klarstellend ist im landgerichtlichen Ausspruch der eingefügte Zusatz „wie in Anlage K 5 geschehen,“ nach dem Wort „insbesondere“ zu streichen. Die auch nach dieser Streichung im Ausspruch weiterhin vorhandene Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform in Gestalt der Formulierung „wenn dies geschieht wie in Anlage K 5 wiedergegeben“, der dann zur weiteren Erläuterung die unter den Ziffern 1. bis 6. zitierten Angaben nachfolgen, konkretisiert das ausgesprochene Verbot hinreichend.

1. Dem Kläger steht der mit dem Klageantrag zu I. geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung ebenso wie der mit dem Klageantrag zu II. verfolgte Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten zu.
 - a. Der Unterlassungsanspruch ergibt sich aus §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 2, 3, 3a UWG i.V.m. § 9 HWG. Eine Anschlussberufung des Klägers hinsichtlich des bereits erstinstanzlich gerügten, vom Landgericht indes nicht behandelten Verstoßes gegen § 9 HWG ist nicht veranlasst gewesen. Es liegt ein einheitlicher Streitgegenstand vor. Insoweit ist auch kein neuer Tatsachenvortrag notwendig.

aa. Der Kläger ist aktivlegitimiert gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Nach dem von der Beklagten nicht in Abrede genommenen Vortrag des Klägers ist dieser ein eingetragener Verein (AG Charlottenburg – Nz 5155), zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Achtung darauf gehört, dass die Regeln des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden. Dem Kläger gehört eine erhebliche Anzahl Mitglieder an, die selbst bzw. deren Mitglieder „Waren oder Dienstleistungen“ gleicher oder verwandter Art wie diejenigen der Beklagten vertreiben, u.a. die Ärztekammern Hamburg und Schleswig-Holstein, die Zahnärztekammer Schleswig-Holstein, 13 Ärzte und vier Kliniken. Der Kläger ist nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung unbestritten in der Lage, seine satzungsgemäßen Aufgaben wahrzunehmen.

bb. Die streitgegenständliche Werbung der Beklagten verstößt gegen das Werbeverbot für Fernbehandlungen gemäß § 9 HWG sowohl in dessen alter als auch dessen neuer Fassung und ist damit unlauter i.S.d. § 3a UWG.

aaa. Die Beklagte ist Adressatin der Regelung des § 9 HWG, sodass sie durch ihre Werbung täterschaftlich gegen diese Vorschrift verstößt. Das Heilmittelwerbegesetz richtet sich an jeden Werbungstreibenden, das heißt an alle natürlichen oder juristischen Personen, die an der Verbreitung einer als Werbung im Sinne des Gesetzes einzustufenden Aussage beteiligt bzw. hierfür verantwortlich sind (OLG München GRUR-RR 2020, 461, 462 Rn. 38 – digitaler Arztbesuch).

Die Beklagte bewirbt mit den angegriffenen Aussagen gemäß der Anlage K 5 eine Fernbehandlung, nämlich die Erkennung oder Behandlung von Erkältungskrankheiten, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen beruht. Es handelt sich hier nicht – wie die Beklagte behauptet – lediglich um eine sachliche Aufklärung. Das Bewerben einer Fernbehandlung durch die Beklagte in der angegriffenen Form ist eine geschäftliche Handlung gemäß §§ 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Der von §§ 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG geforderte objektive Zusammenhang mit der Absatzförderung ist vor allem bei Werbung gegeben (vgl. EuGH GRUR 2013, 297 Rn. 27 – Köck; BGH GRUR 2010, 161, 163 Rn. 11 – Gib mal Zeitung). Die Werbung der Beklagten betrifft die Fernbehandlung durch einen Arzt, vor allem aber auch die eigene Dienstleistung, die als vermittelndes Element dient.

bbb. Die Unlauterkeit der Werbung der Beklagten ergibt sich aus § 3a UWG i.V.m. § 9 HWG.

- (1) Die Regelung des § 9 HWG ist dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln i.S.v. § 3a UWG (KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 24 – Werbung für ärztliche Fernbehandlung; OLG München GRUR-RR 2020, 461, 464 Rn. 50 – digitaler Arztbesuch, m.w.N.). § 9 S. 1 HWG enthält das Verbot der Werbung für Fernbehandlungen. Der mit Wirkung vom 19.12.2019 eingefügte S. 2 enthält eine Ausnahmenvorschrift von diesem Grundsatz. Die Vorschrift dient dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher. Diese sollen vor der Gefahr einer unzureichenden Behandlung geschützt werden, die durch die Fernbehandlung, mithin die ausschließliche Verwendung von Mitteln der Fernkommunikation, begründet werden kann. Eine Verletzung dieser Bestimmung ist geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen (vgl. BGH GRUR 2012, 647, 651 Rn. 42 – INJECTIO; OLG München GRUR-RR 2020, 461, 464 Rn. 50 – digitaler Arztbesuch).
- (2) Für den auf Wiederholungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruch muss das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt der Vornahme als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats rechtswidrig sein (st. Rspr; vgl. nur BGH GRUR 2018, 438 Rn. 9 – Energieausweis, m.w.N.). § 9 HWG wurde mit Wirkung vom 19.12.2019 – also nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils vom 03.09.2019 – durch den neu angefügten S. 2 ergänzt, der das in S. 1 normierte generelle Werbeverbot auf die Werbung für bestimmte Fernbehandlungen für nicht anwendbar erklärt. Danach ist hier maßgebend, ob das angegriffene Verhalten zum einen unter Geltung des § 9 HWG a.F. unzulässig war und zum anderen unter Geltung des § 9 HWG n.F. weiterhin unzulässig ist.
- (3) Das angegriffene Verhalten der Beklagten war nach § 9 HWG a.F. unzulässig und ist dies auch weiterhin unter Geltung des § 9 HWG n.F. Bei dieser gesetzlichen Regelung handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt (Pfohl in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 232. EL August 2020, § 9 HWG Rn. 1), weshalb es unerheblich ist, ob die Durchführung der Fernbehandlung tatsächlich beabsichtigt oder erfolgt ist (KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 17 – Werbung für ärztliche Fernbehandlung). Dementsprechend ist auch die einzelne ärztliche Behandlung nicht zu bewerten, womöglich unter Inan-

spruchnahme sachverständiger Hilfe. Es geht um die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen.

- (a) Nach § 9 HWG a.F. war eine Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden unzulässig, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung). Werbung im Sinne des Heilmittelwerberechts sind alle informationsvermittelnden und meinungsbildenden Aussagen, die darauf abzielen, die Aufmerksamkeit der Adressaten zu wecken und deren Entschlüsse mit dem Ziel der Förderung des Absatzes von Waren oder Leistungen i.S.d. § 1 HWG zu beeinflussen (BGH NJW 1995, 3054 – Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie; Fritzsche in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl., § 1 HWG Rn. 5). So liegt es im vorliegenden Fall. Aus der Anlage K 5 lässt sich der werbende Charakter schon anhand der Formulierungen wie „Hier erhalten Sie Ihre AU-Bescheinigung einfach online per Handy nach Hause“ oder „Symptome checken – Risiken ausschließen – Daten eingeben – Einfach bezahlen – Fertig“ ohne weiteres erkennen. Die Aussagen der Beklagten zielen aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise, hier des allgemeinen Verkehrs, zu dem auch die Mitglieder des Senats zählen, konkret darauf ab, Aufmerksamkeit zu wecken und so den Absatz der Dienstleistung der Beklagten zu fördern. Die angegriffene Werbung bewirbt Fernbehandlungen, da der Arzt im konkreten Setting für den angesprochenen Verkehr erkennbar zu keinem Zeitpunkt in unmittelbarem Kontakt mit dem Patienten kommt und die Anamnese auf den Antworten des Patienten auf vorformulierte Fragen beruht.
- (b) An der Unzulässigkeit der hier angegriffenen Werbung der Beklagten hat sich auch ab dem 19.12.2019 durch die nach der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils ergänzte gesetzliche Regelung des § 9 S. 2 HWG nichts geändert. Nach § 9 S. 2 HWG ist S. 1 – an dem sich durch die Neufassung der Vorschrift nichts geändert hat – 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. § 9 S. 2 HWG wurde in die Vorschrift aufgenommen, um die Anpassung des ärztlichen Berufsrechtes im Hinblick auf die Reichweite des Werbeverbotes nachzuvollziehen (Begr. Reg.E., BT-Drucks. 19/13438 S. 77 f.). Anders als für die Fernbehandlung an sich, kann es 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 richtet (Begr. Reg.E., BT-Drucks. 19/13438 S. 77 f.). Es dürfen dabei nur solche Fernbehandlungen bei Menschen beworben werden, bei denen die Einhaltung anerkannter fachlicher Standards gesichert ist. Dies ist dann der Fall, wenn nach dem anerkannten medizinischen Stand der Erkenntnisse eine ordnungsgemäße Behandlung und Beratung unter Einsatz von Kommunikationsmedien grundsätzlich möglich ist (Begr. Reg.E., BT-Drucks. 19/13438 S. 77 f.). Dabei ist auch der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass der von § 9 HWG intendierte Schutzbedarf der Patienten trotz erheblichen Fortschritts der Telemedizin fortbesteht (Begr. Reg.E., BT-Drucks. 19/13438 S. 77).

(aa) Maßstab für die „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ gemäß § 9 S. 2 HWG ist die (Muster)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä). Unabhängig davon würde sich für die vorliegend relevanten Fragen auch bei Zugrundelegung der Berufsordnung der Ärztekammer Schleswig-Holstein (BOÄ-SH) kein anderer Maßstab ergeben.

Anders als bei der Beurteilung eines konkreten Arztverhaltens im Einzelfall, kommt es für die abstrakte, generalisierende Bewertung des § 9 HWG nicht auf die einzelnen Vorschriften der verschiedenen Landesberufsordnungen an. Auch wenn die MBO-Ä nur Empfehlungscharakter für die Landesärztekammern hat (Scholz in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl., Vorb. MBO-Ä Rn. 1), stellt sie einen grundlegenden Maßstab für die ärztliche Berufsausübung in Deutschland dar. Sie wird von der Bundesärztekammer erstellt, die eine Arbeitsgemeinschaft der Landesärztekammern ist. Die Beschlüsse der Bundesärztekammer werden durch einen Ausschuss des Vorstandes, eine Ständige Konferenz der Landesärztekammern und schließlich durch ein zweistufiges Konvergenzverfahren vorbereitet (Scholz in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl., Vorb. MBO-Ä Rn. 1). Die einzelnen Landesärztekammern sind auf diese Weise gemeinsam bei der Erstellung der Vorschriften involviert, so dass diese Vorschriften als Konsens mit Blick auf „allgemein anerkannte fachliche Standards“ anzusehen sind. Dies zeigt sich auch daran, dass die einzelnen Berufsordnungen der Länder sich in weiten Teilen an den Vorschriften der MBO-Ä orientieren.

Das Vorbringen der Beklagten, der für sie tätige Arzt habe seinen Sitz in Schleswig-Holstein

und die entsprechende landesrechtliche Berufsordnung weiche in dem für den vorliegenden Fall relevanten § 7 Abs. 4 S. 3 BOÄ-SH vom Wortlaut des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä ab, führt hier nicht zu einem anderen Ergebnis. Zum einen handelt es sich bei § 9 HWG um eine bundesrechtliche Vorschrift, die für die Werbung für Fernbehandlungen, die naturgemäß überregional erfolgen kann, auf „allgemein anerkannte fachliche Standards“ abstellt. Diese „allgemein anerkannten Standards“ hängen nicht unmittelbar davon ab, ob eine einzelne Landesvorschrift womöglich abweichend gefasst ist. Sie sind vielmehr Ausdruck überregional übereinstimmender Regeln, die von den einzelnen Landesvorschriften zu trennen sind. Zum anderen betrifft § 9 HWG lediglich die zulässige Bewerbung einer Fernbehandlung und nicht die Zulässigkeit einer Fernbehandlung an sich. Der einzelne Arzt ist durch dieses Ergebnis nicht in der Behandlung von Patienten beschränkt, sondern nur in der Bewerbung spezieller Behandlungsmethoden. Der Maßstab der MBO-Ä als konsensualer Standard für das Bundesgebiet ermöglicht eine einheitliche und interessengerechte Auslegung des § 9 HWG.

Im Übrigen ergibt sich aus § 7 Abs. 4 S. 3 BOÄ-SH für das im vorliegenden Fall maßgebende Merkmal des „Einzelfalls“ kein anderer Maßstab als aus § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä. Nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä ist eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien 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. Demgegenüber enthält § 7 Abs. 4 S. 3 BOÄ-SH keine ausdrückliche Bezugnahme auf den Einzelfall. Danach ist eine Beratung oder Behandlung vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelungen ausschließlich über Kommunikationsmedien erlaubt, wenn diese ärztlich vertretbar und ein persönlicher Kontakt mit der Patientin oder dem Patienten nicht erforderlich ist. Dass dieser Unterschied im Wortlaut jedoch – anders als die Beklagte geltend macht – keinen niedrigeren Prüfungsmaßstab im Rahmen des § 7 Abs. 4 S. 3 BOÄ-SH begründet, ergibt sich insbesondere aus § 2 BOÄ-SH, der die allgemeinen ärztlichen Berufspflichten vorgibt. Der Arzt soll u.a. seinen Beruf nach seinem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit ausüben (Abs. 1), sein ärztliches Handeln am Wohl der Patientinnen und Patienten ausrichten und seinen Beruf gewissenhaft ausüben (Abs. 2), wobei eine gewissenhafte Ausübung des Berufs insbeson-

der die notwendige fachliche Qualifikation und die Beachtung des anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse erfordert (Abs. 3). Diese grundlegenden Berufspflichten sind einzelne Konkretisierungen der umfassend geltenden ärztlichen Sorgfalt, welche den einzelnen Vorschriften jeder BOÄ immanent ist. Die Frage, ob eine Fernbehandlung „ärztlich vertretbar“ ist, hängt also unmittelbar mit dem Wohl der Patientinnen und Patienten zusammen. Ob ein persönlicher Kontakt für das Wohl des einzelnen Patienten notwendig ist, kann denklögisches nur im konkreten Arzt-Patienten-Verhältnis beurteilt werden. Die Einhaltung ärztlicher Sorgfalt setzt also voraus, dass der Arzt „im konkreten Einzelfall“ prüft, ob eine Behandlung ausschließlich über Kommunikationsmedien ärztlich vertretbar ist. Die ärztliche Vertretbarkeit kann dabei nicht losgelöst vom Einzelfall beurteilt werden, sodass eine Einzelfallprüfung über das Merkmal der ärztlichen Vertretbarkeit auch im Rahmen des § 7 Abs. 4 S. 3 BOÄ-SH notwendig ist.

(bb) Die Werbung der Beklagten erfüllt die Anforderungen des § 9 S. 2 HWG für eine ausnahmsweise Zulässigkeit nicht. Das streitgegenständliche Setting berücksichtigt nicht die notwendige Einzelfallprüfung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä und entspricht insoweit nicht den „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ i.S.d. § 9 S. 2 HWG. Das grundsätzliche Verbot der Werbung für Fernbehandlungen dient vorrangig dem Schutz der Volksgesundheit und des individuellen Gesundheitsinteresses und basiert auf dem Grundgedanken, dass partielle Informationen, seien diese auch wissenschaftlich objektivierbar, nie das gesamtheitliche Bild ersetzen können, das sich der Heilkundige bei persönlicher Wahrnehmung und Untersuchung des Patienten machen kann. Die Werbung für derartig verkürzte Behandlungsmethoden soll grundsätzlich unterbunden werden, unabhängig davon, ob die Fernbehandlung im Einzelfall erlaubt ist (vgl. KG GRUR-RS 2019, 40959 Rn. 17 – Werbung für ärztliche Fernbehandlung).

Nach § 7 Abs. 4 S. 1 MBO-Ä sollen Ärzte Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt beraten und behandeln. Gemäß S. 3 ist, wie ausgeführt, eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien 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. Die Regelung in § 7 Abs. 4 S. 3

MBO-Ä legt den Ärztinnen und Ärzten die Pflicht auf, im konkreten Einzelfall zu entscheiden, ob eine Fernbehandlung mit dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse vereinbar ist (Begr. Reg.E., BT-Drucks. 19/13438 S. 77 f.). Die Bundesärztekammer hat in der Begründung zur Neufassung des § 7 MBO-Ä ausdrücklich festgehalten, „dass der Grundsatz der ärztlichen Beratung und Behandlung im persönlichen Kontakt zwischen Arzt und Patient, das heißt unter physischer Präsenz der Ärztin oder des Arztes, zu erfolgen hat und weiterhin den ‚Goldstandard‘ ärztlichen Handelns in Beziehung zu den Patientinnen und Patienten darstellt.“ Für die Beratung und Behandlung ausschließlich aus der Ferne ist im Einzelfall „zu prüfen, ob die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, die Beratung, die Behandlung sowie die Dokumentation gewahrt wird“ (Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetags, TOP IV – 01 S. 2 f.).

Der „Einzelfall“ i.S.d. § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä meint das konkrete Arzt-Patienten-Verhältnis und nicht – wie die Beklagte meint – ein spezielles Krankheitsbild, wie z.B. das einer Erkältung. Die Neufassung der Vorschrift soll die Fort- und Weiterentwicklung telemedizinischer, digitaler, diagnostischer und anderer vergleichbarer Möglichkeiten berücksichtigen, aber weiterhin den Grundsatz der Behandlung im persönlichen Kontakt verdeutlichen (Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetags, TOP IV – 01 S. 2 f.). Es ist das grundlegende Ziel, dass konkrete und individuell auf den einzelnen Patienten abgestellte Diagnosen gestellt oder Therapieempfehlungen gegeben werden. Dies muss auch berücksichtigt werden, wenn es um die Frage geht, in welchen Fällen eine Fernbehandlung möglich sein soll.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ergibt sich dieses Ergebnis auch aus den „Hinweisen und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä“ der Bundesärztekammer. Auf S. 3 wird dort als Erläuterung zum Tatbestandsmerkmal des „Einzelfalls“ ausgeführt, dass „die Ärztin bzw. der Arzt jeweils in Bezug auf den einzelnen Behandlungs- bzw. Beratungsfall unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände zu prüfen [hat], ob dieser für eine ausschließliche Fernbehandlung im Sinne der Vorschrift geeignet ist“ („Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä“, Stand: 22.03.2019, II.3., Anlage K 11). Schon nach dem Wortlaut der Erläuterungen kann sich der einzelne Beratungs- und Behandlungsfall nur auf das konkrete Arzt-Patienten-Verhältnis beziehen. Zu den Begleitumständen zählt darüber hinaus ausdrücklich der Bezug zu der Patientin oder dem Patienten (III.4. der Hinweise und Erläuterungen). Der „Einzelfall“ i.S.d. § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä kann sich nach diesen Ausführungen

nicht unabhängig vom einzelnen Patienten lediglich auf ein Krankheitsbild beziehen, sondern meint gerade ein konkretes Arzt-Patienten-Verhältnis.

(cc) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze erfüllt die Werbung der Beklagten nicht die Voraussetzungen des § 9 S. 2 HWG. Im Rahmen des Geschäftsmodells der Beklagten muss der Interessent zunächst online verschiedene Fragen beantworten, die vor allem die Symptome und die Risikofaktoren des Nutzers betreffen. Wenn die Antworten zu der Diagnose einer Erkältung passen, werden sie an den „Tele-Arzt“ gesendet, welcher die mitgeteilten Symptome überprüft und eine entsprechende AU-Bescheinigung ausstellt, sollten die mitgeteilten Symptome mit der vermuteten Diagnose einer Erkältung übereinstimmen. Wenn die Antworten auf die voreingestellten Fragen nicht zu der entsprechenden Diagnose führen, erscheint eine Meldung, wonach der Patient den Dienst nicht nutzen könne. Es steht dem Patienten dann allerdings offen, die Fragen erneut zu beantworten. Wenn der Arzt eine AU-Bescheinigung ausstellt, wird diese per WhatsApp und per Post an den Nutzer geschickt. Der Arzt kommt zu keinem Zeitpunkt in Kontakt mit dem Patienten, es sei denn er hält Rückfragen per Telefon oder Video-Chat für notwendig. Zu diesem Fall kommt es im streitgegenständlichen Setting aber voraussehbar nicht, da dem Arzt nur solche Antworten übermittelt werden, die zur Diagnose einer Erkältung passen. Fälle, in denen Rückfragen angezeigt wären, werden vom System vorzeitig aussortiert. Die Anamnese beruht in diesem Setting ausschließlich auf den Antworten des Patienten auf die vorformulierten Fragen. Eine Abwägung im Einzelfall kann auf diese Weise nicht stattfinden. Das würde vielmehr voraussetzen, dass sich der behandelnde Arzt einen umfassenden Eindruck vom Gesundheitszustand des Patienten verschafft. Dies ist durch das voreingestellte Setting im Rahmen des beworbenen Geschäftsmodells gerade nicht möglich.

Anders als die Beklagte meint, führt dieses Ergebnis auch nicht zu einer generellen Unzulässigkeit telemedizinischer Behandlungen, was dem Willen des Gesetzgebers widerspräche. Dies liegt zunächst schon daran, dass § 9 HWG nur die Bewerbung der Fernbehandlung und nicht die Zulässigkeit der Fernbehandlung als solche betrifft. Darüber hinaus schließt dieses Ergebnis auch Fernbehandlungen als solche nicht aus, da lediglich eine Prüfung des konkreten Einzelfalls hinsichtlich der medizinischen Vertretbarkeit einer ausschließlichen Fernbehandlung vorgenommen werden muss. Eine telemedizinische Behandlung kann erhebliche Vorteile bieten, die dem Patienten nicht vorenthalten werden sollen.

Dies gilt aber nur, soweit der behandelnde Arzt überprüfen kann, ob ein persönlicher Kontakt zum Patienten im konkreten Einzelfall tatsächlich nicht notwendig ist, wie z.B. im Rahmen einer Videosprechstunde,

Auch der Einwand der Beklagten, ihr seien nach über 70.000 Ferndiagnosen keinerlei Fehldiagnosen gemeldet worden, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Unabhängig davon, ob bisher tatsächlich keine Fehldiagnosen gestellt wurden oder diese aus anderen Gründen nicht an die Beklagte herangetragen wurden, führt dieser Einwand nicht zu einem Wegfall der notwendigen Prüfung im konkreten Einzelfall.

(dd) Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit den neuesten Entwicklungen während der derzeitigen COVID-19-Pandemie. Während der Pandemie besteht ein erhebliches Interesse daran, dass Patienten mit entsprechenden Symptomen eine AU-Bescheinigung erhalten, ohne durch einen physischen Besuch beim Arzt das Ansteckungsrisiko vor Ort zu vergrößern. § 8 Abs. 1 der einschlägigen Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie (AU-RL) sieht insoweit vor, dass der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) eine Ausnahme der grundsätzlichen Regel des § 4 AU-RL durch Beschluss insofern zulassen kann, dass die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit bei Versicherten mit Erkrankungen der oberen Atemwege, die keine schwere Symptomatik vorweisen, für einen Zeitraum von bis zu 7 Kalendertagen auch nach telefonischer Anamnese und zwar im Wege der persönlichen ärztlichen Überzeugung vom Zustand der oder des Versicherten durch eingehende telefonische Befragung erfolgen darf. Das Fortdauern der Arbeitsunfähigkeit kann danach im Wege der telefonischen Anamnese einmalig für einen weiteren Zeitraum von bis zu 7 Kalendertagen festgestellt werden. Von diesen Möglichkeiten hat der G-BA im Frühjahr 2020 befristet Gebrauch gemacht.

Die Möglichkeit der telefonischen Anamnese ist eine Maßnahme der Risikominimierung in einer Ausnahmesituation während der COVID-19-Pandemie. Daran lässt sich deutlich erkennen, dass eine Fernbehandlung in Form der Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit, wie im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angesprochen, nicht einmal in dieser Ausnahmesituation mit geringerem persönlichem Kontakt als einem Telefonat zulässig sein soll. Dies kann dann erst recht nicht außerhalb dieses Ausnahmezustands zulässig sein. Innerhalb des Settings der Beklagten kommt es voraussehbar zu keinem Zeitpunkt zu einem (telefonischen) Kontakt zwischen Arzt und Patient. Der Arzt erhält lediglich die Ant-

worten auf vorformulierte Fragen übermittelt, die die Annahme einer Erkältung nahelegen. In dieser Situation hat der Arzt typischerweise keinen Anlass für telefonische Rückfragen. Dass die Fragen unter Umständen bereits mehrfach beantwortet wurden, bevor eine Übermittlung erfolgte, kann er nicht erkennen.

cc. Es besteht schließlich auch Wiederholungsgefahr. Eine solche liegt vor, wenn eine Wiederholung des wettbewerbswidrigen Verhaltens ernsthaft und greifbar zu besorgen, nicht schon, wenn sie nur denkbar oder möglich ist (Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen, 38. Aufl., § 8 UWG Rn. 1.42). Ein erfolgter Wettbewerbsverstoß begründet eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr (st. Rspr., vgl. nur BGH GRUR 2020, 755, 763 Rn. 80 – WarnWetter-App, m.w.N.). Die Widerlegung dieser Vermutung kann durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung erreicht werden (vgl. z.B. BGH GRUR 2020, 755, 763 Rn. 81 – WarnWetter-App). Eine solche Unterlassungserklärung hat die Beklagte indes nicht abgegeben. Andere Anhaltspunkte, die die tatsächliche Vermutung widerlegen könnten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

- b. Die Abmahnkosten sind gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG in der geltend gemachten Höhe zu erstatten. Die Abmahnung war begründet und berechtigt, wobei es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung (§ 9 HWG a.F.) ankommt (st. Rspr.; vgl. nur BGH GRUR 2018, 438 Rn. 9 – Energieausweis, m.w.N.). Auch der Höhe nach besteht der geltend gemachte Anspruch. Da die Beklagte insoweit keine spezifizierten Einwendungen erhoben hat, sind weitere Ausführungen des Senats entbehrlich.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288, 291 BGB.

2. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze des Klägers vom 01.10.2020 und der Beklagten vom 19.10.2020 enthalten keinen entscheidungserheblichen neuen Tatsachenvortrag und haben keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gegeben, §§ 296a, 156 ZPO. Insbesondere mit den von der Beklagten vertretenen Rechtsansichten hat sich der Senat auseinandergesetzt.
3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Voll-

streckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO,

4. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Auch wenn § 9 S. 2 HWG vor kurzem geändert worden ist, ändert dies nichts daran, dass es sich vorliegend um eine Einzelfallentscheidung hinsichtlich der konkret angegriffenen Werbung handelt. Die getroffene Entscheidung steht im Einklang mit der bekannten ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung. Etwas Abweichendes trägt auch die Beklagte nicht vor.

Steeneck
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Hewicker
Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Linke
Richter
am Landgericht