

Titel:

Einstweilige Verfügung gegen Werbung für Brustoperationen

Normenketten:

UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3, § 3a, § 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 2

HWG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 11 Abs. 1 S. 3

ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2

Leitsatz:

Ergibt sich aus der vergleichenden Darstellung von Abbildungen vor und nach dem beworbenen plastisch-chirurgischen Eingriff für den angesprochenen Verkehr nicht unmittelbar und eindeutig dessen medizinische Notwendigkeit, greift die Ausnahme des § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG vom Verbot nach § 11 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 HWG nicht. (Rn. 23 – 28) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagwort:

Rechtsbruch

Rechtsmittelinstanz:

OLG München, Urteil vom 09.02.2023 – 29 U 7850/21

Fundstellen:

MD 2022, 66

GRUR-RS 2021, 41058

LSK 2021, 41058

Tenor

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für operative plastisch-chirurgische Eingriffe ohne medizinische Notwendigkeit mit der Wirkung einer solchen Behandlung durch vergleichende Darstellung des Körperzustandes oder des Aussehens vor und nach dem Eingriff zu werben, wenn dies geschieht wie folgt:

...

und/oder

...

und/oder

...

und/oder

jeweils sofern dies geschieht wie in Anlage K3 und in Anlage K4 wiedergegeben.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 178,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 11. Februar 2019 zu zahlen.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

4. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung

- in Ziffer 1 in Höhe von 30.000 € und

- in Ziffern 2 und 3 in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags

vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten um Ansprüche des Klägers auf Unterlassung und Ersatz der vorgerichtlichen Abmahnkosten wegen Werbung der Beklagten für plastisch-chirurgische Eingriffe (vor allem von Vergrößerungen und Verkleinerungen der weiblichen Brust) durch die im Unterlassungsantrag konkret wiedergegebenen Abbildungen.

2

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder, insbesondere die Achtung darauf gehört, dass die Regeln des lauter Wettbewerbes eingehalten werden. Mitglieder des Klägers sind insbesondere folgende Personen:

- Ärztekammer ...

- Ärztekammer ...

...

- ... (ein deutschlandweiter Vermittler von Schönheitsoperationen, insbesondere zur Brustvergrößerung).

3

Darüber hinaus sind noch zahlreiche weitere Personen Mitglieder des Klägers, die Gesundheitsdienstleistungen einschließlich ärztlicher Behandlungen anbieten. Für die Einzelheiten wird auf den Schriftsatz des Klägers vom 7. Februar 2020, Seiten 3 bis 6 = Blatt 53 bis 56 der Akte Bezug genommen.

4

Die Beklagte ist Ärztin und spezialisiert auf plastisch-chirurgische Medizin. In ihrer Praxis bot sie Vergrößerungen und Verkleinerungen der weiblichen Brust an. Diese bewarb sie unter anderem mit den im Unterlassungsantrag wiedergegebenen vier Abbildungen (vgl. Anlagen K3 und K4), die dem I.-Account der Beklagten entnommen wurden. Zum I. Account der Beklagten unter der Adresse ... gelangte man (unter anderem) durch eine Verlinkung von der Homepage der Beklagten unter ... (vgl. Anlage K3 Seite 1 dort durch Anklicken des oben rechts abgebildeten Icons, das eine stilisierte Kamera zeigt). Um den Auftritt der Beklagten bei I. aufrufen zu können, war eine vorherige Registrierung des Nutzers bei I. erforderlich und bei Aufruf die Eingabe von Benutzernamen und Passwort.

5

Mit Schreiben vom 26. August 2019 mahnte der Kläger die Beklagte ab (Anlage K5). Hinsichtlich eines Teils der damals beanstandeten Abbildungen gab die Beklagte eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, hinsichtlich des restlichen Teils verteidigte sie sich weiter. Wegen weiterer Abbildungen erklärte wiederum der Kläger den Verzicht. Über die hier streitgegenständlichen Abbildungen konnte zwischen den Parteien auch mit den weiteren Schreiben vom 9. September 2019 des Klägers (Anlage K7) und der Beklagten vom 11. September 2019 (Anlage K8) vorgerichtlich keine Klärung herbeigeführt werden

6

Der Kläger meint, bei diesen Abbildungen handele es sich um eine vergleichende Darstellung des Körperzustandes oder des Aussehens vor und nach dem von der Beklagten durchgeführten operativen plastisch-chirurgischen Eingriff. Der Kläger sieht darin einen Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Satz 3 HWG. Hilfsweise macht er einen Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 HWG geltend.

7

Der Kläger stellt den Antrag im erkannten Umfang.

8

Die Beklagte beantragt,

die Klage wird abgewiesen.

9

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, dass der Kläger nicht anspruchsberechtigt sei, weil ihm keine erhebliche Zahl von Unternehmen angehöre, die Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf

demselben Markt wie die Beklagte vertrieben. Überdies meint die Beklagte, dass sie § 11 Abs. 1 Satz 3 HWG nicht zuwider handle sowie diese Vorschrift so auszulegen sei, dass die Werbeaussage auf die Veränderung des menschlichen Körpers bezogen sein müsse. Hingegen brauche die Werbeaussagen nicht auf „ohne medizinische Notwendigkeit“ bezogen zu sein. Dies ergebe die grammatikalische, historische und systematische Auslegung sowie eine Auslegung nach Sinn und Zweck sowie nach dem „effet utile“. Jedenfalls habe bei den in den vier Abbildungen gezeigten operativen Eingriffen eine medizinische Notwendigkeit hierfür bestanden und diese sei (aus der Werbung) ersichtlich: Mit der jeweils rechten Brust werde das Ergebnis eines medizinisch notwendigen, operativen plastisch-chirurgischen Eingriffs gezeigt. Im Übrigen handele es sich bei dieser deutschen Vorschrift im HWG um eine weltweit einzigartige Sondernorm. Vergleichbar zu § 6e UWG a.F. sei diese Vorschrift sachlich nicht mehr gerechtfertigt und insbesondere verfassungs- und unionsrechtlich durch Auslegung allenfalls in einem eingeschränkten Umfang gültig.

10

Mit Beschluss vom 18. Juni 2020 hat die Kammer in anderer Besetzung einen Hinweisbeschluss (Blatt 92/94 der Akte) und nach mündlicher Verhandlung am 3. September 2020 (Protokoll vom 3. September 2020 = Blatt 102/103 der Akte) im Verkündungstermin am 17. Dezember 2020 einen Beweisbeschluss (= Blatt 107/111 der Akte) erlassen. In der mündlichen Verhandlung vom 15. Juli 2021 hat die Kammer in der jetzigen Besetzung unter anderem diesen Beweisbeschluss aufgehoben (Protokoll vom 15. Juli 2021 = Blatt 148/149 der Akte).

11

Zur Ergänzung des Tatbestands wird im Übrigen auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien samt Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 15. Juli 2021 (= Blatt 148/149 der Akte) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

12

Die zulässige Klage ist in vollem Umfang begründet.

13

A. Die Klage ist zulässig. Der Unterlassungsantrag ist hinreichend bestimmt, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

14

I. Ein Antrag ist grundsätzlich hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (vgl. Zigann/Werner in: Ceppl/Voß, Prozesskommentar, 2. Auflage 2018, § 253 Rn. 193). Der Kläger bestimmt den Streitgegenstand. Begehrt er das Verbot einer konkreten Verletzungsform, sind die Klageanträge inhaltlich möglichst genau an die angegriffene Verletzungsform anzupassen, um dem Bestimmtheitsgebot Rechnung zu tragen (vgl. Zigann/Werner, a.a.O., § 253 Rn. 201). Diese konkrete Verletzungsform bestimmt dann - zuzüglich kerngleicher Formen (vgl. Zigann/Werner, a.a.O., § 253 Rn. 78 ff) - den relevanten Streitgegenstand (Zigann/Werner, a.a.O., § 253 Rn. 63 ff., 109).

15

II. Nach diesen Maßstäben hat der Kläger dem Bestimmtheitsgebot entsprochen und den Streitgegenstand definiert, indem er sich des Konditionalsatzes „jeweils sofern dies geschieht wie in Anlage K3 und der K4 wiedergegeben“ bediente. Hierdurch wird die angegriffene Verletzungsform zum Gegenstand des Antrags gemacht. Das klägerische Unterlassungsbegehren richtet sich gegen die konkret angegriffene Verwendung dieser vier Lichtbilder, wie sie sich aus den Anlagen K3 und K4 ergibt, weil - nach dem Vorwurf des Klägers - mit diesen im geschäftlichen Verkehr für operative plastisch-chirurgische Eingriffe ohne medizinische Notwendigkeit mit der Wirkung einer solchen Behandlung durch vergleichende Darstellung des Körperzustandes oder des Aussehens vor und nach dem Eingriff geworben werde. Aufgrund der Kerntheorie sind gleichfalls kerngleiche Verletzungen erfasst. Entgegen der Annahme bzw. der Befürchtung der Beklagten ist Streitgegenstand nicht allgemein die vergleichende Bewerbung von operativ plastisch-chirurgischen Eingriffen geworden. Ebenfalls nicht erfasst ist der Sachverhalt, was passiert, wenn der I. -

Nutzer auf das Lichtbild klickt und welche Informationen ihm dann angezeigt werden. Es geht um die Übersichtsdarstellung.

16

B. Die Klage ist in vollem Umfang begründet. Der Kläger hat im tenorierten Umfang Anspruch auf Unterlassung sowie auf Zahlung.

17

I. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist gegeben, § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 2 UWG i.V. mit § 3, § 3a UWG i.V. mit § 11 Abs. 1 Satz 3, § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG.

18

1. Der Kläger ist aktivlegitimiert, § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Die Beklagte konkurriert insbesondere mit den bestehenden Verbandsmitgliedern des Klägers und ist insbesondere im Bereich ärztliche Behandlung tätig. Für den relevanten Bereich der Gesundheitsberufe verfügt der Kläger über einen erheblichen Mitgliederbestand, wie sich aus dem Vortrag des Klägers ergibt.

19

2. Die angegriffenen Handlungen der Beklagten eröffnen den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts. Die Werbung der Beklagten ist eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

20

Dem steht nicht entgegen, dass sich die angegriffenen Lichtbilder auf dem I.-Account der Beklagten befinden. Denn unter anderem über die Webseite der Beklagten gelangte man durch Anklicken des dort eingeblendeten I.-Icons auf den I.-Account der Beklagten. Dass hierfür erforderlich war, dass der Nutzer ebenfalls über einen solchen Account bei I. verfügt, steht dem nicht entgegen. Denn auf die Frage der allgemeinen Zugänglichkeit der Werbung kommt es hier nicht entscheidend an.

21

3. Die angegriffene geschäftliche Handlung der Beklagten ist unlauter, weil sie gegen § 11 Abs. 1 Satz 3, § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG verstößt. Gemäß § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.

22

a) § 11 Abs. 1 Satz 3 HWG ist eine Marktverhaltensnorm. Denn sie ist eine gesetzliche Vorschrift, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Das ist zwischen den Parteien zu Recht nicht umstritten.

23

b) Entgegen der Auffassung der Beklagten liegt ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG vor. Denn die angegriffene Werbung betrifft operative plastisch-chirurgische Eingriffe, was zwischen den Parteien zu Recht nicht umstritten ist. Außerdem wird mit der Wirkung der operativen plastisch-chirurgischen Behandlung durch eine vergleichende Darstellung (vor und nach der Behandlung) geworben. Entgegen der Auffassung der Beklagten greift die in § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG normierte Ausnahme nicht ein. Denn die von der Beklagten unter anderem geltend gemachte medizinische Notwendigkeit des Eingriffs ergibt sich für den angesprochenen Verkehr nicht, jedenfalls nicht unmittelbar und eindeutig, aus dem jeweiligen Lichtbild. Ob darüber hinaus ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 HWG gegeben ist, kann offengelassen und braucht wegen der Hilfsbegründung nicht beurteilt zu werden.

24

aa) § 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 HWG ist nach Überzeugung der Kammer zusammen mit dem Ausnahmetatbestand in § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG wie folgt zu lesen: „Ferner darf für operative plastisch-chirurgische Eingriffe nicht wie folgt geworben werden: 1. mit der Wirkung einer solchen Behandlung durch vergleichende Darstellung des Körperzustandes oder des Aussehens vor und nach dem Eingriff, soweit sich die Werbeaussage auf die Veränderung des menschlichen Körpers ohne medizinische Notwendigkeit bezieht.“

25

bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es nicht darauf an, ob die der Werbeaussage zugrunde liegenden plastisch-chirurgischen Eingriffe medizinisch notwendig gewesen sind, sondern relevantes Kriterium ist vielmehr, ob sich aus der Werbeaussage ergibt, dass die beworbenen operativen plastisch-chirurgischen Eingriffe medizinisch notwendig sind. Dies ist aus Sicht des angesprochenen Verkehrs (des angesprochenen Publikums) zu beurteilen. Maßgeblich ist insoweit dasjenige, was der angesprochene Verkehr auch in der Lage ist, aus der Werbung und ihrer Aussage zu erkennen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortsinn von § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG, weil sich dort ausdrücklich die Bezugnahme auf die „Werbeaussage“ befindet.

26

cc) Dieses Verständnis steht mit Sinn und Zweck der Regelung in Einklang. Es kommt ganz entscheidend darauf an, wie und für welche operative plastisch-chirurgischen Eingriffe geworben wird.

27

Grundsätzlich sind solche Eingriffe häufig nicht durch Krankheiten oder krankhafte Beschwerden bedingt. Sie können aber selbst erhebliche gesundheitliche Gefahren verursachen. Die Regelung ist für diese Fälle gerechtfertigt und bietet den Vorteil, dass jede Werbeaussage für Schönheitschirurgische Behandlung erfasst wird, ohne dass geklärt werden muss, ob die Operation zur Behandlung krankhafter Beschwerden oder zur Verbesserung des Aussehens dient (Pfohl in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 236. EL Mai 2021, § 1 HWG Rn. 30). Mit dem Werbeverbot für operative plastisch-chirurgische Eingriffe soll insbesondere der Suggestivwirkung einer vergleichenden Darstellung begegnet werden, die einen Anreiz bieten kann, sich unter Inkaufnahme von gesundheitlichen Risiken einem Eingriff zu unterziehen, der nicht zwingend erfolgreich sein muss (Pfohl a.a.O. § 1 HWG Rn. 53). Gleichfalls ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien, dass der Gesetzgeber Schönheitsoperationen skeptisch gegenübersteht und aufgrund der damit einhergehenden (zumeist unnötigen) Risiken Werbebeschränkungen statuieren wollte.

28

Ergibt sich hingegen für den angesprochenen Verkehr aus der Werbung hinreichend klar und deutlich, dass sich die beworbene Behandlung auf eine medizinisch notwendige Veränderung des menschlichen Körpers bezieht, dann ist das grundsätzlich gerechtfertigte Werbeverbot unangebracht und nicht mehr angemessen. Nach Überzeugung der Kammer darf dann für diese Fälle (in dem dafür sachlich gebotenen Umfang) auch im Rahmen von § 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG geworben werden.

29

dd) Zur Beurteilung des Inhalts der konkreten Werbeaussage kommt es auf das Verständnis des angesprochenen Verkehrs an. Das ist hier der Durchschnittsverbraucher.

30

Entgegen der Annahme der Beklagten sind im Streitfall die angesprochenen Verkehrskreise nicht ausschließlich Frauen, sondern es wird der Durchschnittsverbraucher angesprochen.

31

Es mag zutreffen, dass sich die Werbung der Beklagten allgemein an Frauen richtet und die Beklagte insbesondere mit dem Slogan „Schönheitschirurgie von Frau zu Frau“ wirbt. Hieraus ergibt sich jedoch nicht, dass das angesprochene Werbepublikum zwingend ausschließlich aus Frauen besteht und hierunter keine Herren seien. Wie aus der eigenen Lebenserfahrung eines Mitglieds der Kammer bekannt ist, spricht diese Werbung gleichfalls Männer an, die dann zum Beispiel bei ihrer Partnerin mit Verweis auf diese Werbung eine (ggf. medizinisch notwendige) plastisch-chirurgische Brust-Operation ins Gespräch bringen.

32

ee) Aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers, zu dem auch die Mitglieder der Kammer zählen, ergibt sich aus der konkret angegriffenen Werbung nicht, dass die beworbene Behandlung medizinisch notwendig ist. Diese Notwendigkeit kann der Durchschnittsverbraucher entgegen der Auffassung der Beklagten aus dem (allein hier relevanten) Betrachten der vier angegriffenen Fotografien nicht unmittelbar und eindeutig entnehmen.

33

Zwar hat die Beklagte geltend gemacht, dass sich diese medizinische Notwendigkeit unmittelbar aus der Fotografie ergebe. Die Bilder seien aussagekräftig. Es seien keine Brüste im normalen Bereich und keine normal gebauten Frauen gezeigt. Vielmehr seien ausschließlich krankhafte Zustände abgebildet. So werde

zum Beispiel aus dem letzten Bild, das zwei unterschiedlich große Brüste mit dem Tattoo auf dem Bauch zeigt, deutlich, dass zu dem knabenhaften Körper der Frau die vergrößerte Brust nicht passte und vielmehr die kleinere (linke Brust der gezeigten Person) die medizinisch passendere sei.

34

Dies ist für den Durchschnittsverbraucher aber nicht ersichtlich. Für ihn - und hierauf kommt es an - geben die streitgegenständlichen Abbildungen keine medizinisch indizierten Eingriffe wieder. Gleichfalls erkennt er aus der Werbung nicht, dass eine medizinische Behandlungsbedürftigkeit der abgebildeten Brüste gegeben sei.

35

4. Die übrigen Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs liegen vor. So ist die Beklagte passivlegitimiert und es besteht Wiederholungsgefahr. Entgegen der Annahme der Beklagten liegen auch keine erheblichen Einwendungen vor.

36

a) Weder aus dem geltend gemachten Aspekt der Inländerdiskriminierung noch aus der vorrangigen Anwendbarkeit des Unionsrechts ergibt sich für die Kammer zwingend eine Einschränkung des Unterlassungsanspruchs. Die Annahme der Beklagten, dass die hier relevante Regelung des HWG weltweit einzigartig und rechtspolitisch überholt sei, rechtfertigt nach Überzeugung der Kammer ebenfalls keine Einschränkung des Unterlassungsgebots. Nach Überzeugung der Kammer entspricht die Gesetzeslage und ihre Anwendung in der von der Kammer vertretenen Auslegung dem deutschen Verfassungsrecht und dem Unionsrecht. Eine Vorlage des Rechtsstreits an den Unionsgerichtshof ist daher nicht geboten. Die Kammer ist insbesondere davon überzeugt, dass mit ihrer Auslegung von § 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 HWG und von § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG ein geeigneter, erforderlicher und angemessener Ausgleich der verfassungsrechtlich und unionsrechtlich betroffenen Rechte und Rechtsgüter erreicht ist.

37

b) Sofern die Beklagte schließlich vorbringt, dass sich die angegriffene Übersicht der Lichtbilder bei I. nicht vermeiden ließe, steht dieser Umstand ebenfalls dem Unterlassungsanspruch des Klägers nicht entgegen.

38

Unterstellt dies träfe zu, bedeutet es lediglich, dass eine solche Bewerbung mit Lichtbildern für medizinisch notwendige, plastisch-chirurgische Eingriffe auf I. ungeeignet wäre. Eine Unverhältnismäßigkeit des Verbots ergibt sich für die Kammer hieraus aber nicht. Denn die Werbung auf anderen Plattformen ist davon nicht betroffen. Gleichfalls ist hierfür nichts dargetan oder ersichtlich, dass eine solche Bewerbung auf I. objektiv zwingend und erforderlich ist.

39

II. Aufgrund des festgestellten Wettbewerbsverstoßes steht dem Kläger gleichfalls ein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zu. Diese sind der Höhe nach nicht umstritten.

40

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.