

Schönheits-OP als Hauptgewinn bei Radiogewinnspiel stellt Wettbewerbsverstoß dar

Kammergericht Berlin

Urteil vom 22.05.2017

Az.: 5 W 94/17

Tenor

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts beschlossen:

1. Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers vom 13. April 2017 wird der Beschluss der Zivilkammer 52 des Landgerichts Berlin vom 30. März 2017 – 52 O 78/17 geändert:

Den Antragsgegnern wird es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft im Fall der Antragsgegnerin zu 1) zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, untersagt, für Schönheitsoperationen über Radio, das Internet oder andere Medien zu werben, wenn dies geschieht wie in der nachfolgend wiedergegebenen Werbung für die Aktion „Arno zahlt Deine Schönheits-OP!“:

[Abbildung]

2. Die Kosten des Verfahrens beider Instanzen haben die Antragsgegner zu tragen.

3. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 25.000,- € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin hat beantragt, den Antragsgegnern im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr für die Verlosung einer Schönheitsoperation im Radioprogramm und/oder im Internet oder sonst wie zu werben, wenn dies geschieht, wie in der Anlage Ast 4 wiedergegeben.

Mit Beschluss vom 30. März 2017 hat das Landgericht den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluss wendet der Antragsteller sich mit der sofortigen Beschwerde.

II.

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers ist gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 2, § 569 ZPO statthaft und zulässig. Die sofortige Beschwerde ist auch begründet.

Dem Antragsteller steht gegenüber den Antragsgegnern ein Anspruch auf Unterlassung der in der Anlage Ast 4 wiedergegebenen Werbung für sogenannte Schönheitsoperationen in der Aktion „Arno zahlt Deine Schönheits-OP!“ über Radio, das Internet oder andere Medien zu. Der Unterlassungsanspruch ergibt sich jedenfalls aus § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, §§ 3, 3a UWG i.V.m. § 7 Abs. 1 HWG.

1.

Der Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes ist eröffnet.

Das Heilmittelwerbegesetz gilt allein für produktbezogene Werbung, also Produkt- und Absatzwerbung, nicht dagegen für allgemeine Firmenwerbung (Unternehmens- und Imagewerbung), die ohne Bezugnahme auf bestimmte Produkte für das Ansehen und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein wirbt. Für die Frage; ob die zu beurteilende Werbung Absatz- oder Firmenwerbung ist, kommt es maßgeblich darauf an, ob nach

ihrem Gesamterscheinungsbild die Darstellung des Unternehmens oder aber die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Produkte im Vordergrund steht. Danach liegt produktbezogene Werbung vor, wenn sie auf ein bestimmtes Produkt oder eine Mehr- oder Vielzahl bestimmter Produkte bezogen ist. (BGH WRP 2017, 536 – Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln, Rn 37; BGH, Urteil vom 24. November 2016, I ZR 163/15 – Freunde werben Freunde, Rn 30)

Die beanstandete Werbung ist schon deshalb produktbezogen, weil die ausgelobten Gewinne („Arno zahlt Deine Schönheits-OP“) in operativen plastisch-chirurgischen Eingriffen bestehen, die die Antragsgegnerin zu 1) unter der geschäftlichen Bezeichnung „ „ anbietet (vgl. Anlagen Ast 2, 3, und 4) und die der Antragsgegner zu 2) ausführt (vgl. Anlage Ast 4).

2.

Mit Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist, darf außerhalb der Fachkreise nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG nicht für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel geworben werden, sofern diese Maßnahmen oder Verfahren einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leisten.

Es ist hier durchaus zu erwägen, dass Werbung für Schönheitsoperationen von dieser Vorschrift erfasst wird (so: Köber in: Münchener Kommentar, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., § 11 HWG, Rn 85; a.A. Bülow PharmR 2014, 497):

a)

Bei isolierter Betrachtung kann man operative plastisch-chirurgische Eingriffe, die seit dem 1. April 2006 aufgrund des 14. Gesetzes zur Änderung des Arzneimittelgesetzes in den Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes fallen, auch als „Verfahren“ oder „Behandlungen“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 HWG verstehen.

Erst wenn man der Aufzählung „Arzneimittel, Verfahren,

Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel“ die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Heilmittelwerbegesetzes in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 HWG gegenüberstellt, wo zwischen Arzneimitteln sowie Verfahren, Behandlungen, Gegenständen und anderen Mitteln einerseits und operativen plastisch-chirurgischen Eingriffen andererseits unterschieden wird, können Bedenken aufkommen, ob die Regelungen in § 11 Abs. 1 Satz 1 HWG überhaupt für sogenannte Schönheitsoperationen gelten.

Zieht man jedoch die Gesetzesmaterialien zum 14. Gesetz zur Änderung des Arzneimittelgesetzes heran, kann kein Zweifel bestehen, dass die sogenannten Schönheitsoperationen nach dem Willen des Gesetzgebers zu den Behandlungen und Verfahren zählen sollten, für die die in § 11 Abs. 1 Satz 1 geregelten Werbeverbote gelten (vgl. Meyer GRUR 2006, 1007, 1008).

In der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 15/5316, Seite 46) wird das Ziel der Neuregelung, Werbung für Schönheitsoperationen künftig an § 11 HWG zu messen, ausdrücklich herausgestellt:

„... Angesichts der rapide steigenden Zahlen von schönheitschirurgischen Eingriffen und im Hinblick auf die mit den Eingriffen verbundenen Gesundheitsgefahren ist es daher – wie im Fall von krankheitsbezogenen Eingriffen, für die das HWG bereits gilt – notwendig, die Werbung für diese Verfahren dem HWG zu unterwerfen. Insbesondere bestimmte Formen der suggestiven oder irreführenden Werbung sind inzwischen weit verbreitet. Durch die Einbeziehung von sog. Schönheitsoperationen werden insbesondere bestimmte Formen der suggestiven oder irreführenden Werbung mit Bußgeldandrohung (s. §§ 11, 15 Abs. 1 HWG) verboten...“.

Auch die Begründung des Entwurfs zum Zweiten Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften (BT-Drucksache 17/9341, Seite 71) zeigt, dass Schönheitsoperationen nach dem Willen des Gesetzgebers zu den Behandlungen und Verfahren zählen, für die die in § 11 Abs. 1 Satz 1 geregelten Werbeverbote gelten.

Nur dann ergibt die Aussage in der Gesetzesbegründung

„Für Schönheitsoperationen wird die geltende Werbebeschränkung aufrechterhalten.“
einen Sinn.

Mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften ist das bis dahin unterschiedslos für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel bestehende Verbot der Werbung mit ihrer Wirkung durch vergleichende Darstellung des Körperzustandes oder des Aussehens vor und nach der Anwendung (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 lit. b) HWG a.F.) in dem neuen § 11 Abs. 1 Satz 3 HWG allein für Schönheitsoperationen aufrechterhalten worden.

b)

Die aktuelle Fassung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG, die dieser durch das Zweite Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 19. Oktober 2012 erhalten hat, enthält zwar die Einschränkung, dass das Verbot von Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist, nur dann gilt, sofern diese Maßnahmen oder Verfahren einer unzumutbaren oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leisten.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts gibt es jedoch stichhaltige Anhaltspunkte dafür, dass diese Fassung auf einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers beruht (vgl. Köber in: Münchener Kommentar, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., § 11 HWG, Rn 66; Fritzsche in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl., § 11 HWG, Rn 47 a.E., sowie Reese WRP 2013, 283, Rn 14 zu § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Rn 27 zu § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5).

In der Begründung des Entwurfs zum Zweiten Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften heißt es nur:

„Die bisherige Vorschrift in Nummer 13, die ein abstraktes Verbot von Verlosungen zur Bewerbung von Arzneimitteln vorsieht, entspricht nicht den EU-Vorgaben. Eine

korrespondierende Norm fehlt in der Richtlinie 2001/83/EG. Die Verlosung eines Arzneimittels lenkt den Verbraucher von einer sachlichen Prüfung der Frage ab, ob die Einnahme des Arzneimittels erforderlich ist, und leistet daher einer unzumutbaren und übermäßigen Verwendung Vorschub. Zudem sprechen auch die Vorschriften der Richtlinie, die eine direkte Abgabe von Arzneimitteln an die Öffentlichkeit durch die pharmazeutische Industrie zum Zweck der Verkaufsförderung untersagen, gegen eine kostenlose Abgabe im Rahmen einer Verlosung (Artikel 88 Absatz 6, Artikel 96 Absatz 1 der Richtlinie 2001/83/EG).“

(BT-Drucksache 17/9341, Seite 71).

Diese Überlegungen treffen auf operative plastisch-chirurgische Eingriffe durchweg nicht zu.

c)

Letztlich kann die Frage der Anwendbarkeit des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben.

2.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist es grundsätzlich unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren.

a)

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist im Fall der Nichtanwendbarkeit des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG auf Werbung mit einem Gewinnspiel Raum für § 7 HWG. Das Heilmittelwerbegesetz, das unter anderem dem Schutz der Verbraucher vor Fehleinschätzungen beim Arzneimittelgebrauch und vor wirtschaftlicher Übervorteilung dient, enthält in seinem § 11 Abs. 1 Satz 1 einen Katalog von Werbemaßnahmen, die bei ihrer Anwendung gegenüber Personen, die nicht den Fachkreisen angehören, schon von ihrer Art her die durch das Heilmittelwerbegesetz geschützten Interessen beeinträchtigen. Darin erschöpft sich aber auch der Regelungsbereich des § 11 Abs. 1 Satz 1 HWG. Deshalb ist in dem durch seinen § 1 geregelten sachlichen Anwendungsbereich des

Heilmittelwerbegesetzes jeweils noch zu prüfen, ob die betreffende Werbemaßnahme gegen eine andere im Gesetz enthaltene Reglementierung des Werbeverhaltens verstößt. (BGH GRUR 2014, 689 – Testen Sie Ihr Fachwissen, Rn 11). Im Übrigen sprechen aber auch die unter 1. angestellten Überlegungen gegen die Annahme, dass § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG in Bezug auf Werbung für Heilmittel mit Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist, eine abschließende Regelung sein sollte.

bb)

Sowohl in der bloßen Teilnahmemöglichkeit als auch in den ausgelobten Gewinn liegen unentgeltliche Zuwendungen.

Eine Werbegabe im Sinne des § 7 Abs. 1 HWG liegt aber nur dann vor, wenn ihr Anbieten, Ankündigen oder Gewähren zumindest die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten begründet (BGH GRUR 2014, 689 – Testen Sie Ihr Fachwissen, Rn 14). Diese Gefahr geht von der beanstandeten Werbung aus.

Mit der Einbeziehung sogenannter Schönheitsoperationen in den Anwendungsbereich des Gesetzes über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die zunehmende Zahl derartiger Operationen und bestimmte Formen der Werbung das Ziel verfolgt, Einflüsse, die zu nicht sachgerechten Entscheidungen führen können, zurück zu drängen, die Entscheidungsfreiheit betroffener Personen zu schützen und so zu vermeiden, dass sich diese Personen unnötigerweise Risiken aussetzen, die ihre Gesundheit gefährden können (BT-Drucksache 15/5316, Seite 46).

Allein die Möglichkeit der Teilnahme an dem Gewinnspiel „Arno zahlt Deine Schönheits-OP!“ führt noch nicht zu einer unsachlichen Beeinflussung der angesprochenen Verkehrskreise. Anders sieht dies jedoch aus, wenn die Teilnahme zu dem ausgelobten Gewinn führt.

Das Zusammentreffen des Reizes der Teilnahme an einem Gewinnspiel, der hier durch die Aufgabe, ein bestimmtes Radioprogramm zu Verfolgen und bei Nennung des eigenen Namens

schnell zu reagieren und bei dem Sender anzurufen, noch gesteigert wird, mit der Freude über den entgegen aller Wahrscheinlichkeit eingetretenen Glücksfall, Gewinner zu sein, birgt die Gefahr unüberlegter Entscheidungen, deren Risiken für die Gesundheit vorab nicht durchdacht worden sind. Der durchschnittliche Verkehrsteilnehmer macht sich vor der Entscheidung über die Teilnahme an einem Gewinnspiel regelmäßig keine Gedanken, wie er mit dem Gewinn vernünftigerweise verfahren sollte, allein weil die Chance des Gewinns zu gering ist. In der emotionalen Ausnahmesituation nach einem Gewinn steht zu befürchten, dass die Risiken, die die Operation mit sich bringt, nicht mehr beachtet werden. Ohne dass diese Überlegung entscheidend wäre, ist zudem davon auszugehen, dass die Gefahr unüberlegter Entscheidungen in der nach aller Erfahrung zu erwartenden Situation, dass der anrufende Gewinner zu einem Radiomoderator durchgestellt und das Gespräch über Radio verbreitet wird, weiter gesteigert wird.

cc)

Einer der Ausnahmetatbestände des § 7 HWG liegt nicht vor.

dd)

Das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot von Werbegaben stellt eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG dar (BGH, Urteil vom 24. November 2016, I ZR 163/15 – Freunde werben Freunde, Rn 27).

ee)

Angesichts der Aufmachung des in der Anlage Ast 4 wiedergegebenen Internetauftritts ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass es sich bei der Aktion „Arno zahlt Deine Schönheits-OP!“ um eine gemeinsame, abgesprochene Werbemaßnahme des Betreibers des Radiosenders und der Antragsgegner handelt, so dass diese für den Wettbewerbsverstoß als Mittäter haften.

Sowohl die Antragsgegnerin zu 1), deren als Logo ausgestaltete

geschäftliche Bezeichnung mit ihrer Internetadresse in die Werbung eingebettet ist, als auch der Antragsgegner zu 2), der namentlich genannt wird, treten dem Verkehr in der Werbung offen gegenüber.

III.

Bei der Formulierung des Unterlassungsgebots hat der Senat von dem ihm durch § 938 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessen Gebrauch gemacht, da zweifelhaft erscheint, ob der Gewinner in der Aktion „Arno zahlt Deine Schönheits-OP!“ im Wege der Verlosung ermittelt wird. Eine (Teil-)Zurückweisung ist damit nicht verbunden.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über den Wert der Beschwerde auf § 51 Abs. 1, § 53 Abs. 1 Nr. 1 GKG, § 3 ZPO.