

# 3D-Refraktion: Chancen und Risiken für die Werbung aus wettbewerbsrechtlicher Sicht

Seit der Präsentation der bisher bekannten 3D-Refraktionssysteme, PasKal 3D und PolaSkop 3D, auf der opti 2014, bewegt kaum ein Innovationsthema die Augenoptikerbranche mehr. [1] Fachlich-technische Untersuchungen deuten mittlerweile an, dass es sich bei diesem „Erlebnis mit besseren Ergebnissen“ nicht um den Durchbruch in der Augenglasbestimmung handelt, der mittlerweile von diversen Augenoptikern in der Werbung propagiert wird. Hier wird offen die Frage gestellt, ob es sich hier nicht mehr um einen Werbegag als um eine ernstzunehmende und auch vom Augenoptiker sowie vom Endkunden so wahrgenommene spürbare Weiterentwicklung handelt.

Spätestens bei dieser Fragestellung besteht Anlass, die Frage nach den Grenzen des wettbewerbsrechtlich Erlaubten in der Werbung für die 3D-Refraktion zu stellen. [2] Die nachfolgende Darstellung versucht eine Antwort auf die Fragen zu geben: Was geht nicht? Was geht? Was muss bei der Werbung für die 3D-Refraktion beachtet werden?

## I. Rechtliche Erfassung der „3D-Refraktion“

Augenoptikbetriebe sind darauf angewiesen, sich gegenüber dem Publikum als innovativ darzustellen und einen technisch hochstehenden Standard zu vermitteln. Wie könnte dies besser gelingen, als mit dem Modernität verheißenden Schlagwort einer „3D-Technik“ als neue Grundlage für die Augenglasbestimmung. Es stellt sich die Frage, welcher vertriebsrechtliche Rahmen hier gilt. Die Branche musste in der Vergangenheit doch mehr als einmal erfahren, dass für den Absatz augenoptischer Leistungen ein anderer, viel strengerer Regelungsrahmen gilt, als etwa für den Absatz von Bekleidungstextilien.

„Die medizinische Zweckbestimmung der App führt konsequent zur Einordnung als Medizinprodukt im Sinne des Medizinproduktegesetzes (MPG).“

Von der Sache her steht hinter der Bezeichnung „3D-Refraktion“ eine Software, die der Darbietung und Steuerung von Sehzeichen dient und zusammen mit Messbrillen und Phoroptern als App zur Erkennung von Sehschwächen und Fehlsichtigkeiten bestimmt ist. Diese medizinische Zweckbestimmung der App führt konsequent zur Einordnung als Medizinprodukt im Sinne des Medizinproduktegesetzes (MPG). Dieses wiederum hat Vertrauenswürdigkeit und Sicherheit solcher Produkte zum Ziel. [3] Dass der Einstufung von Software, und um nichts anderes handelt es sich bei einer Applikation (= App), als Medizinprodukt keine grundsätzlichen Erwägungen entgegenstehen, ergibt sich bereits aus der zuletzt vorgenommenen Änderung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 MPG, wonach Software als möglicher Gegenstand medizinprodukterechtlicher Bestimmungen anerkannt wurde.

### Vertrieb des Produkts zur 3D-Refraktion nur mit CE-Kennzeichen

Dies hatte sogleich Konsequenzen für den Vertrieb der 3D-Refraktion. § 6 Abs. 1 des Medizinproduktegesetzes schreibt für Medizinprodukte vor, dass diese nicht in Verkehr gebracht werden dürfen, ohne mit einer CE-Kennzeichnung versehen zu sein. Das Landgericht Stuttgart sah sich daher veranlasst, in einem Urteil vom 01.06.2015 den Vertrieb des Produkts zur 3D-Refraktion ohne CE-Kennzeichen zu untersagen. Die Verletzung dieser

zentralen Vorschrift zur Sicherung der Verkehrsfähigkeit wurde als unlautere Geschäftshandlung angesehen, unbeschadet der Frage, ob das entsprechende Produkt das vorgesehene Konformitätsbewertungsverfahren nun durchlaufen hatte oder nicht. Es kann gar nicht genügend darauf hingewiesen werden, dass diese formale Strenge gesundheitsrechtlicher Vorschriften unbedingt zu beachten ist, da sonst gerade in einer Phase der Neueinführung von Produkten und Leistungen rechtliche Beanstandungen mit empfindlichen Konsequenzen drohen (Abmahnungen/Vertragsstrafenforderungen; gerichtliche Eilentscheidungen durch einstweilige Verfügung etc.).

Ist damit die Einstufung der 3D-Refraktions-App als Medizinprodukt geklärt, folgt hieraus zwanglos die Anwendung des Heilmittelwerbegesetzes (HWG), denn § 1 Abs. 1 Ziff. 1 a dehnt die Anwendung des Heilmittelwerbegerichts auf Medizinprodukte ausdrücklich aus.

## II. Werbung mit wissenschaftlich nicht gesicherten Angaben

Abgesehen vom formalen medizinprodukterechtlichen Rahmen, der letztlich als Mindestvoraussetzung für das Inverkehrbringen von Medizinprodukten die Sicherheit des Anwenders und des Benutzers im Blick hat, geht es bei der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit insbesondere um die Vermeidung irreführender Angaben über die Erfolgsträchtigkeit des Einsatzes der „3D-Refraktion“ und Leistungsmerkmale des Produkts. Insbesondere unzulässig, weil irrefüh-

rend, ist es, Medizinprodukten eine Wirkung beizulegen, die sie nicht haben oder gar fälschlich den Eindruck zu erwecken, dass ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden kann (§ 3 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 HWG). In der Werbung einiger Augentoptiker finden sich allerdings bereits Angaben, die man danach zumindest als ausgesprochen problematisch ansehen kann. So wird beispielsweise die 3D-Augenvermessung als „Weltneuheit für höchst präzise Brillen und besseres Sehen“ angepriesen. An anderer Stelle ist zu lesen: „Der Sehtest wird zum Erlebnis... Das Ergebnis ist präziser als je zuvor... 100 Prozent der Kunden sind begeistert...“ Ist natürlicher und entspannter...“

### III. „Angaben“ im wettbewerbsrechtlichen Sinn

In dem verständlichen Bemühen, technische Neuerungen gleichzeitig als besondere Errungenschaft des eigenen Angebots herauszustellen, empfiehlt es sich zwischen Aussagen zu unterscheiden, die keinen objektiven Tatsachenkern enthalten, und solchen, die Wirkung, Funktion und den messbaren Erfolg unterstreichen und als solche auch einer Beweiserhebung zugänglich sind. Als Beispiel für die erste Gruppe von Aussagen ohne objektiven Tatsachenkern kann man aus dem oben wiedergegebenen Konglomerat an Werbeanpreisungen insbesondere diejenigen herausgreifen, die allein das rein subjektive Erleben in den Vordergrund stellen. Der Grad an Erlebnis und entspannt sein bei der neuen Refraktionsmethode gehört in diese Kategorie, da das positive Empfinden in hohem Maße von der rein persönlichen Einschätzung und Bewertung der Situation des einzelnen Kunden abhängt. Diese Aussagen sind im Ergebnis eher nicht justiziabel.

Anders verhält es sich allerdings mit der zweiten Gruppe von Angaben, mit denen die verbesserte Präzision des Ergebnisses herausgestellt wird, Messergebnisse von höchster Genauigkeit versprochen werden, die angeblich exakter als je zuvor sein sollen und ein präziseres Sehen versprechen. Hier werden dem umworbenen Publikum Wirkungen und Ergebnisse vorgegeben, die der einzelne Kunde als messbares Resultat ernst nimmt und daher in den Kreis der

Wirkaussagen einzuordnen ist, die vom Irreführungsverbot des § 3 HWG erfasst sein können.

### IV. Wer muss was beweisen?

In diesem Bereich setzen denn auch die mit Händen zu greifenden wettbewerbsrechtlichen Risiken ein. Folgerichtig lohnt sich ein Blick auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Normalerweise würde ein missgünstiger Angreifer der oben angesprochenen Wirkaussagen deren Unrichtigkeit selbst darzulegen und zu beweisen haben. Bei fachlich umstrittenen Angaben hingegen verhält es sich anders. Hier hat die Rechtsprechung eine abweichende Verteilung der Lasten und Risiken vorgenommen. Es obliegt dem potenziellen Angreifer zwar, im Einzelnen darzulegen, ob und inwieweit die kritische Werbeaussage als fachlich umstritten anzusehen ist. Gelingt dies, ist es dann allerdings Sache des Werbenden, im Einzelnen zu beweisen, dass die Behauptung über Wirkung und Erfolg seiner Angabe gleichwohl zutrifft. Gerade in Prozessen zu § 3 des Heilmittelwerbegesetzes läuft dies nicht selten auf eine Auseinandersetzung um Sachverständigengutachten hinaus.

Bezogen auf die vorliegende Situation sind die oben dargelegten objektiven Wirkaussagen zur Funktionsweise der 3D-Refraktion ganz in diesem Sinne riskant, denn es gibt doch eine ganze Reihe von Äußerungen aus der Fachwelt, die als Resultat ihrer fachlichen Untersuchungen keinen Unterschied zwischen der herkömmlichen 2D-Methode und der 3D-Refraktion feststellen konnten, so etwa die Untersuchung von Schmidt-Kiy und Grein oder zuletzt von Degle,

Leicht und Stinn mit dem Zwischenfazit, dass sich aus ihren Untersuchungen keine wissenschaftlich nachweisbare Verbesserung der Refraktionsergebnisse mit PasKal 3D bzw. PolaSkop 3D unter Anwendung von zirkularer Polarisation bzw. monokularer Prüfung unter binokularen Bedingungen gegenüber einem modernen alternativen Prüfgerät gezeigt habe. [4, 5]

### Die Darlegungslast liegt beim werbenden Unternehmen

Wohlgemerkt: Für eine wettbewerbsrechtliche Auseinandersetzung heißt dies zunächst einmal nur, dass man es bei der Werbung für die 3D-Refraktion zu einem erheblichen Teil mit fachlich umstrittenen Angaben zu tun hat, womit sich die Beweis- und Darlegungslast für die Richtigkeit auf das werbende Unternehmen verlagert.

Zu klären bleibt, ob dieser Nachweis den Protagonisten der 3D-Refraktion gelingt. Für das Auftreten im Wettbewerb kann diese Situation allerdings nur bedeuten, dass größte Zurückhaltung geboten ist, jedenfalls so lange, bis Sicherheit im Hinblick auf das Erreichen präziserer Messergebnisse und im Ergebnis dann besseres Sehen besteht. ■

**Peter Brammen, Geschäftsführung  
Wettbewerbszentrale Hamburg**

### Literatur

- [1] Vgl.: DOZ 10/2015, S. 28 und 30 f. oder DOZ 06/2015, S. 18 ff
- [2] Vgl. Degle, Leicht, Stinn in DOZ 06/2015, S. 18
- [3] Heimhalt/Rehmann, Gesundheits- und Patienteninformationen via Apps, MPR 2014, 197 ff.
- [4] DOZ 10/2015, S. 31 ff.
- [5] DOZ 06/2015, 18 ff.

### Fazit

- Software die allein oder im Zusammenwirken mit anderen Apparaturen die sogenannte 3D-Refraktion ermöglicht, ist als Medizinprodukt im Sinne des MPG anzusehen und unterliegt den für ihr Inverkehrbringen dort im Einzelnen aufgeführten Beschränkungen.
- Objektiv nachprüfbar Angaben zur Funktion und Wirkung der 3D-Refraktion unterfallen dem Irreführungsschutz nach § 3 HWG, nach § 4 Absatz 2 MPG und nach § 5 Absatz 1 Satz 2 Nr.1 UWG.
- Die Richtigkeit fachlich umstrittener Angaben ist insoweit vom werbenden Unternehmen darzulegen und, unter Umständen durch Sachverständigengutachten zu beweisen.