
Datum: 27.08.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 48/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0827.4U48.19.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 42 O 71/16

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 06.03.2019 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten wird das vorbezeichnete Urteil teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

1

A.

2

Der Kläger ist der Verein „A e.V.“.

3

Die – nicht in der Handwerksrolle eingetragene – Beklagte versteht sich als selbstständige Handelsvertreterin für Brillen bzw. Brillenfassungen. Sie veranstaltet sogenannte „Brillenpartys“, auf denen sie für die in O (Zypern) ansässige „W Ltd.“ Bestellungen von

4

Brillen entgegennimmt. Sie bewirbt diese Veranstaltungen u.a. mit Werbeflyern (Ablichtung eines Werbeflyers in Anlage KR1) und auf einer „Facebook“-Seite. Die Beklagte verfügt ferner über Visitenkarten (Ablichtung einer Visitenkarte in Anlage KR1), die die Kontaktdaten der Beklagten sowie den Schriftzug „W2“ enthalten und die die Beklagte als „Brillen-Stylistin“ ausweisen.

Die „W Ltd.“ nimmt auch unmittelbar – d.h. ohne das Erfordernis des Besuches einer „Brillenparty“ – über ihren Internetauftritt „www.w2.de“ Brillenbestellungen von Verbrauchern entgegen.

5

Am 02.07.2016 veranstaltete die Beklagte in den Räumen des Nagelstudios „T“ in W3 eine „Brillenparty“. Als Testkundin nahm hieran – neben weiteren Kunden – auch die Auszubildende zur Augenoptikerin I teil. Diese trat hierbei unter dem erfundenen Namen „N“ auf. Die „Brillenparty“ fand in einem mit Tischen möblierten Nebenraum des Nagelstudios statt. Auf den Tischen lagen mehrere aufgeklappte Koffer, in denen sich Brillenfassungen befanden. Die Testkundin I sowie die anderen anwesenden Kunden erhielten von der Beklagten Gelegenheit, die ausgestellten Brillenfassungen zu betrachten und auch anzuprobieren. Die Beklagte äußerte sich hierbei gegenüber den Kunden zu modischen Aspekten der Brillenfassungen: Gegenüber der Testkundin I erklärte die Beklagte, die Farbe einer von der Testkundin anprobierenen Brillenfassung sei „schön“ und „passe zu ihr“; zu einem anderen anwesenden Kunden sagte die Beklagte, eine bestimmte Fassungsform „stehe ihm gut zu Gesicht“. Nachdem sich die Testkundin I für eine Brillenfassung entschieden hatte, vermaß die Beklagte mit einem Messgerät („Pupillometer“) den Augenabstand (Pupillenabstand) der Testkundin. Im Anschluss hieran musste die Testkundin eine etwa scheckkartengroße Karte an ihre Stirn halten und sich vor eine weiße Wand stellen; die Beklagte fertigte sodann Lichtbilder von der Testkundin an. Es folgte ein Gespräch zwischen der Beklagten und der Testkundin, dessen Gegenstand die Auswahl der Brillengläser war. Teil dieses Gespräches war wiederum ein Dialog, der die Glaswerte der einzusetzenden Brillengläser betraf: Die Testkundin erklärte der Beklagten, sie führe ihren Brillenpass nicht mit und könne der Beklagten daher ihre genauen Glaswerte nicht nennen. Die Beklagte betrachtete daraufhin die mitgeführte Brille der Testkundin und erklärte, sie schätze die Glasstärke auf ungefähr -1,0 dpt, es sei allerdings besser, wenn die Testkundin ihre Glaswerte von einem Augenarzt oder Augenoptiker bestimmen lasse. Die Testkundin könne ihr, der Beklagten, die genauen Glaswerte auch noch später – nach der „Brillenparty“ – auf telefonischem Wege mitteilen. Die Testkundin erklärte der Beklagten sodann, sie müsse vor einer endgültigen Brillenbestellung noch Rücksprache mit ihrer Mutter halten. Auf Nachfrage der Testkundin nach der Anpassung der fertigen Brille teilte die Beklagte mit, die Brille werde der Kundin zusammen mit einer Anleitung und einem kleinen Werkzeugkästchen zugeschickt. Mithilfe dieses Werkzeuges könne die Kundin die Brille selbst richtig anpassen und richten. Die Testkundin unterzeichnete sodann ein mit „Angebotsanfrage“ überschriebenes und von der Beklagten ausgefülltes Formular (Anlage B7 = Blatt 175 der Gerichtsakte), das neben den Kontaktdaten der Testkundin Angaben zur ausgewählten Brillenfassung und zu den ausgewählten Brillengläsern sowie den Vermerk „ruft an, ob ok + Werte“ enthielt. Die Testkundin verließ anschließend die „Brillenparty“. Am 14.07.2016 teilte die Testkundin der Beklagten telefonisch ihre genauen Glaswerte mit. Am 15.07.2016 erhielt die Testkundin eine E-Mail der „W Ltd.“ (Anlage B8 = Blatt 176-181 der Gerichtsakte) mit einem Angebot für die Anfertigung und Lieferung einer Brille.

6

Der Kläger mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 04.08.2016 (Anlage KR2) wegen einer aus Sicht des Klägers irreführenden – im vorliegenden Verfahren nicht streitgegenständlichen – Werbeaussage auf ihrer „Facebook“-Seite sowie wegen des Vorwurfs der „unberechtigten

7

Handwerksausübung“ ab. Zu dem letztgenannten Vorwurf nahm der Kläger auf den Ablauf der „Brillenparty“ vom 02.07.2016 Bezug und führte aus, die Beklagte habe auf dieser Veranstaltung gegenüber der Testkundin eine „Brillenglasberatung“ vorgenommen. Diese „Brillenglasberatung“ und die Messung des Augenabstandes (Pupillenabstandes) mit dem „Pupillometer“ stellten Tätigkeiten des Augenoptikerhandwerks dar, die diesem Handwerk auch sein Gepräge gäben, weil es insoweit auf die besondere Kompetenz des Augenoptikers ankomme. Fehler und falsche Bewertungen in diesem Bereich könnten fatale Folgen für den Kunden haben. Die beiden genannten Tätigkeiten seien daher in der Handwerksrolle eingetragenen Augenoptikern vorbehalten.

Die Beklagte gab unter dem 25.08.2016 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung, betreffend die vom Kläger beanstandete irreführende Werbeaussage, ab. Den Vorwurf der „unberechtigten Handwerksausübung“ wies sie zurück.

8

Das Amtsgericht Mettmann sprach die Beklagte mit Urteil vom 10.07.2018 – 34 OWi 124/17 – (Anlage B17 = Blatt 332-334 der Gerichtsakte) von dem auf die Geschehnisse auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 gestützten Ordnungswidrigkeitenvorwurf, unerlaubt selbstständig und gewerblich das Augenoptikerhandwerk ausgeübt zu haben, frei. In den Gründen seines Urteils führte das Amtsgericht u.a. aus, die im Bußgeldverfahren als Zeugin vernommene Testkundin I habe ausgesagt, eine Beratung durch die Beklagte habe, abgesehen von der Optik (dem Aussehen) der Brillen, nur hinsichtlich der Dicke der Brillengläser stattgefunden; in Bezug auf die Brillengläser habe auch keine weitere Wahlmöglichkeit bestanden.

9

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe der Testkundin I auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 nach der von ihr vorgenommenen Schätzung der Glasstärke erklärt, die Brille könne auch sofort mit der geschätzten Glasstärke bestellt werden. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, bei der von der Beklagten auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 vorgenommenen „Brillenglasberatung“ und der Messung des Augenabstandes (Pupillenabstandes) mit dem „Pupillometer“ handele es sich um Tätigkeiten, die ausschließlich ein in der Handwerksrolle eingetragener Augenoptiker vornehmen dürfe. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, welche Tätigkeiten nur eine in der Handwerksrolle eingetragene Person vornehmen dürfe, sei das Berufsbild des jeweiligen Handwerks. Jedenfalls die Beratung über die richtigen Korrektionsgläser sowie die Messung des Augenabstandes (Pupillenabstandes) gehörten zu den wesentlichen Tätigkeiten eines Augenoptikers. Diese Tätigkeiten seien entscheidend dafür, die Sehschwäche eines Fehlsichtigen optimal auszugleichen. Komme es hierbei zu Fehlern, könne dies den Brillenträger in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigen: So könne es zu gesundheitlichen Problemen wie z.B. Kopfschmerzen oder zu gefährlichen, sogar lebensgefährlichen Gefahrensituationen im Straßenverkehr kommen. Die Beklagte führe den Durchschnittsverbraucher auch in die Irre: Indem sie die von ihr durchgeführten „Brillenpartys“ so wie aus der Anlage KR1 ersichtlich bewerbe und so agiere wie auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016, erwecke sie den Eindruck, Augenoptikermeisterin zu sein oder aus anderen Gründen in der Handwerksrolle eingetragen zu sein. Die Beklagte sei als Mittäterin in einem verbotenen System anzusehen, in dem die gesamte Brillenversorgung bis hin zur Anpassung der Brille erfolge, ohne dass der fehsichtige Kunde auch nur einmal einen Augenoptikermeister sehe. Sie sei in das Vertriebssystem der „W Ltd.“ eingebunden; dieses Unternehmen wolle Korrektionsbrillen an fehsichtige Kunden abgeben, ohne dass eine Anpassung der Brillen durch einen Augenoptiker erfolge. Hierzu trenne das Unternehmen die einzelnen Arbeits- und Produktionsschritte künstlich so auf, dass auf den ersten Blick der Eindruck entstehe, ein Augenoptiker müsse überhaupt nicht mitwirken. So werde der

10

Meisterzwang im Augenoptikerhandwerk umgangen. Die Beklagte beteilige sich vorsätzlich an einem Geschäftsmodell, bei dem die auf den „Brillenpartys“ erbrachten gesundheitshandwerklichen Leistungen planmäßig und dauerhaft in Abwesenheit eines Augenoptikermeisters erbracht würden. Bei den über dieses Vertriebssystem in den Verkehr gebrachten Brillen handele es sich im Ergebnis um unsichere Medizinprodukte. Er, der Kläger, habe die Beklagte aus den vorgenannten Gründen zu Recht abgemahnt. Die Beklagte sei ihm gegenüber daher zur Erstattung von Abmahnkosten in Form einer Abmahnkostenpauschale in Höhe von 246,10 € verpflichtet.

Der Kläger hat (zuletzt) beantragt, 11

I. die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, 12

a) im geschäftlichen Verkehr Verkaufsveranstaltungen für Korrektionsbrillen 13
durchzuführen, bei denen Kaufinteressenten über Korrektionsgläser beraten und/oder die Pupillendistanz gemessen wird

und/oder 14

b) (...) (von der Wiedergabe dieses Antrages wird abgesehen) 15

und/oder 16

c) (...) (von der Wiedergabe dieses Antrages wird abgesehen) 17

und/oder 18

d) (...) (von der Wiedergabe dieses Antrages wird abgesehen), 19

hilfsweise für den Fall der Abweisung aller Anträge zu I.a) bis I.d) 20

e) (...) (von der Wiedergabe dieses Antrages wird abgesehen), 21

weiter hilfsweise dazu 22

f) (...) (von der Wiedergabe dieses Antrages wird abgesehen). 23

II. die Beklagte zu verurteilen, an ihn, den Kläger, 246,10 € nebst Zinsen daraus in Höhe von 24
fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 25

die Klage abzuweisen. 26

Die Beklagte hat behauptet, sie führe bei den „Brillenpartys“ lediglich eine Stilberatung durch 27
und helfe den Kunden lediglich beim Ausfüllen des für eine Bestellung erforderlichen Formulars. Sie, die Beklagte, geriere sich dabei auch nicht als Augenoptikerin. Nach einer „Brillenparty“ übersende sie das Formular sowie die von ihr angefertigten Lichtbilder vom Gesicht des Kunden an die „W Ltd.“. Diese führe dann alle weiteren Schritte des Bestell- und Lieferprozesses unter Einschaltung eines deutschen Augenoptikermeisterbetriebes aus. Bei der von ihr, der Beklagten, vorgenommenen Messung des Augenabstandes (Pupillenabstandes) handele es sich nicht um eine wesentliche Tätigkeit des Augenoptikerhandwerks. Die Bedienung eines „Pupillometers“ sei einfach und innerhalb weniger Minuten erlernbar. Eine Messung mit einem solchen Gerät dauere ca. drei

Sekunden. Das Gerät messe genauer als ein Lineal. Es werde auf die Nase aufgesetzt, die Messung werde digital und automatisch durchgeführt, die gemessenen Werte erschienen sodann in einem Anzeigefeld. Sie, die Beklagte, übertrage diese Werte dann in das Formular. Man benötige etwa fünf Minuten, um die Bedienung des Gerätes zu erlernen. Soweit sie mit den Kunden über die Auswahl der Brillengläser spreche, gehe es allein um die Dicke der Brillengläser unter modischen Aspekten. Die in dem Formular „Angebotsanfrage“ (Anlage B7 = Blatt 175 der Gerichtsakte) zu findenden Bezeichnungen „Stock“, „Optimo“, „DRP“ und „Unzerbrechlich“ stünden lediglich für verschiedene Glasdicken. Die „W Ltd.“ verwende mittlerweile sogar ein vereinfachtes Formular (Anlage B10 = Blatt 294-295 der Gerichtsakte), aus dem hervorgehe, dass es bei dem Gespräch mit dem Kunden nur um die Dicke der Gläser gehe.

Mit dem angefochtenen, am 06.03.2019 verkündeten Urteil hat die 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen dem Klageantrag zu I.a) teilweise und dem Klageantrag zu II. vollständig stattgegeben. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Der Klageantrag zu I.a.) sei unbegründet, soweit dieser sich gegen die Messung des Augenabstandes (Pupillenabstandes) mit dem „Pupillometer“ durch die Beklagte wende. Es handele sich hierbei nicht um eine wesentliche Tätigkeit des Augenoptikerhandwerks. Die Klageanträge zu I.b) und I.d) seien unbegründet, der Klageantrag zu I.c) sei unzulässig. Da die Klageanträge zu I.a) bis I.d) nicht vollständig abgewiesen worden seien, sie die prozessuale Bedingung, unter der die Hilfsanträge zu I.e) und I.f) gestellt worden seien, nicht erfüllt.

Gegen dieses Urteil wenden sich sowohl der Kläger als auch die Beklagte mit ihren form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufungen.

Der Kläger verfolgt mit seiner Berufung mit den nachfolgend wiedergegebenen Berufungsanträgen zu a) und b) seinen erstinstanzlichen Klageantrag zu I.a) weiter, soweit dieser vom Landgericht abgewiesen worden ist, und führt zudem als Berufungsantrag zu c) einen neuen – in der ersten Instanz noch nicht gestellten – Hilfsantrag in den Rechtsstreit ein. Die erstinstanzlichen Klageanträge zu I.b) bis I.f) verfolgt der Kläger ausdrücklich nicht weiter.

Der Kläger wiederholt sein erstinstanzliches Vorbringen. Die Messung des Augenabstandes (Pupillenabstandes) mit dem „Pupillometer“ sei eine wesentliche Tätigkeit des Augenoptikerhandwerkes. Sie sei ein Teil der für die Brillenanpassung erforderlichen Zentrierung der Brillengläser. Wie bei allen anderen Teilschritten der Zentrierung sei auch bei der Messung des Augenabstandes (Pupillenabstandes) „Millimeterarbeit“ erforderlich. Jedenfalls sei es unzulässig – weil den Qualitätsanforderungen des Augenoptikerhandwerks nicht entsprechend –, die Zentrierung der Brille bzw. der Brillengläser allein anhand der Augenabstandsmessung vorzunehmen.

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

a) im geschäftlichen Verkehr Verkaufsveranstaltungen für Korrektionsbrillen durchzuführen, bei denen Kaufinteressenten über Korrektionsgläser beraten werden,

wie geschehen auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 in W3,

und/oder

b) im geschäftlichen Verkehr Verkaufsveranstaltungen für Korrektionsbrillen durchzuführen, bei denen Kaufinteressenten die Pupillendistanz gemessen wird,	37
wie geschehen auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 in W3,	38
c) hilfsweise für den Fall der Abweisung des Unterlassungsantrages zu b),	39
und/oder	40
im geschäftlichen Verkehr Verkaufsveranstaltungen für Korrektionsbrillen durchzuführen, bei denen die Zentrierung der Korrektionsbrille allein anhand der Pupillendistanzmessung vorgenommen wird,	41
wie geschehen auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 in W3.	42
Die Beklagte beantragt,	43
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	44
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, soweit darin die Klage abgewiesen worden ist, unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Die Messung des Augenabstandes (Pupillenabstandes) mit dem „Pupillometer“ sei keine wesentliche Tätigkeit des Augenoptikerhandwerkes. Die Beantwortung der Frage, ob im konkreten Einzelfall unerlaubterweise ein Handwerk ausgeübt werde, hänge allein davon ab, welche Tätigkeiten tatsächlich ausgeübt würden. Im Übrigen werde die Zentrierung der von der „W Ltd.“ verkauften Brillen auch gar nicht allein anhand des Augenabstandes (Pupillenabstandes) vorgenommen: Andere für die Zentrierung notwendige Messwerte, namentlich die sogenannte „Einschleifhöhe“, würden von einem Optikermeister mit einem biometrischen Verfahren anhand der bei der „Brillenparty“ angefertigten Lichtbilder des Kunden ermittelt. Die Einführung des neuen Hilfsantrages (Berufungsantrag zu c)) stelle eine in der Berufungsinstanz unzulässige Klageänderung dar. Sie, die Beklagte, willige in diese Klageänderung, die überdies auch nicht sachdienlich sei, nicht ein. Der Streitstoff werde durch diese Klageänderung in unzulässiger Weise ausgedehnt.	45
Mit ihrer eigenen Berufung erstrebt die Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Klage. Sie wiederholt und vertieft insoweit ihr erstinstanzliches Vorbringen.	46
Die Beklagte beantragt,	47
das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.	48
Der Kläger beantragt,	49
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	50
Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil, soweit darin der Klage stattgegeben worden ist, unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens.	51
Soweit in den Gründen dieses Urteils Fundstellen in der Gerichtsakte angegeben sind, wird wegen der Einzelheiten auf die dort befindlichen Dokumente verwiesen.	52

Die – zulässige – Berufung des Klägers ist unbegründet. Die – zulässige – Berufung der Beklagten ist hingegen begründet und führt zur vollumfänglichen Abweisung der Klage. Die Klage ist mit den Berufungsanträgen zu a) und b) sowie dem erstinstanzlichen Klageantrag zu II. unbegründet und mit dem Berufungsantrag zu c) unzulässig.

I. Berufungsanträge zu a) und b) (=erstinstanzlicher Klageantrag zu I.a) 55

Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, dass er mit diesen Anträgen Unterlassungsansprüche unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr, gestützt auf die konkreten Vorgänge auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 in W3, geltend macht, und die Formulierung der schriftsätzlich angekündigten Anträge entsprechend – klarstellend – angepasst. 56

Die Klage ist insoweit unbegründet. Dem Kläger stehen die mit den Berufungsanträgen zu a) und b) geltend gemachten Unterlassungsansprüche unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt zu. 57

1. Ansprüche nach § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG iVm § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO 58

Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche finden ihre Grundlage nicht in § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG in Verbindung mit der – als Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG anzusehenden – Bestimmung des § 1 Abs. 1 Satz 1 der Handwerksordnung (HwO). 59

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO ist der selbstständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks – hierzu gehört nach § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO iVm Anlage A Nr. 33 zur HwO auch das Augenoptikerhandwerk – nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet. Dieser Bestimmung hat die nicht in der Handwerksrolle eingetragene Beklagte nicht – jedenfalls nicht auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 in W3 (und nur hierauf kommt es an) – zuwidergehandelt. 60

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 HwO ist ein Gewerbebetrieb ein Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und ein Gewerbe vollständig umfasst, das in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführt ist, oder Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind (wesentliche Tätigkeiten). Unstreitig umfasst der Gewerbebetrieb der Beklagten das Augenoptikerhandwerk nicht „vollständig“ iSd § 1 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 HwO. Die Beklagte hat auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 in W3 auch keine „wesentlichen Tätigkeiten“ des Augenoptikerhandwerks iSd § 1 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 HwO ausgeübt. 61

Eine Tätigkeit ist „wesentlich“, wenn sie nicht nur fachlich zu dem betreffenden Handwerk gehört, sondern gerade den Kernbereich dieses Handwerks ausmacht und ihm sein essentielles Gepräge verleiht. Arbeitsvorgänge, die aus der Sicht des handwerklich arbeitenden Betriebes als untergeordnet erscheinen, also lediglich einen Randbereich des betreffenden Handwerks erfassen, können demnach die Annahme eines handwerklichen Betriebes nicht rechtfertigen (BVerwG, Urteil vom 09.04.2014 – 8 C 50/12 –, juris, Rdnr. 21). Dies trifft nicht nur auf Arbeitsvorgänge zu, die wegen ihres geringen Schwierigkeitsgrades keine qualifizierten Kenntnisse und Fertigkeiten voraussetzen; vielmehr gehören hierzu auch solche Tätigkeiten, die zwar anspruchsvoll, aber im Rahmen des Gesamtbildes des entsprechenden Handwerks nebensächlich sind und deswegen nicht die Kenntnisse und Fertigkeiten verlangen, auf welche die einschlägige handwerkliche Ausbildung hauptsächlich ausgerichtet ist (BVerwG, a.a.O.). § 1 Abs. 2 Satz 2 HwO enthält eine – nicht abschließende 62

– Aufzählung von Tätigkeiten, die keine „wesentlichen Tätigkeiten“ sind.

Der Kläger hat in seinem Schriftsatz vom 23.04.2020 (Blatt 548 ff. der Gerichtsakte) klargestellt, dass er mit der „Aufteilung“ des erstinstanzlichen Klageantrages zu I.a) auf die Berufungsanträge zu a) und b) und der sprachlichen Verbindung dieser beiden Berufungsanträge durch die Wendung „und/oder“ zum Ausdruck bringen will, dass er sowohl die auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 in W3 erfolgte „Korrektionsgläserberatung“ als auch die auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 in W3 erfolgte Pupillendistanzmessung jeweils für sich betrachtet und darüber hinaus (erst recht) zusammen betrachtet für „wesentliche Tätigkeiten“ hält und zum Gegenstand seines lauterkeitsrechtlichen Angriffes machen will. 63

Die „Korrektionsgläserberatung“ und die Pupillendistanzmessung auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 in W3 stellen jedoch weder für sich allein betrachtet noch zusammen betrachtet „wesentliche Tätigkeiten“ des Augenoptikerhandwerks iSd § 1 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 HwO dar. 64

a) Einzelbetrachtung „Korrektionsgläserberatung“ 65

aa) Es kann dahinstehen, ob die Behauptung des Klägers zutrifft, die Beklagte habe der Testkundin I auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 nach der von ihr vorgenommenen Schätzung der Glasstärke erklärt, die Brille könne auch sofort mit der geschätzten Glasstärke bestellt werden. Hierin läge von vornherein keine handwerkliche Tätigkeit, sondern lediglich – für jeden auch nur halbwegs vernünftigen Kunden erkennbar – ein vollkommen wertloses „Nonsens“-Angebot, das nicht einmal im Ansatz als handwerkliches Tätigwerden bezeichnet werden könnte. Überdies hat die Beklagte – unstreitig – gegenüber der Testkundin erklärt, es wäre besser, die Werte durch einen Augenarzt oder Augenoptiker bestimmen zu lassen. 66

bb) Auch im Übrigen stellt dasjenige Geschehen auf der „Brillenparty“, das der Kläger mit dem Schlagwort „Korrektionsgläserberatung“ umschreibt, keine wesentliche Tätigkeit des Augenoptikerhandwerks dar. Der Senat vermag nicht festzustellen, dass die Beklagte insoweit mehr getan hat, als mit der Testkundin unter modischen Aspekten über die Dicke der Brillengläser zu sprechen. 67

Die Beklagte hat behauptet, mit der Testkundin lediglich unter modischen Aspekten über die Dicke der Brillengläser gesprochen zu haben. Diesem Vorbringen ist der – insoweit darlegungs- und beweisbelastete – Kläger nicht in beachtlicher Weise entgegengetreten, worauf ihn der Senat in der mündlichen Verhandlung auch noch einmal ausdrücklich hingewiesen hat. Der Kläger hat zwar im Verlaufe des Rechtsstreits mehrfach vorgetragen, es habe auf der „Brillenparty“ eine „Korrektionsgläserberatung“ bzw. „Brillenglasberatung“ stattgefunden. Diese Begrifflichkeiten bleiben indes diffus, sachlich unscharf und letztlich inhaltsleer. Der Kläger ist bis zuletzt einen ganz konkreten Sachvortrag dazu, was genau die Beklagte in welchem Zusammenhang im Hinblick auf die Auswahl von Brillengläsern gesagt haben soll, schuldig geblieben. Der Kläger hätte dem Sachvortrag der Beklagten auch deshalb detailliert und substantiiert entgegentreten müssen, weil auch das Amtsgericht Mettmann in seinem freisprechenden Urteil im Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen die Beklagte ausgeführt hat, dass die dort als Zeugin vernommene Testkundin nur von einer Beratung hinsichtlich der Gläserdicke berichtet habe. 68

Ein bloßes Gespräch über die Dicke der Brillengläser unter modischen Aspekten ist keine wesentliche Tätigkeit des Augenoptikerhandwerks. Es gehört nicht zum Kernbereich dieses Handwerks und verleiht ihm auch nicht sein essentielles Gepräge. 69

b) Einzelbetrachtung Pupillendistanzmessung 70

Die Pupillenabstandsmessung ist ebenfalls keine „wesentliche Tätigkeit“ des Augenoptikerhandwerks. Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 HwO. Danach sind Tätigkeiten, die in einem Zeitraum von bis zu drei Monaten erlernt werden können, keine „wesentlichen Tätigkeiten“. Die Messung des Pupillenabstandes kann in einem Zeitraum von bis zu drei Monaten erlernt werden. Zur Ermittlung des für das Erlernen einer konkreten Tätigkeit erforderlichen Zeitraums können die für das zu betrachtende Handwerk einschlägigen Berufsausbildungsvorschriften herangezogen werden. Die Pupillenabstandsmessung ist im „Ausbildungsrahmenplan für die Berufsausbildung zum Augenoptiker und zur Augenoptikerin“ (Anlage zu § 3 Abs. 1 Satz 1 der Augenoptiker-Ausbildungsverordnung) unter der lfd. Nr. 6, Buchstabe c) („Zentrierdaten ermitteln“), erfasst. Für lfd. Nr. 6, Buchstaben b) bis d) ist eine Gesamtausbildungsdauer von nur sechs Wochen vorgesehen. Die vom Kläger aufgeworfene Frage, ob es zur Ermittlung der Zentrierdaten ausreicht, nur den Pupillenabstand zu messen, bedarf keiner Beantwortung. Für die Qualifikation einer bestimmten Tätigkeit als „wesentliche Tätigkeit“ eines Handwerks kommt es nur darauf an, welche konkreten Arbeitsschritte diese Tätigkeit umfasst, nicht darauf, welche Arbeitsschritte erforderlich wären, um ein bestimmtes handwerkliches Leistungsbild vollständig zu erbringen.	71
<u>c) Gesamtbetrachtung „Korrektionsgläserberatung“ und Pupillendistanzmessung</u>	72
Auch in der Gesamtbetrachtung (§ 1 Abs. 2 Satz 3 HwO) stellen sich die Handlungen der Beklagten auf der „Brillenparty“ am 02.07.2016 nicht als Ausübung einer wesentlichen Tätigkeit des Augenoptikerhandwerks dar. Die Beklagte drang mit ihren Tätigkeiten nicht in den Kernbereich des Augenoptikerhandwerks vor, sondern wurde allenfalls im Randbereich dieses Handwerks tätig. Ihr Tätigwerden verlangte insbesondere nicht die Kenntnisse und Fertigkeiten, auf welche die einschlägige handwerkliche Ausbildung hauptsächlich ausgerichtet ist. Die Ausbildung zum Augenoptiker umfasst alle Arbeiten von der zusammen mit dem Kunden erfolgenden Auswahl eines Brillengestells und der einzusetzenden Brillengläser, der Ermittlung sämtlicher für die Herstellung der Brille erforderlichen Messwerte bis hin zur Herstellung der Brille und ihrer schlussendlichen Anpassung beim Kunden. Die Tätigkeit der Beklagten auf der „Brillenparty“ erfasste allenfalls einen (marginalen) Randbereich dieser Tätigkeiten. Die Beklagte beriet die Testkundin allein in modisch-stylistischer Hinsicht; darüber hinaus ermittelte sie lediglich einen einzigen „technischen“ Messwert (Pupillenabstand).	73
<u>2. Anspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 UWG</u>	74
Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche stehen dem Kläger auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Irreführung zu.	75
Es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte bei der „Brillenparty“ die Testkundin über welchen Umstand auch immer in die Irre geführt hat. Sie hat sich insbesondere nicht als Augenoptikerin ausgegeben, sondern der Testkundin anlässlich der Schätzung der Glasstärke sogar ausdrücklich erklärt, es wäre besser, insoweit einen Augenoptiker zu konsultieren.	76
<u>3. Anspruch wegen Mitwirkung in einem „System zur Umgehung des Meisterzwanges“ / Mitwirkung beim „Inverkehrbringen unsicherer Medizinprodukte“</u>	77
Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche stehen dem Kläger auch nicht unter diesen Gesichtspunkten zu. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, die Beklagte innerhalb des Vertriebssystems der „W Ltd.“ als Mittäterin anzusehen. Es ist weder ersichtlich, dass die	78

Beklagte dieses Vertriebssystem initiiert hat noch dass sie auf dieses Vertriebssystem einen maßgeblich steuernden Einfluss ausübt. Sie kann daher allenfalls als Gehilfin qualifiziert werden. Als Gehilfe haftet indes nur, wer zumindest einen bedingten Vorsatz in Bezug auf die Haupttat hat, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Haupttat einschließen muss (Büscher/Hohlweck, UWG, 1. Aufl. [2019], § 8 Rdnr. 174 m.w.N.). Es kann dahinstehen, ob die Verantwortlichen der „W Ltd.“ überhaupt rechtswidrig handeln. Dass die Beklagte einen zumindest bedingten Vorsatz bezüglich eines (eventuell) rechtswidrigen Verhaltens der Verantwortlichen des hier in Rede stehenden Vertriebssystems hat, lässt sich nicht feststellen. Hierfür gibt es keinerlei Anhaltspunkte.

II. Berufungsantrag (Hilfsantrag) zu c)

79

Mit diesem – erstmals in der Berufungsinstanz in den Rechtsstreit eingeführten – (Hilfs-)Antrag ist die Klage unzulässig. Die Hinzufügung eines Hilfsantrages stellt eine Klageänderung – hier in Form einer Klageerweiterung – im Sinne der §§ 263, 533 ZPO dar. Diese Klageänderung – in die die Beklagte nicht eingewilligt hat – erfüllt die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 533 ZPO nicht. Sie ist weder sachdienlich (§ 533 Nr. 1 ZPO), noch kann die Entscheidung auf Tatsachen gestützt werden, die der Senat seiner Entscheidung im Berufungsverfahren ohnehin zugrunde zu legen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO). Eine Entscheidung über den Hilfsantrag würde insbesondere neue Sachverhaltsermittlungen zur Richtigkeit der Behauptung der Beklagten erfordern, die Zentrierung der von der „W Ltd.“ verkauften Brillen werde gar nicht allein anhand des Augenabstandes (Pupillenabstandes) vorgenommen, weitere für die Zentrierung notwendige Messwerte, namentlich die sogenannte „Einschleifhöhe“, würden von einem Optikermeister mit einem biometrischen Verfahren anhand der bei der „Brillenparty“ angefertigten Lichtbilder des Kunden ermittelt.

80

III. Erstinstanzlicher Klageantrag zu II. (Abmahnkosten)

81

Mangels einer berechtigten Abmahnung steht dem Kläger auch kein Anspruch auf Erstattung seiner Abmahnkosten nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu.

82

C.

83

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

84

Anlass für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) besteht nicht. Der Senat hält insoweit an der – vorläufigen – Einschätzung in seinem Schreiben an die Parteien vom 16.04.2020 (Blatt 538 f. der Gerichtsakte) nicht mehr fest. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen – namentlich zur Auslegung des § 1 Abs. 2 HwO – sind in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits geklärt. Im vorliegenden Rechtsstreit geht es darum, die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auf den – speziell gelagerten – Einzelfall anzuwenden.

85