

# Oberlandesgericht Celle

## Im Namen des Volkes

### Urteil

**13 U 160/12**

9 O 66/11 Landgericht Verden

Verkündet am  
30. Mai 2013  
F., Justizsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

1. Dr. M. M., ... Stuhr,
2. Dr. E. L., ...,
3. E. M., ...,

Beklagte und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:  
Anwaltsbüro C. Rechtsanwälte, ...,  
Geschäftszeichen: ...

Prozessbevollmächtigter zu 3:  
Rechtsanwalt T. L., ...,  
Geschäftszeichen: ...

gegen

Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs e.V.,  
vertreten durch das Präsidiumsmitglied Dr. R. M., ...,

Kläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:  
Anwaltsbüro Dr. L.,...,  
Geschäftszeichen: ...

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht W., die Richterin am Oberlandesgericht V. und den Richter am Oberlandesgericht F. für Recht erkannt:

Die Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten zu 1 und 2 wird als unzulässig zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten zu 1 und 2 wird das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Verden vom 6. August 2012, soweit die Beklagten zu 1 und 2 zum Unterlassen verurteilt worden sind, abgeändert und die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung der Beklagten zu 1 und 2 wird zurückgewiesen.

Von den in erster Instanz entstandenen außergerichtlichen Kosten des Klägers und den in erster Instanz entstandenen Gerichtskosten tragen die Beklagten als Gesamtschuldner  $1/4$ ;  $3/4$  der ihm in erster Instanz entstandenen außergerichtlichen Kosten und Gerichtskosten hat der Kläger selbst zu tragen. Von den den Beklagten in erster Instanz entstandenen außergerichtlichen Kosten trägt der Kläger  $3/4$ . Die ihnen in erster Instanz entstandenen außergerichtlichen Kosten tragen die Beklagten zu  $1/4$  jeweils selbst.

Von den in der Berufungsinstanz entstandenen außergerichtlichen Kosten des Klägers und den in der Berufungsinstanz entstandenen Gerichtskosten tragen die Beklagten als Gesamtschuldner  $1/7$ . Die Beklagten zu 1 und 2 tragen hiervon darüber hinaus jeweils  $3/14$ . Von den ihm in zweiter Instanz entstandenen außergerichtlichen Kosten und den ihm in der zweiten Instanz entstandenen Gerichtskosten trägt der Kläger  $3/7$ . Die der Beklagten zu 3 in der Berufungsinstanz entstandenen außergerichtlichen Kosten trägt diese selbst. Von den den Beklagten zu 1 und 2 in der Berufungsinstanz entstandenen außergerichtlichen Kosten tragen diese  $4/7$  selbst und der Kläger  $3/7$ .

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Es bleibt dem Kläger und den Beklagten zu 1 und 2 nachgelassen, die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, soweit nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 35.000 € und für die Zeit ab dem 8. Mai 2013 auf 30.000 € festgesetzt.

### **Gründe**

I.

Die Beklagten verpflichteten sich in einem strafbewehrten gerichtlichen Vergleich, es zu unterlassen, für die zahnärztliche Tätigkeit der Beklagten zu 3 zu werben, ohne darauf hinzuweisen, dass jene als Vorbereitungsassistentin noch über keine kassenärztliche Zulassung verfügt. Mit der Klage hat der Kläger die Beklagten auf Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe von 5.000,00 € mit der Begründung in Anspruch genommen, dass die Beklagten in der Werbebroschüre „*Schöne Zähne - so schön lacht der Norden*“ erneut in der beanstandeten Weise für die zahnärztliche Tätigkeit der Beklagten zu 3 geworben hätten. Ferner hat der Kläger beanstandet, dass in der Broschüre entgegen dem sich aus § 11 Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe b HWG ergebenden Verbot mit sog. „Vorher-Nachher-Bildern“ für eine zahnärztliche Behandlung geworben worden sei. Der Kläger hat die Beklagten deshalb auf Unterlassen der Werbung und auf Erstattung der Abmahnkosten in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat der auf Zahlung der Vertragsstrafe gerichteten Klage gegen alle drei Beklagten und hinsichtlich der Unterlassungs- sowie Kostenerstattungsklage gegen die Beklagten zu 1 und 2 stattgegeben. Mit ihren Berufungen haben die Beklagten zunächst beantragt, unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Beklagten zu 1 und 2 haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat - und zwar gemäß der Erörterung (entgegen dem Schriftsatz vom 6. Mai 2013) unbedingt - beantragt,

festzustellen, dass die auf S. 11 der Anlage K 2 bildlich dargestellte Behandlung an der dort bildlich dargestellten Zeugin M. B. kein operativer plastisch-chirurgischer Eingriff i. S. d. § 11 Abs. 1 Satz 3 HWG ist.

Der Kläger hat beantragt,

die Berufungen der Beklagten zurückzuweisen und die Zwischenfeststellungswiderklage abzuweisen.

Die Parteien wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 ZPO).

Die Beklagten haben die gegen die Verurteilung zur Zahlung der Vertragsstrafe gerichteten Berufungen zurückgenommen.

II.

Die nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthafte und auch im Übrigen (§§ 517, 519, 520 Abs. 1 bis 3 ZPO) zulässige Berufung der Beklagten zu 1 und 2 hat - soweit sie nicht zurückgenommen worden ist - in der Sache überwiegend Erfolg, wohingegen die Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten zu 1 und 2 unzulässig ist.

1. Den Beklagten zu 1 und 2 fehlt das für die Zwischenfeststellungswiderklage erforderliche besondere Rechtsschutzbedürfnis.

Es kann offen bleiben, ob der Widerklageantrag auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses i. S. d. § 256 Abs. 2 ZPO gerichtet ist. Die Widerklage ist jedenfalls aus einem anderen Grund unzulässig.

Mit einer Zwischenfeststellungsklage wird es dem (Wider-)Kläger ermöglicht, neben einer rechtskräftigen Entscheidung über seine (Wider-)Klage auch eine solche über nach § 322 Abs. 1 ZPO der Rechtskraft nicht fähige streitige Rechtsverhält-

nisse herbeizuführen, auf die es für die Entscheidung des Rechtsstreits ankommt. Die begehrte Feststellung muss sich allerdings grundsätzlich auf einen Gegenstand beziehen, der über den der Rechtskraft fähigen Gegenstand des Rechtsstreits hinausgeht. Für eine Zwischenfeststellungsklage ist daher grundsätzlich kein Raum, wenn mit dem Urteil über die Hauptklage die Rechtsbeziehungen der Parteien erschöpfend geregelt werden (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 223/11, juris Rn. 19). Eine Zwischenfeststellungsklage ist allerdings dann zulässig, wenn mit der Hauptklage mehrere selbstständige Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis verfolgt werden, mögen sie auch in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus ihm überhaupt ergeben können (vgl. BGH, a. a. O.).

Mit dieser Maßgabe ist die Zwischenfeststellungswiderklage der Beklagten zu 1 und 2 unzulässig. Denn durch die Entscheidung über den Unterlassungsantrag und den Antrag auf Erstattung der Abmahnkosten wird die Rechtsbeziehung der Parteien erschöpfend geregelt. Die begehrte Feststellung ist nur für den Unterlassungsantrag relevant. Für den Antrag auf Erstattung der Abmahnkosten kommt es auf den Gegenstand der Zwischenfeststellungswiderklage - Anlage K2 bildet keinen operativen plastisch-chirurgischen Eingriff i. S. d. § 11 Abs. 1 Satz 3 HWG ab - nicht an. Denn § 11 Abs. 1 Satz 3 HWG ist erst zum 26. Oktober 2012, also nach der Abmahnung vom 14. Juni 2011 in Kraft getreten. Mithin fehlt es an einer Mehrheit von mit der Klage geltend gemachten Ansprüchen, für die ein streitiges Rechtsverhältnis entscheidende Vorfrage wäre. Darüber hinaus zielt die Widerklage nach den protokollierten Bekundungen der Beklagten zu 1 und 2 lediglich darauf ab, eine Erhöhung des Streitwerts und damit eine Rechtsmittelfähigkeit der anstehenden Senatsentscheidung zu erreichen.

2. Die Berufung der Beklagten zu 1 und 2 ist überwiegend begründet. Die Verurteilung der Beklagten zu 1 und 2 zum Unterlassen der Werbung unter der Verwendung von Lichtbildern der Patientin vor und nach der Behandlung kann nicht aufrechterhalten bleiben. Denn das beanstandete Verhalten war am Tag des Urteils (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 8 Rn. 1.8 a) weder nach § 11 Abs. 1 Satz 3 HWG noch nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 HWG (neuer Fassung - n. F.) verboten.

a) Nach § 11 Abs. 1 Satz 3 HWG darf für operative plastisch-chirurgische Eingriffe, soweit sich die Werbeaussage auf die Veränderung des menschlichen Körpers ohne medizinische Notwendigkeit bezieht (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG), nicht mit der Wirkung einer solchen Behandlung durch vergleichende Darstellung des Körperzustands oder des Aussehens vor und nach dem Eingriff geworben werden.

aa) Vorliegend handelt es sich zwar um einen operativen plastisch-chirurgischen Eingriff. Das ist der Fall bei einem instrumentellen Eingriff am oder im Körper, mit dem Form- und Gestaltveränderung an den Organen oder der Körperoberfläche vorgenommen werden (vgl. Meyer, GRUR 2006, 1007). Bei der Setzung von Implantaten und der Überkronung von Zähnen ist das der Fall. In beiden Fällen wird in die Körpersubstanz eingegriffen. Implantate werden durch Öffnung des Zahnfleisches und Bohrungen im Kieferknochen gesetzt. Eine Überkronung setzt das Abschleifen der Zahnschmelze voraus. Nach den Informationen im Fließtext der streitrelevanten Werbung wurden zahlreiche Implantate gesetzt und Zähne abgeschliffen.

bb) Eine nach § 11 Abs. 1 Satz 3 HWG verbotene Werbung liegt aber deshalb nicht vor, weil sich die Werbeaussage nicht auf die Veränderung des menschlichen Körpers ohne medizinische Notwendigkeit (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG) bezieht. Damit sind „Schönheitsoperationen“ gemeint (vgl. BT Drucks. 17/9341, S. 71). In der beanstandeten Werbung geht es ausweislich der in dem Fließtext enthaltenen Informationen zwar auch darum, die Attraktivität der Patientin wiederherzustellen („Für ihn wollte die gelernte Einzelhandelskauffrau aus N. wieder hübsch sein“). Auf der anderen Seite lässt sich der Werbung aber deutlich entnehmen, dass für die umfassende Gebissanierung eine medizinische Indikation bestand (vgl. das Foto des erkrankten Gebisses auf Seite 11 der Werbebroschüre mit dem Text „Jahrelange Vernachlässigung zerstörte Zähne und Zahnfleisch“). Kariöse Zähne sind zu behandeln und ausgefallene Zähne sind wegen der Gefahr der Knochenresorption zu ersetzen. Ein funktionsfähiges Gebiss ist für eine ausgewogene Ernährung erforderlich. Nach den Informationen in dem Artikel waren die oberen vier Frontzähne der Patientin bereits zerstört und abgebrochen. Zwischenzeitlich eingesetzte Stiftzähne hatte die Patientin verloren und musste sich über einen längeren Zeitraum mit einem Provisorium zufrieden geben. Die fehlen-

de Behandlung habe dazu geführt, dass sich der Zustand der Zähne, die ohnehin sehr anfällig für Karies und Bakterien waren, weiterhin verschlechterte.

b) Ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Nr. 5 HWG n. F. liegt ebenfalls nicht vor. Nach dieser Vorschrift darf außerhalb der Fachkreise für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel unter anderem mit einer bildlichen Darstellung, die in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise Veränderungen des menschlichen Körpers aufgrund von Krankheiten oder Schädigungen verwendet, nicht geworben werden.

Im Streitfall warben die Beklagten zu 1 und 2 jedoch nicht mit einer abstoßenden Darstellung und damit nicht in unerlaubter Weise.

Eine abstoßende Darstellung ist nach Wertung des Senats nicht gegeben. Der Frontzahnbereich im Ober- und Unterkiefer weist für den Laien keine auffälligen Besonderheiten auf. Eckzahn und erster Backenzahn im ersten Quadranten und der Eckzahn des zweiten Quadranten sind allerdings stark verfärbt und bei genauem Hinsehen erkennt man aufgrund der Klammerung an den Eckzähnen beziehungsweise Backenzähnen sowie dem gleichmäßig rosa gefärbten Zahnfleisch mit Ansatz, dass es sich bei den Oberkieferfrontzähnen um eine Prothese handelt. Der hintere Bereich im Ober- und Unterkiefer ist dunkel verfärbt und möglicherweise zahnlos, wobei dies in der Aufnahme jedoch nur schemenhaft wiedergegeben ist. Im Vordergrund und detailliert abgelichtet sind die weißen Frontzähne. Soweit die Oberkieferlippen mittels eines zahnärztlichen Geräts nach innen gezogen wurden, um das Gebiss freizulegen, handelt es sich um eine übliche, mit jeder zahnärztlichen Untersuchung einhergehende Maßnahme. Ein dadurch entstellt wirkendes Gesicht ist in dem Bildausschnitt gerade nicht erkennbar. Von einer Dramatisierung oder Übertreibung - auch mit Blick auf den erläuternden Text - kann daher keine Rede sein. Die Fotografie ist von eher kleinem Format. Dabei ist auch in den Blick zu nehmen, dass der gut sichtbare Frontzahnbereich auf den ersten Blick in einem optisch akzeptablen Zustand zu sein scheint. Insgesamt hält sich die Darstellung mit der eher zurückhaltenden Ablichtung des geöffneten Mundes bei eingesetzter Frontzahnprothese noch im Bereich des Erträglichen.

c) Ob die Werbung gegen den seinerzeit geltenden § 11 Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe b HWG in der bis zum 25. Oktober 2012 geltenden Fassung (fortan a. F.)

verstoßen hat und ob insoweit eine richtlinienkonforme Auslegung bzw. eine restriktive Anwendung unter verfassungsrechtlichen Grundsätzen in Betracht kam, kann in diesem Zusammenhang offenbleiben. Denn mit der Gesetzesänderung steht dem Kläger, der auf Unterlassung gerichtete Anspruch nicht mehr zu.

3. Ohne Erfolg wenden sich die Beklagten zu 1 und 2 jedoch gegen die Verurteilung zur Zahlung der Abmahnkosten. Die Abmahnung war im Zeitpunkt des Zugangs des Abmahnschreibens berechtigt im Sinne § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG.

a) Ob eine Abmahnung berechtigt ist, der Abmahnende von dem Abgemahnten also die Erklärung verlangen kann, das beanstandete Verhalten künftig zu unterlassen, richtet sich nach der im Zeitpunkt des Zugangs geltenden Rechtslage (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm, a. a. O. § 12 Rn. 1.84).

b) Im Juni 2011 war die beanstandete Werbung nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Buchstabe b HWG a. F. verboten und der Kläger hatte Anspruch auf Unterlassung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 Nr. 2 UWG. § 11 HWG ist eine Marktverhaltensregelung i. S. v. § 4 Nr. 11 UWG (vgl. Köhler in ders./Bornkamm, a. a. O. § 4 Rn. 11.132 f., 11.135 m. w. N.). Die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG steht auch mit der Richtlinie 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) im Einklang, soweit Marktverhaltensregelungen - wie im Streitfall - dem Gesundheitsschutz von Verbrauchern dienen (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2011 - I ZR 96/10, juris Rn. 11).

aa) Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 HWG a. F. durfte außerhalb der Fachkreise unter anderem mit der bildlichen Darstellung einer Behandlung durch vergleichende Darstellung des Körperzustands oder des Aussehens vor und nach der Anwendung nicht geworben werden. Um eine solche Werbung handelt es sich hier.

bb) Ein Verstoß kann auch bei verfassungskonformer, namentlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragender Auslegung nicht verneint werden. Dabei hat der Senat auch den für Werbenden streitenden Art. 12 GG (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2007 - I ZR 51/04, juris Rn. 19; Ring in Bülow/Ring/Artz/Brixius, a. a. O. § 11 Abs. 1 Nr. 5 lit. a Rn. 4) in den Blick genommen.

Das in § 11 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b HWG geregelte Werbeverbot kann allerdings nur dann eingreifen, wenn durch die bildliche Darstellung die Wirksamkeit des beworbenen Heilmittels suggestiv herausgestellt wird (vgl. Gröning, Heilmittelwerbe-



recht, Stand August 1998, Stand des Gesamtwerks Juni 2011, § 11 Abs. 1 Nr. 5 b Rn. 1; Ring in Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 4. Aufl., § 11 Abs. 1 Nr. 5 lit. b Rn. 2). Auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte nicht jegliche Abbildung verboten sein. Der Gesetzgeber hatte seinerzeit (vgl. BT-Drucks. IV/3356, S. 3, zitiert nach Gröning, a. a. O. § 11 Nr. 5 a Rn. 1) die Vorstellung, „dass es Grenzfälle geben könne, die nicht exakt abgegrenzt werden können, so da(ss) insoweit die Abgrenzung der Rechtsprechung überlassen bleiben muss.“ Um einen solchen Grenzfall handelt es sich hier nicht.

Die in § 11 HWG zusammengefassten Werbeformen sollten verboten sein, weil sie generell geeignet sind, die Verbraucher unsachlich zu beeinflussen und zu Entscheidungen zu bewegen, die sie ohne den Eindruck solcher Werbung nicht treffen würden. Es sollte auch verhindert werden, dass durch eine mit Übertreibungen arbeitende, suggestive oder marktschreierische Werbung kranke und besonders ältere Menschen zu Fehlentscheidungen bei Beseitigung von Krankheiten oder Körperschäden verleitet werden (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2002 - I ZR 101/00, juris Rn. 21). So liegt es auch hier. In der Werbung wird durch Wiedergabe eines Fotos mit dem erkrankten Gebiss und mehrerer Fotos der Patientin nach der Behandlung der Eindruck besonderer Leistungsfähigkeit vermittelt. Die Patientin wird durch die Fotos nach der Behandlung in einem besonders günstigen, „strahlenden“ Zustand dargestellt. Der durch die Fotos vermittelte Eindruck wird durch die Informationen in dem Fließtext der beanstandeten Werbung verstärkt. Die umfassende, nachhaltige und langwierige Behandlung wird als recht unproblematisch dargestellt, wie sich aus dem Hinweis auf die eigentlich bestehende Phobie der Patientin und die Möglichkeit der Vollnarkose ergibt.

Eine richtlinienkonforme Auslegung kommt - anders als im Bereich der Arzneimittel - nicht in Betracht (vgl. Gröning, a. a. O. § 11 Nr. 5b Rn. 2 i. V. m. § 11 Nr. 5 a Rn. 2).

c) Der Anspruch besteht auch gegen den Beklagten zu 2.

Die Haftung als Täter oder Teilnehmer setzt voraus, dass durch das Verhalten der objektiven Tatbestand einer Zuwiderhandlung im Sinne von § 3 UWG selbst, durch einen anderen oder gemeinschaftlich mit einem anderen adäquat kausal verwirklicht wird (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 183/09, juris

Rn. 30). So liegt es hier. Der Beklagte zu 2 hat tatsächlich an der Erstellung der Broschüre mitgewirkt, indem er sich ablichten ließ und als Gesellschafter der Zahnarztpraxis die Werbung durch die Praxis nicht unterbunden hat (vgl. auch Köhler in ders./Bornkamm, a. a. O. § 8 Rn. 2.32).

4. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 100, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Ob hinsichtlich der Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung die für die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 26 Nr. 8 EGZPO erforderliche Beschwer nicht erreicht wird, ist bei der Bewertung des Unterlassungsanspruchs nicht zweifelsfrei.

Anlass, die Revision zuzulassen, hat der Senat nicht. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die Entscheidung befasst sich weder mit noch nicht höchstrichterlich entschiedenen Rechtsfragen noch weicht sie von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder anderer Oberlandesgerichte ab. Sie beruht auf den besonderen Umständen des Einzelfalls.

Die negative Feststellungswiderklage wirkte mangels Nämlichkeit des Streitgegenstands nach §§ 39 Abs. 1, 45 Abs. 1 ZPO streitwerterhöhend.

W.

V.

F.