

Oberlandesgericht Nürnberg

Az: 3 U 318/10

1 HKO 2329/09 LG Regensburg



IM NAMEN DES VOLKES

Im dem Rechtsstreit

gegen

wegen Unterlassung

erlässt das Oberlandesgericht Nürnberg -3.-Zivilsenat- durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schwerdtner, den Richter am Oberlandesgericht Huprich und die Richterin am Oberlandesgericht Scheib auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 04.05.2010 folgendes

702559
abgedruckt in
Anwaltsblatt 2010
Heft 7

Am _____
Rechtsmittel eingelegt
BGH Akz. I ZR 113/10

Endurteil

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Landgerichts Regensburg vom 28. Januar 2010, Az. 1 HK O 2329/09 abgeändert.
- II. Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, sich in Briefköpfen und Schreiben als „Zertifizierter Testamentvollstrecker (AGT)“ zu bezeichnen und Schreiben mit Verwendung der Bezeichnung „Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)“ zu unterzeichnen.
- III. Dem Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft oder eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.
- IV. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
- V. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- VI. Die Revision zum Bundesgerichtshof wird zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 30.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

Der Beklagte ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht. Er ist im Bezirk des Oberlandesgerichts Nürnberg als Rechtsanwalt zugelassen und zugleich Mitglied der Klägerin. Die Klägerin ist die [REDACTED]

Der Beklagte betreibt zusammen mit drei anderen Anwälten eine Rechtsanwaltskanzlei in Regensburg. Im Briefkopf der Anwaltskanzlei bezeichnet sich der Beklagte als „Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)“. Bei der AGT handelt es sich um die „Arbeitsgemeinschaft Testamentsvollstreckung und Vermögenssorge e. V.“. Die AGT stellt - so auch dem Beklagten - jedermann eine Bescheinigung als "zertifizierter Testamentsvollstrecker" aus, wenn eine Teilnahme an verschiedenen Unterrichtseinheiten mit Leistungskontrolle erfolgt ist. Es wird insoweit auf die vom Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung vorgelegte Anlage betreffend Inhalt und Reihenfolge der Unterrichtseinheiten sowie auf die vom Beklagten übergebenen Richtlinien der AGT für die Verleihung der Bezeichnung "Zertifizierter Testamentsvollstrecker" Bezug genommen. Als Nachweis der praktischen Fertigkeiten als Testamentsvollstrecker genügt nach Ziffer drei der Richtlinien bei einem Rechtsanwalt, dass dieser vor der Antragstellung auf Erteilung eines Zertifikats durchgängig mindestens zwei Jahre lang eine Tätigkeit als Rechtsanwalt ausgeübt hat.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass der Beklagte mit seiner Bezeichnung als „Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)“ gegen § 43 b BRAO, § 6 Abs. 1 BO Rechtsanwälte verstoße:

Wegen des Gebrauchs der Bezeichnung „Zertifizierter Testamentsvollstrecker“ auf dem Briefkopf der Kanzlei informiere er nicht in sachlicher Weise über seine Berufstätigkeit, vielmehr führe er den Verbraucher irre. Denn er suggeriere damit, dass es einen Beruf Testamentsvollstrecker als solchen gäbe. Tatsächlich könne jemand jedoch nur dann Testamentsvollstrecker werden, wenn der Erblasser eine Testamentsvollstreckung angeordnet und eine bestimmte Person als Testamentsvollstrecker eingesetzt habe. Hinzu komme, dass der Beklagte für die Zertifizierung keinerlei praktische Tätigkeit als Testamentsvollstrecker nachweisen müsse. Niemand aus dem angesprochenen rechtsuchenden Publikum komme jedoch auf die Idee, dass es sich bei einem „Zertifizierten Testamentsvollstrecker“ nur um jemanden handle, der lediglich einen Lehrgang für Testamentsvollstreckung besucht, aber keine praktische Erfahrung habe.

In erster Instanz hatte sich die Klägerin noch auf den Standpunkt gestellt, dass eine Irreführung der Verbraucher auch deswegen vorliege, weil die Verwendung des Begriffs „Zertifizierung“ eine amtliche Verleihung voraussetze.

Der Beklagte tritt den Argumenten der Klägerin entgegen:

Maßgeblich für das Verständnis des Verbrauchers, auf welches es alleine bei der Frage einer Irreführung ankomme, sei das, was im Einzelnen zertifiziert werde. Das sei hier im Wesentlichen ein Lehrgang mit Abschlussprüfung. Schließlich übe er auch den Rechtsanwaltsberuf und zweitberuflich die nicht Rechtsanwälten vorbehaltene Tätigkeit als Testamentsvollstrecker aus. Wer häufig wie er als Testamentsvollstrecker tätig sei, könne sich auch entsprechend bezeichnen. Vergleichbar sei dies mit der Tätigkeit als Insolvenzverwalter.

In der mündlichen Verhandlung sowohl in erster als auch zweiter Instanz hat der Beklagte dargelegt, dass er bisher lediglich zweimal mit einer Testamentsvollstreckung beauftragt gewesen sei.

Das Erstgericht hat mit Urteil vom 28. Januar 2010 die Klage abgewiesen:

Ein Wettbewerbsverstoß nach §§ 4 Nr. 11, 3 UWG i. V. mit § 43 b BRAO, 6 Abs. 1 BO Rechtsanwälte liege nicht vor. Denn wenn es möglich sei, sich als Spezialist zu bezeichnen, so könne ein Anwalt auch mit einem Zertifikat werben. Auch eine Irreführung nach § 5 Abs. 2 Ziffer 3 UWG i. V. mit den Richtlinien über unlautere Geschäftspraxis (Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 2 UWG) liege nicht vor. Denn schließlich sei dem Beklagten ein Zertifikat auch tatsächlich verliehen worden. Für dessen Erlangungen seien bestimmte Bedingungen zu erfüllen gewesen. Es liege deshalb kein reines Gefälligkeitszertifikat vor. Der Beklagte unterscheide sich durch dieses Zertifikat auch von anderen Rechtsanwälten und könne dies deswegen im Briefkopf angeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den in erster Instanz gewechselten Schriftsätze sowie das Ersturteil Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt.

Sie wiederholt und vertieft ebenso wie der Beklagte ihre tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen aus der ersten Instanz:

Die Werbung sei unsachlich nach § 43 b BRAO, da der Beklagte keinerlei praktische Fähigkeiten auf dem Gebiet der Testamentsvollstreckung habe. Durch die Anwaltstätigkeit allein könne dafür eine praktische Tätigkeit nicht nachgewiesen werden, da auch Nichtanwälte wie Steuerberater,

Notare, Banker und jegliche Privatperson Testamentsvollstrecker werden könnten und auch tatsächlich als solche tätig seien. Die Erwartung des rechtsuchenden Publikums an einen zertifizierten Testamentsvollstrecker stelle darauf ab und dürfe dies auch, dass der werbende Testamentsvollstrecker nicht lediglich zertifiziert worden sei, ohne den Beruf eines Testamentsvollstreckers auszuüben und darüber hinaus womöglich auch nicht ein einziges Mal als Testamentsvollstrecker fungiert zu haben.

Im Übrigen bestünden auch Zweifel, ob die theoretischen Kenntnisse des Beklagten für eine Testamentsvollstreckung überhaupt überprüft worden seien.

Das Argument, dass eine Zertifizierung amtlich verliehen sein müsse, hat die Klägerin in der Berufungsinstanz fallen lassen.

Die Klägerin beantragt:

1. Das Endurteil des LG Regensburg vom 28.01.2010, Az. 1 HK O 2329/09 wird aufgehoben.
2. Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00 und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, sich in Briefköpfen und Schreiben als „Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)“ zu bezeichnen und Schreiben mit Verwendung der Bezeichnung „Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)“ zu unterzeichnen.

Der Beklagte beantragt Zurückweisung der Berufung.

Eine Irreführung nach § 5 UWG scheide aus, da der Beklagte tatsächlich einen entsprechenden Zertifizierungslehrgang mit Erfolg besucht habe. Wegen der dort gestellten inhaltlichen Anforderungen liege auch kein Gefälligkeitszertifikat vor. Es genüge, dass - ähnlich wie beim Verständnis des Begriffes „Insolvenzverwalter“ - der Beklagte nur gelegentlich eine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker ausübe.

Im Übrigen würde bei einer Zertifizierung in keinem Fall auf den Nachweis einer praktischen Tätigkeit abgestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet:

1. Die Klagebefugnis der Klägerin folgt aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Die Kammern freier Berufe sind befugt, Wettbewerbsverstöße von Kammerangehörigen zu verfolgen, auch wenn im Einzelfall die Möglichkeit besteht, ein wettbewerbswidriges und zugleich berufswidriges Verhalten zu ahnden. Grundsätzlich ist die Ausübung der Klagebefugnis aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 nicht unverhältnismäßig, wenn sie darauf gerichtet ist, unlautere Werbung eines Kammerangehörigen zu unterbinden (Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Auflage Rdnr. 96 zu § 8 UWG).

2. Der Klägerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. mit §§ 43 b BRAO, 6 BO Rechtsanwälte zu. Die vom Beklagten verwendete Bezeichnung "Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)" verstößt gegen die die anwaltliche Werbung regelnden Vorschriften der §§ 43 b BRAO, 6 BO.

a) Bei diesen Vorschriften handelt es sich um Marktverhaltensregelungen i.S. des § 4 Nr. 11 UWG, da sie sich ausdrücklich mit der Zulässigkeit der anwaltlichen Werbung befassen und ihnen deshalb eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion zukommt (vgl. auch BGH GRUR 2005, 520, 521 - Optimale Interessenvertretung). Zu den "gesetzlichen Vorschriften" gemäß § 4 Nr. 11 UWG gehören dabei auch Berufsordnungen und damit § 6 BO, da es sich um auf einer gesetzlichen Grundlage (hier §§ 191 a Abs. 2, 59 b BRAO) beruhendes Satzungsrecht handelt (vgl. Harte/Henning/v. Jagow, UWG, 2. A., § 4 Rdnr. 28).

b) Die Bestimmung des § 43 b BRAO und die sie inhaltlich gestaltende Regelung des § 6 BO konkretisieren die verfassungsrechtlich garantierte Werbefreiheit und sind verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfG WRP 2008, 492, 493 Rdnr. 11 - Anwaltsdienste bei Ebay). Ausgehend davon bedarf nicht die Gestattung der Anwaltswerbung der Rechtfertigung, sondern deren Einschränkung. Da diese die Berufsausübungsfreiheit tangiert, ist sie nur dann mit Art 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie im Einzelfall durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und im Übrigen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (BGH aaO, 521 mwN). Ausgehend von diesen Vorgaben ist ein Werbeverbot insbesondere dann zulässig, wenn Form und In-

halt der Werbung unsachlich sind

3. Die Werbung des Beklagten mit der Bezeichnung als „Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)“ ist unsachlich, da sie beim Referenzverbraucher Vorstellungen über eine Qualifizierung des Beklagten weckt, die dieser nicht erfüllt:

a) Referenzverbraucher ist nach std. Rspr. (vgl. z.B. BGH GRUR 2004, 244, 245 - Marktführerschaft) der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Adressat der Werbung, der ihr die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt. Dies ist hier jedermann. Zum Adressatenkreis gehören deshalb auch die Mitglieder des Senats.

b) Dem Beklagten ist durchaus zuzugestehen, dass der Verbraucher nicht erwartet, dass derjenige, der sich in der Werbung als Testamentsvollstrecker präsentiert, auch aktuell mit einer solchen Testamentsvollstreckung beauftragt sein muss. Aber er geht ähnlich wie beim Insolvenzverwalter (siehe Anwaltsgericht Freiburg, Beschluss vom 31. Oktober 2005, Az. AnwG 284/03 = NZI 2006, 423) davon aus, dass derjenige, der sich so präsentiert, regelmäßig als solcher tätig wird. Genau in diese Richtung geht auch die eigene Argumentation des Beklagten selbst, der in seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 15. Dezember 2009 Folgendes hat vortragen lassen:

„Der Beklagte übt einmal den Rechtsanwaltsberuf und zweitberuflich die nicht Rechtsanwälten vorbehaltene Tätigkeit als Testamentsvollstrecker aus Wer häufig wie der Kläger (gemeint ist "der Beklagte") als Testamentsvollstrecker tätig ist, kann sich auch entsprechend bezeichnen; dies ist bereits zur vergleichbaren Tätigkeit von Insolvenzverwaltern unstreitig.“

Dies zeigt, dass auch der Beklagte selbst die Bezeichnung Testamentsvollstrecker im Sinne des Senats versteht, nämlich dass die Tätigkeit im Bereich der Testamentsvollstreckung regelmäßig, nach der eigenen Definition des Beklagten sogar wie ein Zweitberuf ausgeübt wird.

Auch wenn der Senat nicht einmal diesen vom Beklagten selbst gewählten Umfang einer zweitberuflichen Tätigkeit als Verbrauchererwartung verlangen will, ist doch die Anforderung einer regelmäßigen praktischen Tätigkeit zu erfüllen.

Davon kann jedoch hier keine Rede sein, da der Beklagte bisher - nach eigenen, von der Klägerin sogar bestrittenen Angaben - nur zweimal als Testamentsvollstrecker tätig war. Die Werbung des Beklagten ist somit irreführend und damit auch unter Berücksichtigung des Art. 12 GG als unsachlich zu qualifizieren. Denn im Interesse der wahrheitsgemäßen Information des Verbrauchers muss auch ein Freiberufler wie ein Rechtsanwalt Einschränkungen seines Werbeverhal-

tens wie jeder Gewerbetreibende (siehe § 5 UWG) hinnehmen.

c) Auch der Zusatz „zertifizierter“ Testamentsvollstrecker beseitigt entgegen der Ansicht des Beklagten diese Irrtumserregung nicht.

Wenn sich der Beklagte als „zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)“ bezeichnet, dann wird der so angesprochene Referenzverbraucher - wie auch die Mitglieder des Senats vor Befassung mit dem streitgegenständlichen Verfahren - die Zertifizierung ohne nähere Erläuterung nicht dahingehend verstehen, dass hier ein Zertifikat jemanden erteilt worden ist, der bisher - so die Richtlinien der AGT - als Rechtsanwalt noch keine einzige Testamentsvollstreckung tatsächlich durchgeführt hat. Der Verbraucher wird vielmehr den Eindruck gewinnen, dass sich hier der Beklagte als zusätzlich, nämlich durch eine Zertifizierung, qualifizierter Testamentsvollstrecker in dem oben definierten Sinn präsentieren will, d. h. als jemand, der regelmäßig Testamentsvollstreckungen durchführt und dessen Tätigkeit dann noch einer besonderen Prüfung mit positivem Ergebnis unterzogen worden ist.

Der Argumentation des Beklagten, dass die ihm erteilte Zertifizierung durch die AGT gerade keine praktische Tätigkeit als Testamentsvollstrecker voraussetze und er folglich sich zutreffender Weise als zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT) bezeichnen dürfe, kann nicht gefolgt werden. Denn Konsequenz aus diesem Verständnis wäre, dass das Adjektiv „zertifiziert“ die Anforderungen an einen Testamentvollstrecker, so wie ihn sich der Verbraucher (siehe oben) vorgestellt, sogar vermindert nämlich dahingehend, dass Testamentsvollstrecker auch der sein kann, der keinerlei praktische Tätigkeit als solcher vorweisen kann. Dieses einschränkende Verständnis des zweifellos positiv belegten Adjektivs „zertifiziert“ ist abzulehnen.

Soweit der Senat für Anwaltssachen des BGH für die zulässige Verwendung der Bezeichnung als "Mediator" im Briefkopf eines Anwalts es für ausreichend erachtete, dass jemand durch eine geregelte Ausbildung nachweisen kann, die Grundsätze der Mediation zu beherrschen (BGH NJW 2002, 2948), steht dies der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Es fehlt nämlich bereits an der Vergleichbarkeit der jeweils streitgegenständlichen Sachverhalte. Die Mediation ist kein Rechtsgebiet, sie stellt vielmehr eine alternative Methode der Konfliktlösung dar. Dementsprechend ist es erforderlich aber auch ausreichend, wenn jemand durch eine geregelte Ausbildung nachweisen kann, die Grundsätze der Mediation zu beherrschen. Demgegenüber sehen die erbrechtlichen Vorschriften des BGB in den §§ 2197 ff für einen Testamentsvollstrecker keine eine besondere Ausbildung erfordernde Qualifikation vor (vgl. auch BGH GRUR 2005, 353, 355 -

Testamentsvollstreckung durch Banken). Verwendet ein Rechtsanwalt in seinem Briefkopf und in Schreiben die hier angegriffene Bezeichnung, so wird der angesprochene Referenzverbraucher deshalb darin nicht den bloßen Hinweis auf eine nicht erforderliche Ausbildungsqualifikation sehen, sondern die Bezeichnung in dem bereits dargelegten Verständnis des Senats auffassen.

Da der Beklagte bisher nur zwei Testamentsvollstreckungen und damit keineswegs regelmäßig Testamentsvollstreckungen durchgeführt hat, kann er sich weder als "Testamentsvollstrecker" noch als "zertifizierter Testamentsvollstrecker" bezeichnen.

e) Der Beklagte kann dem auch nicht entgegen halten, dass auch der Titel Fachanwalt vielfach verliehen werde, ohne dass der praktischen Tätigkeit eine relevante Bedeutung zukomme. Nach der Behauptung des Beklagten erhalten Anwälte den Fachanwaltstitel sogar selbst dann, wenn sie „größten Mist“ gebaut haben (siehe Schriftsatz des Beklagten vom 15. Dezember 2009, Seite 6 = Blatt 15 der Akten). Abgesehen davon, dass diese Behauptung so gut wie nicht konkretisiert ist, ist die Bezeichnung "Fachanwalt für" im Gegensatz zur Bezeichnung „Testamentsvollstrecker“ oder „Insolvenzverwalter“ durch die Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer mit Bestätigung durch das Justizministerium genau definiert. Hier erwartet der Referenzverbraucher dann auch nichts anderes, als dass derjenige, der sich als Fachanwalt bezeichnet, die dafür erforderlichen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt hat. Auch mit diesem Hinweis auf die Voraussetzungen einer amtlich geregelten Bezeichnung vermag der Beklagte nicht zu begründen, warum der Verbraucher im vorliegenden Fall, bei dem es im Gegensatz zum Fachanwalt keine allgemeingültige Regelung für einen qualifizierenden Zusatz gibt, keine praktischen Erfahrungen erwarten wird.

f) Schließlich ergibt sich auch unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Wettbewerbsnachteils gegenüber anderen Berufen nichts Gegenteiliges. Zwar ist es auch Steuerberatern und Banken erlaubt, Testamentsvollstreckungen zu übernehmen und dafür Werbung zu machen (vgl. BGH GRUR 2005, 353 - Testamentsvollstreckung durch Banken; BGH GRUR 2005, 355 - Testamentsvollstreckung durch Steuerberater). Aber Prüfungsgegenstand in den genannten Fällen war jeweils, ob eine erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten vorliegt und nicht die Zulässigkeit der konkreten Ausgestaltung der Werbung. Letztere spielt aber im hier streitgegenständlichen Sachverhalt eine entscheidende Rolle. Mangels Vergleichbarkeit der zu beurteilenden Lebenssachverhalte kann deshalb auch bei Berücksichtigung der vorgenannten Entscheidungen nicht von einer unzulässigen Benachteiligung des Beklagten ausgegangen wer-

den.

Der Klägerin steht folglich der geltend gemachte Unterlassungsanspruch bereits aufgrund der unter II.1. genannten Bestimmungen zu, so dass es eines Eingehens auf einen möglichen weiteren Verstoß gegen § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG nicht mehr bedarf. Ihrer Klage war stattzugeben, ihre Berufung hat somit Erfolg.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

5. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich § 708 Nr. 10, 711 ZPO.

6. Es steht zu erwarten, dass die hier entscheidungsbedürftige Frage der Zulässigkeit einer Anwaltswerbung der vorliegenden Art auch künftig in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen eine Rolle spielen wird. Die Revision ist deshalb wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen.

Schwerdtner
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Huprich
Richter
am Oberlandesgericht

Scheib
Richterin
am Oberlandesgericht

Verkündet am 28.05.2010

gez.
Uhrmann, JOSEkr'in
Urku ndsbeamtin der Geschäftsstelle