

■ Dr. Andreas Ottofülling, Rechtsanwalt, München

# Die (unlautere) Werbung mit einer öffentlichen Bestellung

## Ehrlich währt am längsten



Dr. Andreas Ottofülling ist als Anwalt seit mehr als 20 Jahren im Bereich des Wettbewerbsrechts tätig. Er ist Leiter Süd der Wettbewerbszentrale (Büro München und Stuttgart) und betreut u.a. den Bereich des Sachverständigen- und Prüf-

ingenieurwesens. Er ist Dozent an der Bayerischen Akademie für Werbung und Marketing in München sowie Mitautor beim Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht.

In der wettbewerbsrechtlichen Praxis begegnen einem zahlreiche Werbungen, in denen nicht oder nicht mehr öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige<sup>1</sup> unter Hinweis auf eine Bestellung und/oder Vereidigung werben. In Deutschland stellt die öffentliche Bestellung und Vereidigung<sup>2</sup> nach wie vor ein Qualitätsmerkmal für profunde Sachkunde in einem konkret definierten Sachgebiet dar. Aus diesem Grunde und weil gesetzlich geregelt,<sup>3</sup> beauftragen auch die Gerichte nach wie vor überwiegend öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige. In anderen europäischen Ländern dagegen – abgesehen von Österreich – ist das Institut der Zertifizierung von Sachverständigen verbreitet. Die Zertifizierung hat in den letzten Jahren zunehmend auch in Deutschland an Bedeutung gewonnen. Gleichwohl hat die öffentliche Bestellung und Vereidigung „eine eigenständige und vom Gesetzgeber herausgehobene Stellung“,<sup>4</sup> wie von den Gerichten judiziert.

1 Derzeit gibt es ca. 16.000 öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige in mehr als 400 Sachgebieten, die in nahezu allen Wirtschafts- und Handwerksbereichen tätig sind.

2 Geregelt in § 36 GewO und § 91 Abs. 1 Nr. 8 HwO.

3 Vgl. hierzu § 73 Abs. 2 StPO, 98 VwGO, 404 Abs. 2 ZPO.

4 Vgl. nur OVG Bautzen, Urt. v. 07.05.2013, Az. 3 A 834/11, veröffentlicht in BeckRS 2013, 54020.

### Regelungen in den Sachverständigenordnungen

Die öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen sind nach den jeweiligen Sachverständigenordnungen ihrer Bestellungskörperschaften gehalten, im Rahmen ihrer Tätigkeit, also bei der Erstellung von Gutachten, Beratungen, Überwachungen, Prüfungen, Erteilung von Bescheinigungen sowie schiedsgutachterlichen oder schiedsrichterlichen Tätigkeiten, den von der Bestellungskörperschaft ausgehändigten Rundstempel zu verwenden und diesen mit der eigenen Unterschrift zu versehen sowie im Falle der elektronischen Übermittlung die qualifizierte elektronische Signatur zu verwenden.<sup>5</sup> Außerdem hat der Sachverständige die Bezeichnung „von der Industrie- und Handelskammer/Handwerkskammer öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für ...“ (Angabe des Sachgebietes gem. Bestellsurkunde) zu führen.<sup>6</sup>

### Rundstempel und Bezeichnung außerhalb des Sachgebietes

In der Praxis gibt es hier nur wenige Probleme, d.h. die Sachverständigen setzen diese Regelungen im Rahmen ihrer Tätigkeit im jeweiligen Bestellungsgebiet regelmäßig korrekt um. Anders sieht es dagegen in den Fällen aus, wo der Sachverständige den Rundstempel außerhalb seines Sachgebietes, für welches er öffentlich bestellt und vereidigt ist, einsetzt. Nicht selten sind die Sachverständigen auch außerhalb des

5 Beispielhaft wird verwiesen auf die Mustersachverständigenordnungen des Deutschen Industrie- und Handelskammertages (DIHK) und des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks (ZDH): § 12 Abs. 2 Muster-SVO DIHK, § 13 Abs. 2 Muster-SVO ZDH.

6 Wie vorstehend: § 12 Abs. 1 Muster-SVO DIHK, § 13 Abs. 1 Muster-SVO ZDH.

Bestellungsgebietes sachkundig, verfügen hier aber nicht über eine (weitere) Bestellung. Überhaupt gibt es nur wenige Sachverständige, die in mehreren Sachgebieten öffentlich bestellt sind. Sowohl nach den Sachverständigenordnungen als auch nach den Regelungen zum Irreführungsverbot gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist es unlauter, unter Hinweis auf die öffentliche Bestellung und Vereidigung, sei es mündlich, schriftlich oder durch Verwendung des von der Bestellungskörperschaft überlassenen Rundstempels, auf die Bestellung außerhalb des Sachgebietes hinzuweisen. Es mag Fälle geben, wo die Abgrenzung des Sachgebietes nicht eindeutig ist. Das ist aber eher die Ausnahme. Die Sachverständigen haben immer die Möglichkeit, sich bei derart unklaren Abgrenzungen an ihre Bestellungskörperschaft zu wenden, sodass etwaige Zweifelsfälle im Vorfeld geklärt werden können und es nicht im Nachhinein zu wettbewerbsrechtlichen Beanstandungen qua Abmahnung oder Beanstandungen durch die Bestellungskörperschaften im Wege der Aufsicht kommt.

### Rechtsprechung

a) Das LG Rostock<sup>7</sup> hatte jüngst einen Fall zu beurteilen, in welchem ein Sachverständiger den von der Bestellungskörperschaft ausgehändigten Rundstempel außerhalb des Sachgebietes der öffentlichen Bestellung verwendet und in diesem Zusammenhang auf die öffentliche Bestellung und Vereidigung hingewiesen hatte. Konkret ging es darum, dass der Rundstempel in einem Gutachten verwendet wurde, und zwar dergestalt, dass sowohl die in das Gutachten eingblendeten Fotos am rechten unteren Rand mit dem Stempel versehen wurden, sodass dieser teilweise

7 (Versäumnis-)Urt. v. 07.10.2013, Az. 6 HK O 151/13.

auf dem Foto und der Gutachtenseite angebracht war. Außerdem wurde der Stempel auf reinen Textseiten ebenfalls am unteren rechten Rand positioniert. Unabhängig davon, dass eine solche Stempelverwendung schon nach der Sachverständigenordnung nicht korrekt ist, hatte der Sachverständige den Rundstempel auch neben der Unterschrift eingesetzt. Die Hinweise auf die öffentliche Bestellung und Vereidigung befanden sich zudem auf dem Briefbogen, auf dem das Gutachten erstellt wurde.

Eine solche Vorgehensweise verstößt gegen zahlreiche lauterkeitsrechtliche Vorschriften. In der Nr. 2 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG (sog. schwarze Liste) ist u.a. geregelt, dass die Verwendung von Gütezeichen ohne die erforderliche Genehmigung unlauter ist. Rundstempel werden den Sachverständigen von den Bestellungskörperschaften nur zur Nutzung im Sachgebiet zur Verfügung gestellt. Jegliche Nutzung außerhalb des Sachgebietes ist daher eine solche ohne die erforderliche Genehmigung. Außerdem stellt die Nutzung auch einen Straftatbestand dar, denn gem. § 132a Abs. 1 Nr. 3 StGB kann mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden, wer unbefugt die Bezeichnung öffentlich bestellter Sachverständiger führt. Die Führung der Bezeichnung – auch in Form eines Stempels – außerhalb des Sachgebietes stellt eine unbefugte Nutzung dar, weil die Sachverständigenordnungen nur die Nutzung im Sachgebiet der Bestellung erlauben. Schließlich kann ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG bejaht werden, da über die Reichweite des Sachgebietes getäuscht wird. Ein solches Vorgehen läuft auch der „fachlichen Sorgfalt“ (§ 2 Nr. 7 UWG) zuwider und kann als ein Verstoß gegen die Regelung in § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG gewertet werden. Da ein unzulässiger

Hinweis auf die öffentliche Bestellung und die Verwendung des Rundstempels außerhalb des Sachgebietes auch die Interessen der Mitbewerber spürbar beeinträchtigt, kann der Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 UWG) auch auf § 3 Abs.1 UWG gestützt werden.

b) In einem anderen Fall, den das LG Düsseldorf<sup>8</sup> zu entscheiden hatte, war ein (nicht öffentlich bestellter und vereidigter) Sachverständiger auf die Idee gekommen, sich auf seinem Briefbogen und im Zusammenhang mit der Erstellung von Gutachten wie folgt zu präsentieren:

„Fallweise öffentlich bestellt vom: AG Düsseldorf 1999- ..., LG Köln 2008- ..., LG Essen 2010- ..., LG Düsseldorf 2010- ...“

Dieser Sachverständige hatte seit Jahren immer wieder in unlauterer Weise auf seinem Briefbogen und in Stempeln mit Aussagen geworben wie:

„gerichtlich, in Einzelfällen bestellt und vereidigter Sachverständiger für ...“

„Sachverständigenbüro für ... - gerichtlich, in Einzelfällen bestellt und vereidigter ... - Sachverständiger“

„in Einzelfällen gerichtlich bestellt und vereidigter Sachverständiger für ...“,

die sämtlich vom LG Hagen<sup>9</sup> verboten worden waren. Der Sachverständige war der Ansicht, mit der geänderten Formulierung unter Bezugnahme auf eine „fallweise öffentliche Bestellung“ in lauterer Weise zu werben, weil der Begriff „Bestellung“ auch synonym für eine Ernennung und Beauftragung zu verstehen sei. Der Hinweis auf eine „öffentliche“ Bestellung sei auch nicht irreführend, weil die Gutachtenbeauftragung durch ein Gericht eine solche „von einer öffentlichen Stelle“ sei.

<sup>8</sup> Urt. v. 25.09.2013, Az. 12 O 161/12.

<sup>9</sup> (Anerkenntnis-)Urteil v. 02.02.2010, Az. 21 O 2/10.

Das Gericht hat die Hinweise auf die „fallweise öffentliche Bestellung“ als unlauter gewertet, weil durch die Formulierung der irreführende Eindruck einer Bestellung durch eine Bestellungskörperschaft hervorgerufen werde. Allein aufgrund der Nichterwähnung einer Vereidigung scheidet die Irreführung nicht aus. Auch lasse der Zusatz, dass die öffentliche Bestellung „fallweise“ erfolge – unter Nennung der Gerichte, die den Beklagten in den jeweiligen Verfahren als Sachverständigen beauftragt hätten – den irreführenden Eindruck nicht entfallen, weil der unbefangene Verbraucher nicht zweifelsfrei erkenne, dass in diesen Fällen nur eine gerichtliche Ernennung in einzelnen gerichtlichen Streitigkeiten vorgelegen habe. Durch die Aufnahme der Worte „öffentlich bestellt“ sei die von dem Sachverständigen gewählte Formulierung „zu nah dran“ an den durch das Sachverständigenwesen und § 36 GewO geprägten und geschützten Begriffen. Ein unbefangener Verbraucher assoziiere mit ihnen eine Bestellung durch eine Industrie- und Handelskammer nach § 36 GewO.

## Fazit

Ehrlich währt am längsten. Dieser alte Grundsatz, der auch im Leitbild des ehrbaren Kaufmannes seinen Niederschlag gefunden hat, kann auch den Sachverständigen aller Branchen eine gute Leitlinie sein, um im geschäftlichen Verkehr mit den Auftraggebern – seien es Gerichte, Privatpersonen, Firmen oder Sonstige – zu kommunizieren. Dies ist nichts anderes als eine Ausprägung des FairPlay-Prinzips, dem sich jeder Sachverständige schon aufgrund seines Berufsethos, nämlich unparteiisch, weisungsfrei und nach bestem Wissen und Gewissen seine Leistungen zu erbringen, verpflichtet fühlen sollte.