

**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF****IM NAMEN DES VOLKES****URTEIL**

Aktenzeichen: 20 U 7/03

Entscheidung vom 11. Februar 2003

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

des ...

sich selbst vertretend

Antragsstellers und Berufungsklägers,

g e g e n

....

Antragsgegner und Berufungsbeklagten,

Verfahrensbevollmächtigter: ...

hat der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 2003 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht und die Richterin am Landgericht

für Rocht erkannt

Die Berufung des Antragstellers gegen das Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 18. September. 2002 wird zurückgewiesen,

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Antragsteller.

Gründe:

Der Antragsteller ist Rechtsanwalt und befasst sich vor allem mit Internet- und Multimediarecht. Er betätigt sich auch als Jugendschutzbeauftragter nach § 7a GJSM und § 12 Abs. 5 MDStV. Der Antragsgegner Nichtanwalt, bietet gleichfalls eine Tätigkeit als Jugendschutzbeauftragter an, wobei es im Mustervertrag u.a. heißt: „ Eine Rechtsberatung beinhaltet dieses Angebot nicht

Der Antragsteller beanstandet dies als die Annullierung einer unzulässigen Rechtsberatung im Sinne des Rechtsberatungsgesetzes (RBerG). Das Landgericht hat - unter Aufhebung einer Beschlussverfügung - den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen, weil der Jugendschutzbeauftragte im Allgemeinen keine Rechtsberatung erbringe.

Die Berufung des Antragstellers hat keinen Erfolg.

Bedenken gegen die Dringlichkeit (§ 25 UWG) des verfolgten Anspruchs bestehen allerdings letztlich nicht.

Zwar hat der Antragsteller mit Schreiben vom 10. Juli 2002 (81 46 GA) erklärt, er verzichte „bis zur Entscheidung über den Widerspruch vorläufig auf die Befolgung des im Beschluss verfügten Unterlassungsgebots“ weil ihm daran liege „eine grundsätzliche Entscheidung herbeizuführen“. Dies könnte Zweifel daran erwecken, ob dem Antragsteller die Verfolgung des Anspruchs wirklich dringlich erschien, nachdem er in der Antragschrift die Sache als „eilbedürftig“ bezeichnet und dies näher erläutert hat (vgl. Berneke, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, Rdnr. 89). Da sich jedoch im Verfahren auf einstweilige Verfügung der Antragsteller von vornherein mit einer Entscheidung nach mündlicher Verhandlung (§ 937 Abs. 2 WO) einverstanden erklären kann, ohne dass dies der Dringlichkeit entgegensteht, reicht in diesem Fall der Verzicht auf eine Vollstreckung bis zu einem Urteil in erster Instanz zur Widerlegung der Vermutung des § 25 UWG nicht aus.

II.

Jedoch steht dem Antragsteller ein Verfügungsanspruch nicht zu.

1.

Unstreitig ist allerdings der Antragsteller unmittelbarer Wettbewerber des Antragsgegners, soweit es um die Tätigkeit als - externer - Jugendschutzbeauftragter im Sinne des § 7a des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte (GJSM) und des § 12 Abs. 5 Mediendienst-Staatsvertrag (MDStV) bzw. voraussichtlich am 01. April 2003 des an ihre Stelle tretenden § 7 Abs. Abs. 3, 4 Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV).

Der Antragsteller ist zwar möglicherweise Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Dies ist aber unerheblich. Der Antragsteller ist ersichtlich selbst als Jugendschutzbeauftragter tätig. Im Hinblick auf die Regelung des § 7 Abs. 4 des JMStV, der ersichtlich auf natürliche Personen zugeschnitten ist, ist die Bestellung einer juristischen Person oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Jugendschutzbeauftragter zudem fraglich (zum jetzigen Recht s. Altenhain in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, Kap. 20 Rdnr, 265).

2.

In der Sache ist dem Landgericht dahin beizutreten, dass der Antragsgegner keine Rechtsbesorgung im Sinne des Art. 1 § 1 RBerG angeboten hat.

a) Bei der Abgrenzung erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung von erlaubispflichtigen Rechtsbesorgung wird von der Rechtsprechung (BVerfG NJW 2002, 3531; BGH WRP 2001, 956 Wir Schuldenmacher) auf den Kern und den Schwerpunkt der Tätigkeit abgestellt, weil eine Besorgung wirtschaftlicher Belange vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft ist. Daher ist maßgeblich, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher oder sonstiger - Belange bezweckt oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht (teilweise weitergehend allerdings noch BGII NJW 1995, 3122 Energieberatung, wonach auch die Wahrung rechtlicher Belange Von nicht ganz unerheblichem Gewicht zur Anwendung des RBerG führt). Für die Einstufung als erlaubispflichtige Rechtsbesorgung kann in Anbetracht der Tatsache, dass nahezu alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen sind und kaum eine wirtschaftliche Betätigung ohne rechtliche Wirkung bleibt, nicht allein auf die rechtlichen Formen und Auswirkungen des Verhaltens abgestellt werden. Es bedarf vielmehr einer abwägenden Beurteilung des beanstandeten Verhaltens, ob es sich hierbei um Rechtsbesorgung handelt oder ob es um eine Tätigkeit geht, welche von anderen Dienstleistern erfüllt werden kann; ohne dass die Qualität der Dienstleistung

oder die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und die zu ihrer Aufrechterhaltung benötigten Rechtsberater beeinträchtigt werden.

Vor dem Hintergrund des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei einer bloßen Teiltätigkeit entscheidend ob sie als sozial abgrenzbare Aktivität mit eigenem, vorn dem sonstigen Berufsinhalt eines Rechtsberaters geschiedenen charakteristischen Gepräge im Hinblick auf die zu wahrenenden Gemeinwohlbelange bei Anlegung eines besonders strengen Maßstabs nur Rechtsanwälten vorbehalten werden muss, vor allem wenn es um kleine und einfach zu beherrschende Ausschnitte anderer Tätigkeiten mit festgelegtem. Berufsbild geht (vgl. BVerfG NJW 1998, 3481 unter C,I.5.d)).

Ähnliches gilt, wenn es bloß um die Ermittlung des Sachverhalts, die Einholung von Auskünften und die Stellvertretung in einem bestimmten Bereich geht. Allein deshalb, weil ohne Kenntnis des maßgeblichen Rechts jede sachangemessene und wirksame Hilfeleistung unmöglich ist, wird eine Dienstleistung noch nicht zur Rechtsberatung im Sinne des Art. 1 § 1 RBerG. Den Erfordernissen einer verfassungskonformen Auslegung des RBerG kann auch durch eine dementsprechende Auslegung des Art. 1 § 5 RBerG Rechnung getragen werden (vgl. zuletzt Schönberger NJW 2003, 249).

Eine Rolle für die Beurteilung kann schließlich auch spielen, ob in der Praxis Rechtsanwälte diese Aufgaben selbst übernehmen oder ob Sie dies Dritten überlassen Werden Rechtsanwälte vielfach in derartigen Sachen nicht tätig, ist dies ein Anzeichen dafür, dass der durch das RBerG bezweckte Schutz nicht notwendig ist.

b) Danach übt der Jugendschutzbeauftragte keine Rechtsbesorgung aus (vgl. zur Beschreibung der Tätigkeit des Jugendschutzbeauftragten s. Liesching CR 200.1 845; Antragsteller, K & R 2002, 643; Altenhain, a.a.O., Kap. 20, Rdnr. 263 ff). Die Erörterung im Termin vom 21. Januar 2003 hat keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür erbracht, dass zum Schutze des Publikums oder des Medienanbieters die Tätigkeit eines externen Jugendschutzbeauftragten Rechtsanwälten vorbehalten sein muss.

aa) Soweit er Ansprechpartner für Nutzer ist (§ 7a S. 2, 1. Alt. GjSM; zukünftig § 7 Abs. 3 & 1, 1. Alt. JMStV), hat er Beschwerden und Anfragen von Nutzern entgegenzunehmen und gegebenenfalls weiterzuleiten. Auch wenn nach den Angaben der Parteien im Termin vom 21. Januar 2003 derartige Anfragen selten zu sein scheinen, sieht das Gesetz sie als Aufgabe des Beauftragten vor Seine Tätigkeit bezieht sich dabei gegebenenfalls *auf* eine Information der Nutzer über technische Sicherungsmöglichkeiten und die Entgegennahme von Hinweisen auf jugendgefährdende Inhalte (Altenhain, a.a.O., Rdnr 282; Loschelder, a.a.O.) Als denkbare Beispiel für eine Tätigkeit ist im Termin auch die eher pädagogisch ausgerichtete Beratung von Jugendlichen und ihren Eltern in dem Falle angesprochen worden, dass Jugendlichen jugendgefährdende Inhalte zur Kenntnis gelangt sind. Eine juristische Überprüfung des Rechtsverhältnisses zwischen Anbieter und Nutzer soll der Jugendschutzbeauftragte auch nach Auffassung des Antragstellers nicht vornehmen; Gebührenstreitigkeiten oder Ähnliches fallen nicht in sein Aufgabengebiet.

bb) Im Mittelpunkt der Tätigkeit steht die Beratung des Anbieters (§ 7a S 2, 2. Alt. GjSM; zukünftig § 7 Abs. 3 S.1, 2. Alt. JMStV). Davon umfasst sind die weiteren angesprochenen Tätigkeiten (Mitwirkung bei der Angebotsplanung und Gestaltung der Angebotsbedingungen). Ziel der Beratung ist es, die Belange des Jugendschutzes zur Geltung zu bringen. Inwieweit dabei die juristische Beratung des Anbieters tatsächlich im Vordergrund steht, war Gegenstand gegensätzlicher Erörterung im Termin vom 21. Januar 2003. Der Antragsteller hat darauf abgestellt, der Beauftragte habe den Anbieter vor allem darüber zu beraten, welche Inhalte überhaupt nicht, welche Inhalte nur an Erwachsene und welche Inhalte auch an Jugendliche verbreitet werden dürften, sowie darüber, welche Anforderungen aus rechtlicher Sicht an die technischen Möglichkeiten zur Überprüfung des Alters des Anfragers sowie von Altersbegrenzungen bei der Inanspruchnahme von Leistungen gestellt würden; dazu müsse er die dazu ergangene Rechtsprechung zur Kenntnis nehmen und auswerten. Nach der Darstellung des Antragsgegners befasst sich in der Praxis der Jugendschutzbeauftragten soweit er nicht lediglich als vom Gesetz erzwungenes „Feigenblatt“ angesehen werde - vor allem mit der Beurteilung der Angebote. Er soll danach auf die jugendfreundliche Gestaltung der Inhalte Einfluss nehmen und für die Einplanung von Altersverifikationssystemen Sorge tragen. Im Mittelpunkt stehe dabei aber nicht die Frage, ob etwas Pornographie sei, da dies im Allgemeinen „klar“ sei, vielmehr solle er

schon möglichst im Vorfeld des ~Pornographische« die Verbreitung „nur~ Jugendgefährdender Inhalte verhindern.

cc) Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Aufgabenumschreibung, der dazu ergangenen Literatur sowie der Erklärungen im Termin muss zwar davon ausgegangen werden, dass eine rechtliche Beratung des Anbieters in gewissem Umfange auch zu den Aufgaben des Jugendschutzbeauftragten gehört. Diese Beratung dient dann auch dem Schutze des Anbieters (vgl. Altenhain, a.a.O., Rdnr 275) Die Beratung wird zweifelsohne durch gewisse juristische Kenntnisse zumindest erleichtert, wenn nicht gar erst ermöglicht. So dürften z.B. Grundkenntnisse über den Inhalt des (zukünftig geltenden) § 15 Abs. 2 Jugenschutzgesetz sowie über sonstige Pflichten des Anbieters im Hinblick auf den ~Jugendschutz unerlässlich sein.

dd) Dies steht aber nicht derart im Mittelpunkt der Aufgabenbeschreibung, dass die Anwendung des RBerG insbesondere vor dem Hintergrund der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit gerechtfertigt wäre; eine Monopolisierung wäre vielmehr unverhältnismäßig. Dazu sind folgende Überlegungen maßgeblich:

(1) Nähere Abgrenzungen (z.B. die vom Antragsteller angesprochene Abgrenzung zwischen einfacher Pornographie und schwerer Pornographie im Sinne des § 184 Abs. 3 StGB) spielen bei der Beratung durch den Jugendschutzbeauftragten im Allgemeinen keine Rolle, weil auch die Zurverfügungstellung einfacher Pornographie an Jugendliche untersagt ist. Vielfach dürfte die Antwort auf die Frage, ob ein bestimmter Inhalt pornographischen Charakter hat oder nicht, auf der Hand liegen. Zudem ist der Begriff „Pornographie“, den das Gesetz selbst nicht definiert, nur in begrenztem Umfange durch eine juristische Subsumtion feststellbar; er verweist weitgehend auf außergesetzliche Wertungsmaßstäbe (vgl. Lanckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 184 Rdnrn. 4 ff.). Soweit es um Nutzungsbedingungen geht, bezieht sich dies nur auf die mit dem Jugendschutz zusammenhängenden Fragen (insbesondere Ausgestaltung von Altersverifikationssystemen). Soweit der Antragsteller, wie er geschildert hat, in weitergehendem Umfange zu rechtlichen Fragestellungen konsultiert worden ist, bleibt unklar, ob dies nicht nur wegen seiner anwaltlichen Qualifikation sowie seiner Schwerpunktsetzung im Medienrecht erfolgt.

(2) Der Schutz des Auftraggebers vor Strafverfolgung steht nicht im Mittelpunkt der Aufgabenbeschreibung des Jugendschutzbeauftragten. Er soll vor allem auf eine jugendfreundliche Ausrichtung des Angebots Einfluss nehmen („zur Wahrung des Jugendschutzes“, § 7 Abs 3 S. 2 JMStV) und ist daher vom Anbieter - unabhängig von dessen Beratungsbedarf - bei bestimmten Maßnahmen zu beteiligen

(3) Das Gesetz hat die Stellung des Jugendschutzbeauftragten „schwach“ ausgebildet. Er ist vom Anbieter bei bestimmten Maßnahmen zu beteiligen und von ihm zu informieren, nach § 7 Abs. 4 S. 2 JMStV zukünftig insoweit auch an Weisungen nicht gebunden. Ihm steht jedoch ein „Vetorecht“, und sei es auch nur in aufschiebender Form, nicht zu. Er ist für seine Tätigkeit der Aufsichtsbehörde gegenüber nicht verantwortlich;

Ob und inwieweit er dem Auftraggeber für etwaige Beratungsfehler haftet, hängt von der Ausgestaltung des Vertragverhältnisses ab. Eine Haftung kommt in den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer des Anbieters zum Jugendschutzbeauftragten ernannt ist - was der JMStV ausweislich des § 7 Abs. 4 S. 4 zulässt und häufig der Fall sein wird - praktisch nicht in Betracht. Soweit der Anbieter einen externen Nichtanwalt beauftragt, ist er nur bedingt schutzwürdig (vgl. BVerfG NJW 2002, 3531 unter II.2.c)bb)(5)).

(4) Entscheidend ist die Wertung des Gesetzgebers, der bewusst von besonderen Anforderungen an den Jugendschutzbeauftragten abgesehen hat. Nach § 7 Abs. 4 S 1 JMStV muss er lediglich „die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde besten.“ weitergehende Anforderungen (Befähigung zum Richteramt oder Ähnliches) werden nicht verlangt

Der Gesetzgeber hat durch § 7a GjSM (zukünftig: § 7 Abs. 3, 4 JMStV) einen eigenständigen Beruf geschaffen und dessen Aufgaben und Voraussetzungen selbst gestaltet. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (NJW 1998, 3481) ist bei der Entwicklung von Spezialberufen besonders zu prüfen, ob diese dem RBerG unterfallen, insbesondere ob ein Verbot im Hinblick auf die zu wahrenen Gemeinwohlbelange bei Anlegung eines besonders strengen Maßstabs erforderlich ist. Iii dem dort zur Beurteilung anstehenden Fall hatte sich in der Praxis ein

Spezialberuf entwickelt. Hier hält der Gesetzgeber selbst durch seine gesetzliche Aufgabenbeschreibung eine sozial abgrenzbare Aktivität mit besonderem charakteristischem Gepräge entwickelt. Gerade bei der nachträglichen Herausbildung neuer Berufsbilder ist bei der Anwendung des RBerG Vorsicht geboten und genauer zu prüfen, ob die vom RBerG geschützten Gemeinwohlbelange ein Verbot der Tätigkeit durch Nichtanwälte erfordern; Hält der Gesetzgeber selbst für eine von ihm definierte Aufgabe die Qualifikation und Pflichtenbindung von Rechtsanwälten nicht für erforderlich, ist dies besonders zu berücksichtigen (vgl. BVerfG NJW 2002, 3531 unter II.2.c) bb) (5)).

Der Gesetzgeber hält die Qualifikation eines Rechtsanwalts für unnötig, wenn er im betreffenden Fachgesetz die Anforderungen selbst, nämlich anders als im RBerG, regelt. Was den Streitfall angeht, so war dem Gesetzgeber bekannt, dass als Jugenschutzbeauftragte - neben einer Organisation der freiwilligen Selbstkontrolle - sowohl eigene Angestellte als auch Außenstehende tätig werden konnten (vgl. Altenhain a.a.O.). Ihm war des Weiteren bekannt, dass Außenstehende nur geschäftsmäßig tätig werden konnten. Dennoch hat er sich bei der Neuregelung durch den Jugendmedienschutz-Staatsvertrag auf das bloße Verlangen nach „Fachkunde“ beschränkt. Auch im Übrigen hat er in diesem Bereich davon abgesehen, lediglich Juristen als sach- und fachkundig anzusehen. Das Gesetz sieht sogar bei den Mitgliedern der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (§ 17ff. Jugenschutzgesetz) von dem Erfordernis juristischer Examina ab.

Es wäre Widerspruch, trotz der gesetzlichen Einschätzung, auch Rechtslaien¹ seien grundsätzlich geeignet, nach dem RBerG ein Verbot der Betätigung von Nichtanwälten zum Schutze des Auftraggebers oder der Allgemeinheit für notwendig zu halten.

Hinzu kommt, dass es kaum einsichtig ist, dass an einen „Externen höhere Anforderungen als an einen Arbeitnehmer des Arbeiters gestellt werden sollten. Die Heranziehung des Jugenschutzbeauftragten dient vor allem dem Jugenschutz. Dabei ist unerheblich, ob die Aufgabe von einem Arbeitnehmer oder einem Dritten übernommen wird. Der Schutz des Auftraggebers vor Beratungsfehlern kann eine unterschiedliche Behandlung bereits deswegen nicht rechtfertigen, weil der Anbieter, der einen Nichtanwalt auswählt, nur bedingt schutzwürdig ist. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Anwendung des Art. 1 § 6 Abs. 1 Nr. 1 RBerG (wie sie von beiden Parteien zumindest hilfsweise befürwortet wird) insoweit nicht ganz unproblematisch ist, als die Rechtsprechung bisher die Weisungsgebundenheit der Tätigkeit des „Arigestellten“ verlangte (vgl. BGH NJW 1999, 497 unter II.2.b)), während nach § 7 Abs. 48. 2 JMStV der Jugenschutzbeauftragte weisungsfrei handelt.

(5) Die Tätigkeit entspricht auch nicht der üblichen Tätigkeit von Rechtsanwälten (vgl. BVerfG NJW 2002, 3531 unter II.2.c) bb)(4)). Nach den Erklärungen des Antragsgegners im Termin vom 21. Januar 2003, denen der Antragsteller nicht widersprochen hat, gibt es in der Bundesrepublik Deutschland nur 10 Rechtsanwälte, die sich an der Übernahme der Aufgaben eines externen Jugenschutzbeauftragten interessiert zeigen. Unter diesen Umständen kann von einer fühlbare(n) Beeinträchtigung der für eine ordnungsgemäße Rechtspflege benötigten Anwaltschaft“ (BVerfG NJW 1998, 3481 unter C.I.5.c) dd)) keine Rede sein. Die Anwendung des RBerG wäre in diesem Falle auch deswegen unverhältnismäßig, weil andernfalls für die Anbieter von .Medieninhalten nur eine sehr geringe Auswahlmöglichkeit unter den Rechtsanwälten bestünde.

c) Der Vergleich mit Datenschutzbeauftragten, §n der Antragsteller zieht, führt zu keinem anderen Ergebnis. Es ist nämlich ungeklärt, ob die Tätigkeit dem RBerG überhaupt unterfällt. Soweit auf das Problem in der Literatur überhaupt eingegangen wird (eine Diskussion dazu bei Schaffland/Wiltfang, BDSG, § 4f Rdnrn. 47 ff; Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 36 unter 3.1 ff. fehlt, finden sich lediglich cursorisch angeführte Thesen wie das Hauptgewicht liege auf der Rechtsanwendung (Beder CR 1990, 618), die Wahrnehmung der Funktion des externen Datenschutzbeauftragten sei als Besorgung einer fremden Rechtsangelegenheit anzusehen (Schneider CR 1993, 35, 38), das Problem sei strittig (Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 2. Aufl., 8 Rdnrn. 386) ein erheblicher Teil sei als Rechtsberatung einzustufen (Rennen/Caliebe, RBerG, 3. Aufl., Art. 1 § 1 Rdnr. 67). Die Thesen setzen sich zudem nicht mit der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auseinander.

III.

Die Frage, ob der Antragsgegner sich dadurch wettbewerbswidrig verhält, dass er sich zwar zum Jugendschutzbeauftragten bestellen lässt, möglicherweise jedoch im Einvernehmen mit dem Anbieter eine Tätigkeit nicht oder nur in völlig unzureichendem Maße entfaltet, eine Bestellung mithin in einem derartigen Falle nur „pro forma“ erfolgt, damit die Anbieter formal der gesetzlichen Pflicht zur Bestellung Genüge tun, ist nach dem Antrag, der lediglich auf den Verstoß gegen das RBerG abzielt, nicht Gegenstand des Verfahrens.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs 1 ZPO.

Berufungsstreitwert: 7.500,00 Euro

(Unterschriften)