BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 95/09

Verkündet am:
14. Oktober 2010
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Anwerbung selbständiger Buchhalter

StBerG § 34 Abs. 2 Satz 2; BOStB § 7

Ein Steuerberater verstößt nicht gegen § 34 Abs. 2 Satz 2 StBerG und § 7 BOStB, wenn er selbständige Buchhalter ohne räumliche Beschränkung auf den Nahbereich seiner Kanzlei anwirbt. Die räumliche Entfernung zwischen der Beratungsstelle des verantwortlichen Steuerberaters und dem Ort, an dem der selbständige Buchhalter seine Tätigkeit als freier Mitarbeiter ausübt, ist für das Weisungsrecht, die Ausübung der Aufsichtspflicht sowie die berufliche Verantwortung des Steuerberaters nicht von entscheidender Bedeutung.

BGH, Urteil vom 14. Oktober 2010 - I ZR 95/09 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Dr. Schaffert, Dr. Bergmann und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg - 3. Zivilsenat - vom 26. Mai 2009 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist die Berufskammer der Steuerberater und Steuerbevollmächtigten im Bereich der Oberfinanzdirektion N. . Sie nimmt als Körperschaft des öffentlichen Rechts die beruflichen Belange ihrer Mitglieder wahr. Die Beklagte ist eine Steuerberatungsgesellschaft mit Sitz in F. und Zweigniederlassungen in R. und B. . Sie gehört zum Verbund der "Dr. S. Gruppe". Die in dieser Gruppe verbundenen Steuerberatungsgesellschaften unterhalten bundesweit etwa 50 Niederlassungen.

2 Die " Dr. S. Gruppe" veröffentlichte am 19. Mai 2008 in der Zeitschrift N. ( ), Heft Nummer , sowie auf der Internetseite des -Verlages unter www. die nachfolgend wiedergegebene Stellenanzeige:

selbstständige Buchhalter (m/w)

Grafische Version

Dr. S Gruppe

IHR ERFOLG DURCH UNS!

Die Dr. S Gruppe ist ein Verbund bundesweit tätiger Steuerberatungsgesellschaften, die auch mit Rechtsanwälten zusammenarbeitet. Nach erfolgreicher Entwicklung bei der Beschäftigung von freien Mitarbeitern wollen wir unser Tätigkeitsfeld weiter ausbauen und suchen deshalb

selbstständige Buchhalter (m/w)

als freier Mitarbeiter.

Wir bieten Ihnen in diesem erfolgreichen Rahmen eine interessante Tätigkeit.

Ihre Vorteile:
1. Lohn- und Finanzbuchhaltung ohne Beschränkung, auch Bilanzierung, Erstellen der Einnahmen-Ausgaben-Überschussrechnung und Fertigung aller Steuererklärungen weisungsgebunden unter fachlicher Aufsicht und beruflicher Verantwortung einer Steuerberatungsgesellschaft, dadurch Versicherungsschutz über die Steuerberatungsgesellschaft, die gegenüber dem Mandanten haftet.

2. Betreuung auf allen Gebieten des Steuerrechts und angrenzender Rechtsgebiete durch Steuerberater und Rechtsanwälte abgedeckt.

3. Laufende kostenlose Schulungen und Weiterbildungsmaßnahmen.

4. bei Bedarf kostengünstige Nutzung hauseigener Software und Hardware sowie Betreuung von unseren EDV-Fachleuten.

Ihre von uns selbstverständlich vertraulich behandelte Bewerbung richten Sie bitte an:

oder rufen Sie einfach Frau S unter Tel. (an.

www.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

3 Im Januar 2008 versandte die Beklagte an mehrere Personen im gesamten Bundesgebiet persönliche Anschreiben, in denen sie die Stelle eines Buchführungshelfers als freier Mitarbeiter anbot.

4 Die Klägerin hat die Stellenangebote als wettbewerbswidrig beanstandet. Sie ist der Ansicht, die Unlauterkeit des Handelns der Beklagten ergebe sich daraus, dass die Beschäftigung von freien Mitarbeitern gemäß § 7 BOStB nur zulässig sei, wenn diese weisungsgebunden und unter der fachlichen Aufsicht und beruflichen Verantwortung des Steuerberaters tätig würden. Dies erfordere eine Tätigkeit des freien Mitarbeiters im Nahbereich des eigentlichen Berufsträgers. Da die bundesweite Werbung sich nicht allein an einen überschaubaren Kreis potentieller freier Mitarbeiter im Nahbereich richte, sei die Beklagte nicht mehr in der Lage, solche Mitarbeiter zu überwachen.

5 Die Klägerin hat die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch genommen, Buchführungshelfern, die von den bei der Beklagten beschäftigten Berufsträgern in einer Entfernung von deutlich mehr als 50 Kilometer Luftlinie arbeiten oder mit öffentlichen Verkehrsmitteln oder im Individualverkehr von deutlich mehr als einer Stunde zu erreichen sind, bundesweit durch gezielt versandte Werbeschreiben eine freie Mitarbeit anzubieten.

6 Die Beklagte hat einen Verstoß gegen § 7 BOStB in Abrede gestellt, da sich aus den beanstandeten Stellenanzeigen und Anschreiben nicht ergebe, wo sich der Arbeitsort für den angeschriebenen freien Mitarbeiter befinde. Im Übrigen sei es zulässig, dass ein freier Mitarbeiter eines Steuerberaters seine Tätigkeit an einem Ort außerhalb des Nahbereichs der beruflichen Niederlassung des Steuerberaters ausübe.

7 Das Landgericht hat die Beklagte zur Unterlassung verurteilt (LG Nürnberg-Fürth, DStRE 2009, 701). Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen (OLG Nürnberg, OLG-Rep 2009, 879).

8 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

9 I. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil die von der Beklagten abgegebenen Beschäftigungsangebote keine unlauteren geschäftlichen Handlungen nach § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG darstellten. Dazu hat es ausgeführt:

10 Die Unlauterkeit der beanstandeten Stellenangebote ergebe sich weder aus § 34 Abs. 2 Satz 2 StBerG noch aus § 7 BOStB. Die in § 34 Abs. 2 Satz 2 StBerG vorgeschriebene Residenzpflicht im sogenannten Nahbereich betreffe nur den Steuerberater selbst und nicht auch seine freien Mitarbeiter. Eine analoge Anwendung der Vorschrift auf freie Mitarbeiter komme nicht in Betracht. Auf § 7 BOStB könne eine räumliche Beschränkung der Tätigkeit freier Mitarbeiter von Steuerberatern ebenfalls nicht gestützt werden. Ein freier Mitarbeiter könne - anders als ein Arbeitnehmer - gerade Zeit, Dauer und Ort seiner Tätigkeit frei bestimmen. Der Wortlaut des § 7 BOStB rechtfertige ebenfalls nicht die Annahme, dass ein freier Mitarbeiter seine Tätigkeit im Nahbereich ausüben müsse. Schließlich führte eine räumliche Beschränkung der Tätigkeit zu einer erheblichen Einschränkung der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit.

11 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

12 Der Klägerin steht wegen der streitgegenständlichen Stellenangebote kein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 34 Abs. 2 Satz 2 StBerG oder § 7 BOStB zu.

13 1. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass eine Verpflichtung der freien Mitarbeiter eines Steuerberaters, dauerhaft im Nahbereich der Beratungsstelle des Steuerberaters tätig zu sein, nicht aus § 34 Abs. 2 Satz 2 StBerG hergeleitet werden kann. In § 34 Abs. 2 Satz 1 StBerG ist bestimmt, dass Steuerberater und Steuerbevollmächtigte weitere Beratungsstellen unterhalten können, wenn dadurch die Erfüllung der Berufspflichten nicht beeinträchtigt wird. Leiter der weiteren Beratungsstelle muss nach § 34 Abs. 2 Satz 2 StBerG jeweils ein anderer Steuerberater oder Steuerbevollmächtigter sein, der seine berufliche Niederlassung am Ort der Beratungsstelle oder in deren Nahbereich hat. Die Residenzpflicht gilt nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift nur für Steuerberater und Steuerbevollmächtigte und nicht auch für die freien Mitarbeiter des Steuerberaters.

14 Eine analoge Anwendung des § 34 Abs. 2 Satz 2 StBerG auf freie Mitarbeiter hat das Berufungsgericht ebenfalls mit zutreffenden Erwägungen abgelehnt. Es hat mit Recht darauf abgestellt, dass es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt, die Voraussetzung für eine Analogie ist (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 39/08, GRUR 2011, 56 Rn. 19 = WRP 2011, 88 - Session-ID). Die Beschäftigung freier Mitarbeiter seitens eines Steuerberaters oder Steuerbevollmächtigten ist aufgrund der Ermächtigung in § 86 Abs. 2 Nr. 2 StBerG von der Satzungsversammlung der Bundessteuerberaterkammer (mit Beschluss vom 7. März 2005, DStR 2005, 536) in § 7 BOStB geregelt worden.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der aus Berufspraktikern bestehenden Satzungsversammlung die Problematik der Nahbereichsregelung hinreichend bekannt. Die fehlende Aufnahme einer dem § 34 Abs. 2 Satz 2 StBerG entsprechenden Regelung in § 7 BOStB kann daher nicht als planwidrige Regelungslücke angesehen werden.

15 2. Die Revision wendet sich auch ohne Erfolg gegen die weitere Annahme des Berufungsgerichts, § 7 BOStB rechtfertige ebenfalls keine räumliche Einschränkung bei der Beschäftigung freier Mitarbeiter durch einen Steuerberater oder Steuerbevollmächtigten.

16 a) In § 7 BOStB ist bestimmt, dass die Beschäftigung von Mitarbeitern zulässig ist, die nicht Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer oder Mitglieder einer Rechtsanwalts- oder Patentanwaltskammer sind, wenn diese weisungsgebunden unter der fachlichen Aufsicht und beruflichen Verantwortung des Steuerberaters tätig werden. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Wortlaut der Vorschrift lasse nicht den Schluss zu, dass der freie Mitarbeiter seine Tätigkeit im Nahbereich des Steuerberaters ausüben müsse, der ihn beschäftige. Eine dauernde Anwesenheit des freien Mitarbeiters im Nahbereich sei auch nicht erforderlich, weil die Kontaktmöglichkeiten über E-Mail, Internet und (Mobil-)Telefon eine hinreichende Kontrolle und Unterstützung des freien Mitarbeiters über jegliche räumliche Distanz sicherstellten.

17 b) Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe dabei nicht genügend beachtet, dass eine unmittelbare persönliche Aufsicht des Steuerberaters über den freien Mitarbeiter vor Ort unverzichtbar sei, weil es ihm nur so möglich sei, sich eine aus eigener Kenntnis gewonnene Überzeugung über die gesamte Tätigkeit des freien Mitarbeiters zu bilden. Dazu müsse der Arbeits-

platz des freien Mitarbeiters wie eine weitere Beratungsstelle des Steuerberaters innerhalb angemessener Zeit erreichbar sein. Dem vermag der Senat nicht beizutreten.

18 Die Revision geht davon aus, dass bei einem Erfolg der beanstandeten Werbeaktion viele selbständige Buchführungshelfer für die Beklagte tätig werden, die an weit vom Kanzleisitz der Beklagten entfernt liegenden Orten ohne direkte persönliche Überwachung durch ortsansässige Steuerberater Mandate akquirieren und - namens der Beklagten - unbeschränkte Hilfeleistung in Steuersachen erbringen. Dieser Ausgangspunkt der Revision hat in den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen keine Grundlage. Das Berufungsgericht hat lediglich darauf hingewiesen, dass mit der bundesweiten Werbung nicht zwangsläufig eine übergroße Zahl von Einstellungen verbunden sei. Es müsse der Beklagten unbenommen bleiben, ihre freien Mitarbeiter aus einem möglichst großen, also bundesweiten, Reservoir auszusuchen. Aus den beanstandeten Stellenangeboten geht auch nicht hervor, dass die Beklagte beabsichtigt, mehr freie Mitarbeiter zu beschäftigen, als sie im Sinne von § 7 BOStB zu beaufsichtigen und zu überprüfen in der Lage ist. Der Ort, an dem ein geworbener freier Mitarbeiter für die dezentral organisierte Beklagte tätig werden soll, ist zudem offen, so dass nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass ein freier Mitarbeiter seine Tätigkeit für die Beklagte außerhalb des Nahbereichs ausüben wird. Gegenteiliges hat die Klägerin nicht vorgetragen und ist vom Berufungsgericht auch nicht festgestellt worden. Schon aus diesem Grund können die beanstandeten Stellenausschreibungen der Beklagten nicht als wettbewerbswidrig angesehen werden.

19 Die von der Revision erhobenen Bedenken gegen die Erfüllbarkeit der sich aus § 7 BOStB ergebenden Weisungs- und Überwachungspflichten des Steuerberaters sind aber auch nicht begründet, wenn der freie Mitarbeiter nicht

im Nahbereich seines Prinzipals tätig wird. Der Sinn und Zweck der Regelung in § 34 Abs. 2 Satz 2 StBerG besteht darin sicherzustellen, dass der Leiter einer Beratungsstelle seine Aufgaben in angemessener Frist ausüben und auch zum Zweck eines kurzfristig notwendig werdenden Gesprächs mit einem Mandanten von einer Beratungsstelle zur anderen gelangen kann (BGH, Urteil vom 9. November 2000 - I ZR 185/98, GRUR 2001, 348, 349 = WRP 2001, 397 - Beratungsstelle im Nahbereich). Diese Zielsetzung der gesetzlichen Regelung ist auf das Verhältnis zwischen dem Steuerberater und seinem freien Mitarbeiter nicht ohne weiteres übertragbar. Die Ausübung der Tätigkeit des freien Mitarbeiters unter der "fachlichen Aufsicht und beruflichen Verantwortung" des Steuerberaters erfordert nicht, dass der freie Mitarbeiter seine Arbeitsleistung in einem Umkreis von etwa 50 Kilometern zur Beratungsstelle seines Geschäftsherrn erbringt. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die Arbeitsergebnisse des freien Mitarbeiters mit Hilfe der heute zur Verfügung stehenden modernen Kommunikationsmittel unabhängig von räumlichen Entfernungen ohne weiteres vom verantwortlichen Berufsträger überprüft und gegebenenfalls korrigiert werden können. Dasselbe gilt für die Ausübung des Weisungsrechts. Befindet sich der Arbeitsort des freien Mitarbeiters etwa 50 Kilometer von der Beratungsstelle des verantwortlichen Berufsträgers entfernt, so ist es diesem auch nicht möglich, seinen Mitarbeiter ständig persönlich zu überwachen und anzuweisen. In einem solchen Fall findet der laufende Kontakt vielmehr regelmäßig unter Einsatz der modernen Kommunikationsmittel statt. Der Umfang der räumlichen Entfernung zwischen der Beratungsstelle des verantwortlichen Berufsträgers und dem Beschäftigungsort des freien Mitarbeiters ist daher für das Weisungsrecht, die Ausübung der Aufsichtspflicht sowie die berufliche Verantwortung des Steuerberaters - anders als im Verhältnis des Steuerberaters zu seinen Mandanten - grundsätzlich ohne Bedeutung. Entgegen der Auffassung der Revision hängt die Möglichkeit, zu einer eigenen zuverlässigen Urteilsbildung zu gelangen, nicht davon ab, ob der freie Mitarbeiter

seine Tätigkeit 30, 50 oder etwa auch 70 Kilometer von der Kanzlei des Berufsträgers entfernt ausübt.

20 Das Berufungsgericht hat zudem mit Recht darauf verwiesen, dass ein freier Mitarbeiter - anders als ein Arbeitnehmer - die Zeit und den Ort seiner Tätigkeit grundsätzlich frei bestimmen kann. Daher wäre zu erwarten gewesen, dass die Satzungsversammlung der Bundessteuerberaterkammer eine räumliche Beschränkung in § 7 BOStB aufgenommen hätte, wenn sie dies bei der Neufassung der Vorschrift im Jahre 2005 (DStR 2005, 536) für erforderlich gehalten hätte.

21 3. Die Revision macht schließlich ohne Erfolg geltend, für die Vergleichbarkeit von weiteren Beratungsstellen mit Beschäftigungsorten von freien Mitarbeitern außerhalb der Beratungsstellen sprächen auch die §§ 48, 49 BOStB, in denen bestimmt sei, dass auch bloße Arbeitsräume außerhalb der Beratungsstelle in einem örtlichen und funktionalen Zusammenhang mit der Beratungsstelle oder der beruflichen Niederlassung stehen müssten. Die Revisionserwiderung weist mit Recht darauf hin, dass es sich bei den Geschäftsräumen eines freien Mitarbeiters gerade nicht um Arbeitsräume des Steuerberaters im Sinne von § 48 Abs. 1 Satz 3, § 49 Abs. 1 Satz 2 BOStB handelt. Die Revision berücksichtigt nicht genügend, dass es dem Wesen eines freien und damit selbständigen Mitarbeiters entspricht, seine Tätigkeit mit eigenen Betriebsmitteln in eigenen Räumen zu erbringen und daher auch den Ort seiner Tätigkeit selbst bestimmen zu können.

22 III. Danach ist die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Bornkamm Pokrant Schaffert

Bergmann Kirchhoff

Vorinstanzen:
LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 14.01.2009 - 4 HKO 6496/08 -
OLG Nürnberg, Entscheidung vom 26.05.2009 - 3 U 178/09 -