



Institut für Prozessrecht und anwaltsorientierte Ausbildung

Professor Dr. Christian Wolf

(Geschäftsführender Direktor)

Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Tel.: 0511 7628268
www.jura.uni-hannover.de/ipa
lg.zpr@jura.uni-hannover.de

Stellungnahme

zur Anhörung des Rechtsausschusses

zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung
des Rechtsberatungsrechts

BT-Dr. 16/3655,

Ausschussdrucksache 16 (6) 125

7. Mai 2007

vorgelegt von

Professor Dr. Christian Wolf, Hannover

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Vorbemerkung	S. 4
B. Einleitung	S. 5
1. Rechtsberatungsgesetz als Teilregelung der anwaltlichen Berufsordnung	S. 5
2. Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege	S. 7
a) Enge Grenzen für die Liberalisierung des Rechtsberatungs- marktes aus den core values	S. 8
b) Weitere Grenzen der Liberalisierung des Anwaltsmarktes und Konkurrenzschutz	S. 9
3. Verbraucherschutz durch Informationsmodell	S. 12
4. Zusammenfassung	S. 12
C Stellungnahme zu den hervorgehobenen einzelnen Änderungsvorschlägen	S. 13
1. Definition des Begriffs der Rechtsdienstleistung	S. 13
a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 35)	S. 13
b) Gesetzssystematik	S. 14
c) Stellungnahme	S. 14
d) Formulierungsvorschlag	S. 14
e) Begründung	S. 15
2. Mediation als Rechtsdienstleistung	S. 15
a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125,)	S. 15
b) Stellungnahme	S. 15
c) Formulierungsvorschlag	S. 16
3. Annexrechtsberatung	S. 17
a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 49)	S. 17
b) Gesetzssystematik	S. 17

c) Stellungnahme	S. 18
d) Formulierungsvorschlag	S. 19
e) Begründung	S. 19
3. Anwalt als Subunternehmer	S. 19
a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 54)	S. 19
b) Stellungnahme	S. 19
5. Bußgeldvorschrift	S. 21
a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 165 bis 170)	S. 21
b) Stellungnahme	S. 21
c) Formulierungsvorschlag	S. 21
6. Prozessualer Kostenerstattungsanspruch der Inkassobüros	S. 22
a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 200)	S. 22
b) Stellungnahme	
c) Formulierungsvorschlag	S. 22
7. Gemeinsame Berufsausübung mit vereinbaren Berufen	S. 23
a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 237)	S. 23
b) Gesetzssystematik	S. 24
c) Stellungnahme	S. 24
aa) Vorbemerkung	S. 24
bb) Unbestimmtheit des Begriff der „vereinbaren Berufe“	S. 25
cc) Verschwiegenheitspflicht und Verschwiegenheitsrecht	S. 25
dd) Verantwortlichkeit für das anwaltliche Berufsrecht	S. 27
ee) Verbot der Vertretung der Widerstreitenden Interessen	S. 27
c) Formulierungsvorschlag	S. 29
d) Begründung	S. 29

A. Allgemeine Vorbemerkung

Die nachfolgende Stellungnahme bezieht sich, wie aus dem Anschreiben des Parlamentarischen Staatssekretärs, Herrn Alfred Hartenbach, MdB bei der Bundesministerin der Justiz vom 26. März 2007 an den Vorsitzenden des Rechtsausschusses Herrn Andreas Schmidt, MdB, Ausschussdrucksache Nr. 16 (6) 125, zu entnehmen ist, im Wesentlichen nur auf die farblich gekennzeichneten Änderungsvorschläge.

Im Einzelnen wird zu folgenden Änderungsvorschlägen Stellung genommen:

Paragraph	Stichwort	Ausschussdrucksache 16 (6)125	Seite Stellungnahme
§ 2 Abs. 1 RDG	Begriff der Rechtsdienstleistung	Rz. 35	S. 13 ff.
§ 2 Abs. 3 Nr. 4 RDG	Mediation	Rz. 41	S. 15 f.
§ 5 Abs. 1 RDG	Annexrechtsberatung	Rz. 49	S. 17 ff.
§ 5 Abs. 3 RDG	Rechtsanwalt als Subunternehmer	Rz. 54	S. 19 f.
§ 20 RDG	Bußgeldvorschriften	Rz. 165 bis 170	S. 21 f.
§ 4 Abs. 3 EGRDG	Prozessualen Kostenerstattungsanspruch der Inkassounternehmen	Rz. 200	S. 22 f.
§ 59a Abs. 4 BRAO	Gemeinschaftliche Berufsausübung mit vereinbaren Berufen	Rz. 237	S. 23 ff.

Zusätzlich wird noch aus dem Sinnzusammenhang zu folgenden Vorschriften Stellung genommen. Hierbei steht vor allem die Wahrung der anwaltlichen Kardinal-

pflichten, insbesondere der Verschwiegenheitspflicht und der Pflicht, keine widerstrebenden Interessen zu vertreten, im Mittelpunkt.

Paragraph	Stichwort	Ausschuss- drucksache 16 (6)125	Seite Stellung- nahme
§ 59a Abs. 1 BRAO	Sternsozietät	Rz. 232	S. 23 ff.
§ 53a Abs. 1 StPO (Art. 6)	Zeugnisverweigerungsrecht der Berufshelfer	Rz. 252 bis 254	S. 23 ff.
§ 203 StGB	Verletzung von Privatgeheimnissen		S. 23 ff.
§§ 383, 385 ZPO, 15 FGG	Zeugnisverweigerungsrecht in der ZPO		S. 23 ff.
§ 15 FGO, 102 AO	Zeugnisverweigerungsrecht		S. 23 ff.
§ 98 VwGO, 65 Abs.1 VwVfG	Zeugnisverweigerungsrecht		S. 23 ff.
§§ 46, 80 ArbGG	Zeugnisverweigerungsrecht		S. 23 ff.

B. Einleitung

1. Rechtsberatungsgesetz als Teilregelung der anwaltlichen Berufsordnung

Durch das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) soll das Rechtsberatungsgesetz (RBerG) vom 13.12.1935 abgelöst werden. Das RBerG ist Teil des anwaltlichen Berufsrechts. Das Berufsrecht der Rechtsanwälte ist zwar zu einem großen Teil in der Bundesrechtsanwaltsordnung geregelt, jedoch finden sich eine Reihe weiterer Rechtsnormen, welche speziell die anwaltliche Berufsausübung regeln. Zu nennen sind neben dem RBerG und dem RVG vor allem die einzelnen Verfahrensvorschriften

ten, welche die Prozessvertretung durch Rechtsanwälte und deren Zeugnisverweigerungsrechte regeln. Die Neuregelung eines Teilausschnitts des anwaltlichen Berufsrechts kann daher nur vor dem Hintergrund des anwaltlichen Berufsbildes als Ganzes sinnvoll beurteilt werden. So ist insbesondere bereits bei der Definition der Rechtsdienstleistung in § 2 Abs. 1 RDG zu berücksichtigen, wie sich diese auf das Verschwiegenheitsrecht sowohl der Rechtsanwälte als auch der in einem weiteren Sinne in fremden Rechtsangelegenheiten Tätigen auswirkt. Der Kreis derer, die der Verschwiegenheitspflicht unterliegen und damit in den Schutz des Zeugnisverweigerungsrechtes, § 53 StPO und des Beschlagnahmeverbotes, § 97 StPO kommen, kann schon aus Strafverfolgungsgründen nicht beliebig weit gezogen werden.¹

Im Gesamtgefüge der anwaltlichen Berufsordnung kommt dem RBerG die Funktion zu, die Rechtssuchenden vor Personen zu schützen, die fachlich ungeeignet oder unzuverlässig für die Rechtsberatung sind.² *Friedlaender* hat daher das RBerG als klassisches Gewerbe- oder Berufspolizeigesetz bezeichnet.³ Dabei verwendete *Friedlaender* den Begriff der Gewerbe- oder Berufspolizei im Sinne des 19. Jahrhunderts⁴ und gleichzeitig so, wie er heute z.B. noch in der Schweiz üblicher Weise verwendet wird. In moderner Terminologie gesprochen dient das Gesetz dem **Verbraucherschutz**.⁵ Allerdings ist der Verbraucherschutz auf dem Gebiet der Rechtsberatung Besonderheiten unterworfen. Von daher können nicht die Instrumentarien des normalen Verbraucherschutzes auf die Rechtsberatung übertragen werden. Qualifizierte Rechtsberatung ist notwendiger Bestandteil einer funktionsfähigen Rechtspflege⁶ und damit des Rechtsstaats. Der Rechtsstaat ermöglicht aber ein marktwirtschaftliches Ordnungssystem; er kann selbst nur eingeschränkt Teilnehmer des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs sein (hierzu näher unter 3.). Neben dem Verbraucherschutz werden als Regelungstelos des RBerG noch der Schutz der Rechtspflege und Schutz der Anwaltschaft genannt.⁷ Die Rechtspflege soll geschützt werden, indem die Klärung von Rechtsstreitigkeiten vor Gericht nicht durch Personen behindert werden soll, denen hierzu die fachliche und persönliche Eignung fehlt. Der Schutz

¹ Wie hier Kleine- Cosack, DB 2006, 2797, 2803.

² BVerfGE 41, 378, 390; *Chemnitz/Johnigk*, Rechtsberatungsgesetz, 11. Aufl., 2003, § 1 Rdnr. 16.

³ *Friedlaender*, JZ 1955, 305, 308.

⁴ Vgl. hierzu *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1992, s. 250 ff.

⁵ Henssler/Prütting/*Weth*, 2. Aufl., 2004, RBerG Einl. Rdnr. 5.

⁶ *Henssler*, ZZP 115 (2002), 321, 324.

⁷ Vgl. Henssler/Prütting/*Weth*, 2. Aufl., 2004, RBerG Einl., Rdnr. 6 f.

der Anwaltschaft erweist sich bei richtiger Betrachtung gleichfalls als verfassungsrechtlich zulässiger Schutz des rechtsuchenden Bürgers, der auf eine leistungsfähige Anwaltschaft angewiesen ist. (Vgl. sogleich unter 2.)

2. Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege

Nach § 1 BRAO ist der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. In dem Begriff verdichtet sich die besondere und unabdingbare Rolle, welche die Rechtsanwaltschaft für die Rechtspflege und den Rechtsstaat spielt. Auch wenn bislang das anwaltliche Berufsrecht insgesamt noch nicht hinreichend dogmatisch durchdrungen ist,⁸ werden allgemein folgende **core values** des anwaltlichen Berufsbildes genannt, denen auch beim Rechtsdienstleistungsgesetz Rechnung zu tragen ist:⁹

- **Anwaltliche Unabhängigkeit**
- **Verschwiegenheitspflicht und Recht zur Verschwiegenheit**
- **Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen**
- **Sachlichkeitsgebot**
- **Gleiche Augenhöhe mit dem Richter**

Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach festgestellt, dass das zwischen Mandant und Rechtsanwalt bestehende Vertrauensverhältnis unabdingbare Voraussetzung für die Rechtsberatung ist, und dass die Grundlage hierfür die Verschwiegenheitspflicht und das Verschwiegenheitsrecht des Rechtsanwalts bildet.¹⁰ Das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit der Anwälte, so *Eylmann*, ist unerlässlich für eine auf rechtsstaatlichen Prinzipien gegründete Rechtspflege.¹¹

⁸ Henssler, ZZP 115 (2002), 321, 329.

⁹ Vgl. hierzu nur Henssler, ZZP 115 (2002) 321, 328.

¹⁰ BVerfGE 108, 150, 161 f.; BVerfGE 113, 29, 49f.; BVerfGE 110, 226, 252.

¹¹ Henssler/Prütting/*Eylmann*, 2. Aufl., 2004, § 43a, Rdnr. 31.

a) Enge Grenzen für die Liberalisierung des Rechtsberatungsmarktes aus den core values

Insbesondere bei der Regelung der Zusammenarbeit des Rechtsanwalts mit anderen Berufen (§ 59a Abs. 4 BRAO in der Fassung des Entwurfs des Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts) drohen erhebliche Gefahren für diesen Grundpfeiler einer rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechenden Rechtspflege. Entweder die Beschlagnahme- und Verschwiegenheitsrechte werden in einem die Straf- und Rechtsverfolgung nicht mehr zumutbaren Maß auf andere Berufe ausgedehnt oder aber so eingeschränkt, dass sie auch für Rechtsanwälte substantiell nicht mehr bestünden. Die aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend gebotenen Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote müssen den, berufsrechtlichen Verpflichtungen unterliegenden, Rechtsanwälten vollumfänglich erhalten bleiben. Dies setzt logischer Weise der Zusammenarbeit mit nicht verkammerten und keinem eigenen Schweigerecht versehenen Berufsgruppen enge Grenzen.

Vergleichbares gilt bezüglich des Verbotes, widerstreitende Interessen zu vertreten. Auch hier handelt es sich um ein unabdingbares Prinzip einer auf rechtsstaatlichen Prinzipien gründenden Rechtspflege. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Bedeutung in seiner Entscheidung zum Sozietätswechsel ausdrücklich anerkannt.¹² Lediglich für den Fall, dass der die Sozietät wechselnde Anwalt nicht mit dem widerstreitenden Mandat befasst war, hat das Bundesverfassungsgericht im konkreten Einzelfall die Einschränkung der Berufsfreiheit nicht durch Gemeinwohlbelange als gedeckt angesehen. Sowohl bei der Annexrechtsberatung, § 5 Abs. 1 RDG, als auch bei der Sternsozietät, § 59 Abs. 1 BRAO in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts und der Zusammenarbeit mit vereinbarten Berufen, § 59 Abs. 4 BRAO in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts, drohen entsprechende - mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbare - Vertretungen widerstreitender Interessen.

Eine wirksame Vertretung der Interessen kann nur erfolgen, wenn derjenige der die Interessen vertritt von demjenigen demgegenüber er die Interessen zu vertreten hat, ernst genommen wird. Als wichtige Errungenschaft wurde daher für das anwaltliche

¹² BVerfGE 108, 150 ff.

Berufsbild angesehen, dass der Anwalt mit dem Richter auf gleicher Augenhöhe verkehren kann, also den gleichen Befähigungsnachweis, § 4 BRAO, erbracht hat.¹³

b) Weitere Grenzen der Liberalisierung des Anwaltsmarktes und Konkurrenzschutz

In diesem Zusammenhang ist noch auf einen weiteren Umstand hinzuweisen, der gleichfalls zu den core values des anwaltlichen Berufsrechts zu rechnen ist:

• Sicherung des streitwertunabhängigen Zugangs zum Recht

In zulässiger Weise sichert das RBerG auch die Leistungsfähigkeit der Anwaltschaft ab, um andererseits die Anwaltschaft in die Pflicht nehmen zu können, einen effektiven Zugang zum Recht durch Quersubventionierung (RVG) und die Verpflichtung zur Prozessvertretung, § 48 BRAO und Beratungshilfe, § 49a BRAO, sicher zustellen. Änderungen im Berufsrechts müssen diese Verpflichtungen der Anwaltschaft berücksichtigen, um eine unüberschaubarer Konkurrenzsituation mit Rechtsdienstleistern, welche nicht entsprechenden Gemeinwohlpflichten unterworfen sind, so zu begrenzen, dass die Anwaltschaft noch den Gemeinwohlauftrag erfüllen kann.

Das Bundesverfassungsgericht hat stets das zentrale Anliegen des Rechtsstaats, jedermann das Recht auf Zugang zu den Gerichten (Justizgewähranspruch) zuzusichern, betont. Dabei darf der Zugang zu Gericht auch aus Kostengründen nicht unzumutbar erschwert werden. Mit diesem Anspruch, so das Bundesverfassungsgericht, wäre es nicht vereinbar, wenn **Gebühren erhoben** würden, die **außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert** stehen, den das **gerichtliche Verfahren für den einzelnen Beteiligten** hat. In diese Überlegungen hat das Bundesverfassungsgericht die Anwaltsgebühren mit einbezogen und zwar auch in Verfahren, in denen kein Anwaltszwang herrscht. Für einen wirkungsvollen Rechtsschutz kann die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts erforderlich sein; diese darf deshalb durch die

¹³ Vgl. *Friedlaender*, Rechtsanwaltsordnung, 3. Aufl., 1930; § 1 Rdnr. 8.

Gebührenregelung nicht unzumutbar erschwert werden.¹⁴ Ausdrücklich weist das Bundesverfassungsgericht¹⁵ in diesem Zusammenhang zum einen darauf hin, dass die Gebührenregelungen den Rechtsschutz nicht von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abhängig machen dürfen. Daher müssen Vorkehrungen getroffen werden, die auch Unbemittelten einen weitgehend gleichen Zugang zu den Gerichten ermöglichen.¹⁶ Zum anderen betont das Bundesverfassungsgericht aber gleichfalls ausdrücklich, dass eine unzumutbare Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten auch vorliegen kann, wenn – trotz wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit - das Kostenrisiko zu dem mit dem Verfahren angestrebten wirtschaftlichen Erfolg außer Verhältnis steht. In diesem Fall sei die Beschreitung des Rechtsweges praktisch unmöglich, weil die Anrufung der Gerichte nicht mehr wirtschaftlich sinnvoll erscheine.¹⁷

Bei der Regelung der Anwaltsgebühren hat der Gesetzgeber, so das Bundesverfassungsgericht weiter, neben dem Justizgewähranspruch und dem Interesse des Mandanten, nicht ein unangemessen hohes Entgelt zahlen zu müssen, auch die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts nach Art. 12 GG in den Abwägungsprozess mit einzubeziehen.¹⁸ Dabei muss das Entgelt nicht so bemessen sein, dass es genau dem Wert der anwaltlichen Leistung im Einzelfall entspreche. Jedoch muss das aus dem System der Mischkalkulation resultierende Einkommen insgesamt so bemessen sein, dass der Anwalt aus seinem Gebührenaufkommen sowohl seinen Kostenaufwand als auch seinen Lebensunterhalt bestreiten kann.¹⁹

Um den Zugang zu Gericht und damit den Justizgewähranspruch sicher zu stellen, nimmt der Gesetzgeber, über die im RVG verankerte Mischkalkulation hinaus, noch in einer Reihe von anderen Fällen die Rechtsanwälte in Dienst. Nach § 48 BRAO ist der Rechtsanwalt verpflichtet, im Fall der Beiordnung die Prozessvertretung zu übernehmen. Eine vergleichbare Verpflichtung begründet § 49a BRAO für die Beratungshilfe. Soweit die Beiordnung im Weg der Prozesskostenhilfe erfolgt, ordnet § 49 RVG zu lasten des Rechtsanwalts niedrigere Gebühren an.²⁰

¹⁴ BVerfGE 85, 337, 349.

¹⁵ BVerfGE 85, 337, 346.

¹⁶ BVerfGE 50, 217 231; BVerfGE 81, 347, 356 f.

¹⁷ BVerfGE 85, 337, 347 f.; BVerfG, NJW 1997, 311.

¹⁸ BVerfGE 85, 337, 349 f.

¹⁹ BVerfGE 85, 337, 349.

²⁰ Dieses ist verfassungskonform, BVerfG, NJW 1971, 187; *Hartmann*, Kostengesetze, 36. Aufl., 2006, § 49 Rdnr. 1.

Vor diesem Hintergrund ist der Erhalt einer leistungsfähigen Anwaltschaft, die den Zugang zum Recht effektiv gewährleistet, aus rechtsstaatlichen Gründen zwingend erforderlich. Es stellt daher eine unzutreffende Interpretation der Masterpatentscheidung²¹ des Bundesverfassungsgerichts dar, wenn daraus der Schluss gezogen wird, der Schutz der Anwaltschaft vor einer unübersehbaren Konkurrenz von Personen, die nicht solch weitgehenden Bindungen unterliegen,²² sei mit Art. 12 GG nicht vereinbar.²³

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung festgehalten, dass ein Schutz der Rechtsanwaltschaft als solches vor Konkurrenz nicht der Verfassung entspricht, dies aber sehr wohl ein zulässiger Gemeinwohlbelang ist, wenn hierdurch dem unmittelbaren Gesetzeszweck gedient wird. Der unmittelbare Gesetzeszweck – die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sicher zu stellen und den Zugang zu den Gerichten nicht an unverhältnismäßigen Anwaltskosten scheitern zu lassen – rechtfertigt aber den Erhalt einer leistungsfähigen Anwaltschaft.²⁴

Wer gegen den Zusammenhang zwischen Erhalt einer leistungsfähigen Anwaltschaft, Quersubventionierung und Verpflichtung zur Prozessvertretung (§ 48 BRAO) und Beratungshilfe (§ 49 a BRAO) die altruistische und karitative Rechtsberatung in Stellung bringt,²⁵ macht den wirtschaftlich Schwachen zum Almosenempfänger und verweigert ihm den Zugang zum Recht. In Rechnung zu stellen ist hierbei, dass auf die unentgeltliche Rechtsberatung auch das Haftungsregime von § 521 BGB Anwendung finden dürfte, sodass derjenige, der unentgeltlich Rechtsrat erteilt, nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet. Der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung, § 51 BRAO, ist gleichfalls bei der altruistischen Rechtsberatung nicht erforderlich.

Aus der Sicht des Europarechts spricht gleichfalls nichts gegen eine am Interesse des Verbraucherschutzes ausgerichtete Regelung. Insbesondere hat der EuGH an-

²¹ BVerfGE 97, 12 ff.

²² So deutlich und zutreffend BGHZ 15, 315, 321.

²³ So aber z.B. *Sauer/Wittemann*, BKR 2003, 656, 661; *Schönberger*, NJW 2003, 249, 253,

²⁴ Wie hier *Prütting*, 65. DJT, 2004, G 17 f.

²⁵ So *Kramer*, KJ, 2000, 600, 606.

erkannt, dass das Rechtsdienstleistungsgesetz aus Gründen des Allgemeininteresses nicht gegen den EG-Vertrag verstößt.²⁶

3. Verbraucherschutz durch Informationsmodell

Gegen die vorstehenden Überlegungen zum Regelungstelos des Rechtsdienstleistungsgesetzes lässt sich auch nicht die Überlegenheit eines Informationsmodells in Stellung bringen, nach dem derjenige, der Rechtsberatung anbietet, über seine Fähigkeiten umfassend aufzuklären habe.²⁷ Hierdurch soll das Problem der Informationsasymmetrie, welches in der Institutionenökonomie unter dem Stichwort Prinzipal-Agent-Theorie diskutiert wird, beseitigt werden können. Zunächst belegen empirische Untersuchungen bislang nicht, dass auf dem Gebiet der Rechtsberatung die Deregulierung zugunsten eines Informationsmodells die theoretisch vorhergesagten Verbesserungen erbringen.²⁸ Entscheidend spricht aber gegen ein solches Modell, dass der geschädigte Verbraucher, will er seinen Schadensersatzanspruch gegen den Rechtsberater einklagen, erneut eines Rechtsberaters bedarf. Einziges Qualitätssicherungsinstrument ist auch in diesem Fall das Informationsmodell. Theoretisch kann dies zu einer endlosen Kette von Regressprozessen führen. Daher lässt sich das Informationsmodell aus anderen Bereichen des Verbraucherschutzes auf den Rechtsberatungsmarkt übertragen.

4. Zusammenfassung

Das Rechtsdienstleistungsgesetz dient in erster Linie dem Verbraucherschutz und dem Schutz des Zugangs zum Recht. Der Verbraucher ist auf eine Rechtsberatung angewiesen, die von hinreichend qualifizierten Personen erbracht wird, welche der Verschwiegenheitspflicht und dem Verschwiegenheitsrecht unterliegen. Darüber hinaus muss sichergestellt sein, dass die Rechtsberatung unabhängig erfolgt und ohne in Interessensgegensätze verstrickt zu sein. Schließlich ist zu beachten, dass die im RVG angelegte Quersubventionierung und die Verpflichtung zur Prozessvertretung

²⁶ EuGH, 12.12.96 – Rs. C-3/95 (Broede vs. Sanker).

²⁷ Zu dem Modell, *Grunewald*, AnwBl 2004, 208 ff.

²⁸ *Stephen and Love*, Regulation of the Legal Profession, 1009 f. in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics <http://encyclo.findlaw.com/5860book.pdf>.

und Beratungshilfe der Anwälte in entscheidendem Umfang den Zugang zum Recht sichern. Hieran ist das RDG im Einzelnen zu messen.

C Stellungnahme zu den hervorgehobenen einzelnen Änderungsvorschlägen

1. Definition des Begriffs der Rechtsdienstleistung

a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 35)

In § 2 Abs. 1 RDG soll der Begriff der Rechtsdienstleistung wie folgt definiert werden:

§ 2 Begriff der Rechtsdienstleistung

Rechtsdienstleistung ist jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Rechtssuchenden eine besondere rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.

b) Gesetzssystematik

Das Gesetz lässt Regelungen, Rechtsdienstleistungen nach anderen Gesetzen erbringen zu dürfen, unberührt, § 1 Abs. 2 RDG. So finden sich z.B. in § 1908 f. BGB oder in § 23 Abs. 3 AGG derartige Regelungen. Folglich ergibt sich der Stand der Deregulierung erst aus einer umfassenden Zusammenschau unterschiedlichster Gesetze. Auch nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz selbst bildet § 2 Abs. 1 RDG nur die erste Einstiegsdefinition dessen, was nach dem neuen Rechtsdienstleistungsgesetz zulässige beziehungsweise unzulässige Rechtsberatung sein soll. Fällt eine Tätigkeit unter den Rechtsdienstleistungsbegriff des § 2 Abs. 1 RDG, steht damit nicht deren Unzulässigkeit fest. Vielmehr enthält das Gesetz ein gestuftes System von zulässiger Rechtsberatung. So werden in § 2 Abs. 3 RDG eine Reihe von Tätigkeiten, die eigentlich unter den Begriff der Rechtsdienstleistung nach § 2 Abs. 1 RDG zu subsumieren wären, durch Legaldefinition zu „nicht Rechtsdienstleistungen“ erklärt, wie z.B. die Erledigung von Rechtsangelegenheiten innerhalb verbundener Unternehmen, § 2 Abs. 3 Nr. 6 RDG. Erlaubt ist auch eine unentgeltliche Rechtsberatung, § 6 Abs. 1 RDG oder die Annexrechtsberatung, § 5 Abs. 1 RDG.

c) Stellungnahme

Von der eigenen Systematik des Gesetzes muss der Begriff der Rechtsdienstleistung möglichst umfassend definiert werden. Ein zu enger Begriff der Rechtsdienstleistung würde insbesondere in Verbindung mit der Annexrechtsberatung zu einer Verdoppelung der ohne entsprechende Qualifikation ausgeübten Rechtsberatung führen. Das RBerG hat sich insbesondere in den so genannten „Schrottimmobilien-Fällen“ in seiner Funktion als Instrument des Verbraucherschutzes bewährt.²⁹ Unter die Rechtsberatung fällt demnach jede Tätigkeit, die darauf gerichtet und dazu geeignet ist, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Konkrete fremde Rechtsverhältnisse werden insbesondere durch den Abschluss von Verträgen gestaltet, die von einem Geschäftsbesorger im Namen eines Dritten abgeschlossen werden. Ob der Geschäftsbesorger dabei einen inhaltlichen Gestaltungsspielraum hat oder ob er allgemein verwendete Vertragsformulare benutzt, ist nach der Rechtsprechung des 3. Senats des BGH unerheblich.³⁰ Gegenüber der Rechtsprechung des 3. Senats versucht der Bankensenat des BGH immer wieder, Entscheidungen zugunsten des Vertragsgegners des Verbrauches zu treffen, indem – trotz unwirksamen Treuhandvertrags – die Vollmachtserteilung z.B. in einem Zeichnungsschein als wirksam angesehen wird. Alleine die Vollmacht zur Erklärung des Beitritts zu einer Fondsgesellschaft und die Aufnahme eines Finanzierungsdarlehens stellen aus der Sicht des 11. Senats des BGH keine Rechtsbesorgung dar.³¹ Ohne feste Konturen des Tatbestands der Rechtsdienstleistung ist zu befürchten, dass hier der Verbraucherschutz weiter ausgehöhlt wird.

d) Formulierungsvorschlag

„Rechtsdienstleistung ist jede Tätigkeit in konkreten fremden Rechtsangelegenheiten, die eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Ein Einzelfall liegt auch vor, wenn sich die rechtliche Prüfung auf gleichgerichtete Lebenssachverhalte bezieht. Die rechtliche Prüfung schließt die Rechtsbesorgung mit ein.“

²⁹ Vgl. nur BGH NJW 2001, 3774; BGH NJW 2007, 1130.

³⁰ BGHZ 145, 265, 269.

³¹ BGHZ 167, 223.

e) Begründung

Eine Unterscheidung zwischen einfacher, normaler und besonderer rechtlicher Prüfung ist nicht möglich. Die zunehmende rechtliche Komplexität führt dazu, dass auch scheinbar einfache Rechtsfragen einer „besonderen“ rechtlichen Prüfung bedürfen. Die Formulierung stellt zugleich sicher, dass auch weiterhin die Rechtsbesorgung, also die Gestaltung fremder Rechtsverhältnisse durch Vertragsschluss, unter den Begriff der Rechtsdienstleistung fällt. Darüber hinaus verdeutlicht die Formulierung, dass ein Einzelfall auch vorliegt, wenn ein und derselbe Vertrag mehrfach abgeschlossen wird.

2. Mediation als Rechtsdienstleistung

a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125)

§ 2 Abs. 3 Nr. 4 RDG soll wie folgt gefasst werden:

„...4. die gesprächsleitende Mediation und jede vergleichbare Form der Streitbeilegung, sofern sich die Tätigkeit auf die gesprächsleitende Funktion beschränkt und nicht regelnd oder durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Gespräche der Beteiligten eingegriffen wird.“

b) Stellungnahme

Soweit ersichtlich haben die Gerichte bisher die Mediation als Rechtsberatung im Sinne von Art. 1 RBerG begriffen.³² Bislang gibt es weder eine gesetzliche Definition der Mediation, noch liegt bereits eine hinreichende dogmatische Durchdringung vor, dass man von einer wissenschaftlichen Methode der Mediation sprechen könnte. Vieles baut dort noch auf Erfahrungswissen auf. Auch ist das Spektrum dessen, was man unter Mediation versteht, zu groß um es einer einheitlichen Beurteilung zuführen zu können. Unter Mediation wird nicht nur die Lösung rechtlicher Konflikte mit Hilfe eines Mediators verstanden, sondern z.B. auch die Streitschlichtung in der Schule bei Konflikten zwischen Schülern.³³ Auch wird Mediation als psychotherapeutische

³² LG Leipzig, NJW 2004, 3784; LG Hamburg, NJW-RR 2000, 1514; OLG Rostock, NJW-RR 2002, 642

³³ Vgl. Z.B. <http://www.mediation-rundbau.de/>

Methode zur Klärung nichtjustiziabler, inter- oder intrapersonaler Konflikte verstanden. Diese fallen sicherlich nicht unter den Begriff der Rechtsdienstleistung. Im Mittelpunkt der Mediation stehen jedoch rechtliche Konflikte, die im Ergebnis einer rechtlichen Lösung durch einen Vergleichsvertrag zugeführt werden sollen.³⁴ Die Mittel, die hier zur Verwendung kommen, sind jedoch höchst unterschiedlich. Neben der Verhandlungsmediation werden in der Mediation auch therapeutische Methoden, wie die „systemische Aufstellung“ nach *Bert Hellinger* verwendet, um zu Ergebnissen zu kommen.³⁵ Die Parteien sind aber in der Mediationssituation besonders schutzwürdig, weil das Korrektiv des Wettbewerbs, der die privatautonome Gestaltung der Verträge ermöglicht, nicht besteht. Schließen die Parteien, wie in der Mediation vorausgesetzt, den Vergleich nicht auf Grund ihrer unterschiedlichen Rechtspositionen, sondern auf Grund ihrer Interessenlagen, ist strukturell diejenige Partei im Nachteil, die mit der ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung die höhere Erwartungshaltung verbindet. Stellt zum Beispiel ein Maler die Arbeiten an einem Ladenlokal zurück, weil er einen attraktiveren Großauftrag angenommen hat, ist der Ladeninhaber, der auf die Malerarbeiten dringend angewiesen ist, in einer deutlich schlechteren Verhandlungssituation, wenn er keinen rechtlichen Auffangrahmen hat. Solange der Gesetzgeber die bei der Mediation auftretenden Fragen nicht in einem Mediationsgesetz geregelt hat,³⁶ sollte man den Parteien eines Mediationsverfahrens nicht den Schutz des Rechtsdienstleistungsgesetzes entziehen.

c) Formulierungsvorschlag

§ 2 Abs. 3 Ziff. 4 entfällt.

³⁴ Vgl. *Eidenmüller*, Vertrags- und verfahrensrechtliche Grundfragen der Mediation, in Breidenbach u.a. (Hrsg.) *Konsensuale Streitbeilegung*, 2000, S. 45, 79 f.

³⁵ Vgl. *Wolf/Weber/Knauer*, NJW 2003, 1488 ff.

³⁶ Vgl. hierzu das GRÜNBUCH über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196 endgültig.

3. Annexrechtsberatung

a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 49)

§ 5

Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit

(1) Erlaubt sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen beruflichen oder gesetzlich geregelten Tätigkeit, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist nach ihrem Inhalt, Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse zu beurteilen, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind.

b) Gesetzssystematik

Eine Rechtsdienstleistung nach § 2 RDG ist erlaubt, wenn sie lediglich Nebenleistung zur eigentlichen Haupttätigkeit ist. § 2 Abs. 3 führt die gesetzliche Fiktion ein, dass die im Rahmen eines Testamentsvollstreckers, Haus- und Wohnungsverwalters und Fördermittelberater erbrachten Rechtsdienstleistungen als Nebenleistungen gelten. Schwierigkeiten bereitet die Auslegung von § 5 Abs. 1 S. 2 RDG. Die Gesetzesbegründung³⁷ ist wohl dahingehend zu verstehen, dass eine Rechtsdienstleistung umso eher noch als Nebenleistung zulässig ist, je mehr die eigentliche Hauptleistung schon rechtlich geprägt ist. Die Hauptleistung selbst darf aber, weil sonst nicht erlaubte Rechtsdienstleistung, die Schwelle der Rechtsdienstleistung nach § 2 Abs. 1 RDG noch nicht überschritten haben. Im Ergebnis läuft dies auf eine Kumulierung der zulässigen Rechtsdienstleistung hinaus. Das Gesetz geht offensichtlich davon aus, dass bereits im Rahmen der Hauptleistung eine Rechtsdienstleistung erbracht wird, die für sich genommen noch nicht unter die Definition von § 2 Abs. 1 RDG fällt. Je näher diese im Rahmen der Hauptleistung erbrachte Rechtsdienstleistung an den Schwellenwert von § 2 Abs. 1 RDG heranrückt, um so mehr darf auch als Nebenleistung an Rechtsdienstleistung erbracht werden. Würde die rechtliche Prüfung nicht in Haupt- und Nebenleistung aufgespalten sein, sondern integraler Bestandteil der Hauptleistung, wäre sie unzulässig.

³⁷ BT-Dr. 16/3655, S. 54.

c) Stellungnahme

Insgesamt ist die Annexrechtsberatung kritisch zu beurteilen. Die Rechtsprechung des BGH zu den Unfallhelferringen zeigt, dass Annexrechtsberatung häufig nicht ohne erhebliches Eigeninteresse desjenigen erfolgt, welcher die Annexrechtsberatung durchführt.³⁸ So stellen Autovermieter unfallgeschädigten Fahrzeughaltern Ersatzfahrzeuge zu „Unfalltarifen“ zur Verfügung, welche von den KFZ-Haftpflichtversicherungen häufig als überhöht nicht anerkannt werden. Zutreffend hat der BGH auf die Gefahr hingewiesen, Unfallgeschädigte würden - letztlich im Interesse der Autovermieter - ohne sachkundige und interessenneutrale Beratung in überflüssige und kostenträchtige Auseinandersetzungen um einen möglicherweise unangemessen hohen Unfallersatztarif verwickelt.³⁹ Da bei der Annexrechtsberatung das Verbot widerstreitende Interessen zu vertreten, § 43a Abs. 4 BRAO, nicht gilt, sind eine Reihe solcher Interessenskonflikte bei der Annexrechtsberatung denkbar.

Keinen Eingang in das RDG hat auch die Regelung von vergleichbaren Konfliktsituationen gefunden, wie sie § 45 BRAO zu Grunde liegen. § 45 BRAO will verhindern, dass der Anwalt, aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit außerhalb des Anwaltsberufs, bei seiner anwaltlichen Tätigkeit gegen die Grundpflichten des § 43a BRAO verstößt.⁴⁰ So ist es dem Rechtsanwalt z.B. nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 BRAO untersagt, gegen den Träger des von ihm verwalteten Vermögens vorzugehen, wenn er in dieser Angelegenheit bereits in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker befasst war. Eine vergleichbare, dem Anwalt untersagte Konfliktsituation, kann nach § 5 Abs. 2 RDG auftreten, wenn der Testamentsvollstrecker gegen das von ihm verwaltete Vermögen vorgeht.

Aber auch unter dem Aspekt der Verschwiegenheitspflicht ruft die Annexrechtsberatung erhebliche Bedenken hervor. Wie bereits unter B 2. betont, gehört die Verschwiegenheitspflicht und das Verschwiegenheitsrecht des Rechtsanwalts zum Kernbestandteil einer auf den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit basierenden Rechtspflege.⁴¹ Demjenigen, der die Annexrechtsberatung durchführt, stehen aber die Verschwiegenheitsrechte des Rechtsanwalts nach dem Gesetzentwurf nicht zu. Eine Erstreckung auf nahezu alle möglichen Berufsgruppen ist auch nicht möglich, will man nicht sowohl die Strafverfolgung als auch die Rechtspflege insgesamt übergebührlich in nicht mehr hinnehmbarer Weise beschränken.⁴²

³⁸ Siehe BGH, NJW 2003, 1938 f.

³⁹ BGH, NJW 2003, 1938 f.

⁴⁰ Henssler/Prütting/Eylmann, 2. Aufl., 2004, § 45, Rdnr. 4 ff.

⁴¹ BVerfGE 108, 150, 161 f.; BVerfGE 113, 29, 49f.; BVerfGE 110, 226, 252.

⁴² Vgl. hierzu Kleine-Cosack, DB 2006, 2797, 2803.

d) Formulierungsvorschlag

An § 5 Abs. 2 wird ein neuer Abs. 3 mit folgendem Wortlaut angehängt:

„¹Die Rechtsdienstleistung ist nicht erlaubt, wenn widerstreitende Interessen vertreten werden. ²Soweit die Rechtsdienstleistung in Zusammenhang mit der Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung, Insolvenzverwaltung, Haus- und Wohnungsverwaltung, Betreuer oder in ähnlicher Funktion erbracht wird, gilt das gleiche, wenn gegen den Träger des verwalteten Vermögens vorgegangen wird.“

e) Begründung

Rechtsdienstleistung, die außerhalb des anwaltschaftlichen Bereichs erbracht wird, kann niemals allen **core values**⁴³ der anwaltlichen Berufstätigkeit entsprechen. So scheidet z.B. die unbegrenzte Privilegierung durch eine Ausdehnung des Schweigerechts im Interesse einer geordneten Strafverfolgung von vornherein aus. Das Missbrauchspotential, das insbesondere in einer Interessensverstrickung liegt, sollte jedoch ausgeschlossen werden.

3. Anwalt als Subunternehmer

a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 54)

Streichung von § 5 Abs. 3 RDG

„(3) Soweit Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit nicht nach Absatz 1 oder Absatz 2 erlaubt sind, dürfen sie in Zusammenarbeit mit oder unter Hinzuziehung einer Person erbracht werden, der die selbständige entgeltliche Erbringung dieser Rechtsdienstleistung erlaubt ist, wenn diese Person den rechtsdienstleistenden Teil der Tätigkeit eigenverantwortlich erbringt.“

⁴³ Zu den core values zählen: Anwaltliche Unabhängigkeit; Verschwiegenheitspflicht und Recht zu Verschwiegenheit; Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen; Sachlichkeitsgebot; Gleiche Augenhöhe mit dem Richter.

b) Stellungnahme

Die Streichung der Regelung ist ausdrücklich zu begrüßen. Die ursprüngliche Lösung barg erhebliche Risiken in sich. Nach der ursprünglichen Gesetzesfassung hätte der Rechtsanwalt als Subunternehmer z.B. eines KFZ-Betriebs tätig werden können. Zwei der damit verbundenen Kardinalprobleme sollen hier noch einmal kurz dargestellt werden: In seiner ursprünglichen Fassung sah der Gesetzentwurf vor, dass der Hauptunternehmer, für den der Rechtsanwalt als Subunternehmer tätig wurde, über § 53a Abs. 1 S. 2 neu StPO i.V.m. 59 a Abs. 4 S. 2 neu BRAO ein Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren erhalte, soweit er an der berufsmäßigen Tätigkeit des Anwalts teilnimmt. Über § 97 StPO hätte insoweit auch das Beschlagnahmeverbot zugunsten des Hauptunternehmers gegolten. Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass die Zeugnisverweigerungsrechte in den übrigen Verfahrensordnungen ungeregelt geblieben sind, vgl. z.B. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO.

Trotzdem hätte sich die konturlose Ausdehnung des Zeugnisverweigerungsrechts insbesondere im Hinblick auf die Strafverfolgung als höchst problematisch erwiesen.⁴⁴

Zwar hätte die Regelung den Anwalt als Subunternehmer dazu verpflichtet, für die Einhaltung der anwaltlichen Berufspflichten Sorge zu tragen. In doppelter Weise war die Regelung aber ungenügend. Zunächst enthielt sie keine vergleichbare Verpflichtung für den Hauptunternehmer, welcher nach der gesetzlich angedachten Konstruktion Vertragspartner des Rechtsuchenden sein sollte. Zum zweiten wurde die wirtschaftliche Durchsetzungsfähigkeit des als Subunternehmer tätigen Rechtsanwalts bei weitem überschätzt. Wie der Rechtsanwalt seine Unabhängigkeit wahren sollte, wenn in der Person des Hauptunternehmers, wie bei den Unfallhelferringen, ein Interessenskonflikt besteht, ließ der Gesetzentwurf unbeantwortet.

⁴⁴ Vgl. hierzu noch C 7.

5. Bußgeldvorschrift

a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 165 bis 170)

In das Rechtsdienstleistungsgesetz soll ein neuer § 20 mit folgendem Wortlaut eingefügt werden:

§ 20 Bußgeldvorschrift

(1) Ordnungswidrig handelt, wer

- 1. ohne die nach § 10 Abs. 1 erforderliche Registrierung eine dort genannte Rechtsdienstleistung erbringt,*
- 2. einer vollziehbaren Anordnung nach § 9 Abs. 1 zuwiderhandelt oder*
- 3. entgegen § 11 Abs. 4 eine dort genannte Berufsbezeichnung oder Bezeichnung führt.*

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünftausend Euro geahndet werden.

b) Stellungnahme

Die Einführung eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes ist sehr zu begrüßen. Es dient eindeutig dem Verbraucherschutz, wenn die Einhaltung des RDG nicht allein durch zivilrechtliche Instrumentarien sichergestellt wird. Bei Einführung eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes sollten jedoch auch diejenigen Fälle erfasst werden, in denen gegen die für § 5 Abs. 3 RDG vorgeschlagene Verpflichtung verstoßen wird, nicht widerstreitende Interessen zu verletzen.

c) Formulierungsvorschlag (Änderung **fett** hervorgehoben)

„§ 20 Bußgeldvorschrift

(1) Ordnungswidrig handelt, wer

- 1. ohne die nach § 10 Abs. 1 erforderliche Registrierung eine dort genannte Rechtsdienstleistung erbring**t**,*
- 2. einer vollziehbaren Anordnung nach § 9 Abs. 1 zuwiderhandelt oder*
- 3. entgegen § 11 Abs. 4 eine dort genannte Berufsbezeichnung oder Bezeichnung führt.*

4. entgegen § 5 Abs. 3 RDG eine Rechtsdienstleistung erbringt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünftausend Euro geahndet werden.“

6. Prozessualer Kostenerstattungsanspruch der Inkassobüros

a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 200)

§ 4 Abs. 4 des EGRDG soll folgende Fassung erhalten:

(4) Die Erstattung der Vergütung von Personen, die Inkassodienstleistungen erbringen (registrierte Personen nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Rechtsdienstleistungsgesetzes), für die Vertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren richtet sich nach § 788 der Zivilprozessordnung. Ihre Vergütung für die Vertretung im gerichtlichen Mahnverfahren ist bis zu einem Betrag von 20,00 Euro nach § 91 Abs. 1 der Zivilprozessordnung erstattungsfähig.

b) Stellungnahme

Gegen die Vorschrift sind Bedenken geltend zu machen. Materielle Grundlage, auf der bisher die Kosten für Inkassobüros vom Gläubiger geltend gemacht werden konnten, ist § 286 BGB. Aufgrund der Schadensminderungspflicht des Gläubigers dürften die Inkassokosten die durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts entstehenden Kosten nicht übersteigen.⁴⁵ Aus diesem Grund ist der Pauschalansatz ohne Berücksichtigung des Streitwerts der im Mahnverfahren geltend gemachten Forderung bereits bedenklich. Höchst problematisch und im Ergebnis zu einer Rechtsverkürzung des Verbrauchers führt die Regelung jedoch, wenn zwischen Gläubiger und Schuldner die Frage, ob sich der Gläubiger zu Recht der Forderung gegen den Schuldner rühmt, umstritten ist. In diesem Fall konnte der Gläubiger nicht rechnen, dass der Schuldner durch die Einschaltung des Inkassobüros die Rechnung begleicht. Vielmehr war von vornherein zwischen den Parteien klar, dass die Frage, ob die Forderung besteht einer gerichtlichen Klärung zuzuführen ist. In diesem Fall

⁴⁵ Vgl. nur MüKo/Ernst, 4. Aufl., 2003, § 286 Rdnr. 157.

bestand bislang aufgrund der Schadensminderungspflicht kein Anspruch des Gläubigers im Fall seines Obsiegens, neben den Rechtsanwaltsgebühren noch die Inkassokosten gelten zu machen.⁴⁶ Wird die vorgeschlagene Regelung Gesetz, sind zukünftig die Inkassokosten vom Schuldner im Fall seines Unterliegens neben den Anwaltsgebühren zu zahlen. Die Regelung verstößt somit auch gegen den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit, weil der beklagte Verbraucher im Fall seines Obsiegens nur seine Anwaltskosten erstattet bekommen kann, im Fall seines Unterliegens jedoch neben den Anwaltskosten des Klägers auch noch die Kosten des Inkassobüros zu tragen hat.

c) Formulierungsvorschlag

§ 4 Abs. 4 des EGRDG soll folgende Fassung erhalten: **(Streichung von Satz 2)**

„(4) Die Erstattung der Vergütung von Personen, die Inkassodienstleistungen erbringen (registrierte Personen nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Rechtsdienstleistungsgesetzes), für die Vertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren richtet sich nach § 788 der Zivilprozessordnung.“

7. Gemeinsame Berufsausübung mit vereinbarten Berufen

a) Änderungsvorschlag (Ausschussdrucksache 16 (69) 125, Rz. 237)

§ 59a Abs. 4 BRAO soll folgende Fassung erhalten:

„(4) Rechtsanwälte dürfen ihren Beruf gemeinschaftlich mit Angehörigen vereinbarter Berufe ausüben. Sie sind verpflichtet sicherzustellen, dass bei der Zusammenarbeit ihre Berufspflichten eingehalten werden. Ist die Einhaltung der Berufspflichten nicht gewährleistet, muss die Zusammenarbeit unverzüglich beendet werden. Personen mit denen zusammengearbeitet wird, sind vor Beginn der Zusammenarbeit schriftlich auf die Einhaltung der Berufspflichten zu verpflichten. Bei gemeinschaftlicher Berufsausübung nach Satz 1 sind der Rechtsanwaltskammer die Verpflichtung unter Angabe des Familiennamens und Vornamens, des bei der Zusammenarbeit ausgeübten Berufs und der Geschäftsanschrift der verpflichteten Person sowie die Beendigung der Zusammenarbeit unverzüglich in Textform anzuzeigen.“

⁴⁶ Vgl. MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 157 m.w.N.

b) Gesetzssystematik

Bislang durften sich Rechtsanwälte lediglich mit anderen Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer, Patentanwaltskammer sowie Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbinden. Die Aufzählung in § 59a Abs. 1 BRAO alte Fassung war abschließend. Künftig soll die berufliche Zusammenarbeit mit „vereinbaren Berufen“ möglich sein. Das Gesetz knüpft damit an §§ 7 Nr. 8, 14 Abs. 2 Nr. 8 h BRAO an. Unter dem Begriff der vereinbaren Berufe wurden bislang nur diejenigen Berufe verstanden, die der Rechtsanwalt selbst neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ausüben kann, nicht jedoch – wie künftig geplant – diejenigen Berufe, mit denen er sich zur Ausübung des Anwaltsberufs verbinden kann.

c) Stellungnahme

aa) Vorbemerkung

Die Regelung wirft einige, für das Selbstverständnis der Anwaltschaft und die anwaltliche Berufsordnung grundlegende, Fragen auf, die es insgesamt nicht angeraten erscheinen lassen, diese tief greifenden Veränderungen der Bundesrechtsanwaltsordnung im Rahmen des Rechtsdienstleistungsgesetzes nebenbei mitzuregeln. Die in § 59a Abs. 4 BRAO geplante Regelung wird insbesondere im Zusammenspiel mit der Zulassung der Sternsozietät nach § 59a Abs. 1 BRAO neue Fassung zu einer fundamentalen Veränderung des anwaltlichen Rechtsberatungsmarktes führen, in dem von den bisherigen core values der Rechtsberatung, wie Unabhängigkeit, Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, Verschwiegenheitsverpflichtung und Verschwiegenheitsrecht wenig übrig bleiben wird. Ohne genaue Folgenabschätzung wird daher **dringend** von einer **Änderung von § 59a BRAO** zu diesem Zeitpunkt **abgeraten**, zumal die **Notwendigkeit der Änderung** durch die geplante Streichung von § 5 Abs. 3 RDG **entfallen ist**.

bb) Unbestimmtheit des Begriffs der „vereinbaren Berufe“

In der vorliegenden Formulierung, die den Zusammenschluss der Rechtsanwälte mit „vereinbaren Berufen“ zulässt, begibt sich der Gesetzgeber jeder genauen Folgenabschätzung der möglichen Formen der Zusammenarbeit. Die Rechtsprechung zu § 11 Nr. 8 BRAO ist kaum mehr überschaubar und in feste Konturen zu fassen. So hat, um nur ein Beispiel herauszugreifen, der BGH anerkannt, dass der Taxiunternehmer mit dem Beruf des Rechtsanwalts vereinbar ist.⁴⁷ Eine kaufmännischerwerbswirtschaftliche Tätigkeit sei mit dem Beruf des Rechtsanwalts nur nicht vereinbar, wenn sich durch die erwerbswirtschaftliche Prägung des Zweitberufs (Taxiunternehmer) die Gefahr einer Kollision mit Mandanteninteressen deutlich abzeichnen würde.⁴⁸ Vor diesem Hintergrund ist zu befürchten, dass sich mit der jetzt vorgeschlagenen Regelung der Rechtsanwalt zukünftig mit nahezu allen Berufen zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen kann, sieht man einmal vom Maklerberuf ab.⁴⁹ Wird die Regelung Wirklichkeit, gibt es künftig Anwälte, die sich z. B. mit Ärzten, Architekten, Ingenieuren aber auch mit privaten Sicherheitsdiensten, Privatdetektiven oder anderen Dritten gesamtschuldnerisch zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen verpflichten könnten.

cc) Verschwiegenheitspflicht und Verschwiegenheitsrecht

Eine der entscheidenden Grundlagen anwaltlicher Tätigkeit ist das zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten bestehende Vertrauensverhältnis. So hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach dieses Vertrauensverhältnis als für die anwaltliche Berufstätigkeit unentbehrlich bezeichnet. „Die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben setzt den unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt voraus.“⁵⁰ Diese Verschwiegenheitspflicht, bzw. dieses Verschwiegenheitsrecht ist mehrfach abgesichert. In § 43a Abs. 2 BRAO wird als einer der Grundpflichten des Rechtsanwalts die Verschwiegenheit normiert:

⁴⁷ BGH, BRAK-Mitt. 1993, 171.

⁴⁸ BGH, BRAK-Mitt. 1993, 171.

⁴⁹ *Römermann NJW 2006, 3025, 3029, ders. DB 2005, 931, 936; Kleine-Cosack DB 2006, 2797, 2802.*

⁵⁰ BVerfGE 108, 150, 161 f.; BVerfGE 113, 29, 49f.; BVerfGE 110, 226, 252.

§ 43 Abs. 2 S. 1 BRAO:

„Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit verpflichtet“

Die Verschwiegenheitspflicht ist in § 203 Abs. 1 StGB strafrechtlich abgesichert:

§ 203 Verletzung von Privatgeheimnissen

(1) Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als...

.... 3. Rechtsanwalt, Patentanwalt, Notar, Verteidiger in einem gesetzlich geordneten Verfahren, Wirtschaftsprüfer, vereidigtem Buchprüfer, Steuerberater, Steuerbevollmächtigten oder Organ oder Mitglied eines Organs einer Rechtsanwalts-, Patentanwalts-, Wirtschaftsprüfungs-, Buchprüfungs- oder Steuerberatungsgesellschaft, anvertraut worden oder sonst bekannt geworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Eine weitere Absicherung erhält die Verschwiegenheitspflicht im Strafrecht dadurch, dass in bestimmtem Umfang der Rechtsanwalt von der strafbewerten Verpflichtung zur Strafanzeige bei besonders schweren Straftaten (§ 138 StGB) befreit ist, § 139 Abs. 3 S. 2 StGB.

Die Verschwiegenheitspflicht sichern in den einzelnen Verfahrensordnungen Verschwiegenheitsrechte ab: §§ 383 Abs. 1 Nr. 6; 385 Abs. 2 ZPO; §§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 53a, 97 StPO, § 15 Abs. 1 FGG; § 98 VwGO; §§ 46 Abs. 2, 80 Abs. 2 ArbGG; § 84 Abs. 1 FGO, § 102 Abs. 1 Nr. 3 AO, § 65 Abs. 1 VwVfG; § 28 BVerfGG, § 56 BRAO

Dabei verweisen die Vorschriften in der Regel auf die Bestimmungen in der Zivilprozessordnung (§ 15 Abs. 1 FGG; § 98 VwGO; §§ 46 Abs. 1, 80 Abs. 2 ArbGG; § 65 Abs. 1 VwVfG). § 28 BVerfGG verweist auf die StPO bzw. ZPO. Die Finanzgerichtsordnung verweist dabei auf die Abgabenordnung, die in § 102 AO eine § 53 StGB nachgebildete Regelung des Zeugnisverweigerungsrechts enthält. § 56 BRAO enthält eine eigenständige, an der Regelungstechnik der ZPO angelehnte, Bestimmung.

Der Gesetzentwurf stellt nun in **Art. 6 (Rz. 252 bis 254 der Ausschussdrucksache 16 (6) 125)** die Angehörigen der vereinbaren Berufe, soweit sie an der berufsmäßigen Tätigkeit des Rechtsanwalts teilnehmen, den Berufshelfern in § 53a Abs. 1 StPO gleich. Unterlassen wurde eine Anpassung der übrigen Verfahrensordnungen. **Dies ist dringend nachzuholen, zumal in der ZPO das Schweigerecht auf der Schweigepflicht des § 43a Abs. 2 BRAO beruht, die für die verbundenen Berufe gerade nicht gilt.**

Allerdings wirkt ein so weitgehendes Schweigerecht, wie es der Gesetzentwurf jetzt bereits für die vereinbaren Berufe im Strafprozess vorsieht, erhebliche Probleme hinsichtlich des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs auf.

Indem der Gesetzgeber die Sozietätsbildung mit vereinbaren Berufen zulässt, begibt er sich selbst in ein **Dilemma**: Entweder er erhält das Schweigerecht der Rechtsanwälte, indem er - wie in der Neufassung von § 53a Abs. 1 StPO geplant - es auf die vereinbaren Berufe ausdehnt, damit aber die **Strafverfolgung deutlich gefährdet** oder aber er lehnt eine Ausdehnung ab und greift damit in den Kernbestand des anwaltlichen Berufsrechts in rechtsstaatsgefährdender Weise ein.

dd) Verantwortlichkeit für das anwaltliche Berufsrecht

Die vorgeschlagene Regelung weist dem Rechtsanwalt in § 59a Abs. 4 Satz 2 die Verantwortung zu, für die Einhaltung anwaltlichen Berufspflichten Sorge zu tragen. Der Gesetzentwurf sagt aber an keiner Stelle, wie der Rechtsanwalt dies sicherstellen kann. Der Entwurf geht offensichtlich von der Fehlvorstellung aus, dass der Anwalt in einer solchen nach § 59a Abs. 4 BRAO zugelassen Verbindung das industrielle Sagen hat. Die Rechtspraxis wird allerdings sehr bald zeigen, dass es sich hierbei allenfalls um eine Wunschvorstellung gehandelt hat. Schon heute steht es dem Rechtsanwalt frei, mit anderen Berufsgruppen – allerdings nicht in Form eines gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses – zusammenzuarbeiten. Die gesellschaftsrechtliche Verbindung wird, so ist zu befürchten, gerade dann gewählt werden, wenn der Rechtsanwalt der finanzschwächere Partner ist. Wie aber soll sich der Rechtsanwalt gegenüber seinem finanzstärkeren Partner durchsetzen, wenn dieser

z.B. nicht bereit ist, finanzwirksame für die Einhaltung des Berufsrechts erforderliche Investitionen zu tragen?

Auch ermöglicht die Regelung den Einstieg in die Fremdkapitalfinanzierung von Kanzleien, indem der Träger des vereinbarten Berufs vor allem eine Finanzfunktion hat, er also nicht wegen der Synergie der unterschiedlichen Berufe, sondern wegen seiner Kapitalausstattung gewählt wird. Schließlich ermöglicht die Regelung des § 59a Abs. 3 i.V.m. § 59a Abs. 1 BRAO die Bildung von **konzernartigen Strukturen** bei Rechtsanwaltssozietäten. Sämtliche, in der freien Wirtschaft vorkommenden, Konzernformen und Staffelungen von Mutter- und Tochtergesellschaften sind denkbar und werden aus den gleichen Gründen wie im gewerblichen Bereich entstehen. Als Schnittstelle reicht immer ein Partner aus, der Mitglied sowohl der Mutter- als auch der Tochtersozietät ist und über entsprechende Anteile am Gewinn die Erlöse der Tochtergesellschaft in die Muttergesellschaft einbringt. Die Beherrschung ganzer Sozietätskonglomerate durch wenige Kerngesellschaftler, dürfte im Hinblick auf die Stellung des Rechtsanwalts als **unabhängiges Organ der Rechtspflege**, § 1 BRAO, zu **erheblichen Problemen** führen.

ee) Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen

Hervorzuheben ist schließlich noch, dass die in § 59a BRAO geplanten Änderungen auch hinsichtlich des Verbots widerstreitende Interessen zu vertreten noch nicht hinreichend durchdacht ist. Insbesondere welches Konfliktpotential in den Sternsozietäten und in der Zusammenarbeit mit vereinbarten Berufen liegt, ist nicht hinreichend ausgeleuchtet worden. Der Hinweis, dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen könne durch Chinese Walls entsprochen werden, stehen erhebliche rechtliche und rechtstatsächliche Bedenken entgegen. Rechtstatsächlich ist darauf hinzuweisen, dass in den informellen Informationskanälen, wie gemeinsames Mittagessen oder gemeinsame Benutzung derselben Bibliothek, weitaus größere Gefahren lauern als vielfach angenommen. Spätestens jedoch, wenn aus der Mandatsbearbeitung ein Haftungsfall für die Sozietät wird stellt sich die rechtliche Frage, ob auch jetzt noch eine Trennung durchzuhalten ist, wenn die Sozietät als Ganzes in Anspruch genommen wird.

c) Formulierungsvorschlag

Art. 4 Zif. 3 wird gestrichen (Keine Änderung von § 59a BRAO)

e) Begründung

Die Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung in § 59a BRAO führt zu einer tief greifenden Veränderung des anwaltlichen Berufsrechts und sollte erst im Rahmen einer großen BRAO-Novelle in Angriff genommen werden. Die Auswirkungen auf den anwaltlichen Berufsmarkt sind derzeit nicht abschätzbar.