

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts

A. Problem und Ziel

Das geltende, aus dem Jahr 1935 stammende Rechtsberatungsgesetz soll vollständig aufgehoben und durch eine zeitgemäße gesetzliche Regelung abgelöst werden. Ziele der gesetzlichen Neuregelung sind der Schutz der Rechtsuchenden und die Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements. Dies geht einher mit einer Deregulierung und Entbürokratisierung.

B. Lösung

Im Mittelpunkt des Gesetzentwurfs steht die Ablösung des Rechtsberatungsgesetzes durch ein inhaltlich und strukturell grundlegend neu gestaltetes Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG). Da das Rechtsdienstleistungsgesetz nur die Befugnis zur Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen regelt, werden zugleich die Vorschriften der Verfahrensordnungen über die gerichtliche Vertretung neu gestaltet. Durch Änderungen in der Bundesrechtsanwaltsordnung und der Patentanwaltsordnung werden die Möglichkeiten der interprofessionellen Zusammenarbeit von Anwältinnen und Anwälten mit Angehörigen anderer Berufe erweitert. Ein Einführungsgesetz enthält neben Übergangsvorschriften für Erlaubnisinhaber nach dem Rechtsberatungsgesetz Regelungen über die Vergütung registrierter Personen nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz innerhalb und außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens.

Das Rechtsdienstleistungsgesetz löst sich auch terminologisch vom historisch belasteten Rechtsberatungsgesetz, indem es anstelle der überkommenen Begriffe der Geschäftsmäßigkeit, der Rechtsbesorgung und der Rechtsberatung den zentralen Begriff der – entgeltlichen oder unentgeltlichen – Rechtsdienstleistung einführt. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterstellt es nur solche Dienstleistungen dem Verbotsbereich des Gesetzes, die eine substanzielle Rechtsprüfung erfordern und sich nicht auf die bloße Anwendung des Rechts beschränken (§ 2 RDG). Im Zusammenhang mit einer anderen beruflichen Tätigkeit dürfen diese Rechtsdienstleistungen außergerichtlich auch durch Nichtanwälte erbracht werden, soweit es sich nach Inhalt und Umfang um Nebenleistungen handelt, die zu der Haupttätigkeit gehören. Darüber hinausgehende Rechtsdienstleistungen dürfen in Zusammenarbeit mit einer Rechtsanwältin oder einem Rechtsanwalt erbracht werden (§ 5 RDG). Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen, die nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit stehen, dürfen künftig von jedermann erbracht werden. Personen oder Einrichtungen, die Rechtsdienstleistungen außerhalb des Familien- oder Bekanntenkreises erbringen, sind jedoch zum Schutz der Recht-

Zu § 2 (Begriff der Rechtsdienstleistung)**Zu Absatz 1**

Ein immer wieder zu Auslegungsschwierigkeiten führendes Problem des RBERG ist dessen Begriffsvielfalt (Rechtsberatung, Rechtsbesorgung, Rechtsbetreuung, Rat und Hilfe in Rechtsangelegenheiten etc.). Das RDG verwendet nunmehr nur noch den einheitlichen Begriff der Rechtsdienstleistung, unter den sowohl die reine Raterteilung im Innenverhältnis als auch die Vertretung des Rechtsuchenden nach außen fällt, sei es durch Verhandeln mit dem Gegner des Rechtsuchenden, durch das im Wege der Stellvertretung erfolgende Abschließen von Verträgen oder aber auch durch Verhandlungen mit Behörden.

Der materielle Anwendungsbereich des Gesetzes wird in Anlehnung an die neue Begrifflichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zurückgeführt auf Fälle „substanzieller Rechtsanwendung“ (vgl. Allgemeine Begründung, II.6.a). Hierzu dienen die einzelnen Elemente der Begriffsdefinition.

Zum Erfordernis der „besonderen rechtlichen Prüfung“

Im Mittelpunkt der Begriffsdefinition steht das Erfordernis der besonderen rechtlichen Prüfung. Eine solche rechtliche Prüfung, die über die bloße Anwendung von Rechtsnormen auf einen Sachverhalt hinausgeht, muss entweder objektiv, nämlich nach der maßgeblichen Verkehrsanschauung, oder subjektiv, also aufgrund eines vom Rechtsuchenden zum Ausdruck gebrachten Wunsches, Bestandteil der Dienstleistung sein.

Damit scheidet zunächst alle Lebensvorgänge aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes aus, die ohne jede rechtliche Prüfung auskommen, weil sie nach Inhalt, Formen und Rechtsfolgen jedermann derart vertraut sind, dass sie nicht als „rechtliche“ Lebensvorgänge empfunden werden. Diese Geschäfte werden nicht allein dadurch zur Rechtsdienstleistung, dass ein Dritter mit ihrer Durchführung beauftragt wird.

Tätigkeiten, die objektiv nicht über die bloß schematische Anwendung des Rechts hinausgehen, also insbesondere alle Fälle bloßer Stellvertretung im Rechtsverkehr, fallen damit künftig nur in den Verbotsbereich des Gesetzes, wenn der Rechtsuchende eine besondere rechtliche Betreuung oder Aufklärung erkennbar erwartet. Allein die mit einem solchen Vertreterhandeln unvermeidlich verbundenen, möglicherweise weit reichenden rechtlichen Folgen machen die Tätigkeit dagegen nicht zu einer erlaubnispflichtigen Rechtsberatung (vgl. BVerfG, 1 BvR 780/87 v. 29. Oktober 1997, BVerfGE 97, 12 = NJW 1998, 3481 – „MasterPat“).

Dies gilt auch in den „Treuhänderfällen“ bei Bauträger- oder sonstigen Anlagemodellen, in denen der Bundesgerichtshof den über die Erteilung umfassender Vollmachten an einen Treuhänder erfolgenden Erwerb von Anlageobjekten wegen eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz für nichtig hält (grdl. BGH, IX ZR 279/99 v. 28. September 2000, BGHZ 145, 265 = NJW 2001, 70; seither st. Rspr.: BGH, II ZR 109/01 v. 16. Dezember 2002, BGHZ 153, 214 = NJW 2003, 1252; BGH, IV ZR 222/02 v. 26. März 2003, BGHZ 154, 283 = NJW 2003, 1594; BGH, XI ZR 289/02 v. 11. Juni 2003, NJW-RR 2003, 1203; BGH, IV ZR 122/02 v. 29. Oktober 2003, NJW 2004, 841; BGH, V ZR 18/04 v. 8. Oktober

2004, MDR 2005, 259; BGH, XI ZR 402/03 v. 25. Oktober 2005, BB 2006, 234; zuletzt BGH, XI ZR 29/05 v. 25. April 2006, NJW 2006, 1952). Auch hier soll künftig das RDG nur noch zur Anwendung gelangen, wenn der Anleger beim Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages erkennbar zum Ausdruck bringt, dass er nicht lediglich die Durchführung des Vertrages durch den Treuhänder, sondern eine besondere rechtliche Prüfung, Beratung und Betreuung wünscht. Das ist bei Beteiligungs- und Anlagemodellen, bei denen angesichts der durch Musterverträge fest vorgegebenen Erklärungen und Vertragsklauseln eine individuelle Erledigung von Rechtsangelegenheiten für den Anleger überhaupt nicht in Rede steht, nicht der Fall. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – der in diesen Fällen seine eigenen zur einschränkenden Auslegung des RBERG entwickelten Grundsätze (vgl. etwa BGH, I ZR 62/96 v. 25. Juni 1998, NJW 1998, 3563, 3564 – „Titelschutzanzeige“; BGH, I ZR 143/00 v. 13. März 2003, NJW 2003, 3046, 3047 f. – „Erhenermittler“) nicht anwendet – steht daher der nach § 2 gebotenen Rechtsanwendung nicht im Weg und lässt sich auf das RDG sicher nicht übertragen (vgl. dazu auch Goette, DStR 2006, 337 f.).

An einer Rechtsdienstleistung im Sinn des RDG-Entwurfs fehlt es darüber hinaus auch, wenn eine Handlung – wie letztlich jeder wirtschaftliche Vorgang – zwar die Kenntnis und Anwendung von Rechtsnormen erfordert, die Subsumtion unter juristische Begriffe und Tatbestände aber auch für juristische Laien so selbstverständlich ist, dass die Rechtsanwendung kein besonderes rechtliches Wissen voraussetzt. Erforderlich für die Anwendung des Gesetzes ist somit stets die Notwendigkeit eines spezifisch juristischen Subsumtionsvorgangs auf Seiten des Dienstleistenden. Dabei dient der im Entwurf verwendete Begriff der „besonderen“ Prüfung der Abgrenzung von einfacher Rechtsanwendung, die nicht den Beschränkungen des Gesetzes unterliegt, zu substanzieller Rechtsprüfung. Er soll verhindern, dass letztlich doch wieder jede Tätigkeit, die sich im Auffinden, der Lektüre, der Wiedergabe und der bloßen Anwendung von Rechtsnormen erschöpft, als Ergebnis einer vorausgegangen „Rechtsprüfung“ und damit als Rechtsdienstleistung eingestuft wird.

Nicht Rechtsdienstleistung nach § 2 Abs. 1 ist deshalb etwa die bloße Mitwirkung bei einer Vertragskündigung durch formularmäßige Erklärungen, die nach geltendem Recht teilweise als erlaubnispflichtig angesehen wurde. So wird künftig etwa die bloße Kündigung eines Energieversorgungsvertrages und die Vertretung beim Abschluss eines neuen Standardvertrages durch einen Energieberater (vgl. dazu OLG Düsseldorf, 24 U 6/03 v. 15. Juli 2003, NJW-RR 2004, 489) nicht als Rechtsdienstleistung im Sinn des RDG anzusehen sein, so dass es insoweit nicht darauf ankommt, in welchem Umfang Tätigkeiten von Energieberatern nach § 5 zulässig sind.

Die Grenze von der allgemeinen Dienstleistung zur Rechtsdienstleistung ist auch im Bereich des so genannten Schadenmanagements, also der Abwicklung von Verkehrsunfallschäden für den Unfallgeschädigten, stets dort zu ziehen, wo eine besondere rechtliche Prüfung erforderlich wird. Dies ist, wenn die Unfallschadenregulierung von der Ermittlung von Haftungs- oder Mitverschuldensquoten abhängen kann, stets der Fall. Deshalb sind insoweit nur allgemeine Aus-

künfte darüber, dass die Erstattungsfähigkeit des Schadens von der Haftungslage abhängt und aufgrund Mitverschuldens oder der von dem Fahrzeug des unfallbeteiligten Kunden ausgehenden Betriebsgefahr eingeschränkt sein kann, zulässig. Solche allgemeinen Auskünfte stellen bereits nach geltendem Recht keine Rechtsberatung nach Artikel 1 § 1 RBERG dar und sind auch künftig keine Rechtsdienstleistung nach § 2 Abs. 1.

Eine rechtliche Beurteilung der **Schuldfrage**, eine Abwägung der **Verursachungsanteile** oder gar die Anwendung der **Grundsätze des Anscheinsbeweises** auf seinen Unfallsachverhalt wird der Unfallgeschädigte von dem Kfz-Meister, Sachverständigen oder Mietwagenunternehmer dagegen nicht erwarten; erst recht wird sich dieser zu solchen Fragen nicht verbindlich äußern oder gar mit der gegnerischen Partei über die **Verschuldensfrage streiten**. Die Prüfung der Haftungsanteile beim Verkehrsunfall ist rechtlich komplex und gehört daher ganz eindeutig zu den Rechtsdienstleistungen, die den Angehörigen der rechtsberatenden Berufe vorbehalten sind und bleiben.

Die **Regulierung dem Grunde nach** streitiger Schadensfälle ist deshalb auch niemals eine nach § 5 Abs. 1 zulässige Nebenleistung einer Kfz-Reparatur, der Vermietung eines Ersatzfahrzeugs oder der Erstellung eines Schadengutachtens, und zwar schon deshalb nicht, weil die Klärung der Verschuldensfrage für den Unfallgeschädigten von so essenzieller Bedeutung ist, dass sie stets im Vordergrund steht und niemals nur Nebenleistung ist. Daneben gehört aber die rechtliche Beurteilung von Verkehrsunfällen auch nicht zum Berufsbild des Kfz-Meisters oder Mietwagenunternehmers, und auch der technische Sachverständige ist nicht zur Beantwortung rechtlicher Haftungsfragen berufen, so dass es darüber hinaus an dem erforderlichen Zusammenhang mit der eigentlichen Hauptleistung fehlt.

Auch in den Fällen, in denen der Haftungsgrund unstrittig ist, etwa weil die Alleinhaftung des Unfallgegners feststeht und von der gegnerischen Versicherung bereits anerkannt wurde, kann im Verlauf der Schadenregulierung eine besondere rechtliche Prüfung erforderlich werden, etwa wenn es um die Ermittlung und Bezifferung eines konkreten **Schmerzensgeldanspruchs**, eines **Erwerbs- oder Haushaltsführungsschadens** geht, oder wenn im Sachschadenbereich die **Höhe der erstattungsfähigen Mietwagenkosten**, der Nutzungsausfallentschädigung oder die Ersatzfähigkeit einer durchgeführten Reparaturmaßnahme streitig wird.

In diesem Bereich ist zu differenzieren:

Soweit **Kfz-Werkstätten, Mietwagenunternehmen oder Sachverständige Hinweise zur Erstattung sonstiger, nicht im Zusammenhang mit ihrer eigentlichen Leistung stehender Schäden**, insbesondere zu Personenschäden und Schmerzensgeldansprüchen geben, handelt es sich entweder um allgemein gehaltene Ratschläge, die – wie etwa der Hinweis auf die allgemeine Schadenpauschale – nicht als Rechtsdienstleistung anzusehen sind, oder – soweit etwa Schmerzensgeldansprüche konkret beziffert oder geltend gemacht werden – um eindeutige Rechtsdienstleistungen, die mangels Zusammenhangs mit der eigentlichen Tätigkeit der Genannten, aber auch aufgrund der besonderen Bedeutung für den Geschädigten generell auch nicht als Nebenleistung zulässig sein werden.

Soweit ein **Kfz-Reparaturbetrieb, ein Mietwagenunternehmen oder ein Kraftfahrzeugsachverständiger dem Unfallgeschädigten dagegen Hinweise zur Erstattungsfähigkeit der durch seine Beauftragung entstandenen Kosten erteilen**, handelt es sich um eine nach § 249 BGB zu beurteilende rechtliche Frage, deren Beantwortung – jedenfalls in den Fällen, in denen hierüber Streit entstehen kann – regelmäßig eine besondere rechtliche Prüfung im Sinn des § 2 Abs. 1 erfordert. In diesen Fällen wird aber die rechtliche Beratung des Unfallgeschädigten zur vollständigen Erfüllung der vertraglichen Hinweis- und Aufklärungspflichten des Unternehmers gehören und damit nach geltendem Recht wie auch künftig nach § 5 Abs. 1 zulässig sein (vgl. – auch zur Zulässigkeit des Forderungseinzugs in diesen Fällen – Begründung zu § 5 Abs. 1).

Im Ergebnis liegt damit eine besondere Rechtsprüfung nach der Systematik des RDG nicht etwa erst dann vor, wenn eine Tätigkeit auf das gesamte Kenntnisspektrum der Rechtsanwältin oder des Rechtsanwalts erfordert. Jede spezifische Einzelfrage, deren Beantwortung eine juristische Subsumtion und besondere Rechtskenntnisse – wenn auch nur in einem kleinen Teilbereich – erfordert, enthält eine solche Rechtsprüfung, die den Anwendungsbereich des RDG eröffnet. Anders als im geltenden Recht bezieht sich der Prüfungsmaßstab nicht auf eine berufliche Tätigkeit in ihrer gesamten Breite, sondern auf die einzelne Dienstleistung, die im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit zu erbringen ist. Ob diese Tätigkeit, sofern es sich um eine Rechtsdienstleistung handelt, zulässig ist, entscheidet sich sodann bei der Prüfung der Erlaubnisatbestände, vor allem also nach § 5, der zentralen Erlaubnisnorm über zulässige Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit. Erst hier soll künftig zu prüfen sein, ob die rechtliche Tätigkeit insgesamt untergeordnet und als Nebenleistung zulässig ist, oder ob sie die Tätigkeit insgesamt prägt mit der Folge, dass sie grundsätzlich Anwälten vorbehalten bleibt.

Zum Erfordernis der Einzelfallprüfung

Das aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs abgeleitete Tatbestandsmerkmal der Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls dient der verfassungsrechtlich gebotenen Einengung des Begriffs der Rechtsdienstleistung (vgl. dazu Allgemeine Begründung, I.1). Eine Rechtsdienstleistung liegt nicht vor, wenn zwar eine vertiefte Auseinandersetzung mit rechtlichen Fragestellungen stattfindet, diese sich jedoch nicht auf einen konkreten Einzelfall bezieht. Allgemeine, an die Öffentlichkeit oder einen interessierten Kreis gerichtete rechtliche Informationen stellen damit keine Rechtsdienstleistung dar, selbst wenn sie einen konkreten Fall als Beispiel heranziehen. Auch eine allgemein gehaltene, auf den nicht überprüften Angaben des Nachfragenden beruhende Rechtsauskunft an eine interessierte Einzelperson ist nicht Rechtsdienstleistung. Dies kann etwa die Auskunft eines Mietervereins gegenüber einem Nichtmitglied (vgl. hierzu OLG Hamburg, 3 U 230/04 v. 28. April 2005, NJW 2005, 3431 – „Postwurfsendung“) oder die Beantwortung rechtlicher Fragen im Rahmen einer Ratgebersendung im Fernsehen betreffen, für die klarstellend überdies § 2 Abs. 3 Nr. 5 gilt.

Andererseits ist es für die Frage, ob Rechtsdienstleistungen erbracht werden, unerheblich, mit welchen technischen Mit-

ten dies erfolgt. So ist das Vorliegen einer Rechtsdienstleistung nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil der Rechtssuchende keinen persönlichen Kontakt zu dem Dienstleistenden aufnimmt, sondern etwa über eine Telefon-Hotline oder ein Internetforum seine konkreten Rechtsfragen prüfen lassen will. Hier hängt es stets vom Inhalt des Beratungsangebots und der Erwartung des Rechtssuchenden ab, ob die Beratung als Rechtsdienstleistung einzustufen ist.

Zur Bedeutung der „erkennbaren Erwartung“ des Rechtssuchenden

In den Fällen, in denen die Erteilung eines Rats oder die Besorgung eines Geschäfts objektiv, also nach der Verkehrsanschauung, keine besondere rechtliche Prüfung erfordert, kann nach der Begriffsdefinition in § 2 Abs. 1 gleichwohl eine Rechtsdienstleistung vorliegen, wenn der Auftraggeber zu erkennen gibt, dass er die rechtlichen Auswirkungen eines Geschäfts nicht überblickt und er den Dritten gerade mit dem Ziel einschaltet, den Vorgang von ihm unter Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften prüfen oder sich über die rechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts aufklären zu lassen.

Das Tatbestandsmerkmal erweitert daher den Anwendungsbereich des RDG im Interesse und zugunsten der Rechtssuchenden in den Fällen, in denen bei einer typisierenden, objektiven Betrachtung eine besondere rechtliche Prüfung nicht erforderlich und üblich wäre.

Zum Erfordernis der „konkreten fremden Angelegenheit“

Das Tatbestandsmerkmal der Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten ist der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des RBERG entnommen (grdl. BGH, I ZR 32/61 v. 28. Juni 1962, BGHZ 38, 71 = NJW 1963, 441; vgl. auch BGH, I ZR 289/97 v. 30. März 2000, NJW 2000, 2108 m. w. N.). Tätigkeiten, die nicht in fremden, sondern in eigenen Angelegenheiten erfolgen, stellen keine Rechtsdienstleistung dar. Wie im geltenden Recht ist hierunter eine wirtschaftlich fremde Angelegenheit zu verstehen. Eigene Angelegenheiten sowie die Rechtsberatung durch gesetzliche Vertreter, Organe oder Angestellte eines Unternehmens unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des Gesetzes. Für die Rechtsberatung im gesellschaftsrechtlichen Konzern sieht Absatz 3 Nr. 6 eine klarstellende Sonderregelung vor (vgl. Begründung zu Absatz 3 Nr. 6).

Die Tätigkeit muss zudem auf einen konkreten Sachverhalt gerichtet sein. Tätigkeiten, die sich an die Allgemeinheit oder einen unbestimmten Personenkreis richten, sind daher auch dann nicht erfasst, wenn die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 erfüllt sind, wenn also etwa die Rechtslage anhand eines Einzelfallbeispiels geprüft und erläutert wird. Entscheidend ist stets, ob es sich um eine nicht fingierte, sondern wirkliche, sachverhaltsbezogene Rechtsfrage einer bestimmten, Rat suchenden Person handelt.

Zu Absatz 2

Nicht jede Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen setzt eine besondere Rechtsprüfung im Sinn von Absatz 1 voraus. Gleichwohl wird – wie in vielen anderen europäischen Ländern, aber auch im außer-europäischen Ausland – eine Regulierung des gesamten In-

kassogeschäfts, unabhängig vom Vorliegen einer rechtlichen Prüfung im Einzelfall, für erforderlich gehalten. Der Bereich des gewerblichen Forderungseinzugs auf fremde Rechnung ist wirtschaftlich nicht nur für den Auftraggeber des Inkassounternehmers, sondern auch für die Schuldner von erheblicher Bedeutung.

Absatz 2 Satz 1 bezieht aus diesem Grund die als eigenständiges Geschäft betriebene Forderungseinziehung auf fremde Rechnung in den Tatbestand der Rechtsdienstleistung ein, unabhängig davon, ob im Einzelfall die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen. Weitere Voraussetzung für die Anwendung von § 2 Abs. 2 ist dabei aber, dass die Forderungseinziehung als eigenständiger Geschäftszweck erbracht wird.

Zum Tatbestandsmerkmal der Einziehung auf fremde Rechnung

Als Inkassodienstleistungen sollen nur Fälle der Forderungseinziehung auf fremde Rechnung gesetzlich reguliert werden. Hierunter fallen zunächst alle Fälle der Einziehungstätigkeit aufgrund einer Inkassovollmacht oder -ermächtigung, bei denen die einzuziehende Forderung nicht nur wirtschaftlich, sondern auch formal fremd bleibt. Daneben wird auch der Forderungseinzug aufgrund einer Inkassoession erfasst, weil hier zwar die formale Forderungsinhaberschaft auf den Einziehenden übertragen wird, die Einziehung aber weiterhin auf Risiko und Rechnung des Zedenten erfolgt und für den Einziehenden wirtschaftlich fremd bleibt. Nicht auf fremde Rechnung erfolgt dagegen die Forderungseinziehung im Fall der Sicherungszession, die erst nach Eintritt des Sicherungsfalls zulässig ist und daher wesentlich im eigenen Interesse des Zessionars erfolgt.

Grundlegend von der Inkassoession zu trennen sind die Fälle des Ankaufs fremder Forderungen, bei denen ein endgültiger Forderungserwerb stattfindet und das Risiko des Forderungsausfalls auf den Erwerber übergeht. Die Prüfung der Werthaltigkeit der Forderung und ihre spätere Geltendmachung gegen den Schuldner erfolgen in diesen Fällen nicht im Interesse des Verkäufers, sondern allein im Interesse, auf Gefahr und Rechnung des Erwerbers. Es handelt sich damit nicht um Inkassodienstleistungen, sondern um primär wirtschaftlich geprägte Finanztransaktionen.

Diese Geschäfte sollen aus dem Anwendungsbereich des RDG insgesamt ausgenommen bleiben (vgl. dazu eingehend Allgemeine Begründung, II.6.b). Dies entspricht seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Nichtanwendbarkeit des § 1 der 5. Ausführungsverordnung zum RBERG (BVerwG, 6 C 27.02 v. 16. Juli 2003, BVerwGE 118, 319 = NJW 2003, 2767 – „Forderungskauf“; vgl. dazu Allgemeine Begründung, I.1 und II.6.b) dem geltenden Rechtszustand. Von vornherein nicht unter das RDG fallen damit alle Finanzgeschäfte im Rahmen des (echten) Factoring, die Tätigkeit der ärztlichen oder der künftig aufgrund der vorgeschlagenen Neuregelung in § 49b Abs. 4 BRAO zulässigen anwaltlichen Verrechnungsstellen (vgl. hierzu Begründung zu Artikel 4 Nr. 1), soweit sie die Forderungen ankaufen, sowie der Ankauf von Kreditportfolios, insbesondere im Rahmen so genannter „non-performing-loan“-Transaktionen.

Ob eine abgetretene Forderung auf eigene oder auf fremde Rechnung eingezogen wird, ist im Streitfall anhand der zugrunde liegenden Verträge zu beurteilen. Entscheidend ist,

ob die Forderungen endgültig auf den Erwerber übertragen werden und er insbesondere das Bonitätsrisiko übernimmt. Vertragsklauseln, die für den Fall des Ausfalls des Schuldners eine Rückabwicklung des Kaufvertrags vorsehen oder eine Garantie für die Beitreibbarkeit der übertragenen Forderungen enthalten, verdeutlichen dabei, dass es sich nicht um einen Forderungskauf, sondern um eine (verdeckte) Abtretung zu Einziehungszwecken handelt. Entscheidend ist stets, dass der Erwerber einer Forderung das volle wirtschaftliche Risiko der Beitreibung der Forderung übernimmt (vgl. zur Abgrenzung des Forderungskaufs von der verdeckten Inkassozession BGH, XI ZR 273/99 v. 24. Oktober 2000, NJW-RR 2001, 1420, 1421).

Verträge, die nicht den Kauf, sondern die Abtretung zu Einziehungszwecken zum Gegenstand haben, sind, da sie auf ein nach § 3 erlaubnispflichtiges Geschäft gerichtet sind, nach § 134 BGB nichtig, wenn der Erwerber nicht über eine Registrierung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 verfügt oder Rechtsanwalt bzw. Rechtsbeistand ist. Daraus folgt, dass der Erwerber einer Forderung zum Nachweis seiner Forderungsinhaberschaft darlegen und im Streitfall beweisen muss, dass er die Forderung vollwirksam und nicht lediglich zu Einziehungszwecken erworben hat. Hierzu bedarf es der Offenlegung des zugrunde liegenden Kaufvertrages.

Zum Tatbestandsmerkmal des eigenständigen Geschäfts

Erfolgt die Forderungseinziehung nicht als eigenständiges Geschäft, also außerhalb einer ständigen haupt- oder nebenberuflichen Inkassotätigkeit lediglich als Nebenleistung im Zusammenhang mit einer anderen beruflichen Tätigkeit, so ist die Forderungseinziehung nur dann Rechtsdienstleistung, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt sind, die Einziehung also unter besonderer rechtlicher Prüfung erfolgt. Nur in diesen Fällen ist zu prüfen, ob die Einziehung als Nebenleistung nach § 5 zulässig ist.

Die Einziehung abgetretener Erstattungsansprüche durch Kfz-Werkstätten (vgl. dazu auch Begründung zu Absatz 1) fällt daher, soweit nicht die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen, ebenso wenig unter § 2 wie die in einzelnen Fällen durchgeführte Einziehung erfüllungshalber abgetretener Ansprüche durch Ärzte, Psychotherapeuten oder andere freiberuflich tätige Personen.

Auch der Forderungserwerb beim so genannten unechten Factoring fällt – auch wenn es sich dabei nicht um einen echten Forderungskauf handelt, weil das Ausfallrisiko beim ursprünglichen Forderungsinhaber verbleibt – von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2. Die Abtretung erfolgt in diesen Fällen erfüllungshalber zur Kreditsicherung und damit nicht im Rahmen eines eigenständigen Inkassobetriebs.

Schließlich erfolgt auch der Einzug von Forderungen durch Telefonanbieter oder Internetprovider, die gebührenpflichtige Dienste fremder Anbieter über ihre Telefon- oder Internetgebührenrechnung gegenüber dem Endkunden abrechnen und den hierauf entfallenden Teil des Gesamtrechnungsbetrages weiterleiten (so genanntes Micropayment) nicht im Rahmen eines eigenständigen Geschäfts und fällt daher – zumal in diesen Fällen keinerlei Rechtsprüfung erfolgt – von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des RDG.

Zu Satz 2

Satz 2 nimmt abgetretene Forderungen zugunsten des bisherigen Gläubigers aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes aus, um die Einziehung dieser Forderungen durch den bisherigen Gläubiger uneingeschränkt zu ermöglichen. Bedeutung erlangt die Regelung vor allem in den Fällen, in denen die Forderungseinziehung Rechtsdienstleistungen im Sinn des Absatzes 1 erfordert, weil der ursprüngliche Gläubiger die Forderungseinziehung nur selten im Rahmen eines eigenständigen Inkassobetriebs betreibt.

Die Regelung betrifft neben der Sicherungsabtretung, bei der die Einziehung der Forderung ohnehin weiter im wirtschaftlichen Interesse des Zedenten liegt, vor allem diejenigen Fälle des Forderungsverkaufs, in denen der Erwerber der Forderung ihre Einziehung dem bisherigen Gläubiger überlässt. Dabei handelt es sich insbesondere um die Verbriefung von Forderungen in Form von so genannten asset-backed securities (ABS) sowie den ABS-Transaktionen verwandten Finanzierungsformen (z. B. „In-House-Factoring“), die bisher von Artikel 1 § 5 Nr. 4 RBERG (eingefügt mit Wirkung vom 1. Juli 2002 durch Artikel 21a des 4. Finanzmarktförderungsgesetzes v. 21. Juni 2002, BGBl. I S. 2010) erfasst wurden. Die Regelung gilt darüber hinaus aber in allen Fällen, in denen eine abgetretene Forderung noch durch den ursprünglichen Gläubiger eingezogen wird.

Für die prozessuale Geltendmachung in diesen Fällen enthält § 79 Abs. 1 Satz 2 ZPO-E eine entsprechende Regelung (vgl. Begründung zu Artikel 8 Nr. 3).

Zu Absatz 3

Die in Absatz 3 getroffenen Regelungen haben insgesamt klarstellenden Charakter. Die Ausnahme der Erstellung wissenschaftlicher Gutachten (Nummer 1) und schiedsrichterlicher und schlichtender Tätigkeiten (Nummer 2) aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes entspricht der geltenden gesetzlichen Regelung. Auch die in Nummer 3 erfolgte Ausnahme der Betriebsratstätigkeiten, soweit diese einen Bezug zu rechtlichen Belangen der Arbeitnehmer aufweisen, entspricht dem geltenden Rechtszustand. Hinzu treten in Nummer 4 eine neue, klarstellende Regelung für den Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung und in Nummer 5 eine ebenfalls klarstellende Regelung für den Bereich der Rechtsberatung in den Medien. Beide Regelungen dienen ausdrücklich nicht dazu, die durch Absatz 1 gezogenen Grenzen zulässiger Rechtsdienstleistungen zu erweitern. Nummer 6 regelt schließlich, dass die Rechtsberatung im gesellschaftsrechtlichen Konzern nicht als Erledigung fremder Rechtsangelegenheiten gilt.

Zu Nummer 1

Die Vorschrift entspricht Artikel 1 § 2 erste Alternative RBERG. Erfasst werden nur Rechtsgutachten, nicht dagegen medizinische, technische oder ähnliche Gutachten, bei denen jedoch regelmäßig bereits der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 nicht eröffnet sein wird. Demgegenüber ist die Ausnahmeregelung für rechtswissenschaftliche Gutachten erforderlich, weil diese Gutachtertätigkeit typischerweise nicht nur allgemeine rechtstheoretische oder rechtstatsächliche Gutachten, sondern gerade auch die Erstellung einzelfallbezogener Rechtsgutachten umfasst.

In den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt auch die Erstellung eines rechtswissenschaftlich begründeten Schiedsgutachtens, das über die rechtliche Prüfung und Wertung hinaus aufgrund einer Vereinbarung der Parteien auch eine bindende rechtliche Wirkung entfalten kann.

Zu Nummer 2

Die Vorschrift ergänzt die aus Artikel 1 § 2 zweite Alternative RBERG übernommene Regelung um die in den letzten Jahren vermehrt entstandenen Schlichtungsstellen, die nicht nur von öffentlichen Stellen, etwa den Industrie- und Handelskammern, sondern auch von einzelnen Berufsverbänden eingerichtet wurden, um Streitigkeiten mit Verbrauchern außergerichtlich beizulegen.

Die Tätigkeit der Schlichtungsstellen ist keine Rechtsdienstleistung im Sinn des RDG. Sie ähnelt eher der Tätigkeit eines Richters oder Schiedsrichters, da sie auf eine Entscheidung des Rechtsstreites, allerdings in einer weniger verbindlichen Form ausgerichtet ist. Beispielfähig seien Schiedsstellen für Textilreinigungsschäden, das Ombudsmannverfahren der privaten Banken sowie der Ombudsmann für Versicherungen genannt. Erfasst wird auch die Tätigkeit der grenzüberschreitend tätigen Europäischen Verbraucherzentren zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern aus verschiedenen Staaten im Rahmen des Netzes der Europäischen Verbraucherzentren (ECC-Net).

Auch betriebliche Einigungsstellen nach § 76 des Betriebsverfassungsgesetzes und die dort in Bezug genommenen tariflichen Schlichtungsstellen sind Schlichtungsstellen im Sinn des § 2 Abs. 3 Nr. 2.

Unter die schiedsrichterliche Tätigkeit fallen insbesondere die im 10. Buch der ZPO geregelten Schiedsgerichte. Einer gesonderten Aufnahme der Gütestellen nach § 15a EGZPO, insbesondere der Schiedspersonen, die ebenfalls eine den Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern vergleichbare Tätigkeit ausüben, bedarf es im Hinblick auf § 8 Abs. 1 Nr. 1 nicht, da Schiedspersonen behördlich bestellt werden.

Zu Nummer 3

Um etwaige Zweifel hinsichtlich der zulässigen Tätigkeit von Betriebsräten oder Schwerbehindertenvertretungen von vornherein auszuschließen, wird deren Tätigkeit insgesamt vom Anwendungsbereich des RDG ausgenommen. Erfasst ist damit insbesondere die Tätigkeit von Betriebsräten oder Schwerbehindertenvertretungen etwa im Rahmen von Sprechstunden nach § 39 des Betriebsverfassungsgesetzes.

Zu Nummer 4

Der Begriff Mediation bezeichnet die Methode der außergerichtlichen Konfliktbearbeitung, in der ein neutraler Dritter (Mediator) die Beteiligten dabei unterstützt, ihren Streit im Wege eines Gesprächs beizulegen und selbständig eine für alle Seiten vorteilhafte Lösung zu finden, die dann evtl. in einer Abschlussvereinbarung protokolliert wird. Sie ist eine kommunikative Handlung eines neutralen Dritten mit dem Ziel der Herstellung von Verständigungsprozessen. Schwerpunkt der Tätigkeit des Mediators ist die Gesprächsleitung. Mediation kann zwar Rechtsinformationen beinhalten und sich auf Rechtsverhältnisse beziehen sowie Rege-

lungsmöglichkeiten zur Diskussion stellen, sie überlässt jedoch den Konfliktparteien die Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse eigenverantwortlich.

Bewegt sich die Tätigkeit eines Mediators in diesem Rahmen, so liegt, wie Nummer 4 lediglich klarstellend regelt, keine Rechtsdienstleistung vor. Entsprechendes gilt für ähnliche, nicht ausdrücklich als Mediation bezeichnete Streitbeilegungsformen. Entscheidend ist stets der gesprächsleitende Charakter der Tätigkeit.

Greift der Mediator dagegen durch rechtliche Regelungsvorschläge gestaltend in die Gespräche der Beteiligten ein, so können diese Regelungsvorschläge Rechtsdienstleistungen im Sinn dieses Gesetzes sein. Es handelt sich in diesen Fällen nicht mehr um eine (reine) Mediation, sondern um eine Streitleistung mit (auch) rechtlichen Mitteln, bei der sich der nichtanwaltliche Mediator nicht auf § 2 Abs. 3 Nr. 4 berufen kann. Soweit der rechtliche Teil der Tätigkeit in diesen Fällen nicht nach § 5 Abs. 1 erlaubt ist, steht dem Mediator die Zusammenarbeit mit einer Rechtsanwältin oder einem Rechtsanwalt offen (vgl. dazu Begründung zu § 5 Abs. 3).

Auch die über eine bloße Protokollierung des erzielten Mediationsergebnisses hinausgehende Abfassung einer Abschlussvereinbarung kann, soweit rechtliche Inhalte betroffen sind, den Tatbestand der Rechtsdienstleistung erfüllen. Die Zulässigkeit der reinen Protokolltätigkeit des Mediators wird im Gesetzestext ausdrücklich genannt und der nichtrechtsdienstleistenden Mediationstätigkeit zugeordnet, um diese Grenze zwischen erlaubnisfreier Mediation und erlaubnispflichtiger Rechtsdienstleistung zu definieren.

Zu Nummer 5

Die Regelung in Nummer 5 hat ebenfalls rein klarstellenden Charakter. Sie trägt den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsberatung in den Medien Rechnung. Danach ist nicht nur die generell-abstrakte Behandlung von Rechtsfragen in Presse und Rundfunk, sondern auch die aus Gründen der Veranschaulichung und Vertiefung erfolgende Darstellung einzelner konkreter Streitfälle stets von der Rundfunkfreiheit gedeckt und damit ohne weiteres zulässig. Damit stellt die in diesem Rahmen erfolgende Berichterstattung auch dann keine Rechtsberatung dar, wenn durch die hiervon ausgehende Wirkung die Durchsetzung von Forderungen aufgrund des öffentlichen Drucks bewirkt wird. Etwas anderes kann nur gelten, wenn Medien spezifisch juristische Hilfestellung bei der Prüfung und Durchsetzung von Individualansprüchen anbieten, die als zusätzliches Dienstleistungsangebot und damit als eigenständige, nicht dem Schutz der Rundfunkfreiheit unterliegende Tätigkeit zu qualifizieren ist. In diesen Fällen kommt aber eine Anwendung von § 5 Abs. 3 in Betracht.

Zu Nummer 6

Dass Rechtsangelegenheiten zwischen verbundenen Unternehmen mangels Fremdheit des Geschäfts keine Rechtsdienstleistungen sind, wird in Nummer 6 ausdrücklich klargestellt. Erlaubt ist daher innerhalb eines Unternehmensverbands die Erledigung aller Rechtsangelegenheiten einschließlich der Forderungseinziehung nach § 2 Abs. 2 (Konzerninkasso) durch ein dem Unternehmensverbund zugehöriges Unternehmen. Auf den Umfang der Unterneh-

mensbeteiligung kommt es dabei nicht an, soweit es sich nur um verbundene Unternehmen im Sinn des § 15 AktG handelt.

Zu § 3 (Befugnis zur Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen)

Angesichts des fortbestehenden Verbotscharakters des neuen Gesetzes bedarf es der Normierung, dass Rechtsdienstleistungen nur aufgrund gesetzlicher Erlaubnis erbracht werden dürfen und im Übrigen verboten sind. Die Norm bewirkt damit zugleich, dass Verträge, die auf eine Verletzung des RDG gerichtet sind, gemäß § 134 BGB nichtig sind.

Erlaubnispflichtig ist, wie § 3 ausdrücklich regelt, nur die selbständige Erbringung von Rechtsdienstleistungen. Eine Erlaubnisnorm zur Reichweite der Zulässigkeit der Erledigung von Rechtsangelegenheiten in abhängiger Beschäftigung, wie sie derzeit Artikel 1 § 6 RBERG vorsieht, ist daneben nicht erforderlich. Eine solche Regelung hätte lediglich eine klarstellende Funktion. Auch ohne sie ist selbstverständlich, dass Angestellte für eine rechtsdienstleistungsbefugte Person nur in dem Umfang tätig werden können, in dem diese Person selbst berechtigt ist, Rechtsdienstleistungen zu erbringen. Etwas anderes folgt insbesondere nicht aus § 5 Abs. 3, der nur die Zusammenarbeit mit nicht abhängig beschäftigten Personen ermöglicht und damit gerade nicht auf Angestelltenverhältnisse anwendbar ist (vgl. Begründung zu § 5 Abs. 3).

Zu § 4 (Unvereinbarkeit mit einer anderen Leistungspflicht)

§ 4 stellt den allgemeinen, für das gesamte RDG geltenden Grundsatz auf, dass Rechtsdienstleistungen unabhängig davon, auf welcher Grundlage sie erbracht werden, unzulässig sind, wenn sie mit anderen Leistungspflichten des Erbringers unvereinbar sind. Eine Unvereinbarkeit, die der rechtsdienstleistenden Tätigkeit entgegensteht, liegt allerdings nicht bei jeder Form einer möglicherweise bestehenden Interessenkollision vor, sondern nur dann, wenn die Rechtsdienstleistung unmittelbar gestaltenden Einfluss auf den Inhalt der bereits begründeten Hauptleistungspflicht des Leistenden haben kann. Zudem muss gerade hierdurch die ordnungsgemäße – d. h. objektive, frei von eigenen Interessen erfolgende – Erfüllung der Rechtsdienstleistungspflicht gefährdet sein.

Dies ist insbesondere bei Rechtsdienstleistungen durch Versicherungsunternehmen im Bereich der Rechtsschutzversicherung der Fall, soweit sie die Geltendmachung oder Abwehr von Ansprüchen gegenüber Dritten betreffen. Verhandlungen mit dem Gegner des Versicherungsnehmers über dessen Ansprüche können, wie der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 1961 festgestellt hat (BGH, II ZR 139/59 v. 20. Februar 1961, NJW 1961, 1113), die richtig verstandene, nicht einseitig auf die Interessen des Versicherers ausgerichtete Erfüllung der eigentlich aus dem Versicherungsvertrag sich ergebenden Aufgabe gefährden. Denn das wirtschaftliche Interesse des Rechtsschutzversicherers muss auf die Vermeidung von Kosten der Rechtsverfolgung gerichtet sein, zu deren Übernahme der Versicherungsvertrag gerade verpflichtet.

Hiervon zu trennen ist die Frage, ob es einem Rechtsschutzversicherungsunternehmen gestattet ist, einen ihm vom Versicherungsnehmer mitgeteilten Versicherungsfall rechtlich zu bewerten und dem Versicherungsnehmer Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang ggf. Versicherungsschutz erteilt wird. Bei einer solchen Auskunft handelt es sich bereits nicht um eine Tätigkeit in einer fremden Angelegenheit im Sinn des § 2, weil das Versicherungsunternehmen in diesem Fall lediglich seine eigene Einstandspflicht prüft und das Ergebnis dem Versicherungsnehmer mitteilt. Die Unvereinbarkeitsregelung des § 4 greift daher in diesem Fall nicht ein. Etwas anderes kann gelten, wenn eine über die Prüfung der Einstandspflicht hinausgehende Beratung – etwa über die aussichtsreiche rechtliche Vorgehensweise – erfolgt.

Zu § 5 (Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit)

§ 5 dient dazu, einerseits die Berufsausübung nicht spezifisch rechtsdienstleistender Berufe nicht zu behindern, andererseits den erforderlichen Schutz der Rechtsuchenden vor unqualifiziertem Rechtsrat zu gewährleisten. Die Vorschrift findet auf alle Arten von Dienstleistungen Anwendung. Auch die in § 10 genannten registrierten Personen sowie die Angehörigen der steuerberatenden Berufe, die Rechtsdienstleistungen in einem speziellen Bereich des Rechts als Hauptleistung erbringen dürfen, können sich, soweit sie darüber hinaus allgemeine Rechtsdienstleistungen als Nebenleistung erbringen, auf § 5 berufen. Von besonderer Bedeutung ist § 5 als zentrale, aber – anders als § 6 im Bereich der unentgeltlichen Rechtsdienstleistungen – nicht voraussetzungsfreie Erlaubnisnorm für alle hauptsächlich wirtschaftlich tätigen Unternehmen.

Zu Absatz 1

Der Erlaubnistatbestand des Absatzes 1 enthält den Grundsatz, dass Rechtsdienstleistungen als Nebenleistungen erlaubt sein können. Im Unterschied zu dem früheren Artikel 1 § 5 RBERG findet weder eine Ausgrenzung der freien Berufe statt, noch wird der Anwendungsbereich der neuen Regelung beschränkt durch die Aufzählung beispielhafter Berufsgruppen. Die Heraushebung einzelner Tätigkeiten in Absatz 2 dient nicht der Einschränkung des Anwendungsbereichs des Absatzes 1, sondern geht inhaltlich über diesen hinaus.

§ 5 Abs. 1 kommt aufgrund des neuen Regelungskonzepts des RDG eine grundlegend andere Bedeutung zu als dem geltenden Artikel 1 § 5 RBERG, der als Ausnahmetatbestand die Zulässigkeit der „Annexrechtsberatung“ regelt. Wie bereits dargelegt (vgl. Allgemeine Begründung, II.6.c und II.7.a), hat die Rechtsprechung die verfassungsrechtlich gebotenen Korrekturen des geltenden Rechts im Wesentlichen über eine einschränkende Auslegung des Begriffs der geschäftsmäßigen Rechtsbesorgung erreicht, also über eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs des RBERG. Das RDG will demgegenüber einen weiten Bereich dessen, was nach dem geltenden, in verfassungskonformer Weise eingeschränkten Recht gar nicht in den Anwendungsbereich des RBERG fällt, in den Anwendungsbereich des Schutzgesetzes einbeziehen und in den Bereich der zulässigen Nebenleistungen, also in einen Erlaubnistatbestand, überführen. Erst innerhalb dieses Erlaubnistatbestands ist dann unter Berücksichtigung der Schutzzwecke des RDG jeweils zu

entscheiden, ob eine Tätigkeit als Nebenleistung zulässig ist, oder ob sie als darüber hinausgehende Leistung nicht bzw. nur durch oder in Zusammenarbeit mit einer Person erbracht werden darf, die diese Rechtsdienstleistung als Hauptleistung erbringen dürfen.

Dabei sind die in § 5 ausdrücklich normierten einschränkenden Tatbestandsmerkmale besser als das geltende Recht geeignet, die Grenzen zulässiger Nebenleistungen festzulegen: Während nach geltendem Recht zunehmend ganze Berufe pauschal aus dem Anwendungsbereich des RBerG ausgeschlossen werden, werden solche Berufe künftig in den Schutzbereich des RDG einbezogen, sodass innerhalb dieser Berufe anhand der Schutzzwecke des RDG und der einschränkenden Tatbestandsmerkmale des § 5 individuell die Reichweite zulässiger Nebenleistungen festgelegt werden kann.

Zum Tatbestandsmerkmal der Nebenleistung

Nach Absatz 1 können Rechtsdienstleistungen nur als Nebenleistungen anderer beruflicher Tätigkeiten zulässig sein. Eine Nebenleistung liegt nur vor, wenn die allgemein rechtsberatende oder rechtsbesorgende Tätigkeit die Leistung insgesamt nicht prägt, wenn es sich also insgesamt nicht um eine spezifisch (allgemein-)rechtliche Leistung handelt. Abzustellen ist dabei darauf, ob eine Dienstleistung als überwiegend rechtlich oder als wirtschaftlich – bzw. etwa in den Fällen, in denen Steuerberater tätig werden, als spezifisch steuerrechtlich – geprägt anzusehen ist.

Dabei soll die Neufassung der Vorschrift, den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend, den Weg für eine neue, weitere Auslegung der zulässigen Nebentätigkeit durch die Rechtsprechung eröffnen. Anders als bisher im Rahmen des Artikels 1 § 5 RBerG soll es künftig nicht mehr entscheidend darauf ankommen, ob die Dienstleistung ohne rechtsdienstleistenden Anteil überhaupt erbracht werden kann. Maßgebend ist vielmehr, ob die Rechtsdienstleistung nach der Verkehrsanschauung ein solches Gewicht innerhalb der Gesamtleistung hat, dass nicht mehr von einer bloßen Nebenleistung ausgegangen werden kann. § 5 findet damit stets nur Anwendung, wenn die fragliche Rechtsdienstleistung selbst nicht wesentlicher Teil der eigentlichen Hauptleistung ist. Der Schwerpunkt der Tätigkeit muss daher, abgesehen von den Fällen, in denen Angehörige der steuerberatenden Berufe oder registrierte Personen nach § 10 neben ihren Spezialrechtsdienstleistungen auch allgemeine Rechtsdienstleistungen als Nebenleistung erbringen, stets auf nichtrechtlichem Gebiet liegen.

Die Reichweite der im Rahmen einer anderen beruflichen Tätigkeit zulässigen Rechtsdienstleistungen wird damit durch das prägende Tatbestandsmerkmal „Nebenleistung“ ganz maßgeblich begrenzt: Im Vordergrund der beruflichen Tätigkeit muss die allgemeine, nicht rechtliche (bei Steuerberatern: spezifisch steuerrechtliche) Dienstleistung stehen. Entscheidend ist, ob die Rechtsdienstleistung innerhalb der Gesamtleistung ein solches Gewicht hat, dass für sie die volle Kompetenz eines Rechtsanwalts oder die besondere Sachkunde einer registrierten Person erforderlich ist. Dies soll auch künftig in Anlehnung an die von der Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des RBerG entwickelte Prüfungsfrage, „ob insgesamt die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich (auch) um

die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht“ (vgl. zuletzt BGH, I ZR 213/01 v. 11. November 2004, NJW 2005, 969 – „Testamentsvollstrecker“; BGH, I ZR 128/02 v. 24. Februar 2005, NJW 2005, 2458 – „Fördermittelberater“), zu entscheiden sein.

Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist nicht allein von der zivilrechtlichen Einordnung einer vertraglichen Leistungspflicht als Haupt- oder Nebenleistung abhängig. Insbesondere kann nicht durch eine vertragliche Vereinbarung festgelegt werden, dass eine zu erbringende Rechtsdienstleistung lediglich Nebenleistung im Sinn des § 5 Abs. 1 sein soll. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist vielmehr stets objektiv anhand der in Satz 2 genannten Kriterien zu bestimmen. Dabei kann etwa der Umstand, dass der rechtsdienstleistende Teil der Leistung aufgrund einer gesonderten vertraglichen Vereinbarung zu erbringen ist und besonders vergütet wird, indiziell gegen das Vorliegen einer bloßen Nebenleistung sprechen.

Soweit im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit besondere rechtliche Beratungs- und Aufklärungspflichten oder -obliegenheiten bestehen, handelt es sich – wenn überhaupt die Schwelle zur Rechtsdienstleistung überschritten ist und nicht allgemeine rechtliche Hinweise erteilt werden – um typische Nebenleistungen, die bereits nach geltendem Recht zulässig sind, weil ohne sie die eigentliche Tätigkeit nicht ordnungsgemäß erbracht werden kann. Solche Nebenleistungen bleiben auch künftig stets zulässig.

Zum Tatbestandsmerkmal der Zugehörigkeit zu einer anderen Tätigkeit

Anders als nach Artikel 1 § 5 RBerG erfordert die Zulässigkeit rechtsdienstleistender Nebenleistungen nach § 5 Abs. 1 keinen unmittelbaren, unlösbaren Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit, sondern setzt lediglich voraus, dass die Rechtsdienstleistungen zu der jeweiligen Haupttätigkeit gehören. Diese Zugehörigkeit kann sich entweder aus einem bestehenden Berufs- oder Tätigkeitsbild oder aus dem einzelnen vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis ergeben. Entscheidend ist stets, wie auch Satz 2 ausdrücklich klarstellt, ob ein sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebenleistung besteht. Rechtsdienstleistungen, die nicht im Mittelpunkt der Leistung stehen, sind damit auch künftig nicht ohne weiteres, sondern nur dann zulässig, wenn sie zum Ablauf oder zur Abwicklung des Hauptgeschäfts dazugehören. Dies lässt die Entwicklung und Erweiterung bestehender und die Schaffung neuer Berufsbilder ausdrücklich zu, impliziert aber stets, dass die im Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit angebotenen Rechtsdienstleistungen sich in die eigentliche Tätigkeit einpassen und nicht isoliert als gesonderte Dienstleistung angeboten werden. Ausgeschlossen ist damit insbesondere die beliebige Vereinbarung von untergeordneten Rechtsdienstleistungen, die nicht im Zusammenhang mit der eigentlichen Tätigkeit stehen.

Soweit sich die Zulässigkeit rechtsdienstleistender Nebenleistungen bereits aus der Zugehörigkeit zu einem Berufs- oder Tätigkeitsbild ergibt, braucht dieses nicht notwendig gesetzlich geregelt zu sein. Es genügt, dass es sich um eine fest umrissene, typisierte berufliche Betätigung handelt, mit der nach der Verkehrsanschauung bestimmte untergeordnete Rechtsdienstleistungen verbunden sind.

So kann etwa ein Hochschullehrer, der nach den Vorschriften der Verwaltungsgerichts-, Sozialgerichts- oder Strafprozessordnung gesetzlich befugt ist, als Verfahrensbevollmächtigter oder Verteidiger aufzutreten, aufgrund dieser ihm gesetzlich zugewiesenen Befugnis auch außergerichtlich alle Rechtsdienstleistungen erbringen, die im Zusammenhang mit der gerichtlichen Vertretung stehen oder ihrer Vorbereitung dienen. Er ist also in diesem Umfang, weil dies zu seinem gesetzlich unbeschriebenen Tätigkeitsbild gehört, zur vorgerichtlichen Beratung und Vertretung befugt, ohne dass es hierzu einer besonderen gesetzlichen Regelung bedarf.

Als gesetzlich nicht geregelter Beruf kommt zum Beispiel die Tätigkeit des Erbenermittlers in Betracht, der neben detektivischen und genealogischen Tätigkeiten auch rechtsdienstleistende Tätigkeiten erbringt. Insgesamt sind auch bei der Erbenermittlung die rechtsdienstleistenden Tätigkeiten solange zulässig, wie sie nicht den Kern und Schwerpunkt der Tätigkeit darstellen. Dies ist in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen und zu beurteilen; überwiegt der rechtliche Anteil der Tätigkeit, so bleibt dem Erbenermittler die Zusammenarbeit mit einem Rechtsanwalt. Ein wichtiges Korrektiv für die Frage, ob Rechtsdienstleistungen zu einer beruflichen Tätigkeit gehören, bildet nach Absatz 1 Satz 2 die für die jeweilige Haupttätigkeit erforderliche Berufsqualifikation (vgl. dazu Begründung zu Absatz 1 Satz 2).

Darüber hinaus sind rechtliche Nebenleistungen auch bei Tätigkeiten zulässig, für die sich noch kein festes Berufs- oder Tätigkeitsbild etabliert hat, oder bei denen die Erledigung rechtlicher Angelegenheiten nicht zum bisher bestehenden Berufs- oder Tätigkeitsbild gehört. Die Zugehörigkeit dieser Rechtsdienstleistungen zur Haupttätigkeit kann dabei sowohl auf gesetzlichen Regelungen als auch auf vertraglichen Vereinbarungen beruhen. Insbesondere bei gesetzlichen Pflichten – etwa Aufklärungs- und Informationspflichten – wird aber regelmäßig bereits eine Zugehörigkeit zum jeweiligen Berufs- oder Tätigkeitsbild anzunehmen sein.

Zu den vertraglich vereinbarten Rechtsdienstleistungen, die (noch) nicht typischerweise zum jeweiligen Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören, kann etwa die Einziehung von Kundenforderungen zählen, die einem Unternehmer, Arzt oder einer Werkstatt erfüllungshalber abgetreten wurden.

Diese Forderungseinziehung, bei der die Rechtsdienstleistung – die Einziehung der eigenen Vergütungsansprüche gegenüber einem Dritten – besonders eng mit der eigentlichen, den Vergütungsanspruch auslösenden Haupttätigkeit verbunden ist, soll künftig auch dann grundsätzlich erlaubt sein, wenn sie eine besondere rechtliche Prüfung erfordert (zur Erlaubnisfreiheit des schlichten Forderungseinzugs ohne rechtliche Prüfung in diesen Fällen vgl. Begründung zu § 2 Abs. 2).

Weitere Anwendungsfälle der als Nebenleistung zulässigen Inkassotätigkeit finden sich auch im Bereich der Unfallschadenregulierung etwa bei der Geltendmachung von Sachverständigen-, Mietwagen- oder Reparaturkosten (vgl. dazu auch Begründung zu § 2 Abs. 1). Hierbei entsteht häufig Streit etwa über die von einer Werkstatt in Rechnung gestellten Reparaturkosten oder über die Höhe der Mietwagenrechnung, insbesondere bei Zugrundelegung eines so genannten Unfallsatztarifs. Gerade die im Streitfall erforderliche Rechtfertigung der eigenen Leistung oder Abrechnung durch

den Unternehmer belegt die in § 5 Abs. 1 geforderte Zugehörigkeit zu dessen eigentlicher Hauptleistung.

Soweit die Rechtsprechung unter Geltung des Artikels 1 § 5 RBERG bis heute ganz überwiegend daran festhält, dass die Einziehung abgetretener Kundenforderungen durch den gewerblichen Unternehmer nur dann zulässig ist, wenn es diesem wesentlich darum geht, die ihm durch die Abtretung eingeräumte Sicherheit zu verwirklichen (vgl. zuletzt BGH, VI ZR 268/04 v. 15. November 2005, VersR 2006, 283; BGH, VI ZR 251/04 v. 20. September 2005, NJW 2005, 3570; BGH, VI ZR 173/04 v. 5. Juli 2004, NJW-RR 2005, 1371; BGH, VI ZR 300/03 v. 26. Oktober 2004, NJW 2005, 135), soll dies künftig nicht mehr gelten. Bereits heute werden an den Eintritt des Sicherungsfalls zunehmend geringere Anforderungen gestellt; die Grenzen zur Abtretung erfüllungshalber sind fließend. So genügt es, dass die Abtretung in dem (Formular-)Vertrag eindeutig als Sicherungsabtretung ausgestaltet ist und dem Kunden eine Zahlungsaufforderung übersandt wird, in der dieser auf seine Pflicht hingewiesen wird, selbst für die Durchsetzung der Forderung zu sorgen; weist der Kunde das Unternehmen sodann darauf hin, dass ihm zugesagt worden sei, er werde mit weiteren Kosten nicht belastet, da diese direkt von dem letztlich Eintrittspflichtigen zu erstatten seien, so stellt diese „Weigerung“ des Kunden den Eintritt des Sicherungsfalls dar, der dem Unternehmen die Forderungseinziehung ermöglicht (so BGH, VI ZR 251/04 v. 20. September 2005, NJW 2005, 3570).

Hinzu kommt, dass der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 1994 darauf hingewiesen hatte, „dass für die Einschaltung des Kraftfahrzeugvermieters in die Verfolgung und Durchsetzung der Schadensersatzansprüche eines durch einen Verkehrsunfall Geschädigten gegenüber dem Haftpflichtversicherer des Schädigers ein starkes praktisches Bedürfnis spricht. ... Die Bindung des Richters an das Gesetz (Artikel 20 III GG) lässt es ... nicht zu, diesem Bedürfnis durch eine die gesetzgeberische Regelung überholende richterliche Gesetzesauslegung Rechnung zu tragen. Es muss vielmehr dem Gesetzgeber überlassen bleiben, die Notwendigkeit einer Gesetzesänderung zu überprüfen und ggf. das Gesetz zu ändern.“ (BGH, VI ZR 305/93 v. 26. April 1994, NJW-RR 1994, 1081, 1083).

In der Tat ist es nicht nur für die Kunden und den Unternehmer, sondern auch für die Anspruchsgegner durchweg vorteilhaft, wenn der Streit über die Berechtigung einer Rechnungsposition unmittelbar zwischen dem Unternehmer und der letztlich zahlungspflichtigen Person ausgetragen wird. Der Kunde wird von der für ihn lästigen Schadensabwicklung entlastet, ohne nachteilige Auswirkungen fürchten zu müssen: Setzt der Unternehmer den Erstattungsanspruch erfolgreich durch, wird der Kunde durch die Leistung des Dritten von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Unternehmen befreit; bestreitet der Dritte seine Eintrittspflicht erfolgreich, wird das Unternehmen seine Forderung auch gegenüber dem Kunden nicht durchsetzen können. Der Unternehmer kann seine Leistung unmittelbar gegenüber dem wirtschaftlich Einstandspflichtigen rechtfertigen und braucht seinen Kunden nicht in Anspruch zu nehmen. Der Dritte schließlich wird in die Lage versetzt, sich über die von ihm erhobenen Einwendungen gegen die Abrechnung des Unternehmers unmittelbar mit diesem auseinandersetzen zu können. Ihm wird

es künftig zudem ohne Verstoß gegen das Rechtsberatungsrecht möglich sein, sich zum Beispiel von einem Geschädigten, der die Rechnung eines Mietwagenunternehmens zunächst selbst beglichen hatte, gegen Erstattung des gesamten Betrages dessen Anspruch auf Rückzahlung des überhöhten Mietpreisanteils abtreten zu lassen, um ihn sodann gegenüber dem Mietwagenunternehmen geltend zu machen (anders zum geltenden Recht noch BGH, I ZR 10/94 v. 15. Februar 1996, NJW 1996, 1965).

Zu Absatz 1

Zu Satz 2

Satz 2 nennt drei konkrete Prüfungskriterien für die Einordnung als Nebentätigkeit oder prägende Tätigkeit. Die Vorschrift stellt einerseits auf Umfang und Inhalt der rechtsdienstleistenden Nebenleistung, andererseits auf den erforderlichen sachlichen Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebentätigkeit und schließlich auf die für die Erbringung der allgemeinen Dienstleistung erforderliche juristische Qualifikation ab.

Durch das Abstellen auf Umfang und Inhalt der Rechtsdienstleistung wird klargestellt, dass es bei der Gewichtung von Haupt- und Nebentätigkeit nicht allein auf den (Zeit-)Anteil der rechtsdienstleistenden Tätigkeit an der Gesamttätigkeit, sondern auch und vor allem auf die Schwierigkeit und Komplexität der Rechtsdienstleistung ankommt. Entscheidend kann in diesem Zusammenhang auch sein, dass eine Rechtsdienstleistung im Einzelfall eine besondere Vertraulichkeit und – auch strafrechtlich geschützte – Verschwiegenheit des Rechtsdienstleistenden erfordert. Der Inhalt der rechtsdienstleistenden Tätigkeit wird außerdem maßgeblich durch die – objektiv zu beurteilende – Bedeutung der Rechtsfrage für den Rechtsuchenden bestimmt. Prüfungsmaßstab ist damit, ob für eine Tätigkeit die umfassende rechtliche Ausbildung des Rechtsanwalts oder seine besondere Pflichtenstellung im Rechtssystem erforderlich ist, oder ob es im Kern gerade nicht um eine umfassende Rechtsberatung geht und deshalb die berufliche Stellung und Qualifikation des nichtanwaltlichen Dienstleisters, die etwa bei Wirtschaftsjuristen, Betriebswirten oder Diplomkaufleuten auch im juristischen Bereich vorhanden ist, für den rechtsdienstleistenden Teil der Gesamtleistung ausreicht.

Das Tatbestandsmerkmal des sachlichen Zusammenhangs zwischen Haupt- und Nebenleistung konkretisiert die erforderliche Zugehörigkeit von Haupt- und Nebenleistung. Erforderlich ist stets eine innere, inhaltliche Verbindung zur Haupttätigkeit, sodass rechtsdienstleistende Nebenleistungen nicht beliebig vereinbart werden können. Andererseits ist der erforderliche Sachzusammenhang nicht erst dann gegeben, wenn die Hauptleistung ohne die Nebenleistung nicht mehr sachgerecht ausgeführt werden könnte.

Das Tatbestandsmerkmal der für die Haupttätigkeit erforderlichen Rechtskenntnisse dient in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Artikel 1 § 5 RBERG einerseits dazu, den nicht primär rechtsdienstleistenden Berufen die verfassungsrechtlich gebotenen Freiräume zu eröffnen, um ihnen eine ihrer beruflichen Qualifikation entsprechende Berufsausübung zu ermöglichen. Durch die Berücksichtigung der beruflichen Qualifikation kann diesem Verfassungsanspruch Rechnung getragen und ein Ausgleich für die Entscheidung des Gesetz-

entwurfs geschaffen werden, weder einzelne Teilerlaubnisse für zahlreiche Einzelberufe noch eine allgemeine Rechtsdienstleistungsbefugnis unterhalb der Rechtsanwaltschaft einzuführen.

Schon zum geltenden Recht hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass eine kleinliche Sicht bei der Beurteilung, ob eine zulässige Annextätigkeit vorliegt, nicht angezeigt ist (BVerwG, 6 C 30.03 v. 27. Oktober 2004, NJW 2005, 1293 ff. – „Insolvenzberater“). Es hat deshalb die rechtliche Insolvenzberatung durch einen Unternehmensberater, der von den Insolvenzgerichten aufgrund seiner fachlichen Qualifikation auch als Insolvenzverwalter eingesetzt wird, in weitem Umfang für zulässig erklärt. Dieser könne alle Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Prüfung eines Insolvenzgrundes und der Insolvenzantragspflicht beantworten. Auch die Tätigkeit von Architekten und Bausachverständigen, die im Zuge der Betreuung und Beaufsichtigung von Fertigstellungs- und Mängelbeseitigungsarbeiten für den Bauherrn Ansprüche gegen den Werkunternehmer geltend machen, ist angesichts der besonderen Qualifikation dieser Berufsangehörigen bereits nach geltendem Recht zulässig (vgl. jüngst OLG Düsseldorf, I-20 U 213/04 v. 20. September 2005, NJW-RR 2006, 562). Gleiches wird künftig nach Absatz 1 für den Bereich der landwirtschaftlichen Beratung – etwa für die rechtliche Beratung von Landwirten über spezielle betriebsbezogene Fragen wie beispielsweise der EU-Agrarreform durch hierfür besonders qualifizierte und spezialisierte Agrarökonominnen – gelten, soweit es sich nicht bereits um eine nach Absatz 2 Nr. 3 ohnehin stets zulässige Fördermittelberatung handelt.

Andererseits wirkt das Tatbestandsmerkmal der beruflichen Qualifikation bei Berufen, die keine oder nur geringe rechtliche Kenntnisse erfordern, in erheblicher Weise einschränkend. Abzustellen ist dabei im Sinn einer typisierenden Betrachtung stets auf die Berufsqualifikation, die allgemein für die – nicht rechtsdienstleistende – Haupttätigkeit erforderlich ist. Maßgeblich ist demnach etwa, welche Ausbildung die Tätigkeit eines Kfz-Meisters erfordert; ohne Bedeutung ist, ob der Kfz-Meister vielleicht auch ein juristisches Studium absolviert hat (zur Unfallschadenregulierung durch Kfz-Betriebe vgl. auch Begründung zu § 2 Abs. 1).

Zu Absatz 2

Die Regelung in Absatz 2 dient dazu, einzelne für die Praxis bedeutsame Fälle insgesamt dem Streit darüber zu entziehen, ob die Rechtsdienstleistung lediglich Nebenleistung ist. Dies wird für die hier abschließend aufgeführten Tätigkeiten unwiderleglich vermutet, sodass diese stets erlaubt sind, auch wenn der rechtsdienstleistende Teil der Tätigkeit im Einzelfall ein solches Gewicht erlangen kann, dass er nach der Definition in Absatz 1 nicht immer als bloße Nebenleistung anzusehen wäre.

In allen Fällen des Absatzes 2 ist jedoch wie in den Fällen des Absatzes 1 Voraussetzung, dass die Rechtsdienstleistung im Zusammenhang mit den hier genannten Tätigkeiten steht. Nicht erfasst sind solche Rechtsdienstleistungen, die zwar eine gewisse Nähe zu diesen Tätigkeiten aufweisen, aber nicht zu dem eigentlichen Tätigkeitsbild hinzugehören. So ist es nicht Aufgabe des Testamentsvollstreckers oder Fördermittelberaters, aus Anlass der Testamentsvollstreckung oder Fördermittelberatung auftretende gesellschaftsrecht-

liche Fragen etwa durch die Beratung über die Gestaltung eines Gesellschaftsvertrages zu beantworten.

Zu Nummer 1 (Testamentsvollstreckung)

Die wirtschaftlich bedeutsame Frage, ob Banken und Sparkassen, aber auch Wirtschaftsprüfungsunternehmen, Steuerberater oder sonstige vom Erblasser eingesetzte Personen, geschäftsmäßig Testamentsvollstreckungen übernehmen dürfen, hat in den vergangenen Jahren verstärkt die Gerichte beschäftigt.

Der Bundesgerichtshof hat nunmehr mit zwei Urteilen (BGH, IZR 213/01, IZR 182/02, Urt. v. 11. November 2004, NJW 2005, 968 und 969 ff. – „Testamentsvollstrecker“) entschieden, dass die Übernahme von Testamentsvollstreckungen durch Banken und Steuerberater nicht gegen Artikel 1 § 1 RBERG verstößt, da die Testamentsvollstreckung keine allgemein erlaubnispflichtige Besorgung fremder Angelegenheiten sei. Werde gleichwohl die Beurteilung rechtlicher Fragen im Rahmen der Testamentsvollstreckung, insbesondere bei der Abwicklungsvollstreckung, erforderlich, so könne und müsse der Testamentsvollstrecker seinerseits Rechtsrat einholen.

Diese Entscheidungen knüpfen an die „Masterpat“- und die „Erbensucher“-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts an, in denen diese Berufe gleichfalls nicht generell dem Erlaubnisvorbehalt des Artikels 1 § 1 RBERG unterstellt wurden. Sie lassen aber offen, ob und ggf. ab wann ein Testamentsvollstrecker – etwa wenn bei einer bestimmten Abwicklungsvollstreckung die Erledigung umfangreicher rechtlicher Aufgaben im Mittelpunkt steht – durch seine konkrete Tätigkeit im Einzelfall doch gegen das RBERG verstoßen kann, wenn er die vom BGH in diesen Fällen statuierte Pflicht zur Einschaltung eines Rechtsanwalts nicht einhält.

Demgegenüber werden Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit der Testamentsvollstreckung durch die Regelung in Nummer 1 nunmehr insgesamt, also unabhängig davon, ob es sich um einen Fall der Verwaltungsvollstreckung oder der Abwicklungsvollstreckung handelt und ob der Testamentsvollstrecker vom Erblasser oder vom Nachlassgericht eingesetzt ist, für zulässig erklärt.

Erfasst von dieser Freistellung sind allerdings nur Tätigkeiten, die im Rahmen der Testamentsvollstreckung selbst anfallen, nicht dagegen eine Beratungstätigkeit im Vorfeld einer möglichen Testamentsvollstreckertätigkeit. Eine solche, der Testamentsvollstreckung zeitlich und logisch vorgelegte Beratung gehört ebenso wenig wie der Entwurf einer letztwilligen Verfügung zur Testamentsvollstreckung und steht auch nicht im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers; sie ist von ihr scharf zu trennen (zutreffend LG Freiburg, 10 O 37/05 v. 28. Oktober 2005, NJW-RR 2006, 423). Deshalb kann eine rechtliche Beratung über die Testamentsgestaltung auch künftig niemals eine nach § 5 Abs. 2 zulässige Nebenleistung des (potentiellen) Testamentsvollstreckers sein. Angesichts der Komplexität und Bedeutung der Testamentsgestaltung für den Erblasser handelt es sich bei der Beratung über die Vermögensnachfolge vielmehr um eine eigenständige, im Kern rechtliche Tätigkeit, die regelmäßig auch nicht über die allgemeine Regelung des Absatzes 1 eine zulässige Nebenleistung etwa im Zusammenhang mit der Vermögens- und Anlageberatung darstellen wird. Die umfassende Beratung über die Vermö-

gensnachfolge oder die Testamentsgestaltung ist damit stets nur unter den Voraussetzungen des Absatzes 3 zulässig.

Die Freigabe aller innerhalb der Testamentsvollstreckung anfallenden Rechtsdienstleistungen, ist – auch soweit sie damit über die Entscheidung des Bundesgerichtshofs hinausgeht – aus folgenden Erwägungen gerechtfertigt:

Wird der Testamentsvollstrecker nicht vom Erblasser, sondern nach § 2200 BGB vom Nachlassgericht eingesetzt, so handelt es sich um einen Fall gerichtlicher Bestellung und damit, wie das Bundesverfassungsgericht in einem obiter dictum festgestellt hat (vgl. BVerfG, 1 BvR 2251/01 v. 27. September 2002, NJW 2002, 3531, 3533 – „Erbenermittler“), bereits nach geltendem Recht um eine zulässige Rechtsbesorgung. In der Regel wird der Testamentsvollstrecker allerdings vom Erblasser ernannt und erklärt lediglich gegenüber dem Nachlassgericht die Annahme des Amtes (§ 2202 BGB). Seine Tätigkeit wird – auch in den Fällen des § 2200 BGB – durch das Nachlassgericht nicht überwacht, weshalb zum geltenden Recht teilweise die Ansicht vertreten worden ist, für die Frage der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung könne es darauf, von wem der Testamentsvollstrecker ernannt worden sei, nicht ankommen.

Entscheidend ist vielmehr, dass bei der Testamentsvollstreckung die Verwaltung fremden Vermögens eine maßgebliche Rolle spielt, was ausdrücklich § 2205 BGB zu entnehmen ist. Der Testamentsvollstrecker übt, ähnlich wie der Berufsbetreuer, eine vom Rechtsanwaltsberuf verschiedene berufliche Tätigkeit aus, die sich auch als Treuhandeltätigkeit einordnen lässt. Es ist daher gerechtfertigt, die im Zusammenhang mit dieser vermögensverwaltenden Tätigkeit anfallenden Rechtsdienstleistungen insgesamt für zulässig zu erklären, auch wenn diese im Einzelfall ein erhebliches Gewicht erlangen können.

Bei der reinen Verwaltungsvollstreckung gemäß § 2209 Satz 1 erster Halbsatz BGB wird dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses bereits als selbständige Aufgabe übertragen. Sie ist auf die Anlage des Vermögens und die Erzielung von Erträgen gerichtet, sodass stets eine hauptsächlich vermögensverwaltende Tätigkeit vorliegt. Wurde der Testamentsvollstrecker aber nur zur Abwicklung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers (§ 2203 BGB) ernannt und obliegt ihm insbesondere die Auseinandersetzung des Nachlasses (§ 2204 BGB), so können diese Tätigkeiten einen solchen Umfang annehmen, dass sie nach der Definition in Absatz 1 nicht mehr als bloße Nebenleistung anzusehen wären.

Gleichwohl soll künftig jede Art von Testamentsvollstreckung zulässig sein. In den Fällen, in denen der Erblasser die Entscheidung trifft, die Testamentsvollstreckung einem Kreditinstitut, einem Wirtschaftsprüfungsunternehmen oder einer sonstigen Person seines Vertrauens zu übertragen, ist es auch aus Gründen der Testierfreiheit geboten, die gesamte Abwicklung eines Nachlasses als zulässiges Annexgeschäft zur vermögensverwaltenden Tätigkeit des Testamentsvollstreckers anzusehen.

Interessenkonflikte, die aus Gründen des Verbraucherschutzes einer Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung insbesondere durch Kreditinstitute entgegenstehen könnten, bestehen regelmäßig ausschließlich im vermögensverwaltenden Tätigkeitsbereich und nicht in dem Bereich, in dem der Testamentsvollstrecker rechtsbesorgende Tätigkeiten er-

bringt, also etwa Vermächtnisse erfüllt oder den Nachlass auseinandersetzt. Diese Interessenkonflikte liegen eher vor, wenn der Erblasser, was der Gesetzgeber als Ausfluss der Testierfreiheit bewusst in Kauf genommen hat, etwa einen der Miterben zum Testamentsvollstrecker einsetzt. Probleme, die sich aus der vom Erblasser gewünschten Anlage des Nachlassvermögens bei der testamentsvollstreckenden Bank ergeben können, sind daher solche der Vermögensverwaltung, wie sie in gleicher Weise auch bei jeder Vermögensanlage und -verwaltung für Lebende auftreten. Auch ein Fall der Unvereinbarkeit nach § 4 liegt daher in diesen Fällen regelmäßig nicht vor.

Die Pflicht des nichtanwaltlichen Testamentsvollstreckers, ab einem gewissen Umfang der rechtlichen Tätigkeit den Rechtsrat des umfassend ausgebildeten Juristen hinzuzuziehen, ergibt sich damit künftig nicht aus dem RDG, sondern allein aus der mit der Übernahme der Testamentsvollstreckung gegenüber dem Erblasser und den Erben eingegangenen Verpflichtungen. Der Bundesgerichtshof hat insoweit zu Recht darauf hingewiesen, dass der Erblasser, der einen Nichtjuristen zum Testamentsvollstrecker bestimmt, erwarten kann und darf, dass dieser anwaltlichen Rat einholt, sobald seine eigene Sachkunde zur Erfüllung der übernommenen Aufgaben nicht ausreicht. Verletzt ein Testamentsvollstrecker diese Pflicht, so haftet er für entstehende Schäden nach § 2219 Abs. 1 BGB sowohl gegenüber den Erben als auch gegenüber betroffenen Vermächtnisnehmern.

Zu Nummer 2 (Haus- und Wohnungsverwaltung)

Die Vorschrift knüpft zunächst an Artikel 1 § 5 Nr. 3 RBERG an. Sie geht aber über diese Vorschrift hinaus, indem sie ausdrücklich auch die Wohnungsverwaltung nennt. Damit sind neben Verwaltern von Mietwohnungen auch die Wohnungswalter nach dem Wohnungseigentumsgesetz erfasst, soweit diese nicht die Gemeinschaft ohnehin gesetzlich vertreten.

Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1993 hatte der Bundesgerichtshof zum Wohnungseigentumsverwalter entschieden, dass dieser, obwohl er regelmäßig von der Eigentümerversammlung und nicht vom Gericht ernannt wird und keiner Aufsicht durch das Gericht unterliegt, einer behördlich eingesetzten Person gleichstehe und damit eine nach Artikel 1 § 3 Nr. 6 RBERG erlaubnisfreie Tätigkeit ausübe (BGH, V ZB 9/92 v. 6. Mai 1993, NJW 1993, 1924). An dieser seitdem unbestrittenen Rechtslage will die Neuregelung in der Sache nichts ändern. Allerdings ist die Tätigkeit des Wohnungseigentumsverwalters künftig nicht dem Personenkreis der gerichtlich oder behördlich bestellten Personen nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 zuzuordnen. Sie stellt sich vielmehr als ein Fall der im Zusammenhang mit der Verwaltungstätigkeit zulässigen Nebenleistung dar.

Zu Nummer 3 (Fördermittelberatung)

Durch die Aufnahme der Fördermittelberatung in den Kreis der erlaubten Tätigkeiten wird der wachsenden Bedeutung dieser Tätigkeit im Wirtschaftsleben Rechnung getragen. Spezialisierte Fördermittelberater können durch ihre Kenntnisse Existenzgründungen maßgeblich unterstützen und fördern. Ihre im Kern unternehmensberatende Tätigkeit lässt sich ohne rechtsdienstleistenden Teil, insbesondere die Hilfestellung und Vertretung bei der Beantragung nationaler oder europäischer Fördergelder, nicht erbringen.

Aus diesem Grund hat der Bundesgerichtshof nunmehr auch die Fördermittelberatung grundsätzlich vom Erlaubniszwang nach dem RBERG ausgenommen (BGH, I ZR 128/02 v. 24. Februar 2005, NJW 2005, 2458 – „Fördermittelberater“). Er hat allerdings – ähnlich wie in seiner „Testamentsvollstrecker“-Entscheidung (vgl. Begründung zu Nummer 1) – ausdrücklich offen gelassen, ab wann ein Fördermittelberater bei seiner Tätigkeit im Einzelfall unzulässigerweise Rechtsrat erteilt, wenn er seine Pflicht zur Beteiligung einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwalts verletzt.

Wie bei der Testamentsvollstreckung sollen demgegenüber nach Nummer 3 künftig alle im Zusammenhang mit der Fördermittelberatung zu erbringenden Rechtsdienstleistungen zulässig sein. Auch für den nichtanwaltlichen Fördermittelberater besteht dabei die – vertraglich übernommene – Pflicht, seinerseits juristisch qualifizierten, anwaltlichen Rat einzuholen, sobald seine eigenen Kenntnisse für die sachgerechte Beratung und Vertretung des Rechtsuchenden nicht mehr ausreichen. Eine Verletzung dieser – stets nur im Einzelfall zu prüfenden – Pflicht löst Haftungsansprüche aus; eines darüber hinausgehenden Verbots durch das RDG bedarf es nicht.

Für alle sonstigen Tätigkeiten von Unternehmensberatern, die nicht im Zusammenhang mit der Erlangung von Fördermitteln stehen, gelten die Regelungen in den Absätzen 1 und 3. Umfassende Rechtsdienstleistungen in den Bereichen Unternehmensgründung, -nachfolge oder -übertragung und auf rechtlich ähnlich komplexen Gebieten sind daher regelmäßig nur in Zusammenarbeit mit einem Rechtsanwalt zulässig.

Zu Absatz 3

Wie gerade die Entwicklung der letzten Jahre gezeigt hat, bilden sich fortlaufend neue Berufe heraus, die den Anforderungen in der Gesellschaft nach neuen Dienstleistungsformen gerecht werden wollen. In diesen Bereichen erwartet der Auftraggeber „Lösungen aus einer Hand“, bei denen nicht nur technische oder wirtschaftliche Fragen, sondern gerade auch die sich in diesem Zusammenhang stellenden rechtlichen Fragen geklärt werden. Für die „Gesamtlösung“ sind in der Regel weder Anwälte noch die Fachleute für die wirtschaftlichen, technischen oder sonstigen Spezialbereiche ausreichend ausgebildet. Diesen aufgezeigten Kundenerwartungen tragen heute schon die großen Anwaltskanzleien Rechnung, indem sie Teamlösungen unter Einbindung von technisch oder wirtschaftlich ausgebildeten Angestellten anbieten.

Durch die Regelung in Absatz 3 soll die Möglichkeit geschaffen werden, diese Lösungen auch außerhalb eines Angestelltenstatus für Angehörige nichtanwaltlicher Berufe in einer Anwaltskanzlei zu ermöglichen, da es keinen sachlichen Grund dafür gibt, warum eine Person, die technische, wirtschaftliche oder ähnliche Dienstleistungen erbringt, nicht als gleichberechtigter Partner neben die Person soll treten können, die für die rechtsdienstleistende Tätigkeit zuständig ist. Die Regelung in Absatz 3 schafft dabei die Voraussetzungen auf der Seite des Dienstleistenden, während gleichzeitig die Voraussetzungen für diese neuen Zusammenarbeitsformen auf Seiten der Rechts- und Patentanwälte durch Änderungen des anwaltlichen Berufsrechts ermöglicht werden (vgl. dazu Begründung zu den Artikeln 4 und 7).

Nach Absatz 3 darf der nichtanwaltliche Dienstleistende auch Rechtsdienstleistungen, die nicht lediglich Nebenleis-

tungen sind, als Teil seines eigenen Dienstleistungsangebots anbieten, sofern nur der spezifisch rechtsdienstleistende Teil seiner vertraglichen Pflichten durch einen Anwalt – sei es aufgrund einer verstetigten Zusammenarbeit in Form einer Sozietät, sei es aufgrund einer einmaligen Hinzuziehung – ausgeführt wird. Im letztgenannten Fall bedarf es nicht eines gesonderten Vertragsschlusses zwischen dem Rechtsuchenden und dem hinzugezogenen Anwalt. Vielmehr darf der Dienstleistende sich eines von ihm selbst auszuwählenden und zu bezahlenden Anwalts zur Erfüllung der von ihm übernommenen Vertragspflichten bedienen.

Der Anwendungsbereich des Absatzes 3 ist nach seinem Wortlaut nicht auf eine Zusammenarbeit mit Rechtsanwälten beschränkt, sondern erlaubt die Einschaltung jeder Person, der die selbständige entgeltliche Erbringung der fraglichen Rechtsdienstleistung gestattet ist. Daher ist auch eine Hinzuziehung anderer rechtsdienstleistungsbefugter Personen zulässig. In Betracht kommt, abhängig vom Inhalt der Rechtsdienstleistung, etwa die Einschaltung von Patentanwälten, Inkassounternehmern oder Rentenberatern, aber auch die Hinzuziehung von Rechtsbeiständen, soweit deren Rechtsdienstleistungsbefugnis nach § 1 Abs. 3 RDGEG fortbesteht (vgl. Begründung zu Artikel 2 § 1).

Eine zulässige Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch den nichtanwaltlichen Dienstleister liegt, wie der letzte Teilsatz verdeutlicht, nur vor, wenn gewährleistet ist, dass die zur Erbringung der Rechtsdienstleistung hinzugezogene Person diese Rechtsdienstleistung eigenverantwortlich erbringt. Ist dies aufgrund der Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen zwischen dem nichtanwaltlichen Dienstleister und der von ihm mit der Durchführung der rechtsdienstleistenden Tätigkeit beauftragten Person nicht der Fall, so liegt keine zulässige Erbringung von Rechtsdienstleistungen vor, mit der Folge, dass auch der mit dem Rechtsuchenden geschlossene Vertrag nichtig ist (vgl. Begründung zu § 3). Diese Nichtigkeitsfolge gewährleistet, dass die Zusammenarbeit mit Personen, denen die Erbringung von Rechtsdienstleistungen erlaubt ist, nicht nur von Seiten der berufsrechtlich durch § 59a Abs. 4 BRAO-E in besonderer Weise verpflichteten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (vgl. dazu Begründung zu Artikel 4 Nr. 3 Abs. 4), sondern auch von Seiten der nichtanwaltlichen Dienstleister seriös ausgestaltet werden wird. Die eigenverantwortliche Erbringung des rechtsdienstleistenden Teils der Tätigkeit impliziert, dass alle Rechtsdienstleistungen frei von Weisungen des nichtanwaltlichen Dienstleisters und ausschließlich im Interesse des Rechtsuchenden erbracht werden.

Nicht erfasst von Absatz 3 sind bereits nach dessen Wortlaut, aber auch nach Sinn und Zweck der Regelung Tätigkeiten angestellter Rechtsanwälte. Durch die Hinzuziehung eines im Unternehmen beschäftigten Syndikusanwalts kann keine nach Absatz 3 zulässige Rechtsdienstleistung herbeigeführt werden.

Zu Teil 2 (Rechtsdienstleistungen durch nicht registrierte Personen)

Zu § 6 (Unentgeltliche Rechtsdienstleistungen)

Zu Absatz 1

Die Vorschrift enthält den Grundsatz der Zulässigkeit unentgeltlicher Rechtsdienstleistungen, die – gegebenenfalls unter

Einhaltung der in Absatz 2 normierten Pflichten – grundsätzlich erlaubt sind, soweit sich nicht aus anderen Gesetzen, etwa der Bundesrechtsanwaltsordnung oder dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, ein Verbot unentgeltlicher Tätigkeit ergibt.

Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist, dem einschränkenden Wortlaut und den Zielen der Vorschrift entsprechend, autonom auszulegen:

Keine Unentgeltlichkeit liegt, dem allgemeinen Verständnis dieses Rechtsbegriffs im Bürgerlichen Recht entsprechend, zunächst vor, wenn die Rechtsdienstleistung nach dem Willen des Dienstleistenden und des Rechtsuchenden von einer Gegenleistung des Rechtsuchenden abhängig sein soll. Als Gegenleistung kommt dabei nicht nur eine Geldzahlung, sondern jeder andere Vermögensvorteil in Betracht, den der Rechtsdienstleistende für seine Leistung erhalten soll.

Entgeltlich im Sinn des RDG erfolgt eine Rechtsdienstleistung darüber hinaus aber auch dann, wenn eine Vergütung nicht explizit im Hinblick auf die rechtsdienstleistende Tätigkeit, sondern im Zusammenhang mit anderen beruflichen Tätigkeiten des Dienstleistenden anfällt oder auch nur anfallen kann. Immer dann, wenn die rechtsdienstleistende Tätigkeit im Zusammenhang mit einer anderen – entgeltlichen – beruflichen Tätigkeit erbracht wird, liegt daher keine unentgeltliche Rechtsdienstleistung vor. Grundsätzlich erlaubt § 6 damit nur uneigennützige Rechtsdienstleistungen; bereits die auf eine mittelbare Gewinnerzielung gerichtete Absicht steht der Unentgeltlichkeit im Sinn von § 6 entgegen. Aus diesem Grund können sich etwa Banken, die Rechtsdienstleistungen im Bereich der Testamentsgestaltung oder der Unternehmensnachfolge anbieten, nicht auf die Unentgeltlichkeit ihres Beratungsangebots berufen, da dieses für den Bankkunden zunächst kostenlos erscheinende Beratungsangebot im Hinblick auf eine entgeltliche Leistung, nämlich die Vermögensanlage, erfolgt. Es handelt sich in diesen Fällen um eine Leistung, deren Zulässigkeit allein auf § 5 RDG gestützt werden kann.

Entsprechendes gilt in jedem Fall, in dem Rechtsdienstleistungen zwar im Einzelfall ohne besonderes Entgelt erbracht werden, jedoch eine Mitgliedschaft in einer Vereinigung voraussetzen. In diesem Fall richtet sich die Zulässigkeit der Rechtsdienstleistungen allein nach § 7, der für die Mitgliederrechtsberatung gegenüber § 6 lex specialis ist (vgl. Begründung zu § 7).

Dagegen stehen weder im Rahmen des Üblichen erfolgende freiwillige Geschenke, wie sie vor allem bei der Inanspruchnahme von Rechtsrat im Familien- und Bekanntenkreis weit verbreitet sind, noch die – nicht einzelfallbezogene – Finanzierung der rechtsdienstleistenden Tätigkeit durch öffentliche oder private Gelder der Unentgeltlichkeit entgegen.

Aufwandsentschädigungen stellen ein Entgelt nur dar, soweit sie eine Honorierung der aufgewandten Arbeitszeit bedeuten; dagegen steht reiner Auslagenersatz, insbesondere Schreib- und Portoauslagen sowie Fahrtkostenersatz im üblichen Rahmen, der Unentgeltlichkeit nicht entgegen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 enthält für alle Personen, die Rechtsdienstleistungen nicht nur innerhalb des Familien- und Bekanntenkreises erbringen, eine gesetzliche, zum Schutz der Rechtsuchenden