

Rechts

Der Rechtsbeistand



Zeitschrift für Berufsrecht und Praxis
der rechtsberatenden Berufe

zugleich Organ des
Bundesverbandes Deutscher
Rechtsbeistände/Rechtsdienstleister e.V.

Herausgeber:

Bundesverbandes Deutscher
Rechtsbeistände/Rechtsdienstleister e.V.

Berufsorganisation der Erlaubnisinhaber
nach dem Rechtsberatungsgesetz

Geschäftsstelle: Rheinweg 24, 53113 Bonn
Telefon (02 28) 92 39 91 20, Telefax (02 28) 92 39 91 26

Zitierweise: Rbeistand

ISSN 0723-5577

Aus dem Inhalt

**Das rechtliche Gehör vom Schuldner
übersehener oder weggelassener Insolvenz-
gläubiger in Verfahren mit Restschuldbefreiung**
Seite 02

**BDR-Berufsstandsvertretung auch für
verkammerte Rechtsbeistände**
Seite 05

**Anwaltliche Beratung zum Pauschalpreis
von 20,- Euro**
Seite 07

Keine Anwaltskosten bei Routine-Spam
Seite 13

Zeitschrift für Berufsrecht und Praxis der rechtsberatenden Berufe – zugleich Organ des Bundesverbandes Deutscher Rechtsbeistände/Rechtsdienstleister e.V.

Herausgeber: Bundesverband Deutscher Rechtsbeistände/Rechtsdienstleister e.V.

Präsident: H. Walter Heinze

Geschäftsstelle: Rheinweg 24, 53113 Bonn

Telefon (02 28) 92 39 91 20, Telefax (02 28) 92 39 91 26

Schriftleitung: Rechtsanwältin Dorothe Moraing

Zitierweise: Rbeistand

Herstellung: Köllen Druck+Verlag GmbH

Ernst-Robert-Curtius-Straße 14, 53117 Bonn-Buschdorf

Telefon: (02 28) 98 98 20

Sämtliche Einsendungen werden an die Schriftleitung, Frau Rechtsanwältin Dorothe Moraing, Rheinweg 24, 53113 Bonn, Telefon (02 28) 92 39 91 20, Telefax (02 28) 92 39 91 26, E-Mail: : bdr@rechtsbeistand.de, erbeten.

Für Manuskripte und Entscheidungen, die unaufgefordert eingereicht werden, ist Rückporto beizufügen, wenn sie für den Fall der Nichtannahme zurück erwartet werden. Die Annahme muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erwirbt der Herausgeber vom Verfasser alle Rechte einschließlich der weiteren Vervielfältigung auch zu gewerblichen Zwecken. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen.

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung des Herausgebers oder der Schriftleitung dar. Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Dies gilt auch für die veröffentlichten Entscheidungen der Gerichte und Leitsätze, wenn sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert, erarbeitet oder bearbeitet sind. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verbands unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

► Aufsatz ◀

- Das rechtliche Gehör vom Schuldner übersehener oder weggelassener Insolvenzgläubiger in Verfahren mit Restschuldbefreiung** 2
Von Paul Wagner

► Berufsrechtliche Rechtsprechung ◀

- BDR – Berufsstandsvertretung auch für verkammerte Rechtsbeistände** 5
AG Köln, Urteil vom 14.03.2007 – 119 C 624/05

- Anwaltliche Beratung zum Pauschalpreis von 20,- Euro** 7
OLG Stuttgart, Urteil vom 28.12.2006 – 2 U 134/06

- Keine Anwaltskosten bei Routine-Spam** 13
BGH, Urteil vom 12.12.2006 – VI ZR 175/05
LG Berlin, AG Schöneberg

- Sofortige Beschwerde gegen Beschlüsse des Insolvenzgerichts** 15
BGH, Beschluss vom 21.09.2006 – IX ZB 127/05
LG Köln, AG Köln

- Die Überprüfung von Architektenleistungen verstößt nicht gegen das RBERG** 16
BGH, Urteil vom 7.12.2006 – VII ZR 290/04
OLG Rostock, LG Neubrandenburg

- Pfändung bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft – keine Eigentumsvermutung zu Gunsten des Gläubigers** 18
BGH, Urteil vom 14.12.2006 – IX ZR 92/05
OLG Düsseldorf, LG Krefeld

- Beweislast für die Kenntnis der nach Eintritt des Versicherungsfalles mitzuteilenden Umstände** 21
BGH, Urteil vom 13.12.2006 – IV ZR 252/05
Kammergericht LG Berlin

► Versicherungsberater-Info ◀

- Verwendung der Berufsbezeichnung Versicherungsberater** 23
OLG München, Urteil vom 16.11.2006 – 29 U 3771/06
LG München I

► Rechtsprechung kurz gefasst ◀

- Erbrechtsberatung durch Banken – Verstoß gegen das RBERG** 26

- Bundesgerichtshof erleichtert die Durchsetzung des Pfändungsschutzes für Sozialleistungsempfänger** 27

- BGH entscheidet zur Beweislast bei der Vollstreckung gegen nichteheliche Lebenspartner** 28

- Keine uneingeschränkte Erstattung sog. „Unfallersatztarife“** 28

► Mitteilungen ◀

- Anforderungen an Fahrtenbücher** 29

- Das Erbe des GmbH-Gesellschafters** 30

- Mehraufwand bei der betrieblichen Altersvorsorge vermeiden** 30

► BDR intern ◀

- In memoriam – Ehrenpräsident Hans Triendl** 31

► Rezensionen ◀

- Testamentsgestaltung** 31

- Der gerichtliche Sachverständige** 32

- „Kostengesetze“ mit dem 2. JuMoG** 32

- Berufsrisiken des Strafverteidigers** 32



Das rechtliche Gehör vom Schuldner übersehener oder weggelassener Insolvenzgläubiger in Verfahren mit Restschuldbefreiung

Paul Wagner, Richter am Amtsgericht München

Der Beitrag zeigt, warum nach Ansicht des Verfassers – entgegen einem obiter dictum des Bundesgerichtshofs (ZVI 2006, 403) – für die Inhaber einer titulierten Forderung gegenüber einer natürlichen Person weder ein Anlass noch eine Pflicht besteht, Insolvenzbekanntmachungen laufend daraufhin zu überprüfen, ob ihr Schuldner einen Insolvenzantrag gestellt hat.

I. Einleitung

Mit Beschluss vom 13.7.2006 hat der Bundesgerichtshof¹ entschieden, Insolvenzgläubiger, die am Insolvenzverfahren nicht teilgenommen haben, weil der Schuldner sie im Vermögensverzeichnis nicht genannt hat, dürften während der so genannten Wohlverhaltensphase keine Einzelzwangsvollstreckung betreiben. Dies ist richtig.

Jede andere Auslegung des in § 294 Abs. 1 InsO geregelten Verbots der Einzelvollstreckung würde zu einer Besserstellung übersehener oder weggelassener Insolvenzgläubiger gegenüber den am Verfahren teilnehmenden führen.

Im letzten Absatz der Entscheidungsgründe erklärt der Bundesgerichtshof: Eine Schutzbedürftigkeit des am Insolvenzverfahren nicht teilnehmenden Insolvenzgläubigers sei, „unter den vorgenannten Umständen“ (also wenn er vom Schuldner im Vermögensverzeichnis nicht angeführt wurde) nicht anzuerkennen. Seit Einführung der Restschuldbefreiung im Jahre 1999 müssten Gläubiger verstärkt damit rechnen, dass auch ihr Schuldner Insolvenzantrag stellt. Jedenfalls für Inhaber titulierter Forderungen sei es nicht unzumutbar, die im Verbraucherinsolvenzverfahren nach § 312 Abs. 1 InsO vorgesehenen Bekanntmachungen zu verfolgen.

Dies ist falsch. Nicht deshalb, weil die öffentliche Bekanntmachung nicht in § 312 Abs. 1 InsO, sondern in § 9 InsO steht. Das ist nur peinlich.²

Das Problem, das in dieser Aussage steckt, besteht in Folgendem: Vom Schuldner übersehene oder bewusst weggelassene

Insolvenzgläubiger können am Verfahren nur teilnehmen, wenn sie vor Ankündigung der Restschuldbefreiung ihre Forderungen an- oder nachmelden. Erfahren sie von dem Verfahren erst später oder überhaupt nicht, sind sie weder an einem etwaigen Verteilungserlös beteiligt, noch können sie Verfahrensrechte wahrnehmen.

Da sich die Restschuldbefreiung gem. § 301 Abs. 1 InsO auf alle, also auch auf übersehene oder weggelassene Gläubiger erstreckt, können sie die Umwandlung ihrer titulierten Forderung in eine faktisch wertlose Naturalobligation nicht mehr abwenden.

II. Rechtliches Gehör

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist jedem, dessen Rechte in einem Verfahren durch eine Entscheidung beeinträchtigt werden, ausreichend Gelegenheit zu geben, sich am Verfahren zu beteiligen. Abgeleitet wird dies aus Art. 103 Abs. 1 GG, der das rechtliche Gehör schützt. Dies gilt natürlich besonders dann, wenn, wie im Falle des § 301 Abs. 1 InsO, Rechte endgültig nicht mehr durchsetzbar sind. Der Frage, ob die öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung genügt, um den vom Schuldner übersehenen oder weggelassenen Gläubigern ausreichend Gelegenheit zur Teilnahme am Verfahren gibt, kommt also erhebliche Bedeutung zu.

2. Zu den selbstverständlichen Pflichten jedes Schuldners, der Insolvenzantrag mit Restschuldbefreiung stellt, gehört es, die Gläubiger vollständig zu benennen. Lässt er vorsätzlich oder grob fahrlässig Gläubiger weg, gilt er als unredlich, so dass ihm die Restschuldbefreiung versagt werden kann, § 290 Abs. 1 Nr. 6 InsO.

Nun gehört es – zurückhaltend formuliert – zu den Besonderheiten des Restschuldbefreiungsverfahrens, eine Pflichtverletzung nicht zu sanktionieren, sondern faktisch zu honorieren: Nach § 301 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO werden Schuldner von ihren Verbindlichkeiten gegenüber allen Insolvenzgläubigern frei, auch gegenüber denen, die sie grob fahrlässig oder vorsätzlich weggelassen haben.

Zu dem erstaunlichen Ergebnis, dass eine Pflichtverletzung zu einer Besserstellung des Schuldners führt, trägt eine weitere Kuriosität des Restschuldbefreiungsverfahrens bei: Das Vorliegen von Versagungsgründen ist nicht von Amts wegen zu prüfen³, sondern nur, wenn ein Gläubiger im Schlusstermin Versagung beantragt, § 290 Abs. 1 InsO.

¹ BGH, Beschl. v. 13.7.2006 – IX ZB 288/03, ZVI 2006, 403.

² Etwas viel der Peinlichkeit wird es, wenn der BGH im Absatz vorher schreibt: „[...] für den Fall, dass der Schuldner entgegen § 305 Abs. 1 Nr. 3 InsO die [...] Forderung nicht angemeldet hat“ und damit meint, der Schuldner habe im Gläubigerverzeichnis einen Gläubiger und dessen Forderung nicht angegeben.

Wie soll nun ein im Vermögensverzeichnis übersehener oder absichtlich weggelassener Gläubiger Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung stellen, obwohl er vom Verfahren keine Kenntnis hat und – wie nachfolgend noch detailliert dargestellt wird – auch keinen Anlass hat, öffentliche Bekanntmachungen daraufhin zu überprüfen, ob der Schuldner Insolvenzantrag gestellt hat?

3. Vorschläge in der Literatur, § 301 Abs. 1 InsO verfassungskonform dahin auszulegen, unverschuldet zu spät angemeldete Forderungen nicht von der Wirkung der Restschuldbefreiung zu erfassen⁴ oder Gläubiger bei hinreichender Entschuldigung Forderungen noch nachträglich (ob damit noch nach Ankündigung der Restschuldbefreiung gemeint ist, wird nicht deutlich) anmelden zu lassen⁵, scheitern schon am klaren Wortlaut des § 301 Abs. 1 Satz 1 InsO („die Restschuldbefreiung [...] wirkt [...] gegen alle Insolvenzgläubiger“). Das durch Satz 2 noch verstärkt wird. Dort heißt es ausdrücklich, von der Restschuldbefreiung erfasst würden auch die Gläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben.

Wer Insolvenzgläubiger ist, definiert § 38 InsO, nämlich jeder, der zur Zeit der Eröffnung einen Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat. Für eine Auslegung bleibt also kein Raum. Zudem würde eine Anmeldung noch nach Ankündigung der Restschuldbefreiung die Notwendigkeit einer Korrektur der §§ 174 ff. InsO, die die Forderungsanmeldung regeln, nach sich ziehen. Praktisch würde sie zu nahezu unlösbaren Schwierigkeiten führen, da selbst rechtskräftig zur Tabelle festgestellte Forderungen neu berechnet werden müssten, vergleiche § 178 Abs. 1 InsO.

III. Schutzbedürftigkeit von nicht teilnehmenden Gläubigern

Ist nun, wie der Bundesgerichtshof meint, eine Schutzbedürftigkeit des am Insolvenzverfahren nicht teilnehmenden Insolvenzgläubigers „unter den vorgenannten Umständen“ nicht anzuerkennen, weil es für diesen „nicht unzumutbar“ sei, die in Insolvenzverfahren vorgesehenen Bekanntmachungen zu verfolgen?

Eine genauere Analyse dieser Behauptung wird zeigen, warum obiter dicta möglichst unterlassen oder zumindest sorgfältig durchdacht oder formuliert sein sollten.

1. Eine Schutzbedürftigkeit am Insolvenzverfahren nicht teilnehmender Insolvenzgläubiger ist tatsächlich nicht anzuerkennen. Es ist nämlich deren autonome Entscheidung, ob sie ihre Forderung anmelden oder nicht. Nur geht es hier nicht um „nicht teilnehmende“, sondern um einen vom Schuldner nicht angegebenen Insolvenzgläubiger, der erst durch die Weigerung des Gerichtsvollziehers, aus einem Titel zu vollstrecken, vom Insolvenzverfahren erfuhr. Dies sollte klar formuliert und nicht mit „nicht teilnehmen [...] unter den vorgenannten Umständen“ umschrieben werden.

2. Warum sind die Inhaber titulierter Forderungen schutzwürdig und -bedürftig?

2.1 Schutzwürdig sind Inhaber titulierter Forderungen, weil in einem geordneten (Gerichts-) Verfahren festgestellt wurde, dass sie gegenüber dem Schuldner einen berechtigten Anspruch haben.

2.2 Schutzbedürftig sind sie, weil der Staat ihnen jede eigenmächtige Beitreibung von Forderungen untersagt. Sie bedürfen also zwingend staatlicher Hilfe, um ihre Rechte durchsetzen zu können. Wer Selbstjustiz verbietet, muss effektive staatliche Hilfe zur auch zwangsweisen Durchsetzung titulierter Rechte zur Verfügung stellen. Gleichzeitig muss der Staat sicherstellen, dass redlichen Schuldner ein über dem Sozialhilfesatz liegender Betrag zum Bestreiten ihres Lebensunterhalts verbleibt und unredlichen mindestens der Sozialhilfesatz.

IV. Staatlich zugelassene Zwangsvollstreckungsmittel

Wie sieht nun die Hilfe aus, die der Staat Inhabern titulierter Forderungen gewährt, und wie der Schutz, den er Schuldner gewährt?

1. Zum 1.1.2002 hat der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsreform beschlossen, die 30-jährige Titelverjährung beizubehalten. In der Zivilprozessordnung blieb es bei den bestehenden Zwangsmaßnahmen, die von Gehalts-, Konto- und Sachpfändung bis Durchsuchung und Verhaftung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung reichen. Beibehalten wurde auch § 850 f Abs. 2 ZPO, wonach durch unredliches Verhalten, nämlich eine vorsätzlich unerlaubte Handlung, geschädigte Gläubiger die Herabsetzung der Pfändungsfreigrenzen bis zum Sozialhilfesatz beantragen können. Massiv verstärkt wurde der Schuldnerschutz durch die nahezu 50 prozentige Anhebung der Pfändungsfreigrenzen.

2. Nicht jeder Volljurist, geschweige denn jeder Titelinhaber weiß, dass fast zeitgleich, nämlich zum 1.12.2001, dasselbe Bundesministerium der Justiz etwas völlig anderes Gesetz werden ließ. Die auf sechs Jahre und Teile des Pfändbaren beschränkbare Haftung natürlicher Personen.

Der Staat sagt damit einerseits Titelinhabern zu, ihnen bei der Prüfung der Vermögenssituation aller zahlungsunfähigen Ein-

3 Die Unvollständigkeit von Gläubigerverzeichnissen wird in der Praxis z.B. dadurch bekannt, dass weggelassene Gläubiger, insbesondere Finanzämter und Träger der Sozialversicherung, Fremdantrag stellen. Einige Schuldner geben selbst an, dass sie keine Übersicht über ihre gesamten Schulden haben, weil sie Unterlagen verloren haben. Gelegentlich wird von Gläubigern in der Wohlverhaltensphase Versagung der Restschuldbefreiung beantragt, weil sie vom Schuldner bewusst weggelassen wurden. Unabhängig davon, ob dies zutrifft, ist dies kein Versagungsgrund. Ab Ankündigung der Restschuldbefreiung kann eine Versagung nur auf die in §§ 296, 297 InsO genannten Umstände, gestützt werden. Wird das bewusste Weglassen von Gläubigern erst in der Wohlverhaltensphase entdeckt, erhält der Schuldner – obwohl er nach § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO als unredlich gilt – Restschuldbefreiung.

4 Döbereiner, Die Restschuldbefreiung nach der Insolvenzordnung, 1997, S. 211.

5 Prütting/Stichelbrock, ZVI 2002, 307.

zelpersonen und bei der gegebenenfalls zwangsweisen Durchsetzung ihrer Rechte 30 Jahre lang Hilfe zu leisten, und zwar unabhängig davon, ob der Schuldner redlich oder unredlich ist.

Diese Zusage steht allerdings unter einem Vorbehalt. Stellt der Schuldner Antrag auf Insolvenz mit Restschuldbefreiung, dürfen sie die Vermögenssituation nur eingeschränkt und nur sechs Jahre lang überprüfen und erhalten während dieser Zeit nur Teile des Pfändbaren. Werden sie vom Schuldner im Gläubigerverzeichnis übersehen oder weggelassen, verlieren sie ihre Titel, es sei denn, sie erfahren vor Ankündigung der Restschuldbefreiung vom Insolvenzverfahren und können so ihre Forderung an- oder nachmelden.⁶

V. Von welcher Form der Bekanntmachung ist im Beschluss des Bundesgerichtshofs die Rede

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall ging es nicht um eine Bekanntmachung im Internet, sondern um die öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung nach § 9 Abs. 1 InsO a. F., da im zu entscheidenden Fall das Insolvenzverfahren bereits am 30.7.2001 eröffnet und die Restschuldbefreiung am 17.12.2001 angekündigt worden war. Seine Forderung hätte der Insolvenzgläubiger nur bis zum 17.12.2001 nachmelden können.

Präzise formuliert lautet die Aussage des Bundesgerichtshofs also: Dem vom Schuldner im Vermögensverzeichnis nicht genannten Insolvenzgläubiger sei es „nicht unzumutbar“, entweder den Bundesanzeiger oder die geltenden Amtsblätter der Insolvenzgerichte daraufhin durchzusehen, ob der Schuldner seiner titulierten Forderung Insolvenzantrag gestellt hat.

Gilt dies für die Amtsblätter aller Insolvenzgerichte, weil Zahlungsunfähige bekanntlich häufiger den Wohnsitz wechseln, als Zahlungsfähige?

Oder sollen die Gläubiger besser gleich alle Amtsblätter abonnieren und regelmäßig durchstudieren?

Ahnt der Bundesgerichtshof, dass dies eine Zumutung ist, weil er zu einer doppelten Verneinung greift?

Warum sagt er nicht klar, dass Inhaber titulierter Forderungen damit rechnen müssten,

- (1) ihr Schuldner könnte Insolvenzantrag mit Restschuldbefreiung stellen
- (2) und sie im Vermögensverzeichnis übersehen oder weglassen.

- (3) Jeder Gläubiger müsste ferner wissen, dass sich die Restschuldbefreiung auf übersehene und weggelassene Gläubiger erstreckt, weshalb er,
- (4) regelmäßig den Bundesanzeiger oder Amtsblätter auf mögliche Insolvenzanträge ihrer Schuldner durchsehen muss.
- (5) Dadurch wäre ihnen ausreichend Gelegenheit zur Teilnahme am Verfahren und rechtliches Gehör gewährt,
- (6) weshalb es rechtstaatlich unbedenklich sei, wenn er weder am Verteilungserlös teilnehmen noch Verfahrensrechte wahrnimmt und
- (7) seine titulierte Forderung wertlos wird.

Hätte der Bundesgerichtshof auch dann noch formuliert: „Dieses Ergebnis bedeutet für die am Insolvenzverfahren nicht teilnehmenden Insolvenzgläubiger keine unzumutbare Schlechterstellung“, wie in II 2 b bb der Gründe?

VI. Zusammenfassung

1. Gläubiger titulierter Forderungen verfügen üblicherweise nicht über insolvenzrechtliche Spezialkenntnisse. Ihnen ist daher in aller Regel nicht bekannt, dass sich nach § 301 InsO die Restschuldbefreiung auf alle Insolvenzgläubiger, also auch auf die, die vom Schuldner übersehen oder weggelassen wurden, erstreckt.

2. Für sie besteht daher kein Anlass, Amtsblätter oder das Internet⁷ daraufhin zu überprüfen, ob ihr Schuldner Insolvenzantrag gestellt hat.

3. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG beinhaltet, dass jedem, dessen Rechte durch eine Entscheidung beeinträchtigt werden, ausreichend Gelegenheit zu geben ist, sich am Verfahren zu beteiligen.

4. Übersehene oder weggelassene Insolvenzgläubiger erleiden faktisch einen vollständigen und endgültigen Rechtsverlust, wenn sie vom Verfahren nichts oder erst nach Ankündigung der Restschuldbefreiung erfahren. Sie können dann weder Verfahrensrechte wahrnehmen, noch sind sie an einer etwaigen Verteilungsquote beteiligt. Sie können auch nicht mehr verhindern, dass ihr Titel zu einer wertlosen Naturalobligation umgewandelt wird.

5. § 301 Abs. 1 InsO ist insofern mit Art. 103 Abs. 1 GG unvereinbar, als er die Wirkung der Restschuldbefreiung auf übersehene oder weggelassene Insolvenzgläubiger erstreckt.

Eine verfassungskonforme Auslegung scheidet am eindeutigen Wortlaut, der nicht in sein Gegenteil verkehrt werden kann. Zudem würde eine solche Auslegung zugleich eine Änderung der §§ 174 ff. InsO notwendig machen. Es ist also nicht nur juristisch unsinnig, Nachlässigkeit oder bewusste Pflichtverletzung von Schuldner, wie das Übersehen oder Weglassen von Insolvenzgläubigern, nicht zu ahnden, sondern zu belohnen. § 301 Abs. 1 InsO ist vielmehr auch, soweit er dies vorsieht, verfassungswidrig, nämlich mit Art. 103 Abs. 1 GG und der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG (die nicht nur Eigentum im engeren Sinne, sondern auch Vermögensrechte schützt) unvereinbar.

6 Der BMJ-Entwurf zum Entschuldungs- und Verbraucherinsolvenzverfahren vom 2.3.2006 (ZVI 2006, Beilage 1 zu Heft 3) schlägt vollends die Einführung der „multiple choice“ Haftung für natürliche Personen vor.

7 Im Internet sind die Insolvenzgerichte erst seit 1.9.2005 vollständig vertreten; zwei Wochen nach Bekanntmachung der Eröffnung wird die Eintragung gelöscht, so dass der Gläubiger bei allen deutschen Insolvenzgerichten einzeln suchen müsste; auch dies würde ihm aber etwa bei einer Namensänderung des Schuldners nicht weiterhelfen.

► Berufsrechtliche Rechtsprechung ◀

BDR – Berufsstandsvertretung auch für verkammerte Rechtsbeistände

RBerG Art. 1 § 7; Verbandssatzung § 6 Abs. 1, lit d) bb)

Unwirksamkeit des Vereinsausschlusses wegen angeblicher Verletzung einer Satzungspflicht.

AG Köln, Urteil vom 14.03.2007 – 119 C 624/05

Sachverhalt: Der Kläger begehrt mit seiner Klage die Feststellung der Unwirksamkeit seines Ausschlusses aus dem beklagten Verein.

Der Kläger ist verkammerter Rechtsbeistand und Vorstandsmitglied des „Bundesverbandes Deutscher Rechtsbeistände e.V.“ (im folgenden BDR). Bis zu seinem Vereinsausschluss, der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, war er gleichzeitig Mitglied der Beklagten, einem Verein, dessen Mitglieder ausschließlich verkammerte Rechtsbeistände sind (im folgenden V).

Dieser Verein wurde im Jahre 1990 durch Abspaltung vom BDR gegründet. Mehrere Mitglieder, die dem neugegründeten Verein beitraten, behielten gleichzeitig ihre Mitgliedschaft beim BDR. Diese Doppelmitgliedschaft wurde von keinem der beiden Vereine beanstandet.

§ 3 Abs. 1 der Satzung des V bestimmt: „Der Gegenstand des Vereins ist die Wahrung, Pflege und Förderung aller beruflichen und wirtschaftlichen Interessen von Personen, die gemäß § 209 BRAO Mitglied einer Rechtsanwaltskammer sind.“

§ 2 Abs. 1 der Satzung des BDR bestimmt: „Der Verband wahrt die Berufsinteressen der Rechtsbeistandschaft und Erlaubnisträger nach dem Rechtsberatungsgesetz.“ Bezüglich des weiteren Inhalts der Satzungen von V und BDR wird auf die Blätter 34 bis 54 der Akte verwiesen.

Mit Schreiben vom 13.04.2005 wandte sich der Präsident des BDR in einem Rundschreiben an alle verkammerten Rechtsbeistände. Darin unterrichtete er die Adressaten, dass der Vorstand des BDR beschlossen hat, in seinem Verband eine „Ständige Deputation der Mitglieder von Rechtsanwaltskammern“ einzurichten. Die Adressaten wurden in dem Schreiben gebeten, Mitglieder des BDR zu werden.

Am 09.05.2005 beschloss der Gesamtvorstand des V, den Kläger aus dem V auszuschließen, da der Kläger als Vorstandsmitglied des BDR zur Unterstützung von dessen Verbandspolitik verpflichtet sei.

Mit Schreiben vom 08.06.2005 legte der Kläger Beschwerde gegen den Beschluss des V bei dessen Vorstand ein.

Mit Schreiben vom 04.08.2005 begründete der V den Vereinsausschluss mit der Verletzung von Vereinstreuepflichten durch den Kläger.

Der Kläger wies am 17.08.2005 die erhobenen Vorwürfe schriftlich zurück.

Durch Beschluss der Mitgliederversammlung vom 11.10.2005 wurde die Beschwerde des Klägers gegen den Vereinsausschluss zurückgewiesen. Der Kläger behauptet, es bestehe keine Vereinbarung zwischen dem BDR und dem V, die die Vertretung verkammerter Rechtsbeistände alleine dem V überlasse; eine Konkurrenzneutralität könne sich auch nicht konkludent aus den Satzungen der beiden Vereine ergeben. Auch die verkammerten Rechtsbeistände seien während der Dauer ihrer Mitgliedschaft in der Rechtsanwaltskammer Erlaubnisträger nach dem Rechtsberatungsgesetz (RBerG) und könnten damit Mitglieder im BDR sein. Der Kläger behauptet weiterhin, seit der Einrichtung von verkammerten Rechtsbeiständen im Jahr 1981 bestehe im BDR ein „Arbeitskreis verkammerter Rechtsbeistände“, der nun als „Ständige Deputation der Mitglieder von Rechtsanwaltskammern“ einen neuen Namen bekommen sollte.

Der Kläger beantragt, festzustellen, dass der Beschluss des Vorstandes des V vom 09.05.2005 in Gestalt des am 15.10.2005 zugestellten Beschlusses der Mitgliederversammlung des vorgenannten Vereins vom 11.10.2005 unwirksam ist.

Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Der Beklagte ist der Ansicht, die Vorstandstätigkeit des Klägers für den BDR stelle eine schuldhafte Pflichtverletzung im Sinne der Satzung des Beklagten dar, nachdem der BDR durch Begründung einer „Ständigen Deputation verkammerter Rechtsbeistände“ gezielt im Zuständigkeitsbereich des Beklagten tätig geworden sei. Der Beklagte behauptet, durch die klare Abgrenzung der satzungsmäßigen Aufgabenbereiche von V und BDR werde mit wechselseitiger Wirkung deren Konkurrenz- bzw. Wettbewerbsneutralität für alle Mitglieder verbindlich festgeschrieben.

Der Beklagte behauptet weiterhin, bei verkammerten Rechtsbeiständen und solchen Rechtsbeiständen, die (nur) Erlaubnisträger nach Art. 1 § 1 RBerG sind, handele es sich um zwei verschiedene Berufe, eine Vertretung der verkammerten Rechtsbeistände durch den BDR scheide bereits nach dessen Satzung aus. Der Beklagte behauptet, der Arbeitskreis der ver-

kammerten Rechtsbeistände im BDR sei nach Gründung des V dadurch geschlossen worden, dass die Mitglieder des Arbeitskreises dem neu gegründeten V beitraten.

Das Gericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 12.04.2006. Zum Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 31.07.2006 und auf das Sitzungsprotokoll des ersuchten Amtsgerichts Straubing vom 26.10.2006 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe: Die zulässige Klage ist begründet. Die Klage ist zulässig.

Der Kläger hat gemäß § 256 I ZPO ein schutzwürdiges Interesse an der alsbaldigen Feststellung, denn dem Recht des Klägers, seine satzungsgemäßen Rechte und Pflichten im V auszuüben, droht eine gegenwärtige Gefahr dadurch, dass der Beklagte das Recht des Klägers ernstlich bestreitet.

Die Klage ist auch begründet.

Der Vereinsausschluss des Klägers ist grob unbillig und damit rechtswidrig (zu den Prüfungsrichtlinien für die Rechtmäßigkeit eines Vereinsausschlusses vgl. BGH Z 87, 337 ff; BGH NJW 97, 3368 mit Anmerk. K. Schmidt, JuS 98, 266).

Der Kläger hat keine Pflichtverletzung gemäß § 6 Abs. 1, lit. d), bb) der Satzung des V begangen.

Die Vorstandstätigkeit des Klägers für den BDR, der im Jahr 2005 die Begründung einer „Ständigen Deputation verkammert Rechtsbeistände“ beschloss, stellt für die erkennende Abteilung keine schuldhaftige Pflichtverletzung im Sinne der Satzung des beklagten Vereins dar. Die behauptete Vereinbarung der Konkurrenzneutralität zwischen beiden Vereinen, die eine Pflichtverletzung seitens des Klägers begründen könnte, steht nicht zu hinreichender Überzeugung des Gerichts fest. Eine ausdrückliche schriftliche Vereinbarung zwischen beiden Vereinen besteht jedenfalls nicht.

Auch eine entsprechende Übereinstimmung zwischen den jeweiligen Präsidenten der Vereine steht nach der durchgeführten Beweisaufnahme nicht hinreichend fest. Der Zeuge H., der seit 1997 Präsident des BDR ist, und bis zu seinem Ausschluss ebenfalls Mitglied des V war, hat ausgesagt, dass es eine Vereinbarung über die Überlassung der Interessenvertretung der verkammerten Rechtsbeistände an den V nicht gab. Bei dieser Aussage bezog sich der Zeuge auch auf die ihm vorliegenden Unterlagen.

Der Zeuge M., der Mitglied in beiden Vereinen ist, zum Zeitpunkt der Aussage aber beide Mitgliedschaften bereits gekündigt hatte, konnte sich nicht daran erinnern, ob eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Vereinen bestand. Nach seinem Dafürhalten habe es aber keine förmliche Vereinbarung gegeben. Der Zeuge T., war zur Zeit der Gründung des V Präsident des BDR. Nach seiner Aussage gab es zwischen den

Präsidenten der Vereine keine Absprachen dahingehend, dass die verkammerten Rechtsbeistände ausschließlich vom V vertreten werden sollen.

Keiner der drei Zeugen konnte somit die Behauptung des Beklagten bestätigen.

Es steht nach Auffassung des Gerichts vielmehr fest, dass sich der BDR auch nach Gründung des V neben den nichtverkammerten Rechtsbeiständen auch weiterhin um die verkammerten Rechtsbeistände kümmern durfte. Dabei stützt sich das Gericht vor allem auf die Aussagen der Zeugen H. und M..

Der Zeuge M. hat ausgesagt, dass es bei der Gründung des V zwar das Ziel gewesen sei, die Interessen der verkammerten Rechtsbeistände alleine zu vertreten, es aber nicht möglich war, dem BDR die weitere Vertretung der verkammerten Rechtsbeistände zu untersagen. Nach seiner Aussage sollte auch kein Konkurrenzverhältnis zwischen den beiden Vereinen bestehen. Der Zeuge T. hat ausgesagt, dass es das Gesamtziel des BDR gewesen sei, die Rechtsbeistände zu verkammern und es auch nach Gründung des V keine Aufteilung dahingehend gegeben habe, dass Kammerrechtsbeistände nur im V und nichtverkammerte Rechtsbeistände im BDR organisiert wären. Der Zeuge H. hat ausgesagt, dass es im BDR vor der Gründung des V einen Arbeitskreis der verkammerten Rechtsbeistände gab. Nach der Gründung des V sei dieser Arbeitskreis aufgelöst worden und dessen Arbeit auf den Vorstand übertragen worden. Nach Aussage des Zeugen H. sei die Vertretung der Interessen der verkammerten Rechtsbeistände durch den BDR auch nach Auflösung dieses Arbeitskreises fortgesetzt worden. So habe es unter anderem eine Akademie für Aus- und Fortbildung gegeben. Auch der Zeuge M. hat die Existenz des Arbeitskreises beim BDR bestätigt. Der Zeuge konnte sich aber nicht mehr genau daran erinnern, wann und wie lange dieser Arbeitskreis existierte. Nach der Erinnerung des Zeugen war der Arbeitskreis nach Gründung des V nicht mehr aktiv, und der BDR habe sich seit der Gründung des V bis zum Ausscheiden des Zeugen H. aus dem Vorstand des V nicht mehr um die Interessenvertretung der verkammerten Rechtsbeistände gekümmert.

Nach Ansicht des Gerichts spricht dies aber nicht dafür, dass der BDR auf die Vertretung der verkammerten Rechtsbeistände verzichtet hat, vielmehr ergab sich aus der besonderen Situation, nämlich der Tatsache, dass der Präsident des BDR, der Zeuge H., gleichzeitig stellvertretender Vorsitzender des V war, und in dieser Position entscheidungstragend an der Interessenvertretung der verkammerten Rechtsbeistände mitwirken konnte, auch die Vertretung der verkammerten Rechtsbeistände durch den BDR.

Die Aussagen der Zeugen sind glaubhaft. Keiner der drei Zeugen hat ein persönliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits. Dies gilt auch für den Zeugen H. in seiner Eigenschaft als Präsident des BDR. Der BDR hat keine Bedenken gegen eine Mitgliedschaft seiner eigenen Mitglieder auch im V. Aus der

Sicht des BDR spielt es somit keine Rolle, ob sein Vereinsmitglied daneben auch noch Mitglied im V ist oder nicht. Der Ausschluss des Klägers aus dem V, der das Verhältnis des Klägers zum BDR nicht betrifft, kann daher auch die Interessen des BDR und damit des Zeugen H. nicht berühren. Die Aussagen sind plausibel und in sich widerspruchsfrei. Sie enthalten auch keine einseitige Be- oder Entlastungstendenz. Die Zeugenaussagen stimmen inhaltlich überein.

Der Ansicht des Beklagten, die Konkurrenzneutralität der Vereine ergebe sich bereits aus den Satzungen, wobei die Vertretung der verkammerten Rechtsbeistände nach der Satzung des BDR ausscheide, vermag das Gericht nicht zu folgen. Das Argument des Beklagten, bei verkammerten Rechtsbeiständen und solchen Rechtsbeiständen, die Erlaubnisträger nach Art. 1 § 1 RBERG sind, handele es sich um zwei verschiedene Berufe, wobei die verkammerten Rechtsbeistände den Rechtsanwälten berufsrechtlich gleichgestellt seien, und keine gemeinsamen beruflichen Interessen mit den nichtverkammerten Rechtsbeiständen hätten, überzeugt das Gericht nicht.

Das Gericht teilt insoweit vielmehr die Ansicht des Präsidenten des Landgerichts Bonn, der am 24.7.2006 in einer Stellungnahme ausgeführt hat, dass die verkammerten Rechtsbeistände zwar anderen berufsrechtlichen Ordnungen und anderen Aufsichtsbehörden unterstehen, als die Teilerlaubnisinhaber, sie jedoch wie diese als „Rechtsberater“ angesehen werden, und ihnen auch eine Erlaubnis nach dem RBERG erteilt worden ist, die nicht bei Aufnahme in die Rechtsanwaltskammer erlischt.

Da auch die verkammerten Rechtsbeistände Erlaubnisinhaber nach dem RBERG sind, werden auch sie von der Satzung des BDR umfasst und daher vom BDR vertreten. Die Interessenvertretung der verkammerten Rechtsbeistände stellt somit entgegen der Ansicht des Beklagten keine nachträgliche Erweiterung des satzungsmäßigen Aufgabenbereichs des BDR dar.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, S. 1, 708 Nr. 11, Alt 2, 711 ZPO.

Anmerkung der Redaktion

Um dem BDR die Vertretung der verkammerten RB zu untersagen, hatte sich der Beklagte an das LG Bonn als Aufsichtsbehörde gewandt, um gemäß § 16 Abs. 1 lit. b) der 1. AVO zum RBERG den Erlass einer Untersagungsverfügung zu erwirken.

Das LG Bonn, sah keine Veranlassung gegen den BDR vorzugehen und verfügte wie folgt:

„Nach Eingang Ihres obigen Schreibens habe ich die Angelegenheit von Amts wegen abschließend überprüft. Danach sehe ich keine Veranlassung, dem Bundesverband Deutscher Rechtsbeistände e.V. die erlaubnisfreie Rechtsbesorgung nach Art. 1 § 7 RBERG gemäß § 16 Abs. 1 b) der 1. AVO zum RBERG zu untersagen. Dabei kann dahinstehen, ob verkammerte Rechtsbei-

stände und sonstige Erlaubnisinhaber nach dem RBERG unter einem „Berufsstand“ zusammenzufassen sind. Dem jedenfalls handelt es sich auch bei Aufnahme von verkammerten Rechtsbeiständen beim Bundesverband Deutscher Rechtsbeistände e.V. zumindest um eine berufsstandsähnliche Vereinigung. Auch wenn die verkammerten Rechtsbeistände anderen berufsrechtlichen Ordnungen und anderen Aufsichtsbehörden unterstehen, so werden sie doch ebenso wie die Teilerlaubnisinhaber als „Rechtsberater“ angesehen. Hinzukommt, dass auch ihnen eine Erlaubnis nach dem RBERG erteilt worden war, die nicht durch die Aufnahme in die Rechtsanwaltskammer erlischt. Insoweit bestehen keine Zweifel, dass der BDR gemeinsame besondere und allgemeine Interessen beider Gruppen auf fachlichen, beruflichen, wirtschaftspolitischen und geistigen Gebiet, verbunden mit der Vertretung der Interessen des gesamten Berufszweigs verfolgt. Bei dieser Bewertung wird davon ausgegangen, dass die Voraussetzung des § 3 Abs. 3 der Verbandssatzung „in besonderen Fällen“ dahingehend verstanden wird, dass nicht jede natürliche Person Mitglied des Verbandes werden kann, sondern nur solche Personen, die in rechtlich nicht zu beanstandender Form mit Rechtsberatung befasst sind.“

Präsident LG Bonn

Anwaltliche Beratung zum Pauschalpreis von 20,- Euro

RVG §§ 4 Abs.2, 34 Abs.1; BRAO § 49b Abs. 1

- 1. Die Werbung eines Rechtsanwaltes für den Pauschalbetrag von 20,- Euro incl. Mehrwertsteuer eine außergerichtliche Rechtsberatung zu erbringen, verstößt seit der zum 01.07.2006 erfolgten Änderung des § 34 RVG nicht gegen das Verbot der Unterschreitung gesetzlicher Gebühren.**
- 2. Die Bemessungsvorschrift des § 4 Abs.2 Satz 3 RVG gilt nicht für ein Beratungshonorar, das gem. § 34 Abs. 1 Satz 1 RVG auf Vereinbarung zwischen Rechtsanwalt und Mandant beruht**

OLG Stuttgart, Urteil vom 28.12.2006 – 2 U 134/06

Sachverhalt: Die Berufung der Verfügungsbeklagten (im Folgenden: Beklagte) ist zulässig, hat in der Sache Erfolg und führt zur Zurückweisung der Verfügungsanträge der Verfügungskläger (im Folgenden: Kläger).

Die Kläger, die zwei selbständige Rechtsanwaltskanzleien betreiben, verlangen von den Beklagten, die ebenfalls eine Rechtsanwaltskanzlei unterhalten, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs damit zu werben, Beratungen in allen Angelegenheiten für Verbraucher zu einem Pauschalpreis von 20,00 EUR inkl. MWSt. anzubieten.

Soweit sie in erster Instanz beantragt hatten, den Beklagten auch die Werbung für derartige Beratungen zu „ähnlich niedrigen Pauschalsätzen“ zu untersagen, haben sie ihre Verfügungsanträge in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 21.12.2006 zurückgenommen.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Das Landgericht hat den Verfügungsanträgen stattgegeben und zur Begründung ausgeführt (Urteil veröffentlicht in NJW 2006, 2930):

Die Kläger könnten von den Beklagten verlangen, dass diese es unterlassen, damit zu werben, Beratungen in allen Angelegenheiten für Verbraucher zu einem Pauschalpreis von 20,00 EUR inkl. MWSt. anzubieten. Denn derartige Werbeanzeigen seien unlauter, da mit geringeren Gebühren geworben werde, als das RVG vorsehe, § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG i.V.m. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG; 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO, 4 Abs. 2 Satz 3 RVG. Die Parteien stünden zueinander in direktem Wettbewerb, da sie alle ihre Anwaltskanzleien in der Stadt Laupheim betrieben. Die Werbung mit einer pauschalen Gebühr in Höhe von 20,00 EUR verstoße gegen die Marktverhaltensregelung des § 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO, die einen ruinösen Preiswettbewerb verhindern und gleiche rechtliche Voraussetzungen für alle Wettbewerber auf dem Markt schaffen solle. Nach dieser Bestimmung sei auch die Vergütungsvorschrift des § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG zu beachten, die auch nach der Neufassung von § 34 RVG zum 01.07.2006 auf Pauschalvergütungen, die für Beratungsleistungen vereinbart würden, Anwendung finde. Dass § 4 Abs. 2 Satz 1 RVG, auf den § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG Bezug nehme, vorsehe, dass für die außergerichtliche Angelegenheit, für die die Pauschalvergütung vereinbart worden sei, ansonsten gesetzliche Gebühren gegolten hätten, jedoch § 34 Abs. 1 Satz 2 RVG nach seiner Neufassung nicht mehr auf Gebühren nach dem VV-RVG, sondern nach den Vorschriften des BGB (§ 612 Abs. 2 BGB) verweise, stehe dem nicht entgegen. Denn nach der Begründung zur Neufassung von § 34 RVG (BT-Dr. 15/1971, S. 3 und 238) solle durch die Neufassung zwar eine Deregulierung erreicht, andererseits jedoch weiterhin eine funktionierende Rechtspflege sichergestellt werden. Deshalb sei § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG als allgemeine Vorschrift auch für Pauschalvergütungen heranzuziehen, die für außergerichtliche Angelegenheiten vereinbart würden, für die ansonsten eine übliche Vergütung nach § 34 Abs. 1 Satz 2 RVG i.V.m. § 612 Abs. 2 BGB zu entrichten gewesen wäre. Eine Pauschalvergütung in Höhe von nur 20,00 EUR für Beratungsleistungen in allen Angelegenheiten eines Verbrauchers stehe aber nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zur Leistung, Verantwortung und dem Haftungsrisiko des Rechtsanwaltes. Vorliegend komme erschwerend hinzu, dass keinerlei Differenzierung nach Rechtsgebieten, Schwierigkeit der Beratung und Umfang der Tätigkeit vorgenommen werde und trotz der äußerst niedrigen Pauschalgebühren keine Ausnahmen vorgesehen seien. Auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers solle aber nicht für alle Beratungsfälle – unabhängig von Umfang,

Bedeutung und Zeitintensität – eine einheitliche Pauschale verlangt werden können; vielmehr solle es dem Anwalt durch die Gebührenvereinbarung ermöglicht werden, eine auf den Einzelfall zugeschnittene Gestaltung der Gebühren vorzunehmen. Im Übrigen komme es, wenn man eine solche Gebührenfestsetzung für zulässig erkläre, zu einem ruinösen Preiswettbewerb, der nicht im Interesse der Rechtssuchenden liege, da er die Qualität der außergerichtlichen Beratung beeinträchtige. Ob die Werbung der Beklagten auch irreführend i.S.v. §§ 3, 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG sei, weil dem Mandanten ein Preis für eine Beratungsleistung versprochen werde, zu dem keine in allen Fällen befriedigende Beratung kostendeckend möglich sei, könne dahingestellt bleiben.

Hiergegen wenden sich die Beklagten mit ihrer Berufung, zu deren Begründung sie vortragen:

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG vorliegend nicht anwendbar. Denn diese Bestimmung knüpfe unmittelbar an § 4 Abs. 2 Satz 1 RVG an, mit der Folge, dass sie nur in den dort aufgeführten Fällen anwendbar sei. § 4 Abs. 2 Satz 1 RVG aber regele, dass in außergerichtlichen Angelegenheiten Pauschalvergütungen und Zeitvergütungen vereinbart werden könnten, die niedriger als die gesetzlichen Gebühren seien. Seit dem 01.07.2006 enthalte das RVG jedoch für die in § 34 Abs. 1 Satz 1 RVG geregelten Fälle, also auch die außergerichtliche Beratung, keine gesetzlichen Gebühren mehr; die früher in den Nrn. 2100 ff VV-RVG geregelte Gebühr für die beratende Tätigkeit sei mit Wirkung zum 01.07.2006 ersatzlos gestrichen worden. Soweit das Landgericht darauf abstelle, dass in § 34 Abs. 1 Satz 2 RVG auf die Vorschriften des BGB (§ 612 Abs. 2 BGB) verwiesen werde, sei zu bemerken, dass diese Verweisung gerade nur dann gelte, wenn keine Vergütungsvereinbarung getroffen worden sei, nicht aber, wenn eine solche vorliege. Rechtsfehlerhaft sei auch die stillschweigende Annahme des Landgerichts, die Vorschriften des BGB regelten gesetzliche Gebühren i.S.v. § 4 Abs. 2 Satz 1 RVG. Folge man der Auffassung des Landgerichts, so müsse der Rechtsanwalt vor Abschluss einer Gebührenvereinbarung zunächst überprüfen, ob seine vorgeschlagene Gebühr in angemessenem Verhältnis zu seiner Leistung, Verantwortung und seinem Haftungsrisiko stehe; um auf der sicheren Seite zu sein, müsse er sich sodann bei der Bemessung seiner Vergütung an den früheren Gebührentatbeständen der Nrn. 2100 ff VV-RVG orientieren. Dann aber stelle sich die Frage, warum sich der Gesetzgeber überhaupt die Mühe gemacht habe, die Regelungen der Nrn. 2100 ff VV-RVG abzuschaffen und stattdessen dem Rechtsanwalt anheim zu stellen, eine Gebührenvereinbarung zu treffen. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Deregulierung schlage bei dieser Argumentation fehl. Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege werde durch die von den Beklagten angebotenen Pauschalpreise schon deshalb nicht gefährdet, weil der Anwalt stets zu einer vollständigen, umfassenden und richtigen Beratung verpflichtet sei. Auch ein ruinöser Wettbewerb drohe nicht; vielmehr könnten die Rechtsanwälte bei einer Beachtung der Vorgaben des § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG, wie vom Landgericht für erforderlich gehalten, im Bereich der

außergerichtlichen Beratung, insbesondere ab Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes im Jahr 2007, mit den sonstigen Anbietern von Rechtsberatungsleistungen nicht mehr effektiv konkurrieren. Auch eine Irreführung i.S.v. §§ 3, 5 UWG liege nicht vor.

Die Beklagten beantragen:

1. Das Urteil des Landgerichts Ravensburg vom 28.07.2006 wird aufgehoben.
2. Die Anträge werden zurückgewiesen.

Die Kläger beantragen, soweit sie ihre Verfügungsanträge nicht, wie ausgeführt, teilweise zurückgenommen haben, die Berufung zurückzuweisen, und verteidigen das angefochtene Urteil als richtig.

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das in den Sitzungsniederschriften protokollierte Parteivorbringen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe: I. Da die Kläger jeweils selbstständige Mitbewerber der Beklagten i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG sind, handelt es sich der Sache nach um vier selbstständige Verfügungsanträge, die die Kläger als Streitgenossen in einem Verfahren geltend machen.

II. Die Verfügungsanträge sind in Abänderung des angefochtenen Urteils als unbegründet zurückzuweisen. Den Klägern steht kein Verfügungsanspruch auf Unterlassung der beanstandeten Werbung nach § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. (1.) §§ 4 Nr. 11, 3 UWG, 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO, 4 Abs. 2 S 3 RVG, (2.) §§ 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2, 3 UWG oder (3.) §§ 3, 4 Nr. 1, Nr. 10 oder Nr. 11 UWG i.V.m. § 43b BRAO, 6 – 10 BORA zu.

1. Durch die beanstandete Werbung handeln die Beklagten nicht einer gesetzlichen (Preis-) Vorschrift zuwider, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, § 4 Nr. 11 UWG.

a) Bei den berufsrechtlichen Mindestpreisvorschriften der BRAO und des RVG handelt es sich um Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG (BGH NJW 2005, 1266, 1267 – Telekanzlei).

b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts verstößt der von den Beklagten in der beanstandeten Werbung angebotene Pauschalsatz von 20,00 EUR brutto für eine außergerichtliche Beratung nicht gegen § 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO (i.V.m. § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG).

aa) Gem. § 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO ist es unzulässig, geringere Gebühren und Auslagen zu vereinbaren oder zu fordern, als das RVG vorsieht, soweit dieses nichts anderes bestimmt.

bb) Für einen mündlichen oder schriftlichen Rat oder eine Auskunft (Beratung) – also für die Leistungen, die die Beklagten in der beanstandeten Werbung zu einem Pauschalhonorar von 20,00 EUR brutto anbieten – sah das RVG in der bis 30.06.2006 gültigen Fassung gem. Nr. 2100 VV-RVG eine 0,1 bis 1,0-Beratungsgebühr vor, sowie in Angelegenheiten, in denen im gerichtlichen Verfahren Betragsrahmengebühren entstehen, gem. Nr. 2101 VV-RVG eine Beratungsgebühr von 10,00 bis 260,00 EUR. Im Falle, dass der Auftraggeber Verbraucher war und sich die Tätigkeit auf ein erstes Beratungsgespräch beschränkte, betragen die Gebühren gem. Nrn. 2100 und 2101 VV-RVG nach Nr. 2102 VV-RVG höchstens 190,00 EUR.

cc) Diese in der bis 30.06.2006 gültigen Fassung des RVG vorgesehenen gesetzlichen Gebühren sind in Folge der Änderung des VV-RVG und des § 34 RVG durch Art. 5 KostRMoG mit Wirkung zum 01.07.2006 ersatzlos weggefallen, mit der Folge, dass das RVG für die außergerichtliche Beratung seit diesem Zeitpunkt keine konkret bestimmte gesetzliche Gebühr mehr vorsieht (Anwaltskommentar/Rick, RVG, 3. Aufl., § 4 Rdnr. 143; Hartung in Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl., Rdnr. 8 ff; Riedel/Sußbauer/Schmahl, RVG, 9. Aufl., § 34 Rdnr. 27). Vielmehr soll der Rechtsanwalt gem. § 34 Abs. 1 Satz 1 RVG n.F. hinsichtlich dieser Leistungen nunmehr auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken, die Festlegung der Vergütung also den Parteien des Beratungsvertrags überlassen bleiben. Nur dann, wenn eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden ist, erhält der Rechtsanwalt gem. § 34 Abs. 1 Satz 2 RVG n.F. Gebühren nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, für die Beratung als Dienstleistung also nach § 612 Abs. 2 BGB. Ist in diesem Falle, also beim Fehlen einer Gebührenvereinbarung, der Auftraggeber Verbraucher (i.S.v. § 13 BGB), so beträgt die nach § 34 Abs. 1 Satz 2 RVG i.V.m. § 612 Abs. 2 BGB zu entrichtende Gebühr für die Beratung höchstens 250,00 EUR, für ein erstes Beratungsgespräch höchstens 190,00 EUR und es ist bei der Bemessung der Gebühr § 14 Abs. 1 RVG entsprechend anzuwenden.

Dass der Gesetzgeber durch die zum 01.07.2006 wirksam gewordene Neuregelung des § 34 RVG und des VV-RVG die bis dahin im RVG für die außergerichtliche Beratung vorgesehenen gesetzlichen Gebühren ersatzlos wegfallen lassen wollte, ergibt sich nicht nur aus dem eindeutigen Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen, sondern auch aus der Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drs. 15/1971, S. 238), in der ausgeführt wird:

„Die vorgeschlagene Neufassung des § 34 RVG-E betrifft die Beratung, die Erstattung von Rechtsgutachten und die Tätigkeit als Mediator.

*Für die Beratung und für die Erstattung von Rechtsgutachten soll dann wie für die Mediation **keine konkret bestimmte Gebühr im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vorgesehen werden. Stattdessen soll bestimmt werden, dass der Rechtsanwalt in diesen Fällen auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken soll. Wenn***

keine Gebührenvereinbarung getroffen worden ist, soll sich die Gebühr nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimmen...“.

Zugrunde lag dieser Entscheidung des Gesetzgebers u.a. der Wille zur Deregulierung:

„Vom Gesetzgeber sollte **nicht mehr reguliert werden**, als im Hinblick auf die Prozesskostenerstattung und zur Sicherstellung einer ordnungsgemäß funktionierenden Rechtspflege erforderlich ist“.

dd)(1) Sieht aber das RVG in der ab 01.07.2006 gültigen Fassung für die außergerichtliche Beratung keine bestimmten gesetzlichen Gebühren mehr vor, so kann ab 01.07.2006 – also in dem hier in Frage stehenden Verbotszeitraum – in diesem Bereich eine Gebührenvereinbarung nicht mehr gegen § 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO verstoßen, da es keine gesetzlichen Gebühren gibt, die durch die Gebührenvereinbarung unterschritten werden könnten.

(2) Als gesetzliche Gebühr, die durch eine Gebührenvereinbarung zu den in der Werbung der Beklagten genannten Pauschalsätzen unterschritten werden könnte, kann insbesondere nicht die in § 34 Abs. 1 Satz 2 RVG angesprochene Vergütung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (für Beratung: § 612 Abs. 2 BGB, für Gutachten: § 631 Abs. 2 BGB) angesehen werden. Denn eine Vergütung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts steht dem Rechtsanwalt nach dem eindeutigen Wortlaut des § 34 Abs. 1 Satz 2 RVG und dem in der zitierten Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers subsidiär nur dann zu, wenn eine Vergütungsvereinbarung nicht getroffen worden ist (Hartung in Hartung/Römermann/Schons, § 34 Rdnr. 47; Hartmann, Kostengesetze, 36. Aufl., § 34 RVG Rdnr. 27). Liegt hingegen eine Gebührenvereinbarung vor, so besteht von vornherein kein gesetzlicher Anspruch auf Gebühren nach § 612 Abs. 2 BGB, so dass ein solcher auch nicht durch die Gebührenvereinbarung unterschritten werden kann. Der Gesetzgeber hat also gerade nicht geregelt, dass dem Rechtsanwalt für außergerichtliche Beratungen stets eine Vergütung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts als „gesetzliche Gebühr“ i.S.v. § 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO zustehe, jedoch die Parteien abweichend hiervon etwas anderes in einer Gebührenvereinbarung regeln könnten.

Auch aus § 34 Abs. 2 RVG n.F. lässt sich entgegen der Auffassung der Kläger nicht herleiten, dass der Gesetzgeber die übliche Vergütung nach §§ 612 Abs. 2, 631 Abs. 2 BGB als gesetzliche Gebühr für die in § 34 Abs. 1 Satz 1 RVG genannten Tätigkeiten festlegen wollte. Die Bestimmung regelt nur, dass sowohl die vertraglich vereinbarte als auch die beim Fehlen einer Gebührenvereinbarung nach § 34 Abs. 1 Satz 2 RVG i.V.m. §§ 612 Abs. 2, 631 Abs. 2 BGB als übliche Vergütung zu entrichtende Gebühr auf eine Gebühr für eine sonstige, mit der Beratung zusammenhängende Tätigkeit anzurechnen ist, wenn nichts anderes vereinbart ist. Nur dieses wollte der Gesetzge-

ber ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/1971 S. 238) auch regeln:

„Absatz 2 des vorgeschlagenen § 34 RVG-E soll die Regelung des § 20 Abs. 1 Satz 4 BRAGO (vgl. auch Absatz 2 der Anmerkung zu Nummer 2100 VV RVG-E) übernehmen, nach der die Gebühr auf eine Gebühr anzurechnen ist, die der Rechtsanwalt für eine sonstige Tätigkeit erhält, die mit der Raterteilung oder Auskunft zusammenhängt. **Dies soll unabhängig davon gelten, ob die Gebühr für die Beratung vereinbart worden ist oder nicht**, es sei denn, die Anrechnung ist durch Vereinbarung ausdrücklich ausgeschlossen worden.“

(3) Als gesetzliche Gebühr i.S.v. § 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO kann auch nicht, wie das Landgericht meint, eine nach den Grundsätzen des § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG bemessene Pauschal- oder Zeitvergütung angesehen werden. § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG findet auf eine Gebührenvereinbarung nach § 34 Abs. 1 Satz 2 RVG für eine außergerichtliche Beratung, Gutachtenerstellung oder Mediation keine Anwendung.

§ 4 Abs. 2 Satz 3 RVG bestimmt, dass „**die sonst nach diesem Absatz vereinbarten Vergütungen**“ in einem angemessenen Verhältnis zu Leistung, Verantwortung und Haftungsrisiko des Rechtsanwalts stehen müssen. Die Regelung knüpft somit sowohl ihrer Stellung als auch ihrem Wortlaut nach unmittelbar an die Regelung in § 4 Abs. 2 Satz 1 RVG an. Diese aber bestimmt, dass in außergerichtlichen Angelegenheiten Pauschal- und Zeitvergütungen vereinbart werden können, die „**niedriger sind als die gesetzlichen Gebühren**“. Sie gilt also nur für solche Gebührenvereinbarungen, durch die die im RVG für außergerichtliche Tätigkeiten vorgesehenen gesetzlichen Gebühren (Nrn. 2100 bis 2508 VV-RVG n.F.) unterschritten werden, nicht aber für solche Vereinbarungen, die außergerichtliche Tätigkeiten betreffen, für die das RVG überhaupt keine gesetzliche Gebühr (mehr) vorsieht. Im deregulierten Tätigkeitsbereich des § 34 RVG ist § 4 Abs. 2 Satz 1 und damit auch § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG daher unanwendbar, ebenso im Übrigen auch § 4 Abs. 1 RVG (vgl. Anwaltskommentar/Rick, § 4 Rdnr. 143; s. auch Hartmann, § 34 RVG Rdnr. 27).

Auch eine analoge Anwendung von § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG kommt nicht in Betracht. Voraussetzung für eine Gesetzesanalogie ist, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält (BGHZ 149, 165, 174; NJW 2003, 1932). Gerade dies aber ist hier nicht der Fall. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, wie ausgeführt, dass der Gesetzgeber für die außergerichtliche Beratung des Rechtsanwaltes explizit keine gesetzliche Vergütung regeln, sondern die Bestimmung der Vergütung den Parteien des Beratungsvertrags überlassen und dem Rechtsanwalt subsidiär nur dann einen Vergütungsanspruch nach den Vorschriften des BGB zusprechen wollte, wenn die Vertragsparteien eine solche Vergütungsvereinbarung nicht getroffen haben. Diese Entscheidung des Gesetzgebers für eine Deregulierung kann nicht dadurch umgangen werden, dass über die entsprechende Anwendung des § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG wie-

derum eine Art gesetzlicher Mindestvergütung eingeführt wird.

Die entsprechende Anwendung des § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG hätte auch zur Folge, dass der Rechtsanwalt für außergerichtliche Beratungen auch bei Abschluss einer Gebührenvereinbarung de facto mindestens immer die übliche Vergütung i.S.v. §§ 612 Abs. 2, 631 Abs. 2 BGB verlangen müsste. Denn die Faktoren, die § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG für die Bemessung einer Pauschal- oder Zeitvergütung vorgibt, die die gesetzlichen Gebühren unterschreitet – angemessenes Verhältnis zu Leistung, Verantwortung und Haftungsrisiko des Rechtsanwaltes – sind gerade diejenigen, die auch bei der Bestimmung dessen, was als übliche Vergütung i.S.v. § 612 Abs. 2 oder § 631 Abs. 2 BGB anzusehen ist, maßgeblich sind. In der Literatur wird daher darauf hingewiesen, dass bei der Bestimmung der üblichen Vergütung die Kriterien gem. §§ 4 Abs. 2 Satz 3 und 14 RVG heranzuziehen seien (Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., § 612 Rdnr. 17; Schneider, NJW 2006, 1905). Dieses sachliche Ergebnis – Regelung der üblichen Vergütung als Mindestvergütung auch bei Abschluss einer Gebührenvereinbarung – war aber ersichtlich nicht vom Gesetzgeber gewollt.

Soweit das Landgericht darauf abhebt, dass eine Anwendung des § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG auch deshalb geboten sei, weil sich aus der Gesetzesbegründung ergebe, dass der Gesetzgeber weiterhin ein Funktionieren der Rechtspflege sichergestellt wissen wolle, kann seiner Argumentation nicht gefolgt werden. Aus der Gesetzesbegründung,

„Vom Gesetzgeber sollte nicht mehr reguliert werden, als im Hinblick auf die Prozesskostenerstattung und zur Sicherstellung einer ordnungsgemäß funktionierenden Rechtspflege erforderlich ist“,

ergibt sich vielmehr, dass der Gesetzgeber die Beibehaltung konkret bestimmter (Mindest-) Gebühren für den Bereich der außergerichtlichen Beratung, Gutachtenerstellung und Mediation zur Sicherung einer ordnungsgemäß funktionierenden Rechtspflege gerade nicht für erforderlich gehalten und aus diesem Grund die für diesen Bereich geltenden gesetzlichen Gebühren ersatzlos aufgehoben hat. Diese gesetzgeberische Wertentscheidung mag kritisiert werden, ist aber bei der Gesetzesauslegung und -anwendung zu beachten.

(4) Soweit die Kläger meinen, auf eine Gebührenvereinbarung nach § 34 RVG sei § 14 RVG anzuwenden, ist darauf hinzuweisen, dass § 14 RVG nur die Bestimmung der Gebühr bei Rahmengebühren regelt, die für die außergerichtliche Beratung im RVG nicht vorgesehen sind. Wie sich schon aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung des § 34 Abs. 1 Satz 3 RVG ergibt, soll die Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers auf Tätigkeiten, die durch § 34 RVG erfasst werden, nur dann entsprechend anzuwenden sein, wenn eine Vergütungsvereinbarung (mit einem Verbraucher) nicht getroffen worden und deshalb die dem Rechtsanwalt (nur in diesem Fall) zustehende übliche Vergütung zu bestimmen ist. Hingegen ist die Herleitung einer Art gesetzlicher Mindestvergütung aus

§ 14 RVG, die durch eine Vergütungsvereinbarung nach § 34 Abs. 1 RVG nicht unterschritten werden darf, mit der Entscheidung des Gesetzgebers für eine Deregulierung unvereinbar; insoweit gelten die Ausführungen unter (3) entsprechend.

(5) Soweit die Kläger sich auf die Entscheidungen des OLG Hamm (NJW 2004, 3269 ff), des LG Essen (NJW 2004, 2835 ff) sowie des OLG Köln (BRAK-Mitt. 2/2006, 99 ff) beziehen, ist darauf hinzuweisen, dass diese Gebührenvereinbarungen betreffen, die unter Geltung der bis zum 30.06.2006 maßgeblichen Fassung des RVG getroffen wurden und durch die die damals noch geltenden gesetzlichen Gebühren für die Beratung nach Nr. 2100 ff VV-RVG a.F. unterschritten wurden. Aus diesen Entscheidungen lässt sich daher für die ab 01.07.2006 bestehende Rechtslage nichts herleiten.

ee) 1. Die Beklagten haben mit ihren Pauschalsätzen allerdings schon vor dem 01.07.2006, also vor dem Inkrafttreten der Neuregelungen des § 34 RVG und des VV-RVG erworben, nämlich am 10.06.2006. Die Kläger haben den hierauf gestützten Verfügungsantrag noch vor dem 01.07.06 bei Gericht eingereicht. Ob den Klägern für die Zeit bis 01.07.2006 – also unter der Geltung der alten Fassung der Nrn. 2100 ff VV-RVG – ein Verfügungsanspruch zustand, weil die angebotenen Pauschalsätze die damals gültigen gesetzlichen Gebühren i.S.v. § 4 Abs. 2 Satz 1 RVG unterschritten und auch nicht angemessen im Sinne des damals noch anwendbaren § 4 Abs. 2 Satz 3 RVG waren, und sich der Rechtsstreit deshalb mit Inkrafttreten der Neuregelungen des RVG erledigt hat, muss nicht entschieden werden. Denn die Kläger machen geltend, dass ihnen trotz der Neufassung des RVG ein Anspruch nach §§ 8, 4 Nr. 11, 3 UWG zustehe, und haben den Rechtsstreit deshalb nicht für erledigt erklärt.

Da die beanstandete Werbung für außergerichtliche Beratungen zu einem Pauschalsatz von 20,00 EUR nach der jetzigen Fassung des RVG mithin nicht gegen eine gesetzliche Marktverhaltensregelung i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG verstößt, scheidet ein hierauf gestützter Unterlassungsanspruch der Kläger aus.

2. Einen Verstoß gegen das Irreführungsverbot nach § 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG haben die insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Kläger nicht schlüssig dargelegt und glaubhaft gemacht, sodass insoweit mangels Wiederholungsgefahr kein Unterlassungsanspruch in Betracht kommt. Auch eine Erstbegehungsgefahr haben die Kläger nicht dargelegt.

a) Die Kläger haben den Irreführungsvorwurf darauf gestützt, dass Mandanten, die aufgrund der Werbung der Beklagten eine ihrem Fall angemessene Beratung zu einem Pauschalpreis von 20,00 EUR brutto erwarteten, enttäuscht würden, weil die Beklagten eine im Einzelfall zeitintensive Beratung bei umfangreicheren Sachverhalten auf Grund ihrer Kostenstruktur nicht leisten könnten.

b) Aufgrund der beanstandeten Werbung erwartet der durchschnittlich informierte, verständige und situationsadä-

quat aufmerksame Verbraucher, dass er dann, wenn er sich zu den angegebenen Beratungsstunden an die Beklagten wendet, unabhängig von Gegenstand und Umfang seiner Sache für einen Pauschalpreis von 20,00 EUR brutto eine vollständige und ordnungsgemäße anwaltliche Beratung erhält. Diese werbende Angabe wäre nur dann irreführend i.S.v. § 5 Abs. 1 UWG, wenn sie nicht den Tatsachen entspräche, weil die Beklagten für bestimmte Beratungsgegenstände oder einen bestimmten, überdurchschnittlichen Beratungsumfang tatsächlich die Zahlung eines höheren Honorars verlangen oder aber zu dem angebotenen Pauschalpreis tatsächlich keine ordnungsgemäße und vollständige Beratung erbringen würden. Die Beklagten haben dies jedoch bestritten und vorgetragen, dass sie unabhängig von Gegenstand und Umfang der Sachen zu dem von ihnen angebotenen Pauschalpreis stets eine vollständige, ordnungsgemäße außergerichtliche Beratung durchführten. Die Kläger, die die Darlegungs- und Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast für die Irreführung tragen, haben ihrerseits weder substantiiert vorgetragen, dass die Beklagten in bestimmten Einzelfällen, die konkret darzulegen wären, entgegen ihrer Werbeaussage zu dem angebotenen Pauschalpreis keine vollständige und ordnungsgemäße Beratung erbracht haben, noch haben sie dies glaubhaft gemacht, da sie insoweit keinerlei Beweis angetreten haben. Auch konkrete Anhaltspunkte für eine Erstbegehungsgefahr bezüglich derartiger Verstöße gegen das Werbeversprechen haben die Kläger weder substantiiert vorgetragen noch glaubhaft gemacht.

c) Sonstigen Sachvortrag, der auf eine Irreführung i.S.v. § 5 Abs. 1, Abs. 2 UWG schließen lässt, haben die Kläger nicht gehalten.

3. Die beanstandete Werbung ist auch nicht aus sonstigen Gründen wettbewerbswidrig.

a) Um den Gefahren, die aus einer wechselseitigen Preisunterbietung für den Berufsstand des Rechtsanwaltes und die Qualität der Rechtsberatung ausgehen, zu begegnen, hat der Gesetzgeber in § 49b Abs. 1 BRAO und den Regelungen des RVG eine abschließende, den Preiswettbewerb beschränkende gesetzliche Regelung getroffen. Soweit diese Regelungen ausnahmsweise keine Beschränkungen bei der Preisgestaltung vorsehen – hier: für den Bereich der außergerichtlichen Beratung – müssen sich auch die Rechtsanwälte dem (Preis-) Wettbewerb stellen; die allgemeinen Grundsätze des Wettbewerbsrechtes gelten insoweit auch für sie.

b) Von einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch unangemessenen unsachlichen Einfluss kann nicht ausgegangen werden, § 4 Nr. 1 UWG.

Ein i.S.v. § 4 Nr. 1 UWG wettbewerbswidriges übertriebenes Anlocken durch das Inaussichtstellen von Vergünstigungen ist nur dann anzunehmen, wenn die Verkaufsförderungsmaßnahmen die Rationalität der Nachfrageentscheidung des Ver-

brauchers ausschalten (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rdnr. 1.35 m.w.N.). Die Anlockwirkung, die von einem attraktiven Angebot ausgeht, hebt die eigene Leistungsfähigkeit hervor. Sie ist daher niemals wettbewerbswidrig, sondern liegt als gewollte Folge in der Natur des Wettbewerbs. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Anlockwirkung von einem besonders günstigen Preis ausgeht und das Angebot mit einem Verlust des Anbieters verbunden ist, sofern nicht weitere Umstände hinzutreten, die die Unlauterkeit begründen (vgl. BGH GRUR 1984, 204, 206 – *Verkauf unter Einstandspreis II*; GRUR 1994, 743, 744 – *Zinsgünstige Kfz-Finanzierung durch Herstellerbank*; GRUR 1998, 500, 502 – *Skibindungsmonat*).

Die bloße Tatsache, dass die Beklagten ihre Beratungsleistungen zu einem sehr niedrigen Pauschalpreis anbieten, der sich am unteren Rand des bis 30.06.2006 gültigen Gebührenspektrums bewegt und der in einer Vielzahl von Fällen in keinem angemessenen Verhältnis zum Beratungsaufwand der Beklagten stehen wird, reicht daher für sich genommen nicht aus, um ein wettbewerbswidriges Anlocken anzunehmen. Besondere die Unlauterkeit begründende Umstände haben die Kläger nicht dargelegt.

c) Auch eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern i.S.v. § 4 Nr. 10 UWG liegt bei Zugrundelegung des bisherigen Sachvortrags der Kläger nicht vor.

Die Preisgestaltungsfreiheit – die der Gesetzgeber hier für den Bereich der außergerichtlichen anwaltlichen Beratung eröffnet hat – schließt die Freiheit ein, den Marktpreis oder den Preis einzelner Mitbewerber zu unterbieten, so dass dies für sich genommen keine unlautere Mitbewerberbehinderung darstellt, sondern wesentliches Element des freien Wettbewerbs ist (BGH GRUR 1990, 687, 688 – *Anzeigenpreis II*). Daher ist die Preisunterbietung zu Wettbewerbszwecken, soweit sie nicht durch entsprechende gesetzliche Regelungen ausgeschlossen ist, grundsätzlich erlaubt (std. Rspr. vgl. BGHZ 28, 54, 60 – *Direktverkäufe*; weitere Nachweise bei Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rdnr. 10.185). Die Preisunterbietung ist, soweit sie gesetzlich nicht ausgeschlossen ist, grundsätzlich auch dann noch wettbewerbskonform, wenn der übliche Preis oder Marktpreis in besonders starkem Maße unterschritten wird, und auch dann, wenn der angebotene Preis die Selbstkosten nicht abdeckt, sofern nicht besondere Umstände, die die Unlauterkeit begründen, hinzutreten (Köhler, § 4 UWG Rdnr. 10.187).

Dass derartige die Wettbewerbswidrigkeit begründende besondere Umstände vorliegen, haben die Kläger nicht dargelegt. Zwar ist eine Preisunterbietung unlauter, wenn der angebotene Preis nicht kostendeckend und die Unterbietung geeignet ist und in gezielter Weise dazu eingesetzt wird, einen oder mehrere Mitbewerber vom Markt zu verdrängen (BGH GRUR 1990, 685, 686 – *Anzeigenpreis I*; GRUR 1990, 687, 688 – *Anzeigenpreis II*). Insoweit fehlt es jedoch schon an hinreichend substantiiertem Vortrag und Beweistritt der Klä-

ger dazu, dass das Beratungsangebot der Beklagten objektiv geeignet ist, die übrigen in L. und Umgebung tätigen Rechtsanwälte, insbesondere die Kläger, vom Markt zu verdrängen. Allein aus der geringen Höhe der verlangten Pauschalvergütungen ergibt sich dies noch nicht. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass eine Rechtsanwaltskanzlei ihre Einnahmen nicht nur aus den Vergütungen für außergerichtliche Beratungen i.S.v. § 34 Abs. 1 Satz 1 RVG erzielt, sondern vor allem auch aus gerichtlichen Tätigkeiten und solchen außergerichtlichen Tätigkeiten, für die das RVG auch in seiner Neufassung nach wie vor konkret bestimmte Gebühren vorsieht. Aus dem Vortrag der Kläger ergibt sich nicht einmal, dass die Vergütungen, die die Kläger (und andere Rechtsanwälte im Bereich L.) aus außergerichtlichen Beratungen i.S.v. § 34 Abs. 1 RVG erzielen, neben den Vergütungsbeträgen, die sie aufgrund sonstiger Tätigkeiten erhalten, erheblich ins Gewicht fallen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass allein der Anlockeffekt, der durch das preisgünstige außergerichtliche Beratungsangebot der Beklagten ausgelöst wird, geeignet ist, in so erheblichem Umfang Mandanten von den Kanzleien der Kläger abzuziehen, dass diese hierdurch vom Markt verdrängt werden. Zu berücksichtigen ist, dass jedenfalls ein wesentlicher Teil der Verbraucher, die einen Rechtsanwalt beauftragen wollen, sich in erster Linie daran orientiert, welcher Rechtsanwalt aufgrund seiner fachlichen und persönlichen Qualifikation zu einer Vertretung ihrer Interessen besonders geeignet ist. Viele Verbraucher lassen sich daher bei ihrer Auswahlentscheidung vor allem von persönlichen Erfahrungen, die sie mit bestimmten Rechtsanwälten bereits gemacht haben, von dem guten Ruf bestimmter Rechtsanwälte oder Kanzleien und von konkreten Empfehlungen Dritter, aber auch von objektiv erkennbaren Qualifikationen des Rechtsanwaltes (Fachanwalt, Dokortitel etc.) leiten. „Dumpingpreisen“ für anwaltliche Leistungen kommt daher nur ein beschränkter Anreizeffekt zu; manche Verbraucher werden durch solche Billigangebote sogar eher abgeschreckt, weil sie befürchten, für wenig Geld auch nur wenig Leistung zu erhalten. Vor diesem Hintergrund bedürfte es konkreten Vortrags der Kläger, warum das Angebot der Beklagten geeignet sein soll, sie oder andere Mitbewerber vom Markt zu verdrängen. Dieser fehlt.

d) Einen Verstoß gegen die Marktverhaltensregelungen (§ 4 Nr. 11 UWG) der §§ 43b BRAO; 6 – 10 BORA machen die Kläger nicht geltend; ein solcher ist auch nicht ersichtlich.

e) Sonstige Umstände, die eine Unlauterkeit begründen könnten, haben die Kläger nicht dargelegt.

Aus diesen Gründen besteht kein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG. In Abänderung des angefochtenen Urteils sind die Verfügungsanträge der Kläger daher als unbegründet zurückzuweisen.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Mitgeteilt von RB Hermann Menzyk, Hemer

Keine Anwaltskosten bei Routine-Spam

BGB § 249 Hd

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Erstattung von Anwaltskosten für eine Abmahnung außerhalb des Wettbewerbsrechts (hier: unerbetene Telefonwerbung) verlangt werden kann.

BGH, Urteil vom 12. Dezember 2006 – VI ZR 175/05 – LG Berlin, AG Schöneberg

Sachverhalt: Der Kläger ist Rechtsanwalt und macht Gebühren aus einem sich selbst erteilten Mandat für ein Abmahnschreiben geltend.

Der Kläger erhielt von den Beklagten am 22. September 2004 auf seinem beruflich genutzten Telefonanschluss einen Anruf, in dem diese für Immobilienwertgutachten warben. Er stand mit den Beklagten weder in geschäftlichem Kontakt noch konnte vermutet werden, er sei mit derartigen Anrufen einverstanden. Der Kläger forderte die Beklagten mit Schreiben vom 23. September 2004 erfolgreich zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf (Abmahnung). Die Beklagten verweigerten jedoch die Zahlung von Anwaltsgebühren für diese Abmahnung.

Die Klage auf Zahlung der Anwaltsgebühren in Höhe von 740,88 € (und über weitere 2,- € für das in dem zuvor durchgeführten Mahnverfahren benutzte Formular) hat das Amtsgericht abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe: I. Das Berufungsgericht hat Ansprüche des Klägers auf Schadensersatz gemäß §§ 823, 249 BGB und auf Aufwendungsersatz nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag verneint. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen sei zu verallgemeinern. Bei typischen, unschwer zu erkennen und zu verfolgenden Rechtsverletzungen habe der Betroffene seine eigene Sachkunde einzusetzen. Als Abmahnung – um ein Kostenrisiko nach § 93 ZPO zu vermeiden – habe ein einfaches Unterlassungsverlangen genügt. Für den Kläger als Rechtsanwalt sei es nicht erforderlich gewesen, hiermit einen anderen Anwalt zu beauftragen. Es bestehe deshalb auch bei einem Selbstauftrag kein Gebührenanspruch.

II. Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision stand.

Einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint. Ein solcher Anspruch besteht nicht, weil es wegen der erfolgreichen Abmahnung zu einem Rechtsstreit im Sinne des § 91 Abs. 1 ZPO nicht gekommen ist.

Ebenso wenig haben die Beklagten nach materiellem Recht Anwaltsgebühren des Klägers zu zahlen. Das Berufungsgericht hat einen Gebührenanspruch des Klägers aus dem sich selbst erteilten Mandat für das Abmahnschreiben vom 23. September 2004 fehlerfrei verneint.

1. Einen materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG hat das Berufungsgericht mit Recht nicht in Betracht gezogen. Der Kläger gehört nicht zu dem in § 8 Abs. 3 UWG (in der seit 8. Juli 2004 in Kraft getretenen Fassung – § 22 UWG) genannten Kreis der Anspruchsberechtigten; insbesondere ist er kein Mitbewerber im Sinne von §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

2. Ein materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch außerhalb des Wettbewerbsrechts steht dem Kläger ebenfalls nicht zu. Das Berufungsgericht hat insbesondere einen Anspruch des Klägers auf Schadensersatz gemäß §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB im Ergebnis zu Recht verneint, ohne dass es darauf ankommt, ob sich bei unerwünschter Telefonwerbung ein Anspruch aus einer Verletzung des Rechts des Klägers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (vgl. dazu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 7 UWG Rn. 33 m.w.N.) oder aus einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers (vgl. MünchKomm-BGB/Ergänzungsband-Wendehorst, 4. Aufl., § 1 BGBInfoV Rn. 150; Beck'scher Online Kommentar-BGB, § 12 Rn. 153; Böhm, MMR 1999, 643, 644) ergeben könnte.

Zwar gehören zu den bei einer Schädigung gemäß §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB zu ersetzenden Herstellungskosten regelmäßig die Kosten der Rechtsverfolgung, so dass auch die Kosten eines Rechtsanwalts erstattungsfähig sein können. Ein Schädiger hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch nicht schlechthin alle durch das Schadensereignis (hier: den unerbetenen Werbeanruf) adäquat verursachten Anwaltskosten zu ersetzen, sondern nur solche, die aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation (sogenannte „subjektbezogene Schadensbetrachtung“; vgl. Senat, BGHZ 66, 239, 245, 248 f.; 115, 364, 369; 155, 1, 5; 163, 362, 365; Urteil vom 7. Dezember 2004 – VI ZR 119/04 – VersR 2005, 381) zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren (vgl. Senat, BGHZ 127, 348, 350 f.; Urteile vom 10. Januar 2006 – VI ZR 43/05 – VersR 2006, 521, 522, jeweils m.w.N.). Daran fehlt es.

a) Im Wettbewerbsrecht ist die Beauftragung eines Anwalts für Abmahnungen – sowohl unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag als auch unter schadensersatzrechtlichem Blickwinkel – nicht erforderlich, wenn bei typischen, unschwer zu verfolgenden Wettbewerbsverstößen der Abmahnende über hinreichende eigene Sachkunde zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung verfügt (BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – NJW 2004, 2448 „Selbstauftrag“). Diese wird vom Gesetzgeber insbesondere bei Einrichtungen im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG vorausgesetzt (vgl. Begr. RegE UWG-Novelle 2004, BT-Drs. 15/1487, S. 25, zu § 12 Abs. 1).

Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 12. April 1984 – I ZR 45/82 – NJW 1984, 2525 „Anwaltsabmahnung“), nach der auch größeren Wirtschaftsunternehmen mit eigener Rechtsabteilung und Rechtsanwältinnen im Fall der eigenen Betroffenheit regelmäßig zuzumuten ist, Abmahnungen selbst auszusprechen (BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – a.a.O.; ebenso OLG Düsseldorf, MMR 2006, 559, 560; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 9 Rn. 1.29 und § 12 Rn. 1.93; Hess in: Ullmann jurisPK-UWG, § 12 Rn. 29; Brüning in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 12 Rn. 85; Boesche, Wettbewerbsrecht, Rn. 156).

b) Vergleichbare Grundsätze gelten auch außerhalb des Wettbewerbsrechts. Ist in einem einfach gelagerten Schadensfall die Verantwortlichkeit für den Schaden und damit die Haftung von vornherein nach Grund und Höhe derart klar, dass aus der Sicht des Geschädigten kein vernünftiger Zweifel daran bestehen kann, dass der Schädiger ohne weiteres seiner Ersatzpflicht nachkommen werde, so ist es im Allgemeinen auch nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats aus der Sicht des Geschädigten zur Schadensbeseitigung nicht erforderlich, schon für die erstmalige Geltendmachung des Schadens gegenüber dem Schädiger einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen. Vielmehr ist der Geschädigte in derart einfach gelagerten Fällen grundsätzlich gehalten, den Schaden zunächst selbst geltend zu machen. Die sofortige Einschaltung eines Anwalts kann sich nur unter besonderen Voraussetzungen als erforderlich erweisen, wenn etwa der Geschädigte aus Mangel an geschäftlicher Gewandtheit oder sonstigen Gründen wie etwa Krankheit oder Abwesenheit nicht in der Lage ist, den Schaden selbst anzumelden (vgl. Senat, BGHZ 127, 348, 351 f.; Urteil vom 12. Dezember 2006 – VI ZR 188/05 – zur Veröffentlichung bestimmt).

Hiernach erweist sich die sofortige Einschaltung eines Anwalts auch aus der Sicht des Geschädigten dann als nicht erforderlich, wenn er selbst über eigene Fachkenntnisse und Erfahrungen zur Abwicklung des konkreten Schadensfalles verfügt. Dieses Wissen hat er besonders in den oben beschriebenen, einfach gelagerten, aus seiner Sicht zweifelsfreien Fällen bei der erstmaligen Geltendmachung des Schadens einzusetzen (vgl. MünchKomm-BGB/Oetker, 4. Aufl., § 249 Rn. 175; Becker-Eberhard, Grundlagen der Kostenerstattung, 1985, S. 56 [der dies freilich im Rahmen des § 254 BGB prüft]; ähnlich Soergel/Mertens, BGB, 12. Aufl., § 249 Rn. 62; Dornwald SP 1995, 97; Höfle AnwBl 1995, 208 = DAR 1995, 69; wohl auch Klingelhöfer jurisPR-BGHZivilR 25/04, Anm. 4; kritisch Nixdorf VersR 1995, 257, 258 ff.).

Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht im vorliegenden Fall zu Recht einen Erstattungsanspruch versagt (ähnlich AG Hamburg-Altona MDR 2002, 167). Nach den von der Revision nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts war weder die Identität des Anrufers noch die Widerrechtlichkeit des ohne Einwilligung erfolgten Anrufs zweifelhaft, sondern stand von Anfang an fest. Der Kläger stand mit den Beklagten nicht in geschäftlichem Kontakt; An-

lass für eine Vermutung, der Kläger sei mit derartigen Anrufen einverstanden, bestand nicht. Entgegen der Ansicht der Revision wäre selbst bei einer – hier mangels eines Wettbewerbsverhältnisses nicht möglichen – Anwendung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG für die Prüfung einer „unzumutbaren Belästigung“ keine „diffizile Abwägung“ nötig. Die Revision zeigt auch keinen Vortrag des Klägers auf, der dagegen spräche, dass der konkrete Fall – in dem der Anrufer von Anfang an seine Identität preisgegeben hatte – nicht mit dem ersten Unterlassungsschreiben (Abmahnung) hätte erledigt werden können (vgl. Senat, BGHZ 127, 348, 352).

Jedenfalls genügte außerhalb des wettbewerbsrechtlichen Bereichs unter den festgestellten und von der Revision nicht beanstandeten Umständen des Falles ein einfaches Unterlassungsschreiben zur Vermeidung eventueller Kostenrisiken (§ 93 ZPO). Ein solches stellte für den Kläger – der nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts schon mehrfach als Partei oder Prozessbevollmächtigter in den ähnlich gelagerten Fällen einer unerwünschten E-Mail-Werbung (hierzu Senat, Urteil vom 12. Dezember 2006 – VI ZR 188/05 – zur Veröffentlichung bestimmt) aufgetreten war – ein reines Routinegeschäft dar. Die von der Revision erwogenen Probleme, die sich bei unerbetener Telefonwerbung etwa im Hinblick auf eine Vermutung des Einverständnisses oder die unklare Identität des Anrufers ergeben könnten, stellen sich nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts im Streitfall nicht.

Bestand nach allem in dem hier zu entscheidenden Fall kein Anspruch auf Erstattung von Kosten eines anderen Anwalts, gilt Entsprechendes auch für den Fall der Selbstbeauftragung (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – a.a.O.).

Allein die zeitliche Inanspruchnahme des Geschädigten für die Rechtsverfolgung reicht nicht aus, um die Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten zu begründen (vgl. Senat, BGHZ 66, 112, 114; 127, 348, 352; BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – a.a.O.; kritisch Staudinger/Schiemann, BGB, 13. Bearbeitung, § 251 Rn. 125 f.). Auch geht es vorliegend um einen Einzelfall, so dass es keiner Entscheidung bedarf, ob eine große Anzahl von Schadensfällen zu einer anderen Beurteilung führen könnte (vgl. Senat, BGHZ 127, 348, 352).

Die Regelung des § 91 Abs. 2 Satz 3 ZPO, wonach ein Rechtsanwalt, der sich selbst vor dem Prozessgericht vertritt, stets einen Anspruch auf Kostenerstattung wie ein mit dem Vertretenen nicht personenidentischer Rechtsanwalt hat, steht dem nicht entgegen. Sie kann als Sonderregelung für das gerichtliche Verfahren im außergerichtlichen Bereich keine Anwendung finden (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – I ZR 2/03 – a.a.O. m.w.N.).

3. Schuldeten hiernach die Beklagten nicht die Bezahlung der Anwaltsgebühren, so besteht auch kein Anspruch des Klägers aus Verzug auf Erstattung von 2,- € für das im Mahnverfahren benutzte Formular.

4. Ob als Anspruchsgrundlage auch – wie die Revision andeutet – die §§ 683 Satz 1, 677, 670 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag) in Betracht gekommen wären (ständige Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht vor Einführung des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG seit BGHZ 52, 393 ff. „Fotowettbewerb“), kann dahinstehen. Gemäß § 670 BGB sind nur „erforderliche“ Aufwendungen zu ersetzen. Insoweit gilt Gleiches wie bereits ausgeführt.

Sofortige Beschwerde gegen Beschlüsse des Insolvenzgerichts

InsO § 148 Abs. 2; ZPO § 793

Gegen die Entscheidung des Insolvenzgerichts über eine Erinnerung gegen die Art und Weise der Herausgabevollstreckung aus einem Eröffnungsbeschluss findet die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO statt.

BGH, Beschluss vom 21. September 2006 – IX ZB 127/05 – LG Köln, AG Köln

Sachverhalt: Über das Vermögen des Schuldners ist am 12. Februar 2004 das Insolvenzverfahren eröffnet worden. B. ist zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Dieser beabsichtigt, die Herausgabe der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Der Schuldner vertritt die Ansicht, dass der Eröffnungsbeschluss keinen vollstreckungsfähigen Inhalt habe. Er hat Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung eingelegt. Das Amtsgericht – Abteilungsrichter – hat die Vollstreckungserinnerung zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde des Schuldners ist als unzulässig verworfen worden. Mit seiner Rechtsbeschwerde will der Schuldner die Aufhebung des Verwerfungsbeschlusses und die Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht erreichen.

Entscheidungsgründe: I. Die Rechtsbeschwerde ist nicht statthaft, weil das Beschwerdegericht sie nicht zugelassen hat (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

1. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs richtet sich der Rechtsmittelzug nach allgemeinen vollstreckungsrechtlichen Vorschriften, wenn das Insolvenzgericht kraft besonderer Zuweisung funktional als Vollstreckungsgericht entscheidet (BGH, Beschl. v. 5. Februar 2004 – IX ZB 97/03, WM 2004, 834, 835; v. 6. Mai 2004 – IX ZB 104/04, ZIP 2004, 1379; v. 12. Januar 2006 – IX ZB 239/04, ZIP 2006, 340 f.). Gemäß § 148 Abs. 2 InsO kann der Verwalter aufgrund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses die Herausgabe der Sachen, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden, im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen. § 766 ZPO gilt mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Vollstreckungsgerichts das Insolvenzgericht tritt. Ob die Art und Weise der Zwangsvollstreckung zulässig ist, ist nach

den Vorschriften der Zivilprozessordnung zu beurteilen, welche für die Durchführung der Zwangsvollstreckung gelten (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 170).

2. Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss des Insolvenzgerichts vom 20. Dezember 2004 war daher – entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts – nach § 793 ZPO statthaft. Gilt jedoch der allgemeine Vollstreckungsschutz, findet die Rechtsbeschwerde nur auf Zulassung des Beschwerdegerichts statt (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO; vgl. BGH, Beschl. v. 5. Februar 2004, a.a.O.). Die Rechtsbeschwerde ist nicht zugelassen worden. Auf die Frage der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache kommt es nur in den Fällen des § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO an, also bei Rechtsbeschwerden, die kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung statthaft sind.

II. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 577 Abs. 6 Satz 2 ZPO abgesehen.

Die Überprüfung von Architektenleistungen verstößt nicht gegen das RBerG

RBerG Art. 1 § 1

Die fachtechnische Überprüfung von Architektenleistungen und deren Berechnung ist keine unerlaubte Rechtsberatung.

BGH, Urteil vom 7. Dezember 2006 – VII ZR 290/04 – OLG Rostock, LG Neubrandenburg

Sachverhalt: Die Klägerin, die ein Architekturbüro betreibt, verlangt von dem Beklagten die Bezahlung eines Erfolgshonorars.

Die Parteien schlossen am 27. Juli 2000 einen Vertrag, wonach die Klägerin mit der Überprüfung der Leistungen und des abgerechneten Honorars des Architekturbüros A., das zuvor für den Beklagten tätig war, beauftragt wurde.

Über die zu erbringenden Leistungen haben die Parteien in § 3 des Vertrags Folgendes vereinbart:

- „1. Der Auftragnehmer führt seine Leistung auf der Grundlage der ihm vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Unterlagen aus.
2. Zusammenstellung und Prüfung sämtlicher Rechnungen ... mit den tatsächlich erbrachten Planungsleistungen.
3. Prüfen der Planung in Bezug auf Verwertbarkeit und Übereinstimmung mit der geprüften HU-Bau.

4. Prüfen der eingereichten Bauunterlagen mit den baufachlich geforderten Auflagen und deren Einarbeitung in die Ausführungsplanung.
5. Erstellung vom Bauausgabebuch in Anlehnung an die RB-Bau nach Kostengruppen der DIN 276.
6. Die erbrachten Planungsleistungen und die in Rechnung gestellten Planungsleistungen auf Förderfähigkeit prüfen. Die evtl. nicht förderungsfähigen Planungsleistungen gegebenenfalls vertraglich, außerhalb des Generalplanervertrages, zuordnen.
7. Darstellung des aktuellen Planungsstandes der Baumaßnahmen nach Leistungsphasen der HOAI entsprechend der geprüften HU-Bau.“

Gemäß § 5 dieses Vertrags war für die zu erbringende Gesamtleistung ein Pauschal-Grundhonorar von 60.000,- DM zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart. Zusätzlich haben die Parteien folgendes festgelegt: „Für die eindeutig nachgewiesenen Honorareinsparungen zwischen den geltend gemachten Planungskosten und den tatsächlich durch vertraglich und verwertbare Planungsleistung sowie evtl. Rückforderung gegenüber ... A. unter Ausschluss der Verjährungsfristen, werden 10 % zuzüglich Mehrwertsteuer von den eingesparten Planungskosten und Rückforderungen als Vergütung fällig“.

Die Klägerin hat die von den Architekten A. gestellten Rechnungen geprüft. Die im Übrigen vereinbarten vertraglichen Leistungen hat sie nicht vollständig erbracht, sondern ihre Tätigkeit für den Beklagten am 12. Dezember 2000 eingestellt.

Die Klägerin hat zu Unrecht angesetzte Honoraransprüche der Architekten A. in Höhe von 2.223.250,- DM ermittelt. Sie verlangt von dem Beklagten die Bezahlung eines Erfolgshonorars in Höhe von 10 % dieses Betrags zuzüglich Mehrwertsteuer und abzüglich gezahlter 50.000,-DM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen eingelegte Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Forderung weiter.

Entscheidungsgründe: Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf das Schuldverhältnis sind die bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Rechtsvorschriften anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Klägerin stehe der geltend gemachte Anspruch nicht zu, weil sie den Vertrag mit dem Beklagten weder vollständig erfüllt noch nach vorzeitiger Beendigung gemäß § 649 Satz 2 BGB abgerechnet habe.

In der Honorarvereinbarung vom 27. Juli 2000 sei eine einheitliche Honorierung der aus sechs Positionen bestehenden Gesamtleistung der Klägerin vorgesehen, die ein Pauschal-Grundhonorar von 60.000,- DM sowie eine von den nachgewiesenen Planungskosten-Überzahlungen abhängige zehnprozentige Anteilsvergütung enthalten habe. Es handele sich insoweit nicht um zwei zu trennende Vergütungsposten für unterschiedliche Leistungen, sondern um eine gesonderte, weil zum Teil erfolgsabhängige Entgeltvereinbarung. Dem aus dem Pauschalhonorar und Erfolgsanteil kombinierten Gesamthonorar stünden sechs verschiedene Leistungspositionen gegenüber, die die Klägerin nur teilweise erfüllt habe. Diese Teilerfüllung habe sie nicht ins Verhältnis zum vereinbarten Gesamthonorar gesetzt und dementsprechend abgerechnet, sondern ohne erkennbare Berücksichtigung der nicht erhaltenen Leistungen ihr „Erfolgshonorar“ berechnet.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, dass das Vertragsverhältnis der Parteien vorzeitig beendet wurde. Dies wird von der Revision nicht angegriffen und ist auch nicht zu beanstanden, nachdem der Beklagte nach Einstellung der Arbeiten durch die Klägerin eine weitere Leistungserbringung nicht gefordert hat.

Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht an, dass die Klägerin nach vorzeitiger Beendigung des mit dem Beklagten geschlossenen Vertrags ihre Leistungen nach § 649 Satz 2 BGB abzurechnen habe. Die Klägerin beansprucht lediglich eine Vergütung für erbrachte Leistungen. Diese richtet sich nach § 631 BGB.

2. Das Honorar und die ermittelten Überzahlungen hat die Klägerin sowohl in den vorgelegten Einzelrechnungen als auch in der Klageschrift schlüssig dargestellt. Die von dem Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der in § 5 des Vertrags vom 27. Juli 2000 getroffenen Entgeltvereinbarung, das zehnprozentige Erfolgshonorar stelle zusammen mit dem Pauschal-Grundhonorar eine einheitliche Vergütung dar, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Sie entbehrt einer nachvollziehbaren Begründung und orientiert sich nicht an allgemein anerkannten Auslegungsregeln.

Das Berufungsgericht setzt sich über den Wortlaut des Vertrages hinweg. Danach ist das Erfolgshonorar ausschließlich für nachgewiesene Überzahlungen zu leisten. Die Ermittlung der Überzahlung setzt zwar voraus, dass die Klägerin Teilleistungen aus dem Leistungskatalog des § 3 des Vertrags erbringt, insbesondere überprüft, welche Leistungen die Architekten tatsächlich und in verwertbarer Weise erbracht haben. Das Erfolgshonorar ist nicht davon abhängig, welcher Anteil der Pauschalvergütung der Klägerin für diese Überprüfung zusteht. Die Klägerin kann das Erfolgshonorar unabhängig von dem verdienten Teil des Pauschal-Grundhonorars beanspruchen,

wenn sie die behaupteten Überzahlungen eindeutig nachgewiesen hat.

Feststellungen dazu, dass die Parteien eine vom Wortlaut abweichende Vereinbarung in dem von ihm angenommenen Sinn geschlossen haben, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

3. Die Abweisung des vertraglichen Vergütungsanspruchs lässt sich auch nicht aus anderen Gründen aufrechterhalten. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Vereinbarung der Parteien nicht wegen eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig, Art. 1 § 1 RBERG i.V. mit § 134 BGB.

a) Für die Beurteilung, ob eine geschäftsmäßige Tätigkeit unter die Erlaubnispflicht des Art. 1 § 1 RBERG fällt, kommt es darauf an, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt oder aber die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es im Wesentlichen um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht. Für die Einstufung als erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung kann, da nahezu alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen sind und eine wirtschaftliche Betätigung daher kaum ohne rechtsgeschäftliches Handeln möglich ist oder ohne rechtliche Wirkung bleibt, nicht allein auf die rechtlichen Formen und Auswirkungen des Verhaltens abgestellt werden. Dieses ist vielmehr danach zu beurteilen, ob es sich um eine ohne Beeinträchtigung der Qualität und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und der zu deren Aufrechterhaltung benötigten Rechtsberater auch von anderen Dienstleistern erfüllbare Tätigkeit handelt. Dabei sind die öffentlichen Belange, die den Erlaubnisvorbehalt des Rechtsberatungsgesetzes rechtfertigen, gegen die Berufsfreiheit desjenigen abzuwägen, dem wegen des Fehlens einer entsprechenden Erlaubnis die Vornahme bestimmter Handlungen untersagt werden soll (BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 – I ZR 128/02, NJW 2005, 2458).

b) Auf dieser Grundlage ist die von der Klägerin geschuldete Leistung nicht als unerlaubte Rechtsberatung einzuordnen. Die Klägerin hat es übernommen, die Rechnungen für Planungsleistungen des von dem Beklagten beauftragten Architekten fachtechnisch zu überprüfen. Außerdem sollten die erbrachten Leistungen auf Förderfähigkeit geprüft werden. Die Aufgabe der Klägerin hatte ihren Schwerpunkt in einer fachlichen Prüfung der durch den Architekten erbrachten Planungsleistungen und deren Bewertung. Sie bezweckte im Wesentlichen die Kontrolle dieser Leistungen und damit die Sicherung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit des geplanten Bauvorhabens. Diese allgemein als Teil einer Projektsteuerung qualifizierte Aufgabenstellung hat ihren Schwerpunkt nicht in einer rechtlichen Beratung. Es handelt sich um eine typischerweise von Architekten und Ingenieuren vorgenommene Leistung. Sie ist insoweit nicht anders zu beurteilen als die Leistung von Architekten, die ihrerseits beauftragt werden, die Arbeiten von Bauunternehmern und deren Rechnungen fachlich zu prüfen. Der Umstand, dass eine solche Prüfung nicht ohne Würdigung

der vertraglichen und gesetzlichen Grundlagen stattfinden kann, erhebt die geschuldete Leistung nicht zur unerlaubten Rechtsberatung. Die mit ihrer Tätigkeit zwangsläufig verbundene Rechtsbesorgung der Klägerin vollzieht sich im Rahmen ihrer fachlich definierten Aufgabe und dient ihrem Zweck (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juni 1976 – I ZR 55/75, NJW 1976, 1635). Das gilt auch für die Beratung über die Förderfähigkeit. Diese war eingebettet in das von dem gesamten Vertrag verfolgte Ziel, die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens zu sichern (vgl. auch BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 – I ZR 128/02, NJW 2005, 2458).

c) Ohne Bedeutung ist es, dass der Vertrag auch das Ziel verfolgte, die Voraussetzungen für einen Rückforderungsanspruch gegen den Architekten zu schaffen und die Parteien insoweit ein Erfolgshonorar vereinbart haben. Dass sich aufgrund einer fachlichen Beratung eine Rechtsverfolgung anschließen kann, begründet keinen Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBERG. Zu Unrecht beruft sich der Beklagte auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 18. Mai 1995 – III ZR 109/94, BauR 1995, 727). In dem jenem Urteil zugrunde liegenden Fall lag der Schwerpunkt auf der rechtlich beratenden Tätigkeit. Der Auftragnehmer hatte die Beratung übernommen, ob und gegebenenfalls auf welchem Wege der Auftraggeber die Änderung eines Vertrages herbeiführen könne und zwar zum Zwecke der Erhöhung einer Konzessionsabgabe. Eine vergleichbar umfassende rechtliche Beratung, die sich nicht auf eine fachliche Zuarbeit für die rechtliche Auseinandersetzung beschränkte, hat die Klägerin nicht übernommen. Ebenso wenig hat sie eine Beratung bei der Durchsetzung der eventuellen Forderung, die sich aufgrund ihrer fachlichen Feststellungen ergeben konnte, übernommen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 16. März 1989 – I ZR 30/87, NJW 1989, 2125).

Pfändung bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft – keine Eigentumsvermutung zu Gunsten des Gläubigers

BGB § 1006 Abs. 1 Satz 1, § 1362 Abs. 1; ZPO § 771 Abs. 1

Die gesetzliche Vermutung, dass die im Besitz beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Schuldner allein gehören, ist auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht entsprechend anzuwenden.

BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 – IX ZR 92/05 – OLG Düsseldorf, LG Krefeld

Sachverhalt: Die Beklagte hat zwei titulierte Forderungen gegen U. L. (fortan: Schuldner). Wegen dieser Forderungen pfändete sie am 11. April 2003 einen Pkw der Marke Audi. Zu diesem Zeitpunkt lebte der Schuldner mit der Klägerin nichtehelich zusammen. Die Parteien streiten darüber, ob diese oder der Schuldner Eigentümer des Fahrzeugs ist. Am 26. Juni 2003 heirateten die Klägerin und der Schuldner.

Die Klägerin hat geltend gemacht, sie sei Alleineigentümerin des Fahrzeugs, und hat beantragt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Die Beklagte ist dem mit der Behauptung entgegengetreten, der Pkw gehöre allein dem Schuldner.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt diese ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe: Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht meint, die Eigentumsvermutung des § 1362 Abs. 1 Satz 1 BGB sei auf die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht entsprechend anzuwenden. Deshalb sei nach § 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB zu vermuten, dass die (heutigen) Eheleute Miteigentümer des Pkw seien. Der Beklagten sei es nicht gelungen, diese Vermutung zu widerlegen.

II. Diese Begründung hält rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Die Drittwiderspruchsklage ist begründet, weil der Klägerin an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht (§ 771 Abs. 1 ZPO).

a) Das Miteigentum an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist ein solches Recht (RGZ 144, 236, 241; BGH, Urt. v. 14. Januar 1993 – IX ZR 238/91, WM 1993, 902, 905; Musielak/Lackmann, ZPO 5. Aufl. § 771 Rn. 15; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. § 771 Rn. 19; Zöller/Herget, ZPO 26. Aufl. § 771 Rn. 14 Stichwort Eigentum). Hierzu hat das Berufungsgericht festgestellt, dass der Schuldner und die Klägerin an dem im September 2002 erworbenen Fahrzeug von Anfang an Mitbesitz hatten, weil sie damals schon zusammenlebten und das Fahrzeug gemeinsam nutzten. Hiergegen wendet sich die Revision nicht. Auf dieser tatsächlichen Grundlage wird nach § 1006 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 1008 BGB vermutet, dass der Schuldner und die Klägerin mit der Erlangung des Mitbesitzes Eigenbesitzer geworden sind. Zu ihren Gunsten wird weiter vermutet, sie hätten bei Besitzübergabe unbedingtes Eigentum erlangt und seien während der Dauer ihres Besitzes Miteigentümer geblieben (vgl. BGHZ 64, 395, 396; BGH, Urt. v. 11. Mai 1989 – IX ZR 6/88, WM 1989, 1292; Urt. v. 9. Januar 1992 – IX ZR 277/90, WM 1992, 877, 878).

b) Das Berufungsgericht hat sich – wie schon das Landgericht – nicht davon überzeugen können, dass der Schuldner im September 2002 Alleineigentum an dem Fahrzeug erworben hat. Es ist von einem offenen Beweisergebnis ausgegangen. Die Beweisaufnahme habe weder unmittelbar den von der Beklagten behaupteten Erwerb des Schuldners zu Alleineigentum bestätigt noch Indizien ergeben, die für einen solchen Eigentumserwerb sprächen. Die Revision nimmt die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts hin. Sie erhebt nur die Rüge aus § 286 ZPO, ohne diese entsprechend § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 b, § 557 Abs. 3 Satz 2 ZPO auszuführen.

2. Die Vermutung des § 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt dem Drittwiderspruchskläger im Anwendungsbereich des § 1362 Abs. 1 Satz 1 BGB allerdings nur eingeschränkt zugute (vgl. MünchKomm-BGB/Wacke, 4. Aufl. § 1362 Rn. 2; Staudinger/Hübner/Voppel, BGB 13. Aufl. (2000) § 1362 Rn. 6; siehe ferner BGH, Urt. v. 26. November 1975 – VIII ZR 112/74, NJW 1976, 238, 239; v. 9. Januar 1992 – IX ZR 277/90, a.a.O. S. 878). Nach dieser Bestimmung wird zu Gunsten der Gläubiger des Mannes und der Frau vermutet, dass die im Besitz beider Ehegatten befindlichen Sachen dem Schuldner (allein) gehören. Der Gläubiger kann sich auf die Vorschrift nur berufen, wenn die Voraussetzungen der Norm im Zeitpunkt der Pfändung schon vorlagen (vgl. BGH, Urt. v. 14. Januar 1993 – IX ZR 238/91, a.a.O. S. 904; MünchKomm-BGB/Wacke, a.a.O. § 1362 Rn. 11; Staudinger/Hübner/Voppel, a.a.O. § 1362 Rn. 15). Es ist deshalb im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung, dass der Schuldner und die Klägerin im Verlauf des Rechtsstreits geheiratet haben.

Auf nichteheliche Lebensgemeinschaften ist die Vorschrift, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, nicht anzuwenden.

a) § 1362 Abs. 1 Satz 1 BGB will den Gläubigern von Eheleuten den Zugriff auf deren Vermögen erleichtern, weil der gemeinsame Haushalt die eindeutige Zuordnung der einzelnen Gegenstände zum Eigentum des Mannes oder der Frau häufig erschwert (BGH, Urt. v. 26. November 1975 – VIII ZR 112/74, a.a.O. S. 239). Für den Außenstehenden ist in der Regel nicht ersichtlich, welche Gegenstände jeder Partner bereits in die Ehe eingebracht hat. Durch die Führung eines gemeinsamen Haushalts kommt es zu einer tatsächlichen Vermischung der bis dahin vorhandenen beweglichen Habe. Bei den während der Ehe angeschafften Sachen ist oftmals nicht hinreichend erkennbar, ob sie gemeinsam oder nur von einem Ehepartner zu Eigentum erworben wurden (BGH, Urt. v. 9. Januar 1992 – IX ZR 277/90, a.a.O. S. 878). Darüber hinaus können die Eigentumsverhältnisse in der Ehe leicht verschleiert werden (vgl. amtliche Begründung zur Neufassung des § 1362 BGB – BT-Drucks. 2/224 S. 33)

b) Ob die Vermutung des § 1362 BGB und die hiermit korrespondierende Gewahrsamsvermutung des § 739 ZPO auf die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft entsprechend anzuwenden sind, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Die Erstreckung wird teilweise befürwortet (FG Niedersachsen BB 1991, 1996, 1997 f.; AG Eschweiler FamRZ 1992, 942; Palandt/Brudermüller, BGB 66. Aufl. vor § 1297 Rn. 28 und § 1362 Rn. 1; MünchKomm-BGB/Wacke, a.a.O. § 1362 Rn. 10; Thomas/Putzo, ZPO 27. Aufl. § 739 Rn. 7; MünchKomm-ZPO/Heßler, 2. Aufl. § 739 Rn. 19; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht 5. Aufl. S. 497; Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht 2. Aufl. § 1362 BGB Rn. 5; Bruns/Peters, Zwangsvollstreckungsrecht 3. Aufl. S. 59; Weimar JR 1982, 323, 324; Diederichsen FamRZ 1988, 889, 891; Thran NJW 1995, 1458 ff), von anderen indes abgelehnt (OLG Köln NJW 1989, 1737; LG Frankfurt NJW 1986, 729; AG Tübingen DGVZ 1973, 141, 142; AG Gütersloh DGVZ 1979, 94; AG Siegen

DGVZ 1993, 61; AG Weilburg DGVZ 2004, 30; Staudinger/Hübner/Voppel, BGB 13. Aufl. (2000) § 1362 Rn. 12; Soergel/Lange, BGB 12. Aufl. Nehel LG Rn. 61; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 22. Aufl. § 739 Rn. 11; Zöllner/Stöber, ZPO 26. Aufl. § 739 Rn. 14; Musielak/Lackmann, a.a.O. § 739 Rn. 4; Hk-ZPO/Kindl § 739 Rn. 2; Lieb, Gutachten A für den 57. Deutschen Juristentag (1988), A 81; Baur/Stürner/Brunns, Zwangsvollstreckungsrecht 13. Aufl. S. 219).

c) Eine entsprechende Anwendung des § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften ist nicht gerechtfertigt. Sie scheidet mangels einer planwidrigen Regelungslücke aus und ist auch von Verfassungs wegen nicht geboten.

aa) Eine Analogie setzt nach gesicherter Rechtsauffassung voraus, dass das Gesetz eine Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. BGHZ 105, 140, 143; BGH, Urt. v. 13. März 2003 – I ZR 290/00, NJW 2003, 1932, 1933; v. 16. Juli 2003 – VIII ZR 274/02, NJW 2003, 2601, 2603). Die Unvollständigkeit des Gesetzes muss „planwidrig“ sein (vgl. auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 6. Aufl. S. 373; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz 2. Aufl. S. 37). Der dem Gesetz zugrunde liegende Regelungsplan ist aus ihm selbst im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu erschließen und es ist zu fragen, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, planwidrig unvollständig ist (BGHZ 149, 165, 174). Die dem Plan des Gesetzgebers widersprechende Lücke muss dabei nicht von Erlass des Gesetzes an bestehen, sondern kann sich auch später durch eine Veränderung der Lebensverhältnisse ergeben haben (BVerfGE 82, 6, 12). Vorliegend fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht auszudehnen.

(1) Die Vorschrift hat ihre heutige Fassung durch das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 18. Juni 1957 (Gleichberechtigungsgesetz – BGBl. I 1957, 609) erhalten. Schon zu dieser Zeit waren nichteheliche Lebensgemeinschaften eine typische Erscheinungsform des sozialen Lebens, vor allem in Folge der großen Zahl rentenberechtigter Kriegerwitwen, die bei einer Eheschließung ihre Rentenansprüche verloren hätten (vgl. BVerfGE 9, 20, 32; OLG Köln NJW 1989, 1737; Brox FamRZ 1981, 1225, 1228). Ob der Existenz dieser nichtehelichen Lebensgemeinschaften entnommen werden kann, der Gesetzgeber habe im Jahr 1957 bewusst darauf verzichtet, § 1362 BGB auf andere Formen des Zusammenlebens zu erstrecken, kann dahinstehen.

(2) Die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist jedenfalls seit Beginn der siebziger Jahre stark angestiegen (vgl. Hausmann, in Hausmann/Hohloch, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. Einführung Rn. 6). Nach Schätzungen hat sich ihre Zahl zwischen 1972 und 1995 verzehnfacht (Hausmann, a.a.O.; vgl. auch BVerfGE 82, 6, 13). Vor diesem Hintergrund setzte die Justizministerkonferenz durch Beschluss vom 15. Dezember 1988 eine Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts ein (vgl. Markwardt, DGVZ 1993, 17). Diese schlug vor, die Eigentums- und Gewahrsamsvermutungen der § 1362 BGB, § 729 ZPO auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erstrecken; § 1362 BGB sollte ein Absatz 3 mit dem Wortlaut „Diese Vorschriften gelten für eheähnliche Gemeinschaften entsprechend“, angefügt werden (Markwardt, a.a.O., 19; Schilken, Rpfleger 1994, 138, 139). Der auf den Ergebnissen der Arbeitsgruppe beruhende Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften (2. Zwangsvollstreckungsnovelle), der am 17. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3039) Gesetz geworden ist, verzichtete jedoch auf die vorgeschlagene Erweiterung. Zur Begründung heißt es im Regierungsentwurf (BT-Drucks. 13/341 S. 12): „Die in der vollstreckungsrechtlichen Literatur vielfach befürwortete Erstreckung der Eigentums- und Gewahrsamsvermutung (§ 1362 BGB, § 739 ZPO) auf nichteheliche Lebensgemeinschaften (vgl. Hofmann, ZRP 1990, 409) ist – abweichend von den Vorschlägen der Arbeitsgruppe im Schlussbericht – im Gesetzentwurf nicht enthalten. Diese Thematik soll ggf. im Zusammenhang mit anderen Fragen aus dem Bereich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufgegriffen werden“.

Erneut stellte sich dem Gesetzgeber die Frage der erweiterten Anwendung des § 1362 BGB bei Erlass des Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG, BGBl. I 2001, 266). Für Lebenspartner gilt die Eigentumsvermutung wie für Ehepaare (§ 8 Abs. 1 LPartG); gleiches gilt für die Gewahrsamsvermutung (§ 739 Abs. 2 ZPO). Die Begründung zu § 8 Abs. 1 LPartG (BT-Drucks. 14/3751 S. 38) ist ersichtlich der des § 1362 BGB entlehnt (vgl. BT-Drucks. 2/224 S. 33). Auch im Rahmen dieser Neuregelung hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die Ergebnisse der Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts aufzugreifen und in dieser Richtung tätig zu werden.

bb) § 1362 BGB kann auch nicht im Rahmen einer „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung“ (vgl. BGH, Urt. v. 4. Mai 1988 – VIII ZR 196/87, WM 1988, 1061, 1063) auf nichteheliche Lebensgemeinschaften angewendet werden.

(1) Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Umstände zu den Aufgaben der Dritten Gewalt (vgl. BVerfGE 96, 375, 394), die im Bereich der Zivilrechtspflege nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO ge-

rade dem Bundesgerichtshof zugewiesen ist. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung besteht jedoch nicht schrankenlos, sondern wird durch Art. 20 Abs. 2 und 3 GG begrenzt (BVerfGE 49, 304, 318; 65, 182, 191; BGHZ 90, 145, 153). Mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung und Gesetzesbindung wäre es unverträglich, wenn sich die Gerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begäben, also objektiv betrachtet sich der Bindung an Gesetz und Recht entzögen (BVerfGE 87, 273, 280; 96, 375, 394; BGH, Besch. v. 20. Januar 2005 – IX ZB 134/04, WM 2005, 522, 524). Die „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“ setzt deshalb voraus, dass das Gesetz lückenhaft ist, wobei sich die Unvollständigkeit der rechtlichen Regelung nicht wie bei der Analogie am Plan des Gesetzes selbst, sondern an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung misst (vgl. BVerfGE 34, 269, 287; 49, 304, 321; 82, 6, 12 f.; BGHZ 90, 145, 153 f.). Diese können sich aus der Verfassung (vgl. BVerfGE 65, 182, 193), insbesondere den Grundrechten (vgl. BVerfGE 96, 375, 398), oder einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs ergeben (vgl. BGH, Urt. v. 4. Mai 1988 a.a.O. S. 1063; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 6. Aufl. S. 413).

(2) Unabweisbare Bedürfnisse des Rechtsverkehrs sind hier nicht gegeben. Auch die Grundrechte erfordern es nicht, die Vermutung des § 1362 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Gemeinschaften zu erstrecken, die nicht personenstandsrechtlich verfestigt sind. Ein solches Bedürfnis ergibt sich weder aus dem Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) noch aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) oder dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes.

(a) Die bisher ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts könnten darauf hindeuten, dass die vollstreckungsrechtliche Schlechterstellung von Ehegatten von dem Gericht als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen worden ist. So hat es angenommen, die von ihm für nichtig erklärte Vorschrift des § 45 KO verletze das Übermaßverbot, weil die Gläubiger bereits durch die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB und die Vorschriften über die Schenkungsanfechtung bei Eheleuten (§ 32 Nr. 2 KO) hinreichend geschützt seien (BVerfGE 24, 104, 111). Diese Begründung setzt voraus, dass die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB nicht ihrerseits verfassungswidrig ist (vgl. Brox, FamRZ 1968, 406, 407; ders., FamRZ 1981, 1125). Auch in anderem Zusammenhang hat sich das Bundesverfassungsgericht mittelbar mit der Problematik befasst. So hat es § 3 Abs. 1 Nr. 4 AnfG a.F. als verfassungsgemäß angesehen. Die bei unentgeltlichen Verfügungen an Ehegatten bestehende Anfechtungsfrist von zwei Jahren verstoße nicht gegen Art. 6 Abs. 1 GG und behandle Eheleute nicht ohne sachlichen Grund schlechter als nicht miteinander verheiratete Personen (BVerfG ZIP 1991, 736). Eine unmittelbar einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht allerdings aus.

Letztlich kann die Verfassungsmäßigkeit des § 1362 BGB auch dahingestellt bleiben. Sollte es an ihr fehlen, führte dies keineswegs dazu, dass der Anwendungsbereich der

Vorschrift im Wege der Auslegung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erstrecken wäre. Kann eine Korrektur der verfassungswidrigen Regelung auf verschiedene Weise vorgenommen werden, ist der Verfassungsverstoß grundsätzlich durch eine Neuregelung der einschlägigen Vorschriften durch den Gesetzgeber zu beseitigen (vgl. BVerfGE 82, 126, 154 f zu Art. 3 Abs. 1 GG; Brox FamRZ 1981, 1125, 1128). So liegt es hier. Die von der Revision behauptete Diskriminierung von Eheleuten durch § 1362 BGB kann vermieden werden, indem die Regelung insgesamt beseitigt wird oder ihr Anwendungsbereich auf einen näher zu definierenden Personenkreis erstreckt wird. Der Gesetzgeber hat von einer Erstreckung der Vermutungen der § 1362 BGB, § 739 ZPO auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft bewusst abgesehen. Auch andere Rechtsprobleme, die aus dem nichtehelichen Zusammenleben typischerweise herrühren, hat er bislang nicht geregelt. So bestehen weder während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Unterhaltspflichten noch nach der Trennung (Ausnahme: § 1615I BGB). Nach Trennung der unverheirateten Partner hat keiner von beiden Anspruch auf Zugewinn. Mögliche Lösungsansätze waren schon im Jahr 1988 Gegenstand der Erörterungen des Deutschen Juristentages (vgl. Lieb, Gutachten A für den 57. Deutschen Juristentag). Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber bis heute nicht zu einer Regelung entschließen können. Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften aus dem Jahre 1997 (Nichteheliche-Lebensgemeinschaften-Gesetz, BT-Drucks. 13/7228) ist nicht Gesetz geworden. Ein einheitliches Regelungssystem, in das sich die entsprechende Anwendung des § 1362 BGB einfügen könnte, ist danach bisher nicht erkennbar.

(b) Schließlich zwingt das Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes; vgl. BVerfGE 107, 395, 406 f; BVerfG NJW 2005, 1999, 2001; BGHZ 140, 208, 217; BGH, Beschl. v. 15. Dezember 2005 – I ZB 63/05, NJW 2006, 1290, 1291) nicht zu einer Erstreckung der Vermutungswirkung des § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften.

Dem Gläubiger stehen im Interventionsprozess zur Verteidigung seines Verwertungsrechts die Beweismittel der Zivilprozessordnung zur Verfügung. Diese gewährleisten im Allgemeinen die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes. Die erstrebten gesetzlichen Beweiserleichterungen können demgegenüber dazu führen, dass der Gläubiger seinen titulierten Zahlungsanspruch im Wege der Verwertung schuldnerfremden Eigentums verwirklicht. Der Gesetzgeber ist von Verfassung wegen nicht verpflichtet, eine derartige Regelung einzuführen. An diese Wertung sind die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des § 1362 BGB gebunden. Es kommt hinzu, dass die Gewährung der Beweiserleichterung zu Lasten des Dritteigentümers dessen grundgesetzlich geschütztes Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) berührt.

Beweislast für die Kenntnis der nach Eintritt des Versicherungsfalles mitzuteilenden Umstände

VVG § 6 Abs. 3; AKB §§ 7 (I) Abs. 2 Satz 3, (V) Abs. 4

Die Kenntnis der nach Eintritt des Versicherungsfalles mitzuteilenden Umstände gehört zum objektiven Tatbestand der Verletzung der Aufklärungsobliegenheit, den der Versicherer zu beweisen hat.

Steht fest, dass der Versicherungsnehmer zunächst Kenntnis von dem Versicherer mitzuteilenden Umständen hatte, wird vorsätzliches Handeln vermutet, wenn er diese dem Versicherer nicht vollständig mitteilt. Für seine Behauptung, die Kenntnis der betreffenden Umstände nachträglich durch eine tief greifende Bewusstseinsstörung verloren zu haben (hier: retrograde Amnesie), trägt der Versicherungsnehmer die Beweislast.

BGH, Urteil vom 13. Dezember 2006 – IV ZR 252/05 – Kammergericht LG Berlin

Sachverhalt: Der Kläger begehrt von der Beklagten die Zahlung von Versicherungsleistungen aus einer Kaskoversicherung für einen von ihm geleasteten Pkw. Dem Versicherungsvertrag liegen Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung (AKB) zu Grunde.

Das Fahrzeug kam in der Nacht zum 21. Oktober 2001 ohne Fremdeinwirkung von der Fahrbahn ab, überschlug sich und blieb stark beschädigt auf dem Dach liegen. Ein Zeuge traf kurze Zeit nach dem Unfall lediglich den Kläger im Fahrzeug an und half diesem beim Aussteigen. Der Kläger hatte neben multiplen Prellungen sowie Schürf- und Schnittwunden im Gesicht auch ein Schädelhirntrauma geringeren Grades erlitten. Eine noch in der Nacht bei ihm entnommene Blutprobe ergab eine Blutalkoholkonzentration von 1,7 Promille. Nach der von der Beklagten bestrittenen Behauptung des Klägers war das Fahrzeug zum Unfallzeitpunkt von einem Mann gefahren worden, den er kurz zuvor in einer Diskothek kennen gelernt hatte. Er selbst sei unangeschnallt auf dem Beifahrersitz mitgefahren. An das Unfallgeschehen habe er wegen der Kopfverletzung keine Erinnerung. Zur Identität des Fahrers könne er deshalb ebenfalls keine Angaben machen. Entsprechende Eintragungen nahm der Kläger in seiner Schadensmeldung vom 13. Dezember 2001 vor.

Ein von der Beklagten beauftragter Sachverständiger für Straßenverkehrsunfälle stellte bei einer Untersuchung des Unfallfahrzeugs fest, dass bei dem Unfall der pyrotechnische Gurtstrammer und die Airbags auf der Fahrerseite ausgelöst worden waren, auf der Beifahrerseite jedoch nicht. Das Fahrzeug war mit einer Sitzbelegungserkennung für den Beifahrersitz ausgestattet, bei der die Auslösung der Airbags auf der Beifahrerseite nur bei einer Sitzbelegung erfolgt. Die Beklagte verweigerte daraufhin die Regulierung des Schadens und berief

sich auf Leistungsfreiheit wegen grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles sowie wegen Verletzung der Aufklärungsobliegenheit des § 7 (I) Abs. 2 Satz 3 AKB.

Das Landgericht hat die Klage auf Ersatz des Wiederbeschaffungswertes abzüglich Restwert (wirtschaftlicher Totalschaden) und Selbstbeteiligung in Höhe von insgesamt 28.964,68 € abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein ursprüngliches Klageziel weiter.

Entscheidungsgründe: Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

1. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die Leistungspflicht der Beklagten wegen grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles im Sinne von § 61 VVG entfallen sei. Ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den Unfallspuren am Fahrzeug und zu den vorhandenen Airbag- und Sitzplatzerkennungssystemen könne nicht verlässlich beurteilt werden, ob die von der Beklagten zu beweisenden Voraussetzungen dieser Norm gegeben seien, ob also der Kläger entgegen seiner Behauptung das Fahrzeug zum Unfallzeitpunkt – unter Alkoholeinfluss – geführt habe.

2. a) Jedenfalls sei die Beklagte leistungsfrei, weil der Kläger jegliche Angaben zum Unfallhergang und zum Fahrer verweigert habe und damit entgegen § 7 (I) Abs. 2 Satz 3 AKB seiner Verpflichtung zur umfassenden Aufklärung aller Tatumstände nach Eintritt des Versicherungsfalles nicht nachgekommen sei. Die Vermutung vorsätzlichen Handelns nach §§ 7 (V) Abs. 4 AKB, 6 Abs. 3 VVG habe er nicht widerlegen können, da seine Behauptung, er habe als Folge der Kopfverletzung die Erinnerung an das Unfallgeschehen verloren, durch das Gutachten des medizinischen Sachverständigen nicht bestätigt worden sei.

b) Der Ansicht des Klägers, die Beweislast müsse davon abweichend verteilt werden, da er sich auf die Unkenntnis der aufklärungsbedürftigen Tatumstände berufen habe, ist das Berufungsgericht nicht gefolgt. Die Klausel des § 7 (I) Abs. 2 Satz 3 AKB sei so gefasst, dass die Kenntnis aufklärungspflichtiger Umstände nicht zu den objektiven Tatbestandsvoraussetzungen zähle. Vielmehr verlange die Klausel über eine Mitteilung bekannter Umstände hinaus auch, sich die Kenntnis von unbekanntem Umstände zu verschaffen, die für den Versicherer von Bedeutung sein können. Dieses Verständnis des Inhalts der Aufklärungsobliegenheit schließe eine generelle Beschränkung der Aufklärungspflicht auf bekannte Tatumstände von vornherein aus. Auch der Bundesgerichtshof vertrete in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die Kenntnis aufklärungsbedürftiger Umstände bei Obliegenheiten, die nach dem Versicherungsfall zu erfüllen seien, zum subjektiven Tatbestand derjenigen Klausel gehöre, aus der die Leistungsfreiheit des Versicherers folge.

II. Das hält nur im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Der Senat folgt dem Berufungsgericht nicht, soweit es die Kenntnis der Umstände, die der Versicherungsnehmer nach Eintritt des Versicherungsfalles mitzuteilen hat, nicht zum objektiven Tatbestand der Aufklärungsobliegenheit (§ 7 (I) Abs. 2 Satz 3 AKB) rechnet. Für diese Kenntnis trifft – wie für den objektiven Tatbestand insgesamt – die Beweislast den Versicherer.

a) Ob bei streitiger Kenntnis des Versicherungsnehmers von den mitzuteilenden Umständen der Versicherer diese Kenntnis als Bestandteil des objektiven Tatbestandes der Obliegenheitsverletzung zu beweisen hat oder der Versicherungsnehmer insoweit den vermuteten Vorsatz widerlegen muss, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten. Zur Begründung der Auffassung, die Kenntnis des Versicherungsnehmers gehöre als subjektives Element zur Schuldseite, für die generell die Beweislastverteilung des § 7 (V) AKB i.V. mit § 6 Abs. 3 VVG gelte, wird darauf hingewiesen, dass nur so entsprechende Obliegenheitsverletzungen wirkungsvoll unterbunden werden könnten (OLG Oldenburg VersR 1995, 952, 953; ähnlich OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1496, 1497; offen gelassen von OLG Düsseldorf VersR 2001, 1019 f.; im Ergebnis ebenso Prölss in Prölss/Martin, VVG 27. Aufl. § 6 Rdn. 125). Dem wird entgegengehalten, ein Versicherungsnehmer könne nur das anzeigen, was ihm auch bekannt sei, so dass zum Nachweis eines – objektiven – Verstoßes gegen die Auskunftsobliegenheit auch der Nachweis gehöre, dass der Versicherungsnehmer die Tatsachen kennt, die von der Aufklärungsobliegenheit erfasst werden (OLG Hamm NJW-RR 1990, 1310; OLG Hamm RuS 1994, 42, 43 m. Anm. Langheid; ebenso Römer in Römer/Langheid, VVG 2. Aufl. § 6 Rdn. 113).

b) Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Frage, wer die Beweislast für die Kenntnis der dem Versicherer mitzuteilenden Umstände nach Eintritt des Versicherungsfalles zu tragen hat, bisher nicht eindeutig geklärt. In dem auch vom Berufungsgericht herangezogenen Senatsurteil vom 30. April 1969 (BGHZ 52, 86, 89) ist die Kenntnis des Versicherungsnehmers vom Versicherungsfall als subjektives Element der Schuldseite zugeordnet worden (ebenso Senatsurteil vom 21. April 1993 – IV ZR 34/92 – VersR 1993, 828 unter 2 c, insoweit in BGHZ 122, 250 nicht abgedruckt). Einer anderen Entscheidung (BGH, Urteil vom 21. April 1966 – II ZR 239/63 – VersR 1966, 577 unter IV 2) lässt sich eine Zuordnung der Kenntnis mitteilungspflichtiger Umstände zu den objektiven Voraussetzungen einer Obliegenheitsverletzung entnehmen mit der Folge, dass die Kenntnis dieser Umstände der Versicherer darzulegen und im Streitfall zu beweisen hat.

c) Die Kenntnis der nach Eintritt des Versicherungsfalles mitzuteilenden Umstände gehört zum objektiven Tatbestand der Verletzung der Aufklärungsobliegenheit, den der Versicherer zu beweisen hat.

§ 7 (I) Abs. 2 Satz 3 AKB verpflichtet den Versicherungsnehmer, alles zu tun, was zur Aufklärung des Tatbestandes und zur Minderung des Schadens dienlich sein kann. Geht es – wie hier – um den Eintritt des Versicherungsfalles, obliegt es dem Versicherungsnehmer demgemäß, seinem Versicherer alle Umstände mitzuteilen, die mit dem Ereignis in Zusammenhang stehen, das den Schaden verursacht hat, um ihm so eine sachgemäße Prüfung der Voraussetzungen seiner Leistungspflicht zu ermöglichen. Dazu gehören selbst solche mit dem Schadensereignis in Zusammenhang stehende Tatsachen, aus denen sich die Leistungsfreiheit des Versicherers ergeben kann (Senatsurteil vom 1. Dezember 1999 – IV ZR 71/99 – VersR 2000, 222 unter II 2 m.w.N.). Das setzt aber stets voraus, dass der Versicherungsnehmer Kenntnis von den Umständen oder Tatsachen hat, die er seinem Versicherer in Erfüllung der Obliegenheit mitzuteilen hat. Fehlt ihm diese Kenntnis, läuft die Aufklärungspflicht ins Leere. Schon objektiv kann er sie nicht verletzen, denn es gibt nichts, worüber er nach seinem Kenntnisstand seinen Versicherer aufklären könnte. Auf eine etwaige Erkundigungspflicht des Versicherungsnehmers, die allerdings die Kenntnis von Anhaltspunkten für Umstände voraussetzt, die dem Versicherer nach § 7 (I) Abs. 2 Satz 3 AKB mitzuteilen sind, kommt es hier nicht an (vgl. dazu Senatsurteil vom 21. April 1993 a.a.O.).

Ordnete man dagegen die Kenntnis von dem Versicherer mitzuteilenden Umständen als ein subjektives Element der Schuldseite zu, müsste sich der Versicherungsnehmer vom Vorwurf der objektiven Verletzung einer Obliegenheit entlasten, obgleich nicht feststeht, dass er überhaupt in der Lage war, sie zu erfüllen. Eine solche Einordnung ist auch Wertungsgesichtspunkten des § 6 Abs. 3 VVG nicht zu entnehmen, auf den § 7 (V) Abs. 4 AKB verweist. Diese gesetzliche Beweisregel, wonach sich der Versicherungsnehmer vom vermuteten Vorsatz entlasten muss, macht vielmehr erst und gerade vor dem Hintergrund Sinn, dass die Kenntnis des Versicherungsneh-

mers von einem dem Versicherer mitzuteilenden Umstand bereits feststeht, dieser die Mitteilung aber dennoch unterlässt.

2. Dass der Kläger zunächst Kenntnis vom Unfallgeschehen hatte, stellt das Berufungsgericht in tatrichterlicher und von der Revision nicht angegriffener Würdigung unter Berücksichtigung des Klägervortrags fest. Danach hat der Kläger die Vorgänge bis zum Unfall persönlich als Beifahrer bei ungetrübtem Bewusstsein miterlebt. Damit liegen die objektiven Voraussetzungen einer Verletzung von § 7 (I) Abs. 2 Satz 3 AKB vor.

3. Die Beklagte wäre deshalb nur dann leistungsfrei, wenn der Kläger die Vorsatzvermutung des § 6 Abs. 3 VVG widerlegt hätte. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass dem Kläger dies nicht gelungen ist.

a) Der Kläger hat behauptet, die Kenntnis der anzuzeigenden Umstände durch eine retrograde Amnesie als Folge des Unfalls nachträglich wieder verloren zu haben. Diese Behauptung ist zwar, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, grundsätzlich geeignet, den Vorwurf vorsätzlichen Handelns in Frage zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 1966 – II ZR 5/64 – VersR 1966, 458 unter III). Da der Kläger als Ursache für den nachträglichen Erinnerungsverlust eine tief greifende Bewusstseinsstörung im Sinne von § 827 BGB geltend macht, trifft ihn die volle Beweislast insoweit nicht nur nach § 6 Abs. 3 VVG, sondern auch nach dem Rechtsgedanken des § 827 Satz 1 BGB, wonach derjenige die Voraussetzungen dieser Vorschrift darzulegen und zu beweisen hat, der sich auf sie beruft (BGHZ 39, 103, 108)

b) Der im Berufungsrechtszug gehörte Sachverständige konnte weder bestätigen noch ausschließen, dass es entsprechend der Behauptung des Klägers bei ihm durch das erlittene Schädelhirntrauma zu einer Beeinträchtigung der Bewusstseinslage bzw. des Gedächtnisses gekommen war. Die danach verbleibenden Zweifel gehen zu seinen Lasten.

▶ Versicherungsberater-Info ◀

Verwendung der Berufsbezeichnung Versicherungsberater

RBerG § 1 Abs. 1 Satz 1; UWG §§ 3, 4 Nr. 11

Die Tätigkeit des Versicherungsberaters darf nur von Personen ausgeübt werden, die eine entsprechende behördliche Erlaubnis besitzen. Nach Sinn und Zweck dieser Regelung schließt das auch das Verbot ein, die Berufsbezeichnung „Versicherungsberater“ zu führen. Dabei darf der Begriff weder in Alleinstellung noch in Kombination mit anderen Bezeichnungen wie „Vorsorge- und Versicherungsberater“ geführt werden.

OLG München, Urteil vom 16. November 2006 – 29 U 3771/06 – LG München I

Gründe: I. Die Parteien streiten um die Verwendung der Bezeichnung *Versicherungsberater*.

In den Filialen der D. Bank AG, die ein Tochterunternehmen der Beklagten ist, werden Mitarbeiter verschiedener zum Konzern der Beklagten gehörender Versicherungsgesellschaften eingesetzt, die deren Versicherungen vermitteln sollen. Ein Vorstandsmitglied der Beklagten äußerte sich in einer als Pressegespräch bezeichneten und von der Beklagten auch schriftlich verbreiteten Erklärung unter anderem wie folgt zu diesen Mitarbeitern:

In den Filialen der D. Bank haben wir fast 1.000 Vorsorge- und Versicherungsberater der [Beklagten] eingesetzt, die gut in den Bankbetrieb integriert sind und von der Kundschaft als selbstverständliche Mitglieder des Filialteams angesehen werden.

Im Internetauftritt der Beklagten war unter anderem folgende Aussage enthalten:

In allen Filialen der Bank gibt es Spezialisten, die den Kunden die gesamte Palette an Versicherungsprodukten der [Beklagten] anbieten können. Diese insgesamt 1.000 Vorsorge- und Versicherungsberater sind schon lange selbstverständliche Mitglieder des Filialteams der Bank.

Der Internetauftritt enthielt an anderen Stellen auch mehrfach die Verwendung der Bezeichnung *Versicherungsberater* in Alleinstellung.

Die Kläger sahen in diesen Verwendungen der Bezeichnung *Versicherungsberater* eine Wettbewerbswidrigkeit und haben die Beklagte auf deren Unterlassung in Anspruch genommen. Nachdem das Landgericht die Auffassung vertreten hatte, dass zwischen den Bezeichnungen *Vorsorge- und Versicherungsberater* einerseits und *Versicherungsberater* in Alleinstellung andererseits ein Unterschied zu machen sei, haben die Kläger zuletzt beantragt,

der Beklagten zu verbieten, die Mitarbeiter/innen der A.-Versicherungsgesellschaften (einschließlich der nicht abhängig beschäftigten Versicherungsvertreter und Versicherungsvermittler) als *Versicherungsberater* und/oder *Vorsorge- und Versicherungsberater* zu bezeichnen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Mit Urteil vom 30. Mai 2006, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, hat das Landgericht der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die Mitarbeiter/innen der A.-Versicherungsgesellschaften als *Versicherungsberater* zu bezeichnen, und die Klage im Übrigen abgewiesen.

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Der Unterlassungsanspruch bezüglich der Verwendung der Bezeichnung *Versicherungsberater* in Alleinstellung ergebe sich aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 und 3, § 3, § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 2 RBERG. Der Kläger zu 1. sei gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG aktivlegitimiert, der Kläger zu 2. gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Die Verwendung der Bezeichnung *Versicherungsberater* durch die Beklagte für ihre Mitarbeiter sei zwar aufgrund der fehlenden Bekanntheit der Berufsbezeichnung *Versicherungsberater* und der daraus folgenden Ungeeignetheit zur Herbeiführung einer Fehlvorstellung bei den angesprochenen Verkehrskreisen nicht irreführend i.S.d.

§ 3, § 5 UWG und auch nicht wettbewerbswidrig gemäß § 3, § 4 Nr. 2 UWG, verstoße aber gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 2 RBERG und sei deshalb unlauter i.S.d. § 3 UWG. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 2 RBERG dürfe die Tätigkeit des, Versicherungsberaters nur von Personen ausgeübt werden, die eine entsprechende behördliche Erlaubnis besäßen. Nach Sinn und Zweck dieser Regelung schließe das auch das Verbot ein, die Berufsbezeichnung *Versicherungsberater* zu führen, ohne dass die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 RBERG vorlägen. Diese Bezeichnung genieße damit jedenfalls in der Alleinstellung – unabhängig davon, wie viele Träger dieser Bezeichnung in Deutschland tätig seien – „absoluten“ Schutz. Die von der Beklagten als *Versicherungsberater* bezeichneten Mitarbeiter würden unstreitig nicht als objektive, neutrale und vom Kunden im Honorarweg bezahlte Berater tätig, sondern als Vermittler der Produkte der Beklagten, und verfügten demzufolge nicht über eine entsprechende Zulassung. Der Erlaubniszwang in § 1 RBERG sei eine Marktverhaltensregelung i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG. Die unlautere Verwendung der Bezeichnung *Versicherungsberater* sei geeignet, den Wettbewerb i.S.d. § 3 UWG nicht nur unerheblich zum Nachteil der Verbraucher zu beeinträchtigen; die Beklagte nehme dadurch eine besondere Beratungskompetenz für sich in Anspruch, die geeignet sei, die Verbraucherentscheidung zu beeinflussen; hinzu komme, dass die Beklagte den Begriff in verschiedenem Zusammenhang häufiger verwende.

Dagegen liege in der Verwendung der Bezeichnung *Vorsorge- und Versicherungsberater* kein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 RBERG, da diese Bezeichnung nicht mehr vom Schutzzumfang der Vorschrift umfasst sei. Dieser sei eng ausulegen, da mit dem Begriff des Versicherungsberaters eine Bezeichnung geschützt werde, die aus dem allgemeinen Sprachgebrauch stamme und dort die Tätigkeit desjenigen beschreibe, der in irgendeiner Weise im Versicherungsbereich tätig sei und über Versicherungen informiere. Insofern lege das Gericht bewusst „kennzeichenrechtliche“ Kriterien an. Der Zusatz *Vorsorge-* führe aus dem Schutzbereich des § 1 RBERG heraus, weil er eine eigene originäre Bedeutung habe.

Eine Tenorierung des Klammerzusatzes („einschließlich der nicht abhängig beschäftigten Versicherungsvertreter und Versicherungsvermittler“) erfolge nicht, weil die Kläger nicht vortragen hätten, inwieweit bezüglich der Verwendung des Begriffs *Versicherungsberater* für nicht abhängig Beschäftigte eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr bestehen solle.

Die Beklagte hat gegen ihre Teilurteilung kein Rechtsmittel eingelegt. Die Kläger dagegen wenden sich mit ihrer Berufung gegen die Teilklageabweisung. Sie vertiefen ihre bereits im ersten Rechtszug dargelegte Auffassung, dass auch die Verwendung der Bezeichnung *Vorsorge- und Versicherungsberater* sowohl irreführend sei als auch gegen § 4 Nr. 2 und § 4 Nr. 11 UWG verstoße.

Sie beantragen,

1. das Urteil des Landgerichts abzuändern und
2. der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Mitarbeiter/innen der A.-Versicherungsgesellschaften (und zwar angestellte wie auch selbständige Mitarbeiter/innen) als *Versicherungsberater* oder *Vorsorge- und Versicherungsberater* zu bezeichnen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt insoweit das angegriffene Urteil. Insbesondere vertritt sie die Auffassung, das Landgericht habe den Schutzzumfang des § 1 RBERG nicht verkannt.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll des Termins vom 16. November 2006 Bezug genommen.

II. Die zulässige Berufung ist begründet, da den Klägern auch hinsichtlich der Bezeichnung *Vorsorge- und Versicherungsberater* ein Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3, § 3 UWG zusteht.

1. Zu Recht und auch von der Beklagten nicht angegriffen ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Verwendung der Bezeichnung *Versicherungsberater* durch die Beklagte wettbewerbswidrig und deshalb zu unterlassen ist. Das insoweit im Urteil des Landgerichts vom 30. Mai 2006 ausgesprochene Verbot hat Rechtskraft erlangt.

2. Der Senat folgt im Rahmen des im Berufungsverfahren noch zu behandelnden Klageantrags im Wesentlichen den Gründen, die nach den Ausführungen des Landgerichts den Verbotsausspruch in Bezug auf die Bezeichnung *Versicherungsberater* tragen. Im Hinblick auf das Vorbringen im Berufungsverfahren sind folgende ergänzende Ausführungen veranlasst:

a) Die Kläger beanstanden zu Unrecht, dass das Landgericht das von ihm ausgesprochene Verbot nicht aus § 5 Abs. 1 UWG hergeleitet hat.

Der Senat, dessen Mitglieder ebenso wie diejenigen der erkennenden Kammer des Landgerichts zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, tritt der Auffassung des Landgerichts bei, dass von der Verwendung der Bezeichnung *Versicherungsberater* keine Gefahr der Irreführung i.S.d. § 5 UWG ausgeht. Der durchschnittlich informierte, verständige und situationsadäquat aufmerksame Verbraucher verbindet mit diesem Begriff keine besonderen Eigenschaften, da es weitestgehend unbekannt ist, dass er eine gesetzliche Ausprägung mit bestimmten Anforderungen erfahren hat. Der maßgebliche Verbraucher kann deshalb mit diesem Begriff auch keine Fehlvorstellungen in Bezug auf die von der Beklagten so bezeichneten Personen verbinden.

b) Die angegriffene Werbung ist entgegen dem Vorbringen der Kläger auch nicht gemäß § 4 Nr. 2 UWG unlauter.

Nach dieser Vorschrift sind Wettbewerbshandlungen unlauter, die geeignet sind, die geschäftliche Unerfahrenheit insbesondere von Kindern oder Jugendlichen, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen. Dadurch werden lediglich solche Wettbewerbshandlungen erfasst, die geeignet sind, besondere persönliche Umstände der angesprochenen Verkehrskreise auszunutzen (vgl. Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. 2006, § 4 UWG Rz. 2.9). Insbesondere liegt geschäftliche Unerfahrenheit im Sinne dieser Vorschrift nur vor, wenn ein Verbraucher nicht die Kenntnis von den rechtlichen Anforderungen und den wirtschaftlichen Auswirkungen von Verträgen in einer Marktwirtschaft hat, die von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher zu erwarten ist; maßgebend ist der Durchschnitt der vom Werbenden angesprochenen Personenkreise (vgl. Köhler, a.a.O., Rz. 2.10). Da wie bereits dargelegt die Verwendung die Bezeichnung *Versicherungsberater* nicht geeignet ist, Fehlvorstellungen in Bezug auf die von der Beklagten so bezeichneten Personen hervorzurufen, ist sie auch nicht geeignet, die geschäftliche Unerfahrenheit von Verbrauchern auszunutzen.

c) Die angegriffene Werbung ist jedoch gemäß § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG unlauter und gemäß § 3, § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG zu unterlassen, weil mit ihr einer gesetzlichen Vorschrift zuwider gehandelt wird, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Der Senat nimmt auf die Ausführungen des Landgerichts hierzu Bezug und tritt ihnen bei.

Die Berufung der Beklagten darauf, dass gemäß Art. 1 § 8 Abs. 1 Nr. 3 RBERG nur das unbefugte Führen der Berufsbezeichnung *Rechtsbeistand*, nicht aber das unbefugte Führen der Berufsbezeichnung *Versicherungsberater* eine Ordnungswidrigkeit sei, gebietet keine abweichende Beurteilung. Das von der Beklagten in diesem Zusammenhang bemühte Analogieverbot steht lediglich einer straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktion entgegen, hindert aber nicht die Begründung zivilrechtlicher Unterlassungsansprüche. Im Übrigen ergibt sich das Verbot der unbefugten Verwendung der Bezeichnung *Versicherungsberater* nicht aus einer entsprechenden Anwendung des Art. 1 § 8 RBERG, sondern aus Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG.

Angesichts der Verwendung der Bezeichnung *Vorsorge- und Versicherungsberater* gezielt in der Öffentlichkeitsarbeit der Beklagten unter Einbeziehung des eine weite Verbreitung ermöglichenden Mediums des Internet und der beträchtlichen Anzahl der unzutreffend bezeichneten Versicherungsvermittler ist der Wettbewerbsverstoß nicht unerheblich i.S.d. § 3 UWG.

3. Das Landgericht ist jedoch zu Unrecht davon ausgegangen, dass die von der Beklagten verwendete Bezeichnung *Vorsorge- und Versicherungsberater* keine unlautere Verwendung der Bezeichnung *Versicherungsberater* sei. Dies führt – ebenso wie die unter Ziffer 4. angeführten Umstände – zum Erfolg der Berufung.

Indem die Beklagte ihre Mitarbeiter als *Vorsorge- und Versicherungsberater* bezeichnet, sagt sie aus, dass diese nicht nur *Vorsorgeberater*, sondern auch *Versicherungsberater* seien. Sie seien also nicht etwas anderes als *Versicherungsberater*, sondern solche mit einer weiteren Qualifikation. Mit der Bezeichnung *Vorsorge- und Versicherungsberater* wird daher auch die vom Landgericht zu Recht als wettbewerbswidrig angesehene Bezeichnung *Versicherungsberater* verwendet. Es kann deshalb dahinstehen, ob die Erwägungen, mit denen das Landgericht den Schutzbereich für die Bezeichnung *Versicherungsberater* wegen ihres beschreibenden Charakters in Anlehnung an kennzeichenrechtliche Kategorien eng gefasst hat, tragen, denn die Beklagte verwendete die geschützte Bezeichnung identisch und damit im Rahmen der Kombination *Vorsorge- und Versicherungsberater* auch innerhalb eines geringen Schutzbereichs.

4. Der Klageanspruch richtet sich auch darauf, dass nicht nur Angestellte, sondern auch selbständige *Versicherungsvermittler* nicht als *Versicherungsberater* bezeichnet werden.

Unstreitig sind viele der für die Beklagte tätigen *Versicherungsvermittler* nicht Angestellte, sondern selbständige *Handelsvertreter*. Selbst wenn von den von der Beklagten als *Versicherungsberater* bezeichneten *Versicherungsvermittlern*, die im Zeitpunkt der angegriffenen in den Filialen der D. Bank AG tätig waren, kein einziger *Handelsvertreter* gewesen sein sollte, begründet, dieser Umstand zumindest eine *Erstbegehungsgefahr* dafür, dass die Beklagte die angegriffene Be-

zeichnung in Zukunft auch auf ihre als *Handelsvertreter handelnde Versicherungsvertreter* ausdehnt. Das gilt auch für die Bezeichnung *Versicherungsberater* in *Alleinstellung*, weil die Beklagte zumindest in den Anlagen K 6b und K 6c den Begriff auf Mitarbeiter im oben dargestellten Bereich bezog.

5. Soweit sich die Beklagte auf ihre *Berufsfreiheit* berufen hat, steht dies einer Bewertung der von der Beklagten verwendeten Berufsbezeichnung als wettbewerbswidrig i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG und einem entsprechenden *Verbotsausspruch* nicht entgegen. Die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Beklagten können die von ihnen gewählten Berufe im Bereich der *Vorsorgeberatung* und des *Versicherungswesens* ungehindert ausüben; die Beklagte ist von Gesetzes wegen lediglich daran gehindert, für diese *Berufsausübung* wettbewerbswidrige Bezeichnungen zu verwenden

III.

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

3. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO liegen nicht vor (vgl. dazu BGH NJW 2003, 65 ff.), zumal sie nach den Ausführungen der Parteien zu den bevorstehenden Änderungen des Rechts der *Versicherungsberater* im Zuge der allgemeinen Neuordnung des Rechts der *Rechtsdienstleistungen* und der *Versicherungsvermittler* die Anwendung auslaufenden Rechts betrifft.

Mitgeteilt von Oskar Durstin, Präsident des Bundesverbandes der *Versicherungsberater e.V.*

Rechtsprechung kurz gefasst

Erbrechtsberatung durch Banken – Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz

Die klagende Rechtsanwaltskammer nimmt die Beklagte, eine deutsche Großbank, wegen eines Verstoßes gegen das *Rechtsberatungsgesetz* auf *Unterlassung* in Anspruch.

Eine Kundin der beklagten Bank wollte einen Teil ihres Vermögens auf ihren Sohn übertragen. Auf Anregung eines *Filialmitarbeiters* wurde vereinbart, dass ein Mitarbeiter der Zentrale der Beklagten, Herr X., ein Jurist, mit ihr die *Verwaltung* ihres Vermögens für den Fall ihres Todes besprechen solle. Nach dem Gespräch erstellte Herr X. einen Entwurf für ein *Testament* und eine *Stiftungssatzung*, beide Entwürfe leitete er einem

Rechtsanwalt namens und im Auftrag der beklagten Bank zur Prüfung weiter, der sie nach Überprüfung der Kundin übersandte. Nach einem weiteren Gespräch mit der Kundin arbeitete Herr X. *Barvermächtnisse* in den *Testamentsentwurf* ein und modifizierte die *Stiftungssatzung*. Die neuen Entwürfe übersandte er ihr direkt.

Das Landgericht Freiburg hat darin einen Verstoß gegen *Artikel 1 § 1 RBERG* gesehen und die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen, auf dem Gebiet des *Erbrechts* beratend und/oder *rechtsbesorgend* für Dritte tätig zu werden, indem sie in Fragen von *Testamentserrichtungen* inhaltlich berate, *Testamentsentwürfe* erstelle oder überarbeite, sowie *Satzungen* für *Stiftungen* erstelle.

Die Berufung der Beklagten zum Oberlandesgericht Karlsruhe – Senate in Freiburg – blieb ohne Erfolg.

Die Beklagte hat gegen Artikel 1 § 1 Abs. 1 RBERG verstoßen. Danach darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einschließlich der Rechtsberatung geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu die Erlaubnis erteilt worden ist. Die Beklagte hat keine solche Erlaubnis. Die Erlaubnispflicht entfällt bei einer juristische Person auch dann nicht, wenn sie hierfür einen Volljuristen beschäftigt. Während ein selbständiger Rechtsanwalt den Mandanten unabhängig berät, verfolgt der Angestellte einer Bank deren Interessen, z.B. bei einer erbrechtlichen Beratung, dass die Bank zur Testamentsvollstreckerin ernannt werden will.

Bei den Tätigkeiten des Herrn X. handelt es sich auch nicht um die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange, sondern um Rechtsbesorgung. Zur Abgrenzung erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung von erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung ist auf den Kern und Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen, da heutzutage alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen sind und daher eine wirtschaftliche Betätigung kaum ohne rechtsgeschäftliches Handeln möglich ist oder ohne rechtliche Wirkung bleibt. Der Schwerpunkt der Tätigkeiten liegt hier auf rechtllichem Gebiet. Die inhaltliche Beratung in Fragen der Testamentserrichtung dient der rechtlichen Umsetzung des Willens des Erblassers. Das ist kein wirtschaftlicher Vorgang, sondern Rechtsgestaltung. Jemand, der solche Dienstleistungen in Anspruch nimmt, sucht den Dienstleister nicht wegen der Frage auf, wem er was zuwenden will, sondern vielmehr wegen dessen rechtlichen Sachverstands. Angesichts der Kompliziertheit der gesetzlichen Regelungen zum Erbrecht und der Vielfalt testamentarischer Gestaltungsmöglichkeiten werden hohe Anforderungen an die juristische Qualifikation des Dienstleisters gestellt.

Die rechtsberatende bzw. rechtsbesorgende Tätigkeit der Beklagten wird durch die Übersendung der Entwürfe des Testaments und der Stiftungssatzung an einen Rechtsanwalt nicht zu einer Rechtsberatung dieses Rechtsanwaltes gegenüber der Kundin. Beratung und Erstellung der Entwürfe einerseits und rechtliche Prüfung andererseits sind zwei unterschiedliche, jeweils unter das Rechtsberatungsgesetz fallende Dienstleistungen. Indem Herr X. den Willen der Kundin ermittelte und auf dieser Grundlage einen Testamentsentwurf fertigte, determinierte er die vorzunehmende Rechtsgestaltung. Die nachfolgende rechtliche Prüfung konnte nur einer Fehlerkontrolle dienen, denn der Rechtsanwalt musste sich auf die Angaben von Herrn X. zu den persönlichen Verhältnissen und den Gestaltungswünschen der Kundin verlassen.

Die rechtsbesorgenden Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Testamentserrichtung sind auch nicht deshalb zulässig, weil die Beklagte damit für ihre Kunden rechtliche Angelegenheiten erledigt hätte, die in unmittelbarem Zusammenhang

mit einem Geschäft ihres Gewerbetriebes stünden. Die erbrechtliche Beratung und die Errichtung und Überarbeitung von Testamentsentwürfen haben mit Bankgeschäften nichts zu tun. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass sie ihren Kunden erlaubterweise Testamentsvollstreckungen anbietet. Denn weder die erbrechtliche Beratung noch die Erstellung von Testamentsentwürfen sind mit der Testamentsvollstreckung einhergehende Nebenleistungen. Um die Testamentsvollstreckung sachgerecht durchzuführen, bedarf es keiner Beteiligung des Testamentsvollstreckers an der Errichtung des Testaments.

Verfassungsrechtliche Bedenken, der Beklagten die genannten Mitwirkungshandlungen bei der Testamenterrichtung zu untersagen, bestehen nicht. Eine andere Betrachtung ist auch nicht dadurch geboten, dass ein Regierungsentwurf für ein neues Rechtsdienstleistungsgesetz vorliegt, das das Rechtsberatungsgesetz ersetzen soll, denn der Rechtsstreit ist auf der Grundlage des geltenden Rechts zu entscheiden.

Der Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz begründet einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch.

Die Revision wurde nicht zugelassen.

Pressemitteilung Oberlandesgericht Karlsruhe, Urteil vom 09.11.2006 – 4 U 174/05

Bundesgerichtshof erleichtert die Durchsetzung des Pfändungsschutzes für Sozialleistungsempfänger

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte sich mit der Frage zu befassen, auf welchem verfahrensrechtlichen Wege bei der laufenden Pfändung des Bankkontos eines Sozialleistungsempfängers der für das Kontoguthaben bestehende Pfändungsschutz effektiv durchgesetzt werden kann.

Die Gläubigerin hatte einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hinsichtlich des Bankkontos des Schuldners erwirkt, auf das monatlich das für ihn bestimmte Arbeitslosengeld II in Höhe von 742,50 € gezahlt wurde. Diese Pfändung betraf die laufende Kontoverbindung, wirkte sich also auch auf die künftigen Pfändungen der Sozialleistung aus.

Laufende Sozialleistungen sind nach § 54 Abs. 4 SGB I grundsätzlich wie Arbeitseinkommen pfändbar. Werden sie auf ein Bankkonto geleistet, ist das aus der Überweisung resultierende Kontoguthaben gemäß § 55 Abs. 1 SGB I für die Dauer von sieben Tagen seit der Gutschrift unpfändbar. Hat der Schuldner bis zum Ablauf dieser Frist nicht vollständig über die Gutschrift verfügt, wird der verbliebene Betrag von der Pfändung erfasst. Der Schuldner darf darüber ohne eine abweichende gerichtliche Entscheidung nicht mehr verfügen,

auch wenn die Sozialleistung insgesamt die Pfändungsgrenzen der §§ 850 c ff. ZPO für Arbeitseinkommen nicht übersteigt und der auf dem Konto verbliebene Betrag daher nach § 55 Abs. 4 SGB I unpfändbar ist.

Bisher wurde verbreitet die Meinung vertreten, der Schuldner könne nach Ablauf der 7-Tage-Frist die Freigabe des unpfändbaren Restguthabens nur mit der Erinnerung nach § 766 ZPO geltend machen und damit nur bezogen auf die jeweils aktuelle monatliche Überweisung der Sozialleistung. Ein derartiges Verfahren, das dazu zwingt, die Unpfändbarkeit des Restguthabens Monat für Monat mit einem Rechtsbehelf geltend zu machen, hindert den Sozialleistungsempfänger in erheblichem Maße daran, mit dem ihm pfändungsfrei zustehenden Kontoguthaben am heute üblichen bargeldlosen Zahlungsverkehr teilzunehmen.

Für den vergleichbaren Fall, dass laufend Arbeitseinkommen auf ein Konto überwiesen wird, hat der Gesetzgeber, um eine solche unbillige Konsequenz zu vermeiden, in § 850 k ZPO die Möglichkeit eröffnet, auf Antrag des Schuldners von vornherein und mit Wirkung für die gesamte Dauer der Pfändung den jeweils durch die wiederkehrenden Zahlungen auf das Konto gelangenden Betrag im Umfang der Pfändungsgrenzen durch Entscheidung des Vollstreckungsgerichts freizustellen.

Der Bundesgerichtshof hat nun diese Regelung entsprechend auch auf die Fälle angewandt, in denen wiederkehrende Sozialleistungen wie das Arbeitslosengeld II auf das gepfändete Konto des Schuldners überwiesen werden. Der Bundesgerichtshof hat daher die Rechtsbeschwerde des Gläubigers gegen den Beschluss des Landgerichts, das bereits ebenso zugunsten des Schuldners entschieden hatte, zurückgewiesen.

*BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2006 – VII ZB 56/06
AG Darmstadt – 63 M 30893/06*

Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs Nr. 18/2007

BGH entscheidet zur Beweislast bei der Vollstreckung gegen nichteheliche Lebenspartner

Die Vorschrift des § 1362 BGB soll Vermögensverschleierungen zwischen Ehepartnern verhindern, welche die Gläubiger des einen oder anderen Ehepartners benachteiligen können. Sie stellt deswegen eine zugunsten des Gläubigers wirkende Vermutung auf, dass die sich im Besitz mindestens eines der Ehepartner befindlichen beweglichen Sachen dem Schuldner allein gehören, gegen den der Gläubiger vollstreckt. Bei Unklarheiten trifft die Beweislast deshalb nicht den Gläubiger, sondern den Ehepartner, der sich auf sein Eigentum beruft. Ausgenommen sind nur die Gegenstände, die zum persönlichen Gebrauch eines der Ehepartner bestimmt sind.

Die Parteien streiten darüber, in wessen Eigentum ein von der Beklagten durch den Gerichtsvollzieher gepfändeter Audi A 6 steht. Zu der Vollstreckung kam es, weil die Beklagte titulierte Forderungen gegen den damaligen Lebenspartner der Klägerin hat, mit dem die Klägerin nichtehelich zusammenlebte. Diese beantragt, die Pfändung des Pkw für unzulässig zu erklären, weil sie alleinige Eigentümerin des PKW sei. Landgericht und Oberlandesgericht konnten die Eigentumsverhältnisse an dem Fahrzeug nicht klären.

Nach Meinung des Oberlandesgerichts muss die Beklagte beweisen, dass der Pkw ihrem Schuldner, also dem Lebenspartner der Klägerin gehört. Weil die Beklagte den Beweis nicht führen konnte, hat es der Klage stattgegeben. Die für Ehegatten geltende Vermutung des § 1362 BGB hat es nicht entsprechend angewendet. Da zu dieser Frage unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, hat das Oberlandesgericht die Revision zugelassen.

Der unter anderem für die Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen zuständige IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte deshalb zu entscheiden, ob die zu Gunsten des Gläubigers wirkende Vermutung des § 1362 BGB entsprechend gilt, wenn die zusammenlebenden Partner nicht miteinander verheiratet sind. Der Senat hat eine Erstreckung der Vorschrift abgelehnt und damit die Entscheidungen der Vorinstanzen bestätigt. Jede entsprechende Anwendung setzt eine planwidrige Lücke des Gesetzes voraus. Daran fehlt es, weil sich der Gesetzgeber im Jahr 1997 anlässlich einer umfangreichen Änderung des Zwangsvollstreckungsrechts nicht dazu entschließen konnte, die Vorschrift entsprechend einem vorliegenden Änderungsvorschlag anzupassen. Da die Vorschrift sonach nicht anzuwenden ist, kann im Streitfall offen bleiben, ob sie wegen einer Benachteiligung gegen die Ehe gegen die Verfassung verstößt. Eine möglicherweise von Verfassung wegen gebotene Korrektur ist auf verschiedene Weise möglich und kann deshalb nicht durch die Gerichte, sondern nur durch den Gesetzgeber erfolgen.

*BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 – IX ZR 92/05
LG Krefeld – 3 O 172/03 ./. OLG Düsseldorf – 11 U 33/04*

Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs Nr. 175/2006

Keine uneingeschränkte Erstattung sog. „Unfallersatztarife“

Das OLG Köln beschränkt Ersatzfähigkeit von Mietwagenkosten nach Verkehrsunfällen und erleichtert die Berechnung

In der verkündeten Entscheidung vom 2. März 2007 hat der 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln (Az. 19 U 181/06) die Berufung eines Autovermieters zurückgewiesen, der seinen Kunden nach Verkehrsunfällen Mietfahrzeuge zur Verfü-

gung stellte, dafür aber nach einem erhöhten Tarif sowie nach Tagespauschalen abrechnete. Der Mietpreis für die Ersatzfahrzeuge lag im Schnitt um 100 % über den sog. Normaltarifen. Der Autovermieter hatte sich die Ersatzansprüche abtreten lassen und diese sodann gegenüber der Haftpflichtversicherung des Unfallgegners geltend gemacht. Das Oberlandesgericht hat lediglich einen Aufschlag von 20 % auf den Normaltarif für gerechtfertigt erklärt und den Autovermieter verpflichtet, bei absehbar längerer Reparaturdauer nicht nur nach den – teureren – Tagespauschalen für Mietfahrzeuge abzurechnen, sondern die günstigeren Dreitages- oder Wochenpauschalen zugrunde zu legen.

In Deutschland haben sich im Mietwagengeschäft unterschiedliche Tarife entwickelt. Wer als Privat- oder Geschäftsmann ein Fahrzeug mietet und dafür selbst zahlt, hat dafür den sogenannten „Normaltarif“ zu entrichten. Benötigt der Geschädigte dagegen nach einem Verkehrsunfall einen Ersatzwagen, wird ihm von vielen Vermietern ein sogenannter „Unfallersatztarif“ angeboten, der den Normalpreis im Durchschnitt um 100 % übersteigt, wobei auch Aufschläge von 200 % keine Seltenheit sind und die Rechtsprechung sich sogar in Einzelfall schon mit Aufschlägen von 465 % befassen musste. Die Autovermieter begründen die Aufschläge damit, dass ihnen bei Vermietung von Unfallersatzwagen erhöhte Kosten und Risiken entstehen. Der 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln hat in der Urteilsbegründung einen solchen erhöhten Kosten- und Risikoaufwand bei der Vermietung von Unfallersatzfahrzeugen im Grundsatz anerkannt, diesen der Höhe nach aber auf einen pauschalen Aufschlag von 20 % auf die Normaltarife begrenzt. Daneben dürfe der Autovermieter nur noch bestimmte Nebenkosten in Ansatz bringen, etwa die

Kosten einer Vollkaskoversicherung für das meist neuwertige Mietfahrzeug sowie die Kosten der Zustellung und Abholung des Mietwagens.

Nicht gebilligt hat der Senat auch die Abrechnung nach den teureren Tagespauschalen. Der Autovermieter sei vielmehr verpflichtet, bei der Berechnung des Mietpreises von den günstigeren Dreitages- oder Wochenpauschalen auszugehen. Dies gelte nicht nur bei fest vereinbarter Mietdauer von mehreren Tagen, sondern auch dann, wenn das Ersatzfahrzeug für die voraussichtliche Dauer der Reparatur des Unfallfahrzeuges angemietet werde. Es sei davon auszugehen, dass sich der Geschädigte in diesem Fall bei der Werkstatt nach der voraussichtlichen Dauer der Reparatur erkundige und diese auch einigermaßen zuverlässig erfahre. Dann dürfe er ein Ersatzfahrzeug nicht nur tageweise anmieten, so dass eine Berechnung der Miete durch Kombination der günstigeren Tarife erfolgen müsse. Dies gelte selbst dann, wenn sich die ursprünglich ins Auge gefasste Mietzeit – zum Beispiel wegen unvorhergesehen längerer Reparatur- oder Wiederbeschaffungsdauer – als zu kurz herausgestellt haben sollte. Auch dann müsse auf der Basis günstigerer Mehrtagesätze abgerechnet werden, da der Aufwand bei mehrtägiger Vermietung an denselben Kunden selbstverständlich geringer sei als bei mehrmaliger eintägiger Vermietung an verschiedene Kunden, da einmalige Kosten (zum Beispiel für die Vertragsaufbereitung, Übergabe, Rücknahme und Reinigung des Fahrzeugs usw.) auch dann nicht wiederholt anfielen. Im Ergebnis führte dies dazu, dass der Autovermieter statt der verlangten 9.545,- € lediglich 5.823,- € zugesprochen bekam.

Pressemitteilung des OLG Köln

▶ Mitteilungen ◀

Anforderungen an Fahrtenbücher

Der Bund der Steuerzahler weist darauf hin, dass die Rechtsprechung in mehreren Urteilen* die strengen Anforderungen der Finanzverwaltungen an Fahrtenbücher bestätigt hat. Die Angaben von Datum und Kilometerstand zu Beginn und am Ende jeder einzelnen betrieblichen oder beruflich veranlassenen Fahrt, das Reiseziel und der Reisezweck, sowie die aufgesuchten Geschäftspartner müssen zwingend gemacht werden. Auch Umwege müssen aufgezeichnet werden. Mehrere Teilabschnitte einer einheitlichen beruflichen Reise können aber miteinander zu einer zusammenfassenden Eintragung verbunden werden. Für private Fahrten sind lediglich die gefahrenen Kilometer zu vermerken. Für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte reicht ein kurzer Hinweis mit Kilometerstandsangabe. Alle erforderlichen Angaben müssen sich aus dem Fahrtenbuch entnehmen lassen. Ein Verweis auf weitere Unterlagen ist nur zulässig, wenn der geschlossene Cha-

rakter der Fahrtenbuchaufzeichnungen dadurch nicht beeinträchtigt wird.

Für die steuerliche Anerkennung muss ein Fahrtenbuch in Form eines Buches (keine Loseblattsammlung) und zeitnah geführt worden sein. Nachträgliche Korrekturen müssen kenntlich gemacht und erläutert werden oder ausgeschlossen sein. Insofern werden Fahrtenbücher, die mittels Software – wie zum Beispiel Excel – erstellt werden, nicht mehr anerkannt. Hier lassen sich nachträglich Änderungen vornehmen, die nicht erkennbar sind. Fahrtenbuchsoftware, bei der im Nachhinein keine Änderungen vorgenommen werden können, werden jedoch steuerlich anerkannt. Die Plausibilität des Fahrtenbuches wird mit einer mathematisch empirischen Methode, dem Chi-Quadrat-Test, überprüft. So wird festgestellt, ob die Zahlenfolgen einen Sinn ergeben oder ob das Fahrtenbuch manipuliert wurde. Fahrtenbücher müssen dem Finanzamt immer im Original vorgelegt werden.

Wird ein Fahrtenbuch vom Finanzamt nicht anerkannt, wird die Nutzung des Kraftfahrzeugs zu Privatfahrten, zu Fahrten zwischen Wohnung und Betriebsstätte sowie zu Familienheimfahrten nach Pauschsätzen bewertet. Die private Nutzung wird dann mit dem zu versteuernden geldwerten Vorteil nach der 1-Prozent-Regelung bewertet. Insbesondere wenn es sich um ein sehr teures Fahrzeug handelt und dieses kaum privat genutzt wird, wirkt sich dies für den Steuerzahler nachteilig aus, da er dann höhere Steuern entrichten muss. Der Bund der Steuerzahler rät, sich die Mühe zu machen und ein Fahrtenbuch ordnungsgemäß zu führen. Oftmals lohnt es sich!

** (Bundesfinanzhof vom 16.3.2006, Az. VI R 86/04; Finanzgericht Hamburg vom 10.11.2006, Az. 1K 15/06; Finanzgericht Schleswig-Holstein vom 25.10.2006, Az. 1K 170/05)*

*Mitgeteilt vom Bund der Steuerzahler Deutschland e.V.
Manuskriptdienst 02/2007*

Das Erbe des GmbH-Gesellschafters

Regelungen für den Todesfall

Der Tod tritt in aller Regel plötzlich und unerwartet ein. Ist die Unternehmensnachfolge nicht oder nur unzureichend geregelt, kann dies ein Unternehmen in die Krise stürzen.

Ein GmbH-Gesellschafter sollte sich daher rechtzeitig im Voraus Gedanken machen, wie und an wen er sinnvoller Weise seine Anteile an der Gesellschaft überträgt. Nur so kann er einen reibungslosen Übergang nach seinem Tod gewährleisten und damit den Fortbestand der GmbH sichern. Denn nicht jeder Erbe ist auch ein geeigneter GmbH-Gesellschafter.

GmbH-Gesellschaftsanteile sind frei vererblich und übertragbar. Regelt also der Gesellschaftsvertrag die Nachfolge ausnahmsweise nicht, gehen die Anteile mit dem Tod des Gesellschafters auf dessen Erben über. Sind mehrere Erben vorhanden, erben diese die Gesellschaftsanteile gemeinschaftlich. Die Erben bilden also eine so genannte Gesamthandsgemeinschaft. Das bedeutet, die Miterben können ihre Rechte aus dem Gesellschaftsanteil nur gemeinschaftlich ausüben.

Im Interesse der Gesellschaft kann es sinnvoll sein, die gesetzliche Nachfolgeregelung zu beschränken. Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn die Gesellschafter verhindern wollen, dass die Erben eines Gesellschafters in die Gesellschafterstellung nachrücken. Hier helfen vor allem zwei Arten von Regelungen im Gesellschaftsvertrag.

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag eine Einziehungsklausel vereinbaren. Danach sind die übrigen Gesellschafter berechtigt, den Anteil des Erblassers einzuziehen, wenn dieser verstirbt. Die Einziehung muss zwingend im Ge-

sellschaftsvertrag geregelt sein. Sonst ist eine spätere Einziehung gesetzlich ausgeschlossen. Soll die Einziehung darüber hinaus ohne Zustimmung der Erben als so genannte Zwangseinziehung möglich sein, müssen die einzelnen Voraussetzungen, unter denen die Einziehung erfolgen soll, gesellschaftsvertraglich festgelegt sein.

Wollen die GmbH-Gesellschafter konkret die Wahl der Person des Nachfolgers beeinflussen, kann eine Abtretungsklausel in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Danach sind die Erben des verstorbenen Gesellschafters, die nicht Gesellschafter werden sollen, verpflichtet, den Gesellschaftsanteil im Erbfall an den vorgesehenen Nachfolger abzutreten. Wie bei der Einziehungsklausel fällt der Gesellschaftsanteil bis zur Abtretung zunächst in den Nachlass. Die Erben können also bis dahin frei über den Geschäftsanteil verfügen. Rein rechtlich haben sie daher in dieser Zeit die Möglichkeit, die vorgesehene Nachfolge zu verhindern.

Interessenten können den Beitrag „Erbe des GmbH-Gesellschafters“ aus der aktuellen GmbH-Steuerpraxis kostenlos anfordern beim VSRW-Verlag, Rolandstr. 48, 53179 Bonn oder per E-Mail an buch@vsrw.de

Mehraufwand bei der betrieblichen Altersvorsorge vermeiden

Wer als GmbH-Chef in den vergangenen Jahren für sich eine betriebliche Altersversorgung einrichten wollte, wählte häufig die Direktversicherung oder Pensionskasse. Schließlich gelten diese beiden Durchführungswege als solide, sicher und vor allem verwaltungsmäßig. Damit ist jetzt Schluss – zumindest bei den Verträgen, die bislang durch eine geschickte Gestaltung alle steuerlichen Möglichkeiten ausschöpften.

Bereits 2005 hat der Gesetzgeber entschieden, dass die sog. Pauschalbesteuerung von Direktversicherungen nur noch für Altzusagen gilt. Um dies kontrollierbar zu machen, verlangt die Lohnsteuer-Durchführungsverordnung seit 2007 umfangreiche Aufzeichnungen vom Arbeitgeber, wie das Wirtschafts magazin gmbhchef in seiner aktuellen Ausgabe berichtet. Unter anderem müssen der Inhalt der Zusage mit Stichtag 31.12.2004 sowie alle Änderungen der Zusage nach diesem Zeitpunkt schriftlich festgehalten werden. Kompliziert wird es immer dann, wenn an alten Verträgen Änderungen vorgenommen oder wenn diese auf einen neuen Arbeitgeber übertragen werden. Dann ist zu prüfen, ob es sich weiterhin um eine Altzusage handelt.

Für 2005 konnten Arbeitgeber in Direktversicherungen oder Pensionskassen bis zu 2.496,- € pro Jahr anstelle der Pauschalbesteuerung steuerfrei investieren. Für die Jahre 2006 und 2007 sind dies 2.520,- €. Nutzt der Arbeitnehmer die Pauschalbesteuerung nicht, und handelt es sich um eine Neuzusage, dann erhöht sich der steuerfreie Beitrag um 1.800,- € pro Jahr.

Die Frage ist jedoch, was unter einer Neuzusage zu verstehen ist. Hier ist die Finanzverwaltung sehr restriktiv. Vereinfacht gesagt handelt es sich nur dann um eine Neuzusage, wenn für den Arbeitnehmer vorher noch keinerlei betriebliche Altersvorsorge bestand. Das sieht ein Versicherungsmakler verständlicherweise anders. Um das Geschäft zu fördern, werden häufig Neuzusagen konstruiert, indem z.B. einfach ein anderer Tarif, ein anderer Versicherer oder ein anderer Durchführungsweg verwendet wird. Kein Problem für den Verkäufer, denn die Haftung übernimmt immer der Arbeitgeber. Erkennt die Finanzverwaltung die Konstruktion nicht an, zahlt der Arbeitgeber die Steuer nach. Um dies zu kontrollieren, verlangt

die Finanzverwaltung auch hier umfangreiche Aufzeichnungen.

Diese Aufzeichnungspflichten können Arbeitgeber vermeiden, indem sie die betriebliche Altersvorsorge ihrer Arbeitnehmer auf (steuerfreie) Einzahlungen bis zu 2.520,- € begrenzen. Bei bereits bestehenden pauschalbesteuerten Direktversicherungen sollten Änderungen am Vertrag weitgehend vermieden werden. Es genügt, wenn der Inhalt der Versorgung mit Stand vom 31.12.2004 festgehalten wurde.

Mitteilung VSRW-Verlag, Bonn

► BDR intern ◀

In memoriam – Ehrenpräsident Hans Triendl

Am 25.12.2006 verstarb der Ehrenpräsident unseres Verbandes, Herr Rechtsbeistand Hans Triendl, im Alter von 84 Jahren. Seine Amtszeit als hauptberuflicher Präsident (1967 bis 1997) war geprägt von großem Engagement für die Belange des Berufsstandes. Er setzte sich u.a. für die Verkammerung der Rechtsbeistände ein, forderte schärfere Zulassungsvoraussetzungen, eine Prüfungs- und Ausbildungsordnung sowie eine Gebührenordnung in Anlehnung an die BRAGO. Unermüdlich strebte er auch die Überführung der Rechtsbeistände in die Rechtsanwaltschaft an. Weit blickend pflegte Hans Triendl die

Zusammenarbeit der Rechtsbeistände auf europäischer Ebene. Seine Sachkundelehrgänge machten ihn bei Generationen von Erlaubnisinhabern bekannt. Sein weiteres Verdienst war die Zeitschrift der Rechtsbeistände, die seit 1970 erscheint und die heute in keiner juristischen Bibliothek fehlt. Nach fast 33-jähriger Tätigkeit legte er sein Amt nieder und war seitdem Ehrenmitglied und Ehrenpräsident des BDR.

Der BDR verliert mit Herrn Triendl eine herausragende Persönlichkeit seiner Verbandsgeschichte, bei der wir uns nochmals postum für seine engagierten Einsatz bedanken möchten. Wir werden ihm ein ehrendes Andenken bewahren.

► Rezensionen ◀

Testamentsgestaltung

Von Johannes Schulte, Verlag C.H.Beck, 2006, XXI, 196 Seiten, kartoniert 35,00 EUR, ISBN 3-406-55234-X

Dieser neue Band der bewährten Reihe Berufspraxis Rechtsanwälte bietet dem Rechtsanwalt das nötige Handwerkszeug zur Gestaltung von Testamenten und Erbverträgen.

Folgende wichtige Inhalte werden behandelt:

- Erbeinsetzung
- Bedingungen und Verwirkungsklauseln
- pflichtteilsrechtliche Verfügung
- Wiederverheiratungsklauseln
- Vermächtnisse
- Teilungs- und Auseinandersetzungsanordnung
- Auflage
- Totenfürsorge
- Schiedsklausel

- Vor- und Nacherbschaft
- Erbvertrag
- Stiftung von Todes wegen
- Zuwendungsverzicht
- Beschränkung des Erb- und Pflichtteils
- Pflege- und Versorgungsleistungen sowie
- Erbrecht mit Bezug zum Ausland.

Daneben finden sich spezielle Einzeltestamente u.a. für Behinderte, Unternehmer, Landwirte sowie getrennt lebende und geschiedene Ehegatten. Ein Anhang bietet zahlreiche Muster für Einzeltestamente und gemeinsame letztwillige Verfügungen. Zahlreiche hervorgehobene Einzelklauseln und Muster machen die Umsetzung in eigene Entwürfe einfach. Daneben bietet das Werk zahlreiche Tipps und Hinweise rund um die erbrechtliche Vertragsgestaltung.

Das Werk richtet sich an Rechtsanwälte, Rechtsbeistände, Fachanwälte für Erbrecht und Notare.

Der gerichtliche Sachverständige

Ein Handbuch für die Praxis

Begründet von Dr. Kurt Jessnitzer, fortgeführt von VorsRiLG Jürgen Ulrich (Bis zur 11. Auflage als „Jessnitzer/Ulrich“), Carl Heymanns Verlag, 12., neu bearbeitete Auflage 2007, XV, 637 Seiten, Hardcover 99,00 EUR, ISBN 978-3-452-25717-8

Seit der Voraufgabe hat sich in dem Recht der gerichtlichen Sachverständigen Erhebliches getan: Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, das inzwischen schon mehrfach veränderte Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz sowie Umgestaltungen in der ZPO haben zu vielfältigen Änderungen geführt. Der vollständige Umbau der Rechtsanwaltsbezahlung hat die Einleitung der selbständigen Beweisverfahren stark zu nehmen lassen. Auch aktuelle BGH-Entscheidungen zum Recht der gerichtlichen Sachverständigen sind zu berücksichtigen.

In der vollständig neu bearbeiteten 12. Auflage wird auf diese genannten und die vielen weiteren Neuerungen detailliert eingegangen; auch die durch das angekündigte 2. Justizmodernisierungsgesetz zu erwartenden Veränderungen sind bereits eingearbeitet. Daneben liegt ein Schwerpunkt der Ausführungen wieder in der fallbezogenen Darstellung der Bezahlung des gerichtlichen Sachverständigen. Mit Hilfe kommentierter Rechnungen und Musterformularen wird dieses Thema praxisgerecht aufbereitet. Der hohe Praxisnutzen dieses Handbuchs ist auch in der Neuauflage insbesondere durch das jetzt mehr als 1.500 Begriffe enthaltende Stichwortverzeichnis gewährleistet.

„Kostengesetze“ mit dem 2. JuMoG

Von Dr. Dr. Peter Hartmann, Verlag C.H.Beck, 37., völlig neu bearbeitete Auflage, 2007, XXX, 1993 Seiten, in Leinen 109,00 EUR, ISBN 978-3-406-55850-4

Dieser bewährte Standardkommentar für das gesamte Gerichtskosten- und Anwaltskostenrecht informiert praxisnah und kompakt über alle wichtigen Themen und verarbeitet die gesamte Rechtsprechung und die Literatur bis Januar 2007, teilweise Anfang Februar 2007.

Die 37. Auflage berücksichtigt die jüngsten Neuregelungen:

- das 2. Justizmodernisierungsgesetz (2. JuMoG) vom 22.12.2006 mit dem in seinem Art. 2 verkündeten Gesetz über den Zahlungsverkehr mit Gerichten und Justizbehörden (ZahlVGJG)
- das EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz vom 21.12.2006
- Gesetz zur Errichtung des Bundesamts für Justiz vom 17.12.2006
- Jahressteuergesetz 2007 vom 13.12.2006

- Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10.11.2006
- Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft vom 14.8.2006
- Ländervereinbarung über die Gewährung von Reiseentschädigungen und Vorschusszahlungen vom 29.6.2006
- Gesetz zur Änderung des patentrechtlichen Einspruchsverfahrens und des Patentkostengesetzes vom 21.6.2006 sowie weitere sechs Gesetze.

Der Erscheinungstermin wurde im Hinblick auf das 2. JuMoG, das am 31.12.2006 in Kraft getreten ist, vorgezogen, um den Nutzern schnellstmöglich ein zuverlässiges Hilfsmittel an die Hand zu geben.

Berufsrisiken des Strafverteidigers

Von Dr. Eckhart Müller/Klaus Gussmann, Verlag C.H. Beck, 2007, XXIII, 158 Seiten, kartoniert 34,90 EUR, ISBN 978-3-406-52556-8

Die Reihe Strafverteidigerpraxis gibt dem Verteidiger Handreichungen für seine tägliche Arbeit. Die Autoren arbeiten relevante Einzelthemen so auf, dass einerseits der schnelle Zugriff auf die Probleme gewährleistet ist und andererseits ein vollständiges Verständnis sowohl der materiellrechtlichen Grundlagen, des Verfahrensrechts als auch der Verteidigungstaktik ermöglicht wird.

Bei alledem steht die Praxis im Vordergrund: Übersichten, Checklisten und Formulierungsbeispiele erhöhen den Nutzen dieser Reihe.

Dieser Band setzt sich speziell mit den Berufsrisiken der Strafverteidigung auseinander. Für dieses hochaktuelle Thema, das Gegenstand zahlreicher Seminarveranstaltungen ist, existiert bisher keine gesonderte Darstellung. Insbesondere sind anlässlich der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Risiken der Honorarannahme deutlich umrissen. Daneben sind alle Risiken beim Umgang mit Mandanten, Dritten, Kollegen, Behörden und Gerichten umfassend erläutert. Von Strafvereitelung und Parteiverrat über Beihilfe und zivilrechtliche Haftung bis hin zum Berufsrecht und prozessualen Besonderheiten wird der Praktiker kompetent informiert.

Dr. Eckhart Müller ist Fachanwalt für Strafrecht in München, Lehrbeauftragter an der Universität Passau, Referent an den Richterakademien in Trier und Wustrau und war lange Jahre Vizepräsident der RAK München. Klaus Gussmann ist Fachanwalt für Strafrecht in München und Dozent für Fachanwaltsfortbildungen der RAK München, des Deutschen Anwaltsinstituts und des Deutschen Anwaltvereins.

