

Anwalts blatt



Deutscher **Anwalt** Verein

4/2012

April



Aufsätze

Römermann: PartG mbB	288
Schwenzer/Lübbert: AGB-Recht im Diskurs	292
Kessel: AGB im Bereich B2B	293
Kieninger: ABG und Rückbesinnung	301
Schmidt-Kessel: AGB und Marktmacht	308
Hannemann: AGB und Gesetzgeber	314
Frankenberger: AGB und Unternehmen	318

Magazin

Hellwig: PartG mbB	345
--------------------	-----

Aus der Arbeit des DAV

Symposium AGB-Recht	352
1. Europäischer Insolvenzrechtstag	354

Rechtsprechung

KG: „Ihre Experten-Kanzlei“	367
BVerfG: Beratungshilfe für Kinder?	371



Mediation statt Rechtsschutz?

Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Düsseldorf
Rechtsanwalt,
Herausgeber des Anwaltsblatts

„Mediation ist und bleibt Anwaltsache“ – dieser Titel eines jüngst von Henssler und Deckenbrock im „Betrieb“ (Heft 3/2011) veröffentlichten Aufsatzes sollte durchaus im doppelten Sinne verstanden werden: Anwälte sind nicht nur die geborenen Streitschlichter (was sie übrigens schon lange unter Beweis gestellt haben, bevor es den Begriff der Mediation überhaupt gab), sondern ihre Mitwirkung als interne Rechtsberater ist oftmals die entscheidende Voraussetzung dafür, dass sich die Parteien in der Mediation überhaupt „auf Augenhöhe“ gegenüber treten können. Wer sich nämlich ohne vorherige Beratung über seine rechtlichen Optionen, Chancen und Risiken im Falle einer gerichtlichen Streitentscheidung auf die Mediation einlässt, macht es dem Mediator zwar leichter, mit „unjuristischen“ Argumenten für eine einvernehmliche Lösung zu werben, läuft aber Gefahr, sich in der Mediation „unter Wert“ zu verkaufen.

Damit soll nicht etwa in Frage gestellt werden, dass die Mediation eine sinnvolle Alternative zur traditionellen Streiterledigung sein kann. Gefährlich, ja möglicherweise sogar unmoralisch wird es aber dann, wenn die Angst, zumindest aber Zurückhaltung rechtsunerfahrener Kreise in Bezug auf Gerichtsprozesse und -verhandlungen genutzt wird, um sie mit dem Versprechen einer „unbürokratischen und flexiblen Lösung, ohne Ärger, ohne Stress“, in die Mediation zu locken. Daher sollten die Bestrebungen von Rechtsschutzversicherungen, ihren Kunden den Verzicht auf anwaltliche Beratung und gegebenenfalls Klageerhebung zu Gunsten der Mediation nahelegen oder den vorherigen Versuch einer Mediation vor einem von der Versicherung bestimmten Mediator sogar zur Voraussetzung für die Gewährung von Rechts-

schutz zu machen, mit großer Sorgfalt beobachtet werden. Wohl niemand würde einen Krankenversicherungsvertrag abschließen, der in seinen Bedingungen die Obliegenheit enthielte, vor Konsultation eines Arztes zunächst einen Heilpraktiker aufzusuchen. Die Risiken und Nebenwirkungen eines solchermaßen abgespeckten Versicherungsschutzes sind vor allem in Situationen unübersehbar, in denen schnelles, juristisch fundiertes und taktisch geschicktes Handeln gefragt ist, wie beispielsweise in Kündigungsschutzfällen. Gerade hier aber haben die Rechtsschutzversicherungen die Mediation als Kostenbremse entdeckt, machen doch arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen dem Vernehmen nach rund 40 Prozent des gesamten Schadensvolumens der Rechtsschutzversicherungsbranche in Deutschland aus.

Fazit: Mediation ohne anwaltliche Begleitung kann einem Blindflug gleichen. Und dass ausgerechnet die Rechtsschutzversicherungen sich als Marketingmaschinen für die Mediation betätigen, sollte eher skeptisch stimmen. Für die Versicherten muss einstweilen die Warnung gelten: Nicht überall, wo Rechtsschutz draufsteht, sind Anwälte drin!

Heinz Josef Willemsen

A Aufsätze

Editorial

- M 115** Mediation statt Rechtsschutz?
Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef
Willemsen, Düsseldorf
Herausgeber des Anwaltsblatts

Nachrichten

- M 118** Bericht aus Berlin:
Der Kampf geht weiter
Prof. Dr. Joachim Jahn, Berlin
- M 120** Bericht aus Brüssel:
Mario Monti und die Freien
Berufe – eine Hassliebe?
Rechtsanwältin Eva Schriever, LL.M.,
Berlin/Brüssel
- M 122** Nachrichten
- M 141** Stellenmarkt des Deutschen
Anwaltvereins
- M 146** Bücher & Internet
- M 152** Deutsche Anwaltakademie
Seminarkalender

Schlussplädoyer

- M 154** Nachgefragt, Comic,
Mitglieder-Service
- 374** Fotonachweis, Impressum

Anwaltsrecht

- 288** PartG mbB – die anwaltliche
Rechtsform der Zukunft?!
Rechtsanwalt Dr. Volker Römermann,
Hamburg/Hannover

Rechtspolitik

- 292** Neues AGB-Recht im unter-
nehmerischen Rechtsverkehr?
Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, Basel, und
Rechtsanwalt Dr. Friedwald Lübbert, Bonn
- 293** Reformbedarf der Praxis
Rechtsanwalt Dr. Christian Kessel, LL.M.,
Frankfurt a.M.
- 301** Rückbesinnung auf die Ziele
Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger, Würzburg
- 308** Marktmacht begrenzen
Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, Bayreuth
- 314** Der Wille des Gesetzgebers
Rechtsanwalt Thomas R. Hannemann,
Karlsruhe
- 318** Wirklichkeit überholt das Recht
Rechtsanwältin Dr. Anke Frankenberger,
Hamburg

Anwaltspraxis

- 320** Obtaining Discovery in the
USA for Use in Germany
Lawrence S. Schaner, Chicago und
Brian S. Scarbrough, Washington
- 327** Kinderrechte durchsetzen
Dr. Hendrik Cremer, Berlin

Anwaltsvergütung

- 330** Studie zur Prozesskostenhilfe
Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln
- 334** Mandat gegenüber der
Rechtsschutzversicherung
Rechtsanwalt Burkard Lensing, LL.M.,
Münster
- 336** Dokumentationszentrum
- 337** Bücherschau
Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

M Magazin

Report

- 340** Finanziere David gegen
Goliath – Verschiebungen im
Markt der Prozessfinanzierer
Corinna Budras, Frankfurt am Main

Kommentar

- 343** Elektronischer Rechtsverkehr:
Ein wenig Mut tut gut
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Volk,
Wiesbaden

Gastkommentar

- 344** Für einen muss sich das
Klagensammeln lohnen
Karin Matussek, Bloomberg News

Anwaltsblattgespräch

- 345** PartG mbB: Sinnvolle
Modernisierung
Interview mit Rechtsanwalt und Notar a.D.
Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt
am Main

Meinung & Kritik

- 348** Europäische Union:
Datenschutz mit Biss
Jan Philipp Albrecht, Mitglied des
Europäischen Parlaments, Brüssel

Anwälte fragen nach Ethik

- 350** Normative Berufsethik?
§ 43 BRAO und die Pflicht zur
Gewissenhaftigkeit
DAV-Ausschuss Anwaltliche Berufsethik



- 352 Symposium von DAV und DJT zum AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr
- 354 DAV-Stellungnahmen
- 354 1. Europäischer Insolvenzrechtstag
- 356 DAV-Fortbildungsbescheinigung: Neues Online-Angebot
- 357 Anwaltverein Stuttgart: Sanktionierte Fortbildungspflicht?
- 358 AG Bank- und Kapitalmarktrecht: Jahrestagung
- 360 Deutsche Anwaltakademie: Nachrichten
- 360 AG Verkehrsrecht: Verkehrsgerichtstag in Goslar
- 361 Magdeburger Anwaltverein: Auf Verbrauchermessen werben
- 361 Deutscher Anwaltverein: App zum Unterhalt 2012
- 361 AG Allgemeinanwalt: Neues Fortbildungsprogramm
- 361 Mitgliederversammlung: AG Allgemeinanwalt
- 362 Mitgliederversammlungen: AG Transport- und Speditionsrecht / AG Ausländer- und Asylrecht / AG Internationaler Rechtsverkehr
- 362 Personalien: Micheal Bücken † und Auszeichnung für Wolfgang Ehrler

Haftpflichtfragen

- 364 Fallstricke im neuen Familienrecht
Rechtsanwalt Alexander Werner,
Allianz-Versicherung, München

Anwaltsrecht

- 367 KG: Zulässige Werbung mit „Ihre Experten-Kanzlei“
- 370 SG Köln: Unabhängigkeit des Syndikusanwalts
- 370 SG München: Befreiung von Rentenversicherungspflicht

Anwaltschaftung

- 370 BGH: Keine Wiedereinsetzung wegen Stresssituation
- 370 BGH: Auf Rechtsmittelbelehrung des Gerichts vertrauen?
- 370 BGH: Verwendung von Adressaufklebern in Kanzlei

Anwaltsvergütung

- 371 BVerfG: Wann haben Kinder Anspruch auf Beratungshilfe?
- 372 OLG Düsseldorf: Einklagen des Honorars einer Partnerschaft
- 372 OLG Düsseldorf: Zeithonorar einklagbar abrechnen

Rechtsdienstleistungsgesetz

- 374 BGH: Autovermieter darf Forderung einziehen

Der Kampf geht weiter

Der Kampf gegen Abzocke im Internet geht weiter: Kaum hat der Bundestag die Einführung eines „Warnbuttons“ für kostenpflichtige Angebote beschlossen, legt Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger mit einem „Verbraucherschutzpaket“ nach. Wobei getrost vermutet werden darf, dass die FDP-Politikerin dabei Land von ihrer Kabinettskollegin Ilse Aigner (CSU) zurück erobern will. Denn die Ressortchefin für Ernährung und Landwirtschaft ist auch für den Schutz der Verbraucher zuständig. Und spielt sich mit ihren ständigen Attacken auf soziale Netzwerke und unredliche Bankberater bei vielen Themen in den Vordergrund, bei denen in Wirklichkeit das Justizressort die Federführung hat.

Das neue Gesetzespaket widmet sich unter anderem unerlaubter Telefonwerbung und dem Schutz persönlicher Daten bei Google, Facebook oder Xing. In einigen Punkten geht es aber auch Rechtsanwälte direkt etwas an. Ein Stichwort lautet: missbräuchliche Abmahnungen im Urheber- und Wettbewerbsrecht. Dem systematischen Durchforschen des Webs nach Bagatelverstößen durch darauf spezialisierte Kanzleien soll nun endgültig der finanzielle Anreiz genommen werden. „Die geltende Deckelung der Gebühren für Erstabmahnungen hat sich nicht bewährt“, räumen Leutheusser-Schnarrenberger Beamte im Vorwort zu ihrem Referentenentwurf den Fehlschlag ihres ersten Anlaufs dazu ein. In der Praxis bleibe nämlich oft unklar, was genau unter „einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung“ (so § 97a Abs. 2 UrhG seit 2008) zu verstehen sei.

Künftig soll ein niedriger Einheitsstreitwert für alle Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung gegenüber Privatpersonen gelten, wenn diese vom Inhaber des Urheberrechts nicht schon einmal abgemahnt worden sind. Gedeckelt wird die Kostenbelastung dadurch auf weniger als 100 Euro. Wohlge-merkt: Schadenersatzansprüche bleiben davon unberührt. Wer zu Unrecht

abgemahnt wird, soll außerdem einen ausdrücklichen Gegenanspruch erhalten und den Ersatz seiner Verteidigungskosten verlangen können.

Ähnliches plant die Justizministerin im Wettbewerbsrecht. Hier soll ein niedriger Gegenstands- und Streitwert für eine Kappung der Kosten bei etwa 150 Euro sorgen. Voraussetzung: Die Bedeutung der Sache ist für den Abgemahnten erheblich niedriger zu bewerten als für den Abmahner. Eingeschränkt wird außerdem der „fliegende Gerichtsstand“.

Indirekt betroffen ist die Anwaltschaft außerdem von einer Attacke auf „schwarze Schafe“ in der Inkassobranche. Gemeinsam mit Verbraucherschützern und dem Bundesverband der Inkassofirmen strebt Leutheusser-Schnarrenberger nach einer strengeren Aufsicht. Was die Branchenlobby hingegen beunruhigt, ist die Ankündigung einer „einfachen und transparenten Kostenerstattungsregelung“. Jeder Verbraucher soll sofort erkennen können, so das vollmundige Versprechen, bis zu welcher Höhe er Inkassokosten erstatten muss. Das Bundesverfassungsgericht hat noch im November festgehalten, dass die Gebühren nicht höher liegen dürfen, als wenn statt dessen ein Rechtsanwalt beauftragt würde – und dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch Fragen offen lasse (Az.: 1 BvR 1012/11, AnwBl 2012, 278). Eine „faire“ Staffelung der Kosten soll nun dem tatsächlichen Aufwand gerecht werden und unanständigen Geschäftemachern den Wind aus den Segeln nehmen.



Der Autor
Prof. Dr. Joachim Jahn, Berlin
ist Wirtschaftsredakteur der F.A.Z. und Honorarprofessor an der Universität Mannheim. Er schreibt im Wechsel mit Peter Carstens, ebenfalls von der F.A.Z..

Gesetzgebung

§ 312g BGB

Der Bundestag hat am 2. März 2012 ein Gesetz zur Änderung des § 312g BGB zum Schutz von Verbrauchern vor Kostenfallen im Internet (Drs. 17/7745, Heft 12/2011) nach dritter Lesung verabschiedet. In einer öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss Anfang Februar hatten sich alle Experten für einen besseren Verbraucherschutz ausgesprochen. Ein Kaufvertrag soll bei Online-Bestellungen nur dann zustande kommen, wenn der Verbraucher eine Zahlungsverpflichtung ausdrücklich bestätigt. Die Unternehmen müssen auf die Entgeltlichkeit einer Leistung eindeutig hinweisen. Erfolgt die Bestellung über eine Schaltfläche, muss diese unmissverständlich beschriftet sein. Das Gesetz tritt drei Monate nach der Verkündung in Kraft.

Berufshaftung

Das Bundesministerium der Justiz hat am 15. Februar 2012 einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung veröffentlicht (siehe dazu in diesem Heft Römermann, AnwBl 2012, 288, und Hellwig, AnwBl 2012, 345).

Planfeststellungsverfahren

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt im Grundsatz einen Referentenentwurf vom Bundesinnenministerium für ein Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinfachung von Planfeststellungsverfahren. Mit dem Gesetz soll das Verfahrensrecht vereinheitlicht und beschleunigt werden. In § 25 VwVfG ein neuer Absatz über die „frühe Öffentlichkeitsbeteiligung“ vorgesehen. Die zuständigen Behörden sollen bereits vor der Eröffnung des eigentlichen Genehmigungs- oder Planfeststellungsverfahrens beim Vorhabenträger auf eine Öffentlichkeitsbeteiligung hinwirken.

KapMuG

Der Gesetzentwurf zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG, Drs. 17/8799) wurde am 8. März 2012 nach erster Lesung im Bundestag an die Ausschüsse überwiesen. Die Reform sieht für das KapMuG eine Erweiterung des Anwendungsbereiches vor. Vergleichsabschlüsse sollen vereinfacht werden. Außerdem soll das bisher am 31. Oktober 2012 außer Kraft tretende Gesetz durch die Reform entfristet werden.

Mario Monti und die Freien Berufe – eine Hassliebe?

Mario Monti – der Name ist Programm. In seiner Zeit als EU-Wettbewerbskommissar von 1999 bis 2004 hielt er die freien Berufe mit verschiedenen Deregulierungsbestrebungen in Atem. Die Deregulierungswelle vererbte und erhält nun neuen Schwung. Wieder spielt auch Mario Monti eine Rolle. In einem Schreiben von Ende Februar 2012 mit dem Titel „A plan for Growth in Europa“ fordert der italienische Premierminister die Kommission sowie die Regierungschefs von 11 Mitgliedstaaten auf, den Dienstleistungssektor weiter zu liberalisieren. Das Schreiben reiht sich ein in eine Serie von Forderungen, diesen Sektor und dabei insbesondere auch die Freien Berufe weiter zu deregulieren, vorgebliche Sonderregelungen abzuschaffen sowie die Pflichtmitgliedschaft zu überdenken.

Die Kommission setzte sich in ihrem Jahreswachstumsbericht 2012 vom 23. November 2011 für Liberalisierung und Beseitigung ungerechtfertigter Beschränkungen bei den Freien Berufe ein. In seinem Antwortschreiben an Monti und seine Kollegen, nebst dazugehörigem Annex, vom 27. Februar 2012 verweist Kommissionspräsident José Manuel Barroso auf die sogenannten „Performance checks“, welche die Kommission in den drei Bereichen Tourismus, Baugewerbe und Unternehmensdienstleistungen vollzieht. Zu Vorbehaltsaufgaben („Reserved Activities“) in diesen drei Sektoren wurde Mitte Februar eine von der Kommission in Auftrag gegebene Studie veröffentlicht. Die Ergebnisse für die deutschen rechtsberatenden Berufe sind auf den ersten Blick glimpflich. Unter dem Strich stellt die Studie fest, dass bestehende Vorbehaltsaufgaben durch bereits erfolgte Reformen der letzten Jahre, wie das RDG sowie die Möglichkeit der Bildung Multidisziplinärer Partnerschaften, ausgeglichen werden. Gleichwohl wird die Frage gestellt, ob es nicht ausreichte, die jeweilige Tätigkeit zu reglementieren – also ob es für die Erbringung einer Dienstleistung

ausreichte, dass in Anlehnung an die Optiker-Entscheidung des EuGH unter verschiedenen Angestellten eines Dienstleisters, ein Berufsträger die Tätigkeit erbringe oder überwache.

Weiter geht der OECD-Wirtschaftsbericht für Deutschland von Februar 2012. Nach Ansicht der OECD ist die fortbestehende Regulierung einiger Dienstleistungssektoren, namentlich bei den freien Berufen, ein Faktor, der die Arbeitsproduktivität Deutschlands im Vergleich des OECD-Durchschnitts dämpft. Der Deregulierungsprozess sollte daher laut OECD fortgesetzt werden und die Frage der Pflichtmitgliedschaft in den Berufsverbänden überdacht werden. Angelehnt an die Dienstleistungsrichtlinie fordert der Bericht, Genehmigungsfiktion einzuführen sowie Anmeldungen und Genehmigungen zentralen Anlaufstellen zu übertragen. Zudem solle laut OECD ein beratendes Gremium eingerichtet werden, das mit der Identifizierung und Evaluierung von Hindernissen für ein höheres Produktivitätswachstum beauftragt werden könne. Begleitet werden diese Forderungen auf EU-Ebene von nationalen Entwicklungen, die Eingriffe in die Selbstverwaltung der Anwaltschaft bedeuten (siehe dazu der Beitrag im März-Heft, AnwBl 2012, M 80). Grundtenor im Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE) ist, dass die Anwaltschaft bereit ist, Veränderungen dort zu akzeptieren, wo sie notwendig sind und Sinn machen. Klar muss aber auch sein, dass es im Interesse des Verbrauchers keine Einschnitte in die Kernwerte der Anwaltschaft geben darf.



Die Autorin
**Eva Schriever, LL.M.,
Berlin/Brüssel**

ist Rechtsanwältin und Geschäftsführerin des DAV (Leiterin der Abteilung EU-Angelegenheiten).

Sie erreichen die Autorin unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

Gesetzgebung

Europäische Stiftungen

Stiftungen sollen künftig gemeinnützige Tätigkeiten europaweit leichter fördern können. Am 8. Februar 2012 hat die Kommission den Verordnungsvorschlag KOM(2012) 35 zum Statut der Europäischen Stiftung vorgelegt. Ziel des Vorschlags, der aufgrund seiner Rechtsgrundlage (Art. 352 AEUV) im Rat Einstimmigkeit voraussetzt, ist die Schaffung einer einheitlichen europäischen Rechtsform. Europäische Stiftungen sollen effektiver private Gelder grenzüberschreitend für Zwecke, die dem Gemeinwohl dienen, einsetzen können und dabei auch selbst weniger Kosten zu tragen haben. Die Europäische Stiftung soll neben inländischen Stiftungen als freiwillige Alternative bestehen. Jede Europäische Stiftung wird ihre Gemeinnützigkeit und ihre grenzüberschreitende Tätigkeit nachweisen müssen und über ein Stiftungskapital von mindestens 25.000 Euro verfügen. Sie kann dabei durch Umwandlung einer nationalen Stiftung in eine Europäische Stiftung oder durch die Verschmelzung nationaler Stiftungen gegründet werden. Die Europäische Stiftung soll dem gleichen Steuerrecht unterliegen wie rein inländische Stiftungen.

Ausschreibung für Rechtsrat?

Ende Februar fand eine erste Orientierungsdebatte im Rat zu den Ende 2011 vorgelegten Reformvorschlägen im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe statt (KOM(2011) 895 und KOM(2011) 896; siehe AnwBl 2012, M44). Eine Übereinstimmung im Rat „Wettbewerbsfähigkeit“ über die Hauptprinzipien solle bereits im Mai 2012 erzielt werden, um noch im Jahr 2012 eine Einigung in Rat und EU-Parlament zu erreichen. Der DAV begrüßt, die Aufnahme der Rechtsprechung des EuGH zu zentralen vergaberechtlichen Fragen, steht aber gleichwohl den Vorschlägen insgesamt kritisch gegenüber, siehe die DAV-Stellungnahme Nr. 7/2012. Inakzeptabel ist unter anderem die Ausdehnung der uneingeschränkten Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Verfahrensvorschriften auf in aller Regel nicht binnenmarktrelevante Dienstleistungen, darunter die Rechtsberatung. Aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers bedeutet dies einen erheblich erhöhten Aufwand. Geprägt von einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Berater, entziehen sich die zugrundeliegenden Entscheidungskriterien der objektifizierbaren Definition und Nachprüfung.

Anwaltsrecht

Syndikusanwälte und der BGH – noch kein Traumpaar

Ändert der BGH seine Haltung zum Syndikusanwalt? Auf einer Berliner Konferenz am 15. Februar 2012 wurde solchen Hoffnungen erst einmal der Wind aus den Segeln genommen. Dr. Max Braeuer, als Rechtsanwalt und Notar in Berlin auch ehrenamtlicher Anwaltsrichter im Anwaltsenat des BGH, vertrat vor zahlreichen Syndikusanwälten nicht nur BGH-Präsident Prof. Dr. Klaus Tolksdorf, sondern auch die weiterhin konservative Linie des BGH. Der Syndikusanwalt soll im Unternehmen nicht anwaltlich tätig sein (siehe BGH AnwBl 2011, 494)).

Ohne eine ausdrückliche Änderung im Gesetz, werde sich an dieser Sicht auch nichts ändern, sagte Braeuer auf einer Euroforum-Veranstaltung. Der Umkehrschluss, dass § 46 Abs. 1 BRAO den Syndikusanwalt zumindest dann als Rechtsanwalt für sein Unternehmen verstehe, solange er es nicht gerichtlich vertrete, sei nicht zwingend. Absatz 2 der Norm spreche eher dagegen: „Das positive Recht gibt derzeit keine andere Auslegung für den BGH her“, so Braeuer. Eine Änderung müsste durch den Gesetzgeber kommen.

Den Schwerpunkt seines Vortrags legte Braeuer auf den Begriff der „Unabhängigkeit“ des Anwalts. „Ich gebe zu, die Grenzen sind fließend“, so der Referent. Dennoch brauche es „strukturell handhabbare Lösungen“. Das Akzo Nobel-Urteil des EuGH habe deutlich herausgestellt, dass Syndikusanwälte in einer typisierenden Betrachtung weniger unabhängig seien, als extern Niedergelassene (EuGH AnwBl 2010, 796). An manchen Stellen hätten sich die Zuhörer gewünscht, Braeuer wäre mit seinen Überlegungen einen Schritt weitergegangen, etwa als er ausführte, dass § 46 BRAO die Unterschiedlichkeit zwischen Anwälten und Syndikusanwälten voraussetzen müsse, weil er sonst ja verfassungswidrig wäre. Ein Konferenzteilnehmer wies in der anschließenden Diskussion darauf hin, es gebe in der Betrachtung des Syndikusanwalts eine Diskrepanz zwischen Sein und Sollen der Berufswirklichkeit. Der BGH, so die Vermutung, sei womöglich zu nah am Sollen.

Rechtsanwalt Thomas Marx, DAV, Berlin

Deutsche Anwaltakademie

Zertifizierter Berater – Chance auch für Syndikusanwälte

Im Mai 2012 beginnt der erste Zertifizierungslehrgang Fachseminare von Fürstenberg zum Internationalen Steuerrecht. Die Teilnahme an dem Kurs ist Voraussetzung für ein neues Zertifizierungsangebot der Deutschen Anwaltakademie. Personen mit besonderen theoretischen Kenntnissen und praktischen Erfahrungen im internationalen Steuerrecht können künftig die Bezeichnung „Zertifizierter Berater für Internationales Steuerrecht (DAA)“ führen.

Die Tochtergesellschaft des Deutschen Anwaltvereins reagiert mit dem Zertifizierungsangebot auf Anforderungen aus verschiedenen Bereichen des Rechtsberatungsmarktes. Zum einen wächst auch bei praktizierenden Fachanwälten der Wunsch, sich fachlich noch stärker von den Mitbewerbern abzusetzen. Fachanwalt ist heute beinahe jeder. „Auf der anderen Seite müssen wir feststellen, dass Syndikusanwälte der Zugang zur Fachanwaltschaft faktisch verschlossen ist“, sagt Rechtsanwalt Philipp Wendt, Geschäftsführer der Deutschen Anwaltakademie aus Berlin. Die Zertifizierungsvoraussetzungen der Akademie sehen deswegen vor, dass praktische Fälle mit Bezug zum internationalen Steuerrecht nachgewiesen werden müssen. „Anders als in der Praxis der Rechtsanwaltskammern zur FAO werden bei der Zertifizierung Fälle, die als Syndikus bearbeitet wurden, ausdrücklich anerkannt“, so Wendt.

Die Anwaltakademie weist darauf hin, dass fachliche Zertifizierungen für Rechtsanwälte zulässig sind. Der Bundesgerichtshof hat dies in einem Urteil (AnwBl 2012, 93.) klargestellt. Nach der Entscheidung müssen Anwälte, die eine Zertifizierungsbezeichnung führen, neben theoretischen Kenntnissen auch praktische Fälle vorweisen. Diese Anforderungen werden von den Zertifizierungsrichtlinien der Deutschen Anwaltakademie erfüllt.

Informationen zum Kurs finden Sie auch im Internet unter www.anwaltakademie.de. Für Rückfragen steht Ihnen auch Rechtsanwalt Daniel von Bronewski, Deutsche Anwaltakademie, zur Verfügung, Telefon: 030 7261530, Fax: 030 726153111, d.vonbronewski@anwaltakademie.de.

Leserreaktion

» Mehr davon!

Zu den Magazin-Beiträgen „Bekommt der Verbraucher, was er will?“ von Karin Kuchelmeister, „Leben und arbeiten – (k)ein Dilemma“ von Rechtsanwältin Irmgard Schwioren und „Unregierbar – griechische Verhältnisse bei uns?“ von Wolfram Schrag im März-Heft des Anwaltsblatts (AnwBl 2012, 254, 258 und 259):

Neben den Aufsätzen, die sich mit Fachfragen und den eher positiven Seiten der Anwaltschaft befassen, finde ich gut, dass auch kritische Stimmen zu Recht und zur Anwaltschaft im Anwaltsblatt Gehör finden. Ich begrüße gerade auch diese Art von Beiträgen, tragen sie doch dazu bei, zu einer realistischeren Sichtweise von Recht und Anwaltschaft zu kommen. Das Recht und der Anwaltsberuf haben nicht nur schöne Seiten. Ich würde mich freuen, wenn es künftig mehr Beiträge dieser Art im Anwaltsblatt gibt. Meines Erachtens können sie dazu beitragen, eine Diskussion über Verbesserungen negativer Zustände in Gang zu bringen.

Rechtsanwalt Christian E.H. Scheel,
Wiesbaden

DAV-Landesverband Nordrhein-Westfalen

Landesverbandstag 2012

Unter dem Motto „Anwälte – Unternehmer in eigener Sache“ lädt der Landesverband Nordrhein-Westfalen des DAV am 4. und 5. Mai 2012 zum Landesverbandstag 2012 in die Justizakademie Nordrhein-Westfalen in Recklinghausen ein. Unter anderem geht es um diese Themen: „Gefahren und Risiken für die Anwaltschaft bei der Nutzung elektronischer Medien“ (Rechtsanwalt Dr. Marcus Werner, Köln) und „Update RVG 2012“ (Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen). Im Rahmen der Veranstaltung findet auch die Mitgliederversammlung am 4. Mai 2012 statt.

Die Veranstaltung ist kostenfrei, Übernachtungsmöglichkeiten (40,00 Euro pro Person) können mit der Anmeldung auf eigene Rechnung gebucht. Weitere Informationen und das Anmeldeformular sind unter <http://nrv.lv.dav.de/> zu finden.

Anwaltsvergütung

RVG-Anpassung: DAV und BRAK nehmen Stellung

Die Anpassung der RVG-Vergütung der deutschen Anwaltschaft wird seit 2008 vom Deutschen Anwaltverein gefordert. Zu dem im November vom Bundesjustizministerium vorgelegten Referentenentwurf für ein 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz (2. KostRMoG; siehe dazu Kindermann, AnwBl 2012, 163) werden Deutscher Anwaltverein (DAV) und Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) gemeinsam Stellung nehmen. Der Referentenentwurf enthält eine umfassende Novellierung der bisherigen Kostenordnung und des Gebührenrechts für Notare, Anwaltsnotare und der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Artikel 8 des Entwurfs befasst sich mit der Änderung des RVG und dem Vergütungsverzeichnis. Neben der Anpassung der Gebührentabellen werden auch etliche strukturelle Änderungen des RVG in Angriff genommen.

Die Fachausschüsse und die Geschäftsführungen von DAV und BRAK haben auf der Grundlage einer Vereinbarung der beiden Präsidenten von DAV und BRAK „Eckpunkte einer gemeinsamen Stellungnahme DAV und BRAK zum Referentenentwurf des 2. KostRMoG – zu Art. 8: RVG“ formuliert und im Februar an die Landesverbände des DAV sowie die regionalen Rechtsanwaltskammern versandt.

Im Wesentlichen werden die folgenden Punkte angesprochen:

- **Ausgestaltung der Tabelle nach § 13 RVG:** Die geplante Strukturveränderung der Tabelle nach § 13 RVG führt dazu, dass sich einzelne Gebühren mitunter im zweistelligen Bereich erhöhen während es bei drei Gebührenstufen sogar zu Absenkungen kommt. DAV und BRAK wollen dies nicht hinnehmen und fordern daher eine Änderung der Tabellenstruktur, die Verschlechterungen bei einzelnen Wertstufen ausschließt.
- **Veränderung der Struktur der PKH-Tabelle:** Die Anhebung der PKH-Gebühren wird begrüßt. Da die Tabelle bis zu einem Streitwert von 4.000 Euro der Tabelle nach § 13 RVG entspricht und zwei der bereits angesprochenen Verschlechterungen gerade in diesem Bereich eintreten, verweisen DAV und

BRAK auf ihre Forderung nach einer Änderung der Tabellenstruktur.

- **§ 14 RVG:** Künftig sollen die in § 14 RVG aufgeführten Kriterien nicht mehr gleichwertig gelten. Vielmehr soll der Anwalt die Gebühr in erster Linie nach den leistungsbezogenen Kriterien Umfang und Schwierigkeit nach billigem Ermessen bestimmen. Die Bedeutung der Angelegenheit, die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers sowie ein besonderes Haftungsrisiko spielen nur noch eine zweitrangige Rolle. DAV und BRAK befürchten, dass diese Handhabung in Zukunft im Einzelfall zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen könnte. Zudem müsse man mit einer weiteren Einschränkung der Quersubventionierung rechnen, da dem Anwalt hierdurch die Möglichkeit genommen werde, nicht kostendeckende Mandate durch solche auszugleichen, in denen bei einer über der Mittelgebühr liegenden Vergütung die überdurchschnittliche Bedeutung der Angelegenheit oder auch überdurchschnittliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Mandanten zusätzlich berücksichtigt werden können.

- **Einigungsgebühr beim Ratenzahlungsvergleich:** Ziel des Referentenentwurfs ist es klarzustellen, dass die Einigungsgebühr auch bei Abschluss eines Ratenzahlungsvergleichs anfallen soll. BRAK und DAV halten die gewählte Formulierung hingegen für nicht geeignet und regen daher eine überarbeitete Formulierung an, mit der sichergestellt werde, dass auch außergerichtliche Vereinbarungen und Vereinbarungen, bei denen der Gläubiger eine bereits eingeleitete Vollstreckungsmaßnahme im Hinblick auf den Vergleich nur ruhen lasse, erfasst werden.

- **Familienrecht:** BRAK und DAV bewerten die vorgeschlagenen Änderungen grundsätzlich positiv. Sie wenden sich jedoch gegen die Änderung des Angelegenheitenbegriffs im Rahmen der Beratungshilfe.

- **Sozialrecht:** Auch die Änderungsvorschläge in diesem Bereich werden grundsätzlich positiv bewertet. DAV und BRAK treten aber dafür ein, die Voraussetzungen für die anwaltliche Mitwirkung bei der Erledigungsgebühr an die Modalitäten für die Einigungsgebühr anzugleichen. Problematisiert werde auch die Höhe der Einigungsgebühr in Fällen, in denen in den Vergleich weitere Angelegenheiten einbezogen werden. Kritisch angesehen

wird zudem der angedachte Wegfall der fiktiven Terminsgebühr bei einer Entscheidung durch Gerichtsbescheid in allen Fällen, in denen keine mündliche Verhandlung erzwungen werden kann.

- **Eigene Vorschläge von DAV und BRAK:** Die Kilometerpauschale müsse – so das Papier – endlich auf 0,50 Euro/km angehoben werden. DAV und BRAK fordern zudem die Einführung weiterer Gebühren: Für zusätzliche Termine zur Beweisaufnahme, für Fälle der Streitverkündung, für den Hauptbevollmächtigten bei Einschaltung eines Unterbevollmächtigten sowie für Verfahren nach § 321 und § 321a ZPO. Thematisiert werden auch die Gebühren für das Berufungsverfahren vor dem BGH. Nachdrücklich festgehalten wird darüber hinaus an der Forderung nach einer Verzinsung verspätet gezahlter und festgesetzter PKH- und VKH-Anwaltsgebühren.

Auf den hier aufgeführten Eckpunkten liegt das Hauptgewicht der beachteten gemeinsamen Stellungnahme von DAV und BRAK. Sie sind aber keineswegs abschließend. Die Eckpunkte sollen den Anwaltsorganisationen auf Länderebene bei der Bewertung des 2. KostRMoG gegenüber ihren Landesjustizministerien Unterstützung bieten. Sie ermöglichen zudem eine Argumentation der Anwaltschaft aus einem Guss – sowohl auf Länder- als auch auf Bundesebene. Die Anwaltschaft kann bei diesem wichtigen Vorhaben nur erfolgreich sein, wenn sie möglichst mit einer Stimme, mit einheitlichen Positionen auftritt.

Bearbeitet durch Ass. jur. Jessika Kallenbach,
Dezernat Gebührenrecht des DAV, Berlin

Der Referentenentwurf zum 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz (2. KostRMoG) ist abrufbar unter www.anwaltverein.de/downloads/gebuehrenrecht/2.-KostRMoGEntwurf-2011-12-13.pdf. Die Eckpunkte einer gemeinsamen Stellungnahme von DAV und BRAK sowie den in den Eckpunkten angesprochenen „Gemeinsamen Forderungskatalog von DAV und BRAK“ finden Sie unter www.anwaltverein.de/downloads/depeschen/Depesche-08-12.pdf.

Soldan Institut

Anwaltssozietäten gut versichert: Anforderungen der PartG mbB erfüllbar

Die Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von 2,5 Mio. Euro für Rechtsanwälte, die sich künftig in einer „Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung“ („PartG mbB“) organisieren wollen, würde für die meisten Betroffenen nur geringe zusätzliche Belastungen mit sich bringen. Darauf hat das Soldan Institut unter Bezugnahme auf eine Untersuchung zum Umfang des Versicherungsschutzes deutscher Rechtsanwälte hingewiesen.

Die Bundesjustizministerin hatte im Februar die „PartG mbB“ als neues Organisationsmodell für Angehörige freier Berufe vorgeschlagen, das ein Ausweichen von Freiberuflern in die britische Limited Liability Partnership („LLP“) überflüssig machen soll (siehe dazu in diesem Heft Römermann, AnwBl 2012, 288 und Hellwig, AnwBl 2012, 345). Die Berufsforscher des Soldan Instituts haben im Rahmen einer Studie zum Risikomanagement in deutschen Anwaltskanzleien ermittelt, dass viele Sozietäten schon heute über den künftig für die Gründung einer „PartG mbB“ verlangten Versicherungsschutz verfügen. Für fast alle anderen Anwaltssozietäten wären die zusätzlichen Kosten bei einem Rechtsformwechsel in die „PartG mbB“ begrenzt, da sie nur noch eine relativ geringe Lücke im Versicherungsschutz schließen müssten.

Kleinsozietäten (zwei bis vier Partner) sind demnach mit durchschnittlich 1,4 Mio. Euro berufshaftpflichtversichert, mittelgroße Sozietäten (sechs bis zehn Rechtsanwälte) mit 2,05 Mio. Euro. Der Versicherungsschutz noch größerer Kanzleien (elf und mehr Partner) ist mit durchschnittlich über 7,5 Mio. Euro aktuell mehr als dreimal so hoch wie für die künftige „Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung“ vorgeschlagen. Allerdings weist das Soldan Institut darauf hin, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach wie vor die dominierende Organisationsform für Anwaltssozietäten sei.

Quelle: Pressemitteilung des Soldan Instituts v. 23.2.2012

Leserreaktion

» Kinder machen glücklich – und der Anwaltsberuf auch?

Zu dem Kommentar von Rechtsanwältin Irmgard Schwierer „Leben und arbeiten – (k)ein Dilemma“ zur Vereinbarkeit von Anwaltsberuf und Familie und dem DAV-Forum dazu im März-Heft (AnwBl 2012, 258):

Vielen Dank für Ihren bewegenden und zutreffenden Beitrag. Ich selbst bin seit der Geburt meines ersten Kindes vor knapp zwei Jahren von der beruflichen Realität eingeholt worden. Meinem Antrag auf Erlaubnis des Führens der Fachanwaltsbezeichnung Bau- und Architektenrecht wurde nicht entsprochen, da - laut Kammer - trotz Elternzeit die Fälle, welche älter sind als drei Jahre nicht zu berücksichtigen seien. Jetzt sammle ich. Ich möchte meinen Fachanwaltstitel nämlich nicht vom BGH bekommen, sondern wie meine Kollegen auch - vom Fachausschuss. Mein Sohn ist glücklicherweise wohlgeraten und soll trotz allem Geschwister bekommen.

Rechtsanwältin Susann Möhrmann,
Bielefeld

Mit großer Genugtuung habe ich Ihren Beitrag im aktuellen Anwaltsblatt gelesen! Ich selbst habe mich in meiner Schwangerschaft selbständig gemacht, gerade um durch etwas mehr Flexibilität Mutterrolle und Tätigkeit als Rechtsanwältin besser vereinen zu können. Jetzt ist mein Sohn gerade 8 Monate alt und seit einem Monat im Kindergarten, so dass ich wieder mehr arbeiten kann und will. Die erhoffte Flexibilität ist auch tatsächlich vorhanden und hilfreich; aber genauso erlebe ich natürlich die von Ihnen beschriebenen Schwierigkeiten. Immer wieder treffe ich auch auf die Erwartungshaltung, dass meine Vergütung besonders niedrig sein müsse, weil ich ja nur in Teilzeit, neben meiner Kinderbetreuung, tätig bin (Stichwort „Hobby-Anwältin“). Und Firmenmandanten erwarten nicht selten eine ständige Erreichbarkeit und Erledigung bis zum nächsten Tag, auch wenn die Sache nicht derart dringlich ist. Ihr Beitrag und die Erkenntnis, dass ich nicht allein damit bin, helfen mir jedenfalls, es weiter zu versuchen! Vielen Dank dafür!

Rechtsanwältin Birgit Marten, LL.M. (UNSW) und Dipl.-Finanzwirtin (FH), Hamburg

Ich habe mich in vielen Schilderungen wiedergefunden. Ich selber habe 9 Jahre lang als Juristin in einem großen Versicherungsunternehmen gearbeitet, seit Februar 2012 arbeite ich als angestellte Rechtsanwältin in einer Kanzlei. Das ist für mich ein großes Glück, denn wer hat schon die Chance als angestellte Rechtsanwältin mit drei kleinen Kindern in Teilzeit zu arbeiten!? Meine Kinder (alles Mädchen) sind 6 1/2 Jahre, 5 Jahre und 4 Monate alt. Das alles kann ich nur verwirklichen, weil mein Mann mich unterstützt und unterstützen kann. Er ist als Lehrer an einer Abendrealschule tätig und kann bis zum Nachmittag unser Baby versorgen, so dass ich die Kleine nicht zu einer Tagesmutter geben muss. Unsere „große“ Tochter ist seit letztem Jahr in der Schule und die mittlere im Kindergarten, die beiden haben „über Mittag“ Betreuung. Das alles bedeutet viel Organisation!

Rechtsanwältin Nina Restemeyer,
Erfstadt

Sie haben mir aus dem Herzen gesprochen, mir geht es genauso. Wir haben auch drei Kinder, mein Mann ist Richter. Ich würde gerne den Fachanwalt für Arbeitsrecht machen, habe aber als Einzelkanzlei bislang zu wenig Fälle, obwohl ich eigentlich zeitlich ziemlich ausgelastet bin. Auch fürchte ich mich ein wenig vor der zusätzlichen zeitlichen Belastung der Fortbildungsstunden, denn neben dem Arbeitsrecht bilde ich mich auch in meinen Schwerpunkten Mietrecht und Verkehrsrecht fort. Mir sind aber auch unsere Kids wichtig und das Familienleben, sodass ich nicht alles auf die Karte Beruf setze. Ich bin der Meinung, wenn ich Kinder habe, besitze ich Verantwortung, die man nicht einfach so delegieren kann.

Rechtsanwältin Dr. Petra Funk-Rüffert,
Maitre en droit, Sulzbach

Fortsetzung auf Seite M 128

AG Transport- und Speditionsrecht

Jahrestagung

Die Arbeitsgemeinschaft Transport- und Speditionsrecht lädt am 25. und 26. April 2012 zu ihrer Jahrestagung nach Frankfurt/Main ein. Spannende insbesondere insolvenzrechtliche Themen rund um das Transportrecht stehen auf der Tagesordnung.

Nähere Einzelheiten sowie eine Anmeldeformular finden Sie unter: www.anwaltverein.de/ueber-uns/arbeitsgemeinschaften/transport-und-speditionsrecht/aktuelles.

Leserreaktion

» Kinder machen glücklich – und der Anwaltsberuf auch?

Zu dem Kommentar von Rechtsanwältin Irmgard Schwieren „Leben und arbeiten – (k)ein Dilemma“ zur Vereinbarkeit von Anwaltsberuf und Familie und dem DAV-Forum dazu im März-Heft (AnwBl 2012, 258):

Ich habe bis auf eine kurze Pause (nach der Geburt des 7. Kindes) immer und mit gleich bleibender Begeisterung den Anwaltsberuf ausgeübt, wobei ich auf beruflichen und wirtschaftlichen Erfolg angewiesen war, um gemeinsam mit meinem Mann den Unterhalt und die Ausbildung von sieben Kindern finanzieren zu können. Auch ich habe den ständigen „Eiertanz“ zwischen der kritischen Beobachtung von Kollegen(-innen) einerseits und den „Berufsmüttern“ andererseits über viele Jahre erfahren; die nach wie vor männliche Prägung des Berufsbildes des Anwalts, in dem die Mütter mit ihrem aufwändigen Zeitmanagement eigentlich gar nicht vorkommen, den steten Schlafmangel, das ständig schlechte Gewissen, das Gebot – wenn es dann schon sein muss – nur in den Nächten und am Wochenende krank zu sein! – Und dann stellt sich nach Jahren der Genuss ein, so lange und so viel zu arbeiten, wie man sich selbst zuteilt, ein unglaubliches Freiheitsgefühl, das wiederum dazu verleitet, das Bedürfnis nach Freizeit zu vernachlässigen. Das Ergebnis sollte Ihnen und allen unseren Kolleginnen, die den Spagat wagen, Mut machen: Der berufliche Erfolg ist eingetreten, wie ich ihn gewünscht habe – die Kinder sind (so weit man das ohne Unbescheidenheit von eigenen Kindern sagen darf) sehr gut geraten! Und die ehemaligen Berufsmütter, deren Kinder ebenfalls längst erwachsen sind, schauen vielleicht doch ein wenig neidisch auf ein erfülltes Berufsleben, gegen das sie sich aus falsch verstandenem Rollendenken oder Kraftlosigkeit entscheiden haben – und die kinderlosen Kollegen? Mit denen hätten Sie und ich ohnehin nicht tauschen wollen! Es ist mir ein großes Anliegen, alle Kolleginnen darin zu bestärken, die „Rush hour“ durchzustehen.

Rechtsanwältin Dr. Christa Lungstras,
Salem

Sie schreiben, dass Sie an der Diskussion im DAV-Forum in Berlin nicht teilnehmen können. Das geht mir genauso. Gleichwohl ist die Diskussion wichtig. Im Austausch mit Kolleginnen und Kollegen egal zu welchem Anlass, zum Beispiel bei Fortbildungen oder bei Treffen der Anwälte zum Stammtisch oder im Anwaltsverein, kommt das Thema der Vereinbarkeit von Familie und Beruf immer wieder zur Sprache. Es gibt viele Ansätze wie Kolleginnen und auch Anwaltskollegen mit Kindern ihren Alltag gestalten. Wir können durch den Austausch voneinander lernen und vielleicht auch Strukturen entwickeln, die uns bei der Vereinbarkeit von Familie und Beruf helfen. Das hierzu ein zentrales Forum stattfindet ist gut. Für mich gilt, dass sich Lebensqualität nicht nur in Wohlstand ausdrückt.

Rechtsanwältin Dorothee Thevißen,
Erkelenz

Obwohl ich selbst nur ein Kind habe, eine 5jährige Tochter, habe ich mich sehr angesprochen gefühlt. Am meisten von allem, was Sie nennen, habe ich mit dem schlechten Gewissen zu kämpfen, niemandem richtig gerecht zu werden, aber Ihren letzten Satz kann ich nur unterschreiben! Die Kinder sind wohlgeraten.

Rechtsanwältin Sandra Donadio,
Nürnberg

Sie treffen mit Ihren Beschreibungen den Nagel auf den Kopf! Ich erkenne mich und meine Situation zu 100 Prozent wieder. Ich habe vor einem Jahr den Sprung in die Selbständigkeit gewagt, war zuvor vier Jahre angestellte Rechtsanwältin. Mein Mann ist als Berufssoldat sehr viel unterwegs. Manchmal frage ich mich selbst, wie ich alles schaffen soll. Aber irgendwie geht's. Die Frage ist nur, zu welchem Preis. Ich hoffe, dass ich auch in einigen Jahren so wie Sie sagen kann: Mein Kind ist wohl geraten. Mit Ihrem Artikel machen Sie arbeitenden Müttern wie mir Mut! Auch wenn Sie kaum Zeit haben, würde ich mich sehr auf weiterer solcher „Mut-mach-Artikel“ freuen! Machen Sie weiter so!

Rechtsanwältin Barbara Nettekoven,
Wuppertal

Anwaltsrecht

Großbritanniens Kanzleien für mehr soziale Mobilität

Zehn Großkanzleien in Großbritannien haben sich einem Programm der Regierung zur sozialen Diversität in großen Unternehmen angeschlossen. Das berichtete der britische Branchendienst Legalweek im Januar 2012. Allen & Overy war die erste Kanzlei, welche das Programm „Business Compact“ im April vergangenen Jahres unterzeichnete. Das Programm soll Menschen aus ärmeren Gesellschaftsschichten sowie ethnische Minderheiten einen fairen Zugang zu Jobs in der Wirtschaft ermöglichen. Die Arbeit in großen Unternehmen soll außerdem in Schulen, im Internet und in anderen öffentlichen Foren beworben werden. Der stellvertretende Premierminister Nick Clegg sagt als Leiter der Initiative: „Das ist ein wichtiger Schritt hin zu einer Gesellschaft, in der zählt, was man weiß, nicht wen man kennt.“

Dem Programm beigetreten sind bisher die Kanzleien Allen & Overy, Norton Rose, Baker & McKenzie, Hogan Lovells, Ashurst, CMS Cameron McKenna, Eversheds, Simmons & Simmons, Irwin Mitchell und Addleshaw Goddard. „Wir müssen alles tun was wir können, um jungen Leuten zu zeigen, dass eine privilegierte Erziehung keine Voraussetzung ist, um Anwalt zu werden“, sagt Monica Burch, Senior Partner bei Addleshaw. An dem Programm nehmen bereits mehr als hundert Unternehmen teil, darunter Coca-Cola, Tesco, Microsoft, Vodafone und Shell.

Anwaltsblatt

Berichtigung

Im März-Heft hat das Anwaltsblatt auf Seite M 78 über den Gesetzentwurf für eine Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung berichtet. Der Entwurf sieht auch vor, dass Anwälte vertraglich die Haftung für jede Form der Fahrlässigkeit leichter beschränken können. Leider hatten wir geschrieben, es gehe um die Beschränkung bei leichter Fahrlässigkeit. Wir bitten um Entschuldigung.

Die Redaktion



A

288 **PartG mbB – die anwaltliche Rechtsform der Zukunft?!**

Rechtsanwalt Dr. Volker Römermann, Hamburg/Hannover

Die Flucht deutscher Anwaltskanzleien in die LLP lässt den Gesetzgeber handeln: Das Bundesjustizministerium will die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB) schaffen, um die Haftungsrisiken von Anwälten versicherbar zu machen.

292 **Neues AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr: Nöte der Praxis**

Beiträge eines gemeinsamen Symposiums des Deutschen Anwaltvereins und des Deutschen Juristentags

Ist das deutsche AGB-Recht Stärke oder Schwäche des deutschen Rechts? Die Frage stellt sich im Bereich des unternehmerischen Rechtsverkehrs. Dort wird die Kritik heftiger. Reformansätze diskutieren die Autoren des Heftschwerpunkts. Auf dem 69. Deutschen Juristentag 2012 im September wird über eine Reform des gesamten AGB-Rechts diskutiert werden.

320 **Obtaining Discovery in the USA for Use in German Legal Proceedings**

Lawrence S. Schaner, Chicago und Brian S. Scarbrough, Washington

Die Internationalisierung von Gerichtsprozessen ist Realität. Die Autoren erläutern, wie durch Rechtshilfeersuchen an amerikanische Gerichte Beweise für Verfahren in Deutschland beschafft werden können. Der Aufsatz erscheint in englischer Sprache und ist mit einer Zusammenfassung in Deutsch versehen.

327 **Kinderrechte durchsetzen**

Dr. Hendrik Cremer, Berlin

Die UN-Kinderrechtskonvention wird in der anwaltlichen Praxis immer wichtiger: Bei der Auslegung und Anwendung der Grundrechte kann sie vor allem im Bereich des Familienrechts, des Schulrechts, des Kinder- und Jugendhilferechts, des Aufenthalts- und Asylrechts oder im Sozialrecht helfen.



Anwaltsrecht

PartG mbB – die anwaltliche Rechtsform der Zukunft?!

Bundesjustizministerium legt Referentenentwurf vor

Rechtsanwalt Dr. Volker Römermann, Hamburg/Hannover

Seit Februar 2012 liegt ein Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB) und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Steuerberater vor. Das Gesetz soll die Haftungsverfassung der Partnerschaft grundlegend verändern: Für berufliche Fehler haftet dann nur noch das Gesellschaftsvermögen. Das ist eine so attraktive Gestaltung, dass sie sich – wenn sie denn Gesetz wird – in der Anwaltschaft als Rechtsform rasch durchsetzen könnte. Zur Geschichte des Entwurfs und dem weiteren Gesetzgebungsverfahren siehe in diesem Heft das Anwaltsblattgespräch mit Hellwig (AnwBl 2012, 345).

I. Ausgangslage

Sollte der Bundesjustizministerin in ihrer zweiten Amtszeit eine radikale Korrektur der Fehler gelingen, die in ihrer ersten Amtszeit begangen wurden? Sollte das zweite Jahrzehnt der Rechtsform „Partnerschaftsgesellschaft“ tatsächlich eine praxisgerechte Haftungsbeschränkung mit sich bringen, ja: sollte die Schaffung einer neuen Rechtsform im Jahre 1994 durch die Änderungen im Jahre 2012 nachträglich eine Rechtfertigung erfahren?

1. Die Partnerschaftsgesellschaft im Wandel der Zeit¹

Vor nur einer Anwaltsgeneration bestand die deutsche (internationale gab es praktisch nicht) Mega-Sozietät aus drei bis fünf Anwälten. Im Jahre 1989 ermöglichte der BGH den ersten überörtlichen Zusammenschluss.² Seither wuchsen die Kanzleien rasant, zunächst national, schnell dann auch im internationalen Verbund. Mit erweiterten Strukturen erhöhte sich auch das persönliche Risiko jedes einzelnen Berufsträgers. Im Jahre 1988 konnte er noch einschätzen, welche Klienten, welche Fälle, welche Sorgfalt für seine Sozietät prägend waren, da seine ein oder zwei Partner in denselben Büroräumen am selben Ort tätig waren und er mit ihrer Tätigkeit und ihren Mandanten zwangsläufig täglich in Berührung kam. Fünf Jahre später mit Büros in verschiedenen Städten war ein solcher Überblick schon nicht mehr möglich. Kein Wunder, dass sich nun erstmals mit Vehemenz die Haftungsfrage stellte, denn in der BGB-Gesellschaft haftete jeder unbeschränkt für alles.

Nicht wenige Freiberufler drängten zu Beginn der 1990-er Jahre, zunächst leise, dann immer deutlicher vernehmbar in eine haftungsbeschränkte Rechtsform – und was lag näher als die GmbH? Die Anwaltskammern, dominiert von Vertretern eines betont konservativen Berufsbildes, lehnten

derartige Entwicklungen radikal ab und konnten sich bei der damaligen Bundesjustizministerin *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger* durchsetzen. Veränderungen waren unerwünscht. Indes ließen viele Freiberufler nicht locker und so ersann man eine Art Placebo: Eine Rechtsform, die als neu und modern verkauft werden konnte, ohne tatsächlich irgendetwas Neues zu bringen, und die dadurch die Angehörigen freier Berufe von ihrem Drang in die GmbH ablenken würde.³ Die „Partnerschaftsgesellschaft“.

Dem vorausgegangen waren auch internationale Konsultationen auf Ebene der Europäischen Gemeinschaft⁴ und umfangreiche Überlegungen von *Karsten Schmidt*. Letzterer hatte – ausgehend von seinem Verständnis eines Unternehmertums, das Gewerbetreibende wie Freiberufler umfasst – im Kern eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von KG und OHG vorgeschlagen.⁵ Was aber gilt der Prophet im eigenen Lande? Angenommen wurde *Karsten Schmidts* Ansatz in Österreich.⁶ Nach dem dortigen EGG, das von 1991 bis 2006 galt, konnten Freiberufler eingetragene Erwerbsgesellschaften in den zwei Varianten der OEG und KEG analog zu OHG und KG gründen. Eine Änderung des HGB hat zum 1.1.2007 das EEG in das nunmehrige UGB integriert. In Österreich ist damit unproblematisch, was in Deutschland nach wie vor in der Rechtsprechung auf schier unüberwindliche Hürden zu stoßen scheint.⁷ Die freiberufliche Kommanditgesellschaft. Wenn es in der Begründung des Referentenentwurfs heißt, die Partnerschaft werde durch § 8 Abs. 2 PartGG „dem Modell der Kommanditgesellschaft angenähert“, allerdings mit der „Besonderheit“, dass es „wechselnde Komplementäre“ gebe,⁸ soll das wohl den Umstand bemängeln, dass sich der deutsche Gesetzgeber auch im Jahre 2012 zu einer KG-Lösung nicht durchringen kann, obwohl sie eigentlich auf der Hand läge.

Die deutsche Lösung bei Inkrafttreten des PartGG am 1.7.1995 war lamentabel.⁹ Man gewährte den Partnerschaften in § 8 Abs. 2 PartGG die Möglichkeit, durch Vertrag mit den Mandanten ihre Haftung auf handelnde oder verantwortliche Partner zu konzentrieren. Das war schon alles! Für Rechtsanwälte eine wenig spektakuläre (Schein-)Lösung, denn sie hatten seit Inkrafttreten der BRAO-Novelle von 1994 nahezu die gleiche Befugnis aus § 51 a BRAO. Schlimmer noch: Es entbrannte nun ein Streit darüber, ob § 8 PartGG *lex specialis* zu § 51 a BRAO¹⁰ sei oder umgekehrt.¹¹ Dem Ziel, eine insti-

1 Ausführlich zur Vor- und Entstehungsgeschichte des PartGG *Michalski/Römermann*, PartGG, 3. Aufl. 2005, Einf. Rn. 1 ff.

2 BGHZ 108, 290.

3 Vgl. v. *Falkenhausen*, AnwBl 1993, 479; *Stuber*, WiB 1994, 705, 710; anders die Darstellung bei *Seibert*, BuW 1995, 100.

4 EG-Kommission, Konsultationsdokument über die grenzüberschreitende Ausübung reglementierter beruflicher Tätigkeiten in einer besonderen Rechtsform vom 21.9.1992, unveröff.; vgl. *Ehlermann*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, no. 365, 136.

5 *Karsten Schmidt*, ZIP 1993, 633; vom Ausgangspunkt ähnlich die rechtspolitische Forderung *Grunewalds*, die neue Rechtsform der PartG mbB auf sämtliche Unternehmer zu erstrecken, nicht nur auf Freiberufler; *Grunewald*, BB 50-51/2011, Seite I.

6 Vgl. *Krejci*, in: Verhandlungen des 10. ÖJT, Bd. I/1.

7 Zum jüngsten Rechtsstreit über die Anwalts-GmbH & Co. KG die Entscheidungen des BayAGH, AnwBl 2011, 68 mit Besprechung *Römermann*, AnwBl 2011, 97; BGH, AnwBl 2011, 774 mit Besprechung *Römermann*, AnwBl 2011, 750; BVerfG, GmbHR 2012, 342 mit Kommentar *Römermann*; allgemein bereits *Römermann*, AnwBl 2008, 609.

8 RefE, S. 15.

9 Umfassende Kritik bei *Michalski/Römermann*, PartGG, 1. Aufl. 1995, § 8 Rn. 7–9, 16–83.

10 Ausführlich *Römermann*, Entwicklungen und Tendenzen bei Anwaltsgesellschaften, 1995, S. 138f.; dem folgend etwa *Castan*, Die Partnerschaftsgesellschaft, 1997, S. 116f.

11 So etwa *Seibert*, DB 1994, 2381, 2384; *Henssler*, PartGG, 1. Aufl. 1997, § 8 Rn. 66.

tutionelle, also rechtsformbasierte Haftungsbeschränkung zu erreichen, war man keinen Schritt näher gekommen.

Der Gesetzgeber nahm in der Folgezeit die in der Literatur deutlich geäußerte Kritik auf und schuf bereits 1998 eine Neuregelung des Haftungsregimes in der Partnerschaft. Das geschah nicht ganz freiwillig. Bereits kurz nach Verabschiedung des PartGG und noch vor dessen Inkrafttreten hatte nämlich das BayObLG festgestellt, dass die Rechtsform der GmbH für einen Zusammenschluss von Anwälten gewählt werden könne.¹² Damit war die Absicht des Gesetzgebers, die Freiberufler durch ein Placebo von der Idee einer effizienten Haftungsbeschränkung abzulenken, gescheitert. Er musste handeln. Gleichzeitig mit dem Gesetz, das in den §§ 59 c ff. BRAO die Anwalts-GmbH möglichst unattraktiv ausgestalten sollte,¹³ schuf er Erleichterungen bei der Partnerschaft in einem neu gefassten § 8 Abs. 2 PartGG. Diese Bestimmung gilt bis heute.

2. Haftungskonzentration in § 8 Abs. 2 PartGG

Die Vorschrift über die Haftungskonzentration in § 8 Abs. 2 PartGG lautet wie folgt:

„Waren nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befasst, so haften nur sie gemäß Absatz 1 für berufliche Fehler neben der Partnerschaft; ausgenommen sind Bearbeitungsbeiträge von untergeordneter Bedeutung.“

Sie habe sich in der Praxis „gut bewährt“, so der Referentenentwurf.¹⁴ Diese Einschätzung erweist sich bei näherem Hinsehen als reichlich optimistisch. Zahlreiche Auslegungsfragen beeinträchtigen nämlich die beabsichtigte Schutzwirkung dieser Norm erheblich. Die hauptsächlichen Problemkreise betreffen die „Befassung“ und die Beiträge von „untergeordneter Bedeutung“. Schon in der Gesetzesbegründung¹⁵ hieß es, dass der Grundsatz der persönlichen Haftung aller Gesellschafter (§ 8 Abs. 1 PartGG) für Ansprüche aus fehlerhafter Berufsausübung gelte, wenn *alle* Partner mit der Angelegenheit befasst wären oder wenn *kein* Partner sich hiermit befasst habe. Seien mehrere Partner mit der Sache befasst, dann hafteten sie gesamtschuldnerisch. Der in der Praxis häufige Fall, dass Angestellte, die keinem bestimmten Partner der Anwaltssozietät konkret zugeordnet sind, Fehler begehen, lässt also die Haftungskonzentration gänzlich wegfallen.¹⁶ Wenn ein Partner nach der internen Zuständigkeitsregelung die Bearbeitung hätte vornehmen oder überwachen müssen, dies aber tatsächlich nicht geschah, soll dies nach einer verbreiteten Literaturauffassung zur Haftungs begründung des „nicht handelnden“ Partners ausreichen.¹⁷

Der BGH hat die durch § 8 Abs. 2 PartGG beabsichtigte Haftungsbeschränkung noch weiter entwertet. In einem Urteil aus dem Jahre 2009¹⁸ heißt es, der mit der Bearbeitung eines Auftrags befasste Partner könne auch für *vor* seinem Eintritt in die Partnerschaft begangene berufliche Fehler eines anderen mit dem Auftrag befassten Partners haften, selbst wenn er sie nicht mehr korrigieren könne. Die verschuldensunabhängige Haftung treffe auch solche an der Bearbeitung beteiligten Partner, die selbst nicht fehlerhaft gehandelt hätten. Auf eine kausale Beteiligung des Partners am konkreten Bearbeitungsfehler komme es nicht an. Die Handelndenhaftung gelte nicht nur für Berufsfehler, die sich zuge tragen hätten, während der in Anspruch Genommene der Partnerschaft angehörte.

Die Ausnahme für Bearbeitungsbeiträge von „untergeordneter Bedeutung“ hat erwartungsgemäß bislang keinen Anwendungsfall in der Rechtsprechung gefunden. Führt nämlich ein Fehler zu einem Schaden des Mandanten, spricht von vorneherein manches dafür, dass die relevante Handlung von gewisser Bedeutung war. In der Literatur wird dementsprechend zuweilen sogar die Ansicht vertreten, Bearbeitungsbeiträge, welche den Fehler gesetzt hätten, könnten „niemals von untergeordneter Bedeutung sein“.¹⁹ Auch wenn das etwas zu weit gehen dürfte, sind doch die im Schrifttum genannten Anwendungsfälle²⁰ wie etwa Krankheits- oder Urlaubsvertretung fraglich; stellt beispielsweise der Urlaubsvertreter im Termin zur mündlichen Verhandlung einen falschen Antrag, so wird man jedenfalls nicht generell und abstrakt von einer *untergeordneten* Mitwirkungshandlung sprechen können.

Im Ergebnis hat das PartGG nach seinen „Geburtswehen“ des Jahres 1995 seit der Änderung im Jahre 1998 eine Haftungskonzentration, die rechtsformabhängig wirkt, somit institutionell ist. Bei näherer Betrachtung ergeben sich in der Praxis indes zahlreiche Ausnahmen und Zweifelsfälle. Die vom Gesetzgeber intendierte persönliche Haftung nur des tätigen Partners und für seinen eigenen Aktionsbereich ist durch die Rechtsprechung zu einer verschuldens- und kausalitätsunabhängigen Haftung ausgeweitet worden. Dem legitimen Interesse der freien Berufe an Schutz vor dem täglichen Existenzrisiko durch Fehler anderer Personen ist im Ergebnis nicht Genüge getan worden. Wer an einer echten Haftungsbeschränkung interessiert ist, muss in die deutschen Kapitalgesellschaften ausweichen oder sein Glück in ausländischen Rechtsformen suchen, deren prominenteste die *Limited Liability Partnership (LLP)* ist.

II. Referentenentwurf

1. Hintergrund

Mit Bearbeitungsstand vom 3.2.2012 hat das Bundesjustizministerium den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Steuerberater veröffentlicht. Er sieht Änderungen im PartGG und in verschiedenen berufsrechtlichen Gesetzen vor.

Das Haftungskonzept der Partnerschaft werde von Angehörigen freier Berufe „zum Teil als nicht befriedigend empfunden“, heißt es euphemistisch in der Entwurfsbegründung.²¹ Die Haftungskonzentration stoße insbesondere dort auf Schwierigkeiten, wo Gesellschaften eine gewisse Größe überschritten und bei Teamarbeit der eine Partner die Bearbeitungsbeiträge des anderen nicht über-

12 BayObLG, AnwBl 1995, 35 mit Besprechung Ahlers, AnwBl 1995, 3; ausführlich Römermann, Entwicklungen und Tendenzen bei Anwaltsgesellschaften, 1995, S. 144 ff.

13 Näher Henssler, ZIP 1997, 1481; Römermann, GmbHR 1997, 530; Römermann/Spönmann, NZG 1998, 15, 17 f.; Römermann, GmbHR 1998, 966.

14 RefE, S. 15.

15 Begr. des RegE, BT-Drucks. 13/9820, S. 21.

16 Michalski/Römermann, PartGG, § 8 Rn. 30, 30 c.

17 So etwa Jawansky, DB 2001, 2181, 2182; Seibert, BRAK-Mitt. 1998, 210, 211; Henssler, in: Festschrift Wiedemann, S. 906, 929; dagegen Michalski/Römermann, PartGG, § 8 Rn. 28 ff.

18 BGH, Urteil vom 19.11.2009 – IX ZR 12/09, NJW 2010, 1360.

19 Seibert, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 8 PartGG Rn. 9.

20 Näher jeweils Michalski/Römermann, PartGG, § 8 Rn. 31 ff.

21 RefE, S. 1.

blicken könne. Es zeichne sich bei Großkanzleien ein Trend zur LLP ab; dem solle eine deutsche Gesellschaftsform entgegengesetzt werden. Diese Begründung könnte darauf hindeuten, dass die Gesetzesänderung eine Nische bedienen soll, die Handvoll wahrhaft deutscher Großkanzleien, die nicht geschluckt, nicht fusioniert wurden, die keinen formellen Sitz nach England verlegt haben und die als wahre Patrioten jede andere Lösung als eine deutsche Rechtsform mit Missachtung strafen. Eine solche begrenzte Sichtweise würde das Ausmaß der anstehenden Reform vollständig verkennen. Sie steht auch in einem deutlichen Kontrast zu der Angabe des Entwurfs über entstehende Kosten: Die höhere Versicherungssumme, die nun gefordert werde (2,5 Mio. Euro), führe zu steigenden Prämien.²² Die Großkanzleien indes, auf die zu Beginn Bezug genommen wird, verfügen ohnehin über Versicherungssummen, die das zukünftig erforderliche Maß deutlich übersteigen.

2. Ein neuer § 8 Abs. 4 PartGG

Der bisherigen Regelung der Haftung in einer Partnerschaft wird ein neuer Absatz hinzugefügt. Damit stellt das Gesetz klar: Es kann auch weiterhin die bisherige Haftungsform des unveränderten § 8 Abs. 2 PartGG geben. Die Neuregelung stellt dem nur eine weitere – man darf sagen: mit großem Abstand vernünftiger – Variante zur Seite.

Der zukünftige § 8 Abs. 4 PartGG soll lauten:

„Für Verbindlichkeiten der Partnerschaft aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen, wenn

1. die Partnerschaft eine zu diesem Zweck durch Gesetz begründete Berufshaftpflichtversicherung unterhält und
2. ihr Name den Zusatz „mit beschränkter Berufshaftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthält.“

Die Begründung und Aufrechterhaltung einer – im jeweiligen Berufsrecht geregelten – Haftpflichtversicherung ist damit Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung. Wer keine Versicherung hat, genießt die Haftungsbeschränkung nicht, auch wenn die Gesellschaft als „PartG mbB“ im Register eingetragen sein sollte. Tritt hingegen eine grundsätzlich bestehende Versicherung im Einzelfall aufgrund der Versicherungsbedingungen nicht ein, so soll dies an der Haftungsbeschränkung nichts ändern, das heißt es lebt nicht etwa eine persönliche Haftung der Partner auf.²³ Die Versicherung ist bei Anmeldung der PartG mbB zum Partnerschaftsregister nachzuweisen, so § 4 Abs. 3 PartGG-E.

Der Namenszusatz ist in das Partnerschaftsregister einzutragen und auf Briefbögen etc. zu führen. Was eine „allgemein verständliche“ Abkürzung ist, präzisiert das Gesetz nicht. Die Entwurfsbegründung führt hierzu aus, der Zusatz „mbH“ ginge zu weit – denn die Haftungsbeschränkung der Partnerschaft begrenzt sich auf berufliche Fehler – und sei daher irreführend.²⁴ Stattdessen wird „mbB“ vorgeschlagen.

3. Änderungen in der BRAO

a) Flankierende Versicherungspflicht der PartG mbB

Der bisherige § 51 a BRAO wird zum neuen § 52 BRAO. Eingefügt wird sodann eine neue Vorschrift als § 51 a BRAO unter dem Titel „Berufshaftpflichtversicherung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung“. Die Mindestversicherungssumme beträgt 2,5 Mio. Euro. Die Verpflichtung zu einer erhöhten Mindestversicherungssumme

korrespondiert mit der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen und ist daher grundsätzlich überzeugend. In einem unauflösbaren Widerspruch hierzu steht es indes, wenn der Referentenentwurf auf eine gleichlaufende Regelung bei Steuerberater-Partnerschaften mbB verzichtet. Dort wird auf die allgemeine Pflicht zur „angemessenen“ Versicherung verwiesen.²⁵ Wird Steuerberatern ein größeres Maß an eigener Beurteilung zugetraut, was angemessen sei und was nicht, als ausgerechnet Rechtsanwälten, deren Beruf mit der kompetenten Einschätzung von Haftungsrisiken unmittelbar verbunden ist?

b) By the way: Eine Aufwertung der Vereinbarungslösung für alle

Aus dem bisherigen § 51 a, dem zukünftigen § 52 BRAO, dort Absatz 1 Nr. 2, werden vier Worte gestrichen: „für Fälle einfacher Fahrlässigkeit“. Diese Änderung hat nichts mit der PartG mbB zu tun. Sie beseitigt einen berufsrechtlichen Missstand, der nun schon seit der BRAO-Novelle von 1994 andauert. Damals hatten Rechtsanwälte, aber auch Steuerberater (§ 67 a Abs. 1 Satz 2 StBerG) und Wirtschaftsprüfer (§ 54 a Abs. 1 Nr. 2 WPO) die Befugnis bekommen, durch vorformulierte Vertragsbedingungen ihre Haftung auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme zu beschränken, sofern insoweit Versicherungsschutz besteht. Anders als bei den Steuerberatern wurde dies in der BRAO beschränkt auf „Fälle einfacher Fahrlässigkeit“. Niemand kann erklären, wieso Steuerberater seither ihre Haftung für jede Fahrlässigkeitsstufe vertraglich begrenzen dürfen, dies Anwälte aber verboten ist.

Durch die Einschränkung ist die Regelung im Anwaltsbereich bislang weitgehend wertlos.²⁶ Die traditionell strenge Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH musste sich mit der Abgrenzungsfrage noch nicht beschäftigen. Darauf zu bauen, der BGH werde den Fehler, der zum Haftungsanspruch führte, schon nicht als „grob“ oder „mittel“, sondern als „einfach“ qualifizieren, mag anwaltlichen Hasardeuren zusagen; sie werden im Zweifel aber ohnehin auf die vertragliche Absicherung verzichten. Wer Sicherheit gewinnen wollte, konnte dies angesichts der Beschränkung auf „einfache Fahrlässigkeit“ durch vorformulierte Klauseln nicht erreichen. Aber auch die andere Variante der Haftungsbeschränkungsvereinbarung im Einzelfall versprach und verspricht keine Gewähr; denn bei näherer Betrachtung gelingt das dafür nach h. M.²⁷ erforderliche individuelle Aushandeln praktisch nie. Dass dieses Aushandeln überhaupt kein Bestandteil der Norm und damit keine Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestandes ist, wird von dieser h.M. noch immer verkannt.²⁸ Im Ergebnis lief die Möglichkeit einer vertraglichen Haftungsbeschränkung in § 51 a BRAO bislang weitestgehend leer. Durch die Streichung wird sie nun endlich mit Leben erfüllt. Das wird vor allem die Anwaltssozialisten in Form von BGB-Gesellschaften erfreuen.

²² RefE, S. 2.

²³ RefE, S. 16.

²⁴ RefE, S. 17.

²⁵ RefE, S. 11.

²⁶ Näher Römermann, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, § 51 a BRAO Rn. 20 ff.

²⁷ Für die h. M. etwa Böhnlein, in: Feuerich/Weyland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 51 a Rn. 7.

²⁸ Näher Römermann, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, § 51 a BRAO Rn. 9 ff.

III. PartG mbB – die ideale Rechtsform?

Wer sich mit Anwaltshaftungsrecht beschäftigt, die zahllosen Fälle existenzvernichtender oder zumindest bedrohender Inanspruchnahme durch Mandanten für Fehler „der Sozietät“, also des Partners, des anwaltlichen Mitarbeiters, des Sekretariats, des Auszubildenden gesehen hat, die Gnadenlosigkeit und nicht selten Praxisferne des IX. Zivilsenats kennt, der anwaltliches Verschulden oft ohne Weiteres annimmt, der wird immer für eine Gesellschaftsform eintreten, die eine *institutionelle* Haftungsbeschränkung gewährleistet. Damit bleiben bislang: Die gesetzlich in den §§ 59 c ff. BRAO normierte GmbH, die gesetzlich unregelmäßig, durch die Rechtsprechung seit über einem Jahrzehnt zugelassene AG,²⁹ die englische LLP.

Ob die LLP mit ihrer Kombination einer Personengesellschaft mit einem am englischen Deliktsrecht orientierten Haftungssystem tatsächlich dazu führt, dass ein Schutz der Partner vor persönlicher Haftung eintritt, ist – wie auch der Referentenentwurf am Rande bemerkt³⁰ – durchaus zweifelhaft. Nach englischem Recht würden die Partner persönlich nach Deliktsrecht haften und das findet dort auch Anwendung. Im deutschen Recht gibt es allerdings keine Delikts haftung für fehlerhaften Rat. Soll die Konsequenz sein, dass die in Deutschland aktive LLP einen *kompletten* Haftungsschutz erreicht, den sie in England gar nicht hätte? Präzedenzfälle der deutschen Rechtsprechung fehlen und bis zu einer Klärung durch den BGH ist diese Rechtsform meines Erachtens Abenteurern vorbehalten. Eine Befragung ergibt im Übrigen, dass deutsche Partner englischer LLPs in aller Regel mit der Haftungsfrage nicht vertraut sind. Entweder war diese Rechtsform wegen des internationalen Zusammenschlusses vorgegeben und damit nicht in Frage zu stellen oder man hat von der LLP gehört und verbindet damit Erwartungen, deren spätere Erfüllung bei näherem Hinsehen fraglich ist.

Die GmbH und die AG bieten eine verlässliche Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen. Ihre Nachteile: Gewerbesteuer, die aber oft eher Gestaltungsfrage als fester „Kostenfaktor“ ist; neugierige Kollegen, die sich im Internet den Jahresabschluss ansehen – wobei auch dessen Aussagekraft von Umständen abhängt, die die Gesellschafter in der Hand haben; ein gewisser Liquiditätsnachteil durch die Soll-Besteuerung bei der Umsatzsteuer. Die Bilanzierungspflicht führt zu größerer Transparenz der Kapitalgesellschaften; warum der Referentenentwurf dagegen mehrfach die „transparente Besteuerung“ der Partnerschaft als *Vorteil* für die (steuerzahlenden) Partner hervorhebt,³¹ erschließt sich nicht. Hintergrund dieser etwas intransparenten Formulierung ist offenbar die (durchaus fragwürdige) Annahme, Partnerschaften seien insoweit schlichter strukturiert als Kapitalgesellschaften. Zur Verdunkelung anfallender Steuern eignen sich Kapitalgesellschaften ebenso wenig wie die Partnerschaft.

29 Dazu ausführlich Römermann, in: Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, Vor § 59 a BRAO Rn. 93 ff.; ders., ZAP 2000, 425; Bay-ObLG MDR 2000, 733 m. Anm. Römermann; BGH, AnwBI 2005, 374 m. Anm. Henssler = BB 2005, 1131 m. Anm. Römermann.

30 RefE, S. 16.

31 RefE, S. 10.

32 Ausführlich Römermann, Dogmatisches Chaos und unabsehbare Haftungsgefahren bei der Freiberufler-GmbH (& Co. KG), GmbHR 2012, 64.

33 Dazu Römermann, NJW 2010, 905; Römermann/Jähne, NWB 2010, 3369; speziell zur Anwalts-UG Römermann, AnwBI 2009, 131.

34 Römermann, NJW 2012, 645, zum Wertungsproblem insbesondere 651.

Wer an die Stabilität der Binnenstruktur denkt, etwa weil er – vernünftigerweise – stets das mögliche Trennungs- und Abspaltungsrisiko im Blick hat, wird die AG oft als alternativlos ansehen. Sie weist mit Abstand die größte Unabhängigkeit von Streitereien zwischen Gesellschaftern auf und sichert durch den Vorstand eine Führung, die durch Aktionärsfehden im Tagesgeschäft nicht erschüttert werden kann. Welche andere Rechtsform könnte das von sich sagen? Andere betonen für ihren Zusammenschluss den Partnerschafts- und Kollegialitätsaspekt, sehen darin höhere Wachstumschancen und verdrängen das Konfliktpotenzial – bis es sich einmal realisiert.

IV. Die PartG mbB im System (?) des anwaltlichen Gesellschaftsrechts

Im anwaltlichen Gesellschaftsrecht heutiger Ausprägung durch Gesetzgeber und Rechtsprechung noch ein System zu erkennen, fällt schwer.³² Das geplante Gesetz wird dem eine aus dogmatischer Sicht überraschende Facette hinzufügen. Wie könnte es haltbar sein, dass der Gesetzgeber zwar die KG ablehnt, aber dem bisherigen Rechtsformen-Kanon eine hybride Struktur aus Personengesellschaft mit kapitalgesellschaftsähnlicher Haftung hinzufügt? Welche Gefahr einer Zulassung der (auch: GmbH & Co.) KG ließe sich angesichts dessen noch argumentieren?

Und wie fügt sich die Beschränkung auf das Partnerschaftsvermögen in ein Gesellschaftsrecht ein, bei dem derartige Haftungsbeschränkungen bislang stets „erkauft“ werden mussten? Nach klassischem deutschem Verständnis – und in Abweichung etwa von der *Limited Liability Company (Ltd.)* oder der *Société à responsabilité limitée (SARL)* – ist immer noch ein Stammkapital aufzubringen, um dessen Erhalt und Sicherung diverse Paragraphen und eine unüberschaubare Rechtsprechung sich mühen. Dieser deutsche Ansatz hat durch die Einführung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)³³ und seit Kurzem durch das ESUG³⁴ eine gewisse Aufweichung erfahren, ist aber bislang nicht aufgegeben worden.

V. Ergebnis

Der Referentenentwurf weist noch einige Ungereimtheiten auf. Ein „großer Wurf“ mit einer Neuordnung des Freiberufler-Gesellschaftsrecht ist er sicher nicht. Wenn man dies und damit einhergehende dogmatische Bedenken einmal beiseite lässt, ist gleichwohl festzuhalten: Für die Praxis bietet die PartG mbB einen Quantensprung in puncto Sicherheit vor Haftungsgefahren aus beruflichen Fehlern.



Dr. Volker Römermann, Hamburg/Hannover

Der Autor ist Rechtsanwalt. Er ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter der Humboldt-Universität zu Berlin und Vorstand der Römermann Rechtsanwälte AG.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

Neues AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr?

Die Diskussion ist eröffnet: Gemeinsames Symposium von DAV und DJT

Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, Basel, und
Rechtsanwalt Dr. Friedwald Lübbert, Bonn

Das deutsche AGB-Recht könnte vor weitreichenden Reformen stehen. Ein Bereich steht besonders in der Kritik: Das AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr. Stärke oder Schwäche des deutschen Rechts? Antworten auf diese Frage hat ein Symposium im Januar 2012 gesucht.

Anlass für das Symposium war die seit längerem geführte Diskussion, ob die deutsche Wirtschaft durch die Anforderungen des deutschen AGB-Rechts in ihrer Betätigungsfreiheit unangemessen beeinträchtigt wird und ob zudem das deutsche AGB-Recht dazu führt, dass im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr die Anwendung deutschen Rechts häufig abbedungen und eine ausländische Rechtsordnung gewählt wird. Ist dies – wie manche meinen – eine Schicksalsfrage der deutschen Im- und Exportwirtschaft, gleichsam ein „to be or not to be“ im b2b-Geschäft? Ist dies auch ein ernsthaftes Problem für den „Rechtsstandort“ Deutschland?

Um diese Frage zu erörtern, hatten der Deutsche Anwaltverein (DAV) und der Deutsche Juristentag (DJT) Experten und Vertreter der Wirtschaft zu einem Symposium eingeladen, das hochkarätig besetzt und das mit etwa 90 Teilnehmern, unter ihnen Mitglieder des Deutschen Bundestags, insbesondere des Rechtsausschusses, Vertreter des Bundesministeriums der Justiz, zahlreiche Vertreter von Spitzenverbänden der Industrie und des Handwerks und ein Mitglied des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, ebenso hochkarätig besucht war. Auf Seiten des DAV stand das Symposium auch im Zusammenhang mit der Initiative „Law – made in Germany“. Für den DJT war das Symposium ein Auftakt der Erörterungen, die im September dieses Jahres in der Zivilrechtlichen Abteilung des 69. Juristentages in München anstehen. Nach einem Grußwort des DAV-Präsidenten Prof. Dr. Wolfgang Ewer gaben zunächst zwei Justiziere, Rechtsanwältin Dr. Anke Frankenberger (Hamburg) und Rechtsanwalt Manuel Schauer (Dillingen), anhand praktischer Erfahrungen einen Überblick über die Situation, in der sich deutsche Unternehmen im internationalen Rechtsverkehr auf der Basis des aktuellen deutschen AGB-Rechts sehen. Anschließend befassten sich Rechtsanwalt Dr. Christian Kessel (Frankfurt/Main) und Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel (Universität Bayreuth) mit dem Anwendungsbereich der deutschen AGB-Vorschriften auf der Basis des geltenden Rechts, insbesondere mit den hohen Anforderungen, die der Bundesgerichtshof an ein „Aushandeln“ einzelner Klauseln und damit an die Qualifizierung als Individualvereinbarung stellt.

Mit den Maßstäben der Inhaltskontrolle, also mit dem Kernstück des deutschen AGB-Rechts, befassten sich anschließend sowohl de lege lata als auch de lege ferenda die

Rechtsanwälte Thomas Hannemann (Karlsruhe) und Prof. Dr. Hanns-Christian Salger (Frankfurt am Main). In ihrem abschließenden und zusammenfassenden Beitrag befasste sich Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger, Würzburg, – auch mit Blick über die Grenzen Deutschlands hinaus – insbesondere mit der Frage nach dem tragenden Geltungsgrund des AGB-Rechts und den sich hieraus ergebenden Schlussfolgerungen. Fünf Beiträge sind im Folgenden abgedruckt, zwei erscheinen zum Juristentag im August 2012.

Keine Patentrezepte

Nach den einzelnen Beiträgen und bei der sehr intensiven Abschlussdiskussion wurden die Grundsatzfragen, ob überhaupt ein Regelungsbedarf besteht, und – bejahendenfalls – an welchen „Stellschrauben“ die Anforderungen des deutschen AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr gelockert werden könnten, nachhaltig und kontrovers erörtert. Es zeigte sich, dass insbesondere die Grundsatzfrage, ob überhaupt Regelungsbedarf besteht, von den Vertretern zahlreicher Spitzenverbände von Industrie und Handwerk sehr unterschiedlich beurteilt wird. Auch in der Frage, welche inhaltlichen Regelungsmöglichkeiten in Betracht kommen und welchem Schutzzweck das AGB-Recht dient (nur Schutz des intellektuell und/oder wirtschaftlich unterlegenen Verhandlungspartners oder auch Schutz vor übergroßer Marktmacht?), bestand keineswegs Einigkeit. Erwägungen, die Anforderungen des AGB-Rechts nach der Größe der beteiligten Vertragspartner zu differenzieren oder sie von bestimmten Umsatzvolumina abhängig zu machen, wurden mehrheitlich ebenso verworfen wie die Erwägung, die Missbrauchskontrolle im Handels- und Wirtschaftsverkehr mehr oder weniger dem Kartellrecht zu überlassen. An der Diskussion beteiligte sich auch der Vorsitzende des Bundestagsrechtsausschusses, Rechtsanwalt Siegfried Kauder. Er lud am Ende der Diskussion die Protagonisten für die darauf folgende Woche zu einem Gespräch ein. An dem Gespräch nahmen neben Vertretern des DAV und einem Vertreter der „Frankfurter Initiative“ für eine Neuregelung des AGB-Rechts acht Vertreter von Unternehmen und Spitzenverbänden der Industrie und des Handwerks teil. Auch bei diesem Gespräch wurden die sehr konträren Grundpositionen der Unternehmens- und Verbandsvertreter deutlich. Inzwischen hat auch das Bundesministerium der Justiz die Initiative ergriffen und für den 29. März 2012 zu einer Expertenanhörung geladen. Die Diskussion des Themas nimmt also Fahrt auf. Sie wird durch die Ergebnisse der Anhörung und im Herbst durch die Verhandlungen des Deutschen Juristentags sicher weitere Impulse erhalten.



Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, Basel

Die Autorin ist Ordinaria für Privatrecht an der Universität Basel. Sie ist stellvertretende Vorsitzende der ständigen Deputation des Deutschen Juristentags und wird auf dem 69. Deutschen Juristentag im September 2012 in München die Abteilung Zivilrecht leiten.

Sie erreichen die Autorin unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.



Dr. Friedwald Lübbert, Bonn

Der Autor ist Rechtsanwalt. Er ist Vize-Präsident des Deutschen Anwaltvereins. Die beiden Autoren haben das Symposium gemeinsam moderiert.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

Rechtspolitik

AGB oder Individualvereinbarung – Relevanz und Reformbedarf

AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr: Wie aus der Schwäche des deutschen Rechts eine Stärke wird*

Rechtsanwalt Dr. Christian Kessel, LL.M., Frankfurt a.M.

Dem AGB-Recht kann im unternehmerischen Verkehr kaum ein Unternehmen in Deutschland entkommen. Das gilt nicht nur für große Unternehmen, sondern auch für kleinere oder mittlere. Der Autor zeigt aus Sicht der Anwaltschaft, welche Folgen das hat. Er plädiert dafür, die selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung wieder zu stärken – mit der Folge der Nichtanwendbarkeit des AGB-Rechts. Er stellt eine Initiative vor, die vom Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau (VDMA), vom Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie (ZVEI), der Industrie- und Handelskammer (IHK) Frankfurt am Main sowie Wirtschaftsanwälten, Rechtswissenschaftlern und Syndikusanwälten unterstützt wird.

I. Einleitung: Der faktische und wirtschaftliche Hintergrund

1. Alle Klauseln sind AGB

Rein faktisch ist zunächst zu konstatieren, dass die ganz überwiegende Mehrheit aller von einem Unternehmen verwendeten Klauseln, Vertragsentwürfe, Vertragsmuster oder sonstigen Vertragsdokumente Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen. Die Annahme, dass im B2B-Verkehr durchaus 98 Prozent (oder mehr) aller verwendeten Verträge oder Klauseln AGB-Charakter haben, ist nicht übertrieben. Zum einen liegt dies an dem weiten AGB-Begriff von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, der nur sehr niedrige Anforderungen an das Merkmal der vorformulierten Vertragsbedingungen und sehr hohe Anforderungen an das Aushandeln (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) stellt (zu beidem näher unter II.). Zum anderen entspricht die Verwendung von Individualverträgen bzw. wenigstens von Individualklauseln schlichtweg nicht der Unternehmenspraxis. Die Entwicklung und Verwendung von AGB dient gerade der Rationalisierung der Vertragsabwicklung durch die Zusammenfassung der für ein Unternehmen als wichtig bewerteten und daher gleich bleibenden Klauseln. Dabei geht es nicht nur darum, dass die vom Verwender betriebswirtschaftlich für hinnehmbar gehaltenen Risiken abgedeckt werden müssen, sondern, dass die AGB auch die Besonderheiten der angebotenen Leistungen oder die üblichen Usancen einer Branche oder Industrie berücksichtigen sollen. Obendrein beinhalten sie sinnvolle Vorgaben für die kommerziellen, technischen und rechtlichen Vertragsverhandlungen und zur Vermeidung von Fehlern der Key-Accounter, z. B. im Einkauf oder Vertrieb, desjenigen Unternehmens, das diese AGB

konzipiert hat und einsetzt. Zugleich werden auf diese Art und Weise die Transaktionskosten bezüglich Entwurf und Ausgestaltung von Verträgen sowie deren Verhandlung mit – unter Umständen ja auch mehreren – potenziellen Vertragspartnern gesenkt.

2. Die Rolle der elektronischen Datenverarbeitung

In Zeiten elektronischer Textverarbeitung ist es irreal anzunehmen, dass in einem Unternehmen – selbst in einer Rechtsabteilung, die mit den hohen Anforderungen der Rechtsprechung an das Vorhandensein einer Individualklausel vertraut ist – einmal ausgearbeitete Klauseln nicht wiederholt zum Einsatz kommen würden. Vertragsgestaltung im Computerzeitalter bedeutet primär und zuvörderst nur noch die Zusammenfassung bzw. Neuordnung bewährter Klauseln oder Teile von bestehenden Verträgen oder Vertragsmustern zu einem neuen Vertragswerk (zum Beispiel für ein neues Produkt/neue Leistungen eines Unternehmens). Selbst wenn sich noch jemand vor ein weißes Blatt Papier setzen wollte, um eine Individualklausel zu entwickeln, gäbe es auch rein sprachliche Schwierigkeiten für deren Ausgestaltung – wie viele Variationen des Satzes „Der Lieferant schließt seine Haftung für Fahrlässigkeit aus?“ können gebildet werden?

3. Große und Kleine

Im Übrigen ist festzustellen, dass je kleiner ein Unternehmen ist, desto eher werden AGB eingesetzt (werden müssen) und desto weniger können AGB verhandelt, geschweige denn „ausgehandelt“ werden. Insofern benachteiligen der weite AGB-Begriff und die hohen Anforderungen an das Aushandeln und die daraus resultierende Rechtsuntersicherheit kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) sehr viel stärker als größere Unternehmen mit einer Rechtsabteilung, die aus mehr als zwei bis drei Kollegen besteht und eher den Aufwand einer den Anforderungen der Rechtsprechung an das Verhandeln (also: Aushandeln) von Individualabreden leisten kann.

4. Haftungsausschluss und -begrenzung

In wirtschaftlicher Hinsicht lässt sich die ganze AGB-Problematik an den Fragen der Wirksamkeit von Klauseln zum Haftungsausschluss bzw. zur Haftungsbegrenzung festmachen: Jeder „Kaufmann“ in einem Unternehmen muss zuvörderst auch das mit einem von ihm beabsichtigten Geschäft verbundene Haftungsrisiko einschätzen können, und zwar unabhängig davon, ob er der Geschäftsführer oder Vertriebschef eines KMU ist, oder ob er als (Bereichs-) Vorstand eines Großunternehmens sich der Hilfe ausgefeilter Contractual Risk Assessment Procedures, einer Risikomatrix oder ähnlicher Risikomanagementmethoden bedienen kann. Hierfür braucht er konkrete Maximalbeträge einer möglichen Haftung und nicht den dubiosen Hinweis auf den typischerweise vorhersehbaren Schaden, auf den die Haftung für die leicht fahrlässige Verletzung wesentlicher Vertragspflichten in einer wirksam ausgestalteten AGB-Klausel nur zu beschränken ist.¹ Nur auf der Grundlage konkreter Haftungs-

* Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag auf dem gemeinsamen Symposium des Deutschen Anwaltvereins und des Deutschen Juristentags „AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr: Stärke oder Schwäche des deutschen Rechts?“ am 19. Januar 2012 in Berlin (Tagungsbericht siehe Seite 352 in diesem Heft). Die Vortragsform ist beibehalten. Die Fußnoten sind auf die wichtigsten Hinweise begrenzt.

1 Vgl. schon Kessel/Stomps, BB 2009, 2666, 2667 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

grenzen lässt sich ein hinreichender Versicherungsschutz für die direkten Schäden eindecken; ein Versicherungsschutz für Folgeschäden ist am Markt ohnehin nicht erhältlich. Die unbeschränkte Haftung des Lieferanten aufgrund einer unwirksamen AGB-Klausel, die beispielsweise nur verhandelt, nicht aber im Sinne der strengen Anforderungen der Rechtsprechung ausgehandelt wurde, und die vielfach unproblematisch im hohen 2- bis 3-stelligen Millionenbereich – insbesondere für Folgeschäden – liegen kann, ist potenziell existenzbedrohend.

Auch im Hinblick auf die international üblichen und auch wirksamen Haftungsbeschränkungen – gerade auch für Folgeschäden (man denke nur an die in amerikanischen Verträgen in Großbuchstaben und Fettdruck enthaltenen Klauseln) –, ist weder einem inländischen Kaufmann, noch einem ausländischen Mandanten, der überlegt, seine Verträge dem deutschen Recht zu unterstellen, vermittelbar.²

Hinzu kommt, dass das BGB grundsätzlich den Käufer bevorzugt, da es eine unbeschränkte Haftung des Schuldners/Lieferanten vorsieht, weshalb auch folgerichtig in den Einkaufsbedingungen regelmäßig nichts zur Haftung des Verkäufers/Lieferanten vorgesehen ist (und auch nicht sein muss).³ Sowohl bei der Geltung von Einkaufsbedingungen, aber auch soweit nur das Gesetz die Lieferbeziehung der Parteien regelt, ist es also Aufgabe des Verkäufers/Lieferanten seine Vorstellungen über eine Haftungsbeschränkung in die Diskussion mit seinem Käufer/Abnehmer einzubringen und dann – möglichst – auch durchzusetzen. Versucht er dies über seine Verkaufsbedingungen (was auf reinen Käufermärkten,⁴ wie beispielsweise der Automobilindustrie, ohnehin nicht möglich ist), so nutzt ihm aufgrund der Anforderungen der Rechtsprechung an die wirksame Ausgestaltung einer entsprechenden AGB-Klausel zur Haftungsbeschränkung oder zum Haftungsausschluss eine solche wirksame Klausel wenig; die praktisch sinnvolle Klausel mit einer konkreten summenmäßigen oder zum Beispiel prozentual am Auftragswert orientierten Haftungsbeschränkung ist nach den Anforderungen der Rechtsprechung unwirksam. Es bedarf vielmehr einer Individualabrede. Diese Problematik besteht für KMU und Großunternehmen gleichermaßen.

5. Risikobegrenzung als Ziel

Die Vertragsfreiheit zur Ausgestaltung einer Haftungsbeschränkung oder gar eines Haftungsausschlusses in einer Individualrede läuft jedoch leer, wenn der Unternehmer überhaupt nicht zur Individualabrede gelangt, weil die Anforderungen an sie zu hoch sind und jedenfalls erhebliche Rechtsunsicherheit bleibt (hierzu im Einzelnen unter II.). Dass im besten Fall Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit einer Haftungsbeschränkung besteht und im schlimmsten Falle eine Haftungsbeschränkung unwirksam ist, weil die Klausel nur verhandelt, aber nicht im Sinne der Anforderungen der Rechtsprechung an das Aushandeln als ausgehandelt angesehen wird, ist sowohl im internationalen Vergleich als auch in wirtschaftlicher und rechtspolitischer Hinsicht kein akzeptabler Zustand. Jeder Verkäufer, gleich ob KMU oder Großkonzern, hat das gleiche Bedürfnis einer „machbaren“ und wirksamen Haftungsbeschränkung in seinen Verträgen. Dies ist entweder eine Frage des Maßstabs der Inhaltskontrolle (der hier nicht Erörterungsgegenstand ist) oder eine Frage des Anwendungsbereiches der AGB bzw. der

Frage, wie der Unternehmer im Einzelfall gerade aus dem Anwendungsbereich der AGB „herauskommt“.

Nachfolgend unter II. werden die Grundlinien der Rechtsprechung skizziert, um anschließend unter III. im Einzelnen die praktischen Anwendungsfelder zu illustrieren.

II. Anforderungen der Rechtsprechung an das Vorliegen von AGB

Aus § 305 Abs. 1 Sätze 1 und 3 BGB ergeben sich insgesamt drei wesentliche Tatbestandsmerkmale für das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen:

1. Vorformulierung

„Alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen“ haben grundsätzlich das Potenzial, AGB darzustellen. Vertragsbedingungen sind dabei alle Regelungen zur Ausgestaltung des Vertragsinhaltes (im Gegensatz zu Bitten, Hinweisen oder Werbeaussagen), wobei es aber genügt, dass ein Text beim Durchschnittskunden den Eindruck hervorruft, der Verwender wolle vertragliche Rechte/Pflichten begründen.⁵ Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, die für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet oder in sonstiger Weise (in einem Textprogramm, im Tonband oder im Gedächtnis) fixiert sind;⁶ dies gilt auch für Klauseln, die unabhängig von einer vorherigen schriftlichen Fixierung mit Wiederholungsabsicht handschriftlich oder elektronisch in einen Vertragstext eingefügt werden.⁷ Für das Merkmal „vorformuliert“ kommt es dabei nicht einmal darauf an, dass die jeweils genau identische Formulierung gewählt oder beibehalten wird; eine Vorformulierung liegt nach der Rechtsprechung vielmehr auch vor, wenn eine Klausel im Einzelfall unterschiedlich gefasst wird, ihre sachliche Identität aber aufrecht erhalten, d. h. unverändert bleibt.⁸ Damit wird die schon zuvor angesprochene sprachliche Schwierigkeit, wie viele Variationen des Satzes „Lieferant schließt seine Haftung für Fahrlässigkeit aus“ gebildet werden können, noch verschärft. Schließlich ist dieses Merkmal der für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen bereits ab der ersten Verwendung bei geplanter mehrfacher Verwendung⁹ bzw. ab der dritten Verwendung einer ursprünglich für den Einzelfall konzipierten, dann aber doch wiederholt eingesetzten Klausel erfüllt.¹⁰ Dies gilt nicht nur beim Einsatz solcher Klauseln gegenüber unterschiedlichen Vertragspartnern, sondern auch wenn der gleiche Vertrag für verschiedene Produkte gleichzeitig oder

2 Die AGB-Problematik des deutschen Rechts stellt sich im Übrigen in dieser Schärfe in keiner anderen Rechtsordnung, sodass in der internationalen Vertragspraxis die Verwendung von „Standard-Terms“ unbelastet von der Frage der Existenz einer Individualabrede (oder gar eines insgesamt ausgehandelten Vertragswerkes) erfolgt.

3 Vgl. hierzu bereits Kessel/Stomps, BB 2009, 2666, 2671 f.

4 Vgl. Kessel, Die Einkaufsbeziehung effektiv und sicher rechtlich gestalten, in: C. Gabath (Hrsg.), Innovatives Beschaffungsmanagement, 2011.

5 Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, § 305 Rn. 4.

6 BGH, Urt. v. 4.10.1995, NJW 1996, 191; Urt. v. 30.9.1987, NJW 1998, 410; Urt. v. 10.3.1999, NJW 1999, 2180.

7 BGH, Urt. v. 2.7.1998, NJW 1998, 2815.

8 OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.1.98, NZG 98, 353.

9 BGH, Urt. v. 11.12.2003, NJW 2004, 1454.

10 BGH, Urt. v. 15.4.1998, NJW 1998, 2286.

zeitlich aufeinander folgend mit den gleichen Vertragspartnern abgeschlossen wird oder Klauseln über unterschiedliche Produkte oder unterschiedliche Leistungen in Verträgen mit den gleichen Vertragspartnern verwendet werden.¹¹ Das Merkmal „für eine Vielzahl von Verträgen“ ist im Übrigen auch erfüllt, wenn ein Vertragswerk von einem Dritten für eine mehrfache Verwendung geschaffen wurde, die das Vertragswerk einsetzende Partei es aber nur einmalig verwenden will.¹²

Mit den Merkmalen „vorformuliert“ und „für eine Vielzahl von Verträgen“ hat die Rechtsprechung also derart weite Anforderungen entwickelt, dass der Unternehmer sich mit seinen Klauselvorschlägen im Regelfall automatisch im Anwendungsbereich des AGB-Rechtes befindet.

2. Das Stellen

Diese für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen müssen vom „Verwender der anderen Vertragspartei gestellt“ werden.

2.1 Herkömmlicherweise wird das Tatbestandsmerkmal des Stellens von AGB als Veranlassung der Einbeziehung durch den Verwender bzw. der Bestimmung der Rolle des Verwenders verstanden.¹³ Es dient der Zurechnung des Vorschlags/der Einführung eines Vertragsformulars¹⁴ bzw. wird – insoweit schon nahe der erforderlichen Einbeziehungsvereinbarung – als Verlangen der Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag im Sinne einer Unterbreitung eines konkreten Einbeziehungsangebotes verstanden.¹⁵

2.2 An diesem herkömmlichen Verständnis des Stellens von AGB hat auch das Urteil des BGH vom 17. Februar 2010 nichts geändert, in dem es primär darum ging, dass zwei Verbraucher beim Verkauf eines Gebrauchtwagens sich auf das Vertragsmuster einer Versicherung einigten und aufgrund der Freiheit beider Parteien bei der Auswahl des in Betracht kommenden Formulartextes der BGH die Verwendereigenschaft beider Parteien und insbesondere der Beklagten mangels des Vorliegens des Tatbestandsmerkmals „Stellen“ ausschloss.¹⁶ Damit stellte sich mangels des Vorliegens von AGB nicht mehr die Frage der Wirksamkeit einer von der Klägerin als unwirksam angegriffenen Haftungsausschlussklausel; diese Klausel war vielmehr wirksam, sodass die Beklagte nicht haften musste. Wie sich bei genauer Analyse der vom BGH zur Begründung seiner Auffassung herangezogenen und zitierten Urteile ergibt, geht es dem BGH ausschließlich darum, wie mit vorgegebenen Vertragsmustern/Formulartexten umzugehen ist: Zum einen, ob die Möglichkeit der Einflussnahme der Verwendergegenseite auf den von einem Dritten entworfenen Formulartext/Standardvertrag bestand, zum anderen, ob die Verwendergegenseite (der Vertragspartner) beim Ausfüllen vor Leerstellen im Formular konkrete Einflussmöglichkeiten zur Durchsetzung seiner Interessen hatte. Es ging also in den zitierten Urteilen gerade nicht um die Möglichkeit der Abänderung von Klauseln in einem Verhandlungsszenario.¹⁷ Soweit einige Autoren den Halbsatz „und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen“¹⁸ als Lockerung des Erfordernisses des Aushandelns verstanden haben,¹⁹ ist diese Interpretation des Urteils gerade nicht von den vom BGH zitierten früheren BGH-Urteilen gedeckt; die Begründung des BGH in seinem Urteil vom 17. Februar 2010 stellt allein auf die Freiheit in der Auswahl der in Be-

tracht kommenden Vertragstexte bzw. Formulartexte ab. Entgegen diesen wenigen Stimmen in der Literatur hat der BGH das Tatbestandsmerkmal „Stellen von AGB“ vielmehr nochmals als Kriterium der Zurechnung vorformulierter Vertragstexte zu der einen oder anderen Partei und damit zur Bestimmung der Verwendereigenschaft und letztlich zur Klärung der Frage, ob überhaupt AGB vorliegen (die dann der Inhaltskontrolle unterfallen) bestätigt. Damit hat das Stellen von AGB eine eigenständige Funktion gegenüber dem weiteren – negativen – Tatbestandsmerkmal des Aushandelns.²⁰ Die seit 2007 in der Literatur²¹ kontrovers diskutierten Fragen zum Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB lassen sich mit diesem Halbsatz jedenfalls nicht lösen und sind nicht als „Aufweichung“ der nachfolgend unter 3. im Einzelnen dargestellten strengen Anforderungen der Rechtsprechung an das weitere Tatbestandsmerkmal „Aushandeln“ zu verstehen.²²

2.3 Soweit der BGH als charakteristisch für das Stellen und damit für AGB auf die einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit einer Vertragspartei (nämlich des Verwenders) auch in diesem Urteil vom 17. Februar 2010 abstellt,²³ ist festzustellen, dass eine einseitige Gestaltungsmacht auch zunächst einmal beim klassischen One-off-Individualvertrag bei der Partei besteht, die die „Formulierungshoheit“ hat, also den ersten Entwurf fertigt, bzw. in Vertragsverhandlungen besprochene Änderungen/Ergänzungen nachträglich ausformuliert und in den Vertragstext einfügt. Auch dies bestätigt hinsichtlich dieses zweiten Tatbestandsmerkmals von AGB, dass sich jeder Gestalter von Verträgen fast schon automatisch im Anwendungsbereich des AGB-Rechts befindet.

3. Kein Aushandeln

Schließlich liegen keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, soweit die Vertragsbedingungen „zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt“ sind. Dabei stellt die Rechtsprechung sehr hohe Anforderungen an das Aushandeln, die jedenfalls über das im kaufmännischen Bereich übliche Verhandeln von Verträgen oder Konditionen hinausgehen.

3.1 Die Rechtsprechung fordert, dass der Verwender den gesetzestremden Kerngehalt seiner AGB inhaltlich zur Disposition stellt. Dem Vertragspartner muss zur Wahrung sei-

11 BGH, Urt. v. 11.12.2003, NJW 2004, 1454.

12 BGH, Urt. v. 17.2.2010, NJW 2010, 1131.

13 *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*, 11. Aufl. 2011, § 305, Überschrift zu Rn. 26 und Rn. 27.

14 BGH, Urt. v. 24.5.1995, BGHZ 130, 50, 57.

15 *Palandt/Grüneberg*, BGB, 71. Aufl. 2012, § 305 Rn. 10; vgl. auch OLG Düsseldorf, BB 1997, 754, 755.

16 NJW 2010, 1131.

17 Ausführlich hierzu in *Kürze Kessel*, in: *Betriebs-Berater*.

18 BGH, Urt. v. 17.2.2010, 1131, 1133 (Rn. 18).

19 Ausdrücklich *R. Koch*, BB 2010, 1810, 1813; ähnlich v. *Westphalen*, ZIP 2010, 1110 und *S. Kaufhold*, ZIP 2010, 631.

20 Vgl. näher 3.6 und die weiterführenden Nachweise dort.

21 Vgl. *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*, 11. Aufl. 2011, Einleitung, Rn. 50 m. w. N.

22 Ausführlich hierzu in *Kürze Kessel*, in: *Betriebs-Berater*.

23 NJW 2010, 1131, 1132 f.

ner eigenen Interessen eine Gestaltungsfreiheit eingeräumt werden, die ihm zumindest die reale Möglichkeit schafft, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.²⁴ In der Regel muss sich derartige Aushandeln in Textänderungen niederschlagen.²⁵ Ist letzteres nicht der Fall, kann bei einem unveränderten Text ausnahmsweise eine Individualvereinbarung vorliegen, wenn der andere Teil nach gründlicher Erörterung von der Sachgerechtigkeit der Regelung überzeugt wird und ihr zustimmt: Allenfalls unter besonderen Umständen kann ein Vertrag dann als Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf bleibt; Voraussetzung dafür ist aber, dass der Verwender grundsätzlich zu einer Abänderung der Klausel bereit war und dies dem Geschäftspartner bei Abschluss des Vertrages bewusst war. Dies wird dann angenommen werden können, wenn der Verwender dem Partner seine vorhandene Änderungsbereitschaft hinreichend deutlich zu erkennen gegeben hat.²⁶

3.2 Während also vorgenommene Textänderungen für die Rechtsprechung ein vielfach hinreichendes Indiz für ein Aushandeln sind, kann dies bei unveränderten Texten nur ausnahmsweise bzw. unter besonderen Umständen angenommen werden. Wie unter III. im Einzelnen dargelegt wird, kommt es aber im Rahmen von Vertragsverhandlungen häufig vor, dass Klauseln – durchaus aus guten Gründen – nicht abgeändert werden, sodass die Akzeptanz von Klauseln häufiger vorkommt, als die Rechtsprechung dies für ein Aushandeln – nämlich nur ausnahmsweise/unter besonderen Umständen – genügen lassen will. Rechtsprechungsanspruch und Verhandlungsrealität klaffen also weit auseinander. Nach den oben zitierten Anforderungen der Rechtsprechung erscheint auch zweifelhaft, wie der Verwender wissen soll bzw. sich vergewissern kann, ob dem Geschäftspartner bei Abschluss des Vertrages tatsächlich die Abänderungsbereitschaft des Verwenders bewusst war bzw. ob seine Angebote zur Verhandlung für den Vertragspartner hinreichend deutlich waren.

3.3 Eine allgemein geäußerte Bereitschaft, belastende Klauseln abzuändern, genügt nach der Rechtsprechung nicht.²⁷ Genauso wenig genügt es für die Rechtsprechung, dass den Vertragsparteien das gestellte Formular bekannt ist und nicht auf Bedenken stößt, dass der Inhalt lediglich erläutert oder erörtert wird und den Vorstellungen der Parteien entspricht.²⁸ Die Rechtsprechung geht sogar soweit, dass sie dem Vertragsteil, der sein Angebot unter Verwendung von AGB oder eines Vertragsformulars abgibt oder sonst in die Vertragsverhandlungen einführt, unterstellt, dass er damit nach allgemeiner Verkehrsanschauung zu verstehen gibt, er sei nicht bereit, von seinen Konditionen abzuweichen und sie evtl. den gegenläufigen Interessen des Partners anzupassen oder sie zu ergänzen.²⁹ Dies gilt jedenfalls vorbehaltlich anders lautender Erklärungen, sodass der Verwender diesen von der Rechtsprechung angenommenen objektiven Erklärungswert von AGB oder Vertragsformularen beseitigen muss, wenn er sich darauf berufen will, der Vertrag sei doch ganz oder teilweise ausgehandelt worden.³⁰ Diese Auffassung mag für die Verwendung der „klassischen“ Verkaufs- und Lieferbedingungen im klein gedruckten Zweispaltentext, die mit der Bestellung oder Auftragsbestätigung bei Massengeschäften versandt werden, passen, nicht aber in den Fällen, in denen es zu irgendeiner Form von Verhandlungen kommt – entweder im Einzelfall oder soweit die ganze Anbahnung

der Geschäftsbeziehung auf eine derartige Verhandlung von vornherein angelegt ist (vgl. näher unter III.).

3.4 Auch zu dem oben angesprochenen Merkmal, dass der gesetzfremde Kerngehalt einer vertraglichen Regelung inhaltlich zur Disposition des Vertragspartners gestellt werden müsse, gibt es ganz eigene und strenge Anforderungen der Rechtsprechung: Das reine Einräumen einer Verhandlungsmöglichkeit genügt insoweit nicht;³¹ auch darf sich der Vertragspartner nicht nur aus Gründen der Zeitersparnis, der Rationalisierung oder des Fehlens eigener Gegenvorschläge mit den vom Verwender vorgeschlagenen Formulierungen einverstanden erklären.³² Vielmehr ist erforderlich, die in Klauselwerken besonders ins Gewicht fallenden Klauseln hervorzuheben und alternative Formulierungsvorschläge vom Vertragspartner ausdrücklich zu erbitten.³³ Das dem Vertragspartner eine reale Einflussmöglichkeit auf das Vertragswerk eröffnende Verhandlungsangebot des Verwenders ist entweder bei Übersendung des Vertragstextes oder spätestens bei dessen Erörterung, also sowohl in der Einleitungsphase eines Vertragsschlusses (der Vertragsanbahnungsphase) als auch in der Verhandlungsphase deutlich zu machen und aufrecht zu erhalten.³⁴ Ein solches „zur Disposition stellen“ liegt nach der Auffassung der Rechtsprechung auch nur dann vor, wenn über den rechtlichen Inhalt der Klausel und nicht nur über deren kommerzielle Komponenten disponiert werden kann.³⁵ Gerade letzteres – z. B. die Herabsetzung der Haftungshöchstgrenze von 50 % auf 30 % des Auftragswertes, die Herabsetzung einer Vertragsstrafe von maximal 10 % auf maximal 5 % etc. – ist für einen Kaufmann aber häufig völlig ausreichend.

Diese Anforderungen an ein „zur Disposition stellen“ sind jedoch Kaufleuten kaum zu vermitteln (Ausländern schon gar nicht), setzen auch bei den Rechtsberatern (ob in der Rechtsabteilung eines Unternehmens oder externen Rechtsanwälten) die genaue Kenntnis dieser Rechtsprechung und ihrer Anforderungen und damit juristisches Spezialwissen voraus, erhöhen die Transaktionskosten – bei dem Versuch – der Umsetzung der Rechtsprechungsanforderungen und gewähren – wie nachfolgend unter III. gezeigt wird – letztlich auch keine Rechtssicherheit.

3.5 Aber selbst bei vorliegenden Textänderungen besteht keine Sicherheit, ob eine Individualabrede tatsächlich vorliegt. Zum einen mag die Änderung nicht den Kerngehalt einer Klausel umfassen bzw. nur deren kommerziellen Inhalt. Selbst wenn die Anforderungen der Rechtsprechung für ein hinreichendes „zur Disposition stellen“ bei Versand des Ver-

24 BGH, Urt. v. 27.3.1991, NJW 1991, 1678.

25 BGH, Urt. v. 9.10.1986, NJW-RR 1987, 144.

26 BGH, Urt. v. 3.4.1998, NJW 1998, 2600.

27 BGH, Urt. v. 15.12.1976, NJW 1977, 624.

28 BGH, Urt. v. 9.10.1986, NJW-RR 1987, 144.

29 BGH, Urt. v. 15.12.1976, NJW 1977, 624.

30 BGH aaO

31 BGH, Urt. v. 3.12.1991, NJW 1992, 503.

32 Vgl. Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 305, Rn. 48 m. w. N.

33 BGH, Urt. v. 6.12.2002, NJW 2003, 1313.

34 Vgl. Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350 ff.

35 BGH, Urt. v. 27.3.1991, NJW 1991, 1678.

tragstextes erfüllt sind (ein entsprechendes Begleitschreiben ist letztlich nicht unschwer zu formulieren), bleibt immer noch die Gefahr (und der spätere mögliche Einwand des Vertragspartners), dass diese Bereitschaft zur Abänderungen von Klauselinhalten bei späteren Verhandlungen tatsächlich nicht mehr gegeben war.³⁶

3.6 Dass § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB den Begriff der AGB einschränkt und damit den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB insgesamt beschränkt, entspricht der völlig herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur.³⁷ Nur so kann die vorformulierte und gestellte Klausel ohne Textänderung zur kontrollfreien Individualabrede werden, sodass Stellen und Aushandeln zweierlei,³⁸ nämlich selbstständige Merkmale des AGB-Begriffs sind. Der AGB-Charakter einer Vertragsbedingung entfällt damit durch Aushandeln.

III. Typische Verhaltensweisen von Parteien bei Vertragsverhandlungen

Vorweg ist klarzustellen, dass es hier nicht um den Einsatz von AGB im B2B-Massenverkehr geht; hier ist jegliche Form von Diskussion oder Verhandlung von vornherein nicht vorgesehen. Bestellungen werden per Email, EDI oder Fax, notfalls auch telefonisch platziert und ausgeführt. Meist handelt es sich um Einzelbestellungen, häufig nach Katalog für „Commodity-Gegenstände“.

Anders ist dies jedoch bei allen Fällen, in denen es um Einzelprodukte wie Maschinen, Anlagen oder komplexe technische Geräte geht oder um Serienbelieferungsverträge mit längerfristigen Lieferpflichten und erheblichem Auftragsvolumen. Hinzu kommt, dass in vielen dieser Fällen aufgrund des technologischen Fortschritts oder der Komplexität der Systeme, Anlagen, Geräte oder Maschinen, die Vertragsgegenstand sind, erhebliche Risiken bei Vorliegen von Mängeln oder ihrem Ausfall bestehen, die entsprechend abzusichern sind. Nach der Natur der Sache finden in jedem Falle technische Gespräche bzw. die Diskussion umfangreicher Produktspezifikationen, Lastenhefte, Produktdatenblätter oder ähnlichem statt, wie auch zur Regelung der Preise und Zahlungskonditionen. Auch Gespräche über wesentliche Vertragsbedingungen, wie insbesondere Haftungsklauseln, aber auch möglicherweise Bestimmungen über die Verwirkung von Vertragsstrafen oder pauschalierten Schadensersatz kommen regelmäßig vor. Es geht also um alle Fälle des Verhandeln im weitesten Sinne, wie es in der Praxis natürlicherweise vorkommt.

1. Eine Seite formuliert ersten Entwurf

Normalerweise wird eine Partei einen Vertragsentwurf fertigen und der anderen Partei vorlegen.

1.1 Welche Partei hierfür in Betracht kommt, ist zum Teil branchenabhängig (handelt es sich zum Beispiel um einen Käufermarkt oder um einen Verkäufermarkt)³⁹, hängt aber auch oft davon ab, ob die nachfragende Partei im Rahmen einer Ausschreibung oder eines Bieterverfahrens mehrere potenzielle Lieferanten anspricht, denen sie dann ein einheitliches Vertragsdokument zur Kommentierung/Überarbeitung zur Verfügung stellt. Häufig wird der Vertragsentwurf aber auch von der Partei in der (vermeintlich oder tatsächlich) stärkeren Verhandlungsposition vorgelegt. Zum Teil einigen sich die Parteien aber auch darauf, wer den ersten Entwurf vorlegt; so mag eine Partei aus Kapazi-

tätsgründen (die Rechtsabteilung ist in Folge Krankheit, Urlaub oder allgemeiner Überlastung nicht zur kurzfristigen Erstellung eines Entwurfes in der Lage), weil die Kosten für den externen Anwalt gescheut werden, oder weil die andere Partei von vornherein erst einmal größeres Know-how hat, auf die Vorlage eines eigenen Entwurfs verzichten.

1.2 Dieser Vertragsentwurf wird aus bestehenden Vertragsmustern oder elektronisch abgespeicherten Textbausteinen erstellt, soweit nicht ohnehin Standardverträge für die Leistungen bzw. Geschäftstyp des entsprechenden Unternehmens bestehen (z. B. ein Standardvertragsmuster für den Verkauf einer Maschine und ein weiteres Standardvertragsmuster für die anschließende Wartung der Maschine).

1.3 In allen diesen Szenarien sind typischerweise schon einmal die ersten beiden Tatbestandsmerkmale des AGB-Begriffs erfüllt. Erbittet die den Vertragsentwurf erstellende und vorlegende Partei nun von ihrem angedachten Vertragspartner eine Kommentierung/Überarbeitung/Verhandlung des Vertrages – und zwar ausdrücklich –, so stellt sich in jedem Einzelfall die Frage, ob die diesbezügliche Aufforderung nach ihrem Wortlaut genügt, um den Vertragsentwurf gemäß den Anforderungen der Rechtsprechung „zur Disposition zu stellen“. Soweit eine solche Aufforderung zur Kommentierung, Überarbeitung und Verhandlung nicht ergeht, aber eben üblich ist und erwartet wird, besteht das Risiko, dass der Vertrag von vornherein nicht zur Disposition gestellt worden ist.

1.4 Rein praktisch ist hervorzuheben, dass es keine effiziente Alternative dazu gibt, dass eine Partei einen ersten Entwurf fertigt und der anderen Partei vorlegt. Dass die Partei, die einen Entwurf fertigt und vorlegt, dabei ihre Interessen berücksichtigt, ist der allseits bekannte und auch akzeptierte Vorteil eines solchen „ersten Aufschlags“ mit einem eigenen Vertragstext. Die Alternative eines vollumfänglich AGB-wirksamen Vertragsentwurfes, von dem die erste Partei dann im Rahmen der Verhandlungen „zurückrudern“ müsste, stellt eine wesentlich ungünstigere Ausgangssituation für sie dar und würde im Zweifel zu einem kaum akzeptablen Endergebnis der Verhandlungen führen.

2. Standardentwurf als Verhandlungsgrundlage

Ein in der Praxis durchaus üblicher Sonderfall der Einleitung von Verhandlungen mit dem Vertragspartner besteht darin, dass der Verwender zwar seine AGB oder seinen Standardvertragsentwurf vorlegt, von einzelnen Punkten in ihm aber bewusst und ausdrücklich abweichen will.

2.1 Dieser Wunsch nach der Abänderung gewisser eigener AGB-Klauseln mag in den Besonderheiten des Geschäftes begründet liegen, aber auch darin, dass der Verwender von seinen wirksamen, aber kommerziell unzureichenden AGB (Stichwort „wirksame, aber praktisch unakzeptable Haftungsbestimmungsklausel“ – siehe oben unter I.4.) aufgrund der besonderen Risikoeinschätzung des speziellen Geschäftes abweichen möchte. In der Praxis auch nicht unbekannt

³⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 3.11.1999, NJW 2000, 1110; BGH, Urt. v. 23.1.2003, NJW 2003, 1805.

³⁷ Vgl. Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 305, Rn. 40–44.

³⁸ Vgl. auch Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, § 305, Rn. 18: „Stellen ist das Gegenteil von Aushandeln“.

³⁹ Hierzu Kessel, Die Einkaufsbeziehung effektiv und sicher rechtlich gestalten, in: C. Gabath (Hrsg.), Innovatives Beschaffungsmanagement, 2011.

sind die in einzelnen Punkten von Verwendern bewusst unwirksam formulierten AGB-Klauseln, deren Wirksamkeit aber mittels einer Individualabrede im Einzelfall aufgrund der Risikoeinschätzung des Geschäfts sichergestellt werden soll.

Soweit der Verwender nun schriftlich oder mündlich „vorschlägt“, über die entsprechende Klausel (z. B. die Haftungsbegrenzungsklausel oder die Vertragsstrafenklausel für Lieferverzug) zu sprechen, stellt sich schon die Frage, ob die entsprechenden Formulierungen die Anforderungen der Rechtsprechung an das „zur Disposition stellen“ erfüllen. Soweit der Verwender sogar dem Vertragspartner einen Vorschlag für eine die eigenen AGB abändernde Ersatzklausel übersendet, besteht das Risiko, dass diese Ersatzklausel gleichfalls bereits AGB darstellt und daher möglicherweise unwirksam ist, sowie ob bei ihrer Übersendung eine für das „zur Disposition stellen“ ausreichende Formulierung verwendet wird.

2.2 Schließlich kommt generell die Verwendung eines Blanketts für die relevante Klausel in Betracht. Hier könnte man in seinem Standardvertragsentwurf die relevante Klausel – z. B. über Haftungsbeschränkungen – nach der Überschrift offen lassen und statt des Vertragstextes einen Hinweis einfügen, dass die Klausel im Einzelfall zwischen den Parteien zu besprechen, zu verhandeln und zu vereinbaren ist. Der Vorteil eines solchen Blanketts ist, dass von vornherein kein Präjudiz für eine AGB-Klausel vorliegt. Das Risiko liegt darin, dass fraglich ist, ob die Anforderungen der Rechtsprechung an eine Individualabrede erfüllt werden und ob die vom Verwender dann möglicherweise nachträglich vorgeschlagene Klausel nicht doch als AGB angesehen wird (und zwar selbst wenn die Parteien zusammensitzen und gemeinsam eine Klausel formulieren, weil eine vom Verwender eingebrachte Klausel nachträglich als auswendig gelernte, für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Klausel und damit als AGB angegriffen wird).

3. Wie geht Gegenseite mit Entwurf um?

Wie reagiert aber die andere Partei auf die ihr vorgelegten Vertragswerke?

3.1 Eine in der Praxis durchaus häufig zu beobachtende Reaktion ist die sofortige Unterzeichnung und Rücksendung des Vertragswerkes bzw. der Beginn der Leistungserbringung (was ja z. B. mit einer Baustelleneinrichtung völlig unproblematisch und unspektakulär möglich ist). Hier besteht das Risiko der so genannten „AGB-Falle“: Die andere Vertragspartei (Verwendergegenseite) befasst sich gar nicht weiter mit den Vertrags- bzw. Klauselinhalten, sondern verlässt sich darauf, die Klauseln im Streitfall ggf. als AGB mit unwirksamem Inhalt anzugreifen. Vor dieser AGB-Falle ist der Verwender allenfalls geschützt, wenn er sein Vertragswerk mit einem Begleitschreiben übersandt hat, das alle Anforderungen der Rechtsprechung an das „zur Disposition stellen“ erfüllt.

Eine andere übliche Verhaltensweise von Vertragspartnern sind Rückäußerungen zu kommerziellen und technischen Themen (Spezifikationen, Leistungsbeschreibung/Lastenheft; Preis und Zahlungsbedingungen; Lieferzeit und Lieferort), nicht aber eine Auseinandersetzung und Stellungnahme zum vorgeschlagenen Vertragstext. Auch hier besteht das Risiko der AGB-Falle.

3.2 Sehr häufig in der Praxis kommt auch der Fall vor, dass eine Rückäußerung nur zu einigen rechtlichen Klauseln

erfolgt (z. B. der Wunsch nach längerer Zahlungsfrist geäußert wird, die Streichung der Vertragsstrafen für verspätete Lieferungen gewünscht wird oder der Wunsch nach beidseitiger Ausgestaltung der Geheimhaltungsklausel geäußert wird). Selbst wenn der Verwender allen diesen Wünschen nachkommt, und die entsprechenden Klauseln textlich geändert werden, besteht hinsichtlich aller übrigen Klauseln des Vertragswerkes immer noch das Risiko der AGB-Falle (gleich ob dieses Ziel von der anderen Partei bewusst oder unbewusst verfolgt wird). Denn die inhaltliche Änderung einzelner Vertragsbestimmungen hat nach der Rechtsprechung keine Ausstrahlungswirkung auf andere inhaltlich unveränderte Klauseln.⁴⁰

3.3 Nur soweit die andere Partei den ihr übersandten Vertragsentwurf bzw. die ihr unterbreiteten AGBs umfangreich überarbeitet (beispielsweise auch in Form eines Mark-Ups im Track Change- oder Compare-Modus) oder ein separates Dokument (z. B. einen Side Letter) zur Abänderung der im pdf-Format übersandten AGB erstellt, besteht für den Verwender erst mal relative Sicherheit hinsichtlich des Vorliegens von Individualabreden. Relativ ist die Sicherheit deswegen, weil es bei der anschließenden konkreten (telefonischen oder in persona stattfindenden) Besprechung und Verhandlung dieser Überarbeitung oder Kommentierung stark vom weiteren Verhalten des Verwenders abhängt, ob es beim Charakter der Individualabreden bleibt: Ist er jetzt zu unnachgiebig bzw. zu wenig kompromissbereit, besteht die Gefahr, dass die Rechtsprechung zum Schluss doch das Vorliegen von Individualabreden ablehnt, gleich aus welchem Grund es bei den ursprünglichen vom Verwender vorgeschlagenen Klauseln bleibt – vgl. hierzu sogleich 4.

4. Die Verhandlungssituation

Kommt es schließlich zu einer tatsächlichen telefonischen bzw. häufiger in persönlicher Anwesenheit der maßgeblichen Vertreter der Parteien erfolgenden Verhandlung des vorgelegten Vertragswerkes – bei größeren Projekten regelmäßig auf der Grundlage der Rückäußerung (Überarbeitung und/oder Kommentierung des Vertragsentwurfes durch die Gegenseite) – so sind folgende Situationen zu unterscheiden:

4.1 Sicherheit, dass eine Individualabrede vorliegt, besteht nur, soweit echte Kompromisse für strittige Themen gefunden worden sind und diese auch textlich ihren Niederschlag gefunden haben.

4.2 Die bei derartigen Vertragsverhandlungen aber üblichen „Paketlösungen“ beinhalten das große Risiko der Unwirksamkeit der Klauseln, die der den Vertragsentwurf vorgelegenden Partei besonders wichtig sind, weshalb sie entweder von vornherein keine Bereitschaft zeigt, dem Änderungswunsch der anderen Partei nachzukommen, oder weshalb sie die Änderungsvorschläge in der Überarbeitung der anderen Partei „zurückdreht“. Dafür macht diese Partei aber entweder umfangreiche Zugeständnisse bei anderen Klauseln, die ihr aus kommerziellen Gründen unter Risikoabwägungsgesichtspunkten weniger wichtig sind oder sie kompensiert ihre fehlende rechtliche Kompromissbereitschaft

⁴⁰ BGH, Urt. v. 23.1.2003, NJW 2003, 1805.

kommerziell, in dem sie dem Vertragspartner das Einpreisen von Risiken freistellt (also bereit ist, einen höheren Preis zu zahlen).

4.3 Aber selbst bei einer umfassenden Verhandlung des Vertragsentwurfes, von dem nicht alle Klauseln erörtert wurden, nach der Länge der Vertragsverhandlungen aber auch die unerörterten Klauseln hätten besprochen werden können (und bei 30 bis 50 Seiten Vertragstext gibt es regelmäßig immer Klauseln, die nicht angesprochen werden), besteht das Risiko unwirksamer AGB bezüglich der nicht diskutierten Klauseln (AGB-Fälle). Gerade für diese Fälle ist die Pragmatik des Landgerichts Frankfurt am Main am im Urteil vom 20. März 2003 hervorzuheben: Bei der Verhandlung eines Vertragswerkes über insgesamt 45 Stunden hatten die Parteien nicht über eine Klausel gesprochen, nach der eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gezogen werden könnte. Als es hierzu kommen sollte, berief sich die eine Partei auf die AGB-Unwirksamkeit dieser Klausel. Das Landgericht Frankfurt am Main entschied, dass nach einer derartig langen Verhandlungsdauer, in der auch diese Klausel von der anderen Partei hätte angesprochen werden können, nicht länger davon ausgegangen werden könne, dass einzelne Klauseln noch AGB-Charakter hätten.⁴¹

5. Vertragsketten: Klauselweitergabe

Ein weiteres Problem stellt sich im Verhältnis von Generalunternehmerverträgen zu Subunternehmerverträgen unter dem Stichwort Back-to-back-Weitergabe von Vereinbarungen aus dem Hauptvertrag an die Subunternehmer. Schließt der Generalunternehmer einen unzweifelhaft vollständig ausgehandelten Individualvertrag mit seinem Auftraggeber und versucht er dessen Regelungen 1:1 an mehr als zwei Subunternehmer gleichlautend weiterzugeben, so befindet er sich gegenüber diesen Subunternehmern bereits wieder im AGB-Bereich, so dass er keine Möglichkeit der wirksamen Weitergabe der Inhalte des Hauptvertrages an mehr als zwei Subunternehmer hat.⁴² Insofern bleibt dem Generalunternehmer nur, diese Risiken möglicherweise im Hauptvertrag mit seinem Auftraggeber einzupreisen – ob dies aber wirklich durchführbar ist, insbesondere wenn der Auftraggeber mit mehreren potentiellen Generalunternehmern verhandelt, erscheint höchst zweifelhaft.

6. Folgen des AGB-Rechts

Im Ergebnis wirken sich außerhalb des Massengeschäfts im B2B-Bereich die niedrigen Anforderungen an das Merkmal der vorformulierten Vertragsbedingungen und die sehr hohen Anforderungen an das Aushandeln außerordentlich negativ für jegliche Form von Vertragsverhandlungen aus. Alle Unternehmen – gleich ob KMU oder Großunternehmen –, die für ihre Produkte oder Leistungen mit Vertragspartnern Verhandlungen im weitesten Sinne führen, brauchen eine Rechtslage, die wirtschaftlich und rechtlich praktikabel, sicher und konsistent ist, so dass es (nicht nur hinsichtlich der Fragen der Inhaltskontrolle, sondern gerade auch) hinsichtlich des Anwendungsbereiches des AGB-Rechts einen offensichtlichen Reformbedarf für den B2B-Geschäftsverkehr gibt. Eine Rechtsprechungsänderung ist auch nach den Äußerungen von Richtern am Bundesgerichtshof ohne Gesetzesänderung kaum zu erwarten. Ohnehin schaffen es nur relativ wenige relevante B2B-Fälle bis zum BGH, weshalb kein Weg an einer Gesetzesänderung vorbeiführt.

IV. Gesetzesvorschlag der Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr

Diese Initiative wird vom Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau – (VDMA), Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie (ZVEI), der Industrie- und Handelskammer (IHK) Frankfurt am Main, Wirtschaftsanwälten, Rechtswissenschaftlern und Syndici aus Unternehmen, primär aus Frankfurt am Main und Umgebung, inzwischen deutschlandweit getragen. Sie hat einen Gesetzgebungsvorschlag für einen neuen Satz 4 von § 305 Abs. 1 BGB zum Anwendungsbereich der AGB-Regelung im B2B-Verkehr (hierzu sogleich nachfolgend) sowie zur Neufassung von § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB unterbreitet.⁴³

Der hier interessierende neue Satz 4 von § 305 Abs. 1 BGB lautet:

„Werden Vertragsbedingungen gegenüber einem Unternehmen, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich rechtlichen Sondervermögen verwendet, stellen sie keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar, soweit die andere Vertragspartei diesem oder dem Vertragswerk insgesamt auf Grund einer selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung zustimmt; einer Abänderung des vorformulierten Vertragstextes bedarf es nicht.“

1. Trennung B2C und B2B

Diese Ergänzung von § 305 Abs. 1 um einen neuen Satz 4 erlaubt zunächst eine klare Trennung zwischen B2C- und B2B-Geschäften: Formal regelt ein ergänzender separater Satz die Besonderheiten der B2B-Fälle, womit zugleich klar gestellt wird, dass die Rechtsprechung zum Aushandeln im B2C-Verkehr unverändert fortbestehen kann. Insofern wird auch in diesem neuen Satz 4 in keiner Weise auf den Ausdruck „ausgehandelt“ abgestellt, sondern die Formulierung „stellen keine AGB dar“ verwendet.

2. Selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung

Für den B2B-Verkehr gilt nach dem Vorschlag für diesen neuen Satz 4 auch ein anderer Maßstab, nämlich die selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung. Ihre Relevanz ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt und auch der BGH hat in seinem jüngsten Urteil vom 17. Februar 2010 wiederholt die freie Entscheidung des anderen Vertragsteils betont.⁴⁴ Auch die Gesetzesbegründung zum AGB-Gesetz hat diesen Maßstab der „selbstverantwortlichen Prüfung, Abwägung und möglichen Einflussnahme beider Vertragsparteien“ bereits enthalten.⁴⁵

Es darf von Unternehmern aller Größenordnungen erwartet werden, dass sie Vertragstexte prüfen/prüfen lassen beziehungsweise gegebene Handlungsmöglichkeiten nutzen,⁴⁶ zumal man beispielsweise bezüglich einer Klausel zum Ausschluss oder der Begrenzung der Haftung auf einen Betrag X oder einen Prozentsatz des Jahresumsatzes wahrlich kein Jurist oder Akademiker sein muss – weder um sie zu beurteilen, noch um sie konzeptionell verlangen und ausgestalten zu können. Umgekehrt können aber auch Unter-

41 LG Frankfurt a. M., NZ Bau 2004, 44 ff.

42 Die gleiche Problematik stellt sich im Übrigen auch bei Weitergabe der Bedingungen eines Vertrages an drei oder mehr wesentliche Zulieferer.

43 Siehe hierzu http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/vertragsrecht/agb_recht_initiative/gesetzgebungsvorschlaege/index.html

44 NJW 2010, 1131f.

45 BT-Drs. 7/3919, S. 17.

46 Vgl. schon Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350 ff., 1352.

nehmen aller Größenordnungen selbstbestimmt aus Gründen der Zeitersparnis, Rationalisierung, oder gemäß dem Risikoprofil ihrer Produkte oder Leistungen unproblematisch auf eine solche Prüfung oder Nutzung der gegebenen Verhandlungsmöglichkeiten verzichten – nur darf dies dann nicht zur Rechtsunsicherheit bzw. späteren Berufung dieser Partei auf die Unwirksamkeit einer vermeintlichen AGB-Klausel und die Gefahr der Feststellung einer solchen Unwirksamkeit durch ein Gericht führen.

3. Einzelfallgerechtigkeit sichern

Mit dem Abstellen auf die selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung wird ein unbestimmter Rechtsbegriff eingeführt, der eine Reihe von Vorteilen hat: Er erlaubt der Rechtsprechung ihre bisherige strenge Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der AGB zu ändern, ohne dass darunter die Einzelfallgerechtigkeit leiden muss, weil eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalls eröffnet bleibt. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff vermeidet auch eine umständliche enumerative Aufzählung aller denkbaren Szenarien und Problemfälle, von denen die wichtigsten oben unter III. angesprochen sind. Und er ist leicht lesbar und verständlich. Insofern ist ein Vorteil dieses Vorschlags auch der „minimal-invasive Eingriff“ des Gesetzgebers an dieser Stelle. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff kann im Einzelfall durch eine Gesamtbetrachtung der Situation der betroffenen Parteien ausgefüllt werden. Relevante Umstände können insofern sein:

- Vertragsverhandlungen über längeren Zeitraum;
- Kenntnis der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Vertragsbedingungen;
- Aufnahme von Änderungswünschen einer Partei in den Vertragstext;
- die tatsächliche Durchführung von Vertragsverhandlungen der Parteien;
- der frühere Abschluss inhaltsgleicher Vertragsbedingungen;
- die rechtliche Beratung (In-house oder extern); und
- die Tätigkeiten der Parteien auf einem reinen Käufermarkt oder reinem Verkäufermarkt.

Als typische Indizien einer fehlenden selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung in diesem Sinne kommen in Betracht:

- die Weigerung des Verwenders überhaupt oder angemessen zu verhandeln;
- die Verwendung der AGB im Massenverkehr (wenn dies auch nicht zwingend ist; eine offensichtliche Ausnahme wäre, dass trotz des Massenverkehrs die Verwendergegenseite sich mit Änderungsvorschlägen meldet);
- die wirtschaftliche Abhängigkeit vom Verwender mangels ausreichender und zumutbarer Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen (Beurteilung anhand der zu § 20 Abs. 2 GWB entwickelten Kriterien).

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien zur Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffes der selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung ist es möglich, zu prüfen, ob das Vertragswerk insgesamt vom rechtsgeschäftlichen Bindungswillen der Parteien umfasst wird, so dass auch Paketlösungen und das Einpreisen von Risiken berücksichtigt wer-

den können und dann auch für eine Individualabrede genügen. Bei vorhandener Möglichkeit, Änderungsvorschläge zu unterbreiten, wird die gefährliche AGB-Falle durch bloße Nicht-Äußerung vermieden.

4. Keine Textänderung erforderlich

Schließlich erscheint auch die Klarstellung im letzten Halbsatz des vorgeschlagenen neuen Satzes 4 von § 305 Abs. 1 BGB, dass es nämlich einer Abänderung des vorformulierten Vertragstextes nicht bedarf, durchaus erforderlich, da die Rechtsprechung der Gesetzesbegründung zum AGB-Gesetz nicht gefolgt ist: Während es in dieser Gesetzesbegründung heißt, dass eine „Änderung des vom Klauselverwender ursprünglich vorgeschlagenen Wortlauts der Vertragsbestimmung keineswegs Voraussetzung für die Annahme einer Individualvereinbarung“ ist,⁴⁷ geht die Rechtsprechung – wie vorstehend unter II. gezeigt – davon aus, dass nur ausnahmsweise beziehungsweise allenfalls unter besonderen Umständen ein nicht abgeänderter Vertragstext eine Individualabrede darstellen kann. Mit diesem vorgeschlagenen letzten Halbsatz ist die Abänderung des Vertragstextes zwar ein Indiz für eine selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung, die fehlende Änderung des Vertragstextes stellt aber gerade kein Indiz mehr dar, dass es an einer selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung fehlt.



Dr. Christian Kessel, Frankfurt am Main
Der Autor ist Rechtsanwalt. Er ist Partner der Sozietät Bird & Bird LLP.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

47 BT-Drs. 7/3919, S. 17.

Rechtspolitik

AGB bei B2B-Verträgen: Rückbesinnung auf die Ziele des AGB-Rechts

Konkrete Perspektiven für eine Änderung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr*

Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger, Würzburg

Ist das AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr eine Stärke oder Schwäche des deutschen Rechts? Die Autorin plädiert dafür, sich im Bereich des unternehmerischen Rechtsverkehrs auf die ursprünglichen Ziele des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu konzentrieren. Rechtfertigung für die AGB-Kontrolle kann nur ein Versagen des Marktes sein – wo der Markt funktioniert, bedarf es dagegen keiner Kontrolle. Am Ende macht die Autorin einen konkreten Vorschlag für eine Gesetzesänderung, um den Anwendungsbereich des AGB-Rechts moderat zu beschränken.

I. Einführung

Die Vorträge und Diskussionen des Symposiums, zu dem der Deutsche Anwaltverein gemeinsam mit dem Deutschen Juristentag am 19. Januar 2012 nach Berlin geladen hatte, lassen den Schluss zu, dass die Inhaltskontrolle unternehmerischer Verträge in der Praxis ganz überwiegend als zu weitgehend empfunden wird.¹ Jenseits dieser Feststellung endet freilich die Einigkeit. Als vehemente Kritiker des bestehenden Systems traten insbesondere diejenigen Anwälte auf, die Maschinen- und Anlagebauunternehmen vertraten, während Verbandsvertreter aus der Bauindustrie sich für eine Beibehaltung der jetzigen Rechtslage aussprachen. Beide Gruppen konnten mit Beispielen aus der Praxis aufwarten, die nach wissenschaftlichen Kriterien allerdings nur anekdotischen Charakter hatten und noch keine hinreichende empirische Grundlage für eine Entscheidung des Gesetzgebers darstellen. Soweit Reformbedarf angenommen wurde, ging die einhellige Meinung dahin, dass die Rechtsprechung nicht imstande sein werde, ihr selbstgeschaffenes Prokrustesbett ohne einen Anstoß durch den Gesetzgeber zu überwinden.²

Überraschenderweise wurde das AGB-Recht in den Vorträgen und Diskussionen vor allem als ein Instrument zum Schutz des intellektuell oder wirtschaftlich unterlegenen Vertragspartners aufgefasst. Daraus lassen sich die unterschiedlichsten Schlüsse ziehen, die von einer Beibehaltung der AGB-Kontrolle vor allem in monopolistisch strukturierten Märkten (zum Beispiel dem Gleisoberbau), der Übernahme kartellrechtlicher Aufgreifkriterien (*Schmidt-Kessel*³) bis hin zu einer vollständigen Abschaffung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr (*Salger*⁴) reichen, dies unter der Annahme, dass derjenige, der sich (*nota bene* freiwillig) unternehmerisch betätigt, eben nicht intellektuell oder wirtschaftlich unterlegen zu sein hat, sonst sei er fehl am Platz. Auch die Frankfurter Initiative sieht in der Begründung für

einen neuen § 305 S. 4 BGB den Grund für die AGB-Kontrolle vornehmlich im Schutz des Schwächeren.⁵ Indes trifft diese Ansicht nicht den Kern der Sache.⁶ Mit der h. M. ist vielmehr zu konstatieren, dass die Inhaltskontrolle in erster Linie dazu dient, partielles Marktversagen aufgrund rationalen Desinteresses zu kompensieren.⁷ Diese Sichtweise war auf dem Berliner Symposium derart unterrepräsentiert, dass es sich lohnt, die einschlägigen Erkenntnisse kurz zu rekapitulieren:

II. Ausgangspunkt: Marktversagen als Rechtfertigung der AGB-Kontrolle

Da es für diejenigen, der nur einmalig oder bei einer Transaktion von verhältnismäßig geringer wirtschaftlicher Bedeutung mit AGB konfrontiert wird, irrational wäre, relativ hohe Transaktionskosten für die Prüfung und Verhandlung der angebotenen AGB aufzuwenden, werden solche AGB in aller Regel ohne Prüfung und Verhandlung akzeptiert. Erst im Nachhinein stellt sich möglicherweise heraus, dass diese oder jene Klausel unvorteilhaft gewesen ist. Daran lässt sich aber für den konkreten Vertragsschluss nichts mehr ändern, sondern es können allenfalls Folgerungen für weitere, gleichartige Verträge in der Zukunft gezogen werden. Insofern sind AGB ökonomisch gesprochen ein Erfahrungsgut.⁸ Diese Umstände verhindern, dass es zu einem funktionierenden Wettbewerb um AGB kommt. Es gibt keinen sich selbst durch Angebot und Nachfrage regulierenden Markt für AGBs, weil AGBs nicht Gegenstand einer unter Wettbewerbsbedingungen getroffenen Entscheidung des Ver-

* Der Beitrag beruht auf einem um Fußnoten ergänzten Vortrag auf dem gemeinsamen Symposium des Deutschen Anwaltvereins und des Deutschen Juristentags „AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr: Stärke oder Schwäche des deutschen Rechts?“ am 19. Januar 2012 in Berlin.

- 1 Vgl. K.-P. Berger/Kleine, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2007, 2137; K.-P. Berger, Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmensverkehr, NJW 2010, 465; Kollmann, AGB – Nicht nur theoretische Probleme (in) der Praxis, NJOZ 2011, 625; Kessel/Jüttner, Der Vorbehalt der Individualabrede im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2008, 1350; Kessel/Stomps, Haftungsklauseln im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern – Plädoyer für eine Änderung der Rechtsprechung, BB 2009, 2666; Müller/Griebeler/Pfeil, Für eine maßvolle AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2009, 2658. A.A. von Westphalen, Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmensverkehr, NJW 2009, 2977; ders., Wider die angebliche Unattraktivität des AGB-Rechts, BB 2010, 195.
- 2 A. A. MünchKommBGB/Basedow (6. Aufl., im Erscheinen) § 310 BGB Rn. 16; Günes/Ackermann, ZGS 2010, 400.
- 3 Siehe in diesem Heft AnWBl 2012, 308.
- 4 Erscheint im Doppelheft August/September 2012 des Anwaltsblatts.
- 5 Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr, http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/vertragsrecht/agg_recht_initiative/gesetzgebungsvorschlaege/index.html (zuletzt geprüft am 27.1.2012). In dieselbe Richtung geht auch der Vorschlag von Berger/Kleine, BB 2007, 2137 nach verschiedenen Kundengruppen und ihrer jeweiligen Schutzbedürftigkeit zu differenzieren.
- 6 Nachdrücklich Kötz, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle, Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209 = ders., Undogmatisches (2005) S. 221 ff.
- 7 Vgl. Kötz (Fn. 6); Leyens/Schäfer, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, AcP 210 (2010) 771, 774 ff.; Ulmer/Habersack, Einleitung, in: Ulmer/Brandner/Hansen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, Einleitung, Rn. 48, 50 f. Siehe außerdem: Becker, JZ 2010, 1098, 1101 ff.; Jansen, Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht – Ein Beitrag zur Revision des Verbraucheracquis, ZEuP 2010, 69, 84 ff.; MünchKommBGB/Basedow (6. Aufl. im Erscheinen), Vor § 305 BGB, Rn. 5 (partielles Marktversagen wegen Informations- und Motivationsgefälle); MünchKomm/Kieninger (5. Aufl. 2007) § 307 BGB Rn. 38 ff.; Wackerbarth, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000) 45; Raphael Koch, Das AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr: Zu viel des guten oder Bewegung in die richtige Richtung?, BB 2010, 1810, 1811. Zur Entwicklung der Lehre seit der Verabschiedung des Gedankens des Monopolmissbrauchs durch Ludwig Raiser vgl. auch Staudinger/Coester, Vorbem. zu §§ 307–309 (2006) Rn. 4.
- 8 Klassisch Akerlof, The Market for "Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 84 (1970) 488; vgl. jüngst Schillig, Directive 93/13 and the price term exemption: a comparative analysis in the light of the "market for lemons rationale, 60 International and Comparative Law Quarterly (2011) 933, 940 ff.

tragspartners des Verwenders sind. Dieses Marktversagen rechtfertigt den staatlichen Eingriff in die Vertragsfreiheit durch das Instrument der richterlichen Inhaltskontrolle. Die aus der ökonomischen Analyse stammende Rechtfertigung sagt mit anderen Worten dasselbe aus, wie die klassische dogmatische Begründung, die auch Eingang in die Regierungsbegründung zum seinerzeitigen AGBG gefunden hat:⁹ Die AGB-Kontrolle sei notwendig, um die einseitige Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit seitens des Verwenders auszugleichen. Grundsätzlich gelten diese Überlegungen gleichermaßen für den B2B- wie für den B2C-Bereich. Um einige Beispiele zu nennen: Der Arzt, der seine Praxisräume renovieren lässt, der Einzelhandelskaufmann, der mit seinem Lieferwagen in die Waschanlage fährt, das Ingenieurbüro, das einen Wartungsvertrag für sein Computernetzwerk abschließt¹⁰ – sie alle befinden sich gegenüber den AGB der Vertragsgegenseite in keiner anderen Situation als ein Verbraucher. Es ist in keinem der genannten Fälle ökonomisch sinnvoll, mit den vorgeschlagenen AGB zum Anwalt zu gehen, die möglichen Folgen der einzelnen Klauseln zu eruieren, Gegenangebote einzuholen, in Vertragsverhandlungen einzutreten etc. Die Gründe liegen zum einen im geringen Transaktionsvolumen, zum anderen darin, dass es sich um sogenannte Nebengeschäfte handelt.

Die richtige Begründung der AGB-Kontrolle führt auch zur richtigen Lösung in Bezug auf den Unternehmensverkehr: Wo kein Marktversagen herrscht, weil es anders als in den eben geschilderten Fällen gerade kein rationales Desinteresse an der Ausgestaltung der AGB geben kann, dort ist eine richterliche bzw. staatliche Kontrolle in der Tat überflüssig.¹¹ Das Problem besteht freilich darin, dieses abstrakte Kriterium in konkrete, für den Einzelfall operationable Regeln zu gießen, die eine vorhersehbare Rechtsprechung ermöglichen. Deshalb ist es keine ausreichende Lösung, im Gesetz festzuschreiben, dass keine AGB vorliegen, „wenn die Zustimmung zu den AGB des Verwenders eine selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung“ darstellt, wie dies die an der Industrie- und Handelskammer (IHK) Frankfurt beheimatete „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“ als neuen § 305 S. 4 BGB vorschlägt.¹² Ist es nicht auch eine selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung, wenn der Arzt die Renovierung seiner Praxisräume in Auftrag gibt, ohne die AGB zu prüfen, weil er erkennt, dass es sich für ihn mehr lohnt, in seiner knappen Zeit Patienten zu behandeln als AGB zu lesen und sich gegebenenfalls anwaltlich beraten zu lassen? Die Formulierung mag durchaus den richtigen Kern treffen, das Problem ist aber ihre Abstraktheit, die letztlich in die Beliebigkeit führt: Wie nämlich soll festgestellt werden, ob die Zustimmung zu den AGB eine selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung *in Kenntnis der AGB und ihrer möglichen Auswirkungen auf die Vertragsdurchführung* ist? Die Kenntnis der AGB und ihrer möglichen Auswirkungen als Grundlage einer selbstbestimmten Entscheidung in die Vorschrift selbst aufzunehmen, kann allerdings auch keine Lösung sein, denn dann wäre es allzu leicht für den Vertragspartner des Verwenders, den AGB zunächst zuzustimmen und anschließend zu behaupten, seine Zustimmung sei nicht in Kenntnis der AGB und ihrer Folgen geschehen. Eine neue „AGB-Falle“ wäre geschaffen. Bevor aber der Versuch einer eigenen Abgrenzung unternommen werden soll, sind zunächst die verschiedenen, teilweise vom ausländischen Recht inspirierten Lösungsvorschläge vorzustellen und zu diskutieren.

III. Pauschaler Ausschluss bestimmter Transaktionen von der AGB-Kontrolle

1. Einführung einer festen Wertgrenze

In der Literatur ist der Vorschlag unterbreitet worden, ab einem bestimmten Transaktionsvolumen die AGB-Kontrolle für nicht anwendbar zu erklären. Ursprünglich stammt der Ansatz aus einem Katalog von Kriterien, bei deren Vorliegen vermutet werden sollte, dass eine Individualvereinbarung vorliegt.¹³ Das Kriterium hat sich in der weiteren Diskussion aber verselbständigt und soll nunmehr bereits für sich genommen, und ohne Hinzutreten weiterer Umstände die AGB-Kontrolle ausschließen.¹⁴ Auch der Ansatz der Wertgrenze schwankt; manche halten 1 Mio. Euro für richtig,¹⁵ andere 500.000 Euro,¹⁶ die englische und schottische Law Commission hat in ihrem Bericht zur Neuausrichtung des AGB-Rechts vorgeschlagen, B2B-Verträge ab einem Volumen von 500.000 britischen Pfund kontrollfrei zu stellen.¹⁷

Die schwankenden Zahlen belegen, dass jede Festlegung willkürlich sein muss und schon aus diesem Grund Zweifel an der Lösung angebracht sind.¹⁸ Auch würde eine wie auch immer bezifferte Wertgrenze nur vordergründig für Rechtssicherheit sorgen, denn wie soll das Transaktionsvolumen berechnet werden? Wird nur ein einziger Vertrag mit einer feststehenden Summe abgeschlossen, mag das einfach sein, aber bei Rahmenverträgen, Dauerschuldverhältnissen, mehrfacher Verwendung derselben AGB in verschiedenen, aber parallel oder in engem zeitlichen Zusammenhang verhandelten Verträgen, Verträgen, deren exaktes Volumen bei Verhandlung noch nicht feststeht, weil auch über den Preis noch verhandelt wird, bei Vergabeverfahren oder bei Wechselkursschwankungen sind erhebliche Schwierigkeiten bei der Anwendung einer derartigen Wertgrenze vorprogrammiert. Letztlich könnte eine solche Wertgrenze sogar mittelbar Einfluss auf die Preisgestaltung haben und zwar in paradoxer Weise: Der Verwender hätte gerade kein Interesse an einer Herabsetzung des Preises im Gegenzug zur Akzeptanz bestimmter AGB, wenn gerade das Herabsinken unter die Wertgrenze zur Kontrollunterworfenheit und damit unter Umständen zur Nichtigkeit der AGB führen würde. Eine allseits als sinnvoll betrachtete „Paketlösung“ – niedrigerer Preis gegen Akzeptanz einer Haftungsbeschränkung¹⁹ –

9 BT-Drs. 7/3919, 13f. Dazu jüngst ausführlich *Hubert Schmidt*, Einbeziehung von AGB in den unternehmerischen Geschäftsverkehr, NJW 2011, 3329.

10 Weitere Illustrationen bei *Kötz*, Undogmatisches (Fn. 6) S. 224 f.

11 Zutreffend *Kessel/Stomps*, BB 2009, 2666, 2673.

12 Fn. 5.

13 Vgl. *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658, 2661 ff.

14 *Leuschner*, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr, JZ 2010, 875, 884; *Becker*, JZ 2010, 1098, 1104 ff.

15 *Leuschner*, JZ 2010, 875, 884.

16 *Becker*, JZ 2010, 1098, 1105.

17 Grundsätzlich sollen nach den Vorschlägen der Law Commission B2B-Verträge künftig in die Inhaltskontrolle einbezogen werden, soweit es sich um Verträge handelt, an denen ein KMU beteiligt ist, vgl. unten bei Fn. 21. Eine Ausnahme soll aber für Verträge ab 500.000 £ gelten, vgl. English and Scottish Law Commission: *Unfair Terms in Contracts*. Joint Report, February 2005, http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc292_Unfair_Terms_in_Contracts.pdf (zuletzt geprüft am 27.1.2012) para. 5.24.

18 *MünchKommBGB/Basedow* (6. Aufl., im Erscheinen) § 310 BGB Rn. 17; *Jansen*, ZEuP 2010, 69, 92. A. A. *Becker*, JZ 2010, 1098, 1104 ff., der die von ihm gewählte Grenze (500.000,- Euro) anhand der Durchschnittskosten für die Prüfung von AGB berechnen will.

19 Dazu unten, IV. 2.

wäre damit in manchen Fällen konterkariert. Insgesamt kann eine Wertgrenze nur als eines unter mehreren Kriterien für die Abgrenzung zwischen vorformulierten Bedingungen und Individualvereinbarungen dienen.²⁰

2. Beschränkung der Inhaltskontrolle auf B2B-Verträge mit KMU

Als weitere, pauschalierende Lösung wird vorgeschlagen, die Inhaltskontrolle auf solche AGB zu beschränken, die gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) verwendet werden. So schlägt die englische und schottische Law Commission vor, die Ausweitung der AGB-Kontrolle auf den geschäftlichen Verkehr nur für Unternehmen vorzusehen, die maximal neun Arbeitnehmer beschäftigen.²¹ Das niederländische Recht geht diesen Weg bereits und nimmt Verträge mit Unternehmen, die entweder zur Veröffentlichung ihrer Jahresbilanz verpflichtet sind oder 50 und mehr Mitarbeiter haben, von der Inhaltskontrolle aus.²²

Bei diesem Ansatz fehlt jedoch der Bezug zum Geltungsgrund der AGB-Kontrolle. Es dominiert vielmehr, siehe insbesondere die Begründung der Law Commission, der Topos des Schutzes des wirtschaftlich Schwächeren. Der Schutz vor missbräuchlicher Ausnutzung wirtschaftlicher Macht im Verkehr zwischen Unternehmen ist aber Aufgabe des Kartell-, nicht des Vertragsrechts, denn Ursache für die Möglichkeit, solche Macht auszuüben, ist fehlender Wettbewerb. Stellt man dagegen auf das Vorhandensein rationalen Desinteresses ab, so lässt sich nicht pauschal sagen, dass ein KMU im Vergleich zu einem Großunternehmen mehr oder weniger Anlass hätte, die angebotenen AGB einer näheren Prüfung zu unterziehen. Entscheidend sind andere Faktoren als die Unternehmensgröße: Gehört der Vertrag zum Kerngeschäft des Unternehmens? Wie häufig kommen gleichartige Vertragsschlüsse vor? Lohnt es sich angesichts der Häufigkeit und des Gesamtvolumens Kosten für die Prüfung und Verhandlung von AGB aufzuwenden? Selbst der Umstand, dass die Existenz einer eigenen Rechtsabteilung von der Unternehmensgröße abhängig ist, sagt noch nichts über die Berechtigung von AGB-Kontrolle aus, denn auch Unternehmen ohne Rechtsabteilung können selbstredend anwaltliche Beratung in Anspruch nehmen, wenn sich nur die hierfür aufzuwendenden Kosten lohnen.

Zu diesen Überlegungen tritt die offensichtliche Schwierigkeit hinzu, den richtigen Maßstab für eine KMU-Definition zu finden: Die Law Commission setzt die Grenze bei neun Arbeitnehmern an, das niederländische Recht bei 50, der Vorschlag der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht dehnt für die Zwecke der Anwendbarkeit der Verordnung die KMU-Definition auf Unternehmen mit bis zu 250 Mitarbeitern aus.²³

3. Ausschluss für grenzüberschreitende Geschäfte

Unternehmensjuristen hierzulande beklagen insbesondere die Wettbewerbsnachteile, die deutsche Unternehmen aufgrund der zwingenden AGB-Kontrolle im grenzüberschreitenden Geschäft erleiden würden.²⁴ Da sie beispielsweise Haftungsausschlüsse oder -begrenzungen kaum wirksam vereinbaren könnten, müssten sie im Vergleich zu ausländischen Mitbewerbern höhere Preise kalkulieren. Auf Schwierigkeiten stößt weiter das sogenannte „Durchstellen“ von nach ausländischem Recht formulierten Vertragsbedingungen auf deutsche Sub-Unternehmer. Daher würden viele bei grenzüberschreitenden Geschäften dem deutschen Recht

den Rücken kehren und schweizerisches²⁵ oder englisches Recht wählen, was mit Wettbewerbsnachteilen für die deutsche Anwaltschaft verbunden sei. Vorgeschlagen wird daher, grenzüberschreitende B2B-Verträge allgemein auszunehmen. Diskutiert wird ferner, ob die AGB-Kontrolle in Anlehnung an das englische Recht dann entfallen soll, wenn deutsches Recht nur kraft Rechtswahl und nicht schon als objektives Vertragsstatut zur Anwendung kommt. Hierdurch soll die Stellung des deutschen Rechts im „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ gestärkt werden.²⁶

Zunächst zu dem Vorschlag, grenzüberschreitende Geschäfte, auf die deutsches Recht kraft objektiver Anknüpfung anzuwenden ist, von der AGB-Kontrolle auszunehmen: Vorbilder sind das englische²⁷ und das niederländische Recht. Art. 6:247 (2) B.W. nimmt alle Verträge, bei denen nicht beide Unternehmen ihren tatsächlichen Sitz in den Niederlanden haben ungeachtet des anwendbaren Rechts von der AGB-Kontrolle aus. Eine Änderung des deutschen Rechts nach diesem Vorbild würde vor allem deutsche Exportunternehmen betreffen, da sich das anwendbare Recht nach Art. 4 Rom I-VO²⁸ nach dem Sitz des Verkäufers oder Dienstleistungserbringers richtet. Dagegen würde das „Durchstellen“ von ausländischen AGB auf deutsche Subunternehmer nicht erleichtert, da die Verträge mit den Subunternehmern nationale Verträge sind. Hier ist auch keine Abhilfe durch Rechtswahl möglich, denn nach Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO kann bei Verträgen, die abgesehen von der Rechtswahl nur mit einer Rechtsordnung verbunden sind, von den intern zwingenden Vorschriften dieses nationalen Rechts nicht abgewichen werden. Im Subunternehmerfall lässt sich ein relevanter Auslandsbezug auch nicht durch Verlegung des Abschlussorts ins Ausland erreichen; allenfalls ein ausländischer Erfüllungsort kann eine Auslandsberührung herbeiführen.²⁹

Vordergründig erscheint der Vorschlag, grenzüberschreitende Geschäfte herauszunehmen durchaus attraktiv. Deutsche Exportunternehmen hätten damit keine Wettbewerbsnachteile mehr gegenüber solchen aus Ländern ohne AGB-Kontrolle im B2B-Bereich und könnten Haftungsausschlüsse oder -begrenzungen in einem niedrigeren Preis reflektieren. Doch ausgehend davon, dass AGB-Kontrolle Marktversagen kompensieren soll, fragt sich, was die Besonderheit grenzüberschreitender Verträge sein soll. Der Wettbewerb um AGB funktioniert nicht allein deshalb besser, weil der Vertrag grenzüberschreitend ist. Denn die Relation zwischen Transaktionskosten für die Prüfung und Verhandlung von AGB und der Bedeutung des Vertrags hängt nicht davon ab, ob der Vertragspartner seinen Sitz im Ausland hat.

²⁰ Dazu unten. IV. 1.

²¹ Fn. 17, para. 5.40; anders noch *Hugh Beale*, *Unfair Terms in Contracts: Proposals for Reform in the UK*, *Journal of Consumer Policy* 27 (2004) 289, 309.

²² Art. 6:235 (1) *Burgerlijk Wetboek*.

²³ Vgl. Art. 7 (2) (a) des Richtlinienvorschlages für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endgültig. Hinzu treten Höchstgrenzen für den Jahresumsatz bzw. die Jahresbilanzsumme in Art. 7 (2) (b).

²⁴ *Landbrecht*, Ein Sonderprivatrecht für internationale Verträge – Section 27 (1) des englischen Unfair Contract Terms Act als Vorbild?, *RIW* 2011, 291; *Müller/Griebl/Pfeil*, *BB* 2009, 2658; *K.-P. Berger*, *NJW* 2010, 465, 466.

²⁵ Vgl. *Pfeiffer*, *Flucht ins schweizerische Recht?*, *FS von Westphalen* (2010) 555.

²⁶ Vgl. *Landbrecht*, *RIW* 2011, 291 ff.

²⁷ Vgl. Art. 26 *Unfair Contract Terms Act 1977*, dazu *Landbrecht* *RIW* 2001, 291, 293 ff.

²⁸ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17.6.2008, *ABl. EU* 2008 Nr. L 177/6.

²⁹ *MünchKommBGB/Martiny* (5. Aufl. 2010) Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO Rn. 93.

Auch wird man kaum sagen können, dass grenzüberschreitende Geschäfte generell ein größeres Volumen hätten als rein nationale. Aufgrund der geringen Kommunikations- und Transportkosten werden auch Verträge mit niedrigen Summen grenzüberschreitend geschlossen. Auch wird allein der Umstand, dass der Vertragspartner ein ausländisches Unternehmen ist, aus Sicht des Exportunternehmens nicht zu einer sorgfältigeren Verhandlung des „Kleingedruckten“ führen, wenn deutsches Recht Vertragsstatut ist.

Anders herum wird die Sache richtig: Gerade *weil* in Bezug auf AGBs auch im grenzüberschreitenden Verkehr Marktversagen herrscht, können die faireren AGB, die deutsche Unternehmen nach deutschem Recht (freilich: gezwungenermaßen) anbieten, nicht als Wettbewerbsvorteil genutzt werden. Entscheidend bleibt der Preis – und der wird bei strengerer Haftung höher sein. Vom Ausgangspunkt der Marktversagenstheorie sind diejenigen Rechtsordnungen im Unrecht, die nicht für faire AGB sorgen. Würde nun Deutschland durch eine Herausnahme grenzüberschreitender Geschäfte dem „Wettbewerbsdruck“ nachgeben, so käme es zu einem sogenannten „race to the bottom“.³⁰ Dieser Effekt würde dadurch verstärkt, dass die negativen Folgen der anstößigen AGB die Vertragspartner der deutschen Exportunternehmen (also die ausländischen Unternehmen) treffen würden und auch der dann nicht mehr kompensierte Schaden hauptsächlich im Ausland auftreten würde.

Soweit AGB-Kontrolle durch das Vorhandensein von Marktversagen gerechtfertigt wird, ist eine Herausnahme grenzüberschreitender Geschäfte also nicht anzuraten. Vielmehr müsste Deutschland sich dafür einsetzen, dass es auf EU-Ebene zu einer maßvollen Mindestharmonisierung der AGB-Kontrolle, beispielsweise im Bereich der Haftungsausschlüsse kommt, um ein level playing field für die Unternehmen herzustellen.

Zum zweiten Vorschlag, der Herausnahme solcher Verträge, bei denen deutsches Recht nur kraft Rechtswahl und nicht schon als objektives Vertragsstatut zur Anwendung kommt: Diese Idee stammt aus dem englischen Recht (Art. 27 Unfair Contract Terms Act 1977)³¹ und zielt unmittelbar auf die Steigerung der Attraktivität des deutschen Rechts. M. E. gilt hier dasselbe wie eben: Wo AGB-Kontrolle sachlich verfehlt ist, sollte sie zurückgenommen werden, gleichgültig, ob es um nationale oder grenzüberschreitende Verträge geht oder ob deutsches Recht objektiv oder durch Rechtswahl berufen wird. Im Übrigen würde eine solche Ausnahme vor allem Importgeschäfte erfassen. Die Wirksamkeit von Haftungsausschlüssen durch ausländische Lieferanten würde damit gerade die hiesigen Kunden bzw. ihre Versicherungen treffen.

Im Übrigen sind Zweifel angebracht, ob entsprechende nationale Regeln, wie etwa der eben erwähnte Art. 27 Unfair Contract Terms Act 1977, mit der Rom I-VO kompatibel sind.³² Die Vorschriften über das Vertragsstatut (Art. 3 und 4 Rom I-VO) gehen von folgender Systematik aus: Anzuwenden ist das Recht, das mit dem Vertrag am engsten verbunden ist. Den Parteien kann die Wahl dieses Recht selbst überlassen bleiben. Dass sie damit die im Wege der Privatautonomie nicht abdingbaren Vorschriften des objektiven Vertragsstatuts ausschalten können, wird hingenommen, denn im Gegenzug sind die zwingenden Vorschriften des gewählten Rechts anzuwenden, von dessen prinzipieller Gleichwertigkeit mit dem objektiv anwendbaren Recht das Kollisionsrecht ausgeht.³³ Genau dieser Zusammenhang

wird durchbrochen, wenn das gewählte Recht sich aus der Verantwortung zieht und seine zwingenden Vorschriften für nicht anwendbar erklärt, wenn es nur im Wege der Rechtswahl Anwendung findet. Damit ist die vermutete Gleichwertigkeit – dass nämlich jedenfalls die entwickelten Rechtsordnungen auf soziale und ökonomische Herausforderungen in ähnlicher Weise reagieren³⁴ – und mithin die Basis der Gestattung von Rechtswahlfreiheit ausgehöhlt. Durch die europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung ist die Grenzziehung für die Rechtswahlfreiheit nicht mehr Sache des autonomen, nationalen Gesetzgebers. Daher ist eine Vorschrift, die nationales Sachrecht für nicht anwendbar erklärt, wenn es nur kraft Rechtswahl anwendbar ist, eine einseitige Kollisionsnorm, denn sie entscheidet über die Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit des eigenen Rechts. Dass sie im Sachrecht, in England z. B. im Unfair Contract Terms Act und nicht in einem IPR-Gesetz steht, ändert daran nichts.³⁵ Wegen der mangelnden inhaltlichen Rechtfertigung und wegen des potentiellen Konflikts mit der Rom I-Verordnung ist das englische Recht daher nicht zur Nachahmung zu empfehlen.

4. Zwischenfazit

In der Summe lässt sich festhalten: Weder ein bestimmtes Transaktionsvolumen, noch eine bestimmte Unternehmensgröße oder der grenzüberschreitende Charakter eines Vertrages sind ein zuverlässiger Indikator für die Abwesenheit von Marktversagen. Sie sind allenfalls als Kriterien unter anderem geeignet, diejenigen Verträge herauszufiltern, bei denen eine AGB-Kontrolle entbehrlich ist. Eine generelle Ausnahme für die Fälle, in denen deutsches Recht nur subjektives Vertragsstatut ist, um damit das deutsche Recht vordergründig wettbewerbsfähiger zu machen, empfiehlt sich nicht. Die weiteren Reformvorschläge setzen im Wesentlichen an zwei Stellen an:

IV. Ausschluss der AGB-Kontrolle durch Individualvereinbarung

1. Herabsetzung der Kriterien für das Aushandeln von AGB

Zum einen sollen die Kriterien für das Vorliegen einer Individualvereinbarung im Vergleich zur gegenwärtigen Rechtsprechung³⁶ herabgesetzt werden, so dass es insbesondere nicht mehr notwendig sein soll, dass sich die Verhandlungen über die AGB in einer konkreten Änderung des Klauseltextes niedergeschlagen haben.³⁷ Ob dies in B2B-Verträgen generell

³⁰ Vgl. dazu *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 97 ff.

³¹ Dazu *Landbrecht* RIW 2011, 291, 293 ff.

³² A. A. *Landbrecht*, RIW 2011, 291, 294.

³³ Vgl. *MünchKommBGB/Martiny* (5. Aufl. 2010) Art. 3 Rom I-VO, Rn. 8.

³⁴ „*Praesumptio similitudinis*“, vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 39.

³⁵ A. A. *Landbrecht*, RIW 2011, 291, 294.

³⁶ Einen Überblick über die Rechtsprechung geben *MünchKommBGB/Basedow* (6. Aufl.) § 305 BGB Rn. 35 ff. und *Miethaner*, AGB oder Individualvereinbarung – die gesetzliche Schlüsselstelle „im Einzelnen ausgehandelt“, NJW 2010, 3121, jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

³⁷ Vgl. *Miethaner*, NJW 2010, 3121, der darlegt, dass die Rechtsprechung trotz anderslautender genereller Formeln mit Ausnahme von BGH, NJW 1992, 2283 bisher kein Aushandeln ohne Änderung des Klauseltextes angenommen hat. *Von Westphalen*, Stellen vs. Aushandeln von AGB-Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr – der BGH weist die Lösung, ZIP 2010, 1110, dagegen sieht bereits Änderungstendenzen in der BGH-Rechtsprechung (BGH 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, ZIP 2010, 628) und hält ein Eingreifen des Gesetzgebers daher nicht für erforderlich.

gelten soll oder nur unter bestimmten, gesetzlich näher eingrenzenden Umständen, ist strittig. Müller *et al.*³⁸ schlagen vor, dass bei Vorliegen eines der folgenden Umstände ein Aushandeln widerlegbar vermutet werden soll: Die Parteien verhandeln länger als zwei Monate, eine Partei hat die AGB mindestens einmal schriftlich kommentiert, das Transaktionsvolumen beträgt mindestens 1 Mio Euro, die Vertragspartei des Verwenders war anwaltlich beraten, sie hat mindestens eine Textänderung durchgesetzt, oder die AGB entsprechen Bedingungen, die früher einmal zwischen denselben Parteien ausgehandelt worden sind. Andere Autoren sprechen sich generell für einen Verzicht auf ein „Aushandeln im Einzelnen“ im Sinne einer Änderung des AGB-Textes aus.³⁹

Meines Erachtens ist es nicht möglich, der Rechtsprechung mehr als einen gesetzgeberischen Hinweis darauf zu geben, was der Geltungsgrund der AGB-Kontrolle ist und nach welchen Kriterien demzufolge eine Individualabrede von einer einseitig gestellten Vertragsbedingung abzugrenzen ist. Da die Abgrenzung den Ablauf der Vertragsverhandlungen und den Willen, der anderen Vertragspartei ein wirkliches und nicht nur formales Mitspracherecht bei der Gestaltung der Vertragsbedingungen einzuräumen, berücksichtigen muss, kann es stets nur um Einzelfallentscheidungen gehen. Ein Kriterienkatalog, wie ihn Müller/Griebeler/Pfeil vorschlagen und wie er Eingang in die IHK-Initiative⁴⁰ gefunden hat, kann daher nur eine unverbindliche Hilfestellung sein.

Bei der Formulierung einer von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB abweichenden Definition des „Aushandelns“ ist darauf zu achten, dass das Kind nicht mit dem Bade ausgeschüttet wird. Einerseits muss die Formulierung ein deutliches Signal dahingehend setzen, dass an eine Individualvereinbarung keine überspannten Anforderungen zu stellen sind. Insbesondere sollte es nicht Voraussetzung sein, dass jede einzelne Klausel ausgehandelt worden ist (siehe sogleich unter 2. zu Paketlösungen). Andererseits aber geht es zu weit, von einem Verhandeln der Vertragsbedingungen ganz abzusehen, wie dies die Frankfurter AGB-Initiative und der Zivilrechtsausschluss des DAV in einem verbandsinternen Arbeitspapier vorschlagen, indem einmal nur pauschal auf die Zustimmung des Vertragspartners (dazu bereits oben, II.), zum anderen nur auf das Verhandeln *des Vertrages* (nicht aber der nachfolgend genannten „Vertragsbedingungen“) „im Einzelnen“ abgestellt wird. Ein eigener Formulierungsvorschlag findet sich in der Zusammenfassung.

2. Paketlösungen

Konsens scheint darüber zu bestehen, dass sogenannte „Paketlösungen“ ermöglicht werden sollen:⁴¹ Das sollte nicht nur für verschiedene Klauseln gelten, die „im Paket“ verhandelt und schließlich gebilligt worden sind, so dass auch unverändert gebliebene Klauseln als ausgehandelt zu betrachten sind, sondern auch für Pakete aus AGB und Preis. Wenn die Akzeptanz einer von den Maßstäben der §§ 307 ff. BGB abweichenden Klausel erwiegenermaßen mit einem niedrigeren Preis „erkauft“ worden ist, dann ist von einem ausgehandelten Vertrag auszugehen. Anhaltspunkte dafür, dass die Rechtsprechung schon jetzt in diese Richtung tendiert, gibt es im Übrigen durchaus. Der BGH hat wiederholt entschieden, dass im Falle einer sogenannten Tarifwahl selbst in Verbraucherverträgen Haftungsausschlüsse (Reinigungsvertrag) oder überlange Bindungsfristen (Vertrag mit Fitnessstudio)

für wirksam gehalten werden könnten. Voraussetzung ist, dass dem Vertragspartner verschiedene Vertragsmodelle angeboten werden, bei denen sich die Akzeptanz einer ungünstigen Klausel in einem entsprechend niedrigeren Preis niederschlägt.⁴² Alleine die Behauptung, die Preise müssten bei angemessenen AGB höher sein, hat die Rechtsprechung dagegen nicht gelten lassen.⁴³ Dies zu Recht, denn die Gerichte können nicht die Preiskalkulation des Verwenders beurteilen oder gar durch eine eigene ersetzen.⁴⁴

3. Ausschluss der AGB-Kontrolle bei individualvertraglichem Verzicht

Noch wesentlich weiter als die Ermöglichung von „Paketen“ geht der Vorschlag, einen pauschalen, individualvertraglichen Verzicht auf die Inhaltskontrolle zu ermöglichen.⁴⁵ Damit stünde die staatliche Kontrolle zur Disposition der Parteien und zwar ganz unabhängig davon, ob die AGB tatsächlich zum Gegenstand individueller Vertragsverhandlungen gemacht worden sind und/oder der Verwender sich die Zustimmung zu seinen AGB durch Entgegenkommen an anderer Stelle „erkauft“ hat.

Die Frage ist, ob das eingangs geschilderte Marktversagen durch eine solche individuelle Erklärung tatsächlich aufgehoben wird. Angenommen das Ingenieurbüro, das einen Wartungsvertrag für seine Computeranlage schließt, wird mit dem Vorschlag eines individuellen Verzichts auf die AGB-Kontrolle konfrontiert. Um hierüber eine Entscheidung zu treffen, müssten die vorgeschlagenen AGB zumindest zur Kenntnis genommen, verstanden und summarisch auf ihre möglichen Folgen hin geprüft werden. Da auch dies Transaktionskosten verursacht, die im Verhältnis zum Vertragsgegenstand unangemessen sind, besteht dieselbe Gefahr des Marktversagens jedenfalls dann, wenn – was zu erwarten ist – der Verwender den Vertragsschluss von der individualvertraglichen Zustimmung zum Ausschluss der AGB-Kontrolle abhängig macht. Der Unterschied wäre lediglich, dass der Vertragspartner bei einem individualvertraglichen Verzicht *wissentlich* desinteressiert bleibt. Aber da dies wegen der Transaktionskostensparnis immer noch ein *rationales* Desinteresse ist, entfällt mit dem individualvertraglichen Verzicht das Marktversagen nicht. Diejenigen, die einem individuellen Verzicht auf die AGB-Kontrolle das Wort reden, haben den Geltungsgrund der AGB-Kontrolle nicht richtig erfasst: Es geht nicht um den Schutz des nachlässigen oder flüchtigen Unternehmers, sondern um die Gefahr des Marktversagens wegen des *rationalen* Desinteresses an den AGB.

Ein pauschaler, individueller Ausschluss ist daher keine Lösung, wohl aber das eingangs angesprochene Herabsetzen der Anforderungen an ein Aushandeln. Eine Änderung des Vertragstextes sollte in der Tat nicht gefordert werden, wenn

38 Müller/Griebeler/Pfeil, Für eine maßvolle AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2009, 2658, 2661 f

39 Koch, BB 2010, 1810, 1815.

40 Fn. 5.

41 Vgl. MünchKommBGB/Basedow (6. Aufl. im Erscheinen) § 310 BGB Rn. 16; Koch, BB 2010, 1810, 1815; Miethaner, NJW 2010, 3121, 3122; K.-P. Berger, NJW 2010, 465, 468.

42 Vgl. MünchKommBGB/Kieninger (5. Aufl. 2007) § 307 Rn. 45 und die dort zitierte Rspr., insbesondere BGH NJW 1980, 1953, 1955; BGH NJW-RR 1989, 243.

43 Vgl. vorige Note.

44 MünchKommBGB/Kieninger (5. Aufl. 2007) § 307 Rn. 41 ff.

45 So Jansen, ZEuP 2010, 69, 92 f.

sich aus den Gesamtumständen des Vertragsschlusses ergibt, dass der Verwender den Text der AGB als Ganzes ernsthaft zur Disposition gestellt und der Vertragsgegenseite inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt hat. Den Kriterienkatalog von Müller *et al.* könnte man als erwägenswerte Begleitumstände in die Gesetzesbegründung aufnehmen – wegen ihrer fragwürdigen Pauschalierungen im Hinblick auf Vertragssumme, Verhandlungsdauer etc. aber nicht als Vermutungen in das Gesetz selbst.

4. Unterscheidung zwischen Kern- und Nebengeschäften

Im übrigen fehlt in dem Katalog von Müller/Griebeler/Pfeil, wie auch in der Mehrzahl der übrigen Beiträge zu unserem Thema⁴⁶ ein zentrales Kriterium: Die Frage, ob der abgeschlossene Vertrag auf Seiten des Vertragspartners des Verwenders zu den Kerngeschäften des Unternehmens gehört, oder ob es um ein Nebengeschäft geht. Diese Unterscheidung zielt direkt auf das Marktversagen als Geltungsgrund der AGB-Kontrolle. Sie spielt, mit gewissen Nuancierungen eine Rolle im französischen Recht.⁴⁷ Frankreich schützt mit den Umsetzungsvorschriften zur Klauselrichtlinie im *Code de la Consommation* nur den *consommateur* und *non-professionnel*, bezieht in den Begriff des *non-professionnel* aber auch Unternehmen ein, die Geschäfte ohne direkten Zusammenhang mit ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit vornehmen. Die genaue Abgrenzung durch die französische Rechtsprechung ist mit Unsicherheiten behaftet und nicht unbedingt zu übernehmen. So hat die Cour de Cassation beim Kauf einer Alarmanlage durch einen Immobilienmakler entschieden, dass sich der Makler, wenn er einen Einrichtungsgegenstand für sein Büro erwirbt, in keiner anderen Lage befindet als ein Verbraucher, der denselben Gegenstand für die Privatwohnung kauft. Andererseits entschied die Cour de Cassation einige Jahre später, dass eine Druckerei als *professionnel* handle, wenn sie elektrische Energie für ihren Betrieb bezieht.

Der Kern dieser Rechtsprechung ist aber gerade auf der Basis der Marktversagenstheorie hochinteressant: Ganz unabhängig vom Volumen des einzelnen Vertrages, der Verhandlungsdauer, des Umstands der anwaltlichen Beratung, hat ein Unternehmer bezüglich der Verträge, die zu seinem Kerngeschäft gehören, ein rationales Interesse an der Vertragsgestaltung. Es lohnt sich für ihn, für die Prüfung und Verhandlung der AGB, die ihm vorgelegt werden, Kosten aufzuwenden, weil er solche Verträge laufend schließt. Wenn es ihm dennoch nicht gelingen sollte, seine Vorstellungen von Vertragsgerechtigkeit durchzusetzen, dann liegt das nicht an dem Marktversagen, das durch AGB-Kontrolle behoben werden soll, sondern an wirtschaftlicher Übermacht oder an Konditionenkartellen. Hier sind kartellrechtliche Sanktionen gefragt.

Selbstverständlich ist die Unterscheidung zwischen Kernbereich und Nebengeschäften nicht immer trennscharf zu ziehen, siehe die französische Rechtsprechung. Viele der in der Praxis beklagten Fälle einer ausufernden AGB-Kontrolle speziell von Haftungsbeschränkungen ließen sich aber auf diesem Wege lösen. Wenn der Betreiber eines Offshore-Windparks ein Stromübertragungssystem kauft, so ein Beispiel von Kessel/Stomps⁴⁸, oder zwei Telekommunikationsgesellschaften einen Vertrag über die Nutzung eines Leitungsnetzes schließen (ein Beispiel von Müller *et al.*)⁴⁹, dann ist kein rationales Desinteresse im Hinblick auf Haftungsbeschränkungen oder die Kostentragung für die Benut-

zung des Leitungsnetzes festzustellen, da diese Verträge zum jeweiligen Kerngeschäft rechnen und die angesprochenen AGB nicht zum „Kleingedruckten“ gehören, das man getrost ignorieren kann. Daher empfiehlt es sich, das Kriterium, ob der Vertrag dem Hauptgegenstand des Unternehmens zuzurechnen ist, oder ein bloßes Nebengeschäft darstellt, in einen Kriterienkatalog für das Vorliegen einer Individualvereinbarung aufzunehmen.

V. Modifizierungen des Maßstabs für die Inhaltskontrolle in B2B-Verträgen

Schließlich besteht nahezu ein Konsens darüber, dass die allzu pauschale Übertragung der Rechtsprechung zu Verbraucherverträgen auf den B2B-Bereich eine Fehlentwicklung ist, deren problematische Folgen durch die Schuldrechtsmodernisierung und ihre Ausrichtung an der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie noch verstärkt worden ist.⁵⁰ Es gilt, bei der Annahme einer Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB größere Zurückhaltung zu üben und die Bedürfnisse des Handelsverkehrs stärker zu berücksichtigen. Für eine Ersetzung der „Handelsbräuche“ in § 310 BGB durch die „Bedürfnisse des Handelsverkehrs“ oder eine andere Formulierung, die sich am englischen Begriff der „good commercial practice“ orientiert, sprechen daher gute Argumente.⁵¹

Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass durch die Herabsetzung des an Individualvereinbarungen anzulegenden Maßstabs (siehe IV.) diejenigen Vertragsbedingungen, bei denen eine AGB-Kontrolle nicht gerechtfertigt ist, weil kein Marktversagen vorliegt, bereits aus der Inhaltskontrolle ausgeschieden sind. Für diejenigen Klauseln, die zu Recht weiterhin der richterlichen Kontrolle unterworfen bleiben, besteht daher kein Anlass, großräumige Ausnahmebereiche zu schaffen, sonst kann man die Inhaltskontrolle auch ganz abschaffen. Nicht zu folgen ist daher dem Ansatz der Initiative AGB-Recht⁵², die in Anlehnung an Art. 7 (1) (a) Verzugsrichtlinie⁵³, den DCFR⁵⁴ und den Kommissionsvorschlag für ein Europäisches Kaufrecht⁵⁵ formuliert: „§ 307.... findet mit der Maßgabe Anwendung, dass lediglich solche Vertragsbestimmungen unangemessen sind, die entgegen den Gebo-

46 Eine Ausnahme sind Dauner-Lieb/Axer, Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZIP 2007, 309, 314.

47 Vgl. zum Folgenden Kieninger, ZEuP 1996, 468; Steffi Nobis, Missbräuchliche Vertragsklauseln in Deutschland und Frankreich (2005) S. 466 ff.

48 Vgl. Kessel/Stomps, BB 2009, 2666, 2671

49 Vgl. Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658, 2664.

50 Vgl. zu Letzterem Dauner-Lieb/Axer, Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZIP 2010, 309, 311; Dauner-Lieb/Khan, Betriebsausfallschäden als Gestaltungsproblem, FS von Westphalen (2010) 55.

51 Vgl. Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658.

52 Fn. 5. Ebenso Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins durch seinen Zivilrechtsausschuss zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutschen Rechts durch Änderung des AGB-Rechts für den unternehmerischen Rechtsverkehr (Entwurf vom 24.2.2011) S. 3.

53 Richtlinie 2011/7/EU ABl. EU Nr. L 48/1 vom 23.2.2011. Allerdings gilt Art. 7 Verzugsrichtlinie auch für ausgehandelte Vertragsklauseln, hat das Marktversagen also gar nicht zum Regelungsziel.

54 Vgl. Art. II.-9:405 DCFR: „A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.“

55 Vgl. Art. 86 (1) CESL (KOM (2011) 635 endgültig): „In einem Vertrag zwischen Unternehmen gilt eine Vertragsbestimmung [...] nur dann als unfair, wenn sie [...] so beschaffen ist, dass ihre Verwendung unter Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs gröblich von der guten Handelspraxis abweicht.“

ten von Treu und Glauben von gängiger⁵⁶ unternehmerischer Praxis *grob* abweichen“. (Hervorh. von Verf.). Es genügt für eine behutsame Neuorientierung, der Rechtsprechung zu signalisieren, dass nicht schon jede Abweichung vom dispositiven Recht mit der Sanktion der Unwirksamkeit zu belegen und nicht jedem Klauselverbot der §§ 308 f. Indizwirkung beizumessen ist. Eine Klausel, die vernünftigen⁵⁷ unternehmerischen Gepflogenheiten⁵⁸ entspricht, sollte auch dann wirksam sein, wenn sie unter die Klauselverbote fällt oder vom dispositiven Recht abweicht. Warum darüber hinaus auch noch „grobe“ Abweichungen von der vernünftigen Handelspraxis wirksam sein sollen, ist hingegen nicht zu begründen, wenn im Übrigen der Geltungsgrund der AGB-Kontrolle – Marktversagen aufgrund rationalen Desinteresses – gegeben ist. Der Sinn der richterlichen Inhaltskontrolle, anstelle des nicht funktionierenden Markts für faire AGB zu sorgen, so dass die Vertragspartner nicht gezwungen sind, unverhältnismäßig hohe Transaktionskosten aufzuwenden, wird mit der Kontrolle nur grob missbräuchlicher Klauseln nicht erfüllt.⁵⁹ Umgekehrt genügt es für die Berücksichtigung unternehmerischer Gepflogenheiten, wenn solche AGB für wirksam zu erachten sind, die diesen Gepflogenheiten entsprechen.

VI. Zusammenfassung:

Insgesamt empfehlen sich damit folgende moderate Gesetzesänderungen:

1. Für den unternehmerischen Verkehr (§ 310 BGB) ist § 305 Abs. 1 S. 3 durch folgenden Satz zu ersetzen: „AGB liegen nicht vor, wenn die Vertragsbedingungen vom Verwender zur Disposition gestellt und von den Vertragsparteien verhandelt worden sind.“

In die Gesetzesbegründung können verschiedene Kriterien für ein Verhandeln aufgenommen werden, zum Beispiel: Transaktionsvolumen, Verhandlungsdauer, Zugehörigkeit des Vertrags zum Kerngeschäft des Vertragspartners des Verwenders. In die Gesetzesbegründung aufzunehmen ist weiterhin, dass eine Änderung des AGB-Textes keine *conditio sine qua non* für das Vorliegen einer Individualvereinbarung ist.

Eine solche Neuformulierung weicht zwar nicht grundsätzlich von den gegenwärtigen Formeln der Rechtsprechung ab, signalisiert aber durch den Verzicht auf das Adverb „ernsthaft“⁶⁰ und die Ersetzung von „aushandeln“ durch „verhandeln“, dass die Anforderungen an eine Individualvereinbarung nicht überspannt werden sollen. Durch die Verwendung des Wortes „wenn“ statt „soweit“ wird deutlich, dass nicht jede Vertragsbedingung einzeln ausgehandelt sein muss, sodass auch Paketlösungen als Individualvereinbarungen gelten können.

2. In § 310 Abs. 1 S. 2, Halbsatz 2 sollte statt auf „die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“ auf die „vernünftige unternehmerische Praxis“ abgestellt werden, um zum einen ein Signal für eine Rechtsprechungsänderung zu setzen, zum anderen den rückwärtsgewandten Begriff des „Handelsbrauchs“ durch einen neutraleren Verweis auf die gängige Handelspraxis zu ersetzen. Eine Beschränkung auf grobe Abweichungen von der vernünftigen unternehmerischen Praxis ginge indes am Zweck der AGB-Kontrolle vorbei.

56 Siehe Fn. 57.

57 „Good commercial practice“ sollte, dem Vorschlag des DAV-Zivilrechtsausschusses folgend, mit vernünftiger unternehmerischer Praxis und nicht mit „gängiger“ [...] Praxis (so die Frankfurt Initiative, Fn. 5) übersetzt werden, damit manifest unfaire Vertragsbedingungen als Vergleichsmaßstab von vornherein ausscheiden.

58 Kritisch zu diesem Maßstab Jansen, Klauselkontrolle, in: Eidenmüller/Faust/Grigolet/Jansen/Wagner/Zimmermann, Revision des Verbraucher-acquis (2011) 53, 85.

59 Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010) 771, 796 f.; Jansen (Fn. 56); Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts, JZ 2012 (im Erscheinen).

60 Zur Kritik an der Rechtsprechung des BGH eingehend Miethaner, NJW 2010, 3121.



Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger, Würzburg

Die Autorin ist Professorin an der Universität Würzburg (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Privatrecht und internationales Privatrecht).

Sie erreichen die Autorin unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr: Marktmacht begrenzen

Überlegungen zur Neuausrichtung des Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle*

Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, Bayreuth

Die AGB-Kontrolle ist auch im unternehmerischen Rechtsverkehr üblich: Kontrollfreie Verträge kommen kaum vor. Der Autor plädiert dafür, bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr einen Paradigmenwechsel vorzunehmen: Ziel sollte es sein, Marktmacht zu kontrollieren. Zugleich plädiert der Autor dafür, die Anwendungsgrenzen des AGB-Rechts zu schärfen, in dem die Tatbestandsmerkmale des AGB-Rechts wieder gelebt werden.

Wer Überlegungen zu einer Neuausrichtung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr hinsichtlich des Anwendungsbereichs dieser Kontrolle anstellt, kann entweder am praktischen Beispiel die Schwächen der geltenden Regelung demonstrieren¹ oder theoretischer nach den rechtspolitischen Gründen für die Erstreckung der allgemeinen Inhaltskontrolle auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr fragen. Ausgehend von letzterem, werde ich im Folgenden zunächst die vom Gesetzgeber vorgesehenen Einschränkungen der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr behandeln. Die sehr begrenzten praktischen Wirkungen der gesetzlichen Beschränkungen der Inhaltskontrolle haben dazu geführt, dass kontrollfreie Verträge im unternehmerischen Geschäftsverkehr kaum gibt. Daraus ergeben sich zwei Fragen, nämlich die eine nach der Möglichkeit einer Schärfung der bestehenden Anwendungsgrenzen der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr und die andere nach deren Ergänzung durch zusätzliche Ausnahmen vom Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle. Schließlich möchte ich eine Idee vorstellen, die mir schon des Längeren vorschwebt, nämlich die Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr auf Situationen fehlenden Wettbewerbs zurückzuführen² – als Letztes folgen daher Überlegungen zu einem wettbewerbsorientierten Paradigmenwechsel bei der Inhaltskontrolle.

I. Ausgangspunkt: AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr

Die allgemeine Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr gehört in Deutschland anders als in vielen anderen Rechtsordnungen³ zum täglich Brot des Juristen. §§ 307–309 BGB – im Kern übernommen aus dem AGB-Gesetz – geben heute im Wesentlichen den Standard der Kontrolle im B2B Bereich vor. Sie sind nicht mehr wirklich der maßgebende Standard des Verbraucherrechts, jedenfalls nicht hinsichtlich des Anwendungsbereichs, für den § 310 Abs. 3 BGB erhebliche Abweichungen vorsieht.

Der Kontrollstandard der Inhaltskontrolle ist dabei substantiell derselbe wie beim Verbrauchervertrag. Maßgebend ist daher die unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB, auch wenn dieser Standard für den unternehmerischen Geschäftsverkehr in manchem Detail anders konkretisiert wird. Die von der Rechtsprechung angenommene Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr⁴ verstärkt die Identität der Kontrollmaßstäbe zusätzlich. Diese Identität ist der tiefere Grund der aktuellen rechtspolitischen Diskussion.

II. Rechtspolitische Gründe der Erstreckung

Der Befund ist überraschend; zur rechtspolitischen Kernfrage der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr finden sich kaum Stimmen im Schrifttum: Ein kurzer Rundblick über die Kommentierungen des AGB-Rechts und insbesondere auch zu § 310 BGB gibt keine Auskunft darüber, warum die Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr einen derart weiten Anwendungsbereich hat.⁵ Im Gegenteil finden sich in jüngerer Zeit zunehmend Stimmen, die sich – mit verschiedenen Vorstellungen im Einzelnen – für ein Zurückschneiden der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aussprechen.⁶

Wichtig erscheint mir ein Blick auf die historischen Gründe der Erstreckung, die sich sehr verschieden gestalten: Reichsgericht und Bundesgerichtshof haben in ihrer sukzessive eingetretenen Entwicklung der Inhaltskontrolle, vor allen Dingen am Maßstab von § 242 BGB, keinen wesentlichen Unterschied zwischen den beteiligten Vertragsparteien gemacht und haben dabei sogar die Mehrzahl der entschiedenen Fälle im unternehmerischen Bereich entschieden.⁷ Bei der Schaffung des AGB-Gesetzes hat man sodann eingehend über dessen Anwendungsbereich diskutiert und dabei festgestellt, dass die Anknüpfung an die Unterlegenheit der betreffenden Partei im Einzelfall unpraktikabel sei.⁸ Immerhin finden sich im Gesetzentwurf der Bundesregierung deutliche Anzeichen dafür, dass der spätere § 24 AGBG a. F. (und heutige § 310 Abs. 1 BGB) deutliche Unterschiede beim Maßstab der Inhaltskontrolle herbeiführen sollte.⁹

* Schriftliche Fassung eines Vortrags auf dem gemeinsamen Symposium des Deutschen Anwaltvereins und des Deutschen Juristentags „AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr: Stärke oder Schwäche des deutschen Rechts?“ am 19. Januar 2012 in Berlin (Tagungsbericht siehe Seite 352 in diesem Heft). Die Vortragsform wurde beibehalten, die Nachweise beschränken sich auf das Notwendigste.

1 Zur Sicht des gestaltenden Praktikers siehe in diesem Heft den Beitrag von Kessel, AnwBl 2012, 293 ff.

2 Ähnlich bereits Kessel/Stomps BB 2009, 2666, 2673.

3 Siehe den Überblick in den Notes zu II.–9:405 DCFR (von Bar/Clive [Hrsg.], Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Full Edition, Band I, München 2009). Siehe auch den Überblick bei Müller/Griebler/Pfeil BB 2009, 2658, 2662–2665.

4 Grundlegend BGHZ 90, 273, 278.

5 Anders freilich die MüKo-Kommentierung von Kieneringer zu § 307 Rn. 74 mit Verweis auf Rn. 38–40. Dazu noch sogleich.

6 Etwa Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2138 („Das AGB-rechtliche Differenzierungsgebot“); Berger, NJW 2010, 465; Kessel/Stomps BB 2009, 2666, 2673; Koch, BB 2010, 1810; Kollmann, NJOZ 2011, 625; Müller/Griebler/Pfeil BB 2009, 2658; Deziert anders von Westphalen, NJW 2009, 2977.

7 Vgl. BGH NJW 1976, 2345, 2346 sowie schon zuvor die Zusammenstellung von Eith, NJW 1974, 17.

8 Vgl. Hensen NJW 1987, 1986.

9 Vgl. BT-Drucks., 7/3919, 43 sowie BT-Drucks. 14/6857, 54.

Diese Auffassung ist vermutlich in mancherlei Hinsicht mehr eine nachgeschobene Begründung, die das tatsächliche politische Motiv verdeckt, welches mit dem unternehmerischen Geschäftsverkehr eigentlich fast gar nichts zu tun hat. Im Hintergrund steht nämlich ein Streit um die Aufgabe und Funktion von Verbraucherrecht, welchem seinerzeit in Teilen der Lehre und der Rechtspolitik eine besondere gesellschaftliche und womöglich sogar gesellschaftsgestaltende oder -verändernde Relevanz zugewiesen wurde. Eine weitergehende Differenzierung zwischen unternehmerischem Geschäftsverkehr und Verbraucherverträgen ist seinerzeit nicht zuletzt auch von der seinerzeitigen Opposition, also den Unionsparteien, abgelehnt worden, weil diese in einer Differenzierung zwischen Verbraucher- und Unternehmensrecht eine Anlehnung an sozialistische Zivilrechtstheorien erblickte.¹⁰ Schaut man genau hin, erkennt man im Gegenentwurf der CDU/CSU Bundestagsfraktion sogar einen strengeren Kontrollmaßstab als der später im AGB-Gesetz verwirklichte.¹¹ Historischer Hintergrund ist also nicht so sehr die empfundene Notwendigkeit, auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus rechtspolitischen Gründen im engeren Sinne zu kontrollieren, als vielmehr der Umstand, dass man sich gegen eine Differenzierung zwischen konsumorientiertem Recht und Unternehmensrecht im Sinne etwa der damals propagierten Theorie des Zusammenspiels von Klassenkampf und Verbraucherrecht gewendet hat.

In wesentlichen Teilen der Literatur wird als rechtspolitischer Grund für die Inhaltskontrolle insgesamt auf den Gedanken des rationalen Desinteresses verwiesen.¹² Danach sind Kontrolle und Vergleich von AGB der potentiellen Vertragspartner derart aufwendig, dass die Parteien dies vernünftigerweise unterlassen. Daher findet kein Wettbewerb zwischen den AGB statt und es droht eine Verschlechterung der Gesamtqualität, weil sich diejenigen Anbieter mit den größeren Kostenvorteilen durchsetzen. Grundannahme für den Standard der Inhaltskontrolle ist danach die Abweichung von der hypothetischen Parteivereinbarung.¹³ Diese Rechtfertigung der AGB-Kontrolle durch den Verweis auf Informationsasymmetrien wird gelegentlich ausdrücklich auch auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr übertragen.¹⁴

Herrschend dürfte dieser ökonomische Begründungsansatz freilich nicht sein.¹⁵ Vielmehr gilt heute überwiegend als gemeinsamer Grundgedanke des AGB-Rechts insgesamt die Verhinderung einseitigen missbräuchlichen Ausnutzens der Vertragsfreiheit.¹⁶ Aus der einseitigen Durchsetzung wird dabei – zumindest implizit – auf die Schwäche und Schutzbedürftigkeit der anderen Partei geschlossen.¹⁷

Der skizzierte ökonomische Ansatz weist für den unternehmerischen Geschäftsverkehr wesentliche Schwächen auf: Zunächst bestehen im unternehmerischen Geschäftsverkehr – außerhalb von Monopol- und anderen Marktbeherrschungsstrukturen – Ausweichmöglichkeiten und Versicherungslösungen, welche die Kosten des Desinteresses anders zuweisen, als dies durch die AGB selbst geschieht. Zudem ist nicht gesichert, dass die richterliche Inhaltskontrolle zu den ökonomisch angemessenen Vertragsinhalten führt. Schließlich stellt sich im unternehmerischen Geschäftsverkehr die Frage, ob die Rationalität des tatsächlich bestehenden Desinteresses sich in vielen Fällen nicht auch aus einer Abweichung der Lebenswirklichkeit vom Vertragsinhalt und damit gerade auch den AGB ergibt.¹⁸

Wenn man sich die Frage nach Rechtfertigung der herrschenden Auffassung stellt, gerät man gleichfalls ins Zwei-

feldn: Das einseitige oder missbräuchliche Ausnutzen der Vertragsfreiheit ist beim Verbraucher als Vertragspartner des Unternehmens noch einigermaßen typisierbar, im B2B-Bereich jedoch nicht mehr.¹⁹

Ich möchte daher vorschlagen, im unternehmerischen Geschäftsverkehr die AGB-Kontrolle künftig nicht mehr auf die einseitige Gestaltung zu stützen, sondern darauf, dass diese Einseitigkeit der Vertragsgestaltung Ausdruck unangemessener Differenzen der Verhandlungsmacht zwischen den Parteien ist – es geht also um einen Paradigmenwechsel hin zu einer Anknüpfung der Inhaltskontrolle an tatsächliche Marktmacht.²⁰ Unabhängig von der zugrundegelegten Leitidee – Missbrauch der Vertragsfreiheit oder Ausgleich von Informationsasymmetrien – kommt dem geltenden Recht in dieser Hinsicht eine wichtige Schutzfunktion zu, die bei einer Reform des Anwendungsbereichs nicht verlorengehen sollte.

III. Geltende Einschränkungen deren begrenzte Wirkung

Besieht man die vorhandenen Einschränkungen der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr wird man schnell der Tatsache gewahr, dass die vom Gesetzgeber 1976/77 vorgesehenen und durch die Schuldrechtsreform im Grunde nicht veränderten Einschränkungen der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr nur beschränkte praktische Wirkungen entfalten.²¹

1. Vorformulierung

Das gilt zunächst für den Punkt Vorformulierung. Die Vorformulierung ist als Beschränkung der AGB-Kontrolle weitgehend ausgefallen. Nicht nur hat man die Übernahme der ausgearbeiteten Klausel aus dem Gedächtnis in den jeweiligen Vertragstext für ausreichend gehalten,²² auch hat man für die Vorformulierung ausreichen lassen, dass die Texte nicht vollständig in allen abzuschließenden Verträgen über-

10 Hensen, NJW 1987, 1986.

11 Abgedruckt in BB 1974 Beil. 9 und dazu Hensen, NJW 1987, 1986 f.

12 In diesem Sinne insbesondere schon Ulmer, 50. DJT, S. H 22. Ferner Kötz, Haftungsausschlussklauseln, Eine juristisch-ökonomische Analyse, 25 Jahre Karlsruher Forum, Beiheft zu VersR 1983, 145; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, 514 ff. Aus der Kommentarliteratur vor allem MüKo/Kieninger § 307 Rn. 38-40.

13 So MüKo/Kieninger § 307 Rn. 38-40; Kötz, JuS 2003, 209, 213 f.

14 MüKo/Kieninger § 307 Rn. 74.

15 In diesem Sinne auch Kötz, JuS 2003, 209, 210.

16 Ausdrücklich bereits BR-Dr 586/71 S. 8. Siehe ferner Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2138 f.; Müller/Griebler/Pfeil BB 2009, 2658, 2665; Lutz, AGB-Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote, 12; Rabe, NJW 1987, 1978, 1979; Staudinger/Coester (2006) § 307 Rn 2.

17 Vgl. Staudinger/Coester (2006) § 307 Rn 3.

18 Ein generelles Marktversagen hinsichtlich AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr bestreiten auch Kessel/Stomps BB 2009, 2666, 2673.

19 Vgl. etwa die Paritätserwägungen bei Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2139, denen Typisierungen nur ansatzweise zu entnehmen sind.

20 An die Marktmacht knüpfen etwa auch an Kessel/Stomps BB 2009, 2666, 2673 sowie Koch, BB 2010, 1810, 1814 f. Ansätze bereits bei Rabe, NJW 1987, 1978, 1980.

21 Dazu auch „Wege zu einer Individualvereinbarung und praktische Probleme“ in Miethaner, NJW 2010, 3121, 3125 f.

22 BGH NJW 1988, 410.

einstimmen.²³ Zudem hat man die Kontrolle auf einzelne Klauseln erstreckt, die im Übrigen individuell konzipierten Verträgen erscheinen.²⁴ Schließlich hat man es für die AGB-Kontrolle als unschädlich erachtet, dass die einzelnen Klauseln durch unselbständige Angaben durch den jeweiligen Verwender ergänzt werden.²⁵

2. Vielzahl von Verträgen

Ebenfalls recht begrenzt ist die Wirkung des Erfordernisses der Mehrfachverwendungsabsicht, im Gesetz ist die Rede von einer Vielzahl von Verträgen. Die Rechtsprechung vor 1977 hatte eine hingegen unbestimmte Vielzahl von Verträgen gefordert.²⁶

Äußere Indizien der Mehrfachverwendungsabsicht sind die Zugrundelegung in mehreren gleichartigen Geschäften²⁷ sowie die äußere Gestaltung des Vertrages. Mit der Klarstellung dass die dreimalige Verwendung der Klausel in der Regel genüge²⁸ und dies selbst dann gelte, wenn diese dreimalige Verwendung nur gegenüber ein und derselben Partei erfolge,²⁹ hat der Bundesgerichtshof diesem Erfordernis freilich weitgehend die Zähne gezogen. Nimmt man hinzu, dass für die Mehrverwendungsabsicht die Formulierung eines Dritten für eine Vielzahl von Verträgen auch dann genügt, wenn der Verwender die entsprechende Klausel nur ein einziges Mal verwendet,³⁰ bleibt von der Mehrfachverwendungsabsicht kaum mehr übrig als das was für den Verbraucher nach § 310 Abs. 3 geltendes Recht ist.

3. Stellen der AGB

Die gesamte Last der Begrenzung des Anwendungsbereichs ruht also auf dem Kriterium des Stellens der AGB. Diesem Kriterium kommt – schon ob der politischen Ausrichtung der Unfairness auf die Einseitigkeit – die Eigenschaft des maßgeblichen Kriteriums zur Eröffnung der Inhaltskontrolle zu. Allerdings ist auch dieses Kriterium nach der Rechtsprechung ganz erheblich geschwächt und die Schwächungen gehen einerseits auf Zurechnungsfragen und andererseits auf die Erfordernisse an das Aushandeln zurück:

a) Zurechnungsfragen

Das Stellen der AGB muss nicht ausschließlich seitens der Verwenders selbst erfolgen, sondern es ist möglich, dem Verwender das Stellen durch einen Dritten zuzurechnen. Der Klassiker auf diesem Gebiet ist die Zurechnung des Stellens durch den sog. Hausnotar,³¹ wie es insbesondere im Bereich des Bauträgervertragsrechts geradezu zum Standard geworden ist. Noch weiter geht die Auffassung, es genüge die Einbeziehung durch den anderen Teil in vorausgehendem Gehorsam, weil allgemein bekannt ist, dass sich der Verwender auf einen Vertrag ohne eine Einbeziehung dieser AGB nicht einlässt.³² Die zuvor angenommene Einschränkung, dass dieses jedenfalls bei entsprechender Marktmacht des „Verwenders“ gelte,³³ hat die Rechtsprechung später so nicht immer wiederaufgenommen. Insbesondere bei branchenüblichen AGB bedeutet diese Zurechnungsmöglichkeit einen ganz erheblichen Unsicherheitsfaktor, weil bekanntlich die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nur zu Lasten des Verwenders, niemals aber zu dessen Gunsten eingreift. Die damit verbundene Zufälligkeit, von wem die Initiative zur Verwendung etwa branchenüblicher AGB ausgegangen ist, bleibt ungelöst.³⁴

b) Anforderungen an das Aushandeln, § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB

Noch schwieriger zu handhaben sind die Anforderungen an das Aushandeln. Zwar liest sich das Kriterium des ernsthaften zur Disposition Stellens des gesetzesfremden Kerngehalts der AGB³⁵ vordergründig als überzeugendes Kriterium. Allerdings hat die Rechtsprechung für die Fälle unveränderter Übernahme eine Indizwirkung nachteiliger Klauseln gegen das ernsthafte zur Disposition Stellen angenommen.³⁶ Zudem hat sie die Streichungsmöglichkeit einer Klausel trotz heftiger Gegenwehr in Literatur und auch in der unterinstanzlichen Rechtsprechung nicht ausreichen lassen.³⁷

Weiter geschwächt wird das Aushandlungserfordernis in seiner Begrenzungswirkung dadurch, dass es für jede einzelne Klausel gesondert zu prüfen ist.³⁸ Zudem sind vom Verwender angebotene Vertragsinhaltsalternativen nicht in jedem Fall geeignet, die Inhaltskontrolle zu auszuschließen: Das gilt zwar insoweit, als verschiedene positiv angebotene Regelungsalternativen mit unterschiedlichen Preisgestaltungen versehen sind,³⁹ oder auch dann wenn der Verwender sie jeweils gesondert formuliert.⁴⁰ Es gilt aber etwa dann nicht, wenn nur eine der verschiedenen angebotenen Alternativen im Vertrag vordruckt ist,⁴¹ und es ist sehr umstritten, welche Wirkungen Festlegungen hinsichtlich sehr simpler Alternativen des Vertragsinhalts haben.⁴²

4. Angemessene Rücksicht auf den Handelsverkehr

Liefert auch das Kriterium des Stellens der AGB damit eine nur sehr beschränkte Eingrenzungswirkung der Inhaltskontrolle, so gilt weitgehend dasselbe für das Kriterium einer angemessenen Rücksicht auf den Handelsverkehr, wie es in § 310 I 2 HS. 2 BGB niedergelegt ist. Dafür ist zunächst einmal wichtig, dass es sich bei diesem Kriterium nach dem Wortlaut des zweiten Halbsatzes von Satz 2 nicht um eine Frage des Anwendungsbereichs sondern um eine Frage des Kontrollmaßstabs handelt.⁴³ Sieht man allerdings auf die Anwendungsfälle dieser Regelung, eröffnet sich eine anwendungsbereichsrechtliche Perspektive: Funktional sind auf diese

23 BGH NJW 2000, 1110, 1111.

24 BGH NJW 1997, 135 f.

25 BGH NJW 1992, 1107, 1108.

26 BGHZ 33, 216, 218.

27 BGH NJW 1997, 135.

28 BGH NJW 1998, 2286, 2287.

29 BGH NJW 2004, 1454.

30 BGH NJW 1991, 843; a. A. Michalski/Römermann ZIP 1993, 1434, 1436 f.

31 BGHZ 118, 229, 239.

32 BGH NJW 1997, 2043, 2044.

33 BGH NJW 1991, 843, 844.

34 Vgl. BGHZ 130, 50, 57.

35 Zuletzt BGHZ 150, 299, 302 f.

36 BGHZ 143, 103, 111? f.

37 BGHZ 98, 28.

38 BGHZ 84, 109, 112. Kritisch etwa *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137, 2140 m.w.N.

39 BGH NJW 2003, 1214.

40 BGH NJW 1998, 1066.

41 BGH NJW 1996, 1676.

42 Keine Inhaltskontrolle: OLG München VersR 1999, 93; Inhaltskontrolle: BGH NJW 2000, 2677.

43 Vgl. *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137, 2139: Wortlaut missglückt.

Klauseln nämlich Bereichsausnahmen bei Branchenüblichkeit bestimmter Bedingungskonvolute gestützt worden, wovon die Rechtsprechung freilich nur selten Gebrauch gemacht hat. Einschlägige Fälle sind etwa die allgemeinen deutschen Spediteursbedingungen (ADSp), insbesondere hinsichtlich ihrer Haftungsausschlüsse,⁴⁴ sowie allgemeine Geschäftsbedingungen über den Schiffsbauvertrag.⁴⁵

5. Immunisierung bestimmter Klauselkataloge

Erheblich erfolgsversprechender erscheint die letzte Kategorie von Einschränkungen der Inhaltskontrolle nämlich die Immunisierung bestimmter Klauselkataloge. Diese findet im Gesetz zunächst einmal ausdrücklich statt, indem Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen von der Inhaltskontrolle freigestellt wird, so er insgesamt in den Vertrag einbezogen ist, § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB. Ähnliche Regelungen finden sich für Versorgungsbedingungen bei Sonderabnehmern, für Energie, Wasser und Abwasser, soweit nicht zum Nachteil des Abnehmers von den Verordnungen für Tarifkunden abgewichen wird, § 310 Abs. 2 BGB, und – freilich nicht für den unternehmerischen Geschäftsverkehr – in einer Sonderregel in § 309 Nr. 7 BGB für genehmigte Beförderungsbedingungen für den Linienverkehr, die, wenn ich das in Parenthese sagen darf, verbraucherpolitisch ein ausgesprochenes Ärgernis das mit einiger Sicherheit auch europarechtswidrig ist.

Diese geschriebenen Immunisierungen haben freilich die nicht ganz zu vernachlässigenden Nachteile, dass sie nur dann eingreifen wenn entweder nicht zum Nachteil des Nichtverwenders des anderen Teils von den Bedingungen abgewichen wird oder sogar diese Bedingungen, nämlich die VOB/B, insgesamt in den Vertrag einbezogen ist. Ich will mir an dieser Stelle versagen, auf die sehr detaillierte Rechtsprechung zur Einbeziehung der VOB/B als Ganzes näher einzugehen, die ja auch in manchen Teilen einen alten, auf den Verbraucher bezogenen, Regelungszustand betrifft. Allerdings ist nochmal darauf hinzuweisen, dass es funktional bei diesen drei im Gesetz angesprochenen Bedingungsarten nicht bleibt. Die Rücksicht auf den Handelsverkehr nach § 310 I 2 HS. 2 ist zwar – wie gesehen – bislang schwach ausgeprägt, hat aber mit den Schiffsbauverträgen und den allgemeinen deutschen Spediteursbedingungen, immerhin zwei wesentliche Bereiche, von der Inhaltskontrolle partiell freigestellt.

IV. Schärfung bestehender Anwendungsgrenzen?

Zum rechtspolitischen Teil: Besteht die Möglichkeit die Inhaltskontrolle in ihrem Anwendungsbereich zurückzudrängen und ist dieses anzuraten? Dieses kann zunächst durch eine Schärfung bestehender Anwendungsgrenzen geschehen. Dabei ist freilich auf die Grundproblematik einer solchen Verschärfung Rücksicht zu nehmen. Diese liegt zum einen in der Missbrauchsanfälligkeit respective Umgehungsgefahr die durch solche Verschärfungen eröffnet wird. Zum anderen könnte die Verschärfung der Anwendungsgrenzen möglicherweise Beschränkungen der Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle mit sich bringen, die mit dem hier befürworteten Regelungszweck einer Bekämpfung der einseitig Kraft besonderer Markt- und Verhaltensmacht durchgesetzten Vertragsinhalte nicht in Einklang zu bringen ist.

So ist eine sinnvolle Verschärfung des Kriteriums der Vorformulierung kaum denkbar, will man nicht in großem Stil Umgehungskanäle um § 307 BGB öffnen. Das mag man rechtspolitisch wollen, technisch sinnvoll ist dies freilich nicht. Eine (teilweise) Zurücknahme der Inhaltskontrolle müsste direkt und nicht durch die Ermöglichung von Umgehungsstrategien erfolgen.

Auch das Kriterium einer Vielzahl von Verträgen ist mehr der Erkenntnis geschuldet, dass möglicherweise der – rechtssoziologisch gesprochen – *repeat-player* gegenüber dem *one-shotter* in einem typisierbaren Vorteil ist. Hinsichtlich der Einseitigkeit der Vertragsgestaltung führt dieses Kriterium bei einer Vielzahl von Verträgen aber nicht weiter, und es ist nur konsequent, dass man es im Verbraucherbereich aufgegeben hat. Für den unternehmerischen Bereich schützt es insbesondere, auch bei einer Verstärkung gerade nicht vor einer Kontrolle der vielleicht weniger kontrollbedürftigen brancheninternen AGB.

Auch eine Verschärfung des Kriteriums des Stellens von AGB erscheint doch eher zweifelhaft. Das gilt zunächst einmal für die Ersetzung des Aushandelns durch das Wort Verhandeln im Gesetz.⁴⁶ „Verhandeln“ ist so offen, dass die Rechtsprechung praktisch nicht nur nicht gehindert wäre, zum Gleichlauf mit dem Verbrauchervertragsrecht zurückzukehren; vielmehr wäre auch das Signal einer Veränderung des Anwendungsbereichs kaum hörbar und mit nur wenig Aussicht auf praktische Befolgung in der Breite der Instanzgerichte versehen.⁴⁷

Ebenfalls nicht zielführend wäre eine unspezifische für eine stärkere Berücksichtigung objektiver Verhandlungsmacht, die man könnte als „normatives Stellen“ bezeichnen könnte. Eine solche Berücksichtigung objektiver Verhandlungsmacht ist etwa in der Fallgruppe des vorausseilenden Gehorsams relevant geworden.⁴⁸ Eine pauschale Einbeziehung der Berücksichtigung objektiver Verhandlungsmacht trägt aber immerhin den Nachteil in sich, dass es wie im Verbraucherschutzrecht, einer Berücksichtigung der Umstände des individuellen Vertragsschlusses bedarf. Eine stärkere Typisierung täte insoweit Not, eine schlichte Ausrichtung an der kaum messbaren Verhandlungsmacht ist wenig geeignet, eine Zurückdrängung der Inhaltskontrolle zu begründen.

Schwierigkeiten bereitet auch die Idee, Paketlösungen generell als einen Fall des Aushandelns und damit als einen Ausschluss des einseitigen Stellens anzusehen.⁴⁹ Nicht nur ist mit diesen Paketlösungen die Gefahr verbunden, dass die AGB-Kontrolle durch die Hintertür im Wege der Paketbildung dispositiv wird.⁵⁰ Vielmehr entspricht eine solche Einschränkung eigentlich auch nicht oder jedenfalls nur einge-

44 BGHZ 127, 275, 282; BGH NJW-RR 1997, 1254.

45 BGHZ 103, 316, 329.

46 Dafür etwa Berger, NJW 2010, 465, 467 ff.; Koch, BB 2010, 1810, 1811.

47 Skeptisch auch Müller/Griebler/Pfeil BB 2009, 2658, 2661.

48 Siehe oben sub II. 3. a).

49 Dafür Müller/Griebler/Pfeil BB 2009, 2658, 2661.

50 Dazu noch unten sub V.

schränkt, dem hier vertretenen Regelungszweck der AGB-Kontrolle zwischen Unternehmen, die nämlich gerade der Begrenzung einseitiger Vertragsgestaltungsmacht dienen soll.

Ähnliches lässt sich für die weiteren Grenzen anführen, etwa die angemessene Rücksicht auf den Handelsverkehr.⁵¹ Sie ist für eine Übernahme als Begrenzung des Anwendungsbereichs – sie modifiziert ja bislang nur die Inhaltskontrolle – zu unbestimmt⁵² oder nur eine rechtspolitische Erklärung. Zudem leidet sie auch ein wenig daran, dass brancheneinheitliche Bedingungen auch Zeichen eines fehlenden Wettbewerbs sein können.

Die Immunisierung bestimmter Klauselkataloge die das Gesetz ja an einigen Stellen schon vornimmt, hat immerhin den Vorteil, das Problem der an sich unbedenklichen brancheninternen Bedingungen für brancheninterne Verträge zu lösen, aber zugleich den Nachteil, die vorhandene Grundproblematik einer völlig überschießenden Inhaltskontrolle im B2B-Bereich nur zu mildern. Sie trägt zudem das Problem in sich, dass der Anwendungsbereich der Immunisierung recht restriktiv zu handhaben ist. Der dadurch entstehende Druck auf die entsprechenden Anwendungsvoraussetzungen, etwa auf die Voraussetzung einer Einbeziehung der VOB/B als Ganzes in den Vertrag, zu kontrollierenden Vertrag, liegt auf der Hand.

V. Zusätzliche Ausnahmen vom Anwendungsbereich?

Welche Möglichkeiten zusätzlicher Ausnahmen vom Anwendungsbereich gibt es? Die Beschränkung auf kleine und mittlere Unternehmen ist schon deshalb abzulehnen, weil sie nicht wirklich einem einheitlichen Schutzprinzip folgt. Die aus dem Subventionsrecht stammenden Kriterien, die gemeinhin angelegt werden, spiegeln keine Verhandlungsmacht wider.

Eine Beschränkung auf branchenfremde Geschäfte hat immerhin den Vorteil, dass es hier gelingen könnte, Verhandlungsschwächen in typisierter Weise zu berücksichtigen. Sie hat aber auch den Nachteil, dass es damit auf eine Abgrenzbarkeit von Branchen ankommt. Vor allem würde über die Zuordnung von „Gemischtwarenläden“ zu entscheiden sein, die beispielsweise nicht nur Stahl produzieren sondern auch Windparks. Zudem verbleibt das Problem, dass möglicherweise in derselben Branche Akteure verschiedener Marktstufen und damit je nach Marktlage auch unterschiedliche Verhandlungsmacht und entsprechende Ungleichgewichte auftreten.

Die ebenfalls diskutierten opt-out-Lösungen, also die Einigung darüber, die AGB-Kontrolle keine Anwendung finden zu lassen, begegnen sogar besonderer Skepsis. Ihnen wohnt eine besondere Missbrauchsgefahr inne, weil solche opt-out-Lösungen vor allem in Fällen einseitiger Verhandlungsmacht durchsetzbar sein werden. Zudem sind Anforderungen an eine formale Ausgestaltung unumgänglich: Es ist selbstverständlich, dass eine solche opt-out-Lösung nicht in AGB erfolgen könnte und dass die Einhaltung einer Schriftform erforderlich wäre. Aber man müsste wohl auch über erkennbare Gegenleistungen nachdenken, was wenig praktikabel wäre. Zudem wäre eine generelle opt-out-Lösung schlichtweg EU-rechtswidrig, weil hinsichtlich der Zahlungs-

fristen und der Rechtsfolgen verspäteter Zahlung die Zahlungsverzugsrichtlinie entsprechende Regeln erfordert.⁵³

Denkbar wäre auch eine Beschränkung der Inhaltskontrolle auf bestimmte Klauselarten wie sie etwa das englische Recht für bestimmte Bereiche kennt. Man könnte beispielsweise daran denken, die Inhaltskontrolle auf Haftungsfreizeichnungen und Haftungsbeschränkungen rückzuführen. Zu den Nachteilen einer solchen Lösung gehört freilich, dass damit das vorhandene Verhandlungsungleichgewicht nur sehr begrenzt ausgeglichen würde.

Man könnte schließlich darüber nachdenken, im Sinne einer materiellen⁵⁴ Paketlösung die Inhaltskontrolle oder jedenfalls die Nichtigkeitsandrohung dort auszuschließen, wo ein angemessener Ausgleich für die Nichtverwender erfolgt. Das Gesetz sieht etwas Ähnliches im Bereich des Rückgriffs, des Letztverkäufers in § 478 Abs. 4 Satz 1 vor, und diese Lösung erscheint als nicht ganz unvernünftig. Allerdings ist der Unterschied zur Berücksichtigung der Paketlösung im Rahmen des Aushandelns derjenige, dass hier nun inhaltlich ein solches Paket bewertet wird und man sich damit den Nachteil einhandelt, dass durch den Richter über die Äquivalenz eines solchen Geschäfts zu entscheiden wäre.

VI. Überlegungen zu einem wettbewerbsorientierten Paradigmenwechsel

1. Grundidee

Wenn der Grund für die Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr richtigerweise nicht die Unfairness durch Einseitigkeit oder das rationale Desinteresse, sondern die Durchsetzung von Marktmacht ist, dann sollte man die Inhaltskontrolle auf solche Fälle beschränken. Das hat zunächst einmal den Vorteil einer Beschränkung auf die hier propagierte Grundidee, auf das Telos der Norm, für den unternehmerischen Geschäftsverkehr. Dieser Ansatz würde übrigens auch gestatten, die bereits angesprochene Problematik bei kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) zu lösen, ohne auf die für die Inhaltskontrolle völlig ungeeigneten Kriterien der Einordnung als kleines und mittleres Unternehmen einzugehen.

Eine solche Lösung würde zudem den Vorteil haben, eine weitgehende oder vielleicht sogar völlige Trennung von den Grundideen Verbraucherschützender Inhaltskontrolle zu ermöglichen. Nachteile einer solchen Anknüpfung an Wettbewerbsideen lägen selbstverständlich im Aufwand der Feststellung einer Marktmacht und der damit verbundenen Unsicherheit.

⁵¹ Für eine „Revitalisierung“ nachdrücklich Müller/Griebler/Pfeil BB 2009, 2658 ff.

⁵² Wenig überraschend daher die verschiedenen (soweit ersichtlich noch unveröffentlichten) Versuche von von Westphalen, die verschiedenen Standards der Inhaltskontrolle für B2B und B2C-Verträge in Art. 83, 86 des Vorschlags der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht gleich auszulegen.

⁵³ Gebauer/Wiedmann/Schmidt-Kessel, Zahlungszeit und Verzug, Rn. 45 - 49.

⁵⁴ Der Ausschluss des Stellens im Falle einer Paketlösung wäre hingegen eine formale Paketlösung, weil es auf das Ergebnis des Aushandelns nicht ankäme.

2. Materielle Standards

Welche materiellen Standards wären mit einer solchen Beschränkung der Inhaltskontrolle auf Fälle der Durchsetzung von Marktmacht verbunden? Meiner Ansicht nach wäre grundsätzlich an die marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV und § 19 GWB anzuknüpfen.⁵⁵ Wobei ich nicht missverstanden werden möchte: Erforderlich ist nicht etwa ein Missbrauch dieser Stellung sondern nur die Marktbeherrschung; maßgebend wäre auf der Basis der Marktbeherrschung nun der Standard des § 307 BGB: die marktbeherrschende Stellung wäre Anwendungsvoraussetzung von § 307 BGB.⁵⁶

Die Kriterien nach § 19 GWB respective Art. 102 AEUV werden freilich zu eng sein. Die Anforderungen an die marktbeherrschende Stellung sind hoch und auch die zusätzlichen Vermutungen, wie sie § 19 Abs. 3 GWB aufführt, werden hier nicht ausreichen. Sinnvoll wäre es, die sicher einschlägigen Fälle des § 19 Abs. 3 GWB um weitere Fälle zur Eröffnung der AGB-Kontrolle zu ergänzen. Man könnte sich etwa vorstellen, dass die Vermutung für eine marktbeherrschende Stellung dann eingreift, wenn bestimmte Klauseln einer schwarzen Liste vom Verwender verwandt werden, die auf eine marktbeherrschende Stellung hindeuten; der Durchsetzung überlanger Zahlungsfristen könnte etwa eine solche Signalwirkung zukommen. Eine ähnliche Vermutung ließe sich an die Verwendung brancheninterner AGB gegenüber Außenseitern knüpfen, und schließlich sollte meines Erachtens die Regelung der öffentlichen Aufträge in § 97 ff GWB Anlass genug sein, um der öffentlichen Hand und den ihr gleichgestellten Unternehmen ebenfalls automatisch die vollständige Inhaltskontrolle aufzulegen.

3. Absicherung durch Verfahren

Natürlich ist die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung in einem Inhaltskontrollverfahren, und das womöglich noch vor einem Amtsgericht, alles andere als ein Kinderspiel. Deswegen sollte man eine solche Inhaltskontrolle verfahrensrechtlich absichern:

Zunächst sollte es möglich sein, eine bindende aber nicht ausschließliche Feststellung der Kontrollschwelle durch Verwaltungsakt vorzusehen. Ferner sollte umgekehrt eine wettbewerbsrechtlich orientierte Freistellungsentscheidung für Bedingungs Pakete möglich sein. Zudem sollten einzelne, auch unabhängig von Paketlösungen, unangemessene Klauseln in der bereits erwähnten schwarzen Liste eingetragen werden, weil sie typisch für Durchsetzung überlegener Markt- und Verhandlungsmarkt sind. Auf diese Weise ließe sich auch klarstellen, dass die Vereinbarung von Haftungshöchstgrenzen nicht immer auf überlegener Marktmacht beruht, sondern auch Ausdruck einer vernünftigen, auf Versicherungslösungen beruhenden Lösung sein können.

Ein solch wettbewerbsrechtlicher Ansatz muss selbstverständlich nicht nur durch die Zivilgerichte, sondern auch öffentlich-rechtlich durch die Wettbewerbsbehörden durchgesetzt werden. Berufen für die vorgeschlagenen Verwaltungsakte ist damit richtigerweise in aller erster Linie das

Bundeskartellamt, das ggf. durch weitere wettbewerbslich orientierte Behörden wie die BaFin und die Bundesnetzagentur ergänzt werden könnte. Dieses Ergebnis einer teilweise ins öffentliche Recht verschobenen Grundanlage überrascht. Die entspricht freilich der verbraucherrechtlichen Schlüssel-erkenntnis, dass ziviles Verbraucherrecht häufig eine Folge des Versagens öffentlich-rechtlicher Kontrollmechanismen darstellt. Mit dieser Erkenntnis im Hintergrund erscheint die wettbewerbsliche Orientierung der Inhaltskontrolle der richtige Weg und die grundsätzliche Zuständigkeit der für den Wettbewerb zuständigen Behörden, auch die richtige zuständigkeitsrechtliche Anknüpfung zu sein.

⁵⁵ Ein „Monopol“ zu fordern (so *Kessel/Stomps* BB 2009, 2666, 2673) würde hingegen deutlich zu weit gehen.

⁵⁶ In diesem Sinne bereits *Kessel/Stomps* BB 2009, 2666, 2673.



Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, Bayreuth

Der Autor ist Professor. Er ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bayreuth.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

AGB: Der Maßstab der Inhaltskontrolle und der Wille des Gesetzgebers

AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr: Gesetzgeber gefordert – Regelungsvorschlag*

Rechtsanwalt Thomas R. Hannemann, Karlsruhe

Einen konkreten Vorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr aus Anwaltssicht hat der Autor auf dem gemeinsamen AGB-Symposium des Deutschen Juristentags und des Deutschen Anwaltvereins vorgestellt. Kerngedanke ist, dass das AGB-Recht nur dann in die Privatautonomie eingreifen soll, wenn das notwendig ist.

I. Einführung

Fast 35 Jahre nach Inkrafttreten des AGBG am 1. April 1977 mehren sich die Stimmen, die einen mehr oder minder großen Änderungsbedarf des seit der Schuldrechtsreform in das BGB implementierten AGB-Rechts (§§ 305–310) im unternehmerischen Rechtsverkehr, also im business-to-business-Bereich („B2B“), fordern.¹ Einigkeit besteht darüber, dass sich die Rechtslage im business-to-consumer-Bereich („B2C“), mithin unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes, bewährt hat und keinerlei Änderungen bedarf. Bei den Befürwortern einer Reform des AGB-Rechts im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen² haben sich 2 „Stellschrauben“ herauskristallisiert: zum einen eine Änderung des Begriffs des „Aushandelns“ in § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB³ und zum anderen die Inhaltskontrolle gem. § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. Während der zuerst genannte Gesichtspunkt gesondert behandelt wird⁴, ist Thema dieses Beitrages allein die Problematik des Maßstabs der Inhaltskontrolle im B2B-Bereich. Dabei beleuchten die nachstehenden Auswirkungen in erster Linie die Vorstellungen des Gesetzgebers im Rahmen der Einführung des AGBG auch für den (damals) kaufmännischen Rechtsverkehr und stellen diesen die Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gegenüber. Es wird darin deutlich werden, dass sich die Entwicklung der Rechtsprechung zu entwickeln, die sich mit der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention kaum mehr in Einklang bringen lässt. Dies könnte aber bereits durch geringfügige Änderungen unter Beibehaltung sämtlicher Grundprinzipien des deutschen AGB-Rechts korrigiert werden. So würde nicht nur der ursprüngliche gesetzgeberische Wille umgesetzt, sondern zugleich der berechtigten Kritik an der bisherigen Rechtslage im unternehmerischen Rechtsverkehr Rechnung getragen.

II. Wille des Gesetzgebers

Betrachtet man die Materialien zum Entwurf eines „Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedin-

gungen“ (AGBG), dann findet sich dort ausdrücklich die *Ausgangsbewertung*, dass „derjenige Vertragsteil, der seine eigenen AGB in das einzelne Rechtsgeschäft einbringt, gegenüber dem anderen Vertragsteil stets einen organisatorischen Vorsprung hat insofern, als das eingebrachte Klauselwerk das in sich abgeschlossene Ergebnis einer sorgfältigen Analyse der wirtschaftlichen Geschäftsrisiken ist, deren mögliche rechtliche Konsequenzen durch die in den AGB getroffenen Bestimmungen bereits im voraus juristisch bewältigt und – soweit nachteilig – in aller Regel von dem Verwender abgewendet werden. Schon allein dieser organisatorische Vorsprung der vorgefertigten Vertragsgestaltung, deren rechtliche Tragweite der mit ihr konfrontierte andere Vertragsteil zumeist nicht voll zu überblicken vermag, schafft Überlegenheit; nicht selten wird sie aber noch dadurch verstärkt, dass der Vertragspartner, der sich den AGB unterwerfen soll, wirtschaftlich schwächer oder intellektuell unterlegen ist“.⁵ Es kommt also nicht, wie häufig zu lesen ist, in erster Linie auf eine wirtschaftliche, soziale, intellektuelle oder psychologische Unterlegenheit des Vertragspartners des Verwenders an. Ansonsten ließe sich auch nicht erklären, weshalb für die Anwendbarkeit des AGB-Rechts insoweit keinerlei Nachweis einer derartigen Unterlegenheit des Vertragspartners des Verwenders oder einer entsprechenden Überlegenheit des Verwenders verlangt wird.⁶ Die Korrektur einer rechtlich zu beanstandenden Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung des Vertragspartners ist vielmehr die Domäne des Kartellrechts, nicht aber des AGB-Rechts. Den Schutzgrund des AGB-Rechts vor allem in einem „partiellen Marktversagen“ zu sehen, wonach es sich für den Vertragspartner des Verwenders nicht lohnt, Zeit und Geld („Transaktionskosten“) in diejenigen Bemühungen zu investieren, die erforderlich sind, um entweder im Verhandlungswege eine Änderung der AGB zu erreichen oder günstigere Konditionen bei einem anderen Anbieter zu ermitteln⁷, ist im B2C-Bereich und auch im B2B-Bereich, sofern es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, das nicht zum Kernbereich der Geschäftstätigkeit des jeweiligen Unternehmens gehört, durchaus zutreffend, auch wenn dies der Gesetzgeber so nicht in den Vordergrund gestellt hat. Damit ist aber nicht erklärt, weshalb sich ein Unternehmer auf den Schutz des

* Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag auf dem gemeinsamen Symposium des Deutschen Anwaltvereins und des Deutschen Juristentags „AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr: Stärke oder Schwäche des deutschen Rechts?“ am 19. Januar 2012 in Berlin (Tagungsbericht siehe Seite 352 in diesem Heft). Die Vortragform ist beibehalten.

1 Vgl. nur die Literaturliste der Industrie- und Handelskammer (IHK) Frankfurt am Main unter www.agb-recht-initiative.de, die neben jeweils einem Beitrag aus 1999, 2003, 2004, 2005 und 2006 eine kontinuierliche Steigerung vor allem ab 2010 aufführt – eine Entwicklung, die auch durch, soweit ersichtlich, 2 einschlägige aktuelle Dissertationen dokumentiert wird: *Andreas Stomps: Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr*, Nomos Verlag 2011, und *Constantin Axer: Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr*, Verlag Peter Lang 2012.

2 Die in Fußnote 1 erwähnte Schriftumsübersicht nennt auch die vielfältigen Beiträge des wichtigsten und wortgewaltigsten Vertreters des status quo, Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen.

3 Nach Auffassung der Rechtsprechung ist „aushandeln mehr als verhandeln“ und muss sich auf jede einzelne Klausel beziehen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 23.1.2003 – VII ZR 210/01 – NJW 2003, 1805; BGH, Urteil vom 5.10.2005 – VIII ZR 16/05 – NJW 2006, 47), so dass verhandelte „Paket-Lösungen“ dennoch der AGB-Kontrolle unterliegen und ebenso die unveränderte Übernahme ausgehandelter Vertragsbedingungen in Folgeverträge zwischen denselben Vertragspartnern, ohne nochmaliges erneutes Aushandeln. Die Rechtsprechung des BGH, auch wenn dies wiederholt formelhaft verneint wird, verlangt letztendlich faktisch für ein Aushandeln eine Änderung des ursprünglich eingebrachten Vertragstextes (vgl. BGH, Urteil vom 3.11.1999 – VIII ZR 269/98 – NJW 2000, 1110).

4 Vgl. die Beiträge in diesem Heft Kessel, AnwBl 2012, 293 ff., und Schmidt-Kessel, AnwBl 2012, 308 ff.

5 BT-Drucks. 7/3919, S. 13.

6 So zu Recht MünchKommBGB/Basedow, 5. Aufl., § 305 Rn. 4.

7 MünchKommBGB/Basedow, aaO, § 305 Rn. 5; vgl. auch Leuschner, JZ 2010, 875 ff.

AGB-Rechts berufen können soll, wenn er bewusst den Aufwand scheut, bei Rechtsgeschäften, die zum Kernbereich seines Unternehmens gehören, für ihn akzeptable Vertragsbedingungen zu erreichen.⁸

Der Gesetzgeber jedenfalls hat 1975 vor dem Hintergrund seiner vorstehend dargestellten Ausgangsüberlegungen den *Schutzzweck* des geplanten AGBG darin gesehen, zu verhindern, dass „die Vertragsfreiheit für das einseitige Diktat unbilliger oder gar missbräuchlicher AGB in Anspruch genommen wird“⁹. Für ihn ist „das wesentliche Charakteristikum von AGB die Einseitigkeit der Auferlegung“¹⁰, also die Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit durch eine Partei ohne Einflussmöglichkeit des anderen Vertragsteils, dem dann nur noch die Vertragsabschlussfreiheit bleibt, also die „Freiheit“, sich einen anderen Vertragspartner zu suchen.

Der Gesetzgeber sah daher konsequenterweise folgende *Aufgabe des AGB-Rechts*: Wiederherstellung des „Prinzips des angemessenen, sachgerechten und vernünftigen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen bei der Verwendung von AGB im rechtsgeschäftlichen Wirtschaftsverkehr, das nach den Grundvorstellungen des BGB die Vertragsfreiheit legitimiert“.¹¹ Das AGB-Recht sollte mithin „die der Vertragsgestaltung vorgegebene Überlegenheit des AGB-Verwenders durch Schutzvorschriften zu Gunsten des AGB-Unterworfenen sachgerecht und vernünftig ausgleichen, ohne die Privatautonomie mehr als zur Erreichung dieses Ziels erforderlich einzuengen“.¹²

Ursprünglich war das AGBG als Gesetz zum Schutz des Endverbrauchers konzipiert. Sein persönlicher Anwendungsbereich sollte für Vollkaufleute nicht gelten, sondern lediglich für Minderkaufleute. Vor allem die Diskussionen auf dem 50. Deutschen Juristentag 1974 in Hamburg, und dort in erster Linie der Beitrag von Prof. Dr. Peter Ulmer, haben dann aber ein Umdenken bewirkt. Abgesehen von prognostizierten Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Voll- und Minderkaufleuten wurde u. a. zu Recht darauf hingewiesen, dass bei der bis dorthin ergangenen Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle von AGB in keiner Weise zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten differenziert worden war und die meisten Urteile sogar allein den kaufmännischen Rechtsverkehr betroffen haben.¹³

Der Gesetzgeber hat sich daher auch vor dem Hintergrund der weiteren Überlegung, dass das AGB-Recht als eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben, der im gesamten Vertragsrecht Geltung beansprucht, dazu entschieden, *Rechtsgeschäfte mit Kaufleuten nicht auszunehmen*¹⁴. Er hat aber bereits damals ausdrücklich darauf hingewiesen, dass beachtet werden müsse, dass „der kaufmännische Rechtsverkehr wegen der dort herrschenden Handelsbräuche, Usancen, Verkehrssitten und der zumeist größeren rechtsgeschäftlichen Erfahrung der Beteiligten auf eine stärkere Elastizität der für ihn maßgeblichen vertragsrechtlichen Normen angewiesen ist als der Rechtsverkehr mit dem Letztverbraucher“.¹⁵

Und weiter: „Die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs zwischen Gewerbetreibenden der verschiedenen Produktion- und Vertriebsstufen sind zu differenzieren, um sie in Ansehung aller Detailregelungen des Entwurfs mit den Anforderungen des Rechtsverkehrs mit dem Letztverbraucher auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen“.¹⁶ Andernfalls bestehe „die Gefahr, dass entweder der kaufmännische Rechtsverkehr zu stark eingeschnürt oder der Schutz des Letztverbrauchers weitgehend ausgehöhlt wird“.¹⁷

In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber – und dies ist besonders bemerkenswert – betont, dass die Klauselkataloge (jetzt in §§ 308 und 309 BGB) „bei Verträgen zwischen Kaufleuten nicht stets und immer zu missbilligen sind“, etwa „weil sie dort im Zusammenhang mit einer Vielzahl von Geschäften zwischen den Vertragsparteien zu sehen sind oder durch Vorteile anderer Art ausgeglichen werden können, die dem privaten Letztverbraucher bei einmaligem Vertragsabschluss über eine einmalige Leistung nicht zuteil werden“.¹⁸ Der Gesetzgeber hat also bereits damals die jetzt thematisierten „Paket-Lösungen“ von einer Inhaltskontrolle grundsätzlich ausnehmen wollen.

Dabei wollte der Gesetzgeber mit der Regelung jetzt in § 310 Abs. 1 S. 2 1. Halbsatz BGB ausdrücklich festhalten, dass aus jetzt § 310 Abs. 1 S. 1 BGB keineswegs gefolgert werden dürfe, die im Bereich der Verbrauchergeschäfte stets unwirksamen Klauseln heute der §§ 308 und 309 BGB „seien im Bereich kaufmännischer Geschäfte stets wirksam“.¹⁹ Es sollte daher allein zur Vermeidung einer solchen Folgerung klargestellt werden, dass „die Anwendbarkeit der Generalklausel auch im kaufmännischen Rechtsverkehr in keiner Weise eingeschränkt ist und im Einzelfall zur Unwirksamkeit auch solcher AGB-Bestimmungen führen kann, die der Entwurf generell nur im Zusammenhang mit Verbrauchergeschäften verbieten will“.²⁰

Auf Initiative des Rechtsausschusses wurde schließlich noch der 2. Halbsatz in heute § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB aufgenommen, wonach bei Anwendung der Generalklausel auf die *im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche* Rücksicht zu nehmen ist. Damit sollte deutlich gemacht werden, „dass eine vom Verbrauchergeschäft differenzierte Anwendung der Generalklausel auf Geschäfte zwischen Kaufleuten namentlich dann geboten ist, wenn es um die Beurteilung von Vertragsbestimmungen geht, die bei Verwendung gegenüber Nichtkaufleuten ohne weiteres ... unwirksam wären“.²¹

Interessant ist, dass sogar noch der *Gesetzgeber* der zum 1.1.2002 in Kraft getretenen *Schuldrechtsreform* der Auffassung war, mit dieser gesetzlichen Regelung ausreichende Kriterien im kaufmännischen Rechtsverkehr aufgestellt zu haben, um diesen nicht unzumutbar einzuengen. So hatte der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren angeregt, „zu prüfen, wie sichergestellt werden kann, dass die Neuregelung des Gesetzes nicht zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit von Unternehmen bei der Gestaltung ihrer Vertragsbeziehungen untereinander führt“.²² Er befürchtete, dass andernfalls „ein zunehmender

8 Kann er dieses Ziel etwa wegen einer beherrschenden Marktmacht seines Verhandlungspartners nicht erreichen, hilft ihm – wie dargelegt – das Kartellrecht.

9 BT-Drucks. 7/3919, S. 9 f.

10 BT-Drucks. 7/3919, S. 15 f.

11 BT-Drucks. 7/3919, S. 13, li. Sp.

12 BT-Drucks. 7/3919, S. 13, re. Sp.

13 So auch zutreffend v. *Westphalen*, NJW 2009, 2977 bei Fn. 28.

14 BT-Drucks. 7/3919, 14, 43; die auch europarechtlich veranlasste Erweiterung auf den Begriff des Unternehmers durch das HRefG 1998, vgl. § 14 BGB, unter den u. a. auch nebenberufliche, selbstständige und branchenfremde Tätigkeiten fallen, hat die grundsätzliche Schutzbedürftigkeit dieser Gruppe verstärkt.

15 BT-Drucks. 7/3919, S. 14.

16 BT-Drucks. 7/3919, S. 43.

17 BT-Drucks. 7/3919, S. 43.

18 BT-Drucks. 7/3919, S. 43.

19 BT-Drucks. 7/3919, S. 43.

20 BT-Drucks. 7/3919, S. 44.

21 BT-Drucks. 7/5422, S. 14.

22 BT-Drucks. 14/6857, S. 17 li. Sp.

Druck zum Ausweichen auf ausländisches Recht entstehen wird“, „was nicht Ziel des deutschen Gesetzgebers sein kann.“²³ Ausdrücklich hat der Bundesrat angeregt, „die (in aller Regel) deutlich geringere Schutzbedürftigkeit bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Unternehmen“ herauszustellen, indem z. B. in § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB nach dem Wort „Gebräuche“ die Worte „sowie die geringere Schutzbedürftigkeit“ eingefügt wird.²⁴ Die Antwort lautete wie folgt: „Die Bundesregierung hält es nicht für geboten, die Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die Unternehmen untereinander verwenden, unter den Vorbehalt geringerer Schutzbedürftigkeit der Unternehmen zu stellen. Dass beiderseitige Handelsgeschäfte flexibleren Prüfungskriterien unterliegen als Verbrauchergeschäfte, ergibt sich bereits aus § 310 Abs. 1 BGB-RE. Im Übrigen würde ein Hinweis auf die „Schutzbedürftigkeit“ von Unternehmen nur zusätzliche Rechtsunsicherheit hervorrufen.“²⁵

III. Auffassung der Rechtsprechung

Was hat nun vor allen Dingen die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH aus diesen gesetzgeberischen Vorgaben gemacht?

Schon im März 1984, also keine sieben Jahre nach Inkrafttreten des AGBG, und danach in ständiger Rechtsprechung hat der BGH festgehalten, dass der Klauselkatalog des § 11 AGBG, jetzt § 309 BGB, auch bei Verwendung unter Kaufleuten ein Indiz für eine unangemessene Benachteiligung sei, „es sei denn sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des kaufmännischen Rechtsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden“, wobei „die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“ keine abweichende Beurteilung erlauben sollen.²⁶

Für die Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit im Rahmen von § 10 AGBG, heute § 308 BGB, hat der BGH kurz darauf postuliert, dass die „Grundgedanken“ dieses Klauselkatalogs („insbesondere“) über § 242 BGB auch bei der Beurteilung am Maßstab des § 9 AGBG, jetzt § 307 BGB, im B2B-Bereich gelten.²⁷ Auch hieran hat der BGH mit marginalen Modifikationen bis heute in ständiger Rechtsprechung festgehalten.²⁸

Prüfen die Gerichte die Wirksamkeit einer Klausel im unternehmerischen Rechtsverkehr anhand der Generalklausel des § 307 BGB bzw. zuvor des § 9 AGBG, etwa im gewerblichen Mietrecht, dann wird so gut wie immer folgende „Begründungskette“ bemüht:

- § 307 BGB gelte bekanntlich für Unternehmer und Verbraucher gleichermaßen.
- Das dispositive Gesetz (hier z. B.: § 535 Abs. 1 BGB) behandle beide gleich.
- Es gebe keinen Unterschied beim gesetzlichen Schutzzweck, ob es sich um das Rechtsverhältnis zu einem Verbraucher oder zu einem Unternehmer handle.

Die obergerichtliche Rechtsprechung kommt also letztendlich bei der Inhaltskontrolle anhand der Generalklausel zu demselben Ergebnis, völlig unabhängig davon, ob es sich um den B2C- oder den B2B-Bereich handelt.²⁹

Angesichts dieses Befundes ist es dann auch nicht mehr verwunderlich, dass der BGH es sogar ausdrücklich offen gelassen hat, ob der Vertragspartner Unternehmer ist oder nicht: es gebe keinen Grund für eine entsprechende Differenzierung und die Interessen im kaufmännischen Rechts-

verkehr würden keine Besonderheiten aufweisen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten.³⁰

Die schon in § 24 Satz 2, 2. Halbsatz AGBG und jetzt in § 310 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB genannten „im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“, auf die „angemessen Rücksicht zu nehmen“ ist, haben in der Praxis in der Regel keine Differenzierung bei der Inhaltskontrolle bewirkt. Dies deshalb, da die Rechtsprechung die Anforderungen an das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals sehr hoch gesetzt hat. Danach muss ein – regelrechter Handelsbrauch nach § 346 HGB vorliegen, also eine gleichmäßige, einheitliche und freiwillige Übung über einen längeren Zeitraum³¹, was in der Praxis bis auf wenige Ausnahmen (zum Beispiel die sog. Tegernseer Gebräuche) kaum jemals der Fall ist. Zwar sollen auch AGB einen Handelsbrauch wiedergeben können, aber nur, sofern die dort getroffene Regelung auch ohne besondere Vereinbarung oder Empfehlung (der die AGB erstellenden Interessenverbände) freiwillig befolgt wird.³² Soweit ersichtlich hat der BGH nur einmal im Rahmen des § 11 AGBG, jetzt § 309 BGB, die Branchenüblichkeit einer seit langem verwendeten AGB bei der Bestimmung des Maßstabs der Inhaltskontrolle anhand der Generalklausel des § 9 AGBG, heute § 307 BGB, berücksichtigt, aber „nur in Ausnahmefällen“.³³

IV. Klauselverbote im B2B-Bereich

Aus den vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass die Rechtsprechung den vom Gesetzgeber angestrebten Zweck des § 310 Abs. 1, 1. Halbsatz BGB, wie schon der Vorgängervorschrift des § 24 Satz 2, 1. Halbsatz AGBG, tendenziell ins Gegenteil verkehrt hat. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Formulierung – wie dargelegt – erreichen, dass nicht der Eindruck erweckt wird, die im B2C-Bereich unwirksamen Klauseln in den §§ 10 und 11 AGBG oder jetzt §§ 308 und 309 BGB seien im kaufmännischen bzw. unternehmerischen Rechtsverkehr stets wirksam. Er wollte die Möglichkeit erhalten, dass ausnahmsweise AGB-Bestimmungen im Einzelfall auch im B2B-Bereich im Rahmen einer Prüfung anhand der Generalklausel unwirksam sein können, die im Zusammenhang mit Verbrauchergeschäften immer unwirksam sind. Die dargestellte „Gleichschritt“-Rechtsprechung führt dagegen mit der von ihr erfundenen Indizwirkung der Klauselverbote auch im B2B-Bereich gerade zu einer Umkehr dieses vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollten Regel-Ausnahme-Verhältnisses.

23 BT-Drucks. 14/6857, S. 17 re. Sp.

24 BT-Drucks. 14/6857, S. 17 re. Sp.

25 BT-Drucks. 14/6857, S. 54, re. Sp.

26 BGH, Urteil vom 8.3.1984 – VIII ZR 349/82 – NJW 1984, 1750; Urteil vom 20.4.1993 – X ZR 67/92 – NJW 1993, 2054; Vers.-Urteil vom 28.10.2004 – VII ZR 385/02 – NJW-RR 2005, 247; Vers.-Urteil vom 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 – NJW 2007, 3774

27 BGH, Urteil vom 14.11.1984 – VIII ZR 283/83 – NJW 1985, 738.

28 Vgl. etwa BGH, Urteil vom 12.1.1994 – VIII ZR 165/92 – NJW 1994, 1060; Urteil vom 27.10.1998 – X ZR 116/97 – NJW 1999, 418; Urteil vom 3.2.2005 – III ZR 268/04 – NJW-RR 2005, 642.

29 BGH, Urteil vom 6.4.2005 – XII ZR 308/02 – NZM 2005, 504; Urteil vom 8.10.2008 – XII ZR 84/06 – NJW 2008, 3772; OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.12.2010 – 10 U 66/10 – NJW 2011, 1011; KG, Hinweisbeschl. vom 17.5.2010 – 8 U 17/10 – NJW 2011, 1084.

30 BGH, Urteil vom 18.4.2002 – VII ZR 192/01 – NJW 2002, 2388.

31 BGH, Urteil vom 25.11.1993 – VII ZR 17/93 – NJW 1994, 659; Urteil vom 25.4.2001 – VIII ZR 135/00 – NJW 2001, 2331.

32 BGH, Urteil vom 2.7.1980 – VIII ZR 178/79 – BB 1980, 1552; Urteil vom 25.11.1993 – VII ZR 17/93 – NJW 1994, 659.

33 BGH, Urteil vom 3.3.1988 – X ZR 54/86 – NJW 1988, 1785, 1788.

Es mag sein, dass der Wille des Gesetzgebers im Wortlaut der vorzitierten einschlägigen gesetzlichen Regelungen keinen hinreichend deutlichen Ausdruck gefunden hat. Der Gesetzeswortlaut spricht aber auch nicht für die von der Rechtsprechung für richtig gehaltene Indizwirkung.

V. Unangemessene Benachteiligung

Bei der Prüfung anhand der Generalklausel des § 307 BGB, wie schon unter Geltung der Vorgängervorschrift des § 9 AGBG, wird das Tatbestandsmerkmal der Unangemessenheit in der Regel nicht gesondert geprüft, sondern mit der Feststellung der Abweichung vom „Gerechtigkeitsgehalt“ des dispositiven Rechts bzw. von „Kardinalpflichten“³⁴ unterstellt. Es kann aber nicht richtig sein, allein die Abweichung vom dispositiven Recht zum Indiz für eine unangemessene Benachteiligung zu machen, ohne zusätzlich zu prüfen, ob dadurch der Vertragspartner des Verwenders wirklich unangemessen benachteiligt wird. Schließlich findet eine Inhaltskontrolle erst dann statt, wenn vom dispositiven Recht abgewichen wird. Die Voraussetzung einer Inhaltskontrolle kann nicht zugleich Indiz für deren Ergebnis sein. Schon gar nicht, wenn sich der Gesetzgeber dazu entschieden hat, die entsprechende gesetzliche Regelung gerade nicht – wie häufig im B2C-Bereich – zwingend auszugestalten.

VI. Berücksichtigung der „im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Gebräuche“

Die mit der Aufnahme dieses 2. Halbsatzes verbundene Intention des Gesetzgebers wird dadurch verfehlt, dass die Rechtsprechung ohne durchschlagenden Grund eine Gleichsetzung mit einem Handelsbrauch vorgenommen hat. Damit liegen in der Praxis die Voraussetzungen dieses Tatbestandsmerkmals so gut wie nie vor. Dabei hilft es nur wenig, die „Handelsgebräuchlichkeit“ einer Vertragsbestimmung als Indiz für deren Wirksamkeit zu beurteilen mit Beweislastumkehr zu Lasten des Vertragspartners des Verwenders.³⁵

Die Rechtsprechung kann sich sicherlich auf den als missglückt zu bezeichnenden Gesetzeswortlaut berufen, der den vorstehend dargestellten Willen des Gesetzgebers allenfalls unzureichend umgesetzt. Es bedarf daher eines anderen Maßstabs, der Branchenunterschiede, auch im internationalen Rechtsverkehr, berücksichtigt.

VII. Lösungsvorschlag

Der Vergleich des ursprünglichen Willens des Gesetzgebers bei einer Klauselkontrolle im B2B-Bereich mit der obergerichtlichen Rechtsprechung gibt letztendlich einen Lösungsvorschlag vor, der nur geringfügige gesetzgeberische Änderungen allein des § 310 Abs. 1 BGB erforderlich macht, ohne dessen Grundstruktur zu verändern. Erst recht bedarf es keiner größeren Eingriffe in das aktuelle AGB-Recht des BGB, um der berechtigten Kritik an der aktuellen Rechtslage (vgl. nur die Nachweise in Fußnote 1) Rechnung zu tragen. Allerdings ist ein Aktivwerden des Gesetzgebers unumgänglich;

³⁴ Wobei an dieser Stelle als (be-)merkenswert festzuhalten ist, dass der BGH die Auffassung vertritt, dass sich einem Unternehmer nicht erschließen soll, was mit „Kardinalpflichten“ gemeint sei: BGH, Urteil vom 20.7.2005 – VIII ZR 121/04 – NJW-RR 2005, 1496; dazu instruktiv *Kappus*, NJW 2006, 15 ff.

³⁵ MünchKommBGB/*Basedow*, aaO, § 310 Rn. 10.

angesichts der langjährigen ständigen Rechtsprechung ist die Hoffnung auf deren Änderung – zudem noch in dem gebotenen zeitnahen Rahmen – unbegründet.

Dabei sind folgende Vorgaben zu beachten:

- Bereits der Gesetzeswortlaut muss deutlich machen, dass die verbotenen Klauseln in den §§ 308 und 309 BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr nur ausnahmsweise bei einer Prüfung anhand der Generalklausel des § 307 BGB unwirksam sind.
- Die Inhaltskontrolle im Rahmen des § 307 BGB muss den Gesamtinhalt des Vertrages, etwa die erwähnten „Paket-Lösungen“, also den Ausgleich ungünstiger Vertragsbestimmungen von durch andere, für den unternehmerischen Vertragspartner des Verwenders vorteilhafte vertragliche Regelungen, mit heranziehen.
- Die Berücksichtigung von Handelsbräuchen im eigentlichen Sinne ist zu ersetzen durch den Vergleich mit den üblichen Gepflogenheiten der entsprechenden Branche.
- Dabei ist weiter danach zu differenzieren, ob das Rechtsgeschäft zum Kernbereich der Geschäftstätigkeit des Unternehmens gehört, das mit dem Verwender einen Vertrag abschließt, oder ob der Vertrag nicht zu den Kerngeschäften dieser Branche gehört (z. B. ein Handwerker schließt einen Mietvertrag). Im zuerst genannten Fall kann dem Unternehmer angesonnen werden, Zeit und Geld zu investieren, um eine Änderung der vorgegebenen Vertragsbestimmungen zu seinen Gunsten zu erreichen.
- Maßgeblich muss weiter eine Abweichung von einer „objektiv vernünftigen“ unternehmerischen Praxis sein, um dem im deutschen AGB-Recht maßgeblichen abstrakt-generellen Prüfungsmaßstab Rechnung zu tragen, wobei unerhebliche Abweichungen nicht bereits zu einer uneingeschränkten Inhaltskontrolle führen sollten.
- Schließlich hat bereits der Gesetzeswortlaut als eine ausdrückliche Leitlinie für den Maßstab der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB deutlich zu machen, dass grundsätzlich Unternehmer eines geringeren Schutzes durch das AGB-Recht bedürfen als Verbraucher.

Daher bietet sich folgende gesetzliche Änderung an, deren genauer Wortlaut selbstverständlich nur eine Diskussionsgrundlage sein kann.

§ 310 Abs. 1 BGB:

Satz 2: Die in den §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen können aber in den Fällen des Satzes 1 ausnahmsweise im Rahmen von § 307 Abs. 1 und 2 unwirksam sein.

Satz 3: Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 und 2 liegt nicht vor, wenn die Bestimmung unter Heranziehung des Gesamtinhalts des Vertrages, insbes. dort geregelter anderer Kompensationen zugunsten des Vertragspartners des Verwenders, sowie der jeweils üblichen Gepflogenheiten der betroffenen Branche, zu deren Kerngeschäft der Vertrag gehört, von objektiv vernünftiger unternehmerischer Praxis allenfalls unerheblich abweicht. Dabei ist die grundsätzlich geringere Schutzbedürftigkeit von Unternehmern gegenüber Verbrauchern zu beachten.



Rechtsanwalt Thomas R. Hannemann, Karlsruhe

Der Autor ist Rechtsanwalt. Er ist Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Mietrecht und Immobilien des Deutschen Anwaltvereins.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

AGB im B2B-Geschäft: Wenn die Wirklichkeit das Recht überholt

Die Grenzen des AGB-Rechts am Beispiel eines
Anbieters von Windenergieanlagen*

Rechtsanwältin Dr. Anke Frankenberger, Hamburg

Wie gehen deutsche Unternehmen mit dem AGB-Recht um?
Eine Syndikusanwältin berichtet aus der Praxis.

I. Die Ausgangslage: Ein Fallbeispiel

Mein Arbeitgeber, die Firma Nordex, ist ein mittelständischer Hersteller von Windkraftanlagen. Der Firmensitz ist in Rostock, die Hauptverwaltung in Hamburg. Der Umsatz der Firmengruppe betrug im Jahr 2010 rund 1 Mrd. Euro. Weltweit werden mehr als 2.500 Mitarbeiter beschäftigt, die Windkraftanlagen der Megawattklasse herstellen, das heißt Anlagen mit einer Nennleistung von 2,3 bis 2,5 Megawatt. Windkraftanlagen haben den Zweck, Strom zu generieren, den die Betreiber in die Netze einspeisen und dafür als Erlös eine Einspeisevergütung erhalten.

Wenn ein technischer Defekt zum Stillstand der Anlage führt, was bedauerlicherweise bei allen Maschinen manchmal der Fall sein kann, dann entsteht dem Betreiber – vorausgesetzt der Wind bläst – in der Regel sofort ein Vermögensschaden. Bei einem Stillstand der Anlage wird kein Strom produziert und daher kein Erlös generiert.

Im Anlagen- und Maschinenbau wird üblicherweise die Haftung für Vermögensschäden, also für Produktionsausfall oder entgangenen Gewinn, ganz ausgeschlossen oder zumindest summen-mäßig beschränkt. In den Verträgen, die Nordex abschließt, ist das so geregelt, dass den Kunden in einem Wartungsvertrag in Form einer ausdrücklichen Zusage die Gewähr für die technische Verfügbarkeit der Anlagen in einer bestimmten prozentualen Höhe gegeben wird. Unterschreitet die Anlage während der Dauer eines Jahres diese Verfügbarkeit aus Gründen, die Nordex zu vertreten hat, erfolgen Kompensationszahlungen an den Kunden.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Ob und wie stark der Wind weht, ist nicht vom Anlagenhersteller zu vertreten und dafür werden auch keine Zusagen gemacht. Bei der vom Hersteller übernommenen Haftung beziehungsweise Zusage für die technische Verfügbarkeit gibt es eine absolute Grenze. Diese Grenze orientiert sich in der Regel prozentual am theoretischen Jahresertrag einer Anlage.

II. Das AGB-Problem – und die Gerichte

Nordex befindet sich in Deutschland aktuell in einer Reihe von laufenden Gerichtsverfahren, die von Kunden – basierend auf der jetzigen herrschenden Rechtsprechung zum

AGB-Recht – gegen Nordex angestrengt wurden. Diesen Gerichtsverfahren liegt allen das folgende Szenario zugrunde:

Aufgrund eines Produktionsfehlers bei Rotorblättern, den Nordex zu vertreten hat, kam es zum Stillstand von Windkraftanlagen, da Rotorblätter ausgetauscht werden mussten. Nordex hat selbstverständlich die Summen an die Kunden gezahlt, die sich aus den vertraglichen Verfügbarkeitszusagen ergaben. Die Kunden lassen nun durch ihre Anwälte vortragen und machen geltend, dass eine summen-mäßige Beschränkung der Haftung nach AGB-Recht (zum Beispiel den §§ 307, 309 Nr. 8 BGB) unwirksam sei.

Unsere Kunden sind praktisch in allen Fällen Gesellschaften oder Unternehmen, die Verträge über Investitionen in eine oder in der Regel mehrere Windkraftanlagen geschlossen haben. Die Investitionssumme pro Windkraftanlage beträgt rund 2,5 Millionen Euro. Im Regelfall sind die Käufer selber oder durch ihre Banken anwaltlich vertreten. Einerseits werden also millionenschwere Investitionen getätigt, andererseits werden im Prozess Regeln in Anspruch genommen, die ihren Ursprung im Verbraucherschutz haben.

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist das Verhalten der zuständigen Geschäftsführer der Kläger nachvollziehbar: Zweck der die Windkraftanlagen betreibenden Gesellschaften ist meistens nur eben dieses Betreiben. Wenn das Betreiben unterbleibt, dann ist es aus haftungsrechtlichen Gründen verständlich, dass jedem möglich erscheinenden Anspruch gegen einen Verursacher nachgegangen wird. Der theoretisch mögliche Anspruch ist hier der AGB-rechtliche, dessen Behauptung durch die derzeitige Rechtsprechung und Literatur erleichtert wird.

Bislang hat Nordex jedes Verfahren in der ersten Instanz verloren. In keinem Fall wurde in der ersten Instanz Beweis erhoben, ob es sich bei den betreffenden Verträgen überhaupt um AGB handelt. In einigen Fällen wurden in erster Instanz Beweisbeschlüsse gefasst, um die Höhe eines Schadens genauer zu untersuchen.

Eine glückliche Entscheidung für Nordex ist die rechtskräftige Entscheidung des OLG Frankfurt vom 25. August 2011 ([5 U 209/09], Veröffentlichung im Betriebsberater geplant). In der ersten Instanz (LG Wiesbaden – 11 O 49/09 3. KfH) wurde ohne Beweisaufnahme der Vertrag in „Bausch und Bogen“ zu AGB erklärt und dem Kläger Ersatz zugesprochen, obgleich vom Kläger eine erkennbar fehlerhafte und nicht vertragskonforme Schadenberechnung vorgelegt worden war. In der Berufung wurde dann zumindest Beweis darüber erhoben, ob es hier bei Vertragsschluss zu Verhandlungen gekommen war. Der wichtigste Punkt dieser Berufungsentscheidung ist, dass auf den Vertrag, der zwischen Nordex und dem Kunden geschlossen wurde, das AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB nicht anzuwenden ist. Zwar weist das Gericht darauf hin, dass die Verbote des § 309 BGB über §§ 307, 310 Abs. 1 BGB auch im Verkehr zwischen Unternehmen zur Anwendung kommen könnten. Bei den streitgegenständlichen Klauseln handelt es sich jedoch nach Auffassung des Gerichts nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB.

Dafür wurde folgende Begründung gegeben: Eine allgemeine Geschäftsbedingung zeichnet sich dadurch aus,

* Der Praxisbericht beruht auf einem Vortrag auf dem gemeinsamen Symposium des Deutschen Anwaltvereins und des Deutschen Juristentags „AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr: Stärke oder Schwäche des deutschen Rechts?“ am 19. Januar 2012 in Berlin (Tagungsbericht siehe Seite 352 in diesem Heft). Die Vortragsform ist beibehalten.

dass sie einseitig auferlegt wird. Dabei kann der andere Vertragsteil gewöhnlich keinen Einfluss mehr auf die konkrete Ausgestaltung der Vertragsbedingungen ausüben. Wenn jedoch die Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen das Ergebnis einer freien Entscheidung ist, dann fehlt es an dem „einseitigen Auferlegen“. Im entschiedenen Fall hat das Gericht festgestellt, dass eine solche freie Entscheidung vorlag. Denn auch die andere Vertragspartei war jedenfalls in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei und hatte Gelegenheit, eigene alternative Textvorschläge in die Verhandlung ein- und durchzubringen. Das Gericht hat dabei insoweit ausdrücklich auf die Entscheidung des 8. Senats des BGH vom 17. Februar 2010 Bezug genommen (VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259, NJW 2010, 1131).

Es ist Nordex möglich gewesen, durch Zeugenvernehmung zu beweisen, dass in dem streitigen Verfahren ein solch verhandelter Vertrag vorlag. Durch glückliche Umstände konnte sich ein inzwischen nicht mehr bei Nordex beschäftigter Vertriebsmitarbeiter noch sehr gut an die Verhandlungen erinnern und viele überzeugende Einzelheiten mitteilen. Prozessual kam darüber hinaus hinzu, dass die Klägerseite auf einen Beweisantritt zum Thema „Verhandlungen bei Vertragsschluss“ in Gänze verzichtet hatte, woraus dann wiederum das Berufungsgericht die richtigen Schlüsse zog.

Der Ausgang von weiteren anhängigen Berufungsverfahren (vor den Oberlandesgerichten in Hamburg und Schleswig) ist nun abzuwarten. Nach einer am 19. Januar 2012 vor dem OLG Schleswig durchgeführten mündlichen Verhandlung sind wir optimistisch, obgleich dort wieder keine der von uns benannten Zeugen hinsichtlich der Vertragsverhandlungen zum Termin geladen worden waren.

III. AGB als Wettbewerbsnachteil

Befürchten muss ein Unternehmensjurist leider derzeit immer folgende theoretische Möglichkeiten eines Ausgangs eines Gerichtsverfahrens: Wenn das Gericht zur Auffassung kommt, dass hier zwischen den Parteien kein Individualvertrag geschlossen wurde, dann wird das Gericht als nächstes die vertraglichen Regeln einer inhaltlichen Kontrolle nach den §§ 307 ff. unterziehen. Der wesentliche Streitpunkt zwischen den Klägern und meinem Arbeitgeber ist die Frage, ob die vertraglich vereinbarten Haftungsbeschränkungen wirksam sind.

Warum fügt ein Unternehmen Haftungsbeschränkungen in ihre Verträge ein? Grund für die Haftungsbeschränkung ist es, im Falle eines haftungs-begründenden Umstandes das Haftungsrisiko berechnen zu können und es auch wirtschaftlich zu bewältigen. Wenn die theoretische Möglichkeit einer unbeschränkten Haftung wirtschaftlich von einem Unternehmen mit abgedeckt werden muss, dann müssten selbstverständlich die Preise für die verkauften Produkte andere sein, als wenn einvernehmlich gerichtsfeste Haftungsgrenzen vorliegen.

An dieser Stelle entsteht der potentielle Wettbewerbsnachteil für die deutsche Industrie, denn solche Kosten müssen in den Ländern nicht einkalkuliert werden, deren Recht wirksame vertragliche Haftungsbeschränkungen zwischen Unternehmen unproblematisch zulässt. Eine weitere wichtige Einzelheit ist in diesem Zusammenhang, dass es für uns als Anlagenhersteller nicht möglich ist, Vermögens-

schäden durch eine Versicherung abzudecken. Solche Versicherungen werden nicht angeboten. Für unsere Kunden, die Betreiber, ist das Risiko eines Anlagenstillstandes schon eher als Betriebsausfallrisiko versicherbar.

Der anwaltliche Vortrag in den von mir betreuten Fällen ist also selbstverständlich, dass die vereinbarten vertraglichen Haftungsbeschränkungen AGB-rechtskonform sind. Wenn ein zuständiges Gericht dieser Auffassung nicht folgen sollte, dann wäre folglich die entsprechende vertragliche Bestimmung unwirksam und die gesetzlichen Regeln gelten. Nach dem dann geltenden deutschen Recht droht aus solchen Konstellationen eine unbeschränkte, und dann wohl auch nicht einschränkbare Haftung, das heißt eine in der Höhe grundsätzlich nicht beschränkte Haftung.

Aus so einem Haftungsszenario kann theoretisch die Illiquidität und letztlich Insolvenz eines Unternehmens resultieren. Mein Auftrag als Chefjustitiarin ist, solche Szenarien für meinen Arbeitgeber unter allen Umständen zu verhindern.

Das Verhandeln von Vertragswerken – und die Dokumentation solcher Verhandlungen – ist für mich und meine Mitarbeiter eine der wichtigsten Aufgaben ist. Tatsächlich haben wir in der Praxis schon Fälle erlebt, in denen Geschäftspartner (oder deren Anwälte) versuchen, ein Verhandeln – oder gar Aushandeln – unter allen Umständen zu verhindern, um weiterhin den „Schutz“ des AGB-Rechts gegebenenfalls später „genießen“ zu können. Vor diesem Hintergrund wird selbstverständlich auch darüber nachgedacht, ob nicht die Rechtswahl in den Verträgen unter Umständen anders ausfallen sollte. So könnte bei Auslandsberührung die Anwendbarkeit eines ausländischen Rechts vereinbart werden. Meistens werden dort unproblematisch Haftungsbeschränkungen zugelassen.

Und vor genau diesem Hintergrund der bestehenden Rechtsunsicherheit engagiere ich mich persönlich in der Initiative zur Fortentwicklung des AGB Rechts, die von der Industrie- und Handelskammer Frankfurt, dem Zentralverband für die Elektroindustrie (ZVEI), und vom Verband der Deutschen Maschinen- und Anlagenbauer (VDMA), ins Leben gerufen wurde. Nach ausführlichen Diskussionen in Wissenschaft und Praxis wurden Formulierungsvorschläge ausgearbeitet und in die politische Diskussion eingebracht, die dazu führen sollen, das AGB Recht für Unternehmen in Deutschland im unternehmerischen Rechtsverkehr – also nur Business to Business – zu reformieren und berechenbarer zu machen.

Aus meiner Sicht kann nur so der Vertragsfreiheit in Deutschland wieder zur Durchsetzung verholfen und die wünschenswerte gesetzliche Klarheit geschaffen werden.



Dr. Anke Frankenberger, Hamburg

Die Autorin ist Rechtsanwältin. Als Syndikusanwältin ist sie Leiterin Recht & Versicherungen der Nordex SE, einem weltweit tätigen mittelständischen Anbieter von Windenergieanlagen.

Sie erreichen die Autorin unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

Obtaining Discovery in the USA for Use in German Legal Proceedings

A Powerful Tool: 28 U.S.C. § 1782

Lawrence S. Schaner, Chicago und Brian S. Scarbrough, Washington*

Die Internationalisierung von Gerichtsprozessen ist Realität. Während deutsche Gerichte auf Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland eher zurückhaltend reagieren, sind amerikanische Gerichte großzügiger. Beweisgesuche für ein Verfahren in Deutschland können auch an amerikanische Gerichte gerichtet werden. Die dadurch gewonnen Beweise können in dem eigenen (inländischen) Verfahren verwendet werden. Die Autoren stellen die amerikanische Regelung vor und weisen in einem Appendix auf Beispielsfälle aus der Praxis hin. Eine deutsche Zusammenfassung findet sich am Ende des Beitrags. Der Beitrag geht auf eine Veranstaltung der AG Internationaler Rechtsverkehr des Deutschen Anwaltvereins (DAV) und der American Bar Association (ABA) in Deutschland zurück.

I. Introduction

An international legal practitioner seeking to obtain discovery in the United States for use in foreign legal proceedings has a powerful tool available – a provision of the United States Code found at 28 U.S.C. § 1782 (hereinafter “Section 1782” or “§ 1782”). This provision allows litigants in non-U.S. proceedings to take advantage of the U.S.’s comparatively liberal approach to discovery. The discovery may include both sworn deposition testimony of witnesses and the production of documents. A U.S. court must grant permission in order to conduct § 1782 discovery. Such permission is not automatic. There are certain mandatory elements which must be established, and the court must also decide to exercise its discretion to allow the requested discovery to proceed.

German legal practitioners are no strangers to § 1782, having sought permission from U.S. courts to conduct discovery under § 1782 on many occasions. Section 1782 has been used in support of a broad range of German legal proceedings including, for example, contract disputes, employment disputes, shareholder disputes, patent infringement disputes and licensing disputes. It also has been used in support of proceedings outside of courtrooms, including arbitrations and matters before tax authorities.

In this article we discuss the background of § 1782, its mandatory requirements, its discretionary factors, and how the provision operates from a procedural standpoint. We then turn to a discussion of § 1782 in cases relating to German legal proceedings or German parties. We end with an appendix in which we have sought to compile all published and unpublished U.S. court decisions addressing applications for § 1782 assistance in support of legal proceedings in Germany or brought by German parties.

II. Section 1782 Background

The statutory origins of § 1782 date to federal legislation enacted in the mid-19th Century. Subsequent amendments and modifications broadened the scope of the provision and reduced restrictions on its use. The current text was enacted in 1964 with a minor addition in 1996.¹

In its current form, § 1782 provides, in pertinent part, as follows:

The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.

A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.²

U.S. courts apply § 1782 “in light of the twin aims of the statute: providing efficient means of assistance to participants in international litigation in our federal courts and encouraging foreign countries by example to provide similar means of assistance to our courts.”³

Following the Supreme Court’s 2004 decision in *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004), U.S. courts follow a two-step analysis in considering requests under § 1782. First, they examine whether certain elements required on the face of the statute (“mandatory factors”) have been satisfied. Second, they consider a series of additional factors in determining whether to exercise their discretion (“discretionary factors”) to permit § 1782 discovery.

A. Mandatory Factors

There are four mandatory factors that a party requesting discovery under § 1782 must establish. First, the request must be made “by a foreign or international tribunal” or by “any interested person.”⁴ An “interested person” includes, but is not required to be, a party to the foreign proceeding, a foreign sovereign, or a designated agent of a foreign sovereign.⁵ An “interested person” also includes any other person possessing a reasonable interest in obtaining judicial assistance.⁶

Second, the request must seek evidence, whether it be the “testimony or statement” of a person or the production of “a document or other thing.”⁷ In practice, this requirement translates into requests for evidence in the form of depositions and document requests.

Third, the discovery must be “for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation.”⁸ Under the

* The authors wish to acknowledge the assistance of Shyni R. Varghese, an attorney in Jenner & Block’s Chicago office, in the preparation of this article.

1 See generally Lawrence S. Schaner & Brian S. Scarbrough, *U.S. Discovery in Aid of International Arbitration and Litigation: The Expanded Role of 28 U.S.C. § 1782*, in *Austrian Arbitration Yearbook 2008* 299 (Christian Klausegger, et al., eds. 2008).

2 28 U.S.C. § 1782(a).

3 *In re Metallgesellschaft AG*, 121 F.3d 77, 79 (2d Cir. 1997).

4 28 U.S.C. § 1782(a).

5 *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 256 (2004).

6 *Id.*, quoting Hans Smit, *International Litigation under the United States Code*, 65 *Colum. L. Rev.* 1015, 1027 (1965).

7 28 U.S.C. § 1782(a).

8 *Id.*

Supreme Court's decision in *Intel*, the relevant inquiry is whether the foreign body acts as a first-instance decision maker, rendering a dispositive ruling responsive to a complaint and reviewable in court.⁹ A "foreign or international tribunal" under § 1782 includes, among others, courts and intergovernmental arbitral bodies.¹⁰

Lower U.S. courts have taken different positions following the *Intel* decision with respect to whether a private international commercial arbitration constitutes a "foreign or international tribunal." Some courts have found that an arbitral tribunal constituted to resolve a purely private commercial dispute qualifies as a "foreign or international tribunal."¹¹ Other courts have concluded that § 1782 was not intended to apply to private commercial arbitral proceedings.¹²

Fourth, the "person" from whom discovery is sought must "reside[]" or be "found" in the district of the U.S. district court in which the application for § 1782 discovery is brought.¹³ Physical presence in the applicable district of the U.S. is enough for a person to be "found" there.¹⁴

B. Discretionary Factors

Once the mandatory factors are established, the decision whether to permit § 1782 discovery is a matter within the discretion of the court. In exercising this discretion, U.S. courts are guided by four factors set forth by the Supreme Court in *Intel*.

First, courts should consider whether the documents or testimony sought are within the foreign tribunal's jurisdictional reach and thus accessible absent § 1782 aid.¹⁵ Specifically, "when the person from whom discovery is sought is a participant in the foreign proceeding . . . the need for § 1782(a) aid generally is not as apparent as it ordinarily is when evidence is sought from a nonparticipant in the matter arising abroad."¹⁶

Second, courts should examine "the nature of the foreign tribunal, the character of the proceedings underway abroad, and the receptivity of the foreign government or the court or agency abroad to U.S. federal-court judicial assistance."¹⁷

Third, courts should consider whether the § 1782 application "conceals an attempt to circumvent foreign proof gathering restrictions or other policies of a foreign country or the United States."¹⁸

Finally, courts should review the § 1782 application to determine whether it contains "unduly intrusive or burdensome requests."¹⁹ Such discovery requests "may be rejected or trimmed."²⁰ In other words, a court may refuse to allow § 1782 discovery on the grounds of undue burden or it may permit the discovery but only if its scope is limited or measures are taken to make the discovery less onerous or intrusive.

C. Other § 1782 Issues Addressed by U.S. Courts

U.S. courts have addressed other important issues regarding § 1782. First, the Supreme Court in *Intel* decided that § 1782 was not subject to a foreign-discoverability requirement; thus, there is no requirement that evidence sought in the U.S. under § 1782 be discoverable under the laws of the foreign country that is the locus of the underlying action.²¹ As part of this decision, the Supreme Court reasoned that concerns about maintaining parity among adversaries in litigation did not provide a sound basis for a foreign-discoverability rule.²² Rather, when discovery is sought by an interested person, "a district court could condition relief upon that

person's reciprocal exchange of information," and "the foreign tribunal can place conditions on its acceptance of the information to maintain whatever measure of parity it concludes is appropriate."²³ Second, the Supreme Court rejected the requirement that the foreign proceeding be pending or imminent.²⁴ Instead, the Supreme Court held that the foreign proceeding need only "be within reasonable contemplation."²⁵ Third, U.S. courts generally will not refuse § 1782 discovery solely because a foreign tribunal has not yet had the opportunity to consider the discovery request.²⁶ However, some courts in exercising discretion do take into account the actions, if any, an applicant has taken in the foreign jurisdiction.²⁷

D. Procedural Considerations

An application to obtain discovery pursuant to § 1782 must be made by an interested person and must be submitted in the U.S. district court for the district wherein the person from whom discovery is sought resides or can be found.²⁸ A typical § 1782 application will include: (i) an application providing background to the foreign proceeding and tribunal, discussing the need for the discovery and demonstrating how the mandatory statutory elements and the discretionary *Intel* factors are met; (ii) a supporting affidavit or declaration from a person with knowledge of the foreign proceeding (for example, foreign counsel for the applicant); (iii) a draft of the proposed discovery; and (iv) a proposed order that the district court can sign granting the § 1782 discovery.

The draft of the proposed discovery should take the form of a subpoena seeking testimony, documents, or both testimony and documents. Testimony pursuant to § 1782 typically is obtained through a deposition, which consists of the requesting party's counsel asking questions of a witness under oath outside of court and before a court reporter. Depositions may be taken of persons in their individual capacity or as corporate representatives. A request for the production

9 *Intel*, 542 U.S. at 255, 257-58.

10 See *id.* at 258 (conventional civil, commercial, criminal, and administrative courts); *In re Oxus Gold PLC*, No. Misc. 06-82, 2006 WL 2927615 (D.N.J. Oct. 11, 2006) (arbitral body established pursuant to a bilateral investment treaty between two nations).

11 See, e.g., *In re Winning (HK) Shipping Co., Ltd.*, No. 09-22659-MC, 2010 WL 1796579 (S.D. Fla. Apr. 30, 2010); *In re Babcock Borsig AG*, 583 F. Supp. 2d 233 (D. Mass. 2008); *In re Hallmark Capital Corp.*, 534 F. Supp. 2d 951 (D. Minn. 2007); *In re Roz Trading Ltd.*, 469 F. Supp. 2d 1221 (N.D. Ga. 2006).

12 See, e.g., *El Paso Corp. v. La Comision Ejecutiva Hidroelectrica Del Rio Lempa*, 341 F. App'x 31, (5th Cir. 2009); *In re Operadora DB Mexico, S.A. DE C.V.*, No. 09-cv-383, 2009 WL 2423138 (M.D. Fla. Aug. 4, 2009).

13 28 U.S.C. § 1782(a).

14 *In re Yukos Hydrocarbons Investments, Ltd.*, No. 5:09-MC-0078, 2009 WL 5216951 (N.D.N.Y. Dec. 30, 2009).

15 *Intel*, 542 U.S. at 264.

16 *Id.*; see also *Schmitz v. Bernstein Liebhard & Lifshitz, LLP*, 376 F.3d 79, 85 (2d Cir. 2004) (denial of discovery justified in part where the discovery was in the possession of the applicant's opponent in a German court proceeding).

17 *Intel*, 542 U.S. at 264.

18 *Id.* at 265.

19 *Id.*

20 *Id.*

21 *Intel*, 542 U.S. at 259-63.

22 *Id.* at 262.

23 *Id.*

24 *Id.* at 258-59.

25 *Id.* at 259.

26 See, e.g., *In re Metallgesellschaft AG*, 121 F.3d 77, 79 (2d Cir. 1997).

27 See, e.g., *In re Babcock Borsig AG*, 583 F. Supp. 2d 233, 241 (D. Mass. 2008) (in denying § 1782 discovery the court took into account the failure of the applicant first to attempt discovery in a potential foreign arbitration).

28 A foreign tribunal seeking discovery follows a different procedure by submitting a letter rogatory or letter of request to the U.S. Department of State and/or a U.S. court.

of documents or other tangible things comprises written requests describing the desired materials. The requests may call for the production of particular documents or categories of documents.

The § 1782 application may be made, and customarily is acted upon, *ex parte*, that is, without prior notice to either the person from whom discovery is sought or the adverse party before the foreign tribunal (these may be the same person). Should the court grant the application, the person from whom discovery is sought will have a chance to object and seek U.S. court redress after they have been served with the discovery subpoena. If the discovery is sought from a non-participant in the foreign proceeding, the adverse party in the foreign proceeding also may seek to intervene in the U.S. court in order to object. In either case, the objections can take various forms: written objection to the discovery requests, a motion for reconsideration of and/or to vacate the decision to grant the § 1782 application, a motion to quash the discovery subpoena, or a motion for a protective order to limit the scope of the subpoena or prevent discovery of privileged or otherwise protected information.

Building upon this background, we now turn to an analysis of German-related § 1782 cases.

III. Section 1782 in German-Related Cases

United States courts have decided § 1782 cases involving German courts and German litigants on numerous occasions. Indeed, German courts and German litigants are among the most frequent users of § 1782. As reflected in the appendix to this article, there are at least 28 U.S. judicial decisions in German-related matters involving § 1782 applications, the earliest of which was in 1978. Twenty of these decisions have come after 2000, and in particular following the Supreme Court's *Intel* decision in 2004.²⁹ Early § 1782 cases involved German courts seeking to enlist the assistance of U.S. courts through letters rogatory. More recently, private parties have brought § 1782 actions seeking discovery in aid of commercial disputes pending in Germany. In 2007, a district court commented on the existence of "a substantial amount of case law where courts have found that German commercial courts are an appropriate forum for § 1782 assistance."³⁰

A. Types and Breadth of Discovery Sought

First, and most frequently, § 1782 has been used in German-related matters to obtain documents, including email and other electronic records. One U.S. court approved a § 1782 application for documents related to a drug program and test where the applicant sought to use such documents to defend itself in an employment dispute pending in German court.³¹ Another U.S. court granted a § 1782 application for documents regarding the value of a company and its intellectual property as well as receipts from the sale of assets and information regarding the ownership of assets.³² Yet another court permitted discovery of electronic records.³³

Documents sought under § 1782 may be requested by category without identifying specific documents. For example, one court permitted requests for (i) "Reports, analyses, memoranda, or other documents created by" the party from whom discovery was sought pertaining to that company's issuance of a report used in Germany to set a new rule as to medical fees, (ii) documents that such party "relied upon" in

generating any of the documents requested in (i), and (iii) communications of that party with German entities concerning "bases or rationales" for a new rule as to medical fees.³⁴

Second, § 1782 has been used to obtain testimony through depositions. In one case, a U.S. court permitted the deposition of the former president of a German company's U.S. subsidiary for use in an employment dispute pending in Labor Court in Frankfurt.³⁵ In another case, a U.S. court permitted the depositions of executives of a U.S. corporation where the U.S. corporation had sued the party seeking the depositions in a securities action pending in Regional Court in Frankfurt.³⁶ As a further example, a U.S. court permitted depositions of corporate representatives of a U.S. company where the applicant had sued the U.S. company in a patent infringement action in Düsseldorf Regional Court.³⁷

Third, § 1782 has been used to obtain other tangible evidence. For example, numerous U.S. courts have granted § 1782 applications for blood samples or DNA samples for use in German paternity suits.³⁸ A U.S. court also has granted an application for production of product samples for use in a patent infringement action.³⁹

B. Discovery from Parties and Non-Parties to German Proceedings

U.S. courts frequently have been used to obtain § 1782 discovery from parties to German proceedings.⁴⁰ U.S. courts also often have permitted discovery from non-parties to German proceedings.⁴¹ As to non-parties, in one case a court permitted discovery from a U.S. corporation where the § 1782 applicant had sued an affiliate corporation of the U.S. corporation in a securities dispute in Germany.⁴² In another

29 Of the 28 decisions, seven were by appellate courts and 21 from district courts. Some of the decisions dealt with the same application.

30 *Kang v. Nova Vision, Inc.*, No. 06-21575-CIV, 2007 WL 1879158 (S.D. Fla. June 26, 2007).

31 *In re Federation Internationale de Basketball*, 117 F. Supp. 2d 403 (S.D.N.Y. 2000) (also permitting discovery of grievances instituted under a collective bargaining agreement).

32 *Kang*, 2007 WL 1879158; see also *Cryolife, Inc. v. Tenaxis Medical, Inc.*, No. C08-05124 HRL, 2009 WL 88348 (N.D. Cal. Jan. 13, 2009) (court ordered production of documents concerning sales and marketing activities regarding a product that was the subject of a patent infringement action pending in German court).

33 *Minattec Finance S.A.R.L. v. SI Group, Inc.*, No. 1:08-CV-269 (LEK/RFT), 2008 WL 3884374, *3 (N.D.N.Y. Aug. 18, 2008) (court ordered production of "all documents whether written or in electronic format" held by a U.S. corporation relating to a German tax audit of the corporation's former subsidiaries).

34 *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. Med. Schotttdorf*, No. M19-88 (BSJ), 2006 WL 3844464, at *3 n.9 (S.D.N.Y. Dec. 29, 2006); see also *Minattec*, 2008 WL 3884374, at *3 (permitting discovery of "all documents, no matter the format, concerning and related to" a certain product and its labeling).

35 *In re Metallgesellschaft AG*, 121 F.3d 77 (2d Cir. 1997).

36 *Minattec*, 2008 WL 3884374.

37 *Cryolife*, 2009 WL 88348.

38 *United States v. Devine*, 208 F.3d 215 (6th Cir. 2000) (Table); *In re Letter of Request from Amtsgericht Ingolstadt, Federal Republic of Germany*, 82 F.3d 590 (4th Cir. 1996); *In re Letter of Request from District of Rhein-Neckar-Kreis, Amtsgericht, Sinsheim, Germany*, No. 10-60445-MC, 2010 WL 1655823 (S.D. Fla. Apr. 23, 2010); *In re Letters Rogatory from Local Court of Plon, Germany*, 29 F. Supp. 2d 776 (E.D. Mich. 1998); *In re Letter Rogatory from Local Court of Ludwigsburg, Federal Republic of Germany*, 154 F.R.D. 196 (N.D. Ill. 1994); *In re Letter of Request from Local Court of Pforzheim, Division AV, Federal Republic of Germany*, 130 F.R.D. 363 (W.D. Mich. 1989).

39 *Cryolife*, 2009 WL 88348.

40 See *In re Metallgesellschaft AG*, 121 F.3d 77 (2d Cir. 1997); *Cryolife, Inc. v. Tenaxis Medical, Inc.*, No. C08-05124 HRL, 2009 WL 88348 (N.D. Cal. Jan. 13, 2009); *Minattec Finance S.A.R.L. v. SI Group, Inc.*, No. 1:08-CV-269 (LEK/RFT), 2008 WL 3884374 (N.D.N.Y. Aug. 18, 2008); *In re Iwasaki Electric Co.*, No. M19-82, 2005 WL 1251787 (S.D.N.Y. May 26, 2005); *In re Proctor & Gamble Co.*, 334 F. Supp. 2d 1112 (E.D. Wisc. 2004); *In re Letter of Request from Local Court of Pforzheim, Division AV, Federal Republic of Germany*, 130 F.R.D. 363 (W.D. Mich. 1989).

41 See *Kang v. Nova Vision, Inc.*, No. 06-21575-CIV, 2007 WL 1879158 (S.D. Fla. June 26, 2007); *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. Med. Schotttdorf*, No. M19-88 (BSJ), 2006 WL 3844464 (S.D.N.Y. Dec. 29, 2006); *In re Federation Internationale de Basketball*, 117 F. Supp. 2d 403 (S.D.N.Y. 2000); see also *In re Bayer AG*, 146 F.3d 188 (3d Cir. 1998) (proceeding pending in Spain).

42 *Kang*, 2007 WL 1879158.

case, a court permitted discovery from a U.S. consulting firm that had produced a report relevant to a medical fee dispute between commercial entities in Germany.⁴³ Yet another court permitted discovery from the National Basketball Association (“NBA”) in the U.S. of drug testing results under the NBA’s drug program for use in an employment dispute between a basketball player and a European basketball association.⁴⁴

C. Types of German Proceedings

Section 1782 applications have been granted for discovery for use in a wide variety of proceedings pending in Germany, for example:

- Employment disputes.⁴⁵
- Patent infringement disputes.⁴⁶
- Medical fee disputes.⁴⁷
- Shareholder disputes.⁴⁸
- Licensing disputes.⁴⁹
- Paternity suits.⁵⁰
- Proceedings before German tax authorities.⁵¹
- Private arbitral bodies.⁵²

D. Effect of Actions by German Courts and German Parties

Generally speaking, U.S. courts have rejected the notion that a party must first try to obtain the discovery in question from a German court before resorting to § 1782.⁵³ Additionally, the mere fact that a German court declined to compel discovery that a party subsequently seeks in the U.S. is not itself a sufficient basis for a U.S. court to refuse § 1782 discovery.⁵⁴

Moreover, a U.S. court may not refuse a § 1782 application based on mere allegations that a German court would not permit such discovery, nor should a court assume that a German court would take offense at such discovery.⁵⁵ U.S. courts are of the view that offense or objection by a foreign court should not be presumed from the fact that a country has not adopted a particular discovery procedure.⁵⁶ Rather, to deny discovery a U.S. court must conclude that the request would undermine a specific policy of a foreign country or the U.S.⁵⁷

However, a U.S. court may deny a § 1782 application if there is “authoritative proof” that a German court would not consider the requested discovery or would take offense at U.S. court assistance.⁵⁸ Such authoritative proof could take the form of a representative of the German government expressly making its position on discovery assistance known.⁵⁹

E. Discovery Denied or Limited

There are instances where U.S. courts have denied or limited § 1782 discovery in German-related cases. They can be grouped into five broad categories.

First, courts have denied § 1782 discovery where the applicant failed to meet one or more of the four statutory mandatory factors. For example, a court denied discovery where the person from whom discovery was sought neither resided nor could be found in the district of the U.S. court.⁶⁰

Second, courts have denied § 1782 discovery where the German government requested that discovery be denied. For example, one court denied discovery even though it was not clear if the German court would reject the discovery where a letter from the German Ministry of Justice submitted to the U.S. court stated that such discovery could jeopardize German sovereign rights and circumvent German criminal procedure.⁶¹

43 *Schottdorf*, 2006 WL 3844464.

44 *Federation Internationale*, 117 F. Supp. 2d 403.

45 *In re Metallgesellschaft AG*, 121 F.3d 77 (2d Cir. 1997) (Labor Court (Arbeitsgericht) in Frankfurt) (petitioner sought documents and testimony – for use in defending against a German action alleging breach of employment contract – regarding whether plaintiff in the German action forfeited the right to severance pay under German law); *In re Federation Internationale de Basketball*, 117 F. Supp. 2d 403 (S.D.N.Y. 2000) (Court of Appeals in Munich) (FIBA sought documents from the NBA, a non-party to the underlying proceeding, related to an NBA player’s alleged drug violations for use in FIBA’s appeal of a preliminary injunction obtained by player barring FIBA from excluding him from competition).

46 *Cryolife, Inc. v. Tenaxis Medical, Inc.*, No. C08-05124 HRL, 2009 WL 88348 (N.D. Cal. Jan. 13, 2009) (Düsseldorf Regional Court) (petitioner sought documents and testimony concerning respondent’s sealant product, which was the subject of a patent infringement action); *In re Iwasaki Electric Co.*, No. M19-82, 2005 WL 1251787 (S.D.N.Y. May 26, 2005) (petitioner involved in patent litigation in Germany, U.S. and Japan, sought documents and deposition transcripts from related U.S. litigation); *In re Proctor & Gamble Co.*, 334 F. Supp. 2d 1112 (E.D. Wisc. 2004) (defendant in underlying litigation sought discovery relevant to its defenses that it was immune from suit for patent infringement based on settlement of prior litigation or that the patent at issue was invalid).

47 *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. Med. Schottdorf*, No. M19-88 (BSJ), 2006 WL 3844464 (S.D.N.Y. Dec. 29, 2006) (Sozialgericht Munich) (following passage of a rule reducing fees paid to petitioner’s medical laboratory, petitioner filed several actions in the Munich Social Court challenging the rule change and sought discovery in the US of a report that allegedly served as the basis for the rule change).

48 *Minatec Finance S.A.R.L. v. SI Group, Inc.*, No. 1:08-CV-269 (LEK/RFT), 2008 WL 3884374 (N.D.N.Y. Aug. 18, 2008) (Frankfurt Regional Court) (documents related to tax audit and purported mislabeling of toxic chemical sought by purchasing party under shareholder purchase agreement for use in defending against respondent’s German action for declaratory relief to establish that purchaser was not entitled to pecuniary relief under the agreement and for possible losses due to the audit or alleged mislabeling); *Kang v. Nova Vision, Inc.*, No. 06-21575-CIV, 2007 WL 1879158 (S.D. Fla. June 26, 2007) (plaintiff in the underlying lawsuit – requesting nullification of a shareholder resolution that permitted the sale of two subsidiaries of corporation and their intellectual property – sought discovery related to that sale).

49 *In re Nokia Corp.*, No. 1:07-MC-47, 2007 WL 1729664 (W.D. Mich. June 13, 2007) (district court Mannheim) (requested discovery of licenses granted to third parties in connection with underlying litigation seeking a license in respondent’s mobile telephony patent portfolio under fair reasonable and non-discriminating terms).

50 *United States v. Devine*, 208 F.3d 215 (6th Cir. 2000) (Table) (German court requested assistance in obtaining blood sample in connection with a paternity action); *In re Letter of Request from Amtsgericht Ingolstadt, Federal Republic of Germany*, 82 F.3d 590 (4th Cir. 1996) (German court requested assistance in obtaining blood sample for use in paternity action where purported child of respondent sought maintenance payments); *In re Letter of Request from District of Rhein-Neckar-Kreis, Amtsgericht, Sinsheim, Germany*, No. 10-60445-MC, 2010 WL 1655823 (S. D. Fla. Apr. 23, 2010) (German court requested assistance in obtaining DNA sample in connection with paternity proceeding); *In re Letters Rogatory from Local Court of Pion, Germany*, 29 F. Supp. 2d 776 (E.D. Mich. 1998) (German court requested assistance in obtaining blood sample to establish paternity of minor child who resided in Germany); *In re Letter Rogatory from Local Court of Ludwigsburg, Federal Republic of Germany*, 154 F.R.D. 196 (N.D. Ill. 1994) (German court requested assistance in obtaining blood sample to establish paternity); *In re Letter of Request from Local Court of Pforzheim, Division AV, Federal Republic of Germany*, 130 F.R.D. 363 (W.D. Mich. 1989) (German court requested assistance in obtaining blood sample to establish paternity).

51 *Minatec*, 2008 WL 3884374, at *5.

52 *In re Application of Babcock Borsig AG*, 583 F. Supp. 2d 233 (D. Mass. 2008) (International Chamber of Commerce) (in anticipation of an arbitration proceeding, BBAG sought discovery from third-party BPI in connection with allegations that Hitachi, which intervened in the § 1782 action, actively misled BBAG when it purchased BBAG’s assets; the court held that the ICC arbitral tribunal satisfied the test for a “foreign tribunal” under § 1782 but disallowed the requested discovery because the arbitration had not yet begun and there were concerns as to the tribunal’s receptiveness to such discovery).

53 *See, e.g., In re Metallgesellschaft AG*, 121 F.3d 77 (2d Cir. 1997).

54 *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. Med. Schottdorf*, No. M19-88 (BSJ), 2006 WL 3844464, at *6-7 (S.D.N.Y. Dec. 29, 2006) (holding a German court could simply choose to exclude evidence if U.S. assistance was not desired).

55 *Metallgesellschaft AG*, 121 F.3d at 80.

56 *In re Bayer AG*, 146 F.3d 188 (3d Cir. 1998) (proceeding pending in Spain and brought by a Germany company); *Minatec Finance S.A.R.L. v. SI Group, Inc.*, No. 1:08-CV-269 (LEK/RFT), 2008 WL 3884374 (N.D.N.Y. Aug. 18, 2008) (German proceeding).

57 *Schottdorf*, 2006 WL 3844464, at *6 (holding proof resting on equivocal interpretations of foreign policy or law generally provides an insufficient basis to deny discovery); *In re Proctor & Gamble Co.*, 334 F. Supp. 2d 1112 (E.D. Wisc. 2004) (holding no policy prohibited discovery for use in Germany).

58 *See Metallgesellschaft AG*, 121 F.3d at 80 (permitting § 1782 discovery where the opponent could not establish that a German court would refuse to consider the requested discovery or would be offended by U.S. assistance).

59 *Minatec*, 2008 WL 3884374, at *6-7 (granting a § 1782 application where there was no dispositive German authority objecting to court ordered discovery); *In re Schmitz*, 259 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2003) (denying a § 1782 application where the German Ministry of Justice had provided a letter to the U.S. court stating that production of such documents under § 1782 would circumvent German law of criminal procedure).

60 *In re Nokia Corp.*, No. 1:07-MC-47, 2007 WL 1729664 (W.D. Mich. June 13, 2007).

61 *In re Schmitz*, 259 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2003), *aff’d*, *Schmitz v. Bernstein Liebhard & Lifshitz, LLP*, 376 F.3d 79 (2d Cir. 2004).

Third, courts have denied § 1782 discovery where the applicant clearly was attempting to circumvent German proof gathering restrictions in violation of one of the discretionary *Intel* factors. For example, one court denied discovery where the applicant took the position that it need not be bound by more restrictive German discovery rules and filed its § 1782 application prior to service of a complaint or the setting of any discovery procedures in a German court case.⁶² In a related action in the same U.S. court, the court again denied discovery where the applicant stated a desire to be free of the burdens and restrictions of German courts, particularly the burden to identify specifically each document sought rather than simply asserting broad document requests.⁶³

Fourth, courts have denied § 1782 discovery where the discovery violated the Federal Rules of Civil Procedure. The Federal Rules of Civil Procedure govern civil actions in U.S. federal court and apply to discovery under § 1782 unless the application seeks to apply other procedural law. Examples of such denials include:

- The applicant sought privileged and/or confidential information.⁶⁴
- The discovery requests were vague and overbroad.⁶⁵
- The discovery requested was duplicative, vexatious, or unreasonably cumulative.⁶⁶
- The discovery requested was irrelevant.⁶⁷

Finally, one U.S. court denied discovery where it lacked information on the receptivity of an arbitral tribunal to U.S. court assistance and there were unique circumstances favoring denial – the applicant had requested discovery before the arbitration had even formally commenced, and past “bad blood” between the parties based on prior litigations cautioned the court to wait to grant discovery until the arbitral body indicated some receptivity to discovery.⁶⁸

Courts also have limited § 1782 discovery rather than denying it completely. As a general matter, “it is far preferable for a district court to reconcile whatever misgivings it may have about the impact of its participation in the foreign litigation by issuing a closely tailored discovery order rather than simply denying relief outright.”⁶⁹ As an example, one court narrowed document requests from a seven-year time span to a five-year time span in order to reduce the burden on the producing party.⁷⁰

F. Location of Documents Abroad

Courts also have addressed whether the discovery sought through § 1782 must be located in the U.S. or whether the discovery can be located abroad so long as it is within the possession, custody, or control of a person located in the U.S. The German-related cases to discuss this issue have supported that discovery need not be located in the U.S., rather only the person from whom discovery is sought must reside or be found in the district of the U.S. court in which the § 1782 application is made. The relevant consideration, thus, is not the location of the documents but whether they are under the control of a U.S. entity.⁷¹ For example, in *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. Med. Schotttdorf*, the United States District Court for the Southern District of New York ordered a U.S. company to produce a report and related documents that it had prepared in Germany in the German language and which were located in Germany.⁷² These cases suggest that the location of the documents is at most a discretionary consideration to be examined in the context of any burden imposed upon the person from whom discovery is sought.⁷³

However, whether or not § 1782 permits discovery of documents located abroad is an unsettled issue with other German-related and non-German-related court decisions supporting a requirement that the documents be located within the U.S.⁷⁴

IV. Conclusion

Section 1782 provides an important tool for German legal practitioners seeking to obtain evidence in the U.S. for use in German legal proceedings. Through § 1782, broad categories of documents can be obtained and sworn witness testimony can be taken, even if such discovery would not be available if pursued solely in Germany. In bringing a § 1782 application in U.S. courts, proper care should be given to demonstrate why the mandatory factors are satisfied and the discretionary factors weigh in favor of permitting the requested discovery. The requests for discovery should be tailored to the needs of the case, and overly broad or unduly burdensome requests should be avoided. If the need for § 1782 discovery is anticipated, U.S. counsel should be contacted as soon as practicable in order to allow sufficient time for the discovery to be obtained.

62 *In re Heraeus*, No. 3:09-MC-08 CAN, 2009 WL 961229 (N.D. Ind. Apr. 8, 2009).

63 *Kulzer v. Biomet Inc.*, No. 3:09-MC-275 CAN, 2009 WL 3642746 (N.D. Ind. Oct. 29, 2009).

64 *In re Heraeus Kulzer GmbH*, No. 09-MC-00017, 2009 WL 2981921 (E.D. Pa. Sept. 11, 2009) (no showing of substantial need for confidential information); *In re Application of Heraeus Kulzer*, No. 3:09-cv-183 RM, 2009 WL 2058718 (N.D. Ind. July 9, 2009); *In re Letters Rogatory from 9th Criminal Division, Regional Court, Mannheim Federal Republic of Germany*, 448 F. Supp. 786 (S.D. Fla. 1978) (discovery violated U.S. constitutional privilege against self-incrimination).

65 *Kulzer*, 2009 WL 2058718, at *2-3.

66 *Bayer AG v. Betachem, Inc.*, 173 F.3d 188 (3d Cir. 1999) (unreasonably cumulative); *In re Metallgesellschaft AG*, 121 F.3d 77 (2d Cir. 1997) (stating in dicta that if it were clear that discovery was equally available in both the foreign and U.S. jurisdictions, discovery could be denied as duplicative or vexatious).

67 *Kang v. Noro-Moseley Partners*, No. 07-10310, 2007 WL 2478579 (11th Cir. Sept. 4, 2007).

68 *In re Application of Babcock Borsig AG*, 583 F. Supp. 2d 233 (D. Mass. 2008).

69 *Metallgesellschaft*, 121 F.3d at 80 (quotation and citation omitted).

70 *Kang v. Nova Vision, Inc.*, No. 06-21575-CIV, 2007 WL 1879158 (S.D. Fla. June 26, 2007).

71 See *In re Iwasaki Electric Co.*, No. M19-82, 2005 WL 1251787 (S.D.N.Y. May 26, 2005).

72 *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. Med. Schotttdorf*, No. M19-88 (BSJ), 2006 WL 3844464 (S.D.N.Y. Dec. 29, 2006); see also *Minatex Finance S.A.R.L. v. SI Group, Inc.*, No. 1:08-CV-269 (LEK/RFT), 2008 WL 3884374, at *4 n.8 (N.D.N.Y. Aug. 18, 2008) (while not deciding the issue, the court would have found that documents need not be located in the U.S., rather only the person from whom discovery is sought must be found here); *Iwasaki Electric*, 2005 WL 1251787, at *2-3 (when the person from whom discovery was sought was found in the court's district and had control over the requested materials, the court granted the § 1782 application despite allegations that the materials belonged to a foreign entity and originated from outside the court's district); *In re Schmitz*, 259 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2003) (§ 1782 does not involve an analysis of the duration of residency of the documents or why the relevant person has the documents; it is sufficient that the person resides in the district), *aff'd*, *Schmitz v. Bernstein Liebhard & Lifshitz, LLP*, 376 F.3d 79, 85 n.6 (2d Cir. 2004) (not addressing this “difficult question” on appeal).

73 *Schotttdorf*, 2006 WL 3844464, at *5.

74 See, e.g., *In re Nokia Corp.*, No. 1:07-MC-47, 2007 WL 1729664 (W.D. Mich. June 13, 2007) (apparent location of the documents in Germany supported denial of § 1782 discovery, but the court did not decide the issue and noted disagreement among courts); *Schotttdorf*, 2006 WL 3844464, at *5 n.13 (discussing cases); *Norex Petroleum Ltd. v. Chubb Insurance Co. of Canada*, 384 F. Supp. 2d 45, 50 (D.D.C. 2005) (quashing a subpoena compelling production of documents held outside of the United States because case law suggested that § 1782 did not authorize production of documents located abroad).

Appendix

Published and Unpublished German-Related § 1782 Cases

This appendix attempts to list all § 1782 court decisions to date available in electronic databases (Westlaw) in which the applicant either sought discovery for use in a legal proceeding in Germany or was a German party. The list is organized chronologically and includes both published and unpublished cases. There are undoubtedly additional decisions involving § 1782 that are not available in such databases.

1. *In re Letters Rogatory from 9th Criminal Division, Regional Court, Mannheim Federal Republic of Germany*, 448 F. Supp. 786 (S.D. Fla. 1978) – Denied witness testimony from a non-party requested by letters rogatory issued by a German court for use in a German criminal prosecution. The court denied the testimony based on the U.S. constitutional privilege against self-incrimination.
2. *In re Letter of Request from Local Court of Pforzheim, Division AV, Federal Republic of Germany*, 130 F.R.D. 363 (W.D. Mich. 1989) – Ordered a blood sample for use in a German paternity suit based on a letter rogatory issued by a German court. The person from whom the blood sample was sought was a party to the German suit.
3. *In re Letter Rogatory from Local Court of Ludwigsburg, Federal Republic of Germany*, 154 F.R.D. 196 (N.D. Ill. 1994) – Ordered a blood sample for use in a German paternity suit based on a letter rogatory issued by a German court. The court reasoned that § 1782 extended beyond traditional requests for testimony.
4. *In re Letter of Request from Amtsgericht Ingolstadt, Federal Republic of Germany*, 82 F.3d 590 (4th Cir. 1996) – Affirmed an order for a blood sample for use in a German paternity suit based on a letter rogatory issued by a German court. The court rejected a requirement that the § 1782 applicant demonstrate the blood sample would be discoverable under German law.
5. *In re Metallgesellschaft AG*, 121 F.3d 77 (2d Cir. 1997) – Reversed the denial of a § 1782 application brought by a German company for deposition testimony and document production in aid of a commercial dispute pending in Labor Court (Arbeitsgericht) in Frankfurt. The German company sought testimony and documents from its German court opponent. The U.S. court ruled that there was neither a foreign discoverability requirement nor an exhaustion requirement under § 1782.
6. *In re Bayer AG*, 146 F.3d 188 (3d Cir. 1998) – Vacated the denial of a § 1782 application brought by a German company seeking deposition testimony and documents from a non-party for use in the Court of First Instance No. 25 in Barcelona, Spain. The court ruled that there was neither a foreign discoverability nor an exhaustion requirement.
7. *In re Letters Rogatory from Local Court of Plon, Germany*, 29 F. Supp. 2d 776 (E.D. Mich. 1998) – Ordered a blood sample based on a letter rogatory from a German court.
8. *Bayer AG v. Betachem, Inc.*, 173 F.3d 188 (3d Cir. 1999) – Affirmed the denial of a § 1782 application brought by a German company for unredacted documents from a non-party for use in the Court of First Instance No. 25, Barcelona, Spain. The court held that the Federal Rules of Civil Procedure governed, and under such rules, the request for unredacted documents was denied as cumulative.
9. *United States v. Devine*, 208 F.3d 215 (6th Cir. 2000) (Table) – Affirmed an order for a blood test based on a letter rogatory issued by the Local Court of Plon, Germany.
10. *In re Federation Internationale de Basketball*, 117 F. Supp. 2d 403 (S.D.N.Y. 2000) – Granted a § 1782 application brought by an organization seeking documents from a non-party for use in a commercial dispute in the Court of Appeals in Munich. The organization seeking § 1782 discovery was the defendant-appellant in the German court and thus was an interested person under § 1782.
11. *In re Schmitz*, 259 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2003) – Denied a § 1782 application brought by individuals who were plaintiffs in commercial lawsuits pending in German court. The individuals sought documents that their German court opponent had produced in a separate action in the U.S. The U.S. court denied discovery because, while the documents were available in the U.S., the German Public Prosecution Office in Bonn, had denied the individuals access to such documents. Further, the German Ministry of Justice had provided a letter to the U.S. court stating that production of such documents under § 1782 would circumvent German law of criminal procedure.
12. *Schmitz v. Bernstein Liebhard & Lifshitz, LLP*, 376 F.3d 79 (2d Cir. 2004) – Affirmed *In re Schmitz*, 259 F. Supp. 2d 294.
13. *In re Proctor & Gamble Co.*, 334 F. Supp. 2d 1112 (E.D. Wisc. 2004) – Granted a § 1782 application brought by a company seeking discovery from Kimberley-Clark Corporation for use in a patent infringement proceeding. Kimberley-Clark Corporation had brought the patent infringement proceeding against the company in German court. The U.S. court ruled that there were no exhaustion and no foreign discoverability requirements.
14. *In re Iwasaki Electric Co.*, No. M19-82, 2005 WL 1251787 (S.D.N.Y. May 26, 2005) – Granted a § 1782 application brought by a company seeking documents and deposition testimony from its opponent (Philips) engaged in patent litigation in Germany and Japan. The company and Philips also were engaged in patent litigation in the U.S., and the company sought to use deposition transcripts and documents from the U.S. litigation in Germany and Japan. That the requested documents originally belonged to a different Philips foreign entity did not weigh against the requests when Philips was found in the court's district.
15. *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. Med. Schottendorf*, No. M19-88 (BSJ), 2006 WL 3844464 (S.D.N.Y. Dec. 29, 2006) – Denied a motion to vacate a § 1782 order permitting a company that had brought commercial disputes in Social Court (Sozialgericht) in Munich to obtain documents from a non-party U.S. corporation. The U.S. court ruled the documents must be produced even if they were located abroad – only the entity from which documents were sought needed to be found in the U.S., not the documents.
16. *In re Nokia Corp.*, No. 1:07-MC-47, 2007 WL 1729664 (W.D. Mich. June 13, 2007) – Denied a § 1782 application brought by a company seeking documents from its opponent in a suit pending in district court in Mannheim where the opponent neither resided nor was found in the district of the U.S. court. The court noted that it would have denied the application based on the fact that the documents appeared to be located in Germany.
17. *Kang v. Nova Vision, Inc.*, No. 06-21575-CIV, 2007 WL 1879158 (S.D. Fla. June 26, 2007) – Granted production of a more limited amount of documents than were sought by an individual from non-party companies for use in a German commercial lawsuit, noting “a substantial amount of case law where courts have found that German commercial courts are an appropriate forum for § 1782 assistance.”
18. *Kang v. Noro-Moseley Partners*, No. 07-10310, 2007 WL 2478579 (11th Cir. Sept. 4, 2007) – Affirmed the denial of a § 1782 application brought by an individual seeking discovery from her German court opponent for use in a German civil proceeding. The court found the requested discovery was irrelevant to such proceeding but did not explain why.
19. *Minatex Finance S.A.R.L. v. SI Group, Inc.*, No. 1:08-CV-269 (LEK/RFT), 2008 WL 3884374 (N.D.N.Y. Aug. 18, 2008) – Granted a § 1782 application brought by a company seeking depositions and documents for use in a civil proceeding pending in Regional Court in Frankfurt, a German tax proceeding, and potential future litigation. The depositions and documents were sought from the company's German court opponent.
20. *In re Application of Babcock Borsig AG*, 583 F. Supp. 2d 233 (D. Mass. 2008) – Denied a § 1782 application brought by a German company seeking deposition testimony and documents from a non-party for use in a potential International Chamber of Commerce (“ICC”) arbitration. The court found that the ICC was a foreign tribunal under § 1782 but denied the deposition testimony and document requests because (i) it was not clear the ICC would be receptive to such assistance and (ii) arbitration had not formally begun.
21. *Cryolife, Inc. v. Tenaxis Medical, Inc.*, No. C08-05124 HRL, 2009 WL 88348 (N.D. Cal. Jan. 13, 2009) – Granted a § 1782 application brought by a company seeking documents and deposition testimony from its German court opponent for use in a civil action pending in Regional Court in Düsseldorf. However, the U.S. court limited the documents and testimony requested. There was no evidence the German court would be unreceptive to such documents and testimony, and the applicant need only show that such discovery would be useful.
22. *In re Kulzer*, No. 3:09-MC-08 CAN, 2009 WL 961229 (N.D. Ind. Apr. 8, 2009) – Denied a § 1782 application brought by a German company seeking documents from its German court opponent for use in German court. The German company filed its § 1782 request prior to service of the complaint or the setting of any discovery procedures in the German court case and was deemed by the U.S. court to be attempting to circumvent German court procedures.
23. *In re Application of Heraeus Kulzer*, No. 3:09-cv-183 RM, 2009 WL 2058718 (N.D. Ind. July 9, 2009) – Denied a § 1782 application brought by a German company seeking documents from its German court opponent for use in a German court where the document requests were vague, overbroad, and sought potentially confidential and privileged information regarding the manufacture and development of certain products.
24. *In re Heraeus Kulzer GmbH*, No. 09-MC-00017, 2009 WL 2981921 (E.D. Pa. Sept. 11, 2009) – Denied a § 1782 application brought by a German company seeking deposition testimony and documents from a non-party company for use in a German court proceeding. Because the German company's opponent in Germany was funding the non-party's opposition to the § 1782 discovery, this removed any undue burden on the non-party in producing documents and witnesses for depositions. However, the deposition and document requests sought confidential business information, and the German company did not have a substantial need for such information.
25. *Kulzer v. Biomet Inc.*, No. 3:09-MC-275 CAN, 2009 WL 3642746 (N.D. Ind. Oct. 29, 2009) – Denied a second § 1782 application made by a German company seeking documents from its German court opponent for use in a court proceeding pending in Germany between those two companies. A second application for § 1782 discovery was disfavored. The court relied upon its decision concerning the prior § 1782 application in *In re Kulzer*, 2009 WL 961229.
26. *In re Letter of Request from District of Rhein-Neckar-Kreis, Amtsgericht, Sinsheim, Germany*, No. 10-60445-MC, 2010 WL 1655823 (S. D. Fla. Apr. 23, 2010) – Ordered a DNA sample taken based on a letter of request from the Local Court of Sinsheim, Germany, for use in a paternity proceeding pending in that German court.
27. *Kulzer v. Esschem, Inc*, 390 Fed. Appx. 88 (3d Cir. 2010) – Petitioner's unsuccessful discovery efforts in Indiana and Germany demonstrated its substantial need for respondent's confidential business information, requiring assistance from the federal courts.
28. *Heraeus Kulzer v. Biomet, Inc.*, 633 F.3d 591 (7th Cir. 2011) – Appellate court agreed that this case provided “a textbook predicate for a successful § 1782 petition, and held that the district court made two serious legal errors: (1) concluding that petitioner was seeking to circumvent German law and (2) denying the request because compliance would be unduly burdensome. The court found that German procedures would yield nothing remotely comparable to the discovery allowed under U.S. procedures nor was there anything to suggest that a German court would be affronted by use of the U.S. system. Because Biomet refused to provide any evidence of the undue burden, refused to request an order from the German court regarding the U.S. discovery, and refused to meet and negotiate a reduced scope of discovery, the court found Biomet's objections to discovery spurious.

Deutsche Zusammenfassung

Die beiden Verfasser widmen sich in ihrem Beitrag der Vorschrift des § 1782 des 28. Titels des United States Code (U.S.C.), der eine Sammlung und Kodifikation der Bundesgesetze der Vereinigten Staaten von Amerika darstellt. Das Rechtshilfeersuchen ermöglicht es Parteien ausländischer Streitigkeiten, Beweisgesuche an U.S. amerikanische Gerichte zu richten, um die dadurch gewonnenen Beweise gegebenenfalls in dem eigenen (inländischen) Verfahren zu verwenden.

Die Verfasser geben zunächst einen Überblick über die Regelung, deren Sinn und Zweck, Entstehung und Voraussetzungen und zeigen anschließend anhand von Beispielfällen auf, inwiefern die Regelung für deutsche Verfahren bereits von Relevanz war und sein kann. Abgerundet wird der Beitrag durch ein Fazit, in welchem die Autoren nochmals die Vorteile dieser Regelung präsentieren. Im Anhang des Beitrages finden sich als Appendix die wesentlichen deutsch-amerikanischen Fälle der sog. Discovery nach 28 U.S.C. § 1782 auf welche die Verfasser auch während des Beitrages Bezug nehmen. Die Regelung existiert bereits seit Mitte des 19. Jahrhunderts. Ihre aktuelle Fassung erhielt sie im Jahr 1964, wird jedoch, was von den Verfassern aufgezeigt wird, im Wesentlichen durch Richterrecht, insbesondere durch die „Intel“-Rechtssprechung des Supreme Court konkretisiert (Intel vs. Advanced Micro Devices, Inc., 542 U.S. 241 (2004); vgl. Besprechung von *Dietrich*, GRUR Int. 2006, 389). Sodann legen die Verfasser die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift dar. Antragsberechtigt sind zunächst ausländische Gerichte oder Behörden. Ferner „interessierte Personen“ worunter selbstverständlich die an dem Verfahren beteiligten Parteien zu subsumieren sind. Sonstige „interessierte Personen“ müssen ein nachvollziehbares Interesse nachweisen. Weitere Voraussetzung ist, dass der angestrebte Beweis sich auf das Ergebnis einer Vernehmung oder die Hervorbringung von Dokumenten erstreckt. Weiterhin muss die sog. Discovery zur Verwendung vor dem ausländischen Gericht oder der ausländischen Behörde bestimmt sein. Letzte Voraussetzung ist, dass die „Person“ von der die Discovery begehrt wird, sich in dem Bezirk des angerufenen U.S. Gerichts befindet.

Liegen die obligatorischen Voraussetzungen vor, so liegt es im Ermessen des angerufenen Gerichts, dem Gesuch stattzugeben. Das Gericht hat insbesondere zu berücksichtigen, dass durch das Rechtshilfeersuchen keine Umgehung der jeweiligen ausländischen Beweisgewinnungsvorschriften erstrebt wird. Ferner unterliegt das Gesuch einer Art Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Nach der Darstellung der Voraussetzungen des Rechtshilfeersuchens erläutern die Verfasser zunächst was der Antrag beinhalten sollte und anschließend, wie sich derjenige, von dem Discovery begehrt wird, gegen den Antrag zur Wehr setzen kann.

Es folgt eine Auflistung von Rechtsgebieten, in welchen dem Rechtshilfeersuchen nach 28 U.S.C. § 1782 im Rahmen deutscher Prozesse stattgegeben wurde. Hierunter finden sich unter anderem arbeitsrechtliche Streitigkeiten, Sorgerechtsstreitigkeiten und steuerrechtliche Streitigkeiten. In einem weiteren Abschnitt des Beitrages behandeln die Verfasser anhand von Beispielen die Problematik, dass ein Gesuch zurückgewiesen oder diesem nur teilweise stattgegeben wird, was der Fall sein kann, wenn das Gesuch auf die He-

rausgabe streng vertraulicher Informationen gerichtet ist oder der Discovery Antrag schlicht irrelevant ist.

In ihrem Fazit heben die Verfasser nochmals die Möglichkeit der Beweisgewinnung in den USA für deutsche Rechtsanwender hervor, obwohl diese Form der Beweisbringung in Deutschland nicht möglich wäre. Letztlich weisen die Verfasser daraufhin, wie wichtig die genaue Ausgestaltung des Antrags und die Darlegung dessen obligatorischer Voraussetzungen, sowie die Kontaktaufnahme mit einem vor Ort ansässigen US Anwalt, der unterstützend tätig wird, ist.

Rechtsreferendar Dr. Philipp Wösthoff, Frankfurt/M.



Lawrence S. Schaner, Chicago

Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner bei Jenner & Block LLP, Chicago.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.



Brian S. Scarbrough, Washington

Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner bei Jenner & Block LLP, Washington.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

Anwaltspraxis

Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls

Die UN-Kinderrechtskonvention bietet ein weites Anwendungsfeld

Dr. Hendrik Cremer, Berlin

Kinder haben eigene Rechte. Wer das nicht schon aus dem Grundgesetz ableitet, dem hilft die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) auf die Sprünge. Die KRK ist bei der Auslegung und Anwendung der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes zu berücksichtigen. Das wird vor allem im Bereich des Familienrechts, des Schulrechts, des Kinder- und Jugendhilferechts, des Aufenthalts- und Asylrechts oder des Sozialrechts wichtig. Anwälte sollten hier für die Praxis dazulernen. Der Beitrag setzt eine 2011 begonnene Serie fort.*

I. Einleitung

Die Bundesregierung hat im Jahr 2010 sämtliche Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention (KRK) zurückgenommen und sie damit vollumfänglich anerkannt. Seitdem können ihre Bestimmungen innerstaatlich Anwendung finden. Allerdings wird die Bedeutung der KRK für die innerstaatliche Rechtspraxis in Deutschland noch nicht ausreichend erkannt. Im juristischen Schrifttum wird bis heute etwa die Auffassung vertreten, die KRK beinhalte kein oder nur als Ausnahme innerstaatlich durchsetzbares Recht.¹ In der gerichtlichen Praxis gibt es nach der Rücknahme der deutschen Vorbehalte zumindest einige Entscheidungen, welche anerkennen, dass die KRK subjektive Rechte beinhaltet, die als geltendes Recht in der innerstaatlichen Rechtsordnung zu beachten sind.² Der Beitrag wird zunächst die umfassende innerstaatliche Bindungswirkung der Konventionsrechte verdeutlichen. Anschließend wird beispielhaft das in der KRK steckende Potential für die anwaltliche Praxis aufgezeigt. Der Fokus richtet sich dabei auf den weit reichenden Maßstab des Vorrangs des Kindeswohls gemäß Art. 3 Abs. 1 KRK und das Recht des Kindes, gehört zu werden (Art. 12 KRK). Beide Normen, die in ihrem materiell-rechtlichen Gehalt explizit in die EU-Grundrechte-Charta (Art. 24) aufgenommen wurden, haben eine herausragende Bedeutung innerhalb der KRK.

II. Innerstaatliche Bindungswirkung der Konventionsrechte

Die KRK enthält Rechte, die für jeden Minderjährigen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres (Art. 1 KRK) gelten. Sie bekräftigt den Geltungsanspruch aller Menschenrechte für Kinder und baut dabei auf dem Bestand bereits zuvor existierender menschenrechtlicher Übereinkommen auf. Um den Menschenrechtsschutz für Kinder zu verbessern, konkreti-

siert sie die mit den Rechten korrespondierenden staatlichen Verpflichtungen.

Sämtliche Bestimmungen der KRK sind geltendes Recht in Deutschland und als solches von den staatlichen Behörden und Gerichten zu beachten (Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz).³ Dabei bildet die KRK – wie jedes Rechtsinstrument – eine Einheit, was insbesondere bei der systematischen Auslegung ihrer Bestimmungen beachtet werden muss. Für die Begründung wie auch für das richtige Verständnis von Inhalt und Tragweite einer individualrechtlichen Position kann es maßgebend sein, den systematischen Gesamtzusammenhang einzubeziehen.⁴ So haben etwa die Bestimmungen im allgemeinen Teil (Art. 1–5 KRK) eine wesentliche Bedeutung bei der Auslegung der folgenden Konventionsrechte im besonderen Teil (Art. 6–41 KRK) der materiell-rechtlichen Bestimmungen der KRK.

Die Rechte der KRK sind durch die Rechtsanwender in unmittelbarer Anwendung oder im Wege der völkerrechtskonformen Anwendung und Auslegung nationalen Rechts heranzuziehen.⁵ Um einen Verstoß gegen die völkerrechtlichen Bestimmungen der KRK zu vermeiden, sind diese auch bei der Auslegung und Anwendung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes zu berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht hat insofern in ständiger Rechtsprechung herausgestellt, dass die Gewährleistungen einer Menschenrechtskonvention als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes dienen.⁶ Mit einer Entscheidung vom 23. März 2011 hat das Bundesverfassungsgericht diese Grundsätze unter Bezugnahme auf die UN-Behindertenrechtskonvention erstmals explizit auch auf eine UN-Menschenrechtskonvention angewandt.⁷ Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entsprechend geht das Bundesverwaltungsgericht in einem Beschluss vom 10. Februar 2011 davon aus, dass die Grundrechte auch unter Berücksichtigung der KRK auszulegen sind.⁸

III. Unterschiedliche Funktionen von Art. 3 Abs. 1 KRK innerhalb der KRK

Art. 3 Abs. 1 KRK kommt im Rahmen der Gewährleistung und Auslegung der in der KRK garantierten Rechte als auch bei der Abwägung kollidierender Rechtsgüter zentrale Bedeu-

* Cremer, Menschenrechte als Quelle von individuellen Rechten, AnwBl 2011, 159; Althoff, Diskriminierungsschutz aus Menschenrechten, AnwBl 2011, 482; Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, AnwBl 2011, 727 und Althoff, Das Individualbeschwerdeverfahren zu den UN-Fachausschüssen, AnwBl 2012, 52.

1 Siehe etwa R. A. Lorz, Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung, Berlin 2010; S. 16 f. und 23; G. Benassi, InfAuslR 2011, S. 429.

2 KG Berlin 2010: Beschluss vom 23.09.2010, Aktenzeichen 1 W 70/08, unter Bezugnahme auf die Rechte in Art. 7 KRK und Art. 8 KRK; LSG Baden-Württemberg: Beschluss vom 27.10.2011, Aktenzeichen L 7 AY 3998/11 ER-B, unter Bezugnahme auf das in Art. 27 KRK verankerte Recht.

3 Siehe dazu ausführlich H. Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention. Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte. Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2012, www.institut-fuer-menschenrechte.de.

4 C. Tomuschat, Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaates: Festschrift für H. F. Zacher, Heidelberg 1998, S. 1150 f., mit weiteren Nachweisen.

5 Siehe dazu genauer H. Cremer (Fußnote 3), S. 17 ff., unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

6 BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004, Az. 2 BvR 1481/04, Ziffer 32; BVerfGE, Band 74, S. 358; S. 370.

7 BVerfG, Beschluss v. 23.3.2011, Az. 2 BvR 882/09, Ziffer 52.

8 BVerwG, Beschluss v. 10.2.2011, Az. 1 B 22.10.

tung zu.⁹ Die Norm enthält die staatliche Verpflichtung, das Wohl des Kindes bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, als einen vorrangigen Gesichtspunkt zu berücksichtigen. Damit ist der Maßstab des Vorrangs des Kindeswohls – erstmals in einer Menschenrechtskonvention – umfassend verankert worden. Er spielt beispielsweise als Maßstab in der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Eingriffen in individualrechtliche Positionen des Kindes eine zentrale Rolle. Demnach muss dem Kindeswohl etwa bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, die in das durch Art. 16 KRK geschützte Familienleben des Kindes eingreifen würden, indem sie Kinder von ihren Eltern trennen, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung besondere Beachtung zukommen.¹⁰ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), dessen Rechtsprechung bindend ist, zieht im Rahmen von Art. 8 EMRK den Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK ebenso in seine Prüfung mit ein.¹¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹² ist dieser Maßstab, der sich im Kontext der KRK aus Art. 16 KRK ergibt, auch bei der Auslegung von Art. 6 GG zu beachten.

Darüber hinaus kann Art. 3 Abs. 1 KRK ebenso einen selbständigen Anwendungsbereich haben. Dies betrifft Lebenssachverhalte von Kindern, die nicht in den Schutzbereich der Konventionsrechte der spezielleren Bestimmungen im besonderen Teil der KRK (Art. 6–41 KRK) fallen. Art. 3 Abs. 1 KRK kann dabei in unmittelbarer Anwendung¹³ wie auch bei der völkerrechtskonformen Anwendung und Auslegung nationalen Rechts herangezogen werden.

IV. Das Kindeswohl als Rechtsbegriff

Die KRK enthält keine Definition des Begriffs Kindeswohl. Dies hat nicht zur Folge, dass es den Rechtsanwendern bei der Anwendung der KRK freisteht, das Kindeswohl nach eigenem Ermessen zu bestimmen. Der Maßstab des Kindeswohls ist in einer Konvention verortet, die speziell auf selbständige Rechte des Kindes ausgerichtet ist. Der Begriff des Kindeswohls ist folglich so auszulegen, dass er mit den sich aus der Konvention ergebenden Rechten in Einklang steht und ihre Realisierung fördert.¹⁴ Im Übrigen handelt es sich beim Kindeswohl um einen Begriff, dessen Bestimmung wandelnder gesellschaftlicher Verhältnisse, Wertvorstellungen und der Berücksichtigung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse unterliegt.

Das Kindeswohlprinzip verlangt Entscheidungen, die jedem konkreten Einzelfall gerecht werden. Die Bestimmung des Kindeswohls muss individuell erfolgen. Der Persönlichkeit des Kindes ist Rechnung zu tragen, sämtliche Lebensumstände und Bedürfnisse sind einzubeziehen und zu würdigen.¹⁵ Diese Vorgehensweise ist im Standard des Kindeswohls implizit enthalten und wird in der Konvention dadurch untermauert, dass das Kind nach Art. 12 KRK ein Recht hat, in allen Angelegenheiten und Verfahren, die es berühren, angehört zu werden.¹⁶ Einzubeziehende Faktoren, die sich auf das Wohl und die Entwicklung des Kindes auswirken können, sind etwa das Alter, die Reife, das Geschlecht, die physische und psychische Verfassung, die familiäre, soziale, finanzielle Situation oder der sprachliche Hintergrund des Kindes.

V. Materiell-rechtlicher Gehalt von Art. 3 Abs. 1 KRK

Art. 3 Abs. 1 KRK fordert materiell-rechtlich, dass bei allen staatlichen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl ein Gesichtspunkt ist, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Die Norm verlangt damit Beachtung auf mehreren Ebenen der Entscheidungsfindung. Zunächst ist das Kindeswohl im Einzelfall zu ermitteln und in den Entscheidungsvorgang einzustellen. Wie weitreichend die Ermittlungen jeweils sein müssen, ist vom Einzelfall abhängig.

Auf einer weiteren Ebene verlangt Art. 3 Abs. 1 KRK bei der Gewichtung unterschiedlicher Belange eine Hervorhebung der Bedeutung des Kindeswohls. Das Kindeswohl hat demnach prinzipiell Vorrang. Wenngleich der Vorrang nicht absolut ist, was sich bereits aus dem Wortlaut der Norm ergibt, hat der Entscheidende den prinzipiellen Vorrang des Kindeswohls zu berücksichtigen. Andere Belange müssen am Vorrang des Kindeswohls gemessen und abgewogen werden.

Lässt eine behördliche Entscheidung, die an Art. 3 Abs. 1 KRK zu messen ist, das zu berücksichtigende Kindeswohl außer Acht, ist sie mit der KRK nicht vereinbar. Entsprechendes gilt, wenn eine Behörde Aspekte des Kindeswohls nicht ausreichend ermittelt und in die Erwägungen mit eingestellt hat oder den prinzipiellen Abwägungsvorrang zugunsten des Kindeswohls nicht beachtet hat. Letzteres kann der Fall sein, wenn es an der Priorisierung des Kindeswohls fehlt oder eine Fehlgewichtung erfolgt, nach der andere Belange unzutreffend für höherrangig gehalten werden.¹⁷

VI. Art. 12 KRK: Das Recht des Kindes, gehört zu werden

Art. 12 KRK bringt in besondere Weise die Subjektstellung des Kindes in der KRK zum Ausdruck. Er beinhaltet das Recht des Kindes, gehört zu werden. Danach hat ein Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern. Dabei handelt es sich nicht nur um ein rein formales Recht des Kindes auf Gehör. Die Meinung des Kindes ist angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen (Art. 12 Abs. 1 KRK).

9 P. Alston, *The Best Interests of the Child*, Oxford 1994, S. 15 f.; M. Caroni, *Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration*, Berlin 1999, S. 74; H. Cremer (Fußnote 3), S. 22 ff., hinsichtlich Art. 20 KRK.

10 M. Caroni (Fußnote 9), S. 78 f., mit weiteren Nachweisen.

11 EGMR, Urteil v. 28.9.2011, Nr. 55587/09, *Nunez vs. Norwegen*, Ziffer 84, mit weiteren Nachweisen.

12 Siehe BVerfG (Fußnote 6 und 7), ebenso BVerwG (Fußnote 8).

13 Siehe dazu auch R. Eichholz, in: R. A. Lorz (Fußnote 1), S. 11; insofern ebenso zutreffend G. Benassi, *InfAuslR* 2011, S. 429; R. A. Lorz (Fußnote 1), S. 24 ff.

14 G. Dorsch, *Die Konvention über die Rechte des Kindes*, Berlin 1994, S. 106 ff.; P. Alston (Fußnote 9), insbes. S. 15 f.

15 Vgl. etwa Schweizerische ARK, Urteil v. 31. 7. 1998 (Grundsatzentscheid), EMARK 1998/13, 84, 98 f.; M. Caroni, (Fußnote 9), S. 74; *Bramböck/Hutter/Hagen/Paumgartner*, in: Rauch-Kallat/Pichler (Hrsg.), *Entwicklungen in den Rechten der Kinder*, Wien 1994, S. 263; UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *General Comment No. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated Children outside their Country of origin*, UN-Dokument: CRC/GC/2005/6 vom 1. September 2005, Ziffer 20.

16 Dazu genauer nachfolgend. Dass die Perspektive des Kindes bei der Bestimmung des Kindeswohls eine bedeutende Rolle spielt, wird auch im englischen Vertragstext der KRK deutlich, der hier den Begriff „best interests of the child“ verwendet. Dies ist insofern von Relevanz, als die amtliche deutsche Übersetzung, die diesen Begriff mit „Wohl des Kindes“ übersetzt, im Gegensatz zum englischen Vertragstext nicht verbindlich ist (Art. 54 KRK).

17 Vgl. zu alledem auch R. Eichholz, in: R. A. Lorz (Fußnote 1), S. 11; R. A. Lorz (Fußnote 1), S. 24 ff.

Art. 12 Abs. 2 KRK präzisiert dieses Recht dahingehend, dass die Gelegenheit, gehört zu werden, „in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren“ gegeben sein muss, entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle. Die Gelegenheit zur Stellungnahme durch eine Vertretung muss „im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften“ erfolgen, womit klargestellt wird, dass den Staaten Spielraum bei der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des Rechts verbleibt. Dabei sind die Regeln eines fairen Verfahrens und das Kindeswohl zu beachten.¹⁸

Art. 12 KRK bringt einen grundlegenden Wandel im Verständnis des Kindes zum Ausdruck: es ist anzuhören, ernst zu nehmen und an Entscheidungen zu beteiligen.¹⁹ Art. 12 KRK hat zugleich erhebliche Konsequenzen für das Verständnis und die Bestimmung des Kindeswohls im Einzelfall. Das Kindeswohlprinzip der KRK und Art. 12 der Konvention stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang.²⁰ Um die individuelle Lage und das Kindeswohl im Einzelfall ermitteln zu können, können Kinder wichtige Informationen, Sichtweisen und Erfahrungen beisteuern, die bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen sind. Ihr Aus-sagen können von entscheidender Bedeutung sein.

Der Anwendungsbereich des Art. 12 KRK ist sehr weitreichend. Er gilt „in allen das Kind berührenden Angelegenheiten“ und damit in sämtlichen Lebensbereichen und Rechtsgebieten.²¹ Die Formulierung, der zufolge jedes Kind, das „fähig ist, sich seine eigene Meinung zu bilden“, das Recht auf Gehör hat, kann nicht herangezogen werden, um pauschale Alterseinschränkungen im Anwendungsbereich von Art. 12 KRK zu begründen. Art. 12 KRK enthält keine Altersgrenze. Mit der Anforderung, die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend dem Alter und der Reife zu berücksichtigen, macht Art. 12 KRK vielmehr deutlich, dass der Grad des kindlichen Verstehens nicht allein vom biologischen Alter abhängt.²² Nach Ziel und Zweck der Norm ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das Kind fähig ist, sich seine eigene Meinung zu bilden; es obliegt nicht dem Kind, seine Fähigkeit vorab nachzuweisen. Im Übrigen können Aussagen von Kindern wichtige Informationen enthalten, die ohne Anhörung des Kindes unberücksichtigt bleiben. Zwar weist die Formulierung, die auf die Fähigkeit abstellt, sich seine eigene Meinung zu bilden, darauf hin, dass das Recht, gehört zu werden, bei Kindern Grenzen haben kann. Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes hat in seinem Allgemeinen Kommentar zu Art. 12 KRK allerdings auch darauf hingewiesen, dass Kinder von früher Kindheit an fähig sind, sich in nichtverbalen Kommunikationsformen auszudrücken.²³

Das Recht, gehört zu werden, ist in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zu beachten (12 Abs. 2). Es gilt sowohl für Verfahren, die vom Kind in Gang gesetzt werden als auch für solche, die andere eingeleitet haben und Kinder berühren. Solche Verfahren können

etwa den Bildungsweg von Kindern oder familienrechtliche Entscheidungen betreffen, Krisen- und Notsituationen des Kindes, ihre Betreuung außerhalb der Familie oder aufenthaltsrechtliche und asylrechtliche Entscheidungen zum Gegenstand haben.²⁴ Abschließend sei noch betont, dass Art. 12 KRK keine Pflicht, sondern allein ein Recht des Kindes beinhaltet. Bei der Vertretung des Kindes ist grundsätzlich darauf zu achten, dass Art. 12 KRK im Interesse des Kindes geltend gemacht wird.

VII. Fazit

Die KRK bietet mit ihren zahlreichen Rechten für Kinder ein weites Handlungsfeld für die Rechtspraxis. Dem in Art. 3 Abs. 1 KRK umfassend kodifizierten Maßstab des Vorrangs des Kindeswohls kommt im Rahmen der Gewährleistung und Auslegung der in der KRK garantierten Rechte als auch bei der Abwägung kollidierender Rechtsgüter zentrale Bedeutung zu. Art. 12 KRK, dessen Anwendungsbereich sehr weit ist, steht in einem unmittelbaren Zusammenhang zum Kindeswohlprinzip der KRK: Bei der Ermittlung des Kindeswohls ist das Recht des Kindes, gehört zu werden, zu beachten. Die in diesem Beitrag angesprochenen materiellrechtlichen Gewährleistungen durch die KRK können grundsätzlich für alle Lebensbereiche und Rechtsgebiete, die Kinder betreffen, von entscheidungserheblicher Relevanz sein, etwa im Bereich des Familienrechts, Schulrechts, Kinder- und Jugendhilferechts, Aufenthalts- und Asylrechts oder des Sozialrechts. Für die anwaltliche Praxis empfiehlt es sich grundsätzlich, einschlägige Normen aus der KRK als subjektive Rechte in die Schriftsätze einzubeziehen. Dabei ist auch Art. 3 Abs. 1 KRK regelmäßig zu integrieren und heranzuziehen. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Normen der KRK nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Anwendung und Auslegung innerstaatlichen Rechts – einschließlich der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes – zu berücksichtigen sind. Die Garantien der KRK können etwa als Auslegungshilfe von Art. 1 Abs. 1, Art. 2, Art. 3, Art. 6, Art. 19 Abs. 4 oder Art. 103 Abs. 1 GG herangezogen werden.

18 Vgl. UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard, UN-Dokument: CRC/C/GC/12 vom 20. Juli 2009, Ziffer 38 f.

19 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 18), Ziffer 1f.

20 Bramböck/Hutter/Hagen/Paumgartner (Fußnote 15), S. 247. ff.; UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 18), Ziffer 70 ff.

21 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 18), Ziffer 26 f.

22 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 18), Ziffer 29.

23 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 18), Ziffer 21.

24 Siehe zu weiteren Beispielen UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 18), Ziffer 89 f.



Dr. Hendrik Cremer, Berlin

Der Autor ist Wissenschaftlicher Referent am Deutschen Institut für Menschenrechte in Berlin.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

Die Bedeutung der Prozesskostenhilfe in der anwaltlichen Praxis

Die breite Anwaltschaft ist (noch) in der Prozesskostenhilfe aktiv

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

Mandate mit Prozesskostenhilfe (PKH) sind für Kanzleien fast immer ein Zuschussgeschäft – und doch gibt es nach wie vor Kanzleien mit relevantem Anteil an PKH-Mandaten. Der Autor stellt empirische Ergebnisse zur PKH in der Anwaltschaft vor. Das Fazit: Mehr als 80 Prozent aller Anwälte nehmen PKH-Mandate an – allerdings wandern die PKH-Mandate zunehmend zu Kanzleien, die sich auf Verbraucher spezialisiert haben, in den Markt eintreten oder bei den Umsätzen weniger erfolgreich sind.

I. Prozesskostenhilfe und leere Staatskassen

Die lange Zeit kontinuierlich steigenden, obschon im internationalen Vergleich nach wie vor deutlich unterdurchschnittlichen Aufwendungen des Fiskus für die Beratungshilfe und die Prozess-/Verfahrenskostenhilfe¹ (PKH/VKH) haben zu einer Diskussion über die Zukunft der staatlich finanzierten Kostenhilfe geführt. Vorschläge zur Begrenzung der Aufwendungen für die Beratungs- und Prozesskostenhilfe, ausgearbeitet von Bund-Länder-Arbeitsgruppen, haben das Thema „Zugang zum Recht“ – wenn auch noch etwas verhalten – in das Bewusstsein der Rechts- und Berufspolitik gerückt.² Wenngleich besonders aufgeregt über eine Reform der Beratungshilfe gestritten wird³ – die mit jährlichen Aufwendungen von wenig mehr als einem Euro pro Bürger nicht allzu kostspielig ist⁴ –, sind auch die (deutlich höheren) Ausgaben für die Prozesskostenhilfe in den Fokus geraten. Entsprechende Aktivitäten sind nicht zuletzt auch Folge der nur in großen zeitlichen Abständen erfolgenden Anpassungen der staatlichen Tarifgesetze für Rechtsanwälte und Sachverständige, in denen die Vergütung beigeordneter Rechtsanwälte und gerichtlich bestellter Sachverständiger geregelt ist. Die zuletzt mit Wirkung zum 1. Juli 2004 vorgenommene Erhöhung der Gebühren für Rechtsanwälte und Sachverständige hat daher die Länder rasch nach Inkrafttreten der erhöhten Gebühren dazu veranlasst, über Möglichkeiten einer Begrenzung der Aufwendungen für die Prozesskostenhilfe nachzudenken. Im Jahr 2006 haben die Länder den Entwurf eines Prozesskostenhilfebegrenzungsgesetzes in den Bundestag eingebracht.⁵ Anders als in dem parallel betriebenen Gesetzesvorhaben zur Begrenzung der Aufwendungen für die Beratungshilfe⁶ wird die Anwaltschaft nicht prominent für die Kostenentwicklung mitverantwortlich gemacht. Als wesentlicher Kostentreiber wird – neben den vom Gesetzgeber erhöhten Gebühren – insbesondere die Bewilligungspraxis der Gerichte identifiziert, die nach Auffassung des Bundesrats, der sich primär auf Untersuchungen des Landesrechnungshofs Baden-

Württemberg stützt, zu häufig Prozesskostenhilfe ohne Eigenbeteiligung der Prozesspartei bewilligen. Die Maßnahmen zur Begrenzung der Aufwendungen für die Prozesskostenhilfe sollen deshalb dort ansetzen, wo die Bewilligungsvoraussetzungen der Prozesskostenhilfe, die Bestimmungen über die Eigenbeteiligung der bedürftigen Partei oder die Vorschriften über das Verfahren zu staatlichen Aufwendungen führen, die verfassungsrechtlich nicht geboten sind.⁷ So soll die Missbrauchskontrolle verschärft, die Eigenbeteiligung ausgeweitet, die Beantragung der Prozesskostenhilfe gebührenpflichtig und die Überprüfung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Antragsteller effektiver werden. Zudem soll ein Auskunftsanspruch der Gerichte festgeschrieben werden, mit dem diese bei den Finanzämtern, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, den Sozialleistungsträgern und dem Arbeitgeber die Angaben der Antragsteller überprüfen lassen können.

Im Jahr 2006 wurde ein Einsparpotenzial von rund 100 Mio. Euro erwartet⁸, das heißt eine Absenkung der Aufwendungen für die Prozesskostenhilfe – die zu mehr als 80 Prozent aus Zahlungen an beigeordnete Rechtsanwälte bestehen – um rund 20 Prozent. Da das Gesetzgebungsverfahren in der 16. Legislaturperiode nicht abgeschlossen werden konnte und der Diskontinuität anheimfiel, wurde der Gesetzgebungsentwurf im Mai 2010 erneut und unverändert eingebracht.⁹ Die Bundesländer machten sich noch nicht einmal die Mühe, die statistischen Daten auf den aktuellen Stand zu bringen. So konnte geflissentlich verschwiegen werden, dass sich die Anfang 2006 prognostizierten Kostenexplosionen keineswegs eingestellt hatten, die Aufwendungen für Prozesskostenhilfe in einigen Bundesländern sogar rückläufig waren. Bundesweit betragen die Aufwendungen für die Prozesskostenhilfe im Jahr 2006 491 Mio. Euro, im Jahr 2010 waren sie auf 483 Mio. Euro gesunken.¹⁰

Die Auswirkungen des Gesetzesvorhabens auf die Anwaltschaft werden in den Gesetzesmaterialien nicht näher erörtert, ebenso wie nicht problematisiert wird, wie sich im Zweifelsfall die Rechtsuchenden verhalten werden, die künftig keine Prozesskostenhilfe mehr erlangen können – hier scheint der Gesetzentwurf mit der gedanklich allzu schlichten Überlegung zu operieren, dass derjenige, der keine Prozesskostenhilfe in gewohntem Umfang erhalten kann, die Finanzierungslücke aus eigenen Mitteln schließen wird. Einzig die bislang an beigeordnete Rechtsanwälte geleisteten Zahlungen werden in den Gesetzesmaterialien dokumentiert. Erfahrungen etwa aus England und Wales zeigen, dass in Zeiten, in denen die Anwaltschaft stark

1 Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2011/2012, Bonn 2012, Tab. 7.3.1. bis 7.3.5.

2 Vgl. auch Kilian, AnwBl 2008, 236 ff.

3 Vgl. Zypries, AnwBl 2009, 337f.; Kilian, ZRP 2009, 9ff.; Sommer, DRiZ 2009, 105ff.; Piepenkötter ZRP 2009, 90f.; Pressemitteilung des DAV vom 13.10.2008 (PM 28-08). Realisiert werden sollen Einsparungen auf verschiedene Art und Weise, unter anderem durch die Beschränkung der Möglichkeit, erst nach der Konsultation eines Rechtsanwalts – der möglicherweise überhaupt erst die Beratungshilfeberechtigung festgestellt und nach § 16 BORA auf sie hingewiesen hat – Beratungshilfe zu beantragen. Vorgeschlagen wird auch, die Eigenbeteiligung der Beratungshilfeberechtigten zu erhöhen, vgl. Corcilus/Remmert, Pflieger 2008, 613ff.; Hansens, RVG-Report 2008, 9f.

4 Kilian/Dreske, aaO (Fn. 1), Tab. 7.3.2.

5 BT-Drucks. 16/1994. Zum Entwurf etwa Rakete-Dombek, NJW 2007, 3162.

6 Hommerich/Kilian, Berufsrechtsbarometer 2009, S. 67 ff.

7 BT-Drucks. 16/1994, S. 14 ff.

8 BT-Drucks. 16/1994, S. 18 ff.

9 BT-Drucks. 17/1216. Zum Entwurf etwa Zimmermann, FamRZ 2010, 1137; Büte, FamFR 2010, 436.

10 Kilian/Dreske, aaO (Fn. 1) Tab. 7.4.1/2.

spezialisiert und segmentiert ist, Einschnitte bei der Prozesskostenhilfe die Anwaltschaft sehr unterschiedlich treffen – bis hin zu existentiellen Problemen bei hoch spezialisierten Kanzleien, die ganz überwiegend staatlich finanzierte Mandate betreuen. Vor diesem Hintergrund ist das Soldan Institut im Rahmen einer empirischen Studie der Frage nachgegangen, in welchem Umfang Rechtsanwälte in ihrer Mandatspraxis Prozesskostenhilfemandate betreuen.¹¹ Die Teilnehmer an der Studie wurden gebeten, den Anteil der Prozesskostenhilfemandate an ihrem Mandatsaufkommen und an ihrem Umsatz mitzuteilen.

II. Prozesskostenhilfe in der Mandatspraxis

1. Gesamtbetrachtung

19 Prozent der befragten Rechtsanwälte bearbeiten nach ihren eigenen Angaben keinerlei Mandate, die über Prozess- und Verfahrenskostenhilfe finanziert werden. Bei 40 Prozent der Rechtsanwälte liegt der Anteil der Mandate, die über Prozess- und Verfahrenskosten finanziert werden, bei maximal zehn Prozent, wobei 28 Prozent der Anwälte einen Anteil von höchstens fünf Prozent aller Mandate angeben. Der Median bei dieser Frage ist zehn Prozent, das heißt die Hälfte der Rechtsanwälte bearbeitet einen geringeren, die andere Hälfte einen höheren Anteil an Prozesskosten- und Verfahrenskostenhilfemandaten. 41 Prozent der Befragten finanzieren mehr als zehn Prozent ihrer Mandate über die Prozess- oder Verfahrenskostenhilfe. Einen Anteil von mehr als 30 Prozent der Mandate berichten allerdings nur rund 20 Prozent der Rechtsanwälte.

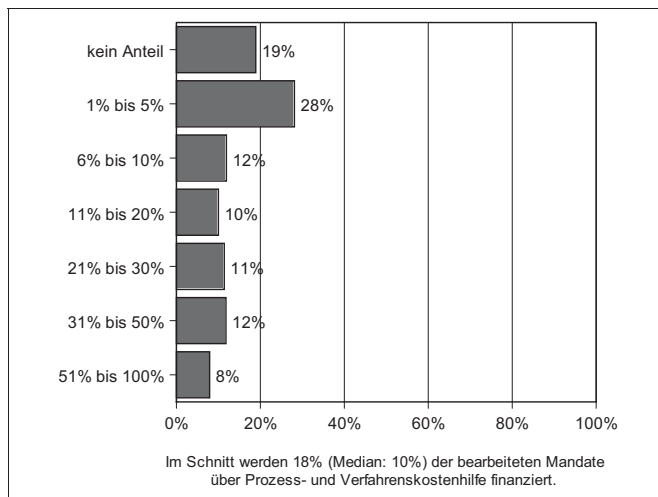


Abb. 1: Anteil der über Prozess-/Verfahrenskostenhilfe finanzierten Mandate an allen Mandaten

Die von den Rechtsanwälten mitgeteilten Werte beruhen ganz überwiegend auf Schätzungen. Frühere Studien des Soldan Instituts haben belegt, dass sich der Großteil der Rechtsanwälte für Angaben zu betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten nicht auf ein kanzleiinternes Rechnungswesen stützen kann, sondern Schätzungen vornimmt. Charakteristisch ist, dass Rechtsanwälte bei solchen Schätzungen dazu neigen, die Bedeutung eines Finanzierungsinstrumentes zu überschätzen.¹² Soweit sich daher im Rahmen der aktuellen Untersuchung ergibt, dass durchschnittlich 18 Prozent der bearbeiteten Mandate der Teilnehmer an der Studie über Prozess- und Verfahrenskostenhilfe finanziert werden, soll-

ten bei der Bewertung gewisse Ungenauigkeiten solcher Schätzungen berücksichtigt werden.

Betrachtet man nicht das durch die Prozesskosten- und Verfahrenskostenhilfe generierte Mandatsaufkommen, sondern den mit Hilfe dieser Finanzierungsinstrumente erwirtschafteten Umsatz, zeigt sich – aufgrund der niedrigeren Gebühren des RVG für solche Mandate – erwartungsgemäß, dass Prozesskosten- und Verfahrenskostenhilfemandate für die Rechtsanwälte unterdurchschnittlich ertragsstark sind. Während rechnerisch 18 Prozent der bearbeiteten Mandate auf der Prozesskosten- und Verfahrenskostenhilfe beruhen, sind es nur 15 Prozent des Umsatzes. 22 Prozent der Befragten generieren keinerlei Umsatz durch Mandate, die über Prozesskosten- und Verfahrenskostenhilfe finanziert werden. Mehr als 30 Prozent ihres Umsatzes erzielen 16 Prozent der Rechtsanwälte mit Hilfe solcher Mandate.

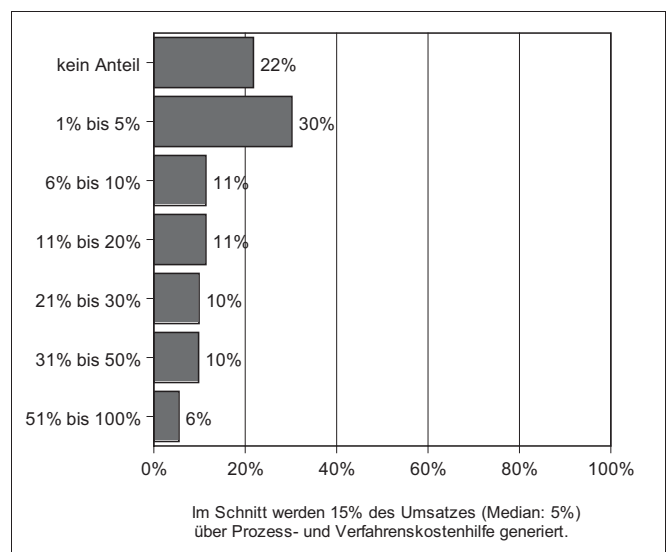


Abb. 2: Anteil der über Prozess-/Verfahrenskostenhilfe finanzierten Mandate am Umsatz

2. Differenzierende Betrachtung

Eine überdurchschnittliche Bedeutung haben die Prozesskostenhilfe und Verfahrenskostenhilfe für Rechtsanwälte aus kleinen Kanzleien: In Einzelkanzleien machen PKH/VKH-Mandate 21 Prozent des Mandatsaufkommens aus. In Sozietäten nimmt der Anteil mit zunehmender Sozietätsgröße kontinuierlich ab: Kleinsozietäten mit bis zu fünf Anwälten generieren nach Schätzungen der in ihnen tätigen Anwälte 19 Prozent ihrer Mandate aus der PKH/VKH, mittelgroße Sozietäten (mit sechs bis zehn Anwälten) 13 Prozent und große Sozietäten sechs Prozent.

¹¹ Die für diese Studie erhobenen Daten beruhen auf einer vom Soldan Institut per Telefax durchgeführten Umfrage. Im Zeitraum vom 26. April bis zum 23. Mai 2011 nahmen insgesamt 1.157 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte an der Befragung teil. Die Fragebögen wurden an eine jeweils identisch große Zahl von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, die nach dem Zufallsprinzip aus einer Stichprobe von 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, die tatsächlich anwaltlich tätig sind, ausgewählt wurden. Jeder dieser Rechtsanwälte hatte die gleiche Chance, in die Stichprobe zu gelangen, wodurch das Kriterium einer Zufallsauswahl erfüllt ist.

¹² Dies konnte bereits bei der vor einigen Jahren geklärten Frage nach dem Anteil der durch Rechtsschutzversicherungen finanzierten Mandate nachgewiesen werden, näher Hommerich/Kilian, Rechtsschutzversicherungen, 2010, S. 86 ff. Hier hatten jene Rechtsanwälte, die sich auf ihr Rechnungswesen stützen konnten, mit 23 Prozent einen deutlich niedrigeren Wert angegeben als Rechtsanwälte, die den Anteil rechtsschutzversicherter Mandate geschätzt hatten (31 Prozent).

	Einzel-anwalt	Sozietät mit bis zu 5 Anwälten	Sozietät mit 6 bis 10 Anwälten	Sozietät mit 11 bis 20 Anwälten	Sozietät mit mehr als 20 Anwälten
0 %	13 %	11 %	25 %	50 %	77 %
1 % – 25 %	51 %	60 %	58 %	46 %	17 %
26 % – 50 %	27 %	21 %	8 %	2 %	0 %
51 % – 100 %	9 %	8 %	9 %	2 %	6 %
arithmetisches Mittel	21 %	19 %	13 %	6 %	6 %

p < = 0,05

Tab. 1: Anteil der über Prozess-/Verfahrenskostenhilfe finanzierten Mandate an allen Mandaten nach Größe der Kanzlei

Diese Verteilung erklärt sich maßgeblich auch aus der Mandatsstruktur von Kanzleien unterschiedlicher Größe: Kleinere Kanzleien betreuen überdurchschnittlich viele Privatkunden, die als Empfänger von PKH/VKH in Betracht kommen. In Kanzleien, die mehrheitlich (mehr als 60 Prozent) gewerbliche Mandanten betreuen, sinkt der Anteil an PKH/VKH-Mandaten daher auch auf nur noch drei Prozent. Bei Anwälten, die zu mehr als 60 Prozent private Mandanten betreuen, beträgt der Vergleichswert hingegen 27 Prozent.

	bis 30 %	31 % bis 60 %	61 % bis 100 %
0 %	58 %	19 %	4 %
1 % – 25 %	41 %	68 %	51 %
26 % – 50 %	1 %	12 %	32 %
51 % – 100 %	0 %	1 %	13 %
arithmetisches Mittel	2 %	11 %	27 %

p < = 0,05

Tab. 2: Anteil der über Prozess-/Verfahrenskostenhilfe finanzierten Mandate an allen Mandaten nach Anteil privater Mandanten

Betrachtet man nicht die Bedeutung von PKH/VKH für das Mandatsaufkommen, sondern den durch solche Mandate erwirtschafteten Umsatz, wird deutlich, dass die Mandatsstruktur einer Kanzlei zentrale Determinante für die Bedeutung der PKH/VKH für den Kanzleiumsatz ist. Angesichts der Bewilligungsvoraussetzungen für PKH/VKH kann dies nicht überraschen. Keine Kanzlei mit mehrheitlich gewerblichen Mandaten (61 bis 90 Prozent) erwirtschaftet mehr als ein Viertel der Umsätze über die PKH – bei 57 Prozent dieser Kanzleien wird überhaupt kein Umsatz aus der PKH/VKH erzielt, bei 43 Prozent maximal 25 Prozent. Kanzleien mit über 90 Prozent gewerblichen Mandanten erwirtschaften gar keinen Umsatz durch PKH/VKH-Mandate. In Kanzleien mit einem hohen Anteil privater Mandanten (mehr als 60 Prozent bis 90 Prozent) erwirtschaften 31 Prozent der Anwälte mehr als ein Viertel des Umsatzes aus PKH/VKH-Mandaten. Anwälte, die fast ausschließlich private Mandanten betreuen (d. h. über 90 Prozent), erzielen in 48 Prozent der Fälle mehr als ein Viertel des Umsatzes aus PKH/VKH-Mandaten.

	bis 30 %	31 % bis 60 %	bis 61 % bis 90 %	bis 91 % bis 100 %
0 %	67 %	24 %	4 %	11 %
1 % – 25 %	33 %	68 %	65 %	41 %
26 % – 50 %	0 %	7 %	23 %	35 %
51 % – 100 %	0 %	1 %	8 %	13 %
arithmetisches Mittel	1 %	9 %	21 %	29 %

p < = 0,05

Tab. 3: Anteil der über Prozess-/Verfahrenskostenhilfe finanzierten Mandate am Umsatz nach Anteil privater Mandanten

Im Weiteren ist empirisch nachweisbar, dass in Kanzleien beliebiger Größe der Anteil der PKH/VKH-Mandate am Gesamtumsatz stets einige Prozentpunkte unter ihrem Anteil am Mandatsaufkommen liegt – aufgrund der ermäßigten Gebühren, die die Staatskasse zahlt, ist dies erwartungsgemäß, kann aber eine Abweichung des Umsatzes vom Mandatsaufkommen von bis zu 20 Prozent nicht vollständig erklären. Mit vier Prozentpunkten ist die Diskrepanz in Einzelkanzleien am größten (PKH/VKH-Mandate machen 21 Prozent der Mandate aus, generieren aber nur 17 Prozent des Umsatzes) und in mittelgroßen Sozietäten von sechs bis zehn Anwälten mit einem Prozentpunkt am geringsten (13 Prozent der Mandate, 12 Prozent des Umsatzes). Allerdings beruhen die Angaben der befragten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zumeist auf Schätzungen und sind daher mit gewissen Unsicherheiten behaftet.

Mit zunehmender Größe des Ortes, an dem die Kanzlei eines Rechtsanwalts ihren Sitz hat, nimmt die Bedeutung der PKH/VKH für den Kanzleiumsatz ab: Wer im kleinstädtischen Umfeld (Orte mit bis zu 10.000 Einwohnern) niedergelassen ist, erwirtschaftet im Mittel 26 Prozent seines Umsatzes über PKH/VKH-Mandate. In Städten mit 10.000 bis unter 100.000 Einwohnern sinkt der Anteil bereits auf rund ein Fünftel, ist aber, bezogen auf die Gesamtanwaltschaft, immer noch überdurchschnittlich hoch. In kleinen Großstädten (unter 200.000 Einwohner) beträgt der Anteil noch 14 Prozent, in Städten mit über 500.000 Einwohnern liegt er bei weniger als einem Zehntel. Zum Teil, aber nicht vollständig erklärt sich dies daraus, dass Kanzleien mit „Privatkundengeschäft“ in kleinen Städten größere relative Bedeutung am lokalen Anwaltsmarkt haben.

	Zahl der Einwohner						
	weniger als 10.000	10.000 bis unter 50.000	50.000 bis unter 100.000	100.000 bis unter 200.000	200.000 bis unter 500.000	500.000 bis unter 1 Mio.	1 Mio. und mehr
0 %	6 %	5 %	8 %	18 %	25 %	38 %	47 %
1 % – 25 %	56 %	67 %	58 %	66 %	59 %	53 %	39 %
26 % – 50 %	29 %	21 %	25 %	10 %	12 %	6 %	12 %
51 % – 100 %	9 %	7 %	9 %	6 %	4 %	3 %	2 %
arithmetisches Mittel	26 %	19 %	21 %	14 %	11 %	9 %	8 %

p < = 0,05

Tab. 4: Anteil der über Prozess-/Verfahrenskostenhilfe finanzierten Mandate am Umsatz nach Einwohnerzahl des Kanzleistandortes

Überdurchschnittlich hohe Bedeutung hat die PKH/VKH für nicht oder wenig spezialisierte Rechtsanwälte: Wer Generalist oder ausschließlich auf bestimmte Rechtsgebiete spezialisiert ist, erzielt 17 Prozent des Umsatzes aus PKH/VKH-Mandaten, wer Spezialist für bestimmte Zielgruppen ist, erzielt hingegen nur sechs Prozent des Umsatzes aus diesen Mandaten.

Noch deutlicher sind die geschlechtsspezifischen Unterschiede: Rechtsanwältinnen erzielen 27 Prozent ihres Umsatzes aus PKH/VKH-Mandaten, Rechtsanwälte lediglich elf Prozent. Ein Grund hierfür ist, dass Rechtsanwältinnen stark überproportional in Rechtsgebieten tätig sind, in denen Rechtsstreitigkeiten besonders häufig über PKH/VKH finanziert werden (vor allem Familienrecht). Ein weiterer Grund

ist, dass der Altersdurchschnitt der weiblichen Anwaltschaft niedriger ist als jener der männlichen Anwaltschaft (der Frauenanteil bei Neuzulassungen liegt gegenwärtig rund 15 Prozentpunkte über ihrem Anteil an der Gesamtanwaltschaft). Zulassungsjüngere Anwälte erzielen ganz allgemein signifikant höhere Umsatzanteile aus PKH/VKH-Mandaten als Kollegen, die bereits länger im Beruf stehen: Wer nach 2005 zugelassen ist, erzielt im Schnitt 21 Prozent seines Umsatzes aus PKH/VKH-Mandaten, wer länger im Beruf ist, nur noch zwischen 14 und 16 Prozent. Dies muss nicht zwangsläufig dafür sprechen, dass bedürftige Rechtssuchende besonders häufig mit wenig berufserfahrenen Rechtsanwälten Vorlieb nehmen müssen, da solche Anwälte in der Regel noch über keine voll ausgelastete Mandatspraxis verfügen und die relative Bedeutung der PKH/VKH für ihren Umsatz größer ist.

III. Bewertung

Der Anteil der Rechtsanwälte, die über Prozesskosten- und Verfahrenskostenhilfe finanzierte Mandate bearbeiten, ist mit 81 Prozent fast exakt so hoch wie der Anteil der Rechtsanwälte, die Beratungshilfemandate übernehmen (82 Prozent).¹³ Die relative Bedeutung unterscheidet sich deutlich: Während 69 Prozent der Beratungshilfemandate bearbeitenden Anwälte auf einen Anteil solcher Mandate im Mandatsportfolio von maximal zehn Prozent kommen, teilen nur 41 Prozent der Rechtsanwälte einen solchen relativ geringen Anteil der PKH/VKH-Mandate am Gesamtmandatsaufkommen mit. Bei der Mehrheit der Rechtsanwälte mit Aufkommen an PKH/VKH-Mandaten liegt deren Anteil – zum Teil recht deutlich – über 10 Prozent. Besonders stark engagiert im Bereich der PKH/VKH sind Rechtsanwälte aus kleineren Kanzleien und solchen Kanzleien, die einen hohen Anteil privater Mandanten aufweisen. Hier steigen der Anteil der PKH/VKH-Mandate an allen Mandaten und/oder der Umsatz aus solchen Mandaten am Gesamtumsatz zum Teil auf mehr als ein Viertel. Dies ist partielle Erklärung für die immer wieder berichtete relativ schlechte Ertragsstruktur von Kanzleien dieses Zuschnitts, da Prozesskosten- und Verfahrenskostenhilfemandate unterdurchschnittlich ertragsstark sind.

Der empirische Befund verdeutlicht, dass in Deutschland typische Probleme, die in ausländischen Rechtsordnungen mit zum Teil deutlich weiter entwickelten Systemen der legal aid auftreten, nicht bzw. nicht in vergleichbarem Ausmaß feststellbar sind: So sind deutsche Rechtsanwälte ersichtlich nicht in dem Maße auf PKH/VKH-Mandate spezialisiert wie etwa englische Berufskollegen, für die eine entsprechende Ausrichtung zumeist bereits Voraussetzung ist, um in ein Panel von Anwälten aufgenommen zu werden, dessen Mitglieder staatlich finanzierte Mandate bearbeiten dürfen. Der rechtsvergleichend von großer Zurückhaltung geprägte Regulierungsansatz im Bereich der PKH/VKH, der dazu führt, dass in Deutschland jeder interessierte Anwalt PKH/VKH-Mandate übernehmen kann und auf Qualitätskontrollen verzichtet wird, vermeidet insofern allzu starke Abhängigkeiten

der Kanzleien von der Finanzierung ihrer Mandate durch den Fiskus. Kehrseite der Medaille ist freilich, dass der Verzicht auf allzu starke staatliche Lenkung dazu führt, dass bei jungen Anwälten, die über wenig Berufserfahrung verfügen, die PKH/VKH überdurchschnittliche Bedeutung erlangen kann. Überdurchschnittlich häufig werden für Rechtssuchende, die PKH/VKH erhalten, jüngere Rechtsanwälte mit beschränkter Praxiserfahrung tätig. Wenn man diese Unterschiede auch partiell mit dem geringeren Aufkommen an „freien Mandaten“ in Kanzleien jüngerer Rechtsanwälte erklären mag, so ist doch festzustellen, dass in Deutschland die Wahrscheinlichkeit, einen berufserfahrenen, spezialisierten Rechtsanwalt beigeordnet zu erhalten, aufgrund der Strukturen der PKH/VKH deutlich geringer ist als etwa in England und Wales.

¹³ Diese Frage wurde bereits 2009 untersucht, vgl. *Hommerich/Kilian*, BRAK-Mitt. 2010, 106 ff.



Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Rechtsanwalt und Direktor des Soldan Instituts. Informationen zum Soldan Institut im Internet unter www.soldaninstitut.de.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

Das Mandat zur Vertretung gegenüber der Rechtsschutzversicherung

Zugleich Besprechung des Urteils des BGH v. 13.12.2011 – VII ZR 247/10, AnwBl 2012, 284

Rechtsanwalt Burkard Lensing, LL.M., Münster

Können die Kosten für die Einholung der Deckungszusage bei einem Rechtsschutzversicherer erstattungsfähig sein, wenn der Haftpflichtversicherer bei der Unfallregulierung im Verzug ist? Der BGH hat das in einem Fall verneint. Der Autor bespricht das Urteil kritisch. Er empfiehlt Anwälten, sich ein eigenes Mandat zur Vertretung gegenüber der Rechtsschutzversicherung für die Einholung und die Aufrechterhaltung des Deckungsschutzes erteilen zu lassen.

I. Facetten eines Urteils: Vieles offen

Das Urteil dämpft die Erwartungen der Anwaltschaft, den materiellen Kostenerstattungsanspruch des Mandanten auf Ersatz der Rechtsverfolgungskosten durchsetzen zu können, ohne die Frage grundsätzlich zu klären. Ausgangspunkt des Urteils ist die Frage, ob die Kosten des Rechtsschutzmandates als Verzugsschaden ersatzfähig sind. Ungeprüft lässt der BGH den Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung. Damit umschifft er die Frage, ob unter Schutzzweckgesichtspunkten eine Einschränkung der Haftung in Betracht kommt. Gleichwohl beschränkt der BGH die Erstattung der Rechtsverfolgungskosten auf diejenigen, welche zur Wahrnehmung der Rechte des Geschädigten erforderlich und zweckmäßig waren. Dabei scheint der BGH den objektiven Maßstab der Notwendigkeit der verschuldensunabhängig zu ersetzenden Rechtsverfolgungskosten nach § 91 ZPO anzulegen. Dem Geschädigten sei es zumutbar unter Vorlage des bereits gefertigten Klageentwurfs, selbst eine Deckungszusage einzuholen.

Entscheidend ist freilich nicht, ob dem Geschädigten die eigenständige Einholung der Deckungszusage bei einer ex post Betrachtung objektiv zumutbar war, sondern ob die Einschaltung eines Anwaltes aus seiner Sicht ex ante erforderlich und zweckmäßig ist. Herr des Restitutionsgeschehens ist der Geschädigte. Seine subjektive Sicht ist entscheidend. Maßgeblich ist, ob die Aufwendungen für die Rechtsverfolgung aus der subjektiven Sicht des Geschädigten im Zeitpunkt des Schadenseintritts erforderlich waren. Das Merkmal der Erforderlichkeit dient dabei der Abgrenzung zwischen den nicht ersatzfähigen Kosten eigener Mühewaltung bei der Schadensabwicklung und den ersatzfähigen Schadensbeseitigungskosten. Rechtsverfolgungskosten sind Aufwendungen in Erwartung eines Rechtsstreites. Als freiwillige Vermögensopfer bilden sie grundsätzlich keinen ersatzfähigen Schaden. Ersatzfähig sind die Rechtsverfolgungskosten nur als mittelbarer Vermögensfolgeschaden im Sinne des § 251 BGB¹ oder als Schadensbeseitigungskosten im Sinne des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB². Das Wirtschaftlichkeitspos-

tulat des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB beschränkt den Ersatz der Rechtsverfolgungskosten dabei auf diejenigen Kosten, die ein wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten zweckmäßigerweise aufgewandt hätte. Zweckmäßig und erforderlich ist die Meldung des Schadensfalles an den eigenen Versicherer. Sie ist Teil der Schadensabwicklung. Ist es aus Sicht des Geschädigten erforderlich, hierfür anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, so gilt dies grundsätzlich auch für die Anmeldung des Versicherungsfalles bei dem eigenen Versicherer. Die entstehenden Anwaltskosten gehören zu dem ersatzfähigen Schaden. Bejaht wird dies in der Rechtsprechung für die Meldung an die Kaskoversicherung, an den eigenen Unfallversicherer und an sonstige Sachversicherer³. Nichts anderes kann bei der Schadensregulierung für einen rechtsschutzversicherten Auftraggeber gelten.

Erforderlich ist die Erteilung des Rechtsschutzmandates allein schon, um sich den eigenen Versicherungsschutz zu erhalten. Der rechtsunkundige Auftraggeber ist nicht gehalten, auf anwaltlichen Beistand zu verzichten und selbst für seinen Versicherungsschutz Sorge zu tragen. Das berechnete Interesse des Geschädigten ist dabei nicht auf die Einholung der Deckungszusage begrenzt, sondern umfasst den Erhalt des Rechtsschutzes während der gesamten Schadensregulierung. Im Streit stehen daher nicht allein die Anwaltskosten für die Einholung einer Deckungszusage, sondern die Kosten des gesamten Rechtsschutzmandates – auch und gerade für die Beachtung der Obliegenheiten aus dem Rechtsschutzversicherungsvertrag. Der Geschädigte darf den Weg der Schadensbeseitigung wählen, welcher aus seiner Sicht am besten geeignet ist. Aus Geschädigtensicht macht es Sinn, Rechtsschutz für die Schadensregulierung einzuholen, um den eigenen Schaden nicht womöglich noch zu mehren. Im Einzelfall mag es rechtskundige Geschädigte geben, welche so gewandt im Umgang mit Versicherern sind, dass ihnen die Auseinandersetzung mit dem Rechtsschutzversicherer keine Schwierigkeiten bereitet. Der Regelfall ist dies freilich nicht. Allein das Erfordernis bei einem Vergleichsabschluss auf die Kostenquote (§ 5 Abs. 3 b) ARB 2010⁴ zu achten sowie die Rechtsverfolgungskosten möglichst gering zu halten (§ 17 Abs. 1 c) bb) ARB 2010⁵ überfordern den durchschnittlichen Rechtsgenossen regelmäßig. Der Richter am BGH *Wendt*⁶ meint gar, es erfordere mindestens die Rechtskenntnisse eines Rechtspflegers, um die versicherungsrechtlichen Obliegenheiten erfüllen zu können. Ein wirtschaftlich denkender Mensch wird in der Lage des Geschädigten einen Anwalt mit dem Rechtsschutzmandat betrauen, um sich seinen Versicherungsschutz zu erhalten.

Ob im nach hinein betrachtet ein einfaches Schreiben an den Rechtsschutzversicherer objektiv zureichend gewesen wäre, um sich den Deckungsschutz zu erhalten und zu bewahren, ist rechtlich ohne Bedeutung. Dies scheint der BGH anders zu sehen und verneint aufgrund seiner ex-post-Betrachtung die Ersatzfähigkeit der Rechtsverfolgungskosten. Allerdings hat sich der Kläger wegen der Erforderlichkeit der anwaltlichen Hilfe bei der Einholung des Deckungsschutzes

1 Staudinger-Schiemann, BGB, 13. Aufl., 2005, § 249 Rn. 230, 231; § 251 Rn. 114

2 BGH NJW 2011, 155 (156) Tz. 11; BGH NJW 2010, 3035 (3036) Tz. 12; BGH NJW 2006, 1065 Tz. 4, 5

3 BGH NJW 2005, 1112; BGH NJW 2006, 1065 Tz. 6, BGH NJW 2007, 66 Tz. 10.

4 Obarowski NJW 2011, 2014; Harbauer-Bauer, ARB, ARB, 8. Aufl., 2010, § 5 ARB 2000 Rn. 188

5 OLG Hamm r + s 2011, 471 (474); OLG Celle r + s 2011, 515 f.; Lensing VuR 2011, 190 f.; Harbauer-Bauer, ARB, ARB, (wie bei Fn. 4), § 17 ARB 2000 Rn. 55 f., 76 a

6 MDR 2010, 1168 (1170 f.); r + s 2010, 221 (230 f.)

allein auf die umstrittenen und schwierigen Abrechnungsfragen bei dem Ersatz von Mietwagenkosten berufen und gerade nicht auf die rechtlichen Schwierigkeiten des Rechtsschutzmandates selbst. Zudem trägt er vor, der Anwalt sei allein mit der Einholung des Deckungsschutzes, nicht aber mit dem Erhalt des Deckungsschutzes beauftragt worden.

Die Erforderlichkeit der Einschaltung eines Anwaltes in der Auseinandersetzung mit dem Rechtsschutzversicherer ergibt sich aber gerade aus den rechtlichen Schwierigkeiten bei dem Erhalt des Deckungsschutzes – insbesondere bei der Beobachtung der Obliegenheiten. Ob die Erforderlichkeit der Einschaltung eines Rechtsanwaltes auch dann zu verneinen ist, wenn dieser auch mit der Aufrechterhaltung des Deckungsschutzes beauftragt ist, hat der BGH bislang noch nicht entscheiden müssen.

II. Konsequenzen für die Anwaltspraxis

In der Praxis empfiehlt es sich, den Rechtsschutzauftrag möglichst genau und bestimmt zu fassen. Jedenfalls sollte er nicht auf die Einholung der Deckungszusage beschränkt, sondern auch auf den Erhalt und die umfassende Prüfung des Deckungsschutzes gerichtet sein.

Umfang und Inhalt des Rechtsschutzauftrages bilden den Dreh- und Angelpunkt für die Ersatzfähigkeit der Rechtsverfolgungskosten. Dies nicht allein unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzrechtes, sondern auch des Gebührenrechtes. Der Rechtsanwalt kann seine Gebühren in derselben Angelegenheit nur einmal fordern (§ 15 Abs. 2 S. 1 RVG). Ob ein und dieselbe Angelegenheit vorliegt, richtet sich maßgeblich nach dem Inhalt und Umfang des erteilten Auftrages.⁷ In dem vom BGH entschiedenen Fall ist hierzu klägerseits – nach informatorischer Anhörung – allein vorgetragen worden, der Anwalt habe die Übernahme des Deckungsschutzes abklären sollen und daraufhin den bereits gefertigten Klageentwurf an den Rechtsschutzversicherer weitergeleitet. Wenn bereits ein (un-)bedingter Klageauftrag vorgelegen haben sollte, wären die außergerichtlichen Vorbereitungskosten nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 RVG von der gerichtlichen Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG bereits aufgezehrt worden.⁸

Der Anwalt muss sich daher vor Erteilung des Klageauftrages gesondert von seinem Mandanten beauftragen lassen, dessen Interessen gegenüber seinem Rechtsschutzversicherer außergerichtlich vertreten zu lassen, um dessen Kostenersatzanspruch zu sichern. Nur dann lässt sich argumentieren, dass es sich bei dem Klageauftrag und dem Rechtsschutzauftrag um zwei gebührenrechtliche Angelegenheiten handelt. Die Interessen des Mandanten gegenüber dem Klagegegner und gegenüber dem eigenen Rechtsschutzversicherer können nicht gleichzeitig in einem Verfahren verfolgt werden. Für die Annahme einer einheitlichen Angelegenheit fehlt es an dem inneren Zusammenhang zwischen

den beiden Aufträgen. Es handelt sich um unterschiedliche gebührenrechtliche Angelegenheiten im Sinne des. § 15 Abs. 2 S. 1 RVG.⁹ Dem vermag der sechste Zivilsenat des BGH in Fortsetzung seiner Rechtsprechung in Abmahn-sachen¹⁰ auch nicht entgegenzuhalten, dass zwischen Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit und dem gebührenrechtlichen Begriff der Angelegenheit unterschieden werden müsse. Von einem einheitlichen Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit kann zwar auch dann gesprochen werden, wenn der Rechtsanwalt auftragsgemäß mehrere getrennte Prüfungsaufgaben zu erfüllen hat, allerdings hält auch der sechste Zivilsenat daran fest, dass die Gegenstände der anwaltlichen Tätigkeit durch eine verfahrensrechtliche Klammer zusammengehalten werden. Gerade an dieser Voraussetzung mangelt es aber. Zwar lässt sich noch argumentieren, dass ein bereits gefertigter Klageentwurf einmal an das Gericht und einmal an den Rechtsschutzversicherer versandt werden kann – also gleichsam in einem einheitlichen „verfahrensrechtlichen“ Vorgehen. Wenn der erteilte Prüfungsauftrag sich allerdings nicht in der Prüfung der Erfolgsaussichten eines Klageverfahrens einerseits beziehungsweise der Prüfung der Erfolgsaussichten als Voraussetzung für den versicherungsrechtlichen Deckungsschutz andererseits erschöpft, sondern auch im Übrigen die Prüfung der Voraussetzungen und des Erhaltes des Deckungsschutzes umfasst (Rechtsverstoß im versicherten Zeitraum, Ausschlüsse, Obliegenheiten etc.), kann von einem verfahrensrechtlichen beziehungsweise inneren Zusammenhang der Gegenstände anwaltlicher Tätigkeit keine Rede mehr sein.

Inhalt und Umfang des so gefassten Rechtsschutzauftrages sollten schriftlich festgehalten werden. Eine Vollmachtserteilung reicht zur Dokumentation nicht aus.¹¹ Die Vollmacht lässt keine Rückschlüsse auf den Inhalt des erteilten Auftrages zu. Sie bezieht sich allein auf das Außenverhältnis und nicht auf das Innenverhältnis zwischen Auftraggeber und Anwalt. Der Auftrag sollte nicht nur aus Gründen der Beweissicherung schriftlich abgesetzt werden. Der Anwalt ist gegenüber dem Rechtsschutzversicherer seines Mandanten zur Verschwiegenheit verpflichtet (§ 43 a Abs. 2 S. 1 BRAO). Der Anwalt kann nur schriftlich von seiner Schweigepflicht entbunden werden, e contrario § 49b Abs. 4 S. 2 BRAO.¹²

Als Tipp für die Praxis empfiehlt sich daher folgende Vorgehensweise:

- Auftrag zur außergerichtlichen Vertretung und gesonderter Klageauftrag,
- vor dem Klageauftrag außergerichtlichen Rechtsschutzauftrag, Deckungsschutz zu prüfen, einzuholen und aufrecht zu erhalten, erteilen lassen
- Belehrung über die Kosten des Rechtsschutzmandates,
- Sichtung und Prüfung des Versicherungsscheines sowie der vereinbarten ARB,
- schriftlicher Rechtsschutzauftrag
- unter Entbindung von der anwaltlichen Schweigepflicht.

7 BGH NJW 2011, 155 (156) Tz. 16; *Hartmann*, Kostengesetze, 40. Aufl., 2010, RVG VV Nr. 2300 Rn. 3

8 BGH NJW 2011, 1603 (1604) Tz. 11; *Hartmann*, Kostengesetze, (wie bei Fn. 7), RVG VV Nr. 2300 Rn. 3; *Hartung/Schons/Enders-Enders*, RVG, 1. Aufl., 2011, § 19 Rn. 6

9 OLG Köln MDR 2011, 594; KG AnWbl 2010, 445 (447); *Schneider/Wolf-Mock/N.Schneider/Wolf*, RVG, (wie bei Fn. 21), § 19 Rn. 8; *Mayer/Kroiß-Ebert*, RVG, (wie bei Fn. 20), § 19 Rn. 14, 15; *Hartung/Schons/Enders-Enders*, RVG, (wie bei Fn. 8), § 15 Rn. 80

10 BGH NJW 2011, 3167 (3168) Tz. 9; BGH NJW 2010, 3035 (3636) Tz. 16.

11 OLG Düsseldorf VersR 2010, 1503; *Hartmann*, Kostengesetze, (wie bei Fn. 7), RVG VV Nr. 2300 Rn. 3

12 BGHZ 122, 115 (119) = NJW 1993, 1638; a.A. *Henssler/Prütting-Henssler*, BRAO, 3. Aufl., 2010, § 43 a BRAO Rn. 70



Burkard Lensing, LL.M., Münster

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Versicherungsrecht.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

England und Wales: Rettung für staatliche Kostenhilfe in Sicht?

Blick ins Ausland

Das Dokumentationszentrum für Europäisches Anwalts- und Notarrecht an der Universität zu Köln, eine gemeinsame Forschungseinrichtung der Universität zu Köln, des Deutschen Anwaltvereins, der Bundesrechtsanwaltskammer und der Bundesnotarkammer, informiert in einer losen Serie von Kurzbeiträgen über aktuelle Entwicklungen in den Anwaltschaften aus dem benachbarten Ausland. Der Beitrag schließt an AnwBl 2012, 54 an.

Der Zugang zum Recht für bedürftige Rechtssuchende bleibt jenseits des Ärmelkanals weiterhin ungewiss. Das britische Justizministerium vertagte den gefürchteten Gesetzesentwurf zur Kürzung der staatlichen Kostenbeihilfe „Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Bill“ („Legal Aid Bill“), den die konservativ-liberale Regierungskoalition zwecks Haushaltskonsolidierung in das Parlament einbrachte, von Oktober 2012 auf April 2013 und kündigte an, den Entwurf zu überarbeiten. Das britische Oberhaus hatte zuvor die Sparpläne stark kritisiert und die Regierung ermahnt, dass das hohe Haushaltsdefizit nicht dazu führen dürfte, mittellosen Bürgern den Zugang zum Recht in England und Wales zu versperren. Der „Legal Aid Bill“ würde mehr als eine halbe Million Rechtssuchende vom staatlichen Kostenbeihilfe-Schema ausnehmen und diese zwingen, sich vor Gericht selbst zu vertreten. Der Supreme Court, der ranghöchste Gerichtshof im Vereinigten Königreich, prophezeite dem Regierungsbündnis unlängst ein prozessökonomisches Desaster, sollten Cameron & Co. das Reformvorhaben in die Tat umsetzen.

Nachdem der „Legal Aid Bill“ die erste und zweite Lesung im Oberhaus im Herbst 2011 passiert hatte (dazu bereits *Lemke*, AnwBl 2012, 54), beschäftigte sich das „constitution select committee“ in einer weiteren Lesung mit Detailfragen zum Gesetzesentwurf. In dieser Phase des Gesetzgebungsprozesses überprüft ein vom Oberhaus eingesetztes Spezialkomitee jede im Gesetzesentwurf aufgeführte Klausel und bringt gegebenenfalls Änderungsvorschläge ein. Stoßen die Vorschläge bei den übrigen Komiteemitgliedern auf Zustimmung, werden diese in den Gesetzesentwurf übernommen und allen Mitgliedern („peers“) des Oberhauses zur Abstimmung vorgelegt („report stage“). Danach steht eine finale, dritte Lesung im House of Lords an, bevor der Gesetzesentwurf erneut dem Unterhaus zugeht und anschließend der Königin zur Zustimmung übermittelt wird („royal assent“).

Der „Legal Aid Bill“ würde die Ärmsten und Schwächsten der britischen Gesellschaft treffen. Aus diesem Grund versuchten Menschenrechts- und Anwaltsgruppen die Stimmabgabe der Abgeordneten im House of Lords zu beeinflussen. So lancierte die Organisation „Justice for All“ mit der Aktion „Pair up with a peer“ Schreiben an die Abgeordneten,

mit denen sie die peers über die fatalen Folgen des Legal Aid Bill informierte und diese aufforderte, sich in das Gesetzgebungsverfahren im Oberhaus aktiv einzubringen.

Das Lobbying hatte scheinbar Erfolg. Im besonderen Maße verurteilte das „constitution select committee“ das Regierungsvorhaben, staatliche Kostenbeihilfe für Sozialhilfesachen und Fälle häuslicher Gewalt zu kürzen. Das Komitee plädierte beispielsweise dafür, den Begriff „häusliche Gewalt“ weit auszulegen und diese Fälle im legal aid-Schema zu belassen. Opfer häuslicher Gewalt sollten ermutigt werden, mit staatlicher Hilfe die Polizei zu kontaktieren und sich gegen ihre Peiniger zur Wehr zu setzen. Dem politischen Druck seitens Opposition und Öffentlichkeit ist es wohl auch zu verdanken, dass die Regierung derzeit den Gesetzesentwurf überarbeitet und bereits die Prozessfinanzierung für Heranwachsende, die an einer Lernschwäche leiden, in das Beihilfeschema wieder aufgenommen hat.

Zahlreiche Menschenrechtsgruppen und Anwaltsorganisationen gingen zudem die utopischen Sparpläne der Regierung an – nach Angaben des Justizministeriums soll die Kostenbeihilfereform zu jährlichen Einsparungen in Höhe von 239 Mill. britischen Pfund führen. Eine vom renommierten King’s College in London durchgeführte Studie stellte heraus, dass das Reformvorhaben dem Steuerzahler zusätzliche Kosten in Höhe von 139 Mill. britischen Pfund auferlegen würde und die von der Regierung geplanten Einsparungen damit um etwa 40 Prozent geringer ausfallen würden. Durch den Wegfall der staatlichen Kostenbeihilfe würden dem Staat zusätzliche Kosten zum Beispiel durch die stärkere Inanspruchnahme von Mediationsverfahren (etwa 42 Mill. britischen Pfund p.a.), die staatliche Förderung von alternativen Beratungsdiensten (etwa 22 Mill. britischen Pfund p.a.) und die Selbstrepräsentation der Parteien vor Gericht (etwa 7 Mill. britischen Pfund p.a.) entstehen. Der Report stellt klar, dass die durch die Reform verursachten zusätzlichen Kosten auch weitaus höher ausfallen können.

Das „grassroots campaigning“ geht weiter

Abzuwarten bleibt somit, wie das britische Oberhaus in der „report stage“ entscheiden wird. Der politische Druck auf die Regierung wächst derweil unaufhaltsam. Immer mehr Anwältinnen und Anwälte schalten sich in die Debatte ein und rufen neue Kampagnen ins Leben. Das Ende der staatlichen Kostenbeihilfe symbolisierte eine Gruppe um die walisische Sozietät Ty Arian Solicitors im Dezember 2011 eindrucksvoll: In einem öffentlichkeitswirksamen Coup brachte die Gruppe ihre Petition eigens von Wales nach Westminster – verpackt in einem Sarg. (Stefanie Lemke)

Dokumentationszentrum für Europäisches Anwalts- und Notarrecht an der Universität zu Köln

Das Dokumentationszentrum für Europäisches Anwalts- und Notarrecht an der Universität zu Köln ist eine gemeinsame Forschungseinrichtung der Universität zu Köln, des DAV, der BRAK und der BNotK und wird von der Hans-Soldan-Stiftung mitgefördert. Direktor: Prof. Dr. Martin Henssler. Adresse: Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, Tel. 0221 4702935, Fax: 0221 4704918, www.anwaltsrecht.org.

Anwaltliche Zusammenarbeit und Insolvenz

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

I. Berufliche Zusammenarbeit

1 Markus Heukamp hat in einer bei Saenger in Münster entstandenen Dissertation das Thema „Vertraglicher Konkurrenzschutz zwischen Rechtsanwälten“ untersucht. Der im Untertitel des Werkes gegebene Hinweis auf die §§ 48 ff. BRAO deutet die – so der Verfasser – erstmalige Analyse der Frage an, inwieweit die berufsrechtliche Pflicht, im Rahmen der Prozesskostenhilfe, Beratungshilfe und notwendigen Verteidigung Mandate übernehmen zu müssen, mit vertraglichen Pflichten kollidieren kann, die der Übernahme solcher Mandate aufgrund Konkurrenzklauseln an sich entgegenstehen. Es geht um die Frage, ob aus berufsrechtlichen Normen unmittelbar die Unzulässigkeit von Konkurrenzklauseln ab-



Vertraglicher Konkurrenzschutz zwischen Rechtsanwälten – unter besonderer Berücksichtigung der §§ 48ff. BRAO sowie des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Markus Heukamp,
Shaker Verlag,
Aachen 2011, 251 S.,
ISBN 978-3-8322-9867-8,
49,80 Euro.

geleitet werden kann (in diesem Kontext analysiert der Verfasser etwa die §§ 1, 3 Abs. 2, 3 BRAO). Eine abschließende Bewertung dieser Frage nimmt Heukamp nicht vor, auch wenn er feststellt, dass die gesetzgeberische Wertentscheidung aus §§ 48 ff. BRAO nicht durch privatrechtliche Vereinbarung ausgehebelt werden sollte. Nachdem der Verfasser geklärt hat, dass verfassungs- und berufsrechtliche Positionen nicht grundsätzlich gegen die Zulässigkeit von vertraglichen Konkurrenzschutzklauseln zwischen Rechtsanwälten sprechen, gliedert sich die weitere Arbeit in drei große Blöcke: Untersucht werden Konkurrenzklauseln in Arbeitsverträgen angestellter Rechtsanwälte, im freien Mitarbeiterverhältnis und im Sozietätsverhältnis – der Schwerpunkt liegt eindeutig auf dem Konkurrenzschutz zu Lasten angestellter Rechtsanwälte. Dieser Teil der Arbeit umfasst 120 Seiten, während die beiden anderen Aspekte auf 20 bzw. 30 Seiten abgehandelt werden. Der Prüfungsgang innerhalb dieser Kapitel ist weitgehend sachlich vorbestimmt: Zu untersuchen sind einerseits Konkurrenzklauseln, die den Wettbewerb während des bestehenden Vertragsverhältnisses regeln, und andererseits solche Klauseln, die für die nachvertragliche Zeit gelten sollen. Die Arbeit bietet in diesen Abschnitten eine anschauliche Aufarbeitung des Status quo von Rechtsprechung und Schrifttum an der Schnittstelle von Berufsrecht, Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht. Praktisch relevant ist naturgemäß der nachvertragliche Wettbewerbschutz, dessen kautelarjuristische Ausgestaltung deshalb besonders breiter Raum eingeräumt wird. Hier begegnet uns

wieder die Problematik der §§ 48 ff. BRAO: Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass Mandantenschutzklauseln sicherstellen müssen, dass ausgeschiedene Anwälte „Pflichtmandate“ übernehmen können, auch wenn diese an sich vereinbarungsgemäß gesperrt sind. Eine dem entgegenstehende Klausel führt nach Auffassung von Heukamp nach Maßgabe des AGB-Rechts zur Nichtigkeit des Verbots. Insgesamt vertritt der Verfasser einen liberaleren Ansatz als die Rechtsprechung: Er plädiert dafür, im Fall des freien Mitarbeiters sowie zwischen Sozietäten der Vertragsfreiheit größeres Gewicht beizumessen. Vereinbarungen, die erst im unmittelbaren Zusammenhang mit der Beendigung der Zusammenarbeit getroffen werden, sollen nach seiner Auffassung solange als wirksam angesehen werden, wie sich Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis bewegen.

2 In gewisser Weise ein Stiefkind des „Rechts der anwaltlichen Zusammenarbeit“, das häufig unter dem irreführenden Schlagwort „Sozietätsrecht“ abgehandelt wird, ist die Kooperation zwischen Rechtsanwälten. Andreas Ruff hat sie in einer in Erlangen entstandenen Dissertation mit dem Titel „Die anwaltliche Kooperation auf nationaler Ebene“ näher un-



Die anwaltliche Kooperation auf nationaler Ebene: Berufs- und haftungsrechtliche Aspekte

Andreas Ruff,
Verlag Peter Lang,
Frankfurt 2011, 175 S.,
ISBN 978-3-631-61770-0,
42,80 Euro.

tersucht. Die Arbeit gliedert sich in vier Teile: Ein kurzer Abschnitt nimmt auf der Basis der bekannten Definitionsversuche in Rechtsprechung und Literatur eine Bestimmung des Begriffs der anwaltlichen Kooperation vor. Der Verfasser formuliert eine eigene Definition, die er den weiteren Betrachtungen seiner Arbeit zu Grunde legt: Er sieht in der anwaltlichen Kooperation „jede inhaltliche berufliche Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit Berufsgenossen oder anderen selbstständigen Unternehmen, die nicht die Ebene einer Berufsausübungsgesellschaft wie Sozietät, Partnerschaftsgesellschaft, Anwalts-GmbH oder Anwalts-AG erreicht hat, aber zumindest eine bewusste Koordinierung von Unternehmensfunktionen darstellt“. Über das Tatbestandsmerkmal der „inhaltlichen beruflichen Zusammenarbeit“ will Ruff insofern die Bürogemeinschaft aus dem Begriff der Kooperation ausscheiden. Ein ebenfalls kurz gehaltener weiterer Abschnitt beleuchtet die Erscheinungsformen der Kooperation in der Berufspraxis auf nationaler Ebene. Der Verfasser referiert hier empirische Studien und nimmt eine Typisierung verschiedener Kooperationstypen vor. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt dann auf einem ausführlicheren Kapitel von gut 70 Seiten, das sich mit dem anwaltlichen Berufsrecht innerhalb der Kooperation befasst. Ruff lehnt hier die mittelbare Bindung nicht-anwaltlicher Kooperationspartner an das anwaltliche Berufsrecht über §§ 30, 33 Abs. 2 BerufsO ebenso ab wie die Annahme einer generellen konkludenten Einwilligung in die Weitergabe geheimnispflichtiger Mandanteninformation innerhalb einer Kooperation. Die

Geltung von Tätigkeitsverboten innerhalb der Kooperation – ein „heißes Eisen“ der jüngeren berufsrechtlichen Diskussion – beurteilt *Ruff* zurückhaltend und will sie nur bejahen, wenn die Kooperation den Anschein gemeinsamer Berufsausübung in einer Sozietät erweckt. Er bejaht hingegen die Geltung der Verbote des § 49b Abs. 3 BRAO und § 27 BerufsO, sieht also die Gebührenteilung unter Kooperationspartnern als problematisch an. Das abschließende Hauptkapitel behandelt auf gut 60 Seiten sodann die Außendarstellung der anwaltlichen Kooperation. Hier interessieren den Verfasser neben den Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Kooperationshinweises nach § 8 BerufsO und den berufsrechtlichen Anforderungen an die Gestaltung eines solchen Hinweises vor allem die haftungsrechtlichen Risiken einer Kooperation, soweit diese zurechenbar den Rechtsschein des Bestehens einer Sozietät setzt. Der Verfasser versucht deshalb abschließend, die Grenze zwischen zulässigen Kooperationshinweisen und dem Vorliegen einer Scheinsozietät herauszuarbeiten.

3 Wie bereits im vergangenen Monat wirft auch diese Bücherschau – in der gebotenen Kürze – einen Blick auf eine Dissertation zum Berufsrecht der Heilberufe, hat sich doch *Sebastian Köbler* in seiner Arbeit „Die Beteiligung Berufsfremder an Arztpraxen, Apotheken und anderen Heilberufsunternehmen“ mit einem Thema befasst, das auch in



Die Beteiligung Berufsfremder an Arztpraxen, Apotheken und anderen Heilberufsunternehmen: Fremdbesitz – Fremdbetrieb – Fremdnutzung

Sebastian Köbler,
Verlag Duncker & Humblot,
Berlin 2011, 372 S.,
ISBN 978-3-428-13490-8,
74,00 Euro.

der Anwaltschaft zunehmend engagierter diskutiert und kontrovers beurteilt wird (vgl. NJW 2011, 3413 ff.) – nicht zuletzt, weil die Fremdkapitalisierung von Kanzleien in England seit Ende 2011 möglich ist. Für das Apothekenrecht kommt *Köbler* im Rahmen einer sorgfältigen Prüfung zum Ergebnis, dass das Fremdbetriebs-, Fremdgesellschafts- und Fremdnutzungsverbot trotz der aktuellen Rspr. des EuGH als unverhältnismäßig zu qualifizieren ist und in toto gegen das Unionsrecht verstößt. Im Rahmen einer ebenso sorgfältigen Prüfung kommt er auch bei der Untersuchung der Zulässigkeit der Beteiligung an Arztpraxen zu dem Ergebnis, dass aus den einschlägigen berufsrechtlichen Normen kein generelles Verbot berufsfremder Beteiligung abgeleitet werden kann, so dass – je nach Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages – typische und atypische stille Gesellschaften zulässig sein können. Soweit Beteiligungsverbote im ärztlichen Berufsrecht bejaht werden, hält *Köbler* diese verfassungs- und europarechtlich für ebenso bedenklich wie das apothekenrechtliche Fremdnutzungsverbot. Er weist hier insbesondere auf die Ungleichbehandlung gegenüber Krankenhäusern und Heilpraktikern hin, die trotz ähnlicher Tätigkeit Drittbeteiligungen eingehen dürfen.

II. Insolvenz

An Dissertationen zur Insolvenz von Freiberuflern im Allgemeinen und Rechtsanwältin im Besonderen hat es in den vergangenen Jahren nicht gemangelt (vgl. Bücherschau AnwBl 2007, 448; 2008, 288; 2010, 357). *Janet Grau* wählt daher in ihrer Arbeit „Die Insolvenz des selbstständigen Freiberuflers aus der Sicht des Verwalters“, die bei *Lüke* in Dresden entstanden ist, einen besonderen thematischen Schwerpunkt: Sie interessiert die Insolvenz des Freiberuflers aus dem Blickwinkel des Verwalters. *Grau* geht den Problemen nach, die im Rahmen eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen von Freiberuflern durch den Insolvenzverwalter zu



Die Insolvenz des selbstständigen Freiberuflers aus der Sicht des Verwalters

Janet Grau,
Verlag Peter Lang,
Frankfurt 2010, 238 S.,
ISBN 978-3-316-1187-6,
45,80 Euro.

bewältigen sind. Reizvoll ist ein solcher Untersuchungsgegenstand mit Blick auf die Friktionen, die beim Aufeinandertreffen von berufsrechtlichen Normen und Vorschriften der InsoO zwangsläufig sind. Nach einer kurzen Einleitung in das Generalthema geht die Verfasserin auf insgesamt sieben Problemfelder ein: Sie befasst sich zunächst mit der Reichweite des Insolvenzbeschlages, bevor sie auf die sich für einen Verwalter ergebenden Probleme bei der Fortführung der Praxis eingeht. Fragen der Verwaltung sind in dem folgenden Kapitel zum Schicksal der Zulassung des Freiberuflers aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens weniger berührt, wenngleich die Verfasserin aufzeigt, wie der Insolvenzverwalter gemeinsam mit dem Berufsträger die Voraussetzungen dafür schaffen kann, dass die Zulassung nicht wegen Vermögensverfalls widerrufen wird. Interessant ist das nachfolgende Kapitel, das sich mit den Kollisionsproblemen befasst, die sich ergeben, wenn für einen Rechtsanwalt wegen Zulassungsverlusts ein Praxisabwickler bestellt wird, der neben dem Insolvenzverwalter tätig wird. Die beiden nachfolgenden Kapitel sind aus Anwaltsicht nur von eingeschränkter Bedeutung, sie befassen sich mit spezifischen Problemen des Vertragsarztrechts sowie einer freiberuflichen Tätigkeit außerhalb des Insolvenzplans, die bei Anwälten wegen der Zulassungsproblematik nur selten realistisch ist. Das abschließende Kapitel widmet sich sodann der Verwertung der Kanzlei durch den Verwalter und erörtert insbesondere das Problem der Einbeziehung der Mandanten sowie die Möglichkeit, Wettbewerb durch den Schuldner zu verhindern.



Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Rechtsanwalt und Direktor des Soldan Instituts.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse
autor@anwaltsblatt.de.



MI

340 Prozessfinanzierung: Allianz steigt aus – was bedeutet das?

Corinna Budras, Frankfurt am Main

Die Branche der Prozessfinanzierer wird übersichtlicher: Das muss nicht zum Schaden der Anwälte sein. Die Wette auf den Erfolg vor Gericht bleibt für den Prozessfinanzierer heikel. Deshalb ist die große Masse der Gerichtsverfahren für Prozessfinanzierer ohnehin wenig attraktiv.

343 Elektronischer Rechtsverkehr: Ein wenig Mut tut gut

Rechtsanwalt und Notar Ulrich Volk, Wiesbaden

Post und Fax haben in Kanzleien und Gerichten noch lange nicht ausgedient. Das diese Einschätzung falsch ist, begründet der Kommentator. Er appelliert an alle Anwältinnen und Anwälte, den Wandel zu gestalten. Die Vorteile des elektronischen Rechtsverkehrs lägen auf der Hand.

344 Sammelklagen – für einen muss sich das Sammeln lohnen

Karin Matussek, Bloomberg News

Das ursprünglich befristete KapMuG soll zur Dauerlösung werden. Ob das der richtige Weg ist? Die Kommentatorin begründet, warum die Diskussion über Sammelklagen in Europa in die falsche Richtung läuft und ein Sammeln von Klagen Sinn machen könnte.

345 PartG mbB – sinnvolle Modernisierung

Interview mit Rechtsanwalt und Notar a.D. Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt am Main

Den Referentenentwurf zur neuen Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB) hat Römermann im Aufsatzteil vorgestellt (ab Seite 288). Wie es zu dem Entwurf gekommen ist und wie es weiter geht, erläutert der Gesprächspartner im Anwaltsblattgespräch.





Finanziere David gegen Goliath

Verschiebungen im Markt der Prozessfinanzierer – das muss nicht zum Schaden der Anwälte sein

Corinna Budras, Frankfurt am Main

Die Branche der Prozessfinanzierer war schon immer übersichtlich. Nun lichten sich die Reihen noch weiter: Die Allianz hat angekündigt, ihre Tätigkeit einzustellen. Die verbleibenden Anbieter geben sich kämpferisch: Mit Hilfe der Anwälte lasse sich in diesem Bereich viel Geld verdienen.

Es ist noch nicht lange her, da dürften bei der Allianz Prozessfinanz die Korken geknallt haben: Ein jahrelanger Rechtsstreit wurde mit einem Millionen-Vergleich beendet. Die Allianz stand dabei nicht mit auf dem Spielfeld, sondern an der Seitenlinie. Sie finanzierte die Klage von zwei enteigneten Investoren gegen die Republik Georgien. Streitwert: Rund 100 Millionen Dollar, doch die beiden konnten sich ein Verfahren eigentlich gar nicht mehr leisten. Deshalb sprang die Tochtergesellschaft des Münchner Versicherungskonzerns ein und streckte die Kosten vor: Gerichtsgebühren, Gutachterkosten und Anwaltshonorare – die Liste der Rechnungen für ein solches Verfahren kann lang werden. Als sich der Aktendeckel des Falls endgültig schloss, bekamen die beiden einen stattlichen Teil ihres Investments wieder – und die Allianz Prozessfinanz verdiente ordentlich mit der Übernahme des finanziellen Prozessrisikos.

Allianz steigt aus – obwohl im Geschäft lange Zeit vorne

Doch der Erfolg konnte die Prozessfinanz nicht retten, die Entscheidung der Münchener Zentrale war schon im vergangenen Oktober bekannt geworden: Die Allianz wird ihre Tochtergesellschaft schließen, neue Aufträge werden nicht mehr angenommen. Die 170 noch anhängigen Verfahren mit einem Streitwert von insgesamt 300 Millionen Euro werden noch zu Ende geführt, dann fällt der Vorhang endgültig. Eine rein strategische Entscheidung sei dies gewesen, heißt es bei der Allianz. Man wolle sich von nun an auf die „Kernkompetenz“ konzentrieren. Am fehlenden Erfolg habe es jedenfalls nicht gelegen, heißt es unisono sowohl im Konzern als auch bei den Wettbewerbern. Auch im Ausland – besonders in England – pumpte sie Geld in lukrative Rechtsstreitigkeiten und wurde nach dem Urteil jeweils mit 20 bis 30 Prozent des tatsächlich erzielten Erlöses belohnt.

Ganz klar, die Allianz war im delikaten Geschäft mit dem Erfolg vor Gericht lange Zeit vorne mit dabei. Und doch scheint niemand so richtig überrascht über das abrupte Ende: Das breite Versicherungsgeschäft eines Weltkonzerns und die kleine Nische der maßgeschneiderten Prozessfinanzierung, irgendwie passe das nicht zueinander, heißt es in der Branche. Und dann auch noch die Interessenkonflikte: „Bei diesem Geschäft finanziert man in der Regel David gegen Goliath“, sagt Arndt Eversberg, bis Ende März Geschäftsführer der Allianz Prozessfinanz GmbH. „Sofern die Goliaths Versicherungsnehmer der Allianz waren, schloss ein potentieller Interessenkonflikt die Prozessfinanzierung aus.“

Nun lichten sich die Reihen in einer Branche, die auch vorher schon übersichtlich war. Die Foris AG ist der einzige konzernunabhängige Prozessfinanzierer und gibt sich nach dem Rückzug des Konkurrenten betont gelassen. Das Bonner Unternehmen nimmt für sich in Anspruch, die gewerbliche Kostenübernahme von Gerichtsverfahren vor 14 Jahren erfunden zu haben. Daneben tummeln sich noch

Hintergrund

Die verbleibenden drei Hauptakteure

- **Foris AG:** Die Foris AG mit Sitz in Bonn wurde 1996 gegründet und ist neben der Prozessfinanzierung auch im Geschäft mit Vorratsgesellschaften, Limited-Gründungen und Fachübersetzungen tätig. Das Unternehmen nimmt für sich in Anspruch, das Finanzierungsinstrument 1998 erfunden zu haben. Foris finanziert Fälle ab einem Streitwert von 200.000 Euro. Die Höhe der Beteiligung macht das Unternehmen vom Einzelfall abhängig, mindestens jedoch 10 Prozent des tatsächlich erzielten Erlöses.
- **Legial AG:** Die Legial AG gibt es seit 2000, damals allerdings noch unter dem Namen D.A.S. Prozessfinanzierung. Sechs Jahre später stieg die Tochtergesellschaft des Versicherungskonzerns Ergo auch noch in das Inkassogeschäft ein, deshalb entschied das Unternehmen im vergangenen Jahr, sich den Kunstnamen Legial zuzulegen. Auf seiner Internetseite präsentiert das Münchner Unternehmen knapp 40 Portraits von Anwälten, mit denen es eng zusammenarbeitet. Legial übernimmt die Kosten von aussichtsreichen Fällen ab einem Streitwert von 100.000 Euro. Die Beteiligung beträgt bis zu 30 Prozent des Erlöses.
- **Roland Prozessfinanz AG:** Das Kölner Unternehmen Roland Prozessfinanz AG wurde im Oktober 2001 gegründet und ist eine Tochtergesellschaft der Roland-Unternehmensgruppe, die insbesondere Rechtsschutzversicherungen vertreibt. Das Unternehmen finanziert Fälle ab einem Streitwert von 100.000 Euro und nimmt als Gegenleistung ebenfalls bis zu 30 Prozent des Erlöses.



Die Autorin
Corinna Budras,
Frankfurt am
Main

arbeitet als Wirtschaftsredakteurin bei der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (F.A.Z.).

Sie erreichen die Autorin unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

eine Tochtergesellschaft der Roland Rechtsschutz-Versicherung-AG im Markt sowie die Legial AG, die bis 2011 noch unter dem Namen D.A.S. Prozessfinanzierung AG firmierte. Zwar tauchen im Internet auch andere Anbieter auf, doch unter den Hauptakteuren gelten diese als wenig relevant.

Das Ende des Marktführers sorgt für größere Turbulenzen, auch personeller Art. In der kleinen Branche kennt jeder jeden, Gerüchte verbreiten sich mit Lichtgeschwindigkeit. Die Zugpferde der Allianz Prozessfinanz teilen sich künftig auf die Wettbewerber auf. Bei Legial ist man erfreut, mit Birgit Meyer das „Gesicht der Allianz Prozessfinanz“ an Bord geholt zu haben. Der Volljuristin liegt auch die Vermarktung dieses komplizierten Finanzierungsinstruments im Blut. Legial rechnet deshalb fest damit, vom Rückzug der Allianz zu profitieren. „Wir wollen in die Lücke stoßen“, sagt Luc Weinmann, Leiter des Geschäftsbereiches Prozessfinanzierung der Legial. Allianz Prozessfinanz-Geschäftsführer Eversberg hingegen ist ab April Chef der Roland Prozessfinanz AG.

Die Wette auf einen Erfolg vor Gericht ist heikel. „Es gibt unglaublich viele Risiken, die eine genaue Kalkulation eigentlich unmöglich machen“, sagt Gerrit Meincke, Leiter der Foris-Prozessfinanzierung. Der überwiegende Teil der Rechtsstreitigkeiten kommt überhaupt nicht für eine Fremdfinanzierung in Betracht. Kostenträchtig müssen die Fälle sein, meist muss der Streitwert im sechstelligen Bereich liegen. Dann muss der Fall erfolgversprechend sein – oder zumindest der Gegner zu einem Vergleich bereit. Allein der Einstieg eines Prozessfinanziers kann diese Bereitschaft sprunghaft erhöhen, etwa wenn „Goliath“ zuvor darauf spekulierte, „David“ werde ohnehin nicht klagen. Und die Bonität des Gegners muss stimmen. Das schönste Urteil bringt nichts, wenn der Gegner am Ende nicht mehr zahlen kann. Auch das Rechtsgebiet ist entscheidend: Erbrecht, Insolvenzrecht, Arzthaftungsrecht versprechen besonderen Erfolg. Ein rotes Tuch dagegen sind Amtshaftungsfälle. „Besonders in den neuen Bundesländern haben wir festgestellt, dass sich die Gerichte schützend vor die Kommunen gestellt haben“, sagt Meincke.

Doch das Entscheidende ist der gute Draht zu Anwälten, schließlich sind sie es, die die erfolgversprechenden Fälle ihrer finanziell klammen Mandanten einreichen. „Dazu müssen Sie Vertrauen aufbauen“, sagt Luc Weinmann. Doch daran scheint es noch gewaltig zu hapern. Das Soldan Institut für Anwaltsmanagement hat jüngst die Verbreitung dieser Finanzierungsmöglichkeit untersucht, das Ergebnis war ernüchternd: 82 Prozent aller befragten Anwälte haben noch nie einem Prozessfinanzierer einen Fall vorgelegt (siehe Kilian, AnwBl 2012, 244). Dabei gebe es für Anwälte unschätzbare Vorteile, lockt Birte Meyer: „Sie bekommen einen besseren Schuldner und die Vergütung ist höher. Viele Anwälte sind außerdem dankbar, dass sie den Fall einmal mit jemandem besprechen können.“

Prozessfinanzierer sind Investoren

Abschreckend dürften für die Rechtsberater auch die hohen Ablehnungsquoten sein. 90 bis 95 Prozent der Anfragen werden abschlägig beschieden. Offensichtlich entsprechen die Vorstellungen der Anwaltschaft noch nicht der hohen Erwartung der Prozessfinanzierer. „Anwälte haben noch nicht ganz verinnerlicht, dass Prozessfinanzierer Investoren sind“, urteilt Eversberg. Immerhin: Die Qualität der Anfragen sei schon in den letzten Jahren erheblich gestiegen, ergänzt Weinmann von Legial. „Am Anfang wurden uns nur die unrettbaren Fälle vorgelegt.“

Nicht nur in Deutschland setzen die verbleibenden Prozessfinanzierer auf Wachstum – auch im Ausland lasse sich noch viel Geld machen. „Insbesondere England ist ein interessanter Markt“, sagt Eversberg. „Dort sind die Streitwerte sehr hoch und der Bedarf an Prozessfinanzierung riesig.“ Umgekehrt glaubt er nicht, dass ausländische Anbieter im nennenswerten Umfang in diesen Markt einsteigen werden. „Nirgendwo in Europa kommt man so billig an sein Recht wie in Deutschland“, sagt er. Das sei unattraktiv für angloamerikanische Unternehmen.

Gut für die Mandanten, schlecht für die Prozessfinanzierer. Und doch sind die etablierten Anbieter überzeugt: Wenn man es richtig macht, kann man viel Geld verdienen. Gut möglich, dass sich deshalb auch andere Unternehmen auf diesem Gebiet versuchen werden. Doch einfach werden sie es nicht haben – wie das Beispiel der Allianz beweist. „Einen Durchmarsch der Versicherer hat es nicht gegeben“, stellt Meincke von Foris nüchtern fest. Im Geschäft mit Goliath bleibt David eben doch manchmal auf der Strecke.



„Bei der Versendung eines Schriftsatzes via EGVP erhält der Anwalt innerhalb von Millisekunden nicht nur ein Sendeprotokoll (vergleichbar dem Fax-Sendeprotokoll mit seinem eingeschränkten Beweiswert) sondern eine Eingangsbestätigung. Das ist der 100-prozentige Beweis des Zugangs des Schriftsatzes bei Gericht. Haftungsrisiko beim Anwalt: Null. (§ 130 a Abs. III ZPO)“

Ein wenig Mut tut gut

Der elektronische Rechtsverkehr bietet mehr Chancen als Risiken

Rechtsanwalt und Notar Ulrich Volk, Wiesbaden

Finger weg vom elektronischen Rechtsverkehr (ERV)... so lauten gelegentlich die Kommentare genervter Kolleginnen und Kollegen, wenn die Justizverwaltung wieder mal von den Segnungen des ERV schwärmt. Was ist dran an dieser Einschätzung? Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: Nichts ist dran. Zugegeben, es hakt noch hier und da. Vieles kann verbessert, vereinfacht und besser in die Arbeitsabläufe der anwaltlichen Praxis integriert werden aber wie soll das möglich werden, wenn sich die anwaltliche Praxis verweigert? Nicht die Justiz, nicht die Ministerien und auch nicht die Privatklientel der Justiz wird dem ERV zum Durchbruch verhelfen. Nur wir, die Deutsche Anwaltschaft kann das leisten. Sollen wir denn wollen? Ja, wir sollen wollen, denn der ERV bietet eine ganze Menge handfester Vorteile.

Reden wir zum Beispiel über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach EGVP, eine, aber längst nicht die einzige Ausprägung des ERV. Die Stadtstaaten Bremen und Berlin und das Flächenland Hessen haben die elektronische Kommunikation mit all ihren Gerichten und Staatsanwaltschaften einschränkungslos zugelassen. Doch die Anwaltschaft nimmt das Angebot nur in ganz bescheidenem Ausmaß an. Konsequenz: In der Gesetzesinitiative der Länder Hessen, Sachsen und Baden-Württemberg zum ERV, die sich gegenwärtig in der Anhörungsphase befindet und nach den Vorstellungen des Hessischen Justizministers Hahn noch in diesem Jahr als Gesetz verabschiedet werden soll, tauchen die Worte „obligatorisch“ und „Zwang“ auf. Wollen wir das? Nein, sicher nicht. Bringen wir unsere Vorstellungen und Forderungen in die Weiterentwicklung des ERV aktiv ein.

„Was soll mir das in meiner Praxis bringen?“ lautet eine häufige Frage. „Geld“ lautet die erste Antwort. Machen Sie sich einmal die Mühe und führen eine Strichliste: Wie viele Schriftsätze an Gerichte unterschreiben Sie im Laufe eines Monats? Diese Schriftsätze bestehen mindestens aus 3 Exemplaren, Original, beglaubigter und einfacher Abschrift. Mit der Versendung via EGVP sparen Sie Geld. „Sicherheit“ lautet die zweite Antwort. Nahezu in jedem Heft des Anwaltsblatts finden sich schreckliche Urteile, in der von der Haftung des Anwaltes die Rede ist, weil irgendetwas mit dem Fax, mit der Post oder ganz generell mit der Zustellung nicht geklappt hat. Bei der Versendung eines Schriftsatzes via EGVP erhält der Anwalt innerhalb von Millisekunden nicht nur ein Sendeprotokoll (vergleichbar dem Fax-Sendeprotokoll mit seinem eingeschränkten Beweiswert) sondern eine Eingangsbestätigung. Das ist der 100-prozentige Beweis des Zugangs des Schriftsatzes bei Gericht. Haftungsrisiko beim Anwalt: Null. So sagt's die ZPO in § 130 a Abs. III.

„Ist doch bestimmt viel zu teuer“ lautet eine weitere häufige Reaktion. „Falsch“ lautet auch hier die Antwort, völlig falsch. Wer Schriftsätze per EGVP an Gerichte oder Staatsanwaltschaften übermitteln will, braucht dazu lediglich den EGVP-Client, der kostenlos aus dem Internet heruntergeladen werden kann. Ein PC mit Internetzugang wird heute in nahezu jeder Kanzlei vorhanden sein wie auch eine Textverarbeitung, etwa Word von Microsoft. Fehlt noch eine Software, die aus Doc-Dokumenten PDF-Dokumente macht. In der neueren Word-Version ist ein solches Tool im Lieferumfang kostenlos enthalten, ansonsten gibt es auch hier zuverlässige kleine kostenlose Programme aus dem Internet. Gebraucht werden ansonsten nur noch ein Kartenlesegerät und eine Signaturkarte für die qualifizierte elektronische Signatur. Eine eigene Anwaltssoftware ist für den ERV *keine* Voraussetzung.

Machen wir uns nichts vor: Das größte Problem ist nicht die Technik, das größte Problem liegt in der fehlenden Bereitschaft, die eigenen eingefahrenen und bewährten Arbeitsabläufe kritisch zu beleuchten. Wie gesagt: Ein wenig Mut tut gut.

Ulrich Volk, Wiesbaden

Der Autor ist Rechtsanwalt und Notar. Er ist Vorstandsmitglied des Landesverbands Hessen im Deutschen Anwaltverein.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.



Für einen muss sich das Klagensammeln lohnen

Kollektiver Rechtschutz – Reformen ohne Anreize bringen wenig

Karin Matussek, Bloomberg News

Recht haben und Recht bekommen sind zweierlei – damit trösten sich frustrierte Rechtsunterworfenen gern. Auch der ein oder andere der 16.000 Kläger im Frankfurter Telekom-Prozess mag im Laufe der Jahre diesen Stoßseufzern gen Himmel gerichtet haben. Obwohl den in Massen Rechtssuchenden mit dem KapMuG eine eigene Verfahrensart zur effektiven Bescheidung ihrer Sache kredenzt wurde: etliche Kläger werden nicht mehr erfahren, ob sie denn Recht haben. Denn sie sind inzwischen ihren Stoßseufzern gefolgt. Ein Klägervorteiler berichtete jüngst, er habe derzeit viele Erbscheine abzuheften. Das KapMug wird gern als deutsche Antwort auf Forderungen nach Sammelklagen gesehen. Als befristetes Modell stand es schon zweimal davor, selbst das Zeitliche zu segnen. Nun hat sein Schöpfer beschlossen, ihm das ewige Leben zu geben: Das Gesetzgebungsverfahren, mit dem die Testphase beendet werden soll, ist auf dem Weg.

Kollektivklagen sollen bei Massenschäden helfen, wenn ein Rechtsstreit für den einzelnen angesichts der individuellen Schadenssumme kaum lohnt, alle Schäden zusammen aber einen erklecklichen Betrag ergeben. Die Geschädigten (und das sind nicht immer nur Verbraucher) handeln rational, wenn sie in dieser Situation apathisch bleiben – und das Klagen lassen. Der Verursacher verdient dann an Schäden, die sich derart streuen lassen. Ökonomisch gesehen ist das ein Anreizproblem, juristisch betrachtet ein Gerechtigkeitsproblem. Diejenigen, die das ändern wollen, stehen seit Jahren vor dem Problem, dass es ihren Gegnern gelungen ist, glauben zu machen, Sammelklagen seien gleichzusetzen mit Class Actions vor U.S. Gerichten. Dabei erklärt sich ein Großteil des Druckpotenzials amerikanischer Class Actions aus der Kombination mit anderen Spezifika des U.S. Rechts: Strafschadenersatz, Discovery, Jury-Entscheidungen, hohe Erfolgshonorare, ausufernde Zuständigkeitsregeln. All diese Dinge aber gelten gleichermaßen für Individualprozesse und gehören nicht zwingend zum Wesen kollektiver Klagen.

Das Bild aber sitzt. Das Europäische Parlament arbeitet sich in seinem kürzlich beschlossenen Papier zum Thema detailliert an diesem Negativkatalog ab – und setzt eins drauf: Es soll auch Außenstehenden verboten werden, Kollektivklagen zu finanzieren. Zum Glück soll das „opt in“-Prinzip gelten (nur wer zustimmt wird Teil der Sammelklage). So bleibt die Tür zu einem Prozessfinanzierer und dem in der Praxis entwickelten Ansatz offen, mittels Abtretungsmodellen zu versuchen, den prozessualen Mangel zu kompensieren. Die Telekom-Kläger sind nicht so frei. Auch wenn mancher seine Sache vielleicht lieber allein durchgefochten hätte, ein „opt out“ gewährt das KapMuG nicht. Das widerspricht seinem eigentlichen Sinn: um Gerichten zu ermöglichen, eine Klageflut zu bändigen, müssen alle zum Mitmachen gezwungen werden. Mit dem Problem der rationalen Apathie hat das KapMuG weniger zu tun, schließlich wurden Tausende gegen die Telekom aktiv, lange bevor es die „lex Telekom“ gab. Das KapMug setzt voraus, dass jeder Klage erhebt. Mal sehen, ob EU Justizkommissarin Viviane Reding, die ein eigenes Konzept vorgelegt will, mehr Ideen hat, welche Anreize gegen rationale Apathie wirken könnten.

Für irgendjemanden muss es sich nämlich am Ende lohnen, eine Sache stellvertretend für alle anderen in die Hand zu nehmen – sonst macht's keiner. Der Gesetzgeber hat beim Erfolgshonorar gezeigt, dass ein Instrument sehr wohl maßvoll zugeschnitten werden kann, um die Kluft zwischen Recht haben und Recht bekommen zu entschärfen. Wie immer liegt die Krux darin, nicht zum Falschen aufzumuntern. Wenn aber schon Reformen, dann doch bitte reizvolle.

Karin Matussek, Berlin

Die Autorin ist Redakteurin bei Bloomberg News.

Sie erreichen die Autorin unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

„Ein Großteil des Druckpotenzials amerikanischer Class Actions erklärt sich aus der Kombination mit anderen Spezifika des U.S. Rechts: Strafschadenersatz, Discovery, Jury-Entscheidungen, hohe Erfolgshonorare, ausufernde Zuständigkeitsregeln. All diese Dinge aber gelten gleichermaßen für Individualprozesse und gehören nicht zwingend zum Wesen kollektiver Klagen.“



PartG mbB: Sinnvolle Modernisierung

Endlich eine Alternative zur englischen Limited Liability Partnership (LLP)

Interview mit Rechtsanwalt und Notar a.D. Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt am Main

Anwälte haften für ihre Fehler. Die Anwaltschaft sucht lange schon Wege, die Haftung für Berufsfehler so zu begrenzen, dass das Risiko versicherbar ist – und bleibt. Was lange nur internationale Sozietäten bewegt hat, ist längst ein Problem vieler hoch spezialisierter kleinerer Kanzleien: Attraktive Mandate haben meist hohe Haftungsrisiken. Das Bundesjustizministerium will jetzt die neue Rechtsform der „Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung“ schaffen – als Alternative zur englischen Limited Liability Partnership (LLP). Das Anwaltsblatt fragt den Initiator der „PartG mbB“, was die Reform für die Anwaltschaft bedeutet, wenn sie denn so Gesetz wird.

Was war der Auslöser der Reform?

Seit 2009 haben deutsche Rechtsanwälte in steigender Anzahl von der gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit und der Rechtsprechung des EuGH Gebrauch gemacht. Sie haben sich nicht in Rechtsformen des deutschen Rechts zusammengeschlossen, sondern in der Form der englischen Limited Liability Partnership (LLP). Die LLP bietet ihnen die Beschränkung der Haftung für berufliche Fehler auf das Gesellschaftsvermögen, ganz wie die Anwalts-GmbH, aber ohne deren Nachteile. Den Europarechtler in mir hat diese Entwicklung gefreut, den deutschen Gesellschafts- und Berufsrechtler aber hat sie alarmiert. Wichtig ist aus der Sicht des deutschen Rechts in erster Linie, dass der weitere Exodus in die LLP zum Stillstand gebracht wird. Wir können nicht glaubwürdig für „Law – Made in Germany“ werben – wenn zur selben Zeit deutsche Kanzleien das deutsche Recht abwählen.

Was ist der Grund für die Flucht in die LLP, wie es der DAV-Präsident Prof. Dr. Wolfgang Ewer im Anwaltsblatt nannte (AnwBl 2010, 857)?

Bei der traditionellen Sozietät, also der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, haften neben der Gesellschaft alle Partner gesamtschuldnerisch für Schäden aus beruflichen Fehlern. An dieser Rechtslage änderte sich zunächst nichts, als 1994 der Gesetzgeber die Partnerschaftsgesellschaft als besondere Rechtsform für Freiberufler schuf. 1998 wurde diese gesamtschuldnerische Haftung aller Partner auf diejenigen Partner beschränkt, die mit dem jeweiligen Mandat befasst waren. Seinerzeit wurde der neue § 8 Abs. 2 PartGG als großer Fortschritt empfunden. Die rechtstatssächliche Entwicklung ist aber weitergegangen. Die Sozietäten sind größer geworden, die einzelnen Anwälte spezialisierter. Die Mandate werden mehr und mehr in Zusammenarbeit der einzelnen Spezialisten bearbeitet. Keiner von ihnen kann die Qualität der Beiträge der anderen Spezialisten beurteilen. Zudem: Wer erst zu einem späteren Zeitpunkt in das Mandat eingebunden wird, haftet für die bereits eingegangenen Fehler, selbst wenn diese nicht mehr zu korrigieren sind – so der BGH. Das ist inzwischen hinderlich für die optimale Bearbeitung des Mandats – und letztlich schlecht für die Mandanten. Die Partnerschaftsgesellschaft ist als Rechtsform an sich gut, ihr Haftungsregime aber muss reformiert werden.

Ihre Vorstellung von einer Reform?

Das Präsidium des DAV hat im Sommer 2010 auf meinen Vorschlag ein ausführliches Positionspapier verabschiedet. Es ruft den Gesetzgeber auf, durch Ergänzung von § 8 PartGG zusätzlich ein alternatives Haftungsregime zu schaffen, bei dem sich die Haftung für Berufsfehler auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, vorausgesetzt, die Gesellschaft unterhält eine angemessene Haftpflichtversicherung, deren Einzelheiten in der BRAO zu regeln sind. Diese Vorschrift sollte genauso ausgestaltet sein wie die Haftpflichtversicherung bei der Anwalts-GmbH, also insbesondere mit einer Mindesthaftpflichtversicherungssumme von Euro 2,5 Mio. pro Schadenfall.

Der Deutsche Juristentag 2010 hat mit Skepsis auf ihren Vorschlag reagiert.

Die Reaktionen waren gemischt. Es gab viele zustimmende Diskussionsbeiträge, aber auch ablehnende Stimmen, vor allem von Vertretern von Rechtsanwaltskammern und der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK). Die Diskussion war zunächst so kontrovers, dass der deutsche EuGH-Richter Prof. Dr. Thomas von Danwitz mahnte, Deutschland müsse vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit die Entwicklung anderer Länder bei der Rechtsform von Kanzleien sorgfältig beobachten, wenn es nicht den Anschluss verlieren wolle. Diese Äußerung machte manche Kritiker nachdenklich. Wir hatten aus bestimmten Gründen mit der Opposition von Kammernvertretern gerechnet. Das war ein wesentlicher Grund, weshalb wir das Positionspapier des DAV-Präsidiums nicht in einen förmlichen Gesetzgebungsvorschlag umgesetzt, sondern überraschend im Herbst 2010 auf dem Juristentag einer breiteren, berufsrechtlich interessierten Öffentlichkeit vorgetragen haben. Diese Offenheit hat geholfen.

Der Juristentag hat am Ende mit großer Mehrheit eine Überprüfung des DAV-Vorschlags durch den Gesetzgeber empfohlen ...

...und das Bundesjustizministerium hat die Idee sehr schnell aufgegriffen. Dort ist das Thema sehr gründlich und effizient bearbeitet worden. Alle Argumente sind gut und sorgfältig abgewogen worden. Der DAV hat dazu im Dezember einen Formulierungsvorschlag aus meiner Feder beigesteuert. Als sich abzeichnete, dass die Prüfung positiv verlaufen würde, reichte der Ausschuss Gesellschaftsrecht der BRAK im März 2011 einen vorläufigen und im Mai 2011 einen endgültigen eigenen Vorschlag ein, der sich in der Sache die Position des DAV zu eigen machte. Dieser Schulterschluss hat natürlich geholfen.

Was ist das Kernanliegen der Reform?

In § 8 PartGG soll ein neuer Absatz 4 angefügt werden, wonach für Verbindlichkeiten der Partnerschaft aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung den Gläubigern unter zwei Voraussetzungen nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Die eine Voraussetzung ist: Der Name der Gesellschaft muss den Zusatz „mit beschränkter Berufshaftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten. Die zweite Voraussetzung ist, dass die Partnerschaft zum Zwecke der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen eine durch Gesetz begründete Berufshaftpflichtversicherung unterhält; ein entsprechender Versicherungsnachweis muss nach dem neuen § 4 Abs. 3 PartGG der Anmeldung der Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung zum Register beigefügt sein. Die begleitende Vorschrift über die Berufshaftpflichtversicherung findet sich sodann in einem neuen § 51 a BRAO, der inhaltlich der Regelung in § 59 j BRAO betreffend die Berufshaftpflichtversicherung bei der Anwalts-GmbH entspricht; die Mindestversicherungssumme beträgt also 2,5 Mio. Euro für jeden Versicherungsfall.

Die Haftungsbeschränkung greift nur bei beruflichen Fehlern, nicht aber wie bei der LLP auch für sonstige Verbindlichkeiten. Warum?

Die Rückfragen des DAV haben ergeben, dass es den Kanzleien, die die Rechtsform der LLP gewählt haben, in erster Linie um die Verbindlichkeiten aus Berufsfehlern ging. Es hat in den letzten Jahren konkrete Fälle gegeben, in denen die bloße Geltendmachung von derartigen Ansprüchen, die sich im weiteren Verlauf als unbegründet herausgestellt haben, die Existenz von Kanzleien vernichtet hat. Würde man bei der Partnerschaft auch die Haftung für sonstige Verbindlichkeiten auf das Gesellschaftsvermögen beschränken, dann würde sich, weil der Weg einer Mindestversicherung dort verschlossen ist, sofort die Frage einer Mindestkapitalausstattung wie bei der Anwalts-GmbH stellen. Eine solche Partnerschaftsgesellschaft müsste zudem steuerlich wie eine Anwalts-GmbH behandelt werden, also Gewerbe- und Körperschaftsteuer zahlen. Für den, der den Ausschluss jeglicher persönlicher Haftung wünscht, steht die RA-GmbH zur Verfügung. Das ist die Haltung des Ministeriums. Weil wir diese Sicht erwartet hatten, haben wir den Vorschlag des DAV von vornherein auf den Ausschluss der persönlichen Haftung für Berufsfehler beschränkt, der aus der Sicht von Kanzleien im Vordergrund steht. Zudem: Wirklich bedeutsam sind unter den sonstigen Verbindlichkeiten eigentlich nur solche aus langfristigen Mietverträgen. Dort kommt nach den Erfahrungen der Praxis durchaus die Beschränkung der Haftung durch Einzelvereinbarung in Betracht.

Wird die PartG mbB die obligatorische Rechtsform?

Nein. Ich möchte ausdrücklich betonen, dass die ganze Neuregelung alternativ neben die derzeitige Regelung der Handelndenhaftung nach § 8 Abs. 2 PartGG tritt. Die einzelne Kanzlei kann sich zwischen den beiden Haftungsregimen frei entscheiden. Niemand wird gezwungen, die Rechtsform der PartG mbB mit ihrer höheren Versicherungsprämie zu wählen. Der Referentenentwurf schätzt, dass die jährliche Versicherungsprämie pro Kopf von rund 750 Euro auf rund 2.500 Euro steigen wird.

Und was bringt der Gesetzentwurf noch?

§ 51 a BRAO regelt derzeit, dass durch schriftliche Vereinbarung im Einzelfall die Haftung auf Ersatz eines fahrlässig verursachten Schadens bis zur Höhe der Mindestversicherungssumme (250.000 Euro) und durch vorformulierte Vertragsbedingungen (AGB) für Fälle einfacher Fahrlässigkeit auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme (also 1 Mio. Euro) beschränkt werden kann, wenn insoweit Versicherungsschutz besteht. Diese Vorschrift soll als künftiger § 52 BRAO dahingehend geändert werden, dass durch AGB die Haftung für jede Form der Fahrlässigkeit beschränkt werden kann. Auch dies geht auf einen Vorschlag des DAV zurück, konkret von DAV-Präsident Ewer. Wirtschaftsprüfer und Steuerberater können schon seit einiger Zeit für jede Form der Fahrlässigkeit ihre Haftung durch AGB beschränken, was Rechtsanwälten bisher verwehrt ist. Angehörige dieser Berufe haben also nicht mit der Schwierigkeit zu kämpfen, dass die Gerichte vielfach eine AGB schon bei der erstmaligen Verwendung einer Vertragsklausel annehmen und dazu tendieren, fahrlässiges Verhalten als grob fahrlässig zu qualifizieren.

Ist das ein Problem für Anwälte?

Ja. Die unterschiedliche Behandlung dieser drei miteinander sozietätsfähigen Berufe hat bei interprofessionellen Sozietäten mit arbeitsteilig bearbeiteten Mandaten zu erheblichen Problemen geführt. Wenn im Außenverhältnis der eine Partner die Haftung beschränken kann, der andere hingegen nicht, besteht dann im Außenverhältnis eine gesamtschuldnerische Haftung und unter Umständen im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht? Diese schwierigen Fragen erledigen sich, wenn in diesem Punkt das Berufsrecht der genannten drei sozietätsfähigen Berufe harmonisiert wird.

Erwarten Sie Widerstände im weiteren Verfahren?

Widerstände lassen sich natürlich nie von vornherein ausschließen. Ich meine aber, dass wir seitens des DAV die Dinge insoweit gut vorbereitet haben. Das neue Haftungsregime bei der Partnerschaft wird niemandem aufgezwungen, es ist optional. Auch unter dem Aspekt Verbraucherschutz sollte es eigentlich keine Einwände geben. Die Verbraucher werden bei der PartG mbB genauso geschützt wie bei der Anwalts-GmbH. Gegenüber der „normalen“ PartG führt dies in den meisten Fällen zu einer Verbesserung, denn die Mindestversicherung von 2,5 Mio. Euro dürfte in den meisten Fällen höher sein als das private Vermögen der Partner.

Wie lange wird das weitere Verfahren dauern?

Auch das lässt sich nicht vorhersagen. Ich hoffe jedenfalls auf eine Verabschiedung in dieser Wahlperiode.

Was lernen DAV und BRAK aus der PartG mbB?

Es hat sich wieder einmal gezeigt, wie wichtig es ist, dass die Anwaltschaft zwei Berufsorganisationen hat. Hier, bei dieser Änderung des Berufsrechts, hatte der DAV die Nase vorn und die BRAK hat sich nach anfänglicher Ablehnung angeschlossen. Beim nächsten Mal ist es vielleicht umgekehrt. Die Anwaltschaft als solche kann von einem solchen Wettstreit der Ideen nur profitieren.

Das Gespräch führte Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig, Berlin

Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt am Main

Der Gesprächspartner ist Rechtsanwalt und Notar a.D. Er ist Mitglied des Berufsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins. 2004 war er Präsident des Rates der Europäischen Anwaltschaften (CCBE) und bis Juni 2011 Vizepräsident des Deutschen Anwaltvereins.

Datenschutz mit Biss

Warum Europa eine EU-weite Datenschutz-Verordnung braucht – und was im Gesetzgebungsverfahren noch besser werden muss

Jan Philipp Albrecht, Mitglied des Europäischen Parlaments, Brüssel

„Für Nutzer von Facebook und Google oder Smartphone-Besitzer könnte die EU nun eine ganze Menge bringen. Denn sie sind es, die bisher in der Praxis kaum geschützt sind gegen Datenklau und den Weiterverkauf intimster Informationen. Die EU-Kommission will das jetzt ändern.“

Die Europäische Union will ein neues Datenschutzrecht schaffen. Nicht alle sind glücklich. Der Autor wirbt für die Reform und mahnt zugleich an, dass der Entwurf der EU-Kommission noch verbessert werden muss.

Ende Januar hat die EU-Kommission die mit Spannung erwartete Reform des Datenschutzrechts vorgestellt. Nach einem ausgiebigen Konsultationsprozess geht sie damit einen großen Schritt hin zu einer umfassenden Rechtssetzung im Bereich des Datenschutzes in der gesamten Europäischen Union und teilweise sogar darüber hinaus. Immer wieder wird von den BürgerInnen die Frage in den Raum gestellt, was uns die EU überhaupt bringe. Für Nutzer von Facebook und Google oder Smartphone-Besitzer könnte das nun eine ganze Menge sein. Denn sie sind es, die bisher in der Praxis kaum geschützt sind gegen Datenklau und den Weiterverkauf intimster Informationen. Die EU-Kommission will das jetzt ändern.

Mit den Vorschlägen für eine grundlegende Reform des europäischen Datenschutzrechts soll den VerbraucherInnen und BürgerInnen ein einheitlicher EU-Standard für den effektiven Schutz ihrer Daten an die Hand gegeben werden. Neben besseren Informations- und Kontrollmöglichkeiten für die Einzelnen sieht die Reform auch spürbare Strafen für den Missbrauch vor, etwa beim Verlust oder Weiterverkauf von NutzerInnendaten. In Anbetracht des Selbstbewusstseins, mit dem globale Datensammler wie Facebook oder Google agieren, ist dies ein längst überfälliger Schritt. Doch die zunächst vernünftige Grundlage der Kommission könnte am Ende den Interessen von Konzernen und Sicherheitsbehörden zum Opfer fallen. Gerade die deutsche Politik und insbesondere die Bundesregierung könnte dies verhindern. Die für den privaten Datenschutz zuständige Verbraucherschutzministerin Ilse Aigner ist jedoch weitgehend abgetaucht, seit sie sich mit ihrem medienwirksamen Austritt gegenüber Facebook profilierte. Viel nützen wird dieser Aktionismus deutschen Verbrauchern leider nicht. Aigner und mit ihr die schwarzgelbe Bundesregierung haben sich bisher kaum eingemischt in die bereits seit zwei Jahren andauernde Debatte in Brüssel. Auch der für den behördlichen Datenschutz zuständige Innenminister Hans-Peter Friedrich hat das von seinem Vorgänger noch nach vorne gestellte Thema Datenschutz vollends ins Abseits verbannt. Dabei meldet die Bundesregierung im Brüsseler Ministerrat – zumindest kleinlaut am Rande ihrer Enthaltung bei diesen wichtigen Themen – regelmäßig verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber der Verarbeitung von Telekommunikations-, Passagier- und Bankdaten zum Zwecke der Strafverfolgung an. Und auch hierzu schlägt die EU-Kommission jetzt neue Regeln im Rahmen einer Richtlinie für den Polizei- und Justizbereich vor, die den Wildwuchs von Überwachungsmaßnahmen einzugrenzen versucht.

Die neuen Vorschläge der EU-Kommission bringen für VerbraucherInnen und BürgerInnen vor allem mehr Transparenz und Kontrolle über ihre Daten. Gerade bei alltäglichen Anwendungen und Dienstleistungen werden immer mehr Informationen gespeichert, deren Löschung und Korrektur in Zukunft deutlich vereinfacht werden soll. Doch weil konstruktive Unterstützung aus Ländern wie Deutschland für einen hohen Schutzstandard bislang fehlt, wird der Vorschlag zunehmend

„In grundrechtssensiblen Bereichen gehen auch mir die vorgeschlagenen Regelungen noch nicht weit genug. Das Europäische Parlament hat bereits deutlich gemacht, dass es ein Zurück hinter den hohen Standard der alten Richtlinie nicht akzeptieren wird. Die Bundesregierung sollte sich deshalb hinter die Pläne von Kommission und Parlament stellen und im Ministerrat diese Reform unterstützen.“



Der Autor
Jan Philipp Albrecht (29)
ist der jüngste deutsche Europaabgeordnete und ist Innen- und Rechtsexperte der Grünen-Europafraktion.

verwässert. Seit Monaten schon laufen Unternehmensverbände Sturm gegen die Vorschläge, weil sie mit den derzeitigen Lücken und Unzulänglichkeiten beim Datenschutz gut verdienen. Dazu nehmen sie neuerdings auch massive Lobby-Hilfe des US-amerikanischen Wirtschaftsministeriums in Anspruch, dem der europäische Datenschutz schon länger ein Dorn im Auge ist. Doch selbst aus Deutschland hört man Seltsames: Ein Landesdatenschutzbeauftragter fürchtet doch tatsächlich einen Verlust an Souveränität beim Datenschutz, ohne mit einem Wort zu erwähnen, dass wir Souveränität über unsere Daten nur über eine EU-weite Garantie gewinnen können. Denn Informationen machen im digitalen Zeitalter nicht mehr an Staats- oder gar Landesgrenzen Halt. Ganz egal, ob es um Konzerne, Unternehmen oder Behörden geht – sie alle tauschen längst umfassend grenzübergreifend Informationen aus oder sind vollends in der *Cloud*.

Wer glaubt, dass Deutschland auf Dauer einen Sonderstatus genießen könnte, hat dies nicht verstanden. Und auch die Kritik des Bundesverfassungsrichters Johannes Masing am mangelnden Grundrechtsschutz auf EU-Ebene kann angesichts der Realität seit dem Vertrag von Lissabon nicht mehr überzeugen. Der Vorschlag der EU-Kommission fußt ja gerade auf den neuen verbindlichen Bestimmungen in Vertrag und Grundrechtecharta. Er ist eine gute Grundlage, um einen effektiven und hohen Datenschutzstandard mit einem erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit für Unternehmen, Behörden und VerbraucherInnen zu verbinden. Dies sollte gerade den DatenschützerInnen und den VertreterInnen der deutschen Perspektive Anlass genug sein, sich jetzt für einen starken EU-Standard einzusetzen. Die anstehenden ausführlichen Debatten im Europäischen Parlament und dem EU-Ministerrat bieten dafür genügend Raum. Hier können und müssen sich nun alle Interessensgruppen einklinken – von Landtags- und Bundestagsabgeordneten über Unternehmensverbände bis hin zur Verbraucherschutzorganisation. So funktioniert Europa.

Es ist an der Zeit, die Regeln für den Datenschutz in ganz Europa zu überarbeiten. Die 15 Jahre alten Datenschutzbestimmungen in der EU gewährleisten keinen effektiven Schutz personenbezogener Daten. Im europäischen Binnenmarkt bestimmt leider Irland – das Land mit dem schwächsten Datenschutzrecht – den Standard. Dorthin hat beispielsweise Facebook seinen Sitz verlagert. Deshalb ist es richtig, dass die EU-Kommission nun eine EU-weite Regelung anstrebt, die die nationalen Datenschutzgesetze in Teilen ersetzen wird und eine verpflichtende Zusammenarbeit der Datenschutzbeauftragten vorsieht. Umso mehr wird es nun allerdings darauf ankommen, den Standard auf hohem Niveau zu sichern und Nachbesserungen dort vorzunehmen, wo der gewohnte Schutz in den Mitgliedstaaten abgesenkt werden könnte. In grundrechtssensiblen Bereichen gehen auch mir die vorgeschlagenen Regelungen noch nicht weit genug. Das Europäische Parlament hat bereits deutlich gemacht, dass es ein Zurück hinter den hohen Standard der alten Richtlinie nicht akzeptieren wird. Die Bundesregierung sollte sich deshalb hinter die Pläne von Kommission und Parlament stellen und im Ministerrat diese Reform unterstützen. Gleichzeitig muss sie deutlich machen, dass der Grundrechtsschutz auf EU-Ebene auf hohem Niveau geschützt wird – auch mit einem Europäischen Gerichtshof, der die Möglichkeiten der Individualbeschwerde und seine Datenschutzrechtsprechung stark ausbauen muss. Mit dem Vertrag von Lissabon ist Datenschutz als Grundrecht ein leitendes Prinzip im EU-Recht geworden. Es ist an der Zeit, dass es in ganz Europa zur Praxis wird. Nur so können wir unseren hohen Datenschutzstandard auch international durchsetzen und eine Benachteiligung europäischer BürgerInnen und Unternehmen verhindern. Im Europäischen Parlament wird der zuständige Innenausschuss im Frühjahr mit den ersten Beratungen beginnen und eine genaue Analyse der vorgeschlagenen Regelungen vornehmen. Wenn es gelingt, von Beginn an alle Beteiligten an Bord zu holen, kann die Reform des Datenschutzrechts schon vor Ende 2013 abgeschlossen werden. Dies wäre ein wichtiger Schritt für alle Beteiligten und eine gute Grundlage für internationale Verhandlungen verbindlicher hoher Datenschutzstandards auch außerhalb der Europäischen Union.



Ethisch verwerflich?

Normative Berufsethik?

Die Pflicht zur Gewissenhaftigkeit in § 43 BRAO
und die Frage nach dem richtigen Handeln

„Der Rechtsanwalt hat seinen Beruf gewissenhaft auszuüben.“ So lautet § 43 Satz 1 BRAO. Der Anwaltsgerichtshof Hamm misst an dieser Norm anwaltliches Handeln (Urt. v. 7.1.2011, 2 AGH 48/10, AnwBl Online 2011, 169 und Leitsatz mit Anmerkung der Redaktion, AnwBl 2011, 698): „Damit die Anwaltschaft die ihr im System der Rechtspflege zugewiesene Aufgabe wahrnehmen kann, haben die Anwälte kompetent und integer aufzutreten. Die Generalklausel des § 43 BRAO und die einzelnen konkreten Normen des dritten Teils der BRAO setzen bestimmte Standards fest und wollen deren Einhaltung mit berufsrechtlichen Sanktionen durchsetzen. Dies ist die Basis für das der Anwaltschaft eingeräumte Monopol auf dem Gebiet der Rechtsdienstleistungen. Die Generalklausel dient also nicht dem Schutz von Individualinteressen, sondern schützt die Anwaltschaft und zugleich den Rechtsstaat. Daneben werden Mandanten, Gerichte und Behörden insoweit mittelbar geschützt, als ihnen gegenüber gewisse Mindeststandards festgelegt sind, die auch sanktionsbewehrt sind.“

„Wer als Rechtsanwalt ... in einer Vielzahl von Fällen systematisch mit anwaltlicher Autorität Forderungen betreibt, bei denen er damit rechnen muss, dass ein Großteil von ihnen nicht berechtigt ist, weil er die nach der herrschenden Meinung und obergerichtlichen Rechtsprechung gebotenen Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelfall nicht vorgenommen und die Erforderlichkeit sowie Zweckmäßigkeit der doppelten Beauftragung von Inkassounternehmen und Rechtsanwalt nicht festgestellt hat, übt seinen Beruf nicht gewissenhaft aus und verstößt gegen § 43 BRAO.“

Dazu Teichmann (AnwBl 2011, 829): „Knapp 25 Jahre nachdem das Bundesverfassungsgericht den Standesrichtlinien den Garaus gemacht hatte, feiert der völlig dehnbare, unbestimmte Begriff der Gewissenhaftigkeit fröhlich Urstände. Das Gericht führt aus, dass es umstritten sei, ob § 43 BRAO eine direkte Eingriffsnorm sei, ein Auffangtatbestand. Um aber ein bestimmtes Ergebnis zu erreichen, schließt es sich nicht etwa der (herrschenden) Meinung an, dass die Vorschrift als Eingriffsnorm viel zu unbestimmt ist und damit der Willkür Tür und Tor öffnet. Nein, man meint eingreifen zu können und zu müssen, wenn der Anwalt seinen Beruf nicht gewissenhaft ausübt Ohne auch nur den Versuch einer Definition zu unternehmen wird festgestellt, dass ein bestimmtes Verhalten eben nicht gewissenhaft sei. Damit wird der Disziplinierung durch die Kammern und die Anwaltsgerichte erneut jede Möglichkeit des Eingriffs in die Hand gegeben. Gegen die Feststellung, ein bestimmtes Tun sei nicht gewissenhaft, gibt es keine Verteidigungsmöglichkeiten.“

Wir fragen: § 43 BRAO ein rechtlicher, normierter Hebel, anwaltliche Berufsethik zu erzwingen?

DAV-Ausschuss Anwaltliche Berufsethik

Der DAV hat einen Ausschuss Anwaltliche Berufsethik. Dieser Ausschuss will eine Diskussion darüber führen und auslösen, ob die anwaltliche Tätigkeit auch ethischen Maßstäben unterliegt, und wenn ja, welchen. Der Vorstand des DAV hat beschlossen, keinen Ethikkodex zu formulieren. Einmal fehlt hierfür die Legitimation. Zum anderen läuft ein solcher Kodex Gefahr, beschlossen und vergessen zu werden. Eine beständige Diskussion um ethische Fragen vermag das Problembewusstsein mehr zu prägen und zu schärfen. Hiervon ausgehend stellt das Anwaltsblatt auf einer Seite jeweils ein oder zwei Fallkonstellationen vor, die eine Diskussion um ethische Fragen auslösen könnten. Wir sind gespannt, ob die Kolleginnen und Kollegen dieses Angebot annehmen – und werden über die Antworten berichten.

Rechtsanwalt Dr. Michael Streck, Vorsitzender des DAV-Ausschusses Anwaltliche Berufsethik

Dem DAV-Ausschuss Anwaltliche Berufsethik gehören an die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Dr. Michael Streck (Vorsitzendner), Dr. Ute Döpfer, Dr. Joachim Frhr. von Falkenhausen, Niko Härting, Markus Hartung, Petra Heinicke, Hartmut Kilger, Eghard Teichmann (auch Notar) und Silke Waterschek.

Das AGB-Recht kommt im Bereich B2B politisch in Bewegung

Gemeinsames Symposium des Deutschen Anwaltvereins mit dem Deutschen Juristentag – viel Kritik aus der anwaltlichen Praxis

Kurz vor seinem 35. Geburtstag steht das AGB-Recht teilweise im Feuer der Kritik. Die Justizministerkonferenz hatte das Bundesjustizministerium im Mai 2011 gebeten, das AGB-Recht „für Verträge zwischen Unternehmen ... zu überprüfen und gegebenenfalls ... Änderungen vorzuschlagen, um es für die Unternehmen rechtssicherer zu regeln.“ Der DAV und der Deutsche Juristentag haben deshalb am 19. Januar 2012 in Berlin ein gemeinsames Symposium zum Thema „AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr – Stärke oder Schwäche des deutschen Rechts?“ veranstaltet.

Die Antwort der Referenten auf die zentrale Frage des Symposiums war eindeutig: Alle wünschten sich eine Korrektur des Gesetzes – wenn auch mit unterschiedlicher Reichweite. Vor 90 Teilnehmern wurde kritisiert, das AGB-Recht führe mit seinem riesigen Anwendungsbereich und seiner strengen Inhaltskontrolle zu Rechtsunsicherheit und schränke die Vertragsfreiheit stark ein. Unter den Zuhörern:

Rechtspolitiker, Vertreter des Bundesjustizministeriums und vieler Wirtschaftsverbände sowie ein BGH-Richter des unter anderem für das Kaufrecht zuständigen VIII. Zivilsenats des BGH. Auf eine Änderung der Rechtsprechung wollte kein Referent hoffen, zumal viele Streitfälle im unternehmerischen Rechtsverkehr gar nicht mehr zum BGH gelangen, weil Unternehmen das AGB-Recht durch die Wahl ausländischen Rechts ausschließen wollen oder Streitigkeiten durch Schiedsgerichte entscheiden lassen.

Rechtsanwältin Dr. Anke Frankenberger (General Counsel der Nordex SE) und Rechtsanwalt Manuel Schauer

Aus der Arbeit des DAV

- 352 Symposium zum AGB-Recht
AGB-Recht im Bereich B2B
Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig
- 354 DAV-Stellungnahmen
- 354 AG Insolvenzrecht und Sanierung:
Europäisches Insolvenz-Recht:
DAV mischt in Europa ganz vorne mit
Rechtsanwalt Christian Schwörer
- 356 DAV-Fortbildungsbescheinigung:
Ein Zeichen setzen – der DAV
macht es Mitgliedern möglich
Rechtsanwältin Nicole Pluszyk
- 357 Anwaltverein Stuttgart
Sanktionierte Fortbildungspflicht –
Modell für die Zukunft?
Rechtsanwältin Anke Haug
- 358 AG Bank- und Kapitalmarktrecht
Highlights aus erster Hand erläutert –
vieles im Fluss
Rechtsanwältin Meike von Levetzow
- 360 Deutsche Anwaltakademie
Nachrichten
- 360 AG Verkehrsrecht
Anwaltschaft wirbt für ihre Positionen im
Verkehrsrecht – Verkehrsgerichtstag
Rechtsanwältin Bettina Bachmann
- 361 Magdeburger Anwaltverein:
Anwaltverein nutzt neue Wege der
Werbung: Auf drei Messen tanzen
Rechtsanwalt Tobias Michael
- 361 Deutscher Anwaltverein
App zum Unterhalt
- 361 AG Allgemeinanwalt:
Der Allgemeinanwalt lebt – oder
die Einheit der Rechtsordnung
Rechtsanwältin Anke Haug
- 361 Mitgliederversammlungen
AG Allgemeinanwalt / AG Transport- und
Speditionsrecht / AG Ausländer- und Asyl-
recht / AG Internationaler Rechtsverkehr
- 362 Personalien
Michael Bücken † / Auszeichnung für
Wolfgang Ehrler



1 Der Präsident des Deutschen Anwaltvereins, Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Ewer, kündigte an, dass der DAV bei einer Reform des AGB-Rechts aktiv helfen wolle.



2 Die Syndikusanwältin Dr. Anke Frankenberger berichtete über die Nöte der Praxis mit dem AGB-Recht.

3 Rechtsanwalt Dr. Christian Kessel stellte den Reformbedarf und einen Lösungsvorschlag vor.



4 Rechtsanwalt Dr. Dr. h. c. Georg Maier-Reimer (Vorsitzender des DAV-Zivilrechtsausschusses) diskutierte mit.

5 Rechtsanwalt Siegfried Kauder (Vorsitzender des Rechtsausschusses des Bundestags, CDU) war offen für Reformvorschläge.



6 Rechtsanwalt Thomas Hannemann (Vorsitzender der AG Mietrecht und Immobilien, I.) stellte einen Reformvorschlag vor; im Bild mit Prof. Dr. Joachim Jahn (Wirtschaftsredakteur der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, r.).

(Justiziar der Stahl-Holding-Saar GmbH & Co. KG) schilderten Fälle aus ihrer täglichen Praxis. Problematisch sei immer wieder die Haftungsbeschränkung. Frankenberger erläuterte, dass das AGB-Recht eine summenmäßige Haftungsbeschränkung verbiete. Da sich aber bestimmte Schäden nicht versichern ließen, sei es für ihr Unternehmen essentiell, in den Vertragsverhandlungen zu dokumentieren, dass die Klausel individuell ausgehandelt worden sei. Allerdings seien die Hürden dafür sehr hoch, erläuterten Rechtsanwalt Dr. Christian Kessel und Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel. Ohne Rechtsrat sei das kaum zu schaffen.



- 7 Das Symposium moderierten Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer (Mitglied der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages) und Rechtsanwalt Dr. Friedwald Lübbert (DAV-Vizepräsident).
- 8 Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger (Universität Würzburg) erinnerte an die ursprünglichen Ziele des AGB-Rechts.
- 9 Rechtsanwalt Prof. Dr. Hanns-Christian Salger schilderte Probleme der Inhaltskontrolle.
- 10 Syndikusanwalt Manuel Schauer berichtete, wie unerwartet für ein Unternehmen die AGB-Fälle zuzunehmen können.
- 11 Referent Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel (Universität Bayreuth) war für einen neuen Reformansatz: Marktmacht begrenzen.
- 12 Richter am Bundesgerichtshof Dr. Peter Frellesen erläuterte die BGH-Rechtsprechung zum AGB-Recht. Er machte wenig Hoffnung, dass das BGH-Urteil vom 17.2.2010 (VIII ZR 67/09) Erleichterung bringe.

Dispositives Recht wird zwingend

Die Folgen der AGB-Inhaltskontrolle sind weitreichend: „Überspitzt gesprochen ist das dispositive Recht tatsächlich zwingend“, sagte Rechtsanwalt Thomas Hannemann. Lägen AGB vor und wichen sie von den indiziellen Klauselverboten ab, werde in der Rechtsprechung quasi automatisch angenommen, dass die Abweichung auch unangemessen sei. Dies widerspreche jedoch dem Willen des historischen Gesetzgebers. Danach seien gegenüber Verbrauchern verbotene Klauseln bei Verträgen zwischen Kaufleuten nicht immer und stets, sondern nur im Einzelfall, zu missbilligen. Risikoverlagerungen könnten im kaufmännischen Geschäftsverkehr tragbar sein, weil sie dort im Zusammenhang mit einer Vielzahl von Geschäften zwischen den Vertragsparteien zu sehen seien und durch Vorteile anderer Art ausgeglichen werden könnten. Rechtsanwalt Prof. Dr. Hanns-Christian Salger schilderte weitere Fälle aus dem Bereich der Inhaltskontrolle, die das AGB-Recht zu einem Nachteil des deutschen Rechts machten.

In einem Schlussbeitrag hob Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger hervor, dass das Ziel des AGB-Rechts nicht der Schutz des Schwächeren sei. Das sei Aufgabe des Kartellrechts und müsse

auch für Individualverträge gelten. Grund für das AGB-Recht sei das Marktversagen. Es lohnte sich für den Empfänger von AGB in vielen Fällen nicht, in Vertragsverhandlungen einzutreten. Es gebe daher ein berechtigtes „rationales Desinteresse“. Sie forderte den Gesetzgeber auf, vor dem Entwurf einer Reform empirisch untersuchen zu lassen, wer wie vom AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr betroffen sei.

Bündel von Reformvorschlägen

Die Vorschläge der Referenten für eine Gesetzesreform reichten von Korrekturen an der „Stellschraube“ des Anwendungsbereichs über weitere Korrekturen am Maßstab der Inhaltskontrolle bis hin zu Änderungen im Kartellrecht. Auch eine Änderung des gesetzlichen Leitbildes des AGB-Rechts wurde angedacht. Die Ideen, die AGB-Kontrolle pauschal von einer bestimmten Wertgrenze des Geschäfts oder der Dauer der Verhandlungen abhängig zu machen, wurde hingegen von den Referenten abgelehnt. Die Gefahr der Manipulation sei zu groß. Auch eine pauschale Beschränkung auf kleine und mittlere Unternehmen (KMU) wurde als nicht sinnvoll angesehen. In den Diskussionen betonten Vertreter der Bauindustrie und der Metallverarbeitung, dass das deutsche AGB-Recht Rechtssicherheit gebe und daher nicht geändert werden dürfe. Sie bestritten, dass es eine Flucht aus dem deutschen Recht gebe.

Fazit: Wenn die einen sagen, dass das AGB-Recht Rechtssicherheit bringe und die anderen sagen, dass es zu großer Rechtsunsicherheit führe, dann handelt es sich um zwei Seiten einer Medaille. Denn für diejenigen, die nichts verändern wollen, besteht Rechtssicherheit, aber für diejenigen, die Abweichendes vereinbaren möchten, besteht stets Ungewissheit, ob ihre Vereinbarungen einer AGB-Kontrolle standhalten. Das Symposium hat neue Änderungsvorschläge hervorgebracht, um den Anwendungsbereich und den Maßstab der Inhaltskontrolle bei AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr zu präzisieren.

Rechtsanwältin Christine Martin, Berlin



Alle Vorträge des Symposiums werden im Anwaltsblatt dokumentiert. Eine Auswahl findet sich in diesem Heft. Eine Kurzreportage über das Symposium finden Sie auf dem DAV-Blog www.davblog.de.

DAV-Stellungnahmen**Online-Vertrieb audiovisueller Werke (5/2012)**

In seiner Stellungnahme begrüßt der DAV durch seinen Ausschuss Geistiges Eigentum die Bestrebungen der EU-Kommission zur Einführung eines Online-Vertriebs von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union (KOM (2011) 427). Ein erster Schritt könnte in der Einrichtung einer Datenbank bestehen, in welcher die aktuellen Inhaber von Rechten an audiovisuellen Werken registriert sind. Für verfrüht hält der DAV hingegen die Schaffung eines EU-weiten Urheberrechtskodex.

Regelsätze nach AsylbLG (9/2012)

Der DAV fordert die Bundesregierung u.a. auf, die Regelsätze nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) umgehend anzupassen.

Elektronischer Rechtsverkehr (14/2012)

Der DAV begrüßt durch den Ausschuss Informationsrecht die Bundesratsinitiative der Länder Baden-Württemberg, Sachsen und Hessen zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs. Der DAV begreift den elektronischen Rechtsverkehr als Chance für die Anwaltschaft. Allerdings sei die stufenweise flächendeckende Einführung für alle Gerichtsbarkeiten kein Selbstläufer. Grundvoraussetzung für eine höhere Akzeptanz sei eine bundeseinheitliche Regelung. Denn aufgrund der föderalen Zersplitterung und der uneinheitlichen Praxis bedeute der elektronische Rechtsverkehr heute zusätzlichen Zeit- und Arbeitsaufwand und ein erhöhtes Haftungsrisiko für den Anwalt.

Patientenrechte (15/2012)

Der Gesetzentwurf zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten regelt nicht die Patientenpflichten. Deshalb nimmt der DAV zu einzelnen Normen Stellung und macht konkrete Verbesserungsvorschläge.

Alle Stellungnahmen finden Sie im Internet www.anwaltverein.de/Interessenvertretung/Stellungnahmen.

AG Insolvenzrecht und Sanierung**Europäisches Insolvenzrecht: DAV mischt in Europa ganz vorne mit****Premiere für den 1. Europäischen Insolvenzrechtstag**

Das war ein erfolgreicher Start: Anfang Februar hatte die Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung zu ihrem 1. Europäischen Insolvenzrechtstag nach Brüssel eingeladen. Und das zog: Ein internationales Fachpublikum aus 16 Staaten traf sich und diskutierte. Justizkommissarin Viviane Reding forderte die Teilnehmer auf, mit ihrer Expertise und ihren Diskussionen, einen Beitrag für ein modernes Insolvenzrecht des 21. Jahrhunderts zu leisten. Neben dem Deutschen Insolvenzrechtstag soll sich die neue Tagung zu einer neuen Plattform für europäische Insolvenzrechtsexperten etablieren.

Den Impuls für diese neue Veranstaltung hat der Initiativbericht des EU-Parlaments zur Reform des europäischen Insolvenzrechts gegeben. Den Bericht hatten die EU-Parlamentarier im November 2011 mit großer Mehrheit verabschiedet.

Insolvenz europäisch gedacht

Klaus-Heiner Lehne, Berichterstatter und Vorsitzender des Rechtsausschusses des EU-Parlaments betonte auf dem Europäischen Insolvenzrechtstag, dass sein Bericht nur der Startschuss zu umfassenden Reformen sein kann. Die aktuelle Finanzkrise habe das Thema Insolvenzrecht wieder in den Fokus gerückt. Der aktuelle europäische Rechtsrahmen biete jedoch keine zufriedenstellenden Lösungen für grenzüberschreitend tätige Unternehmen. Lehne forderte die EU-Kommission daher auf, konkrete Vorschläge zu einer Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte vorzulegen. Insbesondere die Eröffnung der Insolvenzverfahren, die Forderungsanmeldung, die Anfechtungsvoraussetzungen sowie die Anforderungen an die Qualifikation und Tätigkeit des Insolvenzverwalters sollten angeglichen werden. Diese Maßnahmen würden Wettbewerbsnachteile für grenzüberschreitend tätige Unternehmen beseitigen. Legislativvorschläge zur Regelung von Kon-



zerninsolvenzen erachtet er ebenso als unerlässlich.

Der Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaft für Insolvenzrecht, Rechtsanwalt Horst Piepenburg lobte Lehne für seinen Einsatz zur Reform des Insolvenzrechts. Auch die EU-Kommission begrüßt die vom EU-Parlament angestoßene Diskussion ausdrücklich.

Zweite Chance für Unternehmen

Justizkommissarin Reding möchte jedem Unternehmen die Möglichkeit geben, eine Krise zu überstehen. Angesichts weiter steigender Zahlen von Firmeninsolvenzen muss bei der Reform ein besonderes Augenmerk auf Restrukturierung und Sanierung gelegt werden. Kohärenz zu Regelungen des Unternehmensrechts müsse dabei unbedingt gewahrt sein. Ein modernes Insolvenzrecht sei Grundlage für finanzielle Stabilität. Eine Überarbeitung der Verordnung Nr. 1346/2000/EG für Insolvenzverfahren ist daher eine Priorität der EU-Kommission für 2012.

Auch Jérôme Carriat aus der Generaldirektion Justiz rief die Experten auf, die Kommission bei der aktuellen Eva-



5



6

- 1 Klaus-Heiner Lehne (Vorsitzender des Rechtsausschusses des EU-Parlaments) forderte eine Teilharmonisierung der nationalen Insolvenzrechte.
- 2 Samuel L. Bufford (Pennsylvania) mit einer außer-europäischen Sichtweise.
- 3 Jérôme Carriat (Generaldirektion Justiz der Europäischen Kommission) forderte die Anwaltschaft auf, bei der Evaluierung der Verordnung für Insolvenzverfahren behilflich zu sein.
- 4 Rechtsanwalt Robert von Galen aus Amsterdam über grenzüberschreitende Hilfe und andere Insolvenzaspekte.
- 5 Rechtsanwalt Horst Piepenburg (Vorsitzender der AG Insolvenzrecht und Sanierung) freute sich, Dr. Viviane Reding, Vizepräsidentin der EU-Kommission, zu begrüßen. In ihrer Rede plädierte sie für konkrete Sanierungsmöglichkeiten für Unternehmen in Krisenzeiten.
- 6 Prof. Dr. Bobo Wessels aus den Niederlande bei seiner Dinner Speech.
- 7 Rechtsanwalt Dr. Stefan Reinhart aus Frankfurt
- 8 Prof. Dr. Hans-Werner Sinn (Präsident des Ifo-Instituts) nahm Bezug zur aktuellen Schuldenkrise in Europa.



7



8



9



10

9 In vier Workshops diskutierten internationale Referenten auf Podien weitere Themen. Hier: Workshop III mit dem Thema Insolvenztourismus in Europa mit (v.l.n.r.) Rechtsanwälten Pawel Kuglarz (Warschau), George B. Bazinas (Athen), Anton Smith (Nottingham), Hans Mathijssen (Amsterdam) sowie aus Köln Rechtsanwältin Hildegard Allemand und Richter Prof. Dr. Heinz Vallender.

10 Rechtsanwalt Horst Piepenburg (l.), Rechtsanwalt Rutger Schimmelpenninck (2.v.l.), Marie-Luise Graf-Schlicker (Ministerialdirektorin beim BMJ) und Rechtsanwalt Dr. Martin Prager (Geschäftsführender Ausschuss, r.)



11



12



13



14

- 11 Rechtsanwälte Dr. Wolfgang Ott (l.) und Dr. Andreas Ringstmeier (Geschäftsführender Ausschuss)
- 12 Rechtsanwalt Dr. Martin Prager (2.v.r.) diskutiert mit Teilnehmern.
- 13 Rechtsanwältin Prof. Stefania Bariatti (Mailand)
- 14 Im Workshop I ging es um die Umstrukturierung von notleidenden Krediten. Es diskutierten (v.l.n.r.) Jens Alseben (Hamburg), Patrick d'Herouville (Paris), Laurent Rossetti (London), Rechtsanwalt Paul Kuipers (Amsterdam) und Rechtsanwalt Peter H. Hoegen (Frankfurt am Main).

luierung der Verordnung zu unterstützen. Inwieweit die bisherigen Regelungen einen Missbrauch des Insolvenzrechts verhinderten, könnten am besten die Rechtsanwender aus ihrer täglichen Praxis beurteilen.

Die außereuropäische Sichtweise des amerikanischen Insolvenzrechtsexperten Samuel L. Bufford dürfte für

die EU-Kommission sicherlich hilfreich gewesen sein. Auf sehr großes Interesse stieß auch Prof. Dr. Hans-Werner Sinn durch seine Ausführungen zur aktuellen europäischen Schuldenkrise. Nach weiteren Vorträgen hochklassiger Referenten konnte der Meinungsaustausch in vier Workshops noch intensiviert werden. Nach dem erfolgreichen

Auftakt wird eine Fortsetzung der Veranstaltung voraussichtlich im Mai 2013 folgen. Das europäische Insolvenzrecht sollte dann bereits einen 1. Schritt ins 21. Jahrhundert gemacht haben.

Rechtsanwalt Christian Schwörer, Brüssel



DAV-Fortbildungsbescheinigung

Ein Zeichen setzen – der DAV macht es Mitgliedern möglich

Neues Angebot auf der DAV-Onlineplattform

Seit 2005 bietet der Deutsche Anwaltverein (DAV) seinen Mitgliedern einen zusätzlichen kostenfreien Service an und stellt Fortbildungsbescheinigungen aus, mit denen Mitglieder nach außen ihre Kompetenz und fachliche Qualifikation sichtbar machen können. In diesem Frühjahr wird es Neuerungen bei der DAV-Fortbildungsbescheinigung geben, weil sie immer mehr Inhaber der Bescheinigung vor allem auf ihrer Kanzlei-Website verwenden wollen. Die Autorin aus der DAV-Geschäftsführung berichtet.

Die Fortbildungsbescheinigung kann jedes DAV-Mitglied durch Nachweis der Teilnahme an anwaltsrelevanten Fortbildungsveranstaltungen im Umfang von jährlich mindestens 10 Stunden beantragen. Anerkannt werden auch eine Dozententätigkeit vor anwaltlicher Hörerschaft sowie wissenschaftliche Publikationen im Umfang von maximal vier Stunden im Kalenderjahr.

Im Zweifel: Antrag nötig

Anders als das Fortbildungszertifikat der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) fallen für die Bearbeitung des Antrags keine Kosten an. Ein weiterer Unterschied ist, dass die Fortbildungsbescheinigung regelmäßig jährlich für das zurückliegende Jahr ausgestellt wird, während die Voraussetzungen für das Fortbildungszertifikat der BRAK innerhalb von drei Jahren erarbeitet werden müssen. Es handelt sich um zwei unterschiedliche Systeme, die nicht ineinander übergreifen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Prüfung der regelmäßigen Pflichtfortbildung für Fachanwälte nach § 15 FAO bei den Kammern liegt. Deswegen bekommen auch Fachanwälte die DAV-Fortbildungsbescheinigung nicht automatisch, sondern müssen diese zusätzlich beim DAV beantragen.

Einige Veranstalter von Fortbildungsveranstaltungen führen selbst Listen, auf denen sich die Teilnehmer

eintragen können. Die Bestätigung über ihre Teilnahme wird direkt an den DAV versandt; ein zusätzlicher Antrag muss nicht eingereicht werden. Der DAV sendet den Mitgliedern dann aufgefördert ihre Fortbildungsbescheinigung zu, wenn sie die erforderlichen Stunden abgeleistet haben. Sofern der Anbieter keine Listen führt, können sie selbst aktiv werden. Das Antragsformular kann auf www.anwaltverein.de/fortbildung herunter geladen werden; per Post oder Fax ist es dann unter Beifügung der entsprechenden Belege beim DAV einzureichen. In der Regel wird die Fortbildungsbescheinigung innerhalb kürzester Zeit ausgestellt. Die Prüfung der Vielzahl von Anträgen, die oft zum Jahreswechsel eingehen, kann jedoch manchmal einige Wochen in Anspruch nehmen.



Hervorhebung in der Anwaltsauskunft

Die Fortbildungsbescheinigung kann in den Kanzleiräumen sichtbar ausgehängt oder auf der Kanzlei-Website eingestellt werden. Inhaber einer aktuellen Fortbildungsbescheinigung werden in der Deutschen Anwaltsauskunft des DAV (www.anwaltsauskunft) besonders gekennzeichnet. Das Fortbildungssymbol des DAV erscheint an prominenter Stelle neben dem Namen. Die Inhaber sind zudem berechtigt, sich das Symbol auf die eigene Homepage zu laden.

Nach positiver Prüfung des Antrags wurde die Fortbildungsbescheinigung bisher – je nach Wunsch postalisch oder digital als PDF-Dokument – zugesandt. Hier wird es noch in diesem Frühjahr zu einer Neuerung kommen. Die Fortbildungsbescheinigung wird dann im Mitgliederbereich auf der Onlineplattform eingestellt. Sie bleibt dort

in der Datenbank dauerhaft eingetragen und kann von den Mitgliedern jederzeit herunter geladen werden. Wird eine neue Fortbildungsbescheinigung ausgestellt, erhalten sie eine automatische generierte Information per Email.

Die neue Vorgehensweise ermöglicht unseren Mitgliedern den jederzeitigen Einblick und Download der bislang erteilten Fortbildungsbescheinigungen, spart Ressourcen und schont die Umwelt. Wir haben beobachtet, dass die Mehrzahl der Anwälte ihre Fortbildungsbescheinigungen nur online sichtbar macht, weswegen wir uns für diese Umstellung entschieden haben. Nach wie vor wird die Fortbildungsbescheinigung auch in Papierform ausgestellt, jedoch nur noch auf gesonderte Anfrage. Die Umstellung unserer Datenbank und Erweiterung des Onlineportals bedeutet für unsere Mitglieder damit in jeder Hinsicht ein mehr an Service.

Online-Portal: Ganz einfach registrieren

Im geschützten Mitgliederbereich, der DAV-Onlineplattform, können die Mitglieder jeweils ihre eigenen bei uns hinterlegten Daten einsehen und ändern. Sie erhalten darüber auch Zugang zu den bei uns abgespeicherten Fortbildungsbescheinigungen. Wer noch keinen Zugang hat, kann diesen unter Angabe der Mitgliedsnummer ganz einfach online anfordern. Weitere Informationen, Ansprechpartner sowie das Portal selbst findet man hier: www.anwaltverein.de/leistungen/davonlineplattform.

Im Hinblick auf die kommende Umstellung bitten wir unsere Mitglieder um Mithilfe durch Angabe der Emailadresse im Onlineportal beziehungsweise der Aktualisierung der bei uns hinterlegten Datensätze. Dadurch wird ein reibungsloser Ablauf sichergestellt.

Die Fortbildungsbescheinigung des DAV ist nach wie vor eine einfache und unkomplizierte Möglichkeit für unsere Mitglieder, den Mandanten gegenüber transparent zu machen, wie und das sie sich stets weiterqualifizieren.

Referentin Nicole Pluszyk, Berlin

Mehr Informationen unter
www.dav-fortbildungsbescheinigung.de.

Anwaltverein Stuttgart

Sanktionierte Fortbildungspflicht – Modell für die Zukunft?

Außerordentliche Mitgliederversammlung am 14. Februar 2012

Wie viel Fortbildung braucht der Anwalt? Und ist eine sanktionierte Fortbildungspflicht nötig? Dieses Reizthema führte zu einer lebhaften Diskussion beim Anwaltverein Stuttgart.

„Hinter dem Ideal verbirgt sich das Übel“, zitierte Rechtsanwalt Dr. Michael Kleine-Cosack den Satiriker Karl Kraus im Zusammenhang mit § 43a Abs. 6 BRAO. Diese völlig unbestimmte Norm „Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, sich fortzubilden“ greife ins Leere, monierte der Freiburger Kollege bei der Podiumsdiskussion des Anwaltvereins Stuttgart zum Thema „Sanktionierte Fortbildungspflicht – Modell für die Zukunft?“

Es geht um Qualität

Problematisch sei die Diversifizierung. Bei dem Riesensfeld an Rechtsgebieten sei es schlicht unmöglich, eine generelle Fortbildungspflicht gezielt und wirksam zur Qualitätssteigerung einzusetzen. Das sei bei den Fachärzten anders. Und Kontrollmöglichkeiten gebe es letztlich nur bei einer Prüfung. Allein der Besuch eines Seminars könne kaum Garant sein. Es gelte das olympische Prinzip „dabei sein ist alles“, so der Verwaltungsrechtler. Wenn es keine Kontrolle gebe, könne es auch keine Sanktionen geben. Das Basisübel seien die schlecht ausgebildeten Kolleginnen und Kollegen. Dazu käme, dass viele nur Teilzeitanwälte seien, weil sie mit dem Beruf keine ausreichende Lebensgrundlage mehr verdienen könnten. „Wer sich nur 10 Stunden im Jahr fortbildet, ist eine Gefahr für die Rechtssuchenden“, schloss Kleine-Cosack.

Rechtsanwalt Dr. Michael Krenzler, Kammerpräsident in Freiburg und Vizepräsident der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) sagte, die Kammern seien in der Diskussion gespalten wie die Anwaltvereine und die Anwaltschaft an sich auch. 2004 habe es bei der Bundesrechtsanwaltskammer auf Initiative der Kammer Stuttgart einen Beschluss gegeben, mit dem sich die Mehrheit für eine sanktionierte Fortbil-

dungspflicht ausgesprochen habe. 2011 sei diese Frage erneut vorgelegt worden. Eine Mehrheit sei dafür nicht mehr zu finden gewesen.

Einig seien sich wohl alle, dass die Qualitätssicherung an erster Stelle stehen müsse. „Wir müssen besser sein als andere Berater bei Banken oder Versicherungen“, forderte Krenzler. „Und die geschaffenen Anreizmodelle wie das Fortbildungszertifikat der Bundesrechtsanwaltskammer und die Fortbildungsbescheinigung des Deutschen Anwaltvereins reichen eben nicht aus“, so der Freiburger Kollege weiter. Nur 3.000 von 160.000 Anwältinnen und Anwälten erhielten das Fortbildungszertifikat der BRAK. Der Druck müsse von außen kommen. Entscheidend sei, dass eine Sanktionsmöglichkeit bestehe, um den Fortbildungswillen zu fördern, forderte er.

Frankreichs Lösung: Ein wenig Zwang

Die sanktionierte Fortbildungspflicht à la française hatte in seinem Impulsvortrag der Straßburger Kollege und ehemalige Bâtonnier Hubert Metzger vorgestellt. „Seit 2005 gibt es in Frankreich die sanktionierte Fortbildungspflicht. Ich war auch skeptisch, aber inzwischen fordert niemand mehr die Abschaffung“, berichtete der Straßburger Kollege. 20 Stunden müssten die französischen Anwälte jährlich absolvieren, oder 40 Stunden in zwei aufeinander folgenden Jahren. Möglich seien nicht nur der Besuch von Seminaren, sondern auch juristische Veröffentlichungen, das Erteilen von Unterricht und sogar der Besuch juristischer Fortbildungsveranstaltungen von Kanzleien. Eine Stunde aktiver Unterricht entspräche vier Fortbildungsstunden, 10.000 Zeichen einer Veröffentlichung drei Stunden. „Die Kontrolle erfolgt durch die Kammern, die Sanktionen sind disziplinarrechtlich geregelt“, erläuterte Metzger. Von der Verwarnung über die Rüge, der Untersagung der Berufsausübung bis zu drei Jahren bis hin zum Ausschluss aus der Anwaltschaft sei alles drin, so der Kollege aus dem Nachbarland. Allerdings finde

eine Sanktionierung in der Praxis selten oder gar nicht statt, wenn doch, dann aber mild, mutmaßte Metzger einen möglichen Unterschied zu einer Handhabung in Deutschland bei Einführung der sanktionierten Fortbildungspflicht. „Bislang reichte die Pädagogik, Repressionen waren nicht erforderlich“, so Metzger weiter. Das Disziplinarverfahren sei auch zu kompliziert, so Metzger. Es sei vielfach nicht praktikabel.

Wie frei muss der Beruf sein?

Lebhaft wurde die Einführung einer sanktionierten Fortbildungspflicht mit den Mitgliedern diskutiert. „Wer kontrolliert, sollte selbst nicht mit einem Seminarangebot am Markt sein“, kritisierte ein Mitglied mit Blick auf die Fortbildungsaktivitäten einiger Kammern. Der Freiburger Kammerpräsident betonte daraufhin, dass dies genau der Grund dafür sei, dass sich die Kammer Freiburg nicht am Fortbildungsgeschäft beteilige. Eine solche Konstellation sei berufspolitisch unglücklich. „Der Freiburger Anwaltverein macht bei uns die Fortbildung komplett“, warb der Kollege für die Freiburger Variante.

„Die Juristenausbildung müsste man angehen. Das ist das Thema der Zukunft. 10 Stunden Fortbildung hin oder her bringen doch nichts“, warf ein anderes Mitglied ein. Die Vizepräsidentin der Rechtsanwaltskammer Stuttgart, Rechtsanwältin Ulrike Paul, sprach sich für die Einführung eines wie auch immer gearteten Zwangs aus. Freiwilligkeit reiche bei der Fortbildung nicht. „Wir üben einen freien Beruf aus, und die Freiheit des Berufs umfasst auch die Art und Weise der Fortbildung“, betonte Rechtsanwalt Ekkehard Kiesswetter, Präsident des Anwaltvereins Stuttgart. „Ich bin von den Regelungsmechanismen des Marktes überzeugt. Die sanktionierte Fortbildungspflicht ist für mich nicht das Modell für die Zukunft“, beschloss Kiesswetter die Veranstaltung.

Rechtsanwältin Anke Haug, Renningen

1 Rechtsanwalt Ekkehard Kiesswetter (Moderator) mit Rechtsanwalt Dr. Michael Kleine-Cosack, ...

2 ... Rechtsanwalt Dr. Michael Krenzler und dem französischen Rechtsanwalt Hubert Metzger.



AG Bank- und Kapitalmarktrecht

Highlights aus erster Hand erläutert – vieles im Fluss

Branchentreffen 8. Tag des Bank- und Kapitalmarktrechts

Zum achten Mal fand am 17./18. November 2011 der Tag des Bank- und Kapitalmarktrechts statt. Mit weit über 400 Teilnehmern behauptete sich das von der Arbeitsgemeinschaft Bank- und Kapitalmarktrecht organisierte Treffen in Frankfurt am Main als eine der führenden Veranstaltungen auf dem Fachgebiet. Die Veranstaltung ist Treffpunkt für Anwälte, Richter und Syndikusanwälte.

Prof. Dr. Thomas Möllers von der Universität Augsburg trug die Grundlagen für den ersten Themenkomplex der Konferenz „Ad-hoc-Publizität – Aktuelle Themenfelder“ vor. Er erläuterte Chancen und Grenzen der Definition einer Insiderinformation und den erforderlichen Grad der Wahrscheinlichkeit der Umstände im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 3 WpHG. Rechtsanwalt Klaus Rotter (Grünwald) skizzierte anschließend Chronologie und Stand des Musterklageverfahrens gegen die Daimler AG wegen der Mitteilungspflicht über die Absicht ihres Vorstandsvorsitzenden Schrempp, von seinem Posten zurückzutreten. Aussicht auf Klärung besteht nunmehr durch die Vorlage an den EuGH mit Beschluss des BGH vom 22.11.2010 (Az. II ZB 7/09). Rotter berichtete, dass mit einer mündlichen Verhandlung vor dem EuGH jedoch nicht vor Mitte 2012 zu rechnen sei.

Im Folgenden bezeichnete Dr. Jan Budäus (Referatsleiter BaFin, Frankfurt a.M.) zum Thema „Drittstaatsemittenten“ die Aussage des BVerwG in seinem Urteil vom 24.5.2011 (Az. 7 C 6.10) als erfreulich klar, dass ein Unternehmen das in § 31 Abs. 1 Satz 1 WpPG eingeräumte Wahlrecht konkludent durch Veröffentlichung des jährlichen Dokuments nach § 10 WpPG

auf der Website ausüben könne. Darüber hinaus wies er auf den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Sanktionen für Insider-Geschäfte und Marktmanipulationen hin.

Die praktische Handhabung und Relevanz der Selbstbefreiung nach § 15 Abs. 3 WpHG erläuterte sodann Rechtsanwalt Dr. Torsten Fett (Frankfurt a.M.). Er empfahl Unternehmen, sich mit sensiblen Fragen bewusst auseinander zu setzen und hierfür eine vernünftige Organisation einzurichten.

Dietmar Vogelsang, vereidigter Sachverständiger für Kapitalanlagen und private Finanzplanung (Friedrichsdorf) schilderte seine Erfahrungen als gerichtlich bestellter Sachverständiger zu kapitalmarktrechtlichen Fragen.

Zum Thema der alternativen Streitbeilegung referierte Rechtsanwalt Dr. Stephan Wilske (Stuttgart) über seine schiedsgerichtlichen Erfahrungen im Bank- und Kapitalmarktbereich. Auf der Basis einer Darstellung der Vor- und potentiellen Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit entkräftete er das Vorurteil, dass diese in weiten Bereichen des Bank- und Finanzgeschäfts auf Desinteresse stoße. Als weitere Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit stellte im Anschluss Peter Loock (Karlsruhe) das Güteverfahren vor einer staatlich anerkannten Stelle im Sinne von § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB vor.

Zum Auftakt des zweiten Tages trug der Vorsitzende Richter am BGH Wolfgang Schlick zur aktuellen BGH-Rechtsprechung des III. Zivilsenats vor. Er erläuterte zunächst die Rechtsprechung des Senats zu den Aufklärungspflichten des Anlageberaters über ihm zufließende Provisionen mit Urteilen vom 15.4.2010 (Az. III ZR 196/09) sowie vom 3.3.2011 (Az. III ZR 170/10). Ferner stellte er eine noch unveröffentlichte Entscheidung des Senats vom 10.11.2011 vor zu der Frage, inwieweit der Anlageberater über laufende Ermittlungsverfahren gegen Fondsverantwortliche aufzuklären hat. Für Diskussionsstoff sorgte Schlick mit seinen Ausführungen zu der Senats-Entscheidung vom 17.11.2011 in dem Rechtsstreit gegen den ehemaligen Vertei-



digungsminister Scholz wegen dessen zu Werbezwecken genutzten Aussagen zum Konzept eines Vermögensfonds.

Rechtsanwalt Dr. Peter Balzer (Bonn) vertrat im Rahmen seines Vortrags zum Thema „Verjährungsfragen und Stichtag 31.12.2011“ die Ansicht, dass sich ein Anleger im Bezug auf nicht offen gelegte Vertriebsprovisionen schon ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des XI. Zivilsenats des BGH vom 19.12.2006 (Az. XI ZR 56/05) nicht mehr auf eine grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB berufen könne.

Der Vorsitzende Richter am BGH Ulrich Wiechers griff sodann Highlights der aktuellen Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH auf. Zunächst erläuterte er das CMS Ladder-Swap-Urteil vom 22.3.2011 (Az. XI ZR 33/10). Wiechers ging weiter auf die Rechtsprechung zu Innenprovisionen und Rückvergütungen, den „Dauerbrenner des Bankrechts“, ein. Zu der allgemein als Lehman-Urteil bezeichneten Entscheidung des Senats vom 27.9.2011 (Az. XI ZR 182/10) referierte er sowohl Sachverhalt als auch die Grundzüge der Begründung.

Den Abschluss des 8. Tags des Bank- und Kapitalmarktrechts bildete der Vortrag des Rechtsanwalts Dr. Peter Clouth (Frankfurt a.M.) zum Thema „Anlegerschutzverbesserung – Eine Verbesserung?“, in dem er die Meilensteine durch Gesetzesänderungen und die Ergänzung der sog. Bond-Rechtsprechung darstellte, um diese dann in Form eines „Praxistests“ zu bewerten.

Hierzu teilte Dr. Rainer Metz (Leiter der Unterabteilung Verbraucherpolitik in Recht und Wirtschaft im für den Verbraucherschutz zuständigen Bundesministerium, Berlin) mit, dass sowohl das Produktinformationsblatt als auch das Beratungsprotokoll auf dem Prüfstand stehe.

Rechtsanwältin Meike von Levetzow, Berlin

Eine ausführliche Langversion dieses Tagungsberichts ist veröffentlicht in der WM 2/2012, S. 90.





1 Rechtsanwalt Paul H. Assies (Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft, 2.v.r.) und Rechtsanwalt Peter A. Gundermann (l.) vom Geschäftsführenden Ausschuss begrüßten die Vorsitzenden Richter des Bundesgerichtshofs Ulrich Wiechers (r.) und Wolfgang Schlick. Er referierte auch über die aktuelle Rechtsprechung des BGH.

2 Referent Rechtsanwalt Dr. Torsten Fett sagte, eine gute Organisationsstruktur meistere im besonderen Krisen- oder Insolvenzfall eine Selbstbefreiung regulatorisch.

3 Dr. Jan Budäus (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, BaFin) referierte zum Drittstaats-emittenten.

4 Referent Rechtsanwalt Dr. Peter Balzer zu Verjährungsfristen und Stichtag 31.12.2011.

5 Rechtsanwalt und Attorney-at-law Dr. Stephan Wilske zur alternativen Streitschlichtung im Kapitalmarkt: öfter mal über Schiedsvereinbarungen nachdenken.

6 Referent Dietmar Vogelsang (r.) über seine Erfahrungen als Sachverständiger für Kapitalanlagen und private Finanzplanung. Er wies darauf hin, dass ein Verwalter bei der Vermögensverwaltung für die Begrenzung der Risiken eine Risikomarge und eine Zielmarge auf jedes Investment festlegen solle. Hier im Gespräch mit einem Teilnehmer.



7 Der Wirtschaftsmediator Peter Loock betonte die Vorteile der Alternativen zur staatlichen Gerichtsbarkeit: Ansprüche müssten nicht beziffert werden im Antrag, eine knappe Begründung ohne Beweisanzug genüge.

8 Rechtsanwalt Klaus Rotter und ...

9 ... Prof. Dr. Thomas M.J. Möllers (Universität Augsburg) zu den aktuellen Problemfeldern der Ad-hoc-Publizität.

10 Referenten Dr. Rainer Metz (Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, l.) und Rechtsanwalt Dr. Peter Clouth (M.) mit Rechtsanwalt Peter A. Grundmann.



11 Rechtsanwalt Boris Hofmann

12 Über 400 Teilnehmerinnen und Teilnehmer kamen zum Bank- und Kapitalmarkttag nach Frankfurt am Main.

13 Aus dem Publikum meldete sich Rechtsanwalt Michael R. Moser zu Wort.

14 Rechtsanwalt Paul H. Assies (l.) mit Rechtsanwalt Stefan Seehofer.

15 Rechtsanwalt Andreas W. Tilp mit Rechtsanwältin Heidemarie Haack-Schmahl (bis Dezember 2011 DAV-Geschäftsführerin, M.) und Rechtsanwältin Julia Heise (Geschäftsführender Ausschuss, l.)



16 Teilnehmer Rechtsanwälte Philipp Neumann (l.) und Stefan Lars-Thoren Heun-Rehn.



Deutsche Anwaltakademie

3. Seniorenrechtstag

Am 27. April 2012 diskutieren in Berlin Anwälte und leitende Mitarbeiter von Pflegeeinrichtungen Themen zum Recht älterer Menschen. „Pflege und Betreuung von Eltern – was bringt das?“ ist eine provokative Frage, der die AG Sozialrecht nachgeht.

Menschenrechte und EGMR

Die Europäische Menschenrechtskonvention bietet viel Potenzial für Strafverteidiger. Was für eine Individualbeschwerde zum EGMR nötig ist, zeigt das Seminar am 28. April 2012 in Frankfurt am Main.

Personenschaden

Vor allem in Arzthaftungsfällen, aber auch bei der Verkehrsunfallregulierung, beobachtet man immer wieder, dass die Höhe des Anspruchs viel zu wenig beachtet wird. Am 28. April werden deswegen die wichtigsten Praxisfragen behandelt und typische Fehler bei der praktischen Bearbeitung von Personenschäden aufgezeigt.

Kostenfaktor Kanzlei

Kanzleien werden heute wie ein modernes Unternehmen unter Kostengesichtspunkten geführt. Der Referent des Seminars „Moderne Kanzleiorganisation unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten“ am 9. Mai vermittelt Ihnen mittels einer Lifeschaltung in seine Kanzlei einen Eindruck, wie spezielle Rechtsanwaltsprogramme, elektronische Checklisten oder digitale Spracherkennungssysteme den Kanzleiblauf effizienter machen können.

3. Berliner IT-Rechtstag

Die AG Informationstechnologie (davit), der Berliner Anwaltsverein und die Deutsche Anwaltakademie laden vom 9. bis 10. Mai nach Berlin ein, um über aktuelle Themen im IT-Recht zu diskutieren. Das Vortragsthema „Cloud Computing“ ist auch der Schwerpunkt der öffentlichen Podiumsdiskussion.

Weitere Informationen finden Sie im Internet unter www.anwaltakademie.de.

AG Verkehrsrecht

Anwaltschaft wirbt für ihre Positionen im Verkehrsrecht

50. Deutscher Verkehrsgerichtstag in Goslar

Der Verkehrsgerichtstag in Goslar feierte Jubiläum: Die Fachveranstaltung jährte sich zum 50. Mal. Rechtsanwälte, Richter und Staatsanwälte, Vertreter von Ministerien, Verbänden, Behörden und Hochschulen trafen sich Ende Januar, um zwei Tage in acht Arbeitskreisen aktuelle Probleme des Verkehrsrechts zu diskutieren. 1.800 Teilnehmerinnen und Teilnehmer waren in Goslar.

In der Mitgliederversammlung des Vereins „Deutscher Verkehrsgerichtstag – Deutsche Akademie für Verkehrswissenschaft“ berichtete dessen Präsident, Generalbundesanwalt a. D. Kay Nehm, dass man eine Leasing-Kommission eingesetzt habe, um für die Empfehlung des Arbeitskreises II des 49. Deutschen Verkehrsgerichtstages 2011 eine rechtliche Grundlage zu erarbeiten. Als Interessenvertreter der Anwaltschaft gehört Rechtsanwalt Oskar Riedmeyer, DAV-Vizepräsident und Mitglied des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht, der Kommission an.

Kein „Blechkongress“

Die feierliche Eröffnung des 50. Verkehrsgerichtstages fand in Anwesenheit von Christian Wulff statt, dessen Auftritt für eine große Medienpräsenz in der Kaiserpfalz sorgte. Er forderte die Verkehrsteilnehmer zu einem rücksichtsvolleren Umgang miteinander auf. Das Recht könne kein Allheilmittel sein und die Eigenverantwortung der Verkehrsteilnehmer nicht ersetzen, mahnte er. Nehm erinnerte in seiner Eröffnungsansprache daran, dass der Verkehrsgerichtstag nicht nur ein „Blechkongress“ sei, der sich vorrangig den beruflich einträglichen Folgen von Verkehrsunfällen widme. Er wünsche sich, dass die Empfehlungen des Verkehrsgerichtstages auch künftig dazu beitragen, die Sicherheit auf den Straßen zu erhöhen und die Zahl der Verkehrsunfälle weiter zu senken.

Im Jubiläumsjahr kamen zum alljährlichen Begrüßungsabend der Ar-

beitsgemeinschaft Verkehrsrecht, trotz zahlreicher parallel stattfindender Veranstaltungen, mehr als 200 Gäste, unter ihnen über 30 Journalisten. Sechs Funktionsträger der Arbeitsgemeinschaft führten in kurzen Statements in die Themenstellung der einzelnen Arbeitskreise ein und machten die Pressevertreter mit der Position der Verkehrsanwälte vertraut. Viele dieser Forderungen fanden Niederschlag in den Empfehlungen des Verkehrsgerichtstages.

Die Haltung des DAV zur Einführung des Angehörigenschmerzensgeldes entspricht dem Appell des Arbeitskreises I an den Gesetzgeber, in den Fällen fremdverursachter Tötung eines nahen Angehörigen einen Entschädigungsanspruch für Ehe- und Lebenspartner sowie Eltern und Kinder zu schaffen.

Rechtsanwalt Dr. Henner Hörl, der viele Jahre als Regionalbeauftragter die Interessen der Verkehrsanwälte vertrat, referierte im Arbeitskreis IV, dem mit fast 400 Teilnehmern am besten besuchten Arbeitskreis des diesjährigen Verkehrsgerichtstages. Hier konnte sich die Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht mit ihrer Forderung, eine Berufsordnung für Kfz-Sachverständige zu schaffen, in der einheitliche Zugangsvoraussetzungen festgelegt werden, durchsetzen.

Auch die Empfehlungen des Arbeitskreises V spiegeln die Meinung der Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht wider. Das geltende Recht in Deutschland bietet genügend Spielraum, um fahrlässige Körperverletzungen im Straßenverkehr angemessen behandeln zu können. Es ist allerdings erforderlich, die im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr im Bundesländervergleich sehr unterschiedliche Einstellungspraxis bei den Staatsanwaltschaften zu vereinheitlichen.

Der Wunsch der Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht, für Fahrräder mit elektrischer Tretunterstützung (Pedelecs) eine rechtliche Grundlage für die Teilnahme am Straßenverkehr zu schaffen, wurde in der Empfehlung des Arbeitskreises VI aufgenommen.

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

Der 51. Deutsche Verkehrsgerichtstag findet vom 23. bis 25.1.2013 in Goslar statt.



Magdeburger Anwaltverein

Anwaltverein nutzt neue Wege der Werbung: Auf drei Messen tanzen

Jedes Jahr finden im Herbst in Magdeburg die Messen „Haus+Hof“ und „Herbstgeflüster“ statt. Dort und auf den erstmals organisierten „Magdeburger Gesundheitstagen“ war der Magdeburger Anwaltverein präsent, um sich den mehr als 15.000 Besuchern vorzustellen. Der Geschäftsführer des Landesverbandes Sachsen-Anhalt Rechtsanwalt Tobias Michael und Mitglieder des Magdeburger Anwaltvereins standen als Ansprechpartner zur Verfügung und verteilten unter dem Motto der DAV-Werbekampagne „Vertrauen ist gut. Anwalt ist besser“ am eigenen Stand Werbemittel und informierten in Fachvorträgen.

Wie findet man den geeigneten Anwalt? Diese Frage interessierte die Besucher besonders und so improvisierte der Magdeburger Anwaltverein kurzfristig und baute mittels Laptop und Beamer eine Präsentationsfläche auf, um den Messebesuchern die DAV-Anwaltsauskunft (www.anwaltsauskunft.de) vorzustellen und zu erklären.

Das Echo aller Beteiligten war positiv, gleichzeitig ist Aktiven aus dem Anwaltverein deutlich geworden, dass Werbung und Marketing in der Bevölkerung eine Daueraufgabe sind. Aus diesem Grund plant der Magdeburger Anwaltverein bereits die nächsten Messeveranstaltungen; und zwar auf den „Magdeburger Gesundheitstagen“ und auf der „Haus+Hof-Messe“ im September.

Rechtsanwalt Tobias Michael, Magdeburg

Deutscher Anwaltverein

App zum Unterhalt

Der Unterhalt für Kinder orientiert sich nach Altersstufen und Einkommen gestaffelt und ist in der sogenannten „Düsseldorfer Tabelle“ nachzulesen. Wer sich einen schnellen Überblick über den Unterhaltsanspruch der Kinder verschaffen will, kann dies das mit Unterhaltsrechner des DAV tun. Diesen gibt es als App kostenlos bei iTunes oder auf der DAV-Website www.anwaltverein.de.

AG Allgemeinanwalt

Der Allgemeinanwalt lebt die Einheit der Rechtsordnung

Fortbildung: Lokales Angebot bundesweit – und auf Anwaltstag

Im Juni 2011 wurde der Geschäftsführende Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Allgemeinanwalt neu gewählt. Er setzte sich damals neue und engagierte Ziele – und wurde belohnt. Die Mitgliederzahlen wachsen. Neben der praktischen Hilfe für den Allgemeinanwalt und die Allgemeinwältin steht die Fortbildung an oberster Stelle auf der Agenda der Arbeitsgemeinschaft.

„Die Allgemeinanwälte haben eine große Bedeutung für den Zugang der Bürgerinnen und Bürger zum Recht“, sagt die Vorsitzende des Geschäftsführenden Ausschusses Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann aus Bremen selbstbewusst. „Und sie sichern die Anwaltsversorgung in der Fläche“, ergänzt Kindermann, die auch Vizepräsidentin des Deutschen Anwaltvereins ist. Die Überlegungen der Arbeitsgemeinschaft gehen hin zu der Frage, was den Allgemeinanwalt heute ausmacht und was man für ihn tun kann. „Der Allgemeinanwalt lebt die Einheit der Rechtsordnung. Uns beschäftigt die Frage, was das Bild und die Stellung des Allgemeinanwalts in den nächsten Jahren sein wird“, so Kindermann weiter.

Breites Themenspektrum

Den Auftakt für die Fortbildungsveranstaltungen machte im Februar 2012 ein gemeinsames Seminar mit dem Institut für Anwalts- und Notarrecht der Universität Bielefeld zum Thema „Gebührenrecht – Aktuelle Entwicklungen und Ausblick auf gesetzliche Änderungen“. Wichtig ist dem Geschäftsführenden Ausschuss dabei das lokale Angebot in Kooperation mit den örtlichen Anwaltvereinen, das gleichzeitig den Austausch der Kolleginnen und Kollegen untereinander fördert.

Folgende Veranstaltungen sind geplant:

- Stuttgart, 27. April 2012: „Von der Last zur Lust – Mitarbeiterführung – Blitzworkshop“
- Hamburg, 22. Mai 2012: „Taktik im Zivilprozess“

- München, 13. Juni 2012, Deutscher Anwaltstag: „DAT für Einsteiger“ + „Zivilprozessrecht – Silber und Gold – Über Schreiben, Reden und Schweigen im Zivilprozess“ + „Verhandeln – Von Hollywood lernen“
- München, 14. Juni 2012, Deutscher Anwaltstag: „Nicht ohne meine Assistentin – 12 Tipps: Wie binde ich meine Assistentin in die Akquise ein“
- Stuttgart, 22. Juni 2012: „Klares Juristendeutsch für Rechtsanwälte“
- Passau, 25. Juni 2012: „Taktik in zivilprozessualen Verfahren unter Berücksichtigung kostenrechtlicher Aspekte“
- Frankfurt (Main), 21. September 2012, Hessischer Landesanwaltstag: „Gebührenrecht“

Rechtsanwältin Anke Haug, Renningen

Nähere Informationen zu den Veranstaltungen erhalten Sie bei den örtlichen Anwaltvereinen bzw. im Programmheft des Deutschen Anwaltstages und unter www.anwaltverein.de im Veranstaltungskalender.

Mitgliederversammlung

AG Allgemeinanwalt

Der Geschäftsführende Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Allgemeinanwalt im DAV lädt ein zur Mitgliederversammlung am 14.6.2012, 16.30 Uhr, im Hotel Holiday Inn Munich – City Centre, Hochstrasse 3, 81669 München.

Tagesordnung

1. Eröffnung durch die Vorsitzende
2. Tätigkeitsbericht des Geschäftsführenden Ausschusses
3. Kassenbericht des Schatzmeisters
4. Allgemeine Aussprache
5. Genehmigung des Jahresabschlusses 2011
6. Entlastung des Geschäftsführenden Ausschusses
7. Wahl des Kassenprüfers 2012
8. Weitere Arbeitsplanung
9. Verschiedenes.

Nach § 6 Abs. 3 der Geschäftsordnung der Arbeitsgemeinschaft Allgemeinanwalt sind Anträge und Ergänzungen zur Tagesordnung bis 21 Tage vor der Mitgliederversammlung an die Geschäftsstelle des Deutschen Anwaltvereins (Littenstr. 11, 10179 Berlin) zu richten.

Mitgliederversammlung

AG Transport- und Speditionsrecht

Der Geschäftsführende Ausschuss lädt die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Transport- und Speditionsrecht zur Mitgliederversammlung am 25.4.2012, um 17.30 Uhr im Lindner Congress Hotel, Bolongarostraße 100, 65929 Frankfurt am Main ein.

Tagesordnung

1. Begrüßung und Eröffnung durch den Vorsitzenden
2. Tätigkeitsbericht des Geschäftsführenden Ausschusses und Aussprache
3. Kassenbericht der Schatzmeisterin 2011 und Aussprache
4. Bericht des Kassenprüfers 2011 und Entlastung des Geschäftsführenden Ausschusses
5. Wahl des Kassenprüfers für das Haushaltsjahr 2012
6. Weitere Arbeitsplanung
7. Verschiedenes.

Nach § 6 Abs. 3 der Geschäftsordnung der Arbeitsgemeinschaft Transport- und Speditionsrecht sind Anträge und Ergänzungen zur Tagesordnung bis 21 Tage vor der Mitgliederversammlung an die Geschäftsstelle des Deutschen Anwaltvereins (Avenue de la Joyeuse Entrée 1, 1040 Brüssel, Belgien) zu richten.

Die Mitgliederversammlung findet im Rahmen der Fachtagung der Arbeitsgemeinschaft Transport- und Speditionsrecht im DAV statt. Einzelheiten unter: <http://www.anwaltverein.de/ueber-uns/arbeitsgemeinschaften/transport-und-speditionsrecht/aktuelles>.

Mitgliederversammlung

AG Ausländer- und Asylrecht

Der Geschäftsführende Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht im DAV lädt alle Mitglieder ein zur Mitgliederversammlung am 23.6.2012, 14.00 bis ca. 16.00 Uhr im NH-Hotel Köln im Media Park 8b, 50670 Köln.

Tagesordnung

1. Verleihung der Ehrenmitgliedschaft an Herrn Rechtsanwalt Hartmut Kilger*
2. Geschäftsbericht des Geschäftsführenden Ausschusses
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht des Kassenprüfers

5. Aussprache zu den Punkten 2–4
6. Entlastung des Geschäftsführenden Ausschusses
7. Wahl eines Kassenprüfers
8. Anregung zu Aktivitäten (Fortbildung, Mitgliederversammlung, Sonstiges)
9. Verschiedenes

* Anmerkung zu 1: Gemäß § 3 Abs. 2 der Geschäftsordnung der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht kann Persönlichkeiten, die sich um das Ausländer- und Asylrecht verdient gemacht haben, auf Vorschlag des Geschäftsführenden Ausschusses von der Mitgliederversammlung die Ehrenmitgliedschaft verliehen werden. Der Geschäftsführende Ausschuss wird der Mitgliederversammlung am 23.6.2012 vorschlagen, Rechtsanwalt Hartmut Kilger die Ehrenmitgliedschaft zu verleihen.

Mitgliederversammlung

AG Internationaler Rechtsverkehr

Der Geschäftsführende Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft für Internationalen Rechtsverkehr im Deutschen Anwaltverein lädt ein zur Mitgliederversammlung 2012 am Donnerstag, 14. Juni 2012, 16.30 bis 17.00 Uhr, im Holiday Inn Munich, Hochstraße 3, 81669 München.

Tagesordnung

1. Genehmigung des Protokolls der Mitgliederversammlung vom 02.06.2011
2. Bericht des Geschäftsführenden Ausschusses
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht des Kassenprüfers
5. Entlastung des Geschäftsführenden Ausschusses
6. Wahl des Geschäftsführenden Ausschusses
7. Wahl des Kassenprüfers
8. Verschiedenes

Die Mitgliederversammlung findet im Rahmen des 63. Deutschen Anwalstages statt, der vom 14. bis 16. Juni 2012 in München abgehalten wird.

Personalien



Michael Bücken †

Rechtsanwalt Michael Bücken aus Köln, Vorsitzender des Gesetzgebungsausschusses Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (DAV), ist im 61. Lebensjahr plötzlich und unerwartet am 19. Februar 2012 verstorben. Seit 1980 war Michael Bücken als Rechtsanwalt zugelassen. Im DAV war der Fachanwalt für Medizinrecht und Verkehrsrecht an vielen Stellen aktiv: Er gehörte zu den ersten Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht im DAV und war dort bis 2008 Leiter des Arbeitskreises Haftpflicht Freie Berufe, ab September 2008 war er Mitglied des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft und deren Schatzmeister. Seit 2006 gehörte er auch zum Geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des DAV und leitete ab 2007 den Gesetzgebungsausschuss Verkehrsrecht. Bei der Deutschen Anwaltakademie referierte der Autor diverser Fachbücher und Verfasser vieler Aufsätze im Fachlehrgang Versicherungsrecht. Michael Bücken war aber nicht nur fachlich für jedes Gremium eine Bereicherung. Seine menschliche Wärme, seine ruhige, freundliche Art und seine Hilfsbereitschaft machten die Zusammenarbeit mit ihm auch zu einem persönlichen Gewinn. Wir haben einen Freund verloren, der dem Deutschen Anwaltverein sehr fehlen wird. Wir trauern mit seiner Ehefrau, seinen drei Kindern und seinem Enkelkind.

Rechtsanwalt Oskar Riedmeyer, Vizepräsident des Deutschen Anwaltvereins, München



Wolfgang Ehrler

Der Bundespräsident hat Rechtsanwalt und Notar Wolfgang Ehrler aus Herdecke das Verdienstkreuz am Bande verliehen. Mit dem Orden werden Bürgerinnen und Bürger ausgezeichnet, die im politischen, wirtschaftlich-sozialen und geistigen Bereich Wertvolles geleistet haben. Ehrler erhielt das Verdienstkreuz am Bande für sein langjähriges ehrenamtliches Engagement im Anwaltverein, in der Notarkammer, im Versorgungswerk sowie als Richter im Anwaltsgericht.



R

Haftpflichtfragen

364 Fallstricke im neuen Familienrecht

Rechtsanwalt Alexander Werner, Allianz-Versicherung, München

Das Familienrecht ist immer anspruchsvoller geworden – nicht nur wegen des Reformeifers des Gesetzgebers, sondern auch wegen der fleißigen Gerichte. Der Autor weist auf Haftungsfallen hin. Sie lauern im Übergangsrecht und bei der Rezeption der Rechtsprechung.

Rechtsprechung

367 „Ihre Experten-Kanzlei“ – damit dürfen erfahrene Anwälte werben

Kammergericht, Urt. v. 27.1.2012 – 5 U 191/10

Das Werben mit Zusätzen wie Experten- oder Spezialkanzlei ist vielen Rechtsanwaltskammern suspekt. Doch Maßstab für eine Irreführung sind nicht die Anwaltskollegen, sondern der angesprochene Verkehr. Das Kammergericht hat sorgfältig geprüft und in diesem Fall keinen UWG-Verstoß entdeckt.

371 Wann haben Kinder einen Anspruch auf Beratungshilfe?

BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 6.2.2012 – 1 BvR 1120/11 und 1 BvR 1121/11

Für Anwälte im Sozialrecht eine weitere wichtige Entscheidung: Kinder haben eigene Rechte, doch in vielen Fällen keinen Anspruch auf Beratungshilfe. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts macht es der Praxis nicht leichter.

372 Zeithonorar abrechnen – worauf achten?

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.10.2011 – I-24 U 47/11

Wenn Anwälte Zeithonorare einklagen, kann das mühsam werden. Der Beschluss des OLG Düsseldorf ist lehrreich. Nachprüfbar und konkret muss abgerechnet werden. Zugleich werden die Anforderungen nicht überspannt.

Fallstricke im neuen Familienrecht

Rechtsanwalt Alexander Werner, Allianz-Versicherung, München

Beim Familienrecht hat der Gesetzgeber in den vergangenen Jahren Reformeifer gezeigt. Zugleich ist die höchstrichterliche Rechtsprechung im Fluss. Für Anwälte im Familienrecht kann das zu vertrackten Problemen im Übergangsrecht und bei der Rezeption der Rechtsprechung führen. Der Autor stellt haftungsrechtliche Probleme aus der Anwaltspraxis vor.

I. Präklusion bei erstmaligen Befristungsanträgen im Rahmen von Abänderungsklagen

1. Historische Entwicklung der Befristung des Nachehelichenunterhalts

Bis zum Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 1. April 1986 gab es keine ausdrücklichen Befristungsmöglichkeiten im Gesetz. Dann wurden die §§ 1573 Abs. 5 und 1578 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB als „Kann“-Vorschriften eingeführt (BGBl. 1986 I, S. 301/302). Mit dem Inkrafttreten des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes (vom 21. Dezember 2007) zum 1. Januar 2008 mit seinem neuen § 1578 b BGB wurde eine ermessensunabhängige Norm zur zeitlichen Begrenzung und/oder betragsmäßigen Herabsetzung geschaffen (im folgenden wird aus Übersichtlichkeitsgründen nur noch der Terminus „Befristung“ verwendet). Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte damit erreicht werden, dass stärker von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht wird (BT-Drucksache 16/1830 vom 15. Juni 2006, Seiten 18-20).

2. Die wichtige Übergangsvorschrift des § 36 EGZPO

Das Abänderungsverfahren nach § 238 FamFG (§ 323 ZPO) ist regelmäßig das richtige Instrument, wenn eine Veränderung von Unterhaltstiteln erreicht werden soll. Bei der Abänderung von Unterhaltsurteilen, die vor Inkrafttreten des § 1578 b BGB zum 1. Januar 2008 ergangen sind, ist grundsätzlich § 36 EGZPO zu beachten, wenn nunmehr eine Befristung erreicht werden soll. Das Urteil des BGH vom 8. Juni 2011 – (XII ZR 17/09, FamRZ 2011, 1381 – Altitel auf Aufstockungsunterhalt 2000, Abänderungsklage 2008) betrifft nicht Präklusionsfragen, sondern die korrekte Norm für die vorzunehmende Prüfung der Zumutbarkeit einer Abänderung für den Unterhaltsberechtigten.

Wenn der zugrundeliegende Titel ein Vergleich ist (§ 239 FamFG, § 323 a ZPO), gilt § 36 EGZPO allerdings nicht (BGH, XII ZR 143/08, FamRZ 2010, 1238, 1241 f. und BGH, XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197). Entscheidend ist hier die Auslegung des seinerzeitigen Vergleichswortlauts im Hinblick auf die nun von einer Seite begehrte Befristung.

§ 36 Nr. 1 und 2 EGZPO stellen klar, dass nicht nur neue Tatsachen (vgl. etwa BGH, XII ZR 117/09, NJW 2011, 3712), sondern auch Gesetzesänderungen, soweit sie zu einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse führen, ein Abänderungsgrund im Sinne von § 238 FamFG (§ 323 Abs. 1 ZPO)

sind (BGH, XII ZR 65/09, FamRZ 2010, 111). Allerdings ist bei einer Abänderung der Vertrauensschutz für den jeweils anderen Teil hinreichend zu berücksichtigen (*Gutjahr* NJW 2008, 1985, 1988). § 36 Nr. 2 EGZPO beseitigt für die erstmalige Abänderung die Präklusionshürden der §§ 323 Abs. 2 und 767 Abs. 2 ZPO.

3. Das BGH-Urteil von 2006 und nachfolgende Entscheidungen 2007

Bei der Abänderung von Urteilen ist weiter zu beachten, dass der BGH bereits mit dem Urteil vom 12. April 2006 (XII ZR 240/03, FamRZ 2006, 1006), also schon deutlich vor dem 1. Januar 2008, mit der Ausweitung von Befristungsmöglichkeiten, quasi im Vorgriff auf das Unterhaltsänderungsgesetz, begann. Gegenstand dieses Urteils war der Nachehelichenunterhalt bei einem kinderlosen Ehepaar nach knapp 15-jähriger Ehe; der zu leistende Aufstockungsunterhalt wurde befristet. Eine Pressemitteilung zu diesem Urteil wurde nicht herausgegeben; in der Entscheidung findet sich kein ausdrücklicher Hinweis, dass mit diesem Urteil eine bis dahin gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung aufgegeben werde, wie das OLG Koblenz (FamRZ 2010, 318, 321) bemerkt. Weitaus besser erkennbar war dagegen die Bedeutung des Urteils vom 28. Februar 2007 (XII ZR 37/05, FamRZ 2007, 793, 798 ff.), mit sieben Leitsätzen und außerdem hervorgehoben durch eine Mitteilung der BGH-Pressestelle (Nr. 31/2007). Der BGH hatte darin eine Befristung des Aufstockungsunterhaltes vorgenommen in einer Konstellation, in der aus der Ehe zwei Kinder hervorgegangen waren. Ein weiteres BGH-Urteil zur Thematik (dort war die Diskrepanz in den Einkommensverhältnissen der Ehegatten besonders stark; eine Befristung des Aufstockungsunterhaltes erfolgte nicht) folgte ohne Pressemitteilung am 23. Mai 2007 (XII ZR 245/04, FamRZ 2007, 1232).

4. Folgen dieser Rechtsprechung für die Präklusion

Die Frage ist nun, inwieweit für Unterhaltstitel aus § 1573 Abs. 1 BGB n.F. (Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit) und § 1573 Abs. 2 BGB n.F. (Aufstockungsunterhalt) aus dem Zeitraum 12. April 2006 bis 31. Dezember 2007 bezüglich der Befristung Präklusion eingetreten ist.

a) Streitstand vor dem 29. September 2010

Dose (Richter am BGH, der an diesen Urteilen mitwirkte) veröffentlichte in der FamRZ 2007, 1289 ff. einen richtungsweisenden Aufsatz. Darin führt *Dose* aus, dass nun die Frage einer Präklusion wohl geklärt sei, denn der – aus damaliger Sicht noch künftige – § 1578 b BGB („der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten ist ...herabzusetzen..., ist zeitlich zu begrenzen, wenn“) entspreche im wesentlichen der erwähnten Rechtsprechung des BGH zur Beschränkung und zeitlichen Begrenzung gemäß §§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB alter Fassung („können zeitlich begrenzt werden“); Kritik an dieser Gleichsetzung äußern u. a. *Thomas-Putzo* (32. Auflage 2011, § 36 EGZPO Rz. 7) und *Schwab-Borth* (Handbuch des Scheidungsrechts, 6. Auflage 2010, Seite 933 oben). Vor der Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Anwendung der gesetzlichen Befristungsmöglichkeiten komme – so *Dose* – eine Präklusion nicht in Betracht.

Die folgende OLG-Rechtsprechung zur Frage, ob das BGH-Urteil vom 12. April 2006 nur in laufenden Unterhalts-



verfahren von kinderlosen Ehen sogleich zu beachten war (also ein Befristungsantrag zu stellen war) oder auch in Verfahren von Ehen mit Kindern, war uneinheitlich.

Das OLG Dresden etwa tendierte im Beschluss vom 4. Juli 2008 (FamRZ 2008, 2135) zur letzteren Auffassung. Dagegen hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 16. Dezember 2009 (FamRZ 2010, 1084, 1085) in einem Fall von Aufstockungsunterhalt bei einer Ehe mit Kindern auf folgendes hingewiesen: Der BGH habe im Urteil vom 12. April 2006 ausdrücklich gesagt, dass die lebenslange Beibehaltung des ehelichen Lebensstandards nach dem Grundgedanken der damaligen Gesetzeslage beispielsweise dann angemessen erscheinen könne, wenn der Berechtigte gemeinsame Kinder betreut oder betreut habe. Deshalb trete nach Auffassung des OLG Düsseldorf bei Abänderungsverfahren für Nachehelichenunterhalt bei Ehen mit Kindern Präklusion erst mit dem BGH-Urteil vom 28. Februar 2007 ein.

b) Die Auffassung des BGH seit 29. September 2010

Der BGH hat dagegen im Urteil vom 29. September 2010 (XII ZR 205/08, FamRZ 2010, 1884 = NJW 2010, 3582) festgestellt, dass die mit der Entscheidung vom 12. April 2006 vollzogene Rechtsänderung mit ihren tragenden Gründen sich nicht auf kinderlose Ehen beschränkte, obwohl seinerzeit die Betreuung gemeinsamer Kinder ausdrücklich als Hinderungsgrund für eine Befristung genannt worden war. Es sei im Leitsatz des Urteils vom 12. April 2006 auch ausgeführt worden, dass eine lange Ehedauer nicht per se einer Befristung entgegenstehen müsse. Deshalb habe der Anwalt schon allein bei Lektüre des Urteils vom 12. April 2006 erkennen müssen, dass vorrangig zu prüfen sei, ob sich die Einkommensdivergenz der Ehegatten als ehebedingter Nachteil darstelle, der einen dauerhaften unterhaltsrechtlichen Ausgleich zugunsten des bedürftigen Ehegatten rechtfertigt, was „allgemein formuliert“ worden und für kinderlose Ehen wie für Ehen mit Kindern gleichermaßen bedeutsam sei (BGH, FamRZ 2010, 1884, 1885).

Damit hat der BGH die Frage entschieden, ab welchem Zeitpunkt in den laufenden Unterhaltsverfahren die grundlegende Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Befristung des Aufstockungsunterhalts auch bei Ehen mit Kindern erkannt werden musste. Schon das BGH-Urteil vom 12. April 2006 allein führt danach zur Präklusion von Abänderungsanträgen, wenn im Ausgangsverfahren das Urteil schon bekannt sein musste und entsprechend zur Befristung hätte vorgetragen werden können.

c) Das BGH-Urteil vom 7. Dezember 2011

Am 7. Dezember 2011 hat der BGH ein weiteres wichtiges Urteil zur Präklusionsthematik gefällt (XII ZR 159/09, FamRZ 2012, 288). Er bekräftigt darin seine Auffassung vom 29. September 2010, wonach die Bedeutung der Entscheidung vom 12. April 2006 auch für Ehen mit Kindern sogleich habe erkannt werden müssen. Zugleich weist der BGH aber darauf hin, dass im konkreten Fall der ursprüngliche Titel aus dem Jahr 2003 sowohl Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB als auch Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB umfasste. § 1570 BGB war seinerzeit einer Befristung nicht zugänglich; der BGH stellt deshalb fest, dass hier der Befristungseinwand im Folgeverfahren nicht präkludiert ist.

5. Der Zeitpunkt des Kennenmüssens der BGH-Rechtsprechung durch den Anwalt

Für die Frage einer anwaltlichen Pflichtverletzung ist damit entscheidend, zu welchem konkreten Zeitpunkt der Anwalt das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. April 2006 kennen und die richtigen weitreichenden Schlussfolgerungen gezogen haben musste.

a) Veröffentlichung des Urteils vom 12. April 2006

Das Urteil vom 12. April 2006 wurde in der FamRZ erst in Heft 14 vom 15. Juli 2006 veröffentlicht. In den Augen des OLG Zweibrücken (FamRZ 2009, 1161 f.) ist die FamRZ die führende Fachzeitschrift zum Familienrecht und damit für den Familienrechtsanwalt quasi Pflichtlektüre. Die Lektüre aller denkbaren Fachzeitschriften kann von einem Anwalt nicht erwartet werden, sofern er nicht wegen Besonderheiten des Mandats eine gesteigerte Beobachtungs- und Recherche-pflicht hat (BGH, IX ZR 26/09, AnwBl 2010, 876). Nicht auf das Familienrecht spezialisierte Anwälte müssen jedenfalls die NJW oder eine vergleichbar relevante Zeitschrift lesen (vgl. BGH NJW 1979, 877). In der NJW erschien das Urteil vom 12. April 2006 erst in Heft 33 vom 14. August 2006 (NJW 2006, 2401).

b) Zeitspanne für den Anwalt zur Kenntnisnahme

Der Anwalt hat nach Veröffentlichung des Urteils eine gewisse Zeit zur Verfügung, um dieses auch inhaltlich zur Kenntnis zu nehmen. Diese Zeit wird vom BGH („realistischer Toleranzrahmen“, BGH NJW 2001, 675) nicht konkret angegeben. Von den Oberlandesgerichten wird ein Zeitraum von 4 bis 6 Wochen angesetzt (vgl. etwa die Urteile des OLG Stuttgart, 12 U 110/09, vom 15.12.2009 und des OLG Celle, 3 U 174/10, vom 23.02.2011). Dies gilt für obergerichtliche Entscheidungen; für Urteile erstinstanzlicher Gerichte (konkret eines Finanzgerichts) setzt das OLG Stuttgart aaO einen Zeitraum von 3 Monaten an. Die genannten Urteile betrafen konkret Steuerberater; man wird aber davon ausgehen können, dass die Rechtsprechung auf Anwälte entsprechend angewendet werden kann. So hat etwa das OLG München in einem nicht veröffentlichten Hinweisbeschluss vom 21.09.2011 (2 U 1812/11) im Verfahren gegen einen Rechtsanwalt darauf hingewiesen, dass die Frist zur Kenntnisnahme neuer höchstrichterlicher Rechtsprechung überwiegend mit vier bis sechs Wochen angesetzt wird.

Das OLG München hat übrigens in diesem Hinweisbeschluss seine Auffassung im Urteil vom 17. Juli 2007 (4 UF 108/07, BeckRS 2007, 12213), dass ein Fachanwalt für Familienrecht bereits vor Veröffentlichung von Entscheidungen in Fachzeitschriften eine gesteigerte Pflicht zur Internetrecherche habe, nicht wiederholt, obwohl auch im Verfahren 2 U 1812/11 der beklagte Anwalt bereits im Zeitpunkt der behaupteten Pflichtverletzung Fachanwalt für Familienrecht war. Ob an Fachanwälte generell höhere Anforderungen zu stellen sind, hat der BGH noch nicht entschieden (vgl. hierzu auch *Jungk*, Gesteigerte Haftung des Fachanwalts?, AnwBl 2007, 227 f.).

Ein Anwalt musste also das Urteil des BGH vom 12. April 2006, erschienen in der FamRZ vom 15. Juli 2006, etwa Ende August 2006 zur Kenntnis genommen haben. Ob es einen weiteren Zeitzuschlag für reine NJW-Leser geben könnte, kann kaum prognostiziert werden. Selbst wenn der Anwalt im konkreten Fall pflichtwidrig das Urteil nicht kannte und einen Befristungsantrag für den Aufstockungsunterhalt nicht

gestellt hatte, so wäre im Haftungsfall weiterhin zu klären, ob überhaupt ein kausaler Schaden gegeben ist.

II. Meistbegünstigung

1. Grundsatz

Bei inkorrekten Entscheidungen eines Gerichts, insbesondere einer der Art nach falschen Entscheidungsart (etwa Urteil statt Beschluss), gilt der Grundsatz der Meistbegünstigung. Dies bedeutet: Es kann entweder das Rechtsmittel eingelegt werden, das gegen die konkret ergangene Entscheidung statthaft ist oder das Rechtsmittel, das bei richtiger Bezeichnung der Entscheidung statthaft wäre (vgl. etwa *Thomas-Putzo*, ZPO, 32. Auflage 2011, Vorbem. vor § 511 Rz. 6 ff.).

2. Anwendung falschen Verfahrensrechts durch das Gericht

Der BGH hat im Beschluss vom 6. April 2011 (XII ZB 553/10, NJW-RR 2011, 939 = FamRZ 2011, 966) nun erklärt, dass der Meistbegünstigungsgrundsatz auch dann anzuwenden ist, wenn zwar das Gericht nach dem von ihm angewendeten Verfahrensrecht die in sich zutreffende Entscheidungsart gewählt hat, der Fehler aber auf der Anwendung falschen Verfahrensrechts beruht. Dies geschieht gerade im langgestreckten Übergangszeitraum von Verfahren nach der alten ZPO zu Verfahren nach FamFG immer wieder. Im konkreten Fall des BGH hatte das Gericht fälschlich das FamFG und nicht das bis 31. August 2009 geltende Verfahrensrecht angewendet und konsequent durch Endbeschluss entschieden. Der Anwalt hatte dagegen „Beschwerde“ zum Ausgangsgericht eingelegt, woraufhin das Berufungsgericht nicht – wie geschehen – das Rechtsmittel als unzulässig hätte verwerfen dürfen, sondern in das Berufungsverfahren überleiten und durch Urteil hätte entscheiden müssen. Das Meistbegünstigungsprinzip gilt auch, wenn das erstinstanzliche Gericht zwar den Anwalt auf die Anwendung „alten“ (bis 31. August 2009) Verfahrensrechts hingewiesen hatte, aber im weiteren Verlauf dann selbst das neue Verfahrensrecht angewendet und beispielsweise eine nach der ZPO nicht vorgesehene Rechtsbehelfsbelehrung erteilt hat (BGH, XII ZB 100/11, NJW-RR 2011, 1371 = FamRZ 2011, 1575).

III. Wiedereinsetzungsprobleme

1. Übergangsrecht

Beim Übergangsrecht – der Gesetzgeber legt leider sichtlich keinen Wert mehr auf perfekte Arbeit – sind gewisse Fragen, die den Gesetzeswortlaut betreffen, ungeklärt geblieben. Dies gilt unter anderem für die Frage, ob „Verfahren“ im Sinne von Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG (Reformgesetz) nur die jeweilige Instanz oder den gesamten Rechtsstreit über alle Instanzen meint; heute ist die letztere Alternative völlig unbestritten. Da dies am Anfang aber noch kontrovers diskutiert wurde (richtig freilich schon *Bräuer*, (Fast) alles neu im Familienrecht – das gilt auch für Haftungsfallen, in AnwBl 2009, 642/644), hatte das OLG Stuttgart mit Beschluss vom 22. Oktober 2009 (18 UF 233/09, FamRZ 2010, 324) Wiedereinsetzung bejaht im Fall eines Anwalts, der am 24. September 2009 Rechtsmittel zum Ausgangsgericht nach FamFG einlegte, obwohl richtigerweise das alte Verfahrensrecht auch nach dem 31. August 2009 weiter anzuwenden gewesen wäre.

Nachdem allerdings geklärt war, was unter dem Begriff „Verfahren“ gemäß Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG zu verstehen ist, musste der Anwalt die richtigen Schlussfolgerungen für die Entscheidung der Frage, bei welchem Gericht ein Rechtsmittel einzulegen ist, ziehen (vgl. BGH, XII ZB 197/10, FamRZ 2011, 100 = NJW 2011, 386). Ein Rechtsirrtum des Anwalts über das anzuwendende Verfahrensrecht ist dann nicht (mehr) unverschuldet und verhindert die Gewährung von Wiedereinsetzung.

2. Weiterleitung von Schriftsätzen durch ein unzuständiges Gericht

Die falsche Auskunft einer Amtsgerichts-Geschäftsstelle, wo ein bestimmter Schriftsatz einzureichen sei, entlastet den Anwalt nicht, der diese Frage selbst zu prüfen hat und sich nicht auf die Auskunft verlassen darf (BGH, XII ZB 468/10, NJW 2011, 2887 = FamRZ 2011, 1389). Das Gericht, das einen Schriftsatz unzuständigerweise erhalten hat, darf diesen im normalen Geschäftsgang an das zuständige Gericht weiterleiten und braucht dabei keine besondere Eile an den Tag zu legen (BGH MDR 2011, 1193 = FamRZ 2011, 1649).

Wenn dadurch eine Frist versäumt wird, rechtfertigt dies keine Wiedereinsetzung; der Fehler bleibt am Anwalt hängen. Für den „ordentlichen Geschäftsgang“ sind im Zweifel fünf Arbeitstage anzusetzen (vgl. BGH NJW 2006, 3499); anders ggf., wenn die Geschäftsstelle von sich aus, ohne Richter, tätig werden kann.

3. Frist nach FamFG für Wiedereinsetzungsanträge

Gemäß dem Wortlaut des § 18 Abs. 1 FamFG ist der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses zu stellen. Dies entspricht dem § 234 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Allerdings beträgt seit 1. September 2004 gemäß § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO die Frist einen Monat, wenn es sich um eine der im einzelnen dort genannten Rechtsmittelbegründungsfristen handelt. Entgegen dem Gesetzeswortlaut des § 18 Abs. 1 FamFG gilt für Rechtsmittelbegründungsfristen nicht die Zwei-Wochen-Frist. Vielmehr ist nach verfassungskonformer Auslegung die Frist des § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO in den § 18 FamFG hineinzulesen (BGH-Beschlüsse vom 4. März 2010, V ZB 222/09, vgl. auch *Jungk*, BRAK-Mitteilungen 2010, 211, und vom 26. Oktober 2011, XII ZB 247/11, FamRZ 2012, 99). Der Gesetzgeber habe schlichtweg vergessen, diesen Satz auf das FamFG zu übertragen. Der Verfasser geht davon aus, dass dieser Grundsatz nicht nur für Rechtsbeschwerdebegründungen, sondern für alle nach § 234 ZPO einschlägigen Begründungsfristen gilt (kritisch *Abramenko*, Rechtsprechungsübersicht zum erstinstanzlichen Verfahren und den Rechtsmitteln nach dem FamFG, FGPrax 2010, 217/218); ausdrücklich entschieden ist dies allerdings nicht.



Alexander Werner, München

Der Autor ist Rechtsanwalt und bei der Allianz Versicherungs-AG tätig. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

Anwaltsrecht

Zulässige Anwaltswerbung: „Ihre Experten-Kanzlei“

UWG §§ 3, 4 Nr. 11, 5, 8; BORA § 7

Die Werbeaussage „Ihre Experten-Kanzlei scheidung.com holt für Sie die Kastanien aus dem Feuer“ ist kein berufsrechtlich unzulässiger Zusatz zur Berufsbezeichnung Rechtsanwalt, begründet keine Gefahr der Verwechslung mit einer Fachanwaltschaft (hier etwa für Familienrecht) und führt als reklamehafte Werbung den Verkehr auch nicht über die Befähigung der Anwältin in die Irre, wenn diese seit Jahren mit Scheidungen befasst ist, ausgesprochen viele Mandate dazu bearbeitet hat und regelmäßig Leseranfragen als Mitglied eines „Experten-Teams“ einer Wochenzeitung beantwortet. (Leitsatz der Redaktion)

KG Berlin, Urt. v. 27.1.2012 – 5 U 191/10

Aus den Gründen: B. Beide Rechtsmittel gegen das landgerichtliche Urteil sind statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, mithin zulässig. In der Sache hat aber nur die Berufung der Beklagten Erfolg [volle Abweisung der Klage der Rechtsanwaltskammer], wohingegen die Berufung der Klägerin unbegründet ist.

I. Die Berufung der Beklagten ist begründet. Zu Unrecht hat das Landgericht die lauterkeitsrechtliche Unterlassungsklage bezüglich eines Teils der „Experten“-Werbung für begründet erachtet, im Einzelnen:

1. Nach Auffassung des Landgerichts steht der Klägerin gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11, § 5 Abs. 1 Nr. 3, § 8 Abs. 1 UWG i.V. mit § 7 Abs. 1 Satz 2 BORA zu, soweit die Beklagte sich als Expertin für familienrechtliche Fragen bezeichnet, insbesondere auf ihren Webseiten mit der Bezeichnung „Experten-Kanzlei Scheidung“ wirbt (LGU [Urteil des Landgerichts] 6 ff.). Diese Auffassung teilt der Senat nicht.

2. Als insoweit konkret gerügte Verletzungshandlung zur (optischen) Kenntnis des Gerichts gebrachten Vorfall gibt es einen Ausdruck aus dem Internetauftritt der Beklagten (<http://www.scheidung24.eu/>) vom 10. November 2009 gemäß Anlage K 10. Dort befand sich seinerzeit das folgende Banner:

IHRE EXPERTEN-KANZLEI
SCHEIDUNG.COM
holt für Sie die Kastanien aus dem Feuer

Mit diesem Banner verstößt die Beklagte weder gegen § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BORA, noch handelt sie unlauter gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 3 UWG.

3. Im Zusammenhang mit § 7 Abs. 1 Satz 2 BORA weist die Berufung mit Recht darauf hin, dass insoweit schon kein „Zusatz“ i. S. dieser Vorschrift vorliegt, denn dies setzt das Bestehen einer inhaltlichen oder räumlichen Verbindung zu der amtlichen Berufsbezeichnung voraus (vgl. BVerfG NJW 2010, 3705, Tz. 17). Das ist hier aber nicht der Fall, denn mit der amtlichen Berufsbezeichnung der Klägerin („Rechtsanwältin“) steht die Werbeaussage ...

IHRE EXPERTEN-KANZLEI
SCHEIDUNG.COM
holt für Sie die Kastanien aus dem Feuer

... weder in inhaltlicher noch – nach Ausgestaltung der Anlage K 10 – in räumlicher Verbindung.

4. Im Übrigen greift (auch) § 7 Abs. 2 BORA nicht durch. Die Werbeaussage ...

IHRE EXPERTEN-KANZLEI
SCHEIDUNG.COM
holt für Sie die Kastanien aus dem Feuer

... ist keine Benennung, welche die Gefahr einer Verwechslung mit einer Fachanwaltschaft (hier etwa: „Fachanwalt für Familienrecht“) begründet. Die Aussage ist auch nicht in sonstiger Weise irreführend (dazu sogleich im Rahmen von § 5 UWG).

5. Entgegen der Annahme des Landgerichts stellt die Werbeaussage

IHRE EXPERTEN-KANZLEI
SCHEIDUNG.COM
holt für Sie die Kastanien aus dem Feuer

auch keine irreführende geschäftliche Handlung i. S. von § 5 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 3 UWG hinsichtlich der Befähigung der beklagten Rechtsanwältin dar.

a) Zwar verstehen die angesprochenen Verkehrskreise die Werbung, wovon das Landgericht insoweit mit Recht ausgeht (vgl. LGU 7 unten), dahin gehend, dass in der beworbenen Kanzlei Experten für „Scheidung“ tätig sind, was nahe legt, dass die zu dieser Kanzlei gehörende Beklagte insoweit eine Expertin im Bereich „Scheidung“ ist. Nicht zugestimmt werden kann aber der Beurteilung des Landgerichts, dass die so geweckten Erwartungen der dargelegten Qualifikation der Beklagten nicht entsprechen.

b) Nach den landgerichtlichen Feststellungen ist die Beklagte seit 2003 zur Rechtsanwaltschaft und seit 2005 zur Berliner Rechtsanwaltschaft zugelassen, hat seit 2005 eine eigene Kanzlei und baute seither ihren Internetauftritt unter www.scheidung24.eu, www.scheidung.com und www.kanzlei-grashoff.de auf, auf denen sie ihre Dienstleistungen bewirbt (LGU 3). Aus den Jahren 2006 und 2007 gibt es Zeitungsartikel (u. a.) aus „Bild am Sonntag“, wo die Beklagte (für Fragen rund um das Familien- und Scheidungsrecht) einem „BILD am SONNTAG-Experten-Team“ zugerechnet bzw. als „Expertin Grashoff“ bezeichnet wurde (Anlage K 4).

c) Die Beklagte hat vorgetragen, während ihres Vorbereitungsdienstes für eine Fachanwältin für Familienrecht tätig gewesen zu sein, seit Jahren nahezu ausschließlich auf dem Gebiet tätig gewesen zu sein und bereits zu Beginn ihrer Berufstätigkeit ein bestehendes familienrechtliches Dezernat mit ca. 400 laufenden Akten allein übernommen zu haben. Seit 2005 habe sie in Berlin – zunächst als freie Mitarbeiterin bei Rechtsanwältinnen – jeweils das Familienrecht betreut. Mit Beginn ihrer Selbstständigkeit habe sie auch regelmäßig Artikel für die „Bild am Sonntag“ zu aktuellen Gesetzesänderungen und aktuellen BGH-Urteilen verfasst und als Mit-

Anzeige

Fachanwalt werden!

Lehrgänge zu allen Fachanwaltschaften

www.anwaltakademie.de



Deutsche Anwalt Akademie

glied des „Experten-Teams“ Fragen von Lesern beantwortet. Seit Beginn ihrer Tätigkeit habe sie im Familienrecht über 600 Mandate, 300 Fälle allein im Scheidungsrecht vertreten (LGU 5-6). Vorgerichtlich hat die Beklagte mit Schreiben vom 6. Juli 2009 (Anlage K 7) eine Auflistung mit über 300 scheidungsrechtlichen Mandaten aus der Zeit ihrer Selbstständigkeit erstellt (alle mit jeweiligem Kanzlei-Aktenzeichen und der Angabe „Scheidung, gerichtliches Verfahren, inklusive Beratung“).

Soweit die Klägerin all diese Angaben der Beklagten mit Nichtwissen bestreitet, verhilft das ihrem Begehren nicht zum durchgreifenden Erfolg. Als Anspruchstellerin ist die Klägerin im Ausgangspunkt für das Vorliegen einer Irreführung (also auch die Abweichung der Wirklichkeit von der Werbeaussage) beweispflichtig (und zwar sowohl im Rahmen von § 5 UWG als auch im Rahmen von § 7 Abs. 2 BORA). Auch der insoweit – allerdings – bestehenden sekundären Darlegungslast für die Richtigkeit von Berühmungen zu Umständen aus dem eigenen betriebsinternen Bereich ist die Beklagte mit Vorstehendem (insbesondere mit der Mandatsauflistung nebst individueller Kanzleiaktenzeichenangabe) nach Auffassung des Senats in hinreichendem Ausmaß und mit hinreichender Substanz nachgekommen, sodass es nunmehr wiederum an der Klägerin gewesen wäre, zumindest Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit besagter Angaben vorzutragen. Dies ist aber nicht geschehen und solche Anhaltspunkte sind (dem Senat) auch nicht anderweit ersichtlich, sodass von der Richtigkeit dieser Angaben auszugehen ist.

d) Vorstehende unter b und c wieder gegebenen Fakten genügen in ihrer Gesamtheit, um der mit der konkret angegriffenen Werbung geweckten Erwartungshaltung des Verkehrs zu genügen. Dabei darf nicht übersehen werden, dass der Durchschnittsverbraucher – der Senat (Einzelrichter) kann das als von der Werbung selbst Angesprochener aus eigener Anschauung beurteilen – das ersichtlich „Reklamehafte“ der in Rede stehenden Werbung ...

IHRE EXPERTEN-KANZLEI
SCHEIDUNG.COM
holt für Sie die Kastanien aus dem Feuer

... erkennt und es daher für die Berechtigung der Aussage, die Beklagte gehöre zu einer „EXPERTEN-KANZLEI SCHEIDUNG.COM“, die für ihre Mandanten „die Kastanien aus dem Feuer“ hole, genügen lässt, dass die Beklagte sich seit Jahren mit Scheidungen befasst, ausgesprochen viele Mandate dazu bearbeitet hat und bearbeitet und als Mitglied eines „Experten-Teams“ bei der „Bild am Sonntag“ auf diesem Themengebiet (u. a. auch zum Unterhaltsrecht) Leserfragen beantwortet und Artikel verfasst. Nicht dagegen wird die insoweit hervorgerufene Erwartungshaltung des Verkehrs allein deshalb enttäuscht, weil die Beklagte nicht an einschlägigen Fortbildungsveranstaltungen teilnimmt, sondern sich insoweit mit der regelmäßigen Lektüre der einschlägigen, laufenden – fachbezogenen – Veröffentlichungen (offline wie online) begnügt. Entgegen der Berufungserwidmung erwartet der Adressat der hier konkret in Rede stehenden Werbung der Beklagten auch nicht „eine Qualifikation, die im Hinblick auf die theoretischen Kenntnisse und die praktische Erfahrung mehr als die Anforderungen erfüllt, die an einen Fachanwalt des entsprechenden Gebiets zu stellen sind“.

6. Ist nach allem Vorstehenden schon die konkret feststellbare Werbung nicht zu verbieten, so gilt das erst Recht für das von der Klägerin darüber hinaus erstrebte (und vom Landgericht gleichfalls zugesprochene) „Schlechthin-Verbot“ jeglicher Selbstbezeichnung als „Expertin für Familien- oder Scheidungsrecht“. Denn der Berechtigung eines solchen Schlechthin-Verbots steht bereits der Umstand entgegen, dass Fälle denkbar sind (wie etwa vorstehende Ausführungen zu 1 bis 5 bezüglich Anlage K 10 zeigen), in denen eine solche Begriffswahl lauterkeits- und berufsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

II. Die Berufung der Klägerin ist demgegenüber unbegründet. Mit Recht hat das Landgericht die weitergehende lauterkeitsrechtliche Unterlassungsklage bezüglich anderer Teile der „Experten“-Werbung sowie einer (vorgeworfenen) „Spezialisten“-Werbung für unbegründet erachtet. Dendiesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts (LGU 10 ff.) wird – soweit sich aus Vorstehendem und Nachfolgendem nichts anderes ergibt – zugestimmt und in Ansehung der Berufungsangriffe lediglich (in der Reihenfolge der im LGU aaO beurteilten Werbeaussagen unter „www.scheidung24.eu“) ausgeführt:

1. Die (werbende) Darstellung auf der (damaligen) Startseite (Anlage K 1)...

**Katrin Grashoff im
Bams Experten-Team**

 **Diese Woche: Unterhalt**
„Wieviel muss mir selbst
zum Leben übrig bleiben?“

**Lesen Sie den kompletten
Artikel >>>**

... erzeugt – wie in LGU 10-11 mit Recht angenommen – keine Gefahr der Irreführung (i. S. von § 7 Abs. 2 BORA oder § 5 UWG). Der von der Werbung angesprochene Durchschnittsverbraucher versteht das (was der Senat wiederum selbst aus eigener Anschauung, weil zu den angesprochenen Verkehrskreisen zählend, beurteilen kann) den Tatsachen entsprechend, dass nämlich die angeführte Zeitung „Bild am Sonntag“ die Beklagte für würdig befindet, Mitglieder eines (von der Zeitung so bezeichneten) „Experten-Teams“ zu sein. Dass die Beklagte nicht Mitglied eines solchen Teams gewesen wäre, behauptet auch die Berufung nicht, ebenso wenig, dass die Zeitung bei ihrer diesbezüglichen Einschätzung der Beklagten etwa einem fundamentalen Irrtum unterlegen wäre oder gar die Beklagte aus sachfremden Motiven zu Unrecht in dieses Team aufgenommen hätte.

Das Vorstehende gilt entsprechend auch für die nachfolgend abgelichtete Einbindung eines Zeitungsartikels in die (damalige) Unter-Seite „Presse ...“ (Anlage K 4), soweit dort die Beklagte gleichfalls (an zwei Stellen) einem „Bild-am-Sonntag Experten-Team“ zugerechnet wird:

Presse über scheidung.com
Das Bild-am-Sonntag Experten-Team
(Zeitung-Bild am Sonntag vom 10.09.2007)



Bild am Sonntag : "Katrin Grashoff spezialisiert auf alle Fragen rund um das Familienleben
Die Berliner Anwältin ist Inhaberin der Internetseite www.scheidung.com, auf der auch sogenannte Online-Scheidungen angeboten werden.

[Zusätzlich zeigt das Urteil einen Ausschnitt aus der Bild am Sonntag vom 9. September 2007 mit Fragen und Antworten vom „Das BILD-am-SONNTAG-Experten-Team“.]

2. Die Frage, ob bzw. in welchem Fall eine Werbung „Spezialistin“ (für Trennung, Unterhalt und Fragen rund um das Familienrecht bzw. für familienrechtliche Fragen) lauterkeitsrechtlich zu beanstanden wäre, stellt sich im Streitfall – wie in LGU 11-12 mit Recht angenommen – nicht. Denn es besteht keine Verletzungsgefahr. Die Beklagte warb so nie und (entgegen der Berufung) – da es insoweit stets auf die genaue Wortwahl und den genauen Kontext maßgeblich ankommt – auch nicht „kerngleich“. Daher besteht keine Wiederholungsgefahr. Und die Beklagte hat auch nur auf entsprechende – zu Unrecht generalisierende – Vorhaltungen der Klägerin (wegen anderer Werbeaussagen) im Rahmen ihrer Rechtsverteidigung ihre Meinung zum Ausdruck gebracht, dass und warum sonach vieles dafür sprechen könnte, dass man sie auch entsprechend einstufen könnte (insbesondere auch bei autodidaktischer Fortbildung anstelle des Besuchs von Fortbildungsveranstaltungen). Eine Berühmung, so in der Zukunft tatsächlich werben zu dürfen und dies auch, tun zu wollen, ist diesen Ausführungen indes nicht zu entnehmen, sodass – entgegen der Berufung – auch von einer diesbezüglichen Erstbegehungsgefahr nicht ausgegangen werden kann. Im Übrigen hat die Beklagte auch in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung – persönlich gehört – ausdrücklich erklärt, sich nicht „Spezialistin für Scheidungsrecht, Trennung und Unterhalt“ nennen zu wollen.

3. Die Darstellungen im Internetauftritt auf der (damaligen) Unter-Seite „Presse ...“ (Anlage K 4)

Bild am Sonntag : „KatrIn Grashoff spezialisiert auf alle Fragen rund um das Familienleben
Die Berliner Anwältin ist Inhaberin der Internetseite www.scheidung.com, auf der auch sogenannte Online-Scheidungen angeboten werden.

... erzeugen mit den dort enthaltenen Aussagen

„KatrIn Grashoff spezialisiert auf alle Fragen rund um das Familienleben“

und

„KatrIn Grashoff – Spezialisiert auf alle Fragen rund um das Familien- und Scheidungsrecht“

– wie in LGU 12-13 im Ergebnis mit Recht angenommen – keine Gefahr der Irreführung (i.S. von § 7 Abs. 2 BORA oder § 5 UWG). Der Senat übersieht nicht die von der Klägerin angeführte – zuweilen strenge – obergerichtliche Rechtsprechung zur Werbung mit dem „Spezialisten“. Auch teilt der Senat nicht unbedingt die (wohl bestehende) Auffassung des Landgerichts, dass etwa zwischen einer Aussage, jemand sei „Spezialist (bspw.) für Familienrecht“ und einer anderen Aussage, jemand sei „spezialisiert auf (...) Familienrecht“ ein nennenswerter Unterschied semantischer oder inhaltlicher Art bestünde.

Entscheidend ist hier aber, dass in der Werbung nur die Wortwahl der Zeitung wieder gegeben wird. Die Beklagte macht sich das zwar zueigen, indem sie die Zeitungszitate in ihren Internetauftritt einbindet. An ihrer Passivlegitimation gäbe es – wäre die Wiedergabe inhaltlich zu beanstanden – also keinen Zweifel. Die Wiedergabe ist aber inhaltlich deshalb nicht zu beanstanden, weil dem Verkehr unschwer erkennbar ist, dass es die originäre Wortwahl der „Bild am Sonntag“ ist, und er – der Durchschnittsleser – den Bedeu-

tungsgehalt deshalb ohne weiteres selbst zu relativieren wissen wird. Ein etwaiges verbleibendes Irreführungspotential bei einem – eher kleinen – Teil der Adressaten wäre überdies insoweit nach Auffassung des Senats im Wege einer Interessenabwägung hinzunehmen, da es der berufsausübenden Beklagten von Verfassungen wegen gestattet sein muss, auf die ihr günstige Zeitungsberichterstattung auch zu Werbezwecken hinzuweisen. Bei dem hier in Rede stehenden konkreten Internetauftritt hat der Senat sonach im Ergebnis von Lauterkeitsrechts wegen nichts gegen die Gestaltung besagter Unter-Seite mit den beiden von der Klägerin beanstandeten Aussagen einzuwenden.

4. Der von der Klägerin des Weiteren im nachfolgenden zweiten Satz beanstandeten Aussage vom 1. Februar 2010, welche sich seinerzeit auf <http://www.scheidung24.eu/> als kleingedruckter Absatz im unteren Bereich befand ...

Ihre Interessen werden bundesweit ohne zusätzliche Kosten vor allen deutschen Amts- und Landgerichten vertreten. Die Spezialkanzlei für Trennung, Unterhalt und Fragen rund um das Familienrecht liegt in unmittelbarer Nähe zum Kudamm in Berlin.

... ist ebenfalls kein gemäß § 5 UWG oder § 7 Abs. 2 BORA verbotswürdiges Irreführungspotenzial zu entnehmen. Die Aussage „Spezialkanzlei für Trennung, Unterhalt und Fragen rund um das Familienrecht“ ist semantisch und inhaltlich gegenüber einer – personenbezogenen, verabsolutierenden – Wendung „Spezialist für Familienrecht“ deutlich abgeschwächt und bringt im hier in Rede stehenden Kontext – entgegen der Berufung – nur einen Tätigkeitsschwerpunkt der Kanzlei der Beklagten zum Ausdruck, was für sich genommen zutrifft. Hinzu kommt, dass es sich um eine in einen sachlich-inhaltlichen Fließtext eingeflochtene Aussage handelt, die nur eine zurückhaltende Optik (kleine Schrift, unterer Rand der Internetseite) aufweist. Auch ein diesbezügliches Verbot würde nach Auffassung des Senats ohne Not übermäßig in die verfassungsrechtlich grundsätzlich gewährleistete Berufs(ausübungs)freiheit der Beklagten eingreifen.

5. Auch die (weitere) Darstellung im Internetauftritt auf der (damaligen) Unter-Seite „Presse ...“

(Anlage K 4)...

... erzeugt mit der dort enthaltenen Aussage „Expertin Grashoff“

– wie in LGU 13-14 wiederum mit Recht angenommen – keine Gefahr der Irreführung (i.S. von § 7 Abs. 2 BORA oder § 5 UWG), denn es handelt sich wiederum um ein (dem Betrachter) ersichtliches Zeitungszitat (vgl. oben B II 3), welches überdies (dem Betrachter ebenfalls erkennbar) einer Zeitung entstammt, die die Beklagte in das von ihr (der Zeitung) so bezeichnete „Experten-Team“ aufgenommen hat (vgl. oben B I11). Auch insoweit kann es der Beklagten daher aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht verwehrt sein, diesen redaktionellen Zeitungstext, so wie er nun einmal existiert, zu Werbezwecken in ihren Internetauftritt einzubinden.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Michael Kleine-Cosack, Freiburg i. Br.

Anmerkung der Redaktion:

Das Urteil wird mit Einverständnis der beklagten Anwältin in nicht anonymisierter Form veröffentlicht.

Das Urteil ist – auch wenn es natürlich nur einen konkreten Einzelfall entscheidet – lesenswert: Die Wettbewerbswidrigkeit einer Werbeaussage muss im UWG immer sorgfältig anhand des konkreten Sachverhalts beurteilt werden. Je nach Kontext kann eine Aussage in Ordnung sein – oder eben irreführend. Diese Prüfung

macht das Gericht hier schulmäßig, alle Facetten des Falles ausschöpfend und mit sicherem Judiz für jede konkret angegriffene Aussage. In der ersten Instanz hatte das Landgericht Berlin bereits die meisten der angegriffenen Werbeaussagen gebilligt (siehe LG Berlin, AnwBl 2011, 145). Das Landgericht hatte klar herausgearbeitet, dass eine Spezialkanzlei eine spezialisierte Kanzlei ist – und eben keine Kanzlei von Spezialisten. Wer spezialisiert arbeitet, darf das herausstellen. Das Kammergericht macht jetzt klar, dass auch „Experten-Kanzlei“ nicht ohne weiteres wettbewerbswidrig ist. So gesehen gebührt der klagenden Rechtsanwaltskammer Dank: Ohne ihre Hartnäckigkeit gäbe es dieses lehrreiche Urteil nicht.

Der Volltext ist im Internet abrufbar unter www.anwaltsblatt.de (AnwBl Online 2012, 118).

Unabhängigkeit des Syndikusanwalts

SGB VI § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; BRAO § 1

1. Für die Befreiung eines angestellten Rechtsanwaltes kommt es – anders als im Ergebnis bei der Zwei-Berufe-Theorie – nicht darauf an, ob der Arbeitgeber selbst dem anwaltlichen Berufsrecht unterliegt (so dass angestellte Anwälte eines Rechtsanwalts befreit werden), sondern allein darauf, ob die Tätigkeit der befreienden Person anwaltlich ist (hier bejaht für den Syndikusanwalt in der Prozessabteilung eines Versicherers).

2. Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts stellt historisch gesehen eine Unabhängigkeit vom Staat dar. Die Weisungsbefugnis eines privaten Arbeitgebers steht dieser Unabhängigkeit nicht per se entgegen, zumal auch der freie Rechtsanwalt von seinem Mandanten Weisungen erhält.

(Leitsatz der Redaktion)
(nicht rechtskräftig)

SG Köln, Urt. v. 15.12.2012 – S 31 R 865/10

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Martin W. Huff, Leverkusen

Anmerkung der Redaktion:

Nach dem SG München (siehe auch unten) erkennt jetzt auch das SG Köln an, dass der in einem Unternehmen tätige Syndikusanwalt tatsächlich anwaltlich tätig ist.

Der Volltext ist im Internet abrufbar unter www.anwaltsblatt.de (AnwBl Online 2012, 124).

Keine Rentenversicherungspflicht

SGB VI § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1

Die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale „rechtsberatend“, „rechtsvermittelnd“, „rechtsentscheidend“ und „rechtsgestaltend“ zur Befreiung eines Syndikusanwalts aus der Rentenversicherungspflicht liegen insbesondere dann vor, wenn der Syndikusanwalt (hier: weltweiter Leiter des Bereichs Berufshaftpflichtversicherung einer Versicherung) Verträge in Höhe von mehreren Millionen Euro (mit-) abschließen und die zugrunde liegenden Verträge gestalten, prüfen und verhandeln kann.

(Leitsatz der Redaktion)

SG München, Urt. v. 30.9.2011 – S 12 R 370/11

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Martin W. Huff, Leverkusen.

Der Volltext ist im Internet abrufbar unter www.anwaltsblatt.de (AnwBl Online 2012, 128).

Anwaltschaftung

Stresssituation des Anwalts: Keine Wiedereinsetzung bei Fehler

FamFG §§ 113 Abs. 1 Satz 2, 117 Abs. 1 Satz 4; ZPO §§ 85 Abs. 2, 233 B, Gc

Der Verfahrensbevollmächtigte trägt die Verantwortung dafür, dass die Rechtsmittelschrift rechtzeitig bei dem zuständigen Gericht eingeht. Insofern muss er sich bei der Unterzeichnung davon überzeugen, dass sie zutreffend adressiert ist (im Anschluss an BGH Beschlüsse vom 30. Oktober 2008 – III ZB 54/08 – FamRZ 2009, 109 Rn. 9; vom 29. Juli 2003 – VIII ZB 107/02 – FamRZ 2003, 1650; vom 23. November 1995 – V ZB 20/95 – NJW 1996, 997, 998 und vom 12. Oktober 1995 – VII ZR 8/95 – NJW-RR 1996, 443). Von dieser Verpflichtung ist der Verfahrensbevollmächtigte grundsätzlich auch nicht in plötzlich und unvorhersehbar eingetretenen Stresssituationen entbunden.

BGH, Beschl. v. 1.2.2012 – XII ZB 298/11

Der Volltext ist im Internet abrufbar unter www.anwaltsblatt.de (AnwBl Online 2012, 130).

Wann darf der Anwalt auf Rechtsmittelbelehrung vertrauen?

ZPO § 233 D, Ga

Ein durch eine inhaltlich unrichtige Rechtsmittelbelehrung hervorgerufener Rechtsirrtum einer anwaltlich vertretenen Partei ist nicht verschuldet, wenn die Rechtsmittelbelehrung nicht offenkundig fehlerhaft und der durch sie verursachte Irrtum nachvollziehbar ist.

BGH, Beschl. v. 12.1.2012 – V ZB 198/11, V ZB 199/11

Der Volltext ist im Internet abrufbar unter www.anwaltsblatt.de (AnwBl Online 2012, 132).

Verwendung von Adressaufklebern in der Kanzlei

ZPO § 233

Es begründet kein Anwaltsverschulden, wenn eine geschulte und zuverlässige Büroangestellte aus einem der durch beschriftete Registrierkarten voneinander getrennten Fächer einer Registrierbox mit vorgefertigten Adressaufklebern für Berliner Gerichte versehentlich einen falschen Aufkleber entnimmt und damit einen Briefumschlag versieht, so dass der richtig adressierte Berufungsbegründungsschriftsatz verspätet beim zuständigen Gericht eingeht.

BGH, Beschl. v. 24.1.2012 – II ZB 9/11

Der Volltext ist im Internet abrufbar unter www.anwaltsblatt.de (AnwBl Online 2012, 134).

Anwaltsvergütung

Kinder einer Bedarfsgemeinschaft: Wann Anspruch auf Beratungshilfe?

GG Art. 3, 20; SGB II § 38; BGB §§ 1626 Abs. 1, 1629

1. Zur Wahrnehmung ihrer Rechte haben Minderjährige grundsätzlich einen Anspruch auf Gewährung von Beratungshilfe, den sie lediglich im Wege der gesetzlichen Vertretung geltend machen.
2. Die Notwendigkeit anwaltlicher Beratung kann verfassungskonform nicht stets und pauschal mit der Begründung verneint werden, einem anderen Mitglied der Bedarfsgemeinschaft nach dem SGB II sei Beratungshilfe für ein in sachlicher und zeitlicher Hinsicht parallel gelagertes Verfahren bewilligt worden. Dies gilt auch in den Konstellationen, in denen ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft, dem Beratungshilfe bewilligt wurde, die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für sich und die anderen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft beantragt hat (§ 38 SGB II), oder ein solches Mitglied ein zur Bedarfsgemeinschaft gehörendes minderjähriges Kind gesetzlich vertritt (§ 1626 Abs. 1, § 1629 BGB).
3. Die Frage, ob ein Parallellfall vorliegt, kann bei Rechtsunkundigen den Beratungsbedarf zur Wahrnehmung ihrer Rechte begründen.
4. Wenn hingegen die Parallelität der Fallgestaltungen offensichtlich ist und die in einem Fall erhaltene Beratung ohne Hindernisse und wesentliche Änderungen auf weitere Fälle übertragen werden kann, gebietet es das Grundrecht auf Rechtswahrungsgleichheit nicht, unbemittelten Rechtsuchenden auch für die Wahrnehmung ihrer Rechte in diesen weiteren, aber parallel gelagerten Fällen Beratungshilfe zu bewilligen.
(Leitsatz der Redaktion)

BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 8.2.2012 – 1 BvR 1120/11 und 1 BvR 1121/11

Aus den Gründen: [15] 5. a) Im Verfahren 1 BvR 1120/11 war das Amtsgericht von Verfassungs wegen nicht gehalten, neben den Eltern auch den zur Bedarfsgemeinschaft gehörenden Kindern, die durch die Eltern gesetzlich vertreten werden, Beratungshilfe zu bewilligen.

[16] Nach dem Vortrag im Verfassungsbeschwerdeverfahren liegen keine Hindernisse vor, die dem Informationsfluss und der Heranziehung der Dokumente aus der anwaltlichen Beratung entgegenstehen könnten. Solche sind auch nicht ersichtlich, zumal die Beratungshilfe den gemeinsam sorgeberechtigten Eltern bewilligt wurde. Konkrete Unterschiede in den Fallgestaltungen, die eine wesentlich abweichende Reaktion erfordern würde, lassen sich der Verfassungsbeschwerde zudem nicht entnehmen; auch sonst liegen hierfür keine Anhaltspunkte vor. Der Vortrag aller Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft im Verwaltungsverfahren hatte dieselbe Zielrichtung. Sie beanstandeten ausschließlich die Höhe der vom Grundsicherungsträger berücksichtigten Einkünfte des Vaters aus seiner selbstständigen Tätigkeit. Die Höhe seines Einkommens im Sinne des § 11 SGB II wirkt sich auf die Berechnung der einzelnen Ansprüche auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II aus (vgl. BSG, Urteil vom 18. Juni 2008 – B 14 AS 55/07 R –, juris, Rn. 23). Daher können die Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdeführer die Beratung, die ihre Eltern erhalten haben, auf ihre eigene Situation übertragen.

[17] b) Im Verfahren 1 BvR 1121/11 war das Amtsgericht von Verfassungs wegen nicht gehalten, neben H. auch den Beschwerdeführerinnen Beratungshilfe zu bewilligen.

[18] Nach ihrem Vortrag liegen keine Hindernisse vor, die dem Informationsfluss und der Heranziehung der Dokumente aus der anwaltlichen Beratung entgegenstehen könnten. Solche sind auch nicht ersichtlich. Konkrete Unterschiede in den Fallgestaltungen, die eine wesentlich abweichende Reaktion der Beschwerdeführerinnen erfordern würde, lassen sich der Verfassungsbeschwerde zudem nicht entnehmen; auch hierfür liegen keine Anhaltspunkte vor. Auch hier hatte der Vortrag aller Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft im Verwaltungsverfahren dieselbe Zielrichtung. Sie beanstandeten ausschließlich die Höhe der vom Grundsicherungsträger berücksichtigten Leistungen für Unterkunft und Heizung. Nutzen Hilfebedürftige eine Unterkunft gemeinsam, sind die Gesamtkosten der Unterkunft und Heizung anteilig pro Kopf aufzuteilen (vgl. BSG, Urteil vom 27. Februar 2008 – B 14/11b AS 55/06 R –, juris, Rn. 18). Daher können die Beschwerdeführerinnen die Beratung, die H. erhalten hat, auf ihre Situation übertragen.

Anmerkung der Redaktion:

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts wird viele Anwältinnen und Anwälte nicht begeistern. Mit Beratungshilfe kann keine Kanzlei reich werden. Sie ist pro bono – oder doch zumindest nahe dran. Und doch: Die Beratungshilfe ist eine Berufspflicht und diese Pflicht ist wichtig, um wirklich jedem Bürger den Zugang zum Recht zu ermöglichen. Und natürlich haben auch minderjährige Kinder Rechte (siehe nur in diesem Heft Cremer, AnwBl 2012, 327 ff.). Das sieht auch das Bundesverfassungsgericht so – im Grundsatz. Immerhin. Doch kosten soll das den Staat nichts: Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts macht die minderjährigen Kinder nun in vielen Fällen zur kostenfreien „Anwaltszugabe“. Und das, obwohl die Beratungshilfe regelmäßig gerade die Kanzleien trifft, den es ohnehin wirtschaftlich schlechter geht. Das Störgefühl wird noch stärker, wenn die faktischen Folgen des Beschlusses betrachtet werden: Kann sich ein Richter des Bundesverfassungsgericht vorstellen, welchen Aufwand ein Anwalt nun treiben muss, um in geeigneten Fällen die Beratungshilfe für minderjährige Kinder durchzusetzen? Natürlich: Die Amtsgerichte müssten mit juristischer Akkuratessie die Rechtsprechung aus Karlsruhe rezipieren und Fallgruppen für Konstellationen entwickeln – und eben Beratungshilfe gewähren, wenn kein offensichtlicher Parallellfall vorliegt. Dann wäre alles gut. Das werden die Amtsgerichte aber nicht machen. Fiskalische Interessen schlagen immer durch. Beim Anwalt ist es ja vergleichbar: Wer wirtschaftlich denkt, wird das Kämpfen für die minderjährigen Kinder sein lassen. Er darf sich mit dem Gefühl trösten, pro bono tätig zu werden.

Der Volltext ist im Internet abrufbar unter www.anwaltsblatt.de (AnwBl Online 2012, 136).

Anzeige

Pflichtfortbildung § 15 FAO

über 600 (Tages)Seminare im Jahr

www.anwaltakademie.de



Deutsche Anwalt Akademie

Fallen beim Einklagen des Honorars einer Partnerschaftsgesellschaft

BGB §§ 195, 204, 675, 611; PartGG § 7; RVG § 8

1. Ist eine Partnerschaft Partei des Anwaltsvertrags mit dem Mandanten, so steht die Honorarforderung nicht den einzelnen Partnern zu, sondern der Partnerschaftsgesellschaft.

2. Die Erhebung der Vergütungsklage durch einen Partner führt ohne Hinweis auf eine Prozessstandschaft nicht zu einer Hemmung der Verjährung, weil er nicht Inhaber der geltend gemachten Forderung ist und nur die Klage eines Berechtigten den Lauf der Verjährung hemmt.

3. Die Verjährung des Vergütungsanspruchs beginnt mit dem Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch fällig geworden ist, also u.a. mit der Erledigung des Auftrags.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.12.2011 – I-24 U 99/11

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung der Kläger ist offensichtlich unbegründet, § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Dem Kläger steht der gegen die Beklagten geltend gemachte Vergütungsanspruch nach §§ 611, 675 BGB nicht zu.

I. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen nimmt der Senat Bezug auf seinen Beschluss vom 24. Oktober 2011. Dort hat er im Wesentlichen ausgeführt:

1. Der Kläger ist nicht Inhaber der geltend gemachten Forderung.

Denn die Kanzlei des Klägers war ausweislich der vom Kläger verwendeten Briefbögen bereits zum Zeitpunkt der Erteilung des Auftrags im August 2005 in Form der Partnerschaftsgesellschaft nach dem PartGG organisiert und somit rechtlich selbständig. In diesen Fällen ist Partei des Anwaltsvertrags mit dem Auftraggeber nach § 7 Abs. 2 PartGG in Verbindung mit § 124 HGB die Partnerschaft (vgl. Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Auflage, Rn. 374). Dementsprechend steht die Honorarforderung nicht den einzelnen Partnern zu, sondern gehört zum Vermögen der Gesellschaft.

2. Darüber hinaus ist die Vergütungsforderung verjährt.

Der Anspruch auf Rechtsanwaltsvergütung verjährt in der Regelverjährungsfrist des § 195 BGB, die drei Jahre beträgt. Die Verjährung beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangte oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

Danach begann die Verjährung des Vergütungsanspruchs der Partnerschaftsgesellschaft mit Ablauf des Jahres 2006. Denn ein Anspruch ist entstanden, sobald er im Wege der Klage geltend gemacht werden kann. Hierfür ist grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs Voraussetzung (BGH ZIP 2008, 1762; Palandt/Heinrichs, BGB, 70. Auflage, § 199 Rn. 3). Diese tritt für die Rechtsanwaltsvergütung nach § 8 RVG, der auch auf Vergütungsvereinbarungen Anwendung findet (Gerold/Schmidt, aaO, § 8 Rn. 1; Hartmann, Kostengesetze, 41. Aufl., § 8 RVG Rn. 3), mit Erledigung des Auftrags ein. Im Streitfall erledigte sich der Auftrag im Jahr 2006, nämlich spätestens mit der Erklärung des Klägers im Schreiben vom 14. Juli 2006 das Mandat niederzulegen.

Somit ist mit Ablauf des Jahres 2009 Verjährung eingetreten.

Die Erhebung der Vergütungsklage durch den Kläger im Jahr 2006 führte nicht zu einer Hemmung der Verjährung

gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, weil der Kläger nicht Inhaber der geltend gemachten Forderung ist. Denn der Eintritt der Verjährungshemmung durch Klageeinreichung setzt eine Klage des materiell Berechtigten voraus (vgl. BGH NJW 2010, 2270 m.w.N.). Dagegen hemmt die Klage eines Nichtberechtigten den Lauf der Verjährung nicht.

Hiergegen kann der Kläger auch nicht etwa mit Erfolg einwenden, zur Klageeinreichung als Prozessstandschafter der Gesellschaft berechtigt gewesen zu sein. Zwar ist Berechtigter im Sinne von § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB neben dem Rechtsinhaber auch der gesetzliche oder gewillkürte Prozessstandschafter (BGH NJW 2010, 2270). Die verjährungsunterbrechende Wirkung tritt im Falle der gewillkürten Prozessstandschaft aber erst in dem Augenblick ein, in dem diese prozessual offen gelegt wird oder offensichtlich ist (BGH NJW-RR 2002, 20 m.w.N.). Keiner dieser Fälle liegt vor, so dass der Vergütungsanspruch nunmehr verjährt ist.

3. Danach kann offen bleiben, von wem und in welchem Umfang der Kläger beauftragt wurde. Ebenso kann dahinstehen, ob die Parteien wirksam eine Vergütung auf Basis eines Stundenhonorars von 200,00 EUR vereinbart haben.

Der Volltext ist im Internet abrufbar unter www.anwaltsblatt.de (AnwBl Online 2012, 139).

Zeithonorar „konkret und in nachprüfbarer Weise“ abrechnen

BGB §§ 675, 611; RVG § 10

1. Ein vereinbartes Zeithonorar kann der Rechtsanwalt nur aufgrund einer von ihm unterzeichneten und dem Auftraggeber mitgeteilten Rechnung einfordern.

2. Zu den formellen Anforderungen, denen die Zeithonorarrechnung genügen muss.

3. Der Rechtsanwalt hat grundsätzlich den Nachweis zu führen, dass der geltend gemachte zeitliche Arbeitsaufwand angefallen ist. (rechtskräftig)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.10.2011 – I-24 U 47/11

Aus den Gründen: 2. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zahlung der zugesprochenen Rechtsanwaltsvergütung in Höhe von 38.740,13 Euro gemäß §§ 611, 675 BGB in Verbindung mit der Honorarvereinbarung vom 11. Juli/12. August 2008.

a) Zu Recht hat das Landgericht festgestellt: Die Beklagte habe als Vertragspartnerin der Klägerin mit dieser eine wirksame Honorarvereinbarung über einen Stundensatz von 295,00 Euro getroffen. Die Klägerin sei dann durch die Beklagte, vertreten durch ihren Generalbevollmächtigten Dr. U., zunächst beauftragt worden, zur Vergabe eines Grundstücks in der C. C. am Frankfurter Flughafen an die Fa. S. eine erste Stellungnahme unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten abzugeben, sowie danach, eine vertiefte kartell- und beihilferechtliche Begutachtung vorzunehmen. Diese Feststellungen des Landgerichts werden mit der Berufung auch nicht angegriffen.

b) Soweit die Beklagte im Rahmen der Berufung einwendet, die Vergütung sei mangels prüfbarer Leistungsbeschreibung der Klägerin in entsprechender Anwendung des § 10 Abs. 2 S. 1 RVG nicht einforderbar, folgt der Senat dem nicht.

Zwar gilt auch für die Vereinbarung eines Zeithonorars § 10 RVG, wonach der Rechtsanwalt die Vergütung nur aufgrund einer von ihm unterzeichneten und dem Auftraggeber mitgeteilten Rechnung einfordern kann (BGH NJW 2011, 63; Senat FamRZ 2010, 1184; AGS 2006, 530; Gerold/Schmidt-Burhoff, RVG, 19. Aufl., § 10 Rn. 3; Schneider/Wolf-N. Schneider, RVG, 4. Aufl. § 10 Rn. 5 f.). Mit Blick auf Sinn und Zweck der gesetzlich vorgeschriebenen Abrechnung (Transparenzgebot) ist insoweit § 10 Abs. 2 S. 1 RVG analog anzuwenden, soweit die Eigenart der vereinbarten Vergütung eine nähere Spezifizierung erfordert und zulässt (Senat FamRZ 2010, 1184 m. w. N.; Senat AGS 2006, 530). Dabei sind an die schriftliche Abrechnung eines vereinbarten Zeithonorars regelmäßig die folgenden formellen Anforderungen zu stellen, um die Vergütung einforderbar zu machen:

- Bezeichnung der Angelegenheit; bei mehreren gleichzeitig abgerechneten Angelegenheiten Auftrennung der Abrechnung nach jeder einzelnen Angelegenheit
- Vorlage eines Leistungsverzeichnisses (time-sheet), das den jeweils abgerechneten Zeitaufwand einer bestimmten Tätigkeit zuordnet, die schlagwortartig zu bezeichnen ist
- Berechnung des Zeithonorars (gesamter Zeitaufwand x Stundensatz = Zeithonorar)
- Berechnung der Auslagen (falls gesondert berechenbar unter Nennung der jeweils maßgeblichen Gebührenvorschrift)
- Berechnung der Mehrwertsteuer
- Ausweis der abzuziehenden Vorschüsse (falls gezahlt)
- Ausweis der Honorar(rest)summe
- Unterschrift des Rechtsanwalts

Diesen Voraussetzungen genügen die Honorarnoten der Klägerin vom 29. Oktober 2008 und 18. Mai 2009. In den beigefügten Leistungsbeschreibungen hat die Klägerin zeitlich geordnet die Bearbeitungszeiträume der einzelnen Sachbearbeiter aufgelistet und diese jeweils mit einer Tätigkeitsbeschreibung versehen. Diese Beschreibungen sind auch unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des Senats (vgl. insbesondere Senat AGS 2006, 530 und bei juris, dort unter Rn. 110) hinreichend konkret. Sie bezeichnen, soweit es sich um eine nach außen gerichtete Tätigkeit handelt, den jeweiligen Gesprächspartner und bei Schreiben den jeweiligen Adressaten. Des Weiteren genügen auch die Tätigkeitsbeschreibungen zu den von der Klägerin für die Erstellung des Gutachtens vom 26. September 2008 abgerechneten 74,7 Stunden diesen Anforderungen. Insoweit ist die Angabe ausreichend, dass für einen Vermerk/ein Positionspapier zu „kartell- und beihilferechtlichen“ Fragen der Beklagten recherchiert und dieser/dieses entworfen wurde. Denn hierbei handelt es sich um im Wesentlichen interne Recherchearbeiten zu einem einzigen Komplex mit einer klar abgegrenzten Fragestellung, deren Beantwortung die Beklagte in Auftrag gegeben hatte. Im Rahmen der Leistungsbeschreibung durch den Rechtsanwalt ist insoweit die Angabe, zu welchem Sachverhaltsdetail oder zu welchem rechtlichen Aspekt des Auftrags er zu welcher Zeit recherchiert und welchen Teil des angefertigten Vermerks er jeweils gerade bearbeitet hat, nicht zu fordern. Insoweit unterscheidet sich der Sachverhalt erheblich von demjenigen, der dem Senatsurteil vom 29. Juni 2006 (AGS 2006, 530) zu Grunde lag. Dort hatte der Rechtsanwalt mehrere Komplexe zu bearbeiten, in seinen Tätigkeitsbeschreibungen aber nicht ausreichend differenziert, in welcher Angelegenheit er tätig geworden war.

c) Die Klägerin hat die in ihren Honorarnoten abgerechneten Stunden auch hinreichend substantiiert dargelegt.

Zwar trägt sie die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die berechnete Vergütung tatsächlich entstanden ist. Mithin

hat sie grundsätzlich den Nachweis zu führen, dass der geltend gemachte zeitliche Arbeitsaufwand überhaupt angefallen ist (vgl. BGHZ 162, 98, 107). Dabei muss bei der Vereinbarung eines Zeithonorars die nicht fernliegende Gefahr ins Auge gefasst werden, dass dem Mandanten der tatsächliche zeitliche Aufwand seines Rechtsanwalts verborgen bleibt und ein unredlicher Anwalt deshalb ihm nicht zustehende Zahlungen beansprucht (BVerfG AnwBl 2009, 650, 653). Deshalb erfordert eine schlüssige Darlegung der geltend gemachten Stunden, dass über pauschale Angaben hinaus die während des abgerechneten Zeitintervalls getroffenen Maßnahmen konkret und in nachprüfbarer Weise dargelegt werden (BGH NJW 2010, 1364; Senat AGS 2006, 530). Insoweit ist z. B. etwa anzugeben, welche Akten und Schriftstücke einer Durchsicht unterzogen, welcher Schriftsatz vorbereitet oder verfasst wurde, zu welcher Rechts- oder Tatfrage welche Literaturrecherchen angestellt oder zu welchem Thema mit welchem Gesprächspartner wann eine fernmündliche Unterredung geführt wurde (BGH NJW 2010, 1364).

Diesen Anforderungen genügt jedoch entgegen der Ansicht der Beklagten der Vortrag der Klägerin in Form der vorgelegten Tätigkeitsbeschreibungen und ihrer ergänzenden Ausführungen im Prozess. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die abgerechneten Tätigkeiten bei Recherche und Entwurf der gutachterlichen Stellungnahmen, deren Substantiierung die Beklagte bemängelt, jeweils konkrete Aufgabenstellungen betrafen, die allerdings einen komplexen Sachverhalt wie auch schwierige Rechtsfragen zum Gegenstand hatten. Eine weitere Substantiierung der Arbeiten an den Stellungnahmen in Gestalt einer Aufschlüsselung, in welchen Teilbereichen die Mitarbeiter der Klägerin zu welcher Zeit jeweils Recherchen vorgenommen bzw. an welchem Teilbereich ihrer Stellungnahme sie wann gearbeitet haben, ist von der Klägerin nicht zu verlangen. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstands, dass die Klägerin ihre Arbeitsergebnisse vorgelegt hat und der von der Klägerin vortragene Arbeitsablauf betreffend die Abstimmung zwischen den bei den Aufträgen jeweils beteiligten Partnern der Klägerin Dr. B. und Dr. W. und den sachbearbeitenden Rechtsanwälten A. und J. plausibel dargestellt und anhand der angesetzten Stunden nachvollziehbar ist (vgl. Senat MDR 2011, 760). Insoweit ist zu berücksichtigen, dass – anders als bei dem Sachverhalt, der der vom Beklagten zitierten Entscheidung des BGH (BGH NJW 2010, 1364) zugrunde lag – Umfang und Anzahl der angesetzten Stunden der einzelnen Sachbearbeiter keinen Anhaltspunkt dafür bieten, dass diese nicht der Wahrheit entsprechen.

Konkrete Anhaltspunkte hierfür benennt auch die Beklagte nicht. Vielmehr beschränkt sie sich, obwohl die Klägerin, wie die vorgelegten Arbeitsergebnisse sowie der sonstige vorgelegte Schriftverkehr belegen, in erheblichem Umfang für die Beklagte anwaltlich tätig war, auf ein pauschales Bestreiten jeglicher Tätigkeit der Klägerin. Dies ist insbeson-

Anzeige

Mitarbeiter schulen

Buchführung, RVG, Zwangsvollstreckung

www.anwaltakademie.de

dere bei Vorgängen unerheblich, die sie selbst – in Person des Zeugen Dr. U. – miterlebt hat, wie Besprechungen, Telefonate, Schrift- oder E-Mail Verkehr (vgl. Senat MDR 2011, 760). Denn diese Angaben der Klägerin kann die Beklagte ohne Weiteres nachprüfen und, soweit erforderlich, substantiiert dazu vortragen. Dies ist ihr auch zuzumuten (vgl. Senat FamRZ 2009, 2027).

c) Der Senat ist zudem – wie das Landgericht – davon überzeugt, dass die Klägerin die insgesamt abgerechneten 105,1 Stunden tatsächlich erbracht hat. Das Landgericht hat die Beweislast für die tatsächliche Leistungserbringung bei der Klägerin gesehen. Dies wird bereits im Beweisbeschluss vom 14. Januar 2010 deutlich, in dem das Landgericht die Vernehmung der von der Klägerin zu dieser Frage benannten Zeugen angeordnet hat.

Die Beklagte beanstandet auch zu Unrecht die Beweiswürdigung des Landgerichts. Diese darf nach § 529 Abs. 1 ZPO ohnehin nur eingeschränkt vom Berufungsgericht überprüft werden. Die vom Landgericht geschaffene Tatsachengrundlage bindet grundsätzlich auch das Berufungsgericht. Lediglich die unterlassene oder fehlerhafte Erfassung von Tatsachen durch die Verletzung materiellen Rechts (z. B. die Verkennung der Beweislast), die fehlerhafte Tatsachengestaltung aufgrund von Verfahrensfehlern (z. B. Verletzung der Hinweispflicht) oder die sonstige Fehlerhaftigkeit des Beweisergebnisses (beispielsweise eine nicht erschöpfende Beweisaufnahme oder Widersprüche zwischen einer protokollierten Aussage und den Urteilsgründen) können die Notwendigkeit erneuter Feststellungen gebieten (vgl. Senat, OLGR Düsseldorf 2009, 727; OLGR Düsseldorf 2009, 731; Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 529 Rn. 2 m. w. N.).

Diese Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor. Das Landgericht hat die von der Klägerin benannten Zeugen A. und J. ausführlich auch zur Frage der tatsächlichen Erbringung der Leistung angehört und sich insbesondere von diesen die Art der Zeiterfassung erläutern lassen. Dies gilt auch für die informatorische Anhörung des Partners der Klägerin, Dr. W.. Es ist nachvollziehbar, dass das Landgericht aufgrund der Angaben der Zeugen und des Partners der Klägerin zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die aufgezeichneten Arbeitsstunden auch erbracht wurden. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Beweisaufnahme nicht bereits deswegen unergiebig, weil den Zeugen sowie dem Partner Dr. W. die geleisteten Stunden nicht mehr im Einzelnen und konkret erinnerlich waren. Dies war aufgrund des seit der Tätigkeit für die Beklagte verstrichenen Zeitraums und der Vielzahl der Mandate in einer Großkanzlei auch nicht zu erwarten. Die Zeugen haben jedoch übereinstimmend und nachvollziehbar den Gesamtverlauf des Mandats geschildert und angegeben, zum damaligen Zeitpunkt kurzfristig nach den vorgenommenen Arbeiten die hierfür tatsächlich entstandenen Zeiten erfasst zu haben. Anhaltspunkte, die Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Angaben begründen würden, sind weder ersichtlich noch von der Beklagten vorgetragen.

d) Es ist davon auszugehen, dass die von der Klägerin abgerechnete Stundenzahl erforderlich war. [wird ausgeführt]

e) Der von der Klägerin abgerechnete Zeitaufwand war auch angemessen. [wird ausgeführt]

Mitgeteilt vom 24. Zivilsenat des OLG Düsseldorf.

Der Volltext ist im Internet abrufbar unter www.anwaltsblatt.de (AnwBl Online 2012, 141).

Rechtsdienstleistungsgesetz

Einziehung von Kundenforderung keine Rechtsdienstleistung

RDG § 5 Abs. 1

a) Die Einziehung einer an ein Mietwagenunternehmen abgetretenen Schadensersatzforderung des Geschädigten auf Erstattung von Mietwagenkosten ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 RDG grundsätzlich erlaubt, wenn allein die Höhe der Mietwagenkosten streitig ist.

b) Etwas anderes gilt, wenn die Haftung dem Grunde nach oder die Haftungsquote streitig ist oder Schäden geltend gemacht werden, die in keinem Zusammenhang mit der Haupttätigkeit stehen.

BGH, Urt. v. 31.1.2012 – VI ZR 143/11

Der Volltext ist im Internet abrufbar unter www.anwaltsblatt.de (AnwBl Online 2012, 144).

Fotonachweis

Seiten 287 (Lensing), 291, 326, 333, 335, 338, 342, 343, 344, 362 (Bücken), 366, M 115, M 118, M 150, M 154: privat; Seiten 287 (Cremer), 329: Svea Pietschmann; Seiten 287 (Frankenberger, Hannemann, Kessel, Kieninger, Lübbert, Schmidt-Kessel, Schwenger), 292, 300, 307, 313, 317, 319, 345, 352, 353, 354, 355, 358, 359, M120: Andreas Burkhardt/Berlin; Seite 349: Jan Zier; Seite 357: Anwaltverein Stuttgart; Seite 362 (Ehler): Oberlandesgericht Hamm; Seite 363: Ulrich Schwarz/Berlin

Impressum

Herausgeber: Deutscher Anwaltverein e.V., Littenstr. 11, 10179 Berlin (Mitte), Tel. 030/72 61 52-0, Fax: 030/72 61 52-191, anwaltsblatt@anwaltverein.de.

Redaktion: Dr. Nicolas Lührig (Leitung, v. i. S. d. P.), Udo Henke und Manfred Aranowski, Rechtsanwälte, Anschrift des Herausgebers.

Redaktionssekretariat: Ellen Dalink, Steffi Köhn, Sandra Petzschner, Kristina Wolf

Verlag: Deutscher Anwaltverlag und Institut der Anwaltschaft GmbH, Wachsbleiche 7, 53111 Bonn, Tel. 0228/9 19 11-0, Fax: 0228/9 19 11-23; kontakt@anwaltverlag.de, Konto: Sparkasse Bonn Kto.-Nr. 17 532 458, BLZ 380 500 00.

Anzeigen: ad sales & services, Ingrid A. Oestreich (v. i. S. d. P.), Pikartenkamp 14, 22587 Hamburg, Tel. 040/86628467, Fax: 040/86628468, anzeigen@anwaltsblatt-media.de.

Technische Herstellung: L.N. Schaffrath GmbH & Co. KG, Marktweg 42-50, 47608 Geldern, Tel.: 02831/396-129, Fax: 02381/396-280, harhoff@schaffrath.de.

Erscheinungsweise: Monatlich zum Monatsanfang, bei einem Doppelheft für August/September.

Bezugspreis: Jährlich 140,- € (inkl. MwSt.) zzgl. Versandkosten, Einzelpreis 14,50 € (inkl. MwSt.). Für Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag; Abbestellungen müssen einen Monat vor Ablauf des Kalenderjahres beim Verlag vorliegen.

Zuschriften: Für die Redaktion bestimmte Zuschriften sind nur an die Adresse des Herausgebers zu richten. Honorare werden nur bei ausdrücklicher Vereinbarung gezahlt.

Copyright: Alle Urheber-, Nutzungs- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Das gilt auch für Bearbeitungen von gerichtlichen Entscheidungen und Leitsätzen. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklich der Einwilligung des Herausgebers.

ISSN 0171-7227.



Familienrecht

Verfahren in Familiensachen

Roland Garbe/Christoph Ullrich (Hrsg.)



3. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2012, 1438 S., geb. (ProzessHandbuch) 978-3-8329-6513-6 118,00 Euro

Das Prozesshandbuch verknüpft die Darstellung des materiellen Rechts mit dem Verfahrensrecht und zeigt den Weg von der Mandatsannahme, ins gerichtliche Verfahren bis zu etwaigen Vollstreckungsmaßnahmen. Das Werk umfasst eine systematische Ordnung typischer Streitgegenstände wie Ehescheidung und Aufhebung, Sorgerecht, Unterhalt, Zugewinnausgleich, Abstammung, Familiensachen mit Auslandsbezug – um nur einige zu nennen. Dargestellt werden Themen sowohl aus Sicht von Anspruchstellern als auch Anspruchsgegnern. Checklisten, Formulierungsvorschläge und Mustertexte bieten gute Hilfestellung in der täglichen Praxis. Der Aufbau nach Anspruchsgrundlagen, Verfahrensvorbereitung, Verfahrensdurchführung und Vollstreckung ermöglicht einen schnellen Zugang.

Der Ehevertrag in der anwaltlichen Praxis

Christian Maurer



1. Aufl., Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2012, 275 S., brosch. (AnwaltsPraxis) 978-3-8240-1180-3 39,00 Euro

Das praxisnahe Buch erläutert das gesamte Ehevertragsrecht, vermittelt Grundlagenwissen zur Erstellung von Eheverträgen und weist auf häufige Probleme und Gefahrenquellen hin. Die aktuelle Rechtsprechung des BGH und des BVerfG wurde berücksichtigt, außerdem finden sich die gesetzlichen Vorschriften (z. B. ErbStG, VersAusglG) in einem eigenen Kapitel am Ende des Buches. Viele Formulierungsbeispiele und Checklisten helfen gerade dem Einsteiger in der Praxis.

Familienrecht

Versorgungsausgleichsrecht

Frank Götsche/Frank Rehbein/Christian Breuers



1. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2012, 596 S., geb. (Kommentar) 978-3-8329-6749-9 69,00 Euro

Mehr als zwei Jahren nach der großen Reform erscheint dieser Kommentar zum Versorgungsausgleichsrecht. Er ordnet die neue Rechtsprechung von BGH und Oberlandesgerichten sowie die veröffentlichte Literatur in den Kontext der Normen ein. Damit wird die Rezeption der Rechtsprechung erleichtert. Neben dem Versorgungsausgleichsgesetz werden unter anderem wichtige Vorschriften zum Versorgungsausgleich aus anderen Gesetzen besprochen (zum Beispiel SGB VI) Besonders Wert legen die Autoren auf die steuerrechtlichen Folgen des Versorgungsausgleichs. Auf eine Darstellung des früheren Rechts vor der Reform wurde aufgrund der Übergangsregelungen im FG und VersAusglG aber weitestgehend verzichtet.

Zugewinnausgleich bei Ehescheidung

Dieter Büte



4. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2012, XXVI, 421 S., geb. 978-3-406-62847-4 49,80 Euro

Eine komplette Überarbeitung war notwendig wegen der umfangreichen Änderungen in der Rechtsprechung und der Einführung des FamFG. Fragen zum internationalen Privatrecht werden ebenso besprochen wie Ansprüche, die neben dem Zugewinnausgleich geltend gemacht werden können. Die hervorgehobenen Praxistipps und Beispiele erleichtern die Arbeit mit dem Buch. Neu hinzugekommen sind hier beispielsweise die Ausführungen zu den Möglichkeiten vertraglicher Vereinbarungen im Zugewinn.

Kurzhinweise

Mergers & Acquisitions



Christoph H. Seibt (Hrsg.) 2. überarb. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2011, XXX, 2099 S., geb. (Beck'sches Formularbuch) 978-3-406-60345-71 69,00 Euro

Vergaberecht



Hermann Pünder/ Martin Schellenberg Nomos Verlag, Baden-Baden 2011, 2000 S., geb. 978-3-8329-2681-6 138,00 Euro

Charta der Grundrechte der Europäischen Union



Jürgen Meyer (Hrsg.) 3. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2011, 748 S., geb. (Nomos Kommentar) 978-3-8329-5286-0 108,00 Euro

Europäische Menschenrechtskonvention



Jens Meyer-Ladewig 3. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2011, 574 S., geb. (Nomos Kommentar) 978-3-8329-6210-4 79,00 Euro

Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union



Viktória Harsági/Miklós Kengyel Sellier, European Law Publishers GmbH, München 2011, XII, 464 S., brosch. 978-3-86653-154-3 79,00 Euro

Neues Europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht?



Peter-Christian Müller-Graff/ Jürgen Schwarze (Hrsg.) Nomos Verlag, Baden-Baden 2011, 136 S., kart. (Europarecht, Beiheft 2/2011) 978-3-8329-7056-7 28,00 Euro

Familienrecht

Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung

Walter Zimmermann



2. Aufl., Erich Schmidt Verlag, Berlin 2011, 275 S., brosch.
978-3-503-12042-0
39,80 Euro

Bevor eine gerichtlich angeordnete Betreuung droht sollte man sich frühzeitig um eine geeignete Regelung kümmern mit entsprechenden Vollmachten. Im BGB und FamFG sind die Voraussetzungen und Bindungswirkung der Patientenverfügung durch das Dritte Betreuungsrechtsänderungsgesetz geregelt. Welche Vollmachtsform ist im Einzelfall aber die richtige? Wie unterscheidet sich eine Vorsorgevollmacht von der Betreuungs- und der Patientenverfügung?; Welche Kosten fallen an und wer muss sie tragen? Der Autor erläutert ausführlich die verschiedenen Vorsorgemodelle, ihre jeweiligen Vor- und Nachteile und Anwendungsbereiche sowie die Verfahrensabläufe und Kosten. Wichtig für die Praxis: kommentierte Musterformulare zu den drei Vorsorgemodellen.

Medizinrecht

Arzthaftungsrecht

Erich Steffen/Burkhard Pauge



11. überarb. Aufl., RWS Verlag, Köln 2010, 333 S., brosch.
978-3-8145-7737-1,
49,00 Euro.

Die 11. Auflage stellt die Grundlagen des Behandlungsverhältnisses sowie die Behandlungs- und Haftungsverpflichtung dar. Außerdem werden folgende Haftungstatbestände dokumentiert: Behandlungsfehler, Aufklärungsfehler, Dokumentationspflicht, Einsichtgewährungspflicht, Verjährungsprobleme und Beweismaß bzw. Beweislasten.

Anwaltsnotariat

Beurkundungsgesetz

Klaus Lerch



4. überarb. Aufl., Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 2011, 576 S., geb.
978-3-504-06257-6
69,80 Euro

Der Kommentar hat den Anspruch, für die Praxis zu sein und doch in die Tiefe zu gehen. Das Ziel: So viel wie erforderlich, so übersichtlich wie möglich. Es finden sich ausführliche Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung. Die Bezüge zu den Vorschriften der Dienstordnung für Notarinnen und Notare und der Bundesnotarordnung sind detaillierter herausgearbeitet worden als in den Voraufgaben. Der Anhang enthält die wichtigsten Vorschriften sowie Rundschreiben für die Praxis. Neu ist die Übersicht zu Apostillen und Legalisationen.

Umwandlungsrecht

Handbuch Umwandlungsrecht

Christiane Stoye-Benk/Vladimir Cutura



3. überarb. Aufl., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2012, 404 S., geb. (Wirtschaftsrecht)
978-3-8114-3653-4
79,95 Euro

Das Werk richtet sich an die notarielle und rechtsberatende Praxis. Die viele Übersichten, Tabellen und grafischen Hervorhebungen fallen positiv auf. Das Buch berücksichtigt insbesondere die Änderungen des Umwandlungsgesetzes, die vollständige Neufassung des Umwandlungssteuergesetzes, die Umsetzung von EU-Richtlinien im nationalen Recht und greift die Änderungen im Bereich der Zusammenführung von Gesellschaften auf. Auf Anfrage kann beim Verlag eine Word-Datei angefordert werden, die alle Vorlagen enthält und am PC bearbeitet werden kann.

Kurzhinweise



Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz

Horst Eylmann/Hans-Dieter Vaasen

3. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2011, XXXII, 1825 S., geb.
978-3-406-57469-6
159,00 Euro



Kostentabelle für Notare

Bayerischer Notarverein e.V. (Hrsg.)

30. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2012, 143 S., Spiralbdg. (Bäuerle Tabelle)
978-3-8329-7327-8
24,00 Euro



Praxiskommentar zum GmbH-Recht

Hasso Heybrock

2. Aufl., ZAP Verlag, Münster 2010, 2422 S., kart. (ZAP Praxiskommentar)
978-3-89655-527-4
118,00 Euro



Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)

Hartmut Wicke

2. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2011, XXXI, 674 S., geb. 978-3-406-60947-3
52,00 Euro



GmbHG

Holger Altmeyden/
Günter H. Roth

7. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2012, XXVII, 1359 S., geb. 978-3-406-62749-1
89,00 Euro



Fristentabelle

Buschbell/Buschbell-Kaniewski

8. Aufl., Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2011, 104 S., Spiralbdg. (Tabellen)
978-3-8240-1139-1
32,00 Euro

Erbrecht – viele Informationen für Verbraucher

Auf den ersten Blick scheint das Thema Erbrecht von „Beratungs- und Frageforen“ dominiert zu werden. Jedoch gibt es zahlreiche, gut strukturierte und sehr fundierte Informationsseiten – vor allem für Verbraucher. Im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche Fragestellungen zum Beispiel bei der Unternehmensnachfolge wird es dann schnell sehr übersichtlich.

1 www.erbrecht-erbr.de

DAV-Arbeitsgemeinschaft Erbrecht

Neben den Programmen der deutschen Erbrechtstage wird auf den Seiten auf andere Veranstaltungen und auf Fachseminaren hingewiesen. Relevante Urteile, eine Mitgliedersuche nach Fachanwälten und ein Downloadbereich, in dem Fachinformationen zur Verfügung stehen, runden das Angebot ab. Von der Zeitschrift „ErbR – Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis“ sind die Inhaltsverzeichnisse der jeweiligen Hefte einsehbar. Unter der Rubrik News finden sich zusätzlich alle relevanten Texte des 68. Deutschen Juristentages (2010). Das gesamte Gutachten und die Thesen der Gutachterin (Prof. Dr. Anne Röthel, Hamburg) sowie der Referenten stehen als pdf-Dokumente im Volltext zur Verfügung.

2 www.dvev.de

DVEV – Deutsche Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge

Der Portalbereich für Juristen enthält vornehmlich Informationen zum DVEV und zur Mitgliedschaft sowie Informationen zu den Veranstaltungen. Das Forum ist nur Mitgliedern zugänglich. Der Zweite Portalbereich enthält zahlreiche, offen zugängliche Informationen. Unter „Ratsuchende“ finden sich Hinweise zu Neuerungen im Erbrecht, wie dem zentralen Testamentsregister, ein Wörterbuch, zahlreiche Muster und unter der Rubrik „Tipps“ detaillierte Informationen zur gesetzlichen oder vorweggenommenen Erbfolge, zu Fragen der Testamentsgestaltung und Hinweise zur Vorsorgevollmacht und zur

Betreuungsverfügung sowie zu steuerrechtlichen Fragestellungen.

3 www.erbrechtsforum.de

Deutsches Forum für Erbrecht

Das Forum bemüht sich vor allem durch die Organisation öffentlicher Informations- und Fortbildungsveranstaltungen ein breites Publikum über das aktuelle Erb- und Schenkungsrecht sowie über Vermögens- und Unternehmensnachfolge zu informieren. Veranstaltungen, wie Erbrechtstage werden in verschiedenen Städten durchgeführt. Die Schriftenreihe „Erbrechtsreport“ kann kostenpflichtig bestellt werden. Interessant ist auch die Mitgliedersuche, mit der namentlich oder regional nach entsprechenden Fachanwälten gesucht werden kann.

4 www.erbrecht-heute.de

Erbrecht heute

Die Seite bietet allgemeine Informationen zur Gestaltung von Testamenten mit zahlreichen, kurzen Vorlagen, des Weiteren zum internationalen Erbrecht und zur Erbfolge bis hin zum gesetzlichen Erbrecht des Staates. Unter der Rubrik „Fragen und Antworten“ werden erste Fragen und Begrifflichkeiten beispielsweise zum Erbfall (Erbsein, Nachlassverwalter etc.) zu Erbengemeinschaften und zum Vermächtnis in Abgrenzung zum Erbe sowie zum Pflichtteil gegeben.

Die Seite wird vom Digitalinstitut (München) gestaltet, welches Ratgeberportale und andere Webservices anbietet. Das Logo des Instituts legt eine Ver-

bindung zum Deutschen Digital Institut in Berlin nahe, was sich aber nicht bestätigt. Die Artikel und Texte stammen in der Regel von professionellen Textern.

Kanzleiseiten

5 www.hohenloher-erbrechtstage.de

Hohenloher Erbrechtstage

Von einer Steuerberatungskanzlei im Württembergischen herausgegeben, finden sich in diesem Erbrechtsportal neben den Programmen der gleichnamigen, jährlich stattfindenden Veranstaltung ausführliche Informationen zu zahlreichen Facetten des Erbrechts. Grundlegende Fragen zur Erbfolge zur Vorsorgevollmacht stehen neben detaillierten Erläuterungen zur Erbschaftsteuer und zur Erbschaftssteuerreform. Das Unternehmertestament findet hier ebenfalls eine kurze Berücksichtigung. Blogbeiträge und Urteile sind jedoch auf dem Stand von 2010.

6 www.ihr-erbrecht.de

Ihr Erbrecht

Die Seite des Rechtsanwält Ulrich Meschütz wirkt durch Farb- und Bildauswahl eher konservativ und sehr gediegen. Durch den sehr klaren und gut strukturierten Aufbau spricht sie allerdings eine breitere Klientel an. Der erste Themenblock wendet sich an potentielle Mandanten und bietet Informationen zu Erbfolge, Testament, Pflichtteil, Erbengemeinschaft, Erbschein, Erbschaftsteuer, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung. Das juristische Beratungsangebot wird im Hinblick auf die Fachanwaltschaft und mögliche Abwicklung der Mandate im zweiten Teil erläutert.



Für das Anwaltsblatt im Internet: Rechtsanwältin **Janine Ditscheid**, Dipl.-Bibliothekarin, Köln

Sie erreichen die Autorin unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.



Stellt sich den Fragen des Anwaltsblatts: Rechtsanwältin **Ulrike Hundt-Neumann** aus Hamburg ist Vorsitzende des DAV-Ausschusses Rechtsdienstleistungsrecht im DAV und Vorsitzende des Hamburgischen Anwaltvereins. Sie ist seit 1985 Rechtsanwältin und arbeitet in einer Partnerschaftsgesellschaft mit 40 Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern. Ihre Schwerpunkte liegen auf dem Gebiet des Marken- und des Medizinrechtes. Sie ist Mitglied im Deutschen Anwaltverein, weil es sich für jeden Anwalt in vielerlei Hinsicht lohnt, egal ob er den DAV als reine Interessenvertretung, Fortbildungsinstitut, Kommunikationsmedium oder Eventagentur betrachtet.

Warum sind Sie Anwältin geworden?

Weil ich weder ein Waschbecken in meinem Büro noch einen „Vorsitzenden“ haben wollte. Kurz gesagt: Ich wollte frei und selbstständig sein.

Schon einmal überlegt, die Zulassung zurück zu geben?

Immer, wenn in Hamburg die Sonne scheint.

Ihr größter Erfolg als Anwältin?

Eine von mir erstrittene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, die den Gesetzgeber veranlasst hat, die Diskriminierung von Urhebern und Künstlern aus den anderen EU-Staaten zu beseitigen.

Ihr Stundensatz?

... immer zu niedrig und eigentlich der falsche Weg.

Ihr Traummandat?

Das habe ich seit inzwischen 13 Jahren – ein durch Vertrauen, gegenseitigen Respekt und Loyalität geprägtes Dauermandat.

Was sollen Ihnen Ihre Kollegen einmal nicht nachsagen?

Dass ich meine Mandanten schlecht vertreten habe.

Welches Lob wünschen Sie sich von einem Mandanten?

„Ich weiß, dass ich Ihnen blind vertrauen kann.“

Mitglieder Service

DAV-Haus

Littenstr. 11, 10179 Berlin

Deutscher Anwaltverein

Tel.: 0 30/ 72 61 52 - 0, Fax: - 1 90

dav@anwaltverein.de,

www.anwaltverein.de

Redaktion Anwaltsblatt

Tel.: 0 30/ 72 61 52 - 1 03, Fax: - 1 91

anwaltsblatt@anwaltverein.de

www.anwaltsblatt.de

Deutsche Anwaltakademie

Tel.: 0 30/ 72 61 53 - 0, Fax: - 1 11

daa@anwaltakademie.de

www.anwaltakademie.de

Deutsche Anwaltsadresse

Tel.: 0 30/ 72 61 53 - 1 70, - 1 71, Fax: - 1 77

adresse@anwaltverein.de

DAV-Fortbildungsbescheinigung

Tel.: 0 30/ 72 61 52 - 0, Fax: - 1 63

fortbildung@anwaltverein.de

www.dav-fortbildungsbescheinigung.de

Arbeitsgemeinschaften im DAV

Infos unter Tel.: 0 30/ 72 61 52 - 0, Fax: - 190

DAV Büro Brüssel

Tel.: + 32 (2) 2 80 28 - 12, Fax: - 13

bruessel@eu.anwaltverein.de,

www.anwaltverein.de/bruessel

Deutscher Anwaltverlag

Wachsbleiche 7, 53111 Bonn

Tel.: 02 28/ 9 19 11 - 0, Fax: - 23

kontakt@anwaltverlag.de,

www.anwaltverlag.de

Deutsche Anwaltsauskunft – Mandate frei Haus

Jedes Mitglied eines Anwaltvereins wird in der Deutschen Anwaltsauskunft mit seinen Kontaktdaten und Qualifikationen verzeichnet. Die Deutsche Anwaltsauskunft ist erreichbar unter 018 05/ 18 18 05 und unter www.anwaltsauskunft.de. Mit Erfolg! So verzeichnet anwaltsauskunft.de mittlerweile weit über 80.000 Besucher monatlich.

TUCHE

by @Tom

