

# Die entgeltliche und unregistrierte Erstattung wissenschaftlicher Gutachten in allen Bereichen des Rechts \*

Thomas Fuchs\*\*

26. August 2006

## Inhaltsangabe

In Teilen der im Rechtsberatungsrecht von einer eigentümlichen “wissenschaftlichen Nacht”<sup>1</sup> geprägten Rechtsprechung und Literatur wurde versucht, die Befugnis zur Erstattung wissenschaftlicher Gutachten – abgesehen von den nach § 3 Abs. 1 BRAO ohnehin befugten Rechtsanwälten – auf Hochschullehrer zu begrenzen. In dem Aufsatz wird die diesbezügliche Rechtslage nach dem Rechtsberatungsgesetz und dem geplanten Rechtsdienstleistungsgesetz erörtert.

## Inhalt

<b>1 Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>2 Rechtsberatungsgesetz</b>	<b>2</b>
2.1 Rechtsberatung und -besorgung . . . . .	2
2.2 Wissenschaftlich begründetes Gutachten . . . . .	3
2.2.1 Sachliche Anforderungen . . . . .	4
2.2.2 Persönliche Anforderungen . . . . .	4
<b>3 Rechtsdienstleistungsgesetz</b>	<b>6</b>
<b>4 Zusammenfassung</b>	<b>7</b>

## 1 Einleitung

Das geplante Rechtsdienstleistungsgesetz<sup>2</sup>, welches das Rechtsberatungsgesetz ablösen soll, erlaubt drei Gruppen von Rechtsdienstleistungen, nämlich Rechtsdienstleistungen als Nebenleistung im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit (§ 5 RDG-RegE), im weitesten Sinn unentgeltliche Rechtsdienstleistungen

\* (URL: <http://delegibus.com/2006,7.pdf>).

\*\* Rechtsanwalt Dr. iur., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Heidelberg; Impressum: (URL: <http://lexetius.com/impressum>).

<sup>1</sup> Kleine-Cosack, NJW 2000, S. 1593.

<sup>2</sup> Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 13. April 2005 (Referentenentwurf, RDG-RefE). (URL: <http://www.bmj.de/media/archive/894.pdf>); Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 23. August 2006 (Regierungsentwurf, RDG-RegE). (URL: <http://www.bmj.bund.de/media/archive/1306.pdf>).

durch nicht registrierte Personen (§§ 6—8 RDG-RegE) und entgeltliche Rechtsdienstleistungen durch sachkundige registrierte Personen in bestimmten Teilbereichen des Rechts (§§ 10, 15 Abs. 1 RDG-RegE). Der Begriff der Rechtsdienstleistung ist in § 2 RDG-RegE definiert. Keine Rechtsdienstleistung ist nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG-RegE die Erstattung wissenschaftlicher Gutachten. Diese unscheinbare Regelung wird in der Praxis eine gewisse praktische Bedeutung erlangen, weil wissenschaftliche Gutachten ausweislich des skizzierten Regelungsgefüges entgeltlich, ohne Registrierung im Sinn des § 13 RDG-RegE und in allen Bereichen des Rechts erstattet werden können. Ein jetzt bereits gegebener Anwendungsfall mit wirtschaftlichem Gewicht ist in der Erstattung rechtswissenschaftlich begründeter Schiedsgutachten zu sehen.<sup>3</sup>

Die Gesetzesbegründung vermerkt zu dieser Vorschrift, dass die Ausnahme der Erstattung wissenschaftlicher Gutachten aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes dem geltenden Recht, nämlich Art. 1 § 2 Alt. 1 RBERG, entspreche. Die Ausnahmeregelung sei für rechtswissenschaftliche Gutachten erforderlich, weil diese Gutachtertätigkeit typischerweise nicht nur allgemeine rechtstheoretische oder rechtstatsächliche Gutachten, sondern gerade auch die Erstattung einzelntfallbezogener Rechtsgutachten umfasse.<sup>4</sup>

Ausgehend davon wird im Folgenden untersucht, welchem Personenkreis die Erstattung wissenschaftlicher Gutachten “eigentlich erlaubt” ist. Dabei wird zunächst der Meinungsstand zur Regelung des Art. 1 § 2 Alt. 1 RBERG referiert. Anschließend wird der Versuch einer Auslegung des § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG-RegE unternommen.

## 2 Rechtsberatungsgesetz

Die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, einschließlich der Rechtsberatung, darf nach Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG geschäftsmäßig – ohne Unterschied zwischen haupt- und nebenberuflicher oder entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit – nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist. Die Erstattung wissenschaftlich begründeter Gutachten bedarf nach Art. 1 § 2 Alt. 1 RBERG nicht der Erlaubnis.

### 2.1 Rechtsberatung und -besorgung

Tätigkeiten im Sinn des Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG sind die Rechtsberatung und -besorgung. Von diesen Begriffen werden Tätigkeiten erfasst, die darauf gerichtet und geeignet sind, unmittelbar konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten.<sup>5</sup> Der Unterschied zwischen Besorgen und Beraten liegt in der Zweckrichtung der Tätigkeit. Die Beratung zielt darauf ab, dem Beratenen zu einem Entschluss zu verhelfen, ob und wie er die Erledigung einer Angelegenheit anstreben soll. Die Besorgung setzt dagegen einen solchen Entschluss voraus und geht darauf aus, die besorgte

<sup>3</sup>Bundesministerium der Justiz, RDG-RegE, S. 102.

<sup>4</sup>Bundesministerium der Justiz, RDG-RegE, S. 101 f.

<sup>5</sup>BGH, NJW 1981, S. 1616; BGH, AnwBl 1982, S. 108; BGH, NJW 1987, S. 3004; BGH, NJW 1989, S. 2125; BAG, NJW 1993, S. 2702; BayObLG, NStZ 1981, S. 29; OLG Dresden, AfP 1996, S. 180; OLG Düsseldorf, AnwBl 1987, S. 199; OLG Frankfurt a. M., GRUR 1984, S. 882; OLG Köln, NJW-RR 1996, S. 749; OLG Köln, NJW 1999, S. 505; OLG Schleswig, AnwBl 1987, S. 344; Chemnitz in: Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBERG, Art. 1 § 1 Abs. 61; König, Rechtsberatungsgesetz, S. 28; Lohmeier, DÖV 1980, S. 331; Müller-Graff, GRUR 1988, S. 95; Wertenbruch, NJW 1995, S. 225; Weth in: Henssler/Prütting, BRAO, RBERG Art. 1 § 1 Abs. 12.

Angelegenheit zu erledigen oder einer Erledigung näher zu bringen. Die Beratung kennzeichnet sich deshalb als eine Tätigkeit gegenüber dem Auftraggeber, die Besorgung als eine Tätigkeit für den Auftraggeber. Der Berater wird nicht, der Besorger dagegen in aller Regel nach außen hin, Dritten gegenüber tätig.<sup>6</sup>

Damit die Beratung zur Rechtsberatung, die Besorgung zur Rechtsbesorgung wird, muss sie sich auf eine Rechtsangelegenheit beziehen. Es ist anerkannt, dass eine Rechtsangelegenheit immer dann vorliegt, wenn es entweder um die Ausnutzung (Verwirklichung) oder die Veränderung (Gestaltung) einer gegebenen Rechtslage geht.<sup>7</sup> Die Beziehung der Beratung oder Besorgung zu der Rechtsangelegenheit kennzeichnet sich sehr einfach dahin, dass die Rechtsangelegenheit Gegenstand der Beratung oder Besorgung sein muss. Rechtsberatung ist also jede Tätigkeit, die darauf abzielt, den Entschluss eines anderen darüber zu fördern, ob und wie er eine gegebene Rechtslage ausnutzen oder ändern will; Rechtsbesorgung ist jede Tätigkeit, die darauf abzielt, eine bestehende Rechtslage im Interesse eines anderen auszunutzen oder zu ändern.<sup>8</sup> Fehlt der Beratung oder Besorgung die gekennzeichnete Zielrichtung, dann handelt es sich auch dann nicht um eine Rechtsberatung oder -besorgung, wenn die entfaltete Tätigkeit Rechtsfragen berührt. Ohne die spezifische Zielsetzung kann sich jedermann sogar geschäftsmäßig für andere mit Rechtsfragen befassen, ohne gegen das Rechtsberatungsgesetz zu verstoßen.<sup>9</sup>

Rechtsberatung oder -besorgung kann schließlich nur die den Einzelheiten eines konkreten Falls angepasste und einen gewissen Abschluss erstrebende Zusammenarbeit, also die Behandlung wirklicher, sachverhaltsbezogener Rechtsfragen bestimmter anderer Personen sein.<sup>10</sup> Dieses Unmittelbarkeitserfordernis dient zur Abgrenzung von allgemeinen Rechtsbelehrungen in Aufsätzen und dergleichen, die nicht bezwecken, bestimmte Rechtsangelegenheiten zu einem gewissen Abschluss zu bringen.<sup>11</sup> Die Einbeziehung auch mittelbarer Förderung würde zu einer uferlosen und zur Erreichung des Normzwecks nicht erforderlichen Ausweitung des Tatbestands führen.<sup>12</sup>

## 2.2 Wissenschaftlich begründetes Gutachten

Die Erstattung wissenschaftlich begründeter Gutachten für einen konkreten Einzelfall erfüllt tatbestandlich die Voraussetzungen des Beratens in fremden Rechtsangelegenheiten; sie wird durch Art. 1 § 2 Alt. 1 RBerG jedoch ausdrücklich vom Erlaubniszwang des Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG ausgenommen.<sup>13</sup>

<sup>6</sup>Dumoulin, NJW 1966, S. 811.

<sup>7</sup>Dumoulin, NJW 1966, S. 811.

<sup>8</sup>BGH, NJW 1995, S. 3122; OLG Schleswig, AnwBl 1989, S. 245; LG Bochum, BB 1990, S. 1226; Chemnitz in: Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBerG, Art. 1 § 1 Abs. 36; Dumoulin, NJW 1966, S. 812; Lohmeier, DÖV 1980, S. 331; Weth in: Henssler/Prütting, BRAO, RBerG Art. 1 § 1 Abs. 16.

<sup>9</sup>Dumoulin, NJW 1966, S. 812.

<sup>10</sup>OLG Hamm, NJW 1954, S. 518; Chemnitz in: Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBerG, Art. 1 § 1 Abs. 46; Brangsch, NJW 1954, S. 517; Weth in: Henssler/Prütting, BRAO, RBerG Art. 1 § 1 Abs. 5.

<sup>11</sup>BGH, MDR 1970, S. 657; Chemnitz in: Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBerG, Art. 1 § 1 Abs. 46; Weth in: Henssler/Prütting, BRAO, RBerG Art. 1 § 1 Abs. 5.

<sup>12</sup>OLG Hamm, NJW 1954, S. 518; OLG Köln, NJW 1999, S. 506.

<sup>13</sup>Chemnitz in: Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBerG, Art. 1 § 2 Abs. 328; Weth in: Henssler/Prütting, BRAO, RBerG Art. 1 § 1 Abs. 15.

### 2.2.1 Sachliche Anforderungen

Die durch Art. 1 § 2 Alt. 1 RBERG zugelassene Gutachtertätigkeit hat mit der Erteilung eines Rechtsrats gemeinsam, dass die Sach- und Rechtslage geprüft wird und hieraus Schlussfolgerungen gezogen werden.<sup>14</sup> Ein Gutachten im Sinn des Art. 1 § 2 Alt. 1 RBERG ist die Darlegung des Ergebnisses einer juristischen Prüfung sowie des Wegs, auf dem das Ergebnis gewonnen wurde. Es enthält begriffsnotwendig eine Begründung, die es ermöglicht, die Überlegungen des Gutachters nachzuvollziehen und das von ihm festgehaltene Ergebnis auf diese Weise zu überprüfen.<sup>15</sup> Art. 1 § 2 Alt. 1 RBERG setzt eine wissenschaftliche Begründung des Gutachtens voraus. Erforderlich ist daher eine eingehende Auseinandersetzung mit den in Betracht kommenden Aspekten der Rechtslage unter Berücksichtigung der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen. Kennzeichnend für das wissenschaftliche Gutachten ist seine Objektivität.<sup>16</sup>

Der Rückgriff auf den Begriff der Wissenschaft eröffnet unweigerlich den Schutzbereich der jedenfalls unmittelbar durch Gesetz nicht einschränkbar<sup>17</sup> Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Das Tatbestandsmerkmal des wissenschaftlich begründeten Gutachtens ist daher verfassungskonform zu interpretieren. Unter den Begriff der Wissenschaft fällt alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter Versuch zur Ermittlung von Wahrheit anzusehen ist.<sup>18</sup> Einem Gutachten kann daher nicht schon deshalb die Wissenschaftlichkeit abgesprochen werden, weil es Einseitigkeiten und Lücken aufweist oder gegenteilige Auffassungen unzureichend berücksichtigt. All das mag ein Gutachten als fehlerhaft im Sinn der Selbstdefinition wissenschaftlicher Standards durch die Wissenschaft ausweisen. Dem Bereich der Wissenschaft ist es erst dann entzogen, wenn es den Anspruch von Wissenschaftlichkeit nicht nur im Einzelnen, sondern systematisch verfehlt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn es nicht auf Wahrheitserkenntnis gerichtet ist, sondern vorgefassten Meinungen oder Ergebnissen lediglich den Anschein wissenschaftlicher Gewinnung oder Nachweisbarkeit verleiht. Dafür kann die systematische Ausblendung von Fakten, Quellen, Ansichten und Ergebnissen, welche die Auffassung des Gutachters in Frage stellen, ein Indiz sein. Dagegen genügt es nicht, dass einem Gutachten in innerwissenschaftlichen Kontroversen zwischen verschiedenen Schulen die Wissenschaftlichkeit bestritten wird.<sup>19</sup>

### 2.2.2 Persönliche Anforderungen

Der Anwendungsbereich des Art. 1 § 2 Alt. 1 RBERG ist nach seinem Wortlaut nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt. Weil es sich bei Art. 1

<sup>14</sup>Chemnitz in: Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBERG, Art. 1 § 2 Abs. 329; von Schweinitz, Rechtsberatung durch Juristen und Nichtjuristen, S. 160.

<sup>15</sup>Chemnitz in: Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBERG, Art. 1 § 2 Abs. 331; von Schweinitz, Rechtsberatung durch Juristen und Nichtjuristen, S. 160; Weth in: Henssler/Prütting, BRAO, RBERG Art. 1 § 2 Abs. 3 f.; vergleiche *LG Hamburg*, MDR 1979, S. 234.

<sup>16</sup>Chemnitz in: Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBERG, Art. 1 § 2 Abs. 337; Oswald, JZ 1952, S. 632 f.; Schorn, Die Rechtsberatung, S. 136; von Schweinitz, Rechtsberatung durch Juristen und Nichtjuristen, S. 160 f.; Weth in: Henssler/Prütting, BRAO, RBERG Art. 1 § 2 Abs. 5.

<sup>17</sup>BVerfG, BVerfGE 47 [1978], S. 368.

<sup>18</sup>BVerfG, BVerfGE 35 [1973], S. 113; BVerfG, BVerfGE 47 [1978], S. 367; BVerfG, BVerfGE 90 [1994], S. 12 f.

<sup>19</sup>BVerfG, BVerfGE 90 [1994], S. 12 f.

§ 2 Alt. 1 RBerG um eine eng auszulegende Ausnahmeregelung handele,<sup>20</sup> werden in Rechtsprechung und Literatur gleichwohl gewisse Anforderungen an die Person des Gutachters gestellt. Im Ausgangspunkt besteht dabei Einigkeit darin, dass der Kreis möglicher Gutachter im Wesentlichen durch das Erfordernis der wissenschaftlichen Begründung des Gutachtens abgesteckt wird. Im Detail klaffen die Meinungen freilich weit auseinander:

Nach einer Ansicht kann Gutachter im Sinn des Art. 1 § 2 Alt. 1 RBerG nur eine natürliche Person sein, die aufgrund ihrer Vorbildung befähigt ist, einen bestimmten Vorgang in wissenschaftlicher Arbeitsweise, mit Gründlichkeit und Exaktheit nach streng sachlichen und objektiven Gesichtspunkten systematisch zu untersuchen und in einen sinnvollen Zusammenhang zu bringen.<sup>21</sup> Diese Anforderungen würden in erster Linie von Hochschullehrern erfüllt.<sup>22</sup> Deren Gutachtertätigkeit werde in der Begründung zu dem vormaligen Rechtsberatungsmisbrauchsgesetz<sup>23</sup> ausdrücklich erwähnt.<sup>24</sup> Unerlässliche Voraussetzung einer Gutachtertätigkeit im Sinn des Art. 1 § 2 Alt. 1 RBerG sei eine wissenschaftliche Ausbildung. Es könne nicht darauf verzichtet werden, dass der Gutachter seine juristischen Kenntnisse im Rahmen einer akademischen Prüfung nachgewiesen hat.<sup>25</sup> Daher reiche es nicht aus, dass der Gutachter die juristische Vorbildung im Selbststudium erworben hat. Wenn jedermann, der nach eigener Einschätzung rechtswissenschaftliche Vorkenntnisse besitzt, Rechtsgutachten erstatten dürfte, wäre der Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes, nämlich den Verbraucher vor einer unzureichenden und nicht sachgemäßen Rechtsberatung zu schützen, verletzt.<sup>26</sup>

Nach anderer Ansicht muss der Gutachter – meines Erachtens zu Recht – nur eine gewisse juristische Vorbildung besitzen,<sup>27</sup> ohne diese in bestimmten juristischen Prüfungen, zum Beispiel dem Referendar- oder dem Assessorexamen, nachgewiesen zu haben. Auch eine bestimmte juristische Tätigkeit muss der Gutachter nicht ständig ausüben.<sup>28</sup> Der Begriff der Wissenschaft ist nach allgemeinem Sprachgebrauch zwar in besonderem Maß mit den Disziplinen verbunden, die an den Hochschulen gelehrt werden. Das schließt es jedoch nicht aus, dass wissenschaftliche Kenntnisse auch durch Selbststudium erworben werden können.<sup>29</sup> Nicht nur Akademiker, sondern auch solche Personen, die nicht über akademische Bildung verfügen, können durchaus wissenschaftlich arbeiten.<sup>30</sup> Ohne Belang ist es, ob der Gutachter einer Personengruppe angehört, die Gutachten üblicherweise aus rein wissenschaftlichem Interesse zur Fortbildung des Rechts erstattet, und ob im konkreten Fall aus idealistischen

<sup>20</sup> Chemnitz in: Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBerG, Art. 1 § 2 Abs. 338; von Schweinitz, Rechtsberatung durch Juristen und Nichtjuristen, S. 160.

<sup>21</sup> Weth in: Henssler/Prütting, BRAO, RBerG Art. 1 § 2 Abs. 7.

<sup>22</sup> OVG Koblenz, NJW 1988, S. 2555; VGH München, NJW 1988, S. 2553; VGH München, NJW 1988, S. 2554; von Schweinitz, Rechtsberatung durch Juristen und Nichtjuristen, S. 160; Weth in: Henssler/Prütting, BRAO, RBerG Art. 1 § 2 Abs. 7; Willms, NJW 1987, S. 1303.

<sup>23</sup> Gesetz zur Verhütung von Missbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung vom 13. Dezember 1935, Reichsteuerblatt I 1935, S. 1528.

<sup>24</sup> OVG Koblenz, NJW 1988, S. 2555.

<sup>25</sup> Weth in: Henssler/Prütting, BRAO, RBerG Art. 1 § 2 Abs. 7.

<sup>26</sup> Weth in: Henssler/Prütting, BRAO, RBerG Art. 1 § 2 Abs. 7.

<sup>27</sup> So weit andeutungsweise auch der BGH, NJW 2002, S. 2105.

<sup>28</sup> Chemnitz, AnwBl 1991, S. 149; Chemnitz in: Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBerG, Art. 1 § 2 Abs. 336; Senge in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, RBerG Art. 1 § 2 Abs. 4; vergleiche auch Classen, Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule, S. 108.

<sup>29</sup> BFH, BStBl III 1952, S. 167; BFH, BFHE 157 [1989], S. 546; Oswald, JZ 1952, S. 632; Schorn, Die Rechtsberatung, S. 136.

<sup>30</sup> BFH, BStBl III 1953, S. 35, ständige Rechtsprechung.

Motiven oder zur Gewinnerzielung gehandelt wird.<sup>31</sup> Es kann damit grundsätzlich jedermann als Gutachter tätig werden, sofern nur das Gutachten wissenschaftlich begründet ist.<sup>32</sup>

### 3 Rechtsdienstleistungsgesetz

Die selbständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen ist nach § 3 RDG-RegE nur in dem Umfang zulässig, in dem sie durch das Rechtsdienstleistungsgesetz oder durch oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird. Rechtsdienstleistung ist nach § 2 Abs. 1 RDG-RegE jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Rechtsuchenden eine besondere rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Rechtsdienstleistung ist nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG-RegE nicht die Erstattung wissenschaftlicher Gutachten. Vor dem Hintergrund der dargestellten Kontroverse ist die Formulierung dieser Regelung nebst der damit verbundenen Einschätzung des Gesetzgebers, dass sie dem geltenden Recht entspreche,<sup>33</sup> doch einigermaßen erstaunlich. Ob, und wenn ja, welche Anforderungen an die Person des Gutachters zu stellen sind, dürfte im geltenden Recht nämlich als ungeklärt “gelten”. Die neue Konzeption des Gesetzes weist allerdings deutlich in die Richtung der referierten liberalen Ansicht.<sup>34</sup>

Hierfür sprechen zunächst schon der Wortlaut des § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG-RegE und die Entstehungsgeschichte dieser Regelung. Wenn es dem Willen des Gesetzgebers entsprechen würde, den persönlichen Anwendungsbereich der Regelung auf Hochschullehrer zu beschränken, so hätte er dies ohne weiteres klarstellen können. Stattdessen ist davon nicht einmal mehr in den Gesetzesmaterialien die Rede.

Auch die Systematik des Rechtsdienstleistungsgesetzes gebietet keine persönlichen Einschränkungen. § 3 RDG-RegE spricht zunächst davon, dass die selbständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig ist, in dem sie durch das Rechtsdienstleistungsgesetz oder durch oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird. In den §§ 5—8, 10 und 15 Abs. 1 RDG-RegE werden sodann gesetzliche Erlaubnistatbestände aufgestellt. Ein präventives Verbot mit behördlichem Erlaubnisvorbehalt wie bei Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG ist nicht mehr vorgesehen.<sup>35</sup> Das Rechtsdienstleistungsgesetz enthält demnach kein generelles Verbot von Rechtsdienstleistungen mehr, sondern verbietet nur noch solche, die nicht geregelt sind.<sup>36</sup> Obwohl die Erstattung wissenschaftlich begründeter Gutachten im Sinn des Art. 1 § 2 Alt. 1 RBERG in den Bereich der Rechtsberatung fällt, bestimmt § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG-RegE, dass die Erstattung wissenschaftlicher Gutachten keine Rechtsdienstleistung ist. Die Vorschrift stellt mithin eine gesetzliche Fiktion auf. In konstruktiver Hinsicht handelt es sich hierbei zwar um eine Ausnahmegesetzgebung. Das einfache Denkmuster von der weiten Auslegung der Regel und der engen Auslegung der Ausnahme, das im Übrigen ohnehin methodisch nicht begründbar

<sup>31</sup> *Schorn*, Die Rechtsberatung, S. 137; *Senge* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, RBERG Art. 1 § 2 Abs. 1; so auch *Weth* in: Henssler/Prütting, BRAO, RBERG Art. 1 § 2 Abs. 8.

<sup>32</sup> Vergleiche *BVerfG*, BVerfGE 35 [1973], S. 112; *BVerfG*, BVerfGE 90 [1994], S. 11; so auch von *Schweinitz*, Rechtsberatung durch Juristen und Nichtjuristen, S. 159 ff.

<sup>33</sup> *Bundesministerium der Justiz*, RDG-RegE, S. 101 f.

<sup>34</sup> Anderer Ansicht wohl *Härtig*, BB 2004, S. 2423.

<sup>35</sup> In den Gesetzesmaterialien ist anstelle von “Erlaubnistatbestand” teilweise trotzdem noch von “Erlaubnisvorbehalt” die Rede (*Bundesministerium der Justiz*, RDG-RegE, S. 58 f., 70).

<sup>36</sup> *Bundesministerium der Justiz*, RDG-RegE, S. 74.

ist,<sup>37</sup> versagt an dieser Stelle aber, weil sich die Ausnahme nun nicht mehr auf ein Verbot bezieht.

Das Rechtsdienstleistungsgesetz dient nach § 1 Abs. 1 S. 2 RDG-RegE dazu, die Rechtsuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen. Gleichwohl sind nach § 6 Abs. 1 RDG-RegE unentgeltliche Rechtsdienstleistungen erlaubt. Hierzu findet sich in der Gesetzesbegründung die bemerkenswerte Aussage, dass Verbraucherschutzinteressen das umfassende Verbot unentgeltlicher Rechtsberatung im Familien-, Nachbarschafts- oder Bekanntenkreis *nie* gerechtfertigt hätten. Dort sei sich der Rechtsratsuchende bewusst, dass für seine rechtliche Angelegenheit ein Rechtsanwalt zuständig wäre. Er sehe von dessen Einschaltung nur ab, weil er durch den Rechtsrat einer tatsächlich oder vermeintlich juristisch erfahrenen Person aus der Familie, dem Freundes- und Bekanntenkreis oder auch der Nachbarschaft die Kosten des Anwalts sparen kann und will. Diese Beweggründe des Verbrauchers erforderten keinen Schutz durch eine Verbotsregelung, weil er die Risiken einer aus Gefälligkeit erfolgenden unentgeltlichen Rechtsberatung durch Familienangehörige oder Freunde kennen müsse.<sup>38</sup> Im Rahmen des Rechtsdienstleistungsgesetzes kommt mithin das gemeinschaftsrechtliche Leitbild des mündigen Verbrauchers zum Tragen. Auf dieses Leitbild und die damit verbundene Argumentationsweise kann auch im Zusammenhang mit der entgeltlichen Erstattung wissenschaftlicher Gutachten zurückgegriffen werden. Hier kommt es dem Rechtsuchenden nicht nur auf das Ergebnis der rechtlichen Prüfung, sondern vor allem auch auf die dazu führende Begründung an. Der Rechtsuchende wird den Gutachter daher regelmäßig besonders sorgfältig anhand von bestimmten Merkmalen wie zum Beispiel nachgewiesener juristischer Vorbildung, Erfahrung und wissenschaftlicher Reputation auswählen. Alsdann wird er das Gutachten genauestens studieren und nachvollziehen. Lässt er es an einer solchen Auswahl und einem solchen Nachvollziehen fehlen, so ist er nicht schutzbedürftig.

Schlussendlich ist auch § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG-RegE im Licht der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG auszulegen. Da die Wissenschaftsfreiheit als Jedermann-Grundrecht jedenfalls unmittelbar durch Gesetz nicht eingeschränkt werden kann, dürfen auch an den Gutachter, der wissenschaftliche Gutachten im Sinn des § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG-RegE erstattet, keine persönlichen Anforderungen gestellt werden. Der Verzicht auf persönliche und das Abstellen auf sachliche Anforderungen im Wortlaut der Vorschrift ist Ausdruck dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe.

## 4 Zusammenfassung

Das geplante Rechtsdienstleistungsgesetz hält an der Erlaubnisfreiheit der Erstattung wissenschaftlicher Gutachten fest. Die Anforderungen an die Wissenschaftlichkeit des Gutachtens sind dabei unverändert geblieben. Während Art. 1 § 2 Alt. 1 RBERG noch einen gewissen Spielraum bei den an die Person des Gutachters zu stellenden Anforderungen lässt, dem allerdings im Licht der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG mit Misstrauen zu begegnen ist, kommt in § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG-RegE ein klares Bekenntnis zu einer liberaleren

<sup>37</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 243; vergleiche auch *von Becker*, GRUR 2004, S. 108; *Kröger*, MMR 2002, S. 20; *Rigamonti*, GRURInt 2004, S. 284.

<sup>38</sup> *Bundesministerium der Justiz*, RDG-RegE, S. 78.

Rechtsanwendung zum Ausdruck. Dies ist – wie das überfällige Rechtsdienstleistungsgesetz insgesamt – zu begrüßen.

## Literatur

- Oswald, Franz:** Anmerkung zu BFH, Urteil vom 30. April 1952 – IV 73/52 U. JZ, 1952, S. 632–633.
- Altenhoff, Rudolf/Busch, Hans/Chemnitz, Jürgen:** Rechtsberatungsgesetz, Kommentar. 10. Auflage. Münster, 1993.
- Becker, Bernhard von:** Parodiefreiheit und Güterabwägung. Das “Gies-Adler”-Urteil des BGH. GRUR, 2004, S. 104–109.
- Brangsch:** NJW, 1954, S. 516.
- Chemnitz, Jürgen:** Zur Werbung für die geschäftsmäßige Erstattung von Rechtsgutachten. AnwBl, 1991, S. 140–150.
- Classen, Claus Dieter:** Wissenschaftsfreiheit außerhalb der Hochschule. Zur Bedeutung von Artikel 5 Absatz 3 Grundgesetz für außeruniversitäre Forschung und Forschungsförderung. Tübingen, 1994.
- Dumoulin, Franz Josef:** Rechtsberatung und Rechtsbesorgung der steuer- und wirtschaftsberatenden Berufe. NJW, 1966, S. 810–815.
- Erbs/Kohlhaas:** Strafrechtliche Nebengesetze. München, 2000.
- Henssler, Martin/Prütting, Hanns:** Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar. München, 1997.
- Härtig, Niko:** Rechtsberatung und Rechtsdienstleistungen: Der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz. BB, 2004, S. 2421–2425.
- Kleine-Cosack, Michael:** Vom Rechtsberatungsmonopol zum freien Wettbewerb. NJW, 2000, S. 1593–1601.
- Kröger, Detlef:** Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? – Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken. MMR, 2002, S. 18–21.
- König, Hartmut:** Rechtsberatungsgesetz – Grundfragen und Reformbedürftigkeit. Essen, 1993.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm:** Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Auflage. Berlin, 1995.
- Lohmeier, Martin:** Der Abgeordnete und das Rechtsberatungsgesetz. DÖV, 1980, S. 331–333.
- Müller-Graff, Peter-Christian:** Sanierungswerbung durch Unternehmensberater und Wettbewerbsrecht. GRUR, 1988, S. 95–106.
- Rigamonti, Cyrill:** Eigengebrauch oder Hehlerei? – Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet. GRURInt, 2004, S. 278–289.
- Schorn, Hubert:** Die Rechtsberatung. 2. Auflage. Darmstadt, 1967.
- Schweinitz, Bernhard von:** Rechtsberatung durch Juristen und Nichtjuristen, insbesondere durch Wirtschaftsprüfer – Eine Studie zur Entwicklung und zum Umfang der Rechtsberatungsbeschränkungen. Berlin, 1975.
- Wertenbruch, Johannes:** Die Vereinbarkeit der Beratungs- und Vermittlungstätigkeit für Berufssportler/Lizenzspieler mit dem Rechtsberatungsgesetz und dem neuen Arbeitsförderungsgesetz. NJW, 1995, S. 223–228.
- Willms, Benno:** Die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten durch Rechtslehrer an deutschen Hochschulen. NJW, 1987, S. 1302–1307.

## Rechtsprechung

**BFH:** Urteil vom 30. April 1952 – IV 73/52 U. BStBl III, 1952, S. 165–167.

**BFH:** Urteil vom 13. November 1952 – IV 104/52 U. BStBl III, 1953, S. 33–36.

**OLG Hamm:** Urteil vom 13. November 1953 – 9 U 19/53. NJW, 1954, S. 516—519.

**BGH:** Urteil vom 8. Mai 1970 – I ZR 62/68. MDR, 1970, S. 656.

**BVerfG:** Urteil vom 29. Mai 1973 – 1 BvR 424/71. BVerfGE, 35 [1973], S. 79—170.

**BVerfG:** Beschluss vom 1. März 1978 – 1 BvR 333/75. BVerfGE, 47 [1978], S. 327—419.

**LG Hamburg:** Urteil vom 26. Juli 1978 – 15 O 925/77. MDR, 1979, S. 234.

**BayObLG:** Beschluss vom 17. Juli 1980 – 3 Ob OWi 95/80. NSTZ, 1981, S. 29.

**BGH:** Urteil vom 13. Februar 1981 – I ZR 63/79. NJW, 1981, S. 1616.

**BGH:** Urteil vom 27. November 1981 – I ZR 26/79. AnwBl, 1982, S. 108.

**OLG Frankfurt a. M.:** Beschluss vom 28. November 1983 – 6 W 124/83. GRUR, 1984, S. 882.

**OLG Schleswig:** Urteil vom 8. November 1985 – 14 U 174/84. AnwBl, 1987, S. 343.

**OLG Düsseldorf:** Urteil vom 14. November 1985 – 2 U 25/85. AnwBl, 1987, S. 199.

**BGH:** Urteil vom 24. Juni 1987 – I ZR 74/85. NJW, 1987, S. 3003—3005.

**VGH München:** Beschluss vom 11. Februar 1988 – 25 B 87/00860. NJW, 1988, S. 2553—2554.

**VGH München:** Beschluss vom 23. Februar 1988 – 20 B 81 D. I. NJW, 1988, S. 2554—2555.

**OVG Koblenz:** Beschluss vom 26. Juli 1988 – 12 A 79/88. NJW, 1988, S. 2555—2557.

**OLG Schleswig:** Beschluss vom 5. Oktober 1988 – 2 W 120/87. AnwBl, 1989, S. 245.

**BGH:** Urteil vom 16. März 1989 – I ZR 30/87. NJW, 1989, S. 2125—2126.

**BFH:** Urteil vom 28. Juni 1989 – I R 114/85. BFHE, 157 [1989], S. 546.

**LG Bochum:** Urteil vom 12. Januar 1990 – 14 O 214/89. BB, 1990, S. 1226—1227.

**BAG:** Urteil vom 24. März 1993 – 1 AZR 298/92. NJW, 1993, S. 2701—2704.

**BVerfG:** Beschluss vom 11. Januar 1994 – 1 BvR 434/87. BVerfGE, 90 [1994], S. 1—21.

**BGH:** Urteil vom 18. Mai 1995 – III ZR 109/94. NJW, 1995, S. 3122—3124.

**OLG Köln:** Urteil vom 9. August 1995 – 6 U 34/95. NJW-RR, 1996, S. 749—750.

**OLG Dresden:** Urteil vom 19. Januar 1996 – 12 U 1734/95. AfP, 1996, S. 180—181.

**OLG Köln:** Urteil vom 15. Januar 1997 – 6 U 63/96. NJW, 1999, S. 504—508.

**BGH:** Urteil vom 9. April 2002 – X ZR 228/00. NJW, 2002, S. 2104—2106.

## Dokumente

**Bundesministerium der Justiz:** Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 13. April 2005 (Referentenentwurf, RDG-RefE). (URL: <http://www.bmj.de/media/archive/894.pdf>).

**Bundesministerium der Justiz:** Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 23. August 2006 (Regierungsentwurf, RDG-RegE). (URL: <http://www.bmj.bund.de/media/archive/1306.pdf>).