



Anwaltsrecht

Bücherschau

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln*

I. Rechtsberatung

Die eingeführten Kommentierungen des RBerG von *Rennen/Caliebe*, *Chemnitz/Johnigk* und *Weth* (im BRAO-Kommentar Henssler/Prütting) haben durch die Neuerscheinung von *Michael Kleine-Cosacks* Kommentar „Rechtsberatungsgesetz“¹ Gesellschaft erhalten. Auf dem Deutschen Juristentag 2004, der sich mit dem Rechtsdienstleistungsrecht befasste und in dessen Vorfeld der Kommentar erschienen war, wurde scherzhaft angemerkt, das neue Werk von *Kleine-Cosack* bereite dem RBerG ein „Begräbnis erster Klasse“ – *Kleine-Cosack* ist seit vielen Jahren als engagierter Kritiker des RBerG in Erscheinung getreten (vgl. nur NJW 2003, 1593 ff.; 2003, 3009 ff.; BB 2000, 2109 ff.; 2003, 1737 ff.) und war an einigen Verfahren beteiligt, in denen das BVerfG das durch das RBerG faktisch statuierte anwaltliche Beratungsmonopol beschnitten hat. Es schreibt



Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln, ist Vorstand des Soldan-Instituts für Anwaltmanagement e.V., Essen. Sie erreichen ihn per E-Mail: kilian@anwaltsrecht.org.

daher ein exzellenter Kenner der Materie, der mit der einleitenden Bemerkung, dass seiner Auffassung nach eine kritische rechtspolitische und verfassungsrechtliche Überprüfung des RBerG bislang weitgehend versäumt worden ist, vorgibt, nur eines Anliegen sein Kommentar verfolgt: Er soll nicht nur einen Überblick über aktuelle Rechtsprechung und Literatur geben, sondern zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit der aus Sicht *Kleine-Cosacks* exzessiven Ausdehnung des Erlaubnisvorbehalts sein. Vor diesem Hintergrund erklärt sich der Ansatz *Kleine-Cosacks*, der eigentlichen Kommentierung einen 60seitigen Allgemeinen Teil voranzustellen. In diesem kritisiert der Autor nicht nur die restriktive Rspr. der Fachgerichte, die allzu häufig durch das BVerfG korrigiert werden müsse, sondern auch die Rechtswissenschaft, die praktisch unisono am Status Quo festhalte. Intensiver beleuchtet *Kleine-Cosack* die Regelungsziele des Gesetzes, die bei der Rechtsanwendung, so seine Kritik, in der Vergangenheit sträflich vernachlässigt worden seien: So wendet er ein, dass der Schutz der Rechtssuchenden überbewertet werde – so sei bei der Beauftragung von Personen, die ersichtlich keine Fachleute seien, häufig bereits zu fragen, ob tatsächlich „Rechtsrat“ gesucht werde. Der Schutz des Rechtssuchenden werde zu extensiv verstanden, da der Verbraucherschutzgedanke z.B. nicht den Schutz von geschäftserfahrenen Unternehmern oder rechtskundigen Personen durch das RBerG rechtfertige. Auch die ganz herrschende Auffassung, dass das RBerG auch die forensische Tätigkeit reguliere, lehnt *Kleine-Cosack* ab und plädiert dafür, diese Problematik allein anhand der verfahrensrechtlichen Bestimmungen zu lösen. Breiten Raum räumt *Kleine-Cosack* der Frage der – von EuGH bzw.

BVerfG grundsätzlich bejahen – Vereinbarkeit des RBerG mit dem Europarecht bzw. dem Grundgesetz ein. Er prophezeit, dass das höherrangige Recht die Ausnahme – Tätigkeitsmöglichkeiten für Nicht-Anwälte – künftig zur Regel machen werde. Ob man dieser These trotz der unbestreitbaren Notwendigkeit der Liberalisierung wird beipflichten können, ist allerdings zweifelhaft: So ist auch im Ausland, das gerne – auch von *Kleine-Cosack* – als Kronzeuge für die Überflüssigkeit eines RBerG benannt wird, z. B. die forensische Tätigkeit vielfach zu Gunsten der Anwaltschaft monopolisiert bzw. bei Fehlen eines „Anwaltsmonopols“ ein Monopol „minderer Art“ zu Gunsten juristisch qualifizierter Personen vorgesehen. Die eigentliche Kommentierung des Gesetzes nimmt sodann rund 300 Seiten ein; auf die zahlreichen interessanten Ansätze, die der Verfasser entwickelt, kann im Rahmen dieser Bücherschau nicht näher eingegangen werden. Insgesamt zeichnet sich die Kommentierung durch bewusste Schwerpunktsetzungen aus. So werden zahlreiche Urteile nicht wie in Kommentaren häufig nur leitsatzartig nachgewiesen, sondern im Stile einer ausführlichen Anmerkung kritisch besprochen. Auf weiteren 50 Seiten behandelt der Kommentar die diversen AVO zum RBerG, zum Teil kommentiert, zum Teil nur durch Wiedergabe des Wortlauts. Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Diskussion um die Ablösung des RBerG durch das liberalere Rechtsdienstleistungsgesetz ist dieser kritische Kommentar eine willkommene Bereicherung der Literatur zum RBerG – viele Forderungen, die der Kommentar an den Gesetzgeber und die Gerichte erhebt, dürften im kommenden Recht Niederschlag finden.

II. Verfahrens- und Kostenrecht

1. Zu den in Deutschland traditionell bestaunten Charakteristika des amerikanischen Rechtssystems gehört u. a. das Beweisrecht. Während zur sog. „*Pretrial Discovery*“, der vorprozessualen Tatsachenermittlung durch die Prozessparteien, bereits einige Studien vorliegen, hat ein weiteres Element des Beweisrechts, das sog. „*Witness Coaching*“, in rechtsvergleichenden Studien bislang wenig Beachtung gefunden. *Sven Timmerbeil* hat sich der Thematik in seiner von *Leipold* betreuten Freiburger Dissertation „*Witness Coaching und Adversary System: Der Einfluss der Parteien und ihrer Prozessbevollmächtigten auf Zeugen und Sachverständige im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozess*“² erstmals vertieft angenommen und untersucht das Phänomen, dass in den USA Zeugen und Sachverständige durch Rechtsanwälte und andere Hilfspersonen systematisch auf ihren Auftritt als Beweismittel vorbereitet werden. Ein solches Ausschnittsproblem eines ausländischen Verfahrensrechts kann bei einem rechtsvergleichenden Ansatz leicht missverstanden werden, wenn es nicht in einen breiteren Kontext gestellt wird. *Timmerbeil* unternimmt es daher, den Leser zunächst auf knapp 20 Seiten mit den Wesenselementen des amerikanischen Zivilprozesses vertraut zu machen, bevor er auf die Kernproblematik seiner Studie, die Einflussmöglichkeiten der Parteien und ihrer Bevollmächtigten auf Zeugen und Sachverständige, eingeht. Auf rund 70 Seiten wendet er sich der Rechtslage in den USA zu und macht

* Rechtsanwalt, Partner WKLP Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer Partnerschaftsgesellschaft am Standort Köln.

1 *Michael Kleine-Cosack*, Rechtsberatungsgesetz, Verlag C.F. Müller, Heidelberg 2004, 440 Seiten, ISBN 3-8114-3107-2, 52,- EUR.

2 *Sven Timmerbeil*, *Witness Coaching und Adversary System: Der Einfluss der Parteien und ihrer Prozessbevollmächtigten auf Zeugen und Sachverständige im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozess*, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2004, 227 S., ISBN 3-16-148289-1, 49,- EUR.



vor allem deutlich, dass in einem adversialen System das Instrumentarium des Kreuzverhörs US-amerikanischer Prägung den Verzicht auf eine Vorbereitung von Zeugen riskant erscheinen lässt. Dem verständlichen Reiz, in diese unbekannt verfahrensrechtlichen Dimensionen durch Anekdotisches einzuführen, kann *Timmerbeil* hierbei nicht immer widerstehen, wenngleich er nicht die gebotene Schwerpunktsetzung aus dem Blick verliert: Vertiefend befasst sich der Autor mit den Grenzen der Einflussnahme, die aus dem Verfahrensrecht im Allgemeinen, dem Beweisrecht, den Einflussmöglichkeiten von Jury und Richter, dem – in dieser Frage wenig aussagekräftigen – anwaltlichen Berufsrecht sowie dem Strafrecht resultieren. Auf weiteren 60 Seiten untersucht *Timmerbeil* sodann abstrakt die entsprechenden Einflussmöglichkeiten im deutschen Recht und die solchen Einflussnahmen gezogenen Grenzen. Die Stichworte sind hier die prozessuale Wahrheitspflicht der Parteien, von Zeugen und Sachverständigen sowie denkbare Beweisverwertungsverbote im Nachgang zu unzulässigen Einflussnahmen. Es schließt sich eine Betrachtung zum „Standesrecht“ der Anwälte an, welche die frühere Regelung zum Zeugenkontakt in § 6 Standesrichtlinien und das Fehlen einer entsprechenden Regelung in der BORA zum Ausgangspunkt nimmt. Ausgehend von diesem Befund untersucht *Timmerbeil*, ob sich aus dem Sachlichkeitsgebot (§ 43 a Abs. 3 BRAO) oder der Generalklausel des § 43 BRAO Pflichten im Hinblick auf den Umgang des Anwalts mit Zeugen ableiten lassen. Er verneint dies zutreffend; so lehnt er mit der h.M. ab, in § 43 BRAO überhaupt einen pflichtenbegründenden Auffangtatbestand zu sehen. Einer Fehleinschätzung erliegt der Verfasser allerdings bei seiner Untersuchung der CCBE-Regeln, die er als Musterberufsordnung ansieht, ohne zu erkennen, dass die Regeln nur in grenzüberschreitenden Sachverhalten und als Verbandsrecht nur bei Übereinstimmung mit dem höherrangigen nationalen Recht gelten. Nach einem abschließenden rechtsvergleichenden Kapitel plädiert der Autor für eine klare Aussage des deutschen Berufsrechts zum Problem der Zeugenvorbereitung und für eine grundsätzliche Unzulässigkeit des *Witness Coachings* zwar nicht in Form eines generellen Kontaktverbots, wohl aber im Sinne eines Vorbereitungs- und Beeinflussungsverbots.

2. Anders als das BGB enthält die ZPO nur rudimentäre Regelungen zu vollmachtlosen Handlungen. *Diethard Breitkopf* untersucht vor diesem Hintergrund in seiner Osnabrücker Dissertation mit dem Thema „Die Klageerhebung und -rücknahme bei vollmachtloser Prozessvertretung und ihre kostenrechtliche Beurteilung“³ ein interessantes Ausschnittproblem der vollmachtlosen Verfahrenseinleitung, das mangels detaillierter gesetzlicher Regelung von Rspr. und Literatur gelöst werden muss. *Breitkopf* untersucht zunächst, inwieweit die Klage des vollmachtlosen Vertreters bei Gericht überhaupt Beachtung finden kann und die Vollmachtlosigkeit einer Klagerücknahme entgegensteht. Da die Wirksamkeit der vollmachtlosen Erhebung und Rücknahme der Klage nicht ernsthaft in Zweifel gezogen wird, ist die Arbeit in diesem Teil der Aufarbeitung dogmatischer Grundlagen gewidmet. Im zweiten Hauptteil untersucht *Breitkopf* sodann die kostenrechtlichen Folgen der Klagerücknahme, namentlich die Frage, ob es bei der gesetzlichen Kostenfolge des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO bleibt oder dem vollmachtlos handelnden Vertreter die Kosten aufzuerlegen sind. *Breitkopf* lehnt sowohl eine Kostenhaftung analog § 177 ff. BGB als auch nach den Grundsätzen des Veranlassungsprinzips, das von der h.M. zu Grunde gelegt wird, ab. Er plädiert für eine analoge Anwendung des § 89

Abs. 1 S. 3 ZPO sowohl für den Fall der Klageabweisung wegen Vertretungsmangels als auch bei Klagerücknahme durch den vollmachtlosen Vertreter oder den vermeintlich Vertretenen. Die entsprechende Kostenentscheidung soll nach Ansicht *Breitkopfs*, die sich insofern von der überwiegenden Rspr. unterscheidet, unabhängig von einem Verschulden des Prozessvertreters oder seiner Gutgläubigkeit ergehen. Eine sorgfältige Aufarbeitung der stark kasuistisch geprägten Thematik.

3. *Thomas Hösl* behandelt in seiner Augsburger Dissertation „Kostenerstattung bei außerprozessualer Verteidigung gegen unberechtigte Rechtsverfolgung“⁴ einen interessanten Aspekt des Problems, dass das deutsche Recht keinen allgemeinen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch kennt. Solange entsprechende Kosten im Nachgang zu einem Schadensereignis als Schadensposition eines materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruchs („unselbstständiger Kostenerstattungsanspruch“) geltend gemacht werden können, stellen sich keine besonderen Probleme. Diffiziler ist die schuldrechtliche Ausgangslage, wenn eine Person außerprozessual zu Unrecht mit Ansprüchen überzogen wird und Kosten zu ihrer Rechtsverteidigung aufwenden muss, da hier eine Abwägung zwischen dem allgemeinen Lebensrisiko, in Rechtsstreitigkeiten verwickelt zu werden, und dem Schutz, in unberechtigte Auseinandersetzungen hineingezogen zu werden, gefunden werden muss. Die Arbeit von *Hösl* enthält eine sorgfältige Aufarbeitung der denkbaren Anspruchsgrundlagen, die auf die Erstattung von Rechtsverteidigungskosten gerichtet sein können. *Hösl* arbeitet heraus, dass die Aussichten auf Erstattung desto schlechter werden, je geringer vor der unberechtigten Rechtsverfolgung der Kontakt zwischen Rechtsverfolger und Rechtsverteidiger war. Bei Bestehen eines Schuldverhältnisses können sich Ansprüche vor allem aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, bei einer vorvertraglichen Sonderbeziehung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ergeben. Ist die unberechtigte Rechtsverfolgung hingegen zugleich das erste Aufeinandertreffen, sind die Aussichten auf Kostersatz geringer, da nur nach Maßgabe des § 678 BGB bzw. des Deliktsrechts möglich. Zur Schließung der hieraus resultierenden Lücken beim Schutz vor unberechtigter Rechtsverfolgung plädiert *Hösl* für die Gewährung eines Aufwendungsersatzanspruchs aus §§ 683, 677, 670 BGB: In Fällen der Verteidigung gegen eine unberechtigte Geltendmachung eines Rechts sieht er in Anlehnung an die Rspr. zum Aufwendungsersatz bei berechtigter Abmahnung in der Verteidigung des Betroffenen eine „Hilfestellung zur Änderung des Verhaltens“ im Sinne eines auch-fremden-Geschäfts. Er räumt allerdings ein, sich mit diesem Verständnis der Fremdheit des Geschäfts bei der Anspruchsabwehr gegen die einhellige Auffassung in Schrifttum und Rspr. zu stellen. In der Tat fällt es trotz der praktischen Vorteile einer solchen Lösung schwer, sie mit den Grundstrukturen der GoA in Deckung zu bringen. Nichtsdestotrotz bietet die Arbeit eine hilfreiche Zusammenstellung der materiellrechtlichen Kostenerstattungsproblematik.

Vorschau: Die nächste Bücherschau wird sich mit Neuerscheinungen zum Berufsrecht sowie mit Ausbildungsliteratur befassen.

³ *Diethard Breitkopf*, Die Klageerhebung und -rücknahme bei vollmachtloser Prozessvertretung und ihre kostenrechtliche Beurteilung, Verlag Peter Lang, Frankfurt 2004, 304 S., ISBN 3-631-52290-8, 51,50 EUR.

⁴ *Thomas Hösl*, Kostenerstattung bei außerprozessualer Verteidigung gegen unberechtigte Rechtsverfolgung, Köln 2004, 180 S., ISBN 3-452-25563-8, 50,- EUR.