

13. Syndikusanwaltstag am 09./10.11.2006

Grand-Hotel-Esplanade Berlin

Donnerstag 09.11.2006, 11.30 – 13.00 Uhr

Erfolgshonorar: Pro und Contra

Stellungnahme

von

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Michael Kleine-Cosack, Freiburg i. Br.

Der freiberufliche Sonderstatus deutscher Rechtsanwälte steht zwischenzeitlich unter massivem europa- sowie verfassungsrechtlichem und auch politischem Druck. Über ein Jahrhundert seit Einführung der freien Advokatur nicht in Frage gestellte Regelungen werden im Rahmen der Globalisierung mit der Öffnung nationaler Märkte auch auf dem Dienstleistungssektor auf den Prüfstand gestellt. Freiheitsbeschränkungen, welche in der Vergangenheit unkritisch und selbstverständlich hingenommen wurden, werden vermehrt enttabuisiert.

Einer derart kritischen Analyse ist auch das freiberufliche Gebührenrecht ausgesetzt. Es ist ein Dorn im Auge der Europäischen Union, welche einen durch Harmonisierung und Wettbewerbsfreiheit geprägten Binnenmarkt anstrebt. Auch in Deutschland steht der Freiberuflerstatus einschließlich seiner Gebührenordnungen erstmals unter kritischer Beobachtung der Politik. Deren Notwendigkeit im Interesse des Gemeinwohls bedarf in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht einer längst überfälligen Überprüfung. Damit gerät auch ein Verbot in das Visier der Gerichte wie der Politik, welches bisher weitgehend tabuisiert worden ist. Es geht um die Regelung, wonach Erfolgshonorare von Rechtsanwälten nicht vereinbart werden können.

Die Anwaltschaft hat auch dieses Problem schlicht verschlafen. Es unterlag offensichtlich auf dem Traditionsaltar des Berufsrechts einem vollständigen Tabu. Eine Entscheidung des BVerfG steht zum Jahresende 2006 bevor; mit seinem Fall ist zu rechnen. Schließlich ist der Umfang des bisher uneingeschränkt geltenden Verbots verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber wird dann gezwungen sein, in einer Neuregelung der maßgeblichen Verbotsbestimmung das bisherige Totalverbot zu lockern.

1. Gesetzliche Regelung

Der Blick zurück macht deutlich, dass das gesetzliche Erfolgshonorarverbot noch nicht sehr alt ist. Es war allein die Rechtsprechung des BGH, welche in einer allerdings schwankenden und nach 1945 Ausnahmen aufweisenden Judikatur Erfolgshonorare als "sittenwidrig" gem. § 138 BGB einstuft.

Erst im Zuge der Neuregelung des Berufsrechts fügte man 1994 in die BRAO den heute maßgeblichen § 49 b II ein. Er bestimmt: „Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird (Erfolgshonorar) oder nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrags als Honorar erhält (quota litis), sind unzulässig.“

Die Statuierung der gesetzlichen Verbotsregelung in § 49 b II BRAO erfolgte, ohne – wie verfassungsrechtlich, europarechtlich und rechtsvergleichend unverzichtbar – eine sorgfältige Prüfung seiner Notwendigkeit vorzunehmen. Eine fundierte empirische wie rechtliche Verbotsprüfung fehlt bisher. Der Gesetzgeber wie die Anwaltschaft haben in der Vergangenheit die Problematik der Erfolgshonorare niemals sorgfältig geprüft. Unter dem Druck der Entscheidung des BVerfG können sie sich aber vor dieser Aufgabe nicht weiter „drücken“.

2. Reichweite des Verbots

Zunächst bedarf es einer terminologischen Klärung, da Erfolgshonorar einerseits und quota litis unterschiedlich definiert werden.

Erfasst sind vom Erfolgshonorarverbot alle Arten von Honorarvereinbarungen, in denen die Bezahlung des – in Deutschland niedergelassenen - Rechtsanwalts vom Ausgang des von ihm zu bearbeitenden Mandats abhängt, wobei das endgültige Honorar zum Zeitpunkt der Mandatserteilung bzw. der Gebührenabrede nicht feststeht.

In Betracht kommen „Alles oder Nichts“- oder gestaffelte Erfolgshonorarabsprachen, ein erfolgsabhängiges Zusatzhonorar (palmarium), eine Honorarbestimmung prozentual zum Nettoumsatz eines Betriebes, die Vereinbarung von bestimmten Honoraren für den Erfolg bei der Sanierung oder Abwicklung von Betrieben.

Nicht fällt darunter die nach Mandatserledigung vereinbarte Erhöhung des ursprünglich vereinbarten Honorars (honorarium).

Unter einer quota-litis-Vereinbarung – einem Unterfall des Erfolgshonorars - versteht man die Abrede zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Mandanten, dass die Vergütung des Rechtsanwalts einen Teil des erstrittenen Betrags ausmacht. Der Anwalt erhält für einen herbeigeführten Erfolg nicht eine zuvor vereinbarte feste Summe, sondern (ausschließlich) eine Vergütung in Form einer prozentualen Beteiligung an dem erzielten Ergebnis. Die Vergütung des Anwalts steigt verhältnismäßig mit dem Gewinn des Mandanten, der Anwalt partizipiert daher am Gewinn des Mandanten.

Sehr umstritten ist, ob ein wesentlicher Unterschied zwischen dem allgemeinen Erfolgshonorar und dem Sonderfall der quota-litis-Vereinbarung besteht. Teilweise wird die Auffassung vertreten, letztlich bestehe kein relevanter Unterschied zwischen Erfolgshonorar und quota litis, beide seien daher gleich zu behandeln. Andere folgern aus dieser Unterscheidung, dass in jedem Fall die provisionsähnlich ausgestaltete quota-litis-Vereinbarung unzulässig sei.

Das Verbot des § 49 b II BRAO gilt im übrigen nur bei einer von der BRAO erfassten Rechtsberatung und –vertretung des Anwalts. Betätigt er sich zweitberuflich als Makler oder bei einer Anlageberatung bzw. Vermögensberatung, kann er sich erfolgsabhängige Provisionen versprechen lassen, ohne gegen das Verbot zu verstoßen.

3. Verfassungswidrigkeit

Das in § 49 b II BRAO enthaltene uneingeschränkte Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars hält einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand.

a) Maßgebliche Grundrechte

Auf anwaltlicher Seite berührt das Erfolgshonorarverbot Art. 12 Abs. 1 GG. Er betrifft am Maßstab der Grundsätze von BVerfGE 7, 377 die Freiheit der Berufsausübung und nicht der Wahl. Der Mandant, dem die Vereinbarung eines Erfolgshonorars unmöglich gemacht wird, kann sich auf die in Art. 2 I GG geschützte Privatautonomie und Vertragsfreiheit berufen.

b) Eingriff

Das Verbot greift auch rechtserheblich in die genannten Freiheitsrechte ein, da sie die Vereinbarung eines Erfolgshonorars bzw. einer quota litis unmöglich machen.

c) Rechtswidrigkeit

Verfassungskonform wären die dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I 23 GG in formeller Hinsicht entsprechenden Verbote nur dann, wenn sie materiell verhältnismäßig sind. Die Freiheit der Berufsausübung kann nur beschränkt werden, soweit das Verbot im Interesse des Gemeinwohls geeignet und erforderlich sowie zumutbar ist.

a) Gemeinwohl

Zwar soll einem Erfolgshonorarverbot nicht grundsätzlich abgesprochen werden, dass es Gemeinwohlzwecken dienen kann.

a) Verfehlt ist allerdings der vielfach praktizierte Rekurs auf die angeblich gefährdete Freiberuflichkeit bzw. Nichtgewerblichkeit des Anwaltsberufs. Aus der Bestimmung des § 2 BRAO, wonach der Rechtsanwalt einen freien Beruf ausübt, kann schon wegen der Unbestimmtheit und Offenheit des fraglichen Begriffs kein – dem verfassungsrechtlichen Gebot der Bestimmtheit wie auch des Gesetzesvorbehalts konformer - Verbotstatbestand hergeleitet werden.

b) Ebenso wenig kann ernsthaft behauptet werden, dass die Möglichkeit der Vereinbarung von Erfolgshonoraren zu exorbitanten Schadensersatzforderungen und unangemessen hohen Anwaltshonoraren oder gar einer erhöhten Prozesslust der Bevölkerung führt.

c) Sinn des Verbots des Erfolgshonorars ist jedoch vor allem die Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts als – so § 1 BRAO – „Organ der Rechtspflege“, welche „gefährdet ist, wenn bei der Führung der Sache wirtschaftliche Erwägungen den Ausschlag geben könnten“. Die ausschließliche anwaltliche Orientierung am Erfolg der Bemühungen kann in der Tat zur Folge haben, dass die Beratung und Vertretung des Mandanten weniger an dessen Interessen, am Recht und dem Rechtsstaat als vielmehr an wirtschaftlichen Gebühreninteressen orientiert ist.

b) Eignung

Dem Verbot kann im Hinblick auf dieses allein als vertretbar in Betracht kommende Gemeinwohlziel der unabhängigen, am Recht orientierten Wahrnehmung der Mandanteninteressen auch nicht die verfassungsrechtlich am Maßstab des Art. 12 I GG und dem Gebot der Verhältnismäßigkeit erforderliche Eignung abgesprochen werden. Wenn den Rechtsanwälten ihr Honorar kraft Vereinbarung oder Gesetzes „si-

cher“ ist, dann können sie auch ohne Sorge um ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen das Mandat wahrnehmen.

c) Erforderlichkeit

Die entscheidenden rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Bedenken richten sich jedoch die Erforderlichkeit des Verbots. Fraglich kann allein sein, ob das bisherige Totalverbot uneingeschränkt erforderlich zur Erreichung der skizzierten Gemeinwohlzwecke notwendig ist.

Eindeutige Antworten im Sinne von Pro oder Contra kann es gerade auch im Hinblick auf die Komplexität der Problematik nicht geben. Bei kritischer Prüfung überwiegen jedoch die Argumente gegen ein totales Verbot des Erfolgshonorars.

aa) Keine Erforderlichkeit eines Totalverbots zur Wahrung der Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und/oder seine Stellung als Organ der Rechtspflege erfordern kein vollständiges Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars.

In der Bundesrechtsanwaltsordnung finden sich zahlreiche Vorschriften, in denen die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts angesprochen wird (§§ 1, 3 Abs. 1, 7 Nr. 8, 14 Abs. 2 Nr. 8, 43 a Abs. 1, 59 f. Abs. 4). In allen diesen Fällen bedarf es in concreto der Prüfung, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Kollisionen mit dem Postulat anwaltlicher Unabhängigkeit entstehen können. Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang noch nicht näher mit dem Kriterium der „Unabhängigkeit“ des Anwalts befasst. Lediglich in zwei Entscheidungen wird dieser Topos nur kurz angesprochen.

In jedem Fall ist der viel zu unbestimmte Begriff „*Organ der Rechtspflege*“ konkretisierungsbedürftig, wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt. Soweit der Rechtsanwalt in § 1 BRAO als „*unabhängiges Organ der Rechtspflege*“ definiert wird, betrifft dies vor allem seine Stellung innerhalb der Rechtspflege und damit - vereinfacht ausgedrückt - gegenüber dem Staat; sie ist beim Erfolgshonorarverbot nicht betroffen.

Aus § 3 BRAO ergibt sich jedoch der mandantenbezogene Aspekt der Unabhängigkeit: Hiernach ist der Rechtsanwalt „*der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten*“. Hiermit ist sein Verhältnis zum Mandanten angesprochen. Beide Aussagen gehören zusammen.

Aus der durch Art. 12 I GG geschützten Berufsfreiheit des Rechtsanwalts, der Einstufung seiner Tätigkeit in § 2 BRAO als „freier Beruf“ entsprechend dem Grundsatz der freien Advokatur folgt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die „*freie und unreglementierte Selbstbestimmung*“ der Anwaltstätigkeit. Diese „*freie und unreglementierte Selbstbestimmung*“ entfaltet sich in zwei Richtungen: sie bestimmt die Stellung des Rechtsanwalts gegenüber den staatlichen Gewalten, charakterisiert darüber hinaus aber auch die Funktion anwaltlicher Tätigkeit im Verhältnis zum Mandanten. Die berufliche Unabhängigkeit zählt damit zum Kernbestand des Anwaltsberufs und konstituiert seine besondere Funktion im Rechtspflegesystem. Der Rechtsanwalt übt seinen Beruf in freier Selbstverantwortung aus. Jede staatliche Reglementierung hat sich an Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG sowie am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

zu orientieren. Unabhängige anwaltliche Tätigkeit bedeutet Unabhängigkeit vom Staat aber auch Unabhängigkeit gegenüber dem Mandanten.

Ist der Anwalt nach § 3 BRAO der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten, rechtfertigt dies, dass er sich mit den Interessen seines Mandanten identifiziert. Dieser Interessengleichklang ist im Mandatsverhältnis angelegt. Interessenskongruenz darf nicht, wie dies häufig geschieht, mit Interessenverquickung gleichgesetzt und damit negativ besetzt werden. Nicht die Interessenskongruenz als solche, die - ungeachtet der unterschiedlichen Intentionen der Vertragspartner - bei jedem gegenseitigen Vertrag besteht, schafft eine Interessenverquickung und stellt damit bereits die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts in Frage.

Erst wenn dieser das ihm angetragene Mandat gleichsam zur eigenen Sache macht und damit „fremdbestimmt“ ist, verliert er die Distanz zum Mandanten und damit auch seine Unabhängigkeit diesem gegenüber. Er übt sein Mandat dann nicht mehr eigenverantwortlich und in persönlicher Unabhängigkeit aus, sondern ist gleichsam Werkzeug seines Mandanten. Ob dies der Fall ist, hängt aber nicht von der Art und Weise der Vergütung ab, die der Anwalt erhält; auch ein Anwalt, der gegen gesetzliche Gebühr tätig wird, kann in eine Abhängigkeit geraten. In BVerfGE 110, 226/252 hat das Bundesverfassungsgericht daher zutreffend darauf hingewiesen, zwischen Mandant und Rechtsanwalt bestehe ein Vertrauensverhältnis. Der Mandant könne erwarten, dass der Anwalt seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnimmt. „Uneigennützig“ bedeutet aber nicht, dass der Rechtsanwalt sich dabei nicht von wirtschaftlichen Interessen leiten lassen darf.

Das Kriterium der Unabhängigkeit eignet sich somit nicht zur Begründung der Unzulässigkeit eines Erfolgshonorars. Daher begegnet die derzeitige Regelung in § 49 b Abs. 2 BRAO, soweit hiernach die Vereinbarung eines Erfolgshonorars generell unzulässig ist, verfassungsrechtlichen Bedenken. Ein totales Verbot des Erfolgshonorars ist weder erforderlich noch geeignet, um die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit anwaltlicher Tätigkeit zu garantieren.

bb) Keine Erforderlichkeit des Verbots in „Sozialfällen“ angesichts des Interesses der Rechtsuchenden

Keinesfalls kann das Verbot des Erfolgshonorars gerechtfertigt werden in sog. Sozialfällen, in denen Mandanten Gefahr laufen, mangels ausreichender Mittel ihre Rechte nicht durchsetzen zu können.

(1) Notsituation

In Fällen, in denen eine solche Interessenlage besteht, und die Rechtsuchenden weder PKH beanspruchen können noch eine Rechtsschutzversicherung haben, muss es ihnen möglich sein, einen Anwalt ohne eigenes Kostenrisiko auf Erfolgshonorarbasis zu mandatieren. Andernfalls laufen sie Gefahr, ihrer Rechte vollständig verlustig zu gehen. Ihre materiellen Grundrechte wie auch in bestimmten Fällen das prozessuale Hauptgrundrecht des Art. 19 IV GG dürfen nicht auf dem Altar der durch das Erfolgshonorarverbot zu sichernden anwaltlichen Unabhängigkeit geopfert werden.

Ein solcher „Sozialfall“ liegt dem BVerfG zur Entscheidung vor. Es ist damit zu rechnen, dass das BVerfG die in derartigen Fällen bestehenden Bedenken gegen das

Erfolgshonorarverbot teilt. Schon deshalb wird auch der Gesetzgeber gezwungen sein, die gesetzliche Regelung entsprechend einzuschränken.

(2) Defizit staatlicher Unterstützung

Er ist dazu gezwungen, weil die Beratungshilfe im außergerichtlichen Bereich offensichtlich nicht ausreicht und die PKH immer weiter reduziert wird. Der Zusammenhang zwischen den PKH-Regelungen und dem Erfolgshonorarverbot darf nicht übersehen werden. Das Erfolgshonorar hat in den anderen Ländern wie z.B. den USA auch die Funktion, die fehlende Möglichkeit der Prozesskostenhilfe partiell zu kompensieren. Scheidet ein derartiger Anspruch – wie in vielen Fällen – aus, dann muss den Rechtsuchenden die Möglichkeit gegeben werden, mit dem Anwalt ein Erfolgshonorar zu vereinbaren. Die Gefahr des ansonsten bestehenden Rechtsverlusts wird sich in den kommenden Jahren entscheidend erhöhen, da der „arme“ Staat sich nicht in der Lage sieht, seine Leistungen im Rahmen der Prozesskostenhilfe nennenswert zu steigern. Auch neigen die Gerichte dazu, die Anforderungen an die Gewährung von PKH – nicht selten verfassungswidrig – hoch anzusetzen.

Man kann die „armen“ Rechtsuchenden auch nicht auf zwischenzeitlich auf dem deutschen Rechtsberatungsmarkt tätige Prozessfinanzierer verweisen. Diese übernehmen erfahrungsgemäß nur in seltenen Fällen das Gebühren- und Kostenrisiko. Zudem werden auch sie nur auf Erfolgshonorarbasis mit den gleichen Vor- und Nachteilen für den Rechtsuchenden tätig. Für den Letzteren macht es keinen Unterschied, ob er einen Erfolgshonorarvertrag direkt mit dem Anwalt oder mittelbar über einen Prozessfinanzierer schließt.

cc) Erforderlichkeit in anderen Fällen

Die entscheidende Frage geht jedoch dahin, ob und in welchem Umfang über derartige Sozialfälle hinaus das Erfolgshonorar in der Zukunft zu lockern sein wird, weil es nicht erforderlich ist im Interesse des Gemeinwohls.

Die Beantwortung der Frage setzt eine genauere Prüfung der Erforderlichkeit voraus. Das BVerfG hat im Erbensucherfall zu recht betont, dass es ein „nachvollziehbares Interesse“ der Mandanten gibt, in einer unsicheren und risikobehafteten Situation für eine Dienstleistung nur bei einem Vermögenszuwachs auch ein Entgelt zahlen zu müssen. Dieses Interesse besteht auch, dann wenn man einen Rechtsanwalt beauftragt.

(1) Unhaltbarkeit eines Totalverbots

Ein totales Verbot des Erfolgshonorars lässt sich weder unter Berufung auf die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts noch auf seine Stellung als Organ der Rechtspflege rechtfertigen. Jede Beauftragung eines Rechtsanwalts führt zu einer Interessenkongruenz zwischen Mandant und Anwalt. Dieser hat daher entsprechend § 43 a BRAO eigenverantwortlich zu prüfen, ob eine Vergütungsabsprache seine Unabhängigkeit gefährdet.

(2) Rechtsvergleichung

Gegen die Erforderlichkeit des uneingeschränkten Erfolgshonorarverbots spricht auch eine Rechtsvergleichung. Die Erforderlichkeit eines Erfolgshonorarverbots ist auch deshalb fraglich, weil viele Länder kein Totalverbot kennen.

Es gibt weltweit eine große Vielfalt von Honorierungssystemen. Zwar ist die quota litis auch in den meisten anderen Ländern untersagt. Das rigide Erfolgshonorarverbot in Deutschland scheint jedoch weitgehend einzigartig zu sein. Viele Länder überlassen die Honorarvereinbarung vollständig der freien Vereinbarung zwischen Anwalt und Mandant. Manche Länder erlauben Erfolgsregelungen in unterschiedlichem Umfang wie z.B. Kroatien, Estland, Litauen, Ungarn, Tschechien oder Slowenien. England und Wales, Schottland sind ebenfalls in den 90er Jahren mit der Einführung der conditional-fee aus der Phalanx der Anti-Erfolgshonorarvertreter ausgetreten.

In Österreich ist die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zulässig, sowohl in Straf- als auch in Zivilsachen. Die Grenze ist die "Unverhältnismäßigkeit", zu der jedoch kaum Rechtsprechung existiert. Für das Strafrecht sehen die AHR (Autonomen Honorarrechtlinien) einen Zuschlag zum gesamten Honorar von bis zu 50 % (insbesondere bei vollständigem Freispruch) vor. In Spanien ist die Regelung zum Erfolgshonorar unterschiedlich. In Katalonien z.B. darf ein Erfolgshonorar vereinbart werden. - Wenn aber andere Länder - vor allem in der EU - Erfolgshonorare nicht derart rigide verbieten, wie es in § 49 b II BRAO geschieht, dann muss auch die deutsche Regelung gelockert werden, da eine rational nachvollziehbare Erklärung für eine Notwendigkeit im bisherigen Umfang nicht gegeben werden kann. Andernfalls besteht zudem für in Deutschland niedergelassene Anwälte die Gefahr, dass sie von den sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufenden Kollegen aus der EU „ausgehobelt“ werden, ohne dass sie gegen die damit verbundene umgekehrte Diskriminierung etwas unternehmen können.

Dementsprechend fordert auch die EU-Kommission eine Abschaffung des Verbots des Erfolgshonorars.

In das gleiche Horn „bläst“ die Monopolkommission. Auch sie plädiert in ihrem jüngsten Bericht für eine Aufhebung des Verbots.

(3) Wirtschaftliches Denken bei Rechtsanwälten

Der Rechtsanwalt übt zwar kein Gewerbe aus (§ 2 BRAO), muss aber die Kosten seiner Tätigkeit kalkulieren. Dies kann zur Folge haben, dass er Mandate unter einem gewissen Streitwert, weil nicht kostendeckend, ablehnt. Wirtschaftliche Überlegungen sind also nicht etwa ab ovo missbilligenswert. Hierdurch wird auch nicht per se das Vertrauen der Rechtsuchenden beeinträchtigt. Es fragt sich daher, warum der Rechtsanwalt gehindert sein soll, ein Mandat zu übernehmen, bei dem er nur im Fall eines Erfolgs eine Vergütung erhält. Mag dies für ihn auch ein Risiko sein, kann doch maßgeblich für die Erwägung, ein solches Mandat zu übernehmen, der Umstand sein, dass die gesamte Kostenkalkulation unter Berücksichtigung der Mandatsstruktur ein solches Risiko als tragbar erscheinen lässt. Es ist nicht Aufgabe des Staates, diese Form der Berufsausübung durch das Verbot eines Erfolgshonorars zu diskreditieren.

(4) Gefahren?

Der oft gehörte Vorwurf, die Vereinbarung eines Erfolgshonorars biete einen Anreiz zum Prozessieren bzw. zur Geltendmachung überhöhter Ansprüche, ist bislang nicht verifiziert, wie nicht zuletzt die Regelung in den EU-Mitgliedstaaten belegt. In seinem eigenen Interesse muss der Rechtsanwalt vor Übernahme eines solchen Mandats sorgfältig die damit verbundenen Risiken kalkulieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Rechtsanwalt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ver-

pflichtet ist, seinen Mandanten über die finanzielle Belastung eines Prozesses (Anwaltsgebühren, Gerichtskosten etc.) aufzuklären, insbesondere auch Rechenschaft darüber zu geben, warum er Ansprüche in einer bestimmten, mit zusätzlichen Kostenrisiken verbundenen Höhe geltend machen will. Unterlässt der Rechtsanwalt eine solche Aufklärung, haftet er wegen positiver Vertragsverletzung auf Schadensersatz. In solchen Fällen ist also jederzeit eine gerichtliche Kontrolle des Anwaltsverhaltens möglich. Eine solche Kontrolle ermöglicht darüber hinaus auch § 4 Abs. 4 RVG. Unter besonderen Umständen kann die Vereinbarung eines Erfolgshonorars sogar gegen § 138 BGB verstoßen. Der Mandant ist also nicht schutzlos gestellt.

(5) Vorteil für Mandant

Bei einer Erfolgshonorarvereinbarung wird dem Mandanten nur Geld für eine gute Leistung „seines“ Anwalts abverlangt. Zugleich wird ihm das Gefühl vermittelt, dass der Anwalt sich für den Fall voll einsetzt. Die Übernahme eines persönlichen Risikos durch den Rechtsanwalt entspricht dem Idealbild des Anwalts als einem dem Recht dienenden Organ. Der Anwalt, der Zweifel daran hat, ob er mit einem Tätigwerden auf Erfolgshonorarbasis etwas verdient oder ob er am Ende nur die Kosten zu tragen hat, wird vor der Honorarform des Erfolgshonorars zurückschrecken. Also führt ein Erfolgshonorar bei entsprechender Handhabung möglicherweise zu einem weiteren Hindernis vor unbegründeten Klagen.

Auch in Strafsachen kann in Einzelfällen die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nicht als sittenwidrig angesehen werden. Wenn z.B. der Angeklagte in ein Strafverfahren verwickelt ist, von dessen Ausgang abhängt, ob er ein vermögender Mann bleibt oder ob er nach dem Verfahren mittellos ist, dann muss auch ein Erfolgshonorar zulässig sein. Soll - so Madert - der Verteidiger ein Honorar vereinbaren, das den derzeitigen wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht (alsbaldige Zahlung kann der Mandant nicht leisten, da er zur Zeit wirtschaftlich angespannt ist), oder soll er sich bereits auf die Mittellosigkeit einstellen? Madert fragt zu Recht: "Ist eine Vereinbarung: "Sie zahlen 3.000,00 DM, wenn Sie dazu in der Lage sind, jedoch nur 300,00 DM, wenn sich Ihre Lage wirtschaftlich verschlechtert" wirklich sittenwidrig?"

(6) Erfolgsregelungen im RVG

Hinzuweisen ist auch darauf, dass der Gesetzgeber bei der Prozesskostenhilfe und der Beratungshilfe selbst ein erfolgsabhängiges Modell geschaffen hat. § 126 ZPO führt dazu, dass der erfolgreiche Rechtsanwalt vom Gegner die gesetzlichen Gebühren erhält, vom Staat aber nur geringere Gebühren. § 9 BerHG gibt dem Anwalt einen vom Mandanten auf ihn übergeleiteten Anspruch in Höhe der vollen Gebühren. Hier ist also vom Ausgang der Sache abhängig, ob der Rechtsanwalt die volle Vergütung erhält oder nur die gekappte staatliche Vergütung. Weitere Fälle, in denen die Entstehung einer gesetzlichen Gebühr durch einen Erfolg ausgelöst werden, sind: Erledigungsgebühr (VV RVG Nr. 1002/1007), Aussöhnungsgebühr (VV RVG Nr. 1001), Befriedigungsgebühr (VV RVG Nr. 4141, 5115) sowie Einigungsgebühr (VV RVG Nr. 1000, 1003-1007).

dd) Umfang der Zulassung von Erfolgshonoraren

Entscheidende Frage kann daher allein sein, ob und in welchem Umfang das bisherige Totalverbot über die Sozialfälle hinaus zu lockern ist.

- Überzeugende Vorschläge sind bisher nicht erkennbar. Das Modell von Kilian ist zu kompliziert und viel zu eng, zumal es die Sozialfälle nicht berücksichtigt. Der Vorschlag des DAV ist zu unbestimmt.

- Es liegt natürlich nahe, sich an Regelungen in anderen Ländern zu orientieren, in denen man kein totales Verbot des Erfolgshonorars kennt.

- Gerichtlicher/Außergerichtlicher Bereich

Es liegt einmal nahe zu unterscheiden zwischen anwaltlichen Tätigkeitsbereichen, in denen das Erfolgshonorar eingeführt werden soll. Anwaltliche Tätigkeit ist zu über 70% eine solche außergerichtlicher Art; nur ca. 30% umfasst die forensische Tätigkeit.

Soweit das Erfolgshonorar im gerichtlichen Verfahren erlaubt wird, gelten zwar auch hier die mit ihm verbundenen positiven Aspekte. Erhöhter Einsatz und Qualität des Rechtsanwalts können auch hier die Folge seiner Zulässigkeit sein. Während im außergerichtlichen Bereich vielfach nur die Parteien, in seltenen Fällen auch Behörden betroffen sind, ist im forensischen Sektor die Justiz betroffen. Fraglich ist, ob und welche Auswirkungen die Beteiligung eines am Erfolgshonorar ausgerichteten Rechtsanwalts auf das Verfahren hat. Es könnte zu Verzögerungen kommen, der Anwalt könnte verleitet sein, auf Biegen und Brechen der Position seines Mandanten und damit sich selbst zum Erfolg zu verhelfen.

Derartige Bedenken stellen sich weniger im außergerichtlichen Bereich. Der Anwaltsberuf beschränkt sich nicht auf forensisches Handeln, also auf die Prozessvertretung und die Strafverteidigung. In großem Maße werden Anwälte beratend tätig, nicht nur in der ggf. prozessvermeidenden Beratung in einer streitigen Auseinandersetzung, sondern auch und vor allem bei der Vertragsgestaltung und der Anbahnung von Rechtsbeziehungen. Insbesondere im Bereich des Wirtschaftslebens sind Anwälte oft bei der Anbahnung von größeren Unternehmenstransaktionen beteiligt. Es entspricht den allgemeinen Erfordernissen des Wirtschaftslebens - und ist außerhalb Deutschlands auch ganz selbstverständlich -, dass Anwälte in solchen Fällen ein Honorar vereinbaren können, das, in näher zu vereinbarenden Grenzen, davon abhängig ist, ob die Transaktion zustande kommt oder nicht.

- Sonderregelung für quota litis?

Fraglich ist auch, ob die bisherige Unterscheidung zwischen Erfolgshonorar und quota-litis-Vereinbarung aufrechtzuerhalten ist. Das BVerfG wird sich zu diesem Streit vermutlich äußern, da in einem der ihm zur Entscheidung vorliegenden Fälle die maßgebliche Vorinstanz gerade maßgeblich zur Verurteilung der betroffenen Rechtsanwältin abgestellt hatte auf den Umstand, dass im konkreten Fall eine quota-litis-Vereinbarung getroffen worden war.

- Zusatzhonorar

Weniger problematisch dürfte es jedenfalls sein, wenn Rechtsanwälte zu der ihre Gebühren und Kosten im Durchschnitt abdeckenden gesetzlichen Vergütung ein erfolgsabhängiges Zusatzhonorar vereinbaren.

4. Reformbedarf

Es sollte außer Frage stehen, dass das pauschale Erfolgshonorarverbot des § 49 b II BRAO jedenfalls verfassungswidrig ist. Das Spannungsverhältnis zwischen anwaltli-

cher Unabhängigkeit und Mandantenrechtsschutz erfordert eine differenzierende Neuregelung. Wie jede Freiheit kann auch das Recht zur Vereinbarung eines Erfolgshonorars missbraucht werden. Die bloße Möglichkeit des Missbrauchs rechtfertigt jedoch – ebenso wenig wie der schlichte Anschein einer Pflichtverletzung – ein quasi präventives Verbot. Mit einer solchen Argumentation könnte man alle Freiheiten und Rechte abschaffen. Speziell bei Anwälten steht die in der Vergangenheit gerade gegen ein Erfolgshonorar angeführte Missbrauchsvermutung in merkwürdigem Widerspruch zur gleichzeitigen Betonung ihrer Stellung als „Organ der Rechtspflege“. Die Rechtsanwälte, welche sich angesichts der Erosion des Rechtsberatungsmonopols einer verschärften Konkurrenz mit nicht verkammerten gewerblichen wie freiberuflichen Dienstleistern auseinandersetzen haben, laufen Gefahr, bei uneingeschränkter Geltung des Erfolgshonorarverbots das Nachsehen zu haben, ohne dass dem Rechtsstaat damit gedient wäre. Die Erbensucherentscheidung des BVerfG sollte auch den blindesten Verteidigern der pauschalen Verbotsregelung des § 49 b II BRAO die Augen geöffnet haben.