

NJW-Sonderheft  
4. Hannoveraner  
ZPO-Symposium  
22. September 2007

Universität Hannover 



Verlag C.H. Beck · München · Frankfurt a.M.

---

---

# Inhalt

<b>Vorwort</b>	1
<b>Jürgen Oehlerking, Grußwort zum 4. Hannoveraner ZPO-Symposion</b>	2
<b>Reinhard Gaier, Der Zugang zum Recht als Verfassungsgebot und seine Realisierung durch das Erfolgshonorar</b>	4
<b>Rolf Stürner, Zugang zum Recht durch Erfolgshonorar? – Eine Kritik der verfassungsgerichtlichen Entscheidung</b>	9
<b>Christian Kirchberg, Zugang zum Recht durch Erfolgshonorar – Ein Plädoyer für den Verzicht auf Verbotsregelungen</b>	13
<b>Gabriele Caliebe, Zugang zum Recht durch das neue Rechtsdienstleistungsgesetz</b>	18
<b>Christian Wolf, Das neue Rechtsdienstleistungsgesetz im Gefüge des anwaltlichen Berufsrechts</b>	21
<b>Ingeborg Rakete-Dombek, Zugang zum Recht durch Prozesskostenhilfe</b>	29
<b>Christian Armbrüster, Zugang zum Recht durch Rechtsschutzversicherungen</b>	32
<b>Volkert Vorwerk, Zugang zum Recht durch Prozessfinanzierung</b>	36

Zitiervorschlag: NJW-Sonderheft 4. Hannoveraner ZPO-Symposion, 2008, S. ...

---

## Neue Juristische Wochenschrift (NJW)

### Redaktion:

Rechtsanwalt Professor *Dr. Achim Schunder* (verantwortlich für den Textteil); Rechtsanwalt *Dr. Stephan Tausch*.  
Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M., Postanschrift: Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt a. M., Telefon: (0 69) 75 60 91-0, Telefax: (0 69) 75 60 91-49.  
E-Mail: [Redaktion@beck-frankfurt.de](mailto:Redaktion@beck-frankfurt.de)  
Internet: [www.njw.de](http://www.njw.de)

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

**Anzeigenabteilung:** Verlag C. H. Beck, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-7 81, Telefax: (0 89) 3 81 89-7 82.  
E-Mail: [media-service@beck.de](mailto:media-service@beck.de)

**Disposition:** (Herstellung Anzeigen, technische Daten): Telefon: (0 89) 3 81 89-6 04/-6 06. Telefax: Auftragservice (0 89) 3 81 89-5 99.  
Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Fritz Leberherz*.

**Verlag:** Verlag C. H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Post-

anschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank München: Nr. 6 229-8 02, BLZ 700 100 80.

### Bestellungen an:

**NJW-Redaktion**  
Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt a. M., Fax: (0 69) 75 60 91-49.  
E-Mail: [NJW@beck-frankfurt.de](mailto:NJW@beck-frankfurt.de)

**Druck:** Druckerei C. H. Beck (Adresse wie Verlag). Lieferanschrift: Versand und Warenannahme, Berger Str. 3-5, 86720 Nördlingen.

---

# NJW-Sonderheft

## 4. Hannoveraner ZPO-Symposium

### 22. September 2007

Herausgegeben von Professor Dr. Christian Wolf, Universität Hannover,  
Rechtsanwalt beim BGH Professor Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe, Rechtsanwalt Dr. Ulrich Scharf,  
Rechtsanwaltskammer Celle, Rechtsanwalt Professor Dr. Achim Schunder, Frankfurt a. M.

Redaktion: Rechtsanwalt Professor Dr. Achim Schunder und Rechtsanwalt Dr. Stephan Tausch,  
Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

---

#### Vorwort

Das Thema des 4. Hannoveraner ZPO-Symposiums am 22. 9. 2007 lautete „Zugang zum Recht“. Unter diesem Motto beleuchtete das Symposium die aktuelle Seite eines traditionell mit Hannover verbundenen Themas. Die juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover war in den frühen 70er-Jahren des letzten Jahrhunderts eine ganz wesentlich von dem damaligen Präsidenten des OLG Braunschweig, *Rudolf Wassermann*, inspirierte Reformgründung. Insbesondere *Rudolf Wassermanns* Monographie „Der soziale Zivilprozess“ war Ausdruck des Anliegens, den Zivilprozess für alle Schichten zugänglich zu machen. Heute – in einer weitaus wohlhabenderen Gesellschaft mit leeren Staatskassen – geht es darum, den Zugang zum Recht unter veränderten ökonomischen Bedingungen wirtschaftlich zu sichern.

Das Thema wurde auf dem ZPO-Symposium in drei Themenblöcken durch aufeinander bezogene Referate von Wissenschaftlern und Praktikern, wie es der Tradition des Symposiums entspricht, behandelt. Diese Referate werden mit dem vorliegenden NJW-Sonderheft abermals in Aufsatzform dokumentiert.

An die Eröffnung der Tagung durch das Grußwort des niedersächsischen Justizministeriums, übermittelt durch den Staatssekretär des Ministeriums, *Jürgen Oehlerking*, schloss sich der erste Themenblock an. Dieser befasste sich mit dem anwaltlichen Erfolgshonorar. War bislang die Diskussion um das anwaltliche Erfolgshonorar eher rechtstheoretischer Natur, hat sich dies mit der Entscheidung des *BVerfG* vom 12. 12. 2006 (*BVerfGE* 117, 163 = *NJW* 2007, 979) grundlegend gewandelt. Das generelle Verbot des Erfolgshonorars, wie in § 49b II BRAO geregelt, verstößt gegen Art. 12 GG – so das *BVerfG*. Aufgabe des Gesetzgebers ist es nun, in den weiten Grenzen des Urteils eine Neuregelung zu schaffen. Das Urteil des *BVerfG* und der in dem Urteil dem Gesetzgeber zugewiesene Entscheidungsspielraum steht im Mittelpunkt des Beitrags von *Reinhard Gaier*, Karlsruhe. *Rolf Stürner*, Freiburg, und *Christian Kirchberg*, Karlsruhe, nehmen in ihren Beiträgen die pro- (*Kirchberg*) und die contra- (*Stürner*) Position zum Erfolgshonorar ein.

Am 11. 10. 2007 hat der Deutsche Bundestag das Rechtsdienstleistungsgesetz verabschiedet. Dieses war Gegenstand des zweiten Themenkomplexes. Nach dem alten Rechtsberatungsgesetz war die Rechtsberatung bei den Rechtsanwälten monopolisiert. Zwar will das Rechtsdienstleistungsgesetz im Grundsatz hieran nicht rütteln, in bestimmtem Umfang wird aber der Markt für Rechtsberatung geöffnet. Von unterschiedlichen Positionen ausgehend, beleuchten *Gabriele Caliebe*, Karlsruhe, und *Christian Wolf*, Hannover, die im Gesetzgebungsverfahren gefundenen Kompromisse des Rechtsdienstleistungsgesetzes.

Der dritte Themenkreis ist der unmittelbaren Prozessfinanzierung gewidmet. *Ingeborg Rakete-Dombek*, Berlin, skizziert die negativen Auswirkungen des geplanten Prozesskostenhilfebegrenzungsgesetzes insbesondere für die familienrechtlichen Streitigkeiten. *Christian Armbrüster*, Berlin, stellt die aktuellen Probleme der Rechtsschutzversicherungen vor und *Volkert Vorwerk*, Karlsruhe, zeigt die neueren Formen der Prozessfinanzierung durch Prozessfinanzierer auf.

Das Nachdenken über Zivilprozessrecht hat in Hannover Tradition. Erneut hat sich das Hannoveraner ZPO-Symposium als ein lebendiger Ort des Dialogs zwischen Wissenschaft und Praxis erwiesen. Dies ist vor allem der sehr großen Beteiligung der Teilnehmerinnen und Teilnehmer aus Wissenschaft, Richter- und Anwaltschaft an der Diskussion der Referate sowie dem informellen Gedankenaustausch rund um das ZPO-Symposium geschuldet. Die Tradition will fortgesetzt sein. Das 5. Hannoveraner ZPO-Symposium findet 2009 statt.

*Christian Wolf, Volkert Vorwerk, Ulrich Scharf, Achim Schunder*

Staatssekretär Dr. Jürgen Oehlerking, Hannover

## Grußwort zum 4. Hannoveraner ZPO-Symposion\*

Die Hannoveraner ZPO-Symposien sind inzwischen zu einem festen Bestandteil des Rechtslebens in der Bundesrepublik Deutschland geworden. Dass heute bereits das 4. ZPO-Symposion in der Leibniz Universität Hannover stattfindet, ist dafür ein deutliches Zeichen. Ihnen allen, sowohl den Veranstaltern als auch den Teilnehmerinnen und Teilnehmern dieses Symposiums, darf ich die Grüße der niedersächsischen Landesregierung, insbesondere von Frau Justizministerin *Heister-Neumann*, überbringen. Ich wünsche der Veranstaltung einen erfolgreichen Verlauf und vor allem ertragreiche Diskussionen.

Der Erfolg der Hannoveraner ZPO-Symposien hat aus meiner Sicht drei wesentliche Gründe. Zum einen ist es das außerordentliche Engagement der Veranstalter, ohne das eine solche Veranstaltung nicht gelingen könnte. Ich danke daher Herrn Professor *Dr. Wolf* und Herrn Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof Professor *Dr. Vorwerk* für ihren hohen Einsatz bei der Vorbereitung auch dieses 4. ZPO-Symposions. In gleicher Weise gilt mein Dank den weiteren Mitveranstaltern, der Rechtsanwaltskammer Celle und der Neuen Juristischen Wochenschrift, deren Chefredakteur, Herr Rechtsanwalt Professor *Dr. Schunder*, uns als Moderator durch die heutige Veranstaltung begleiten wird. Einen zweiten Grund für den Erfolg der Hannoveraner ZPO-Symposien sehe ich in der Themenwahl. Auch in diesem Jahr ist es den Veranstaltern gelungen, ein Thema von höchster Aktualität zu benennen und es unter verschiedenen Aspekten zur Diskussion zu stellen. Mit dem Erfolgshonorar, dem Rechtsdienstleistungsgesetz und der Prozesskostenhilfe sind Bereiche angesprochen, die den Bundesgesetzgeber derzeit beschäftigen oder in allernächster Zeit beschäftigen werden. Die Erträge dieses Symposiums können im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens also noch berücksichtigt werden. Besonders erfreulich ist, dass wiederum hochkarätige Referentinnen und Referenten gewonnen werden konnten. Wir dürfen uns daher auf Referate und Diskussionen auf hohem fachlichen Niveau freuen. Als dritten und letzten Punkt will ich auf die gelungene Verbindung zwischen Wissenschaft und Praxis hinweisen, die die Hannoveraner ZPO-Symposien auszeichnet und die auch in der heutigen Themenstellung zum Ausdruck kommt. Die Mitwirkung von Wissenschaftlern und Praktikern ermöglicht es allen Beteiligten, einen „Blick über den Zaun“ zu werfen und einen fruchtbaren Dialog mit Vertretern anderer Berufsgruppen zu führen.

Das 4. ZPO-Symposion steht unter dem Generalthema „Zugang zum Recht – aus der Sicht der Wissenschaft und Praxis“. Damit steht ein für unseren Rechtsstaat grundlegender Aspekt zur Diskussion. In unserer Rechtsordnung hat der Zugang zum Recht und zum gerichtlichen Rechtsschutz Verfassungsrang. Aus dem Rechtsstaatsprinzip ist auch für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten die Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes abzuleiten, die den Zugang zu den Gerichten und zu den in den Verfahrensordnungen vorgesehenen Instanzen einschließt. Die Eröffnung des Zugangs zum Recht darf sich dabei – was der Wortsinn zunächst nahelegen könnte – nicht darauf beschränken, den Bürgerinnen und Bürgern das geltende Recht in schriftlicher oder elektronischer Form zugänglich zu machen. Wäre dem so, könnten wir die Diskussion beenden und uns beruhigt zurücklehnen. Denn über das geltende

Recht kann sich jede Bürgerin und jeder Bürger ohne nennenswerten Aufwand informieren. Gesetzestexte in preiswerten Taschenbuchausgaben sind in jeder gut sortierten Buchhandlung erhältlich, und das kostenlose Angebot an Rechtstexten und Rechtsinformationen im Internet ist schier unüberschaubar. So ist z. B. auf der Internetseite des Bundesministeriums der Justiz nahezu das gesamte Bundesrecht abrufbar, und wer sich in das europäische Recht vertiefen möchte, findet auf den Seiten der Europäischen Kommission eine reiche Ausbeute.

Es liegt auf der Hand, dass dem Bürger mit der Kenntnis von Rechtstexten allein vielfach nicht geholfen ist. Es ist nämlich nicht selbstverständlich, dass der juristisch nicht vorgebildete Laie nach der Lektüre des Gesetzestextes sein Recht selbst erkennen und verfolgen kann. Vielfach wird es ihm ergehen wie dem Mann vom Lande in *Kafkas* Parabel „Vor dem Gesetz“, dem der Zugang zum Recht trotz allen Bemühens verwehrt bleibt, weil ein pflichteifriger Türhüter ihn am Eintritt in das Gesetz hindert. Meint aber die Wendung vom Zugang zum Recht richtigerweise nicht nur den äußeren Zugang zum Text, sondern darüber hinaus den „inneren Zugang“ zum Verständnis des Gesetzes, so bedarf der Bürger im Regelfall professioneller Hilfe, um einen effektiven Zugang zum Recht und insbesondere zum gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen.

Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung geben Anlass, die Auswirkungen geplanter Maßnahmen auf den verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf Zugang zum Recht zu thematisieren. Da ist zunächst das anwaltliche Erfolgshonorar: Gegenwärtig dürfen Rechtsanwälte mit ihren Mandanten keine Vereinbarungen treffen, durch die ihre Vergütung vom Erfolg ihrer anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird. Genauso wenig dürfen sie einen Teil des erstrittenen Betrags als Honorar behalten. Beides ist ihnen durch § 49 b der Bundesrechtsanwaltsordnung untersagt.

Das *BVerfG* hat dieses absolute Verbot nun in einem Beschluss vom 12. 12. 2006 für verfassungswidrig erklärt:

- Zwar sei anzuerkennen, dass das Verbot die anwaltliche Unabhängigkeit schütze, weil der Anwalt nicht persönlich am Erfolgsrisiko beteiligt sei.
- Auch bewahre das Verbot den Rechtsuchenden vor einer etwaigen Übervorteilung durch überhöhte Vergütungssätze.
- Zudem werde gegenüber dem Beklagten, der sein Prozessrisiko auch nicht in dieser Weise auf seinen Anwalt verlagern könne, Waffen-gleichheit gewahrt.

Gleichwohl – und hier wird der Aspekt des *Zugangs zum Recht* relevant – sei ein *ausnahmsloses* Verbot unangemessen: Es lasse Fallkonstellationen außer Betracht, in denen sich ein Rechtsuchender angesichts des unsicheren Ausgangs seiner Rechtssache *vernünftigerweise* scheue, die mit der Inanspruchnahme qualifizierter rechtlicher Betreuung verbundenen finanziellen Risiken auf sich zu nehmen. Damit aber *fördere* das Verbot einer Erfolgshonorarvereinbarung nicht die Rechtsschutzgewährung, sondern *erschwere* den Weg zu ihr. Das *BVerfG* hat dem Bundesgesetzgeber eine Frist bis zum 30. 6. 2008 gesetzt, diesen verfassungswidrigen

\* *Dr. Jürgen Oehlerking* ist Staatssekretär im Niedersächsischen Justizministerium. – Für die Mitarbeit am Grußwort danke ich Herrn Leitenden Ministerialrat *Petzold*.

Zustand zu ändern. Dabei hat es ihm ausdrücklich freigestellt, das bestehende Verbot gänzlich aufzuheben, einen Ausnahmetatbestand zu eröffnen oder die Wirksamkeit der Vereinbarung von der Erfüllung gewisser vergütungsbezogener Informationspflichten abhängig zu machen.

Man darf also gespannt sein, für welchen Weg sich der Gesetzgeber entscheidet; dabei ist für die Länder von besonderem Interesse, wie sich die künftige gesetzliche Regelung auf die Prozesskostenhilfe auswirken wird. Ein Referentenentwurf aus dem Bundesministerium der Justiz liegt noch nicht vor. Die Diskussion über das Erfolgshonorar ist jedoch unmittelbar nach Bekanntwerden der Entscheidung des *BVerfG* entbrannt. Dabei werden nahezu alle denkbaren Positionen vertreten. So hat sich z. B. der Deutsche Anwaltverein bereits positioniert und eine Zulässigkeit des Erfolgshonorars nur für Ausnahmefälle gefordert. Nach Auffassung anderer bietet das Erfolgshonorar für Anwalt und Mandant nahezu ausschließlich Vorteile; sie befürworten daher eine möglichst umfassende Zulassung dieser Vergütungsform.

In der zweiten Runde am heutigen Nachmittag wird es um den „Zugang zum Recht durch das neue Rechtsdienstleistungsgesetz“ gehen. Anlass ist die Absicht des Bundesgesetzgebers, das Recht der Rechtsberatung grundlegend zu reformieren. Das aus dem Jahre 1935 stammende Rechtsberatungsgesetz soll durch ein inhaltlich und strukturell grundlegend neu gestaltetes Rechtsdienstleistungsgesetz ersetzt werden. Auch dieses Projekt ist von großer Aktualität: Der von der Bundesregierung eingebrachte Gesetzentwurf wird derzeit im Rechtsausschuss des Bundestags beraten; eine Anhörung von Sachverständigen hat bereits stattgefunden. Der Bundesrat hatte ebenfalls eine umfassende Stellungnahme abgegeben. Das neue Rechtsdienstleistungsgesetz soll Nicht-Anwälten in erheblich größerem Umfang als bisher die außergerichtliche Rechtsberatung ermöglichen:

- So soll die unentgeltliche Rechtsberatung innerhalb familiärer, nachbarschaftlicher und sonstiger enger persönlicher Beziehungen nicht mehr verboten sein.
- Ein großer Teil bisher als erlaubnispflichtig eingestufte rechtlicher Tätigkeiten soll erlaubnissfrei werden.
- Nicht-Anwälten soll zudem die Erbringung solcher Rechtsdienstleistungen erlaubt sein, die als so genannte Nebenleistungen zu anderen Dienstleistungen erbracht werden. Banken dürfen sich somit als Testamentsvollstrecker betätigen, Kfz-Werkstätten bei Unfallschadensfällen beraten.

Selbstverständlich stellt eine Liberalisierung des Rechtsberatungsmarktes – die übrigens auch vor dem Hintergrund der Bestrebungen der EG-Kommission zur Deregulierung des Rechts der freien Berufe zu sehen ist – zunächst einmal eine Verbesserung für den Rechtsuchenden dar: So ist er in vielen Fällen, in denen er außergerichtlicher Beratung bedarf, nicht mehr gezwungen, einen Rechtsanwalt aufzusuchen (oder eben auf Rechtsrat zu verzichten). Vielmehr kann er sich z. B. entweder in der Nachbarschaft, beim Erbringer der Hauptdienstleistung oder etwa bei Interessenverbänden rechtlich beraten lassen. Der *Zugang zum Recht* wird ihm dadurch also erst einmal erleichtert. Auf der anderen Seite birgt die Rechtsberatung durch Nicht-Anwälte immer auch Gefahren: Es liegt auf der Hand, dass beispielsweise die Unfallschadensberatung durch den Kfz-Meister – bei allem Respekt für dessen Tätigkeit – nicht dieselbe juristische Grundlage hat wie die Rechtsberatung durch einen Anwalt. Es ist deshalb wichtig, die Grenzen der Zulässigkeit einer solchen Rechtsberatung durch Nicht-Anwälte klar zu definieren und sie möglichst auf die reine „Annexkompetenz“ zu beschränken. Im Interesse der Rechtsuchenden muss nämlich neben dem *Angebot* auch die *Qualität* der Rechtsdienstleistung

gesichert sein, zumal es bei nicht-anwaltlicher Beratung häufig am Schutz durch eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung des Beratenden fehlt. Der Zugang zum Recht würde anderenfalls in die Sackgasse führen. Der Bundesrat hat sich deshalb dafür eingesetzt, die Definition der erlaubnispflichtigen Rechtsdienstleistung zu erweitern. Nicht-Anwälte sollen zudem Rechtsdienstleistungen als Nebenleistungen nur erbringen dürfen, wenn diese gegenüber der Hauptleistung untergeordnet und für deren Erfüllung notwendig sind. Diese beiden zentralen Forderungen werden übrigens auch von der Bundesrechtsanwaltskammer gestellt. Auch dieses Thema bietet also viel Gesprächsstoff.

In einem dritten Teil des Symposions werden uns heute Nachmittag die Themen „Prozesskostenhilfe“, „Rechtsschutzversicherung“ und „Prozessfinanzierung“ beschäftigen. Zur Herstellung von Chancengleichheit zwischen bemittelten und weniger bemittelten bzw. unbemittelten Bürgern hat der Gesetzgeber bereits in der Vergangenheit umfassende Vorsorge getroffen. Bürgerinnen und Bürger, die die Kosten einer anwaltlichen Beratung nicht aufbringen können, erhalten im Wege der Beratungshilfe nahezu kostenlosen Rechtsrat. Mündet die Beratung in einen Rechtsstreit, wird, wenn die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung aussichtsreich und nicht mutwillig ist, Prozesskostenhilfe gewährt. Hierfür wenden die Länder der Bundesrepublik Deutschland jedes Jahr mehrere Hundert Mio. Euro auf. Angesichts der prekären Lage der öffentlichen Haushalte sind sie daran interessiert, die in jüngster Zeit stark gestiegenen Aufwendungen für die Prozesskostenhilfe zu senken. Diesem Ziel dient der Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der Aufwendungen für die Prozesskostenhilfe, den der Bundesrat im vergangenen Jahr auf Vorschlag Niedersachsens und Baden-Württembergs in den Bundestag eingebracht hat. Bei der Erarbeitung des Entwurfs sind die Vorgaben, die aus unserer Verfassung und aus der Rechtsprechung des *BVerfG* für die Ausgestaltung des Rechts der Prozesskostenhilfe abzuleiten sind, strikt beachtet worden. Nach Auffassung des Bundesrats wird der Zugang zum Recht durch den Gesetzentwurf in keiner Weise beeinträchtigt.

Neben der Prozesskostenhilfe kommt den Rechtsschutzversicherungen eine bedeutende Rolle bei der Gewährleistung des Zugangs zum Recht zu. Ich will nicht verhehlen, dass Rechtsschutzversicherungen von Seiten der Justiz nicht uneingeschränkt positiv gesehen werden. Zwar kann die früher von großen Teilen der Richterschaft vertretene Auffassung, rechtsschutzversicherte Personen neigten zu einem häufigeren und hartnäckigeren Prozessieren als Parteien ohne Rechtsschutzversicherung, als widerlegt angesehen werden. Rechtstatsächliche Untersuchungen haben jedoch gezeigt, dass diese Einschätzung in Bezug auf Verfahren über Verkehrs-Ordnungswidrigkeiten weiterhin eine gewisse Berechtigung hat. Allerdings überwiegen nach meiner Auffassung die Vorteile einer Rechtsschutzversicherung etwaige Nachteile ganz erheblich. Rechtsschutzversicherungen sind ein wichtiges Instrument, um auch weniger bemittelten Bürgerinnen und Bürgern den Zugang zum Recht zu gewährleisten. Dadurch werden auch die Justizhaushalte der Länder entlastet; denn ein Anspruch auf Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe entfällt dort, wo ein Rechtsschutzversicherer für die Anwalts- und Gerichtskosten einzustehen hat.

Auch gewerbliche Prozessfinanzierer spielen am Markt eine zunehmend wichtige Rolle. Sie bieten insbesondere dann eine Alternative, wenn eine Rechtsschutzversicherung nicht besteht oder das betreffende Rechtsgebiet vom Versicherungsschutz nicht erfasst ist. Anders als Rechtsschutzver-

sicherungen übernehmen sie kein abstraktes Risiko, sondern sie werden in einem bereits entstandenen Streit als Finanzierer tätig. Bei der Übernahme der Finanzierung sind sie daher zu Recht sehr kritisch und finanzieren einen Rechtsstreit nur, wenn ein Obsiegen überwiegend wahrscheinlich ist. Hinzu

kommt, dass sie sich auf Streitigkeiten beschränken, deren Streitwert einen bestimmten, in der Regel mindestens fünfstelligen Betrag übersteigt. Aus diesen Gründen können sie den Zugang zum Recht nur für einen begrenzten Personenkreis sichern helfen. ■

Richter des BVerfG Dr. Reinhard Gaier, Karlsruhe

## Der Zugang zum Recht als Verfassungsgebot und seine Realisierung durch das Erfolgshonorar\*

### I. Überblick und Grundlagen

Unsere Vorfahren haben ihre Erfahrungen mit der Justiz in das Sprichwort gegossen: „Ein Lot Gold wiegt mehr als ein Zentner Recht.“ Auch heute noch gilt, dass der Zugang zum Recht vor allem ein finanzielles Problem ist. Bei der Durchsetzung von Rechten ist im Regelfall die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts geboten. Auch der Gegner wird sich oftmals anwaltlicher Unterstützung versichern und schließlich ist der Gang zu den Gerichten nicht immer zu vermeiden. All dies verursacht beträchtliche Kosten. Aktuell sieht sich die Partei mit Vorschussforderungen des eigenen Rechtsanwalts und des Gerichts konfrontiert. Die Aussicht auf eine Erstattung dieser Auslagen ist einmal weniger, einmal mehr unsicher: Die Sache muss nicht nur erfolgreich enden, vielmehr muss der Gegner auch leistungsfähig sein. Im Fall der Niederlage bleibt die Partei nicht nur mit den eigenen Anwalts- und den Gerichtskosten belastet, sie hat nun auch noch die Kosten des Gegners zu erstatten.

Nach einer Beispielsrechnung<sup>1</sup> entstehen bei einem Schadensersatzprozess mit einem Streitwert von 50 000 Euro bei Hinzuziehung eines Sachverständigen in erster Instanz Kosten von knapp 9000 Euro. Diese muss der Kläger zu etwa 70% vorfinanzieren. In der Berufungsinstanz erhöhen sich die Kosten auf insgesamt über 16 000 Euro, in der Revision auf fast 27 000 Euro. Es liegt auf der Hand, dass ein solches Kostenrisiko prohibitiv wirken und den Rechtsuchenden von der Verfolgung seiner Rechte abhalten kann. In der Entscheidung über die Zulässigkeit anwaltlichen Erfolgshonorars hat das BVerfG auf Untersuchungen der Humboldt-Universität<sup>2</sup> verwiesen, wonach von Prozessfinanzierungsunternehmen das Volumen der aus finanziellen Gründen nicht geführten Prozesse auf jährlich insgesamt zwischen 2 und 6 Mrd. Euro geschätzt wird<sup>3</sup>.

Der Zugang zum Recht führt nicht nur, aber in erster Linie über die Gerichte. Der Verwirklichung und Durchsetzung des Rechts dient es zwar auch, wenn der Rechtsuchende qualifizierte juristische Beratung durch einen Rechtsanwalt erhält, wenn anwaltliche Korrespondenz zur Anerkennung von Rechtspositionen und entsprechenden Leistungen führt, oder wenn ein sachgerechtes Vertragswerk mit anwaltlicher Hilfe zu Stande kommt. Ein außergerichtlicher Erfolg setzt aber voraus, dass der Anspruchsgegner kooperiert: Er muss einsichtig, überzeugt oder doch zumindest kompromissbereit sein. Scheitert der Anspruchsteller mit diesen Bemühungen, ist er auf staatliche Hilfe angewiesen; denn zu den Errungenschaften des Rechtsstaats zählt auch das staatliche Gewaltmonopol, das dem Einzelnen die Möglichkeit der Selbstjustiz nimmt<sup>4</sup>. Gewissermaßen als Gegenstück zum Verbot der Selbstjustiz ist die Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes ein wesentliches Element des Rechtsstaats<sup>5</sup>. Der damit angesprochene Justizgewährungsanspruch umfasst das Recht auf Zugang zu den Gerichten und eine verbindliche Entscheidung durch den Richter nach einer grundsätzlich umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Prüfung des Streitgegenstands<sup>6</sup>. Der Zugang zum Recht ist also zuallererst der Zugang zu den Gerichten.

Die unterschiedliche Bedeutung einerseits der außergerichtlichen und andererseits der gerichtlichen Durchsetzung von Rechten findet sich in der Rechtsprechung des BVerfG wieder. „Für die Wahrnehmung von Rechten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens“ kann der Rechtsuchende, der die dafür erforderlichen Mittel nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht aufbringen kann, Beratungshilfe erhalten. Das BVerfG hat bisher offengelassen, ob die Gewährung von Beratungshilfe verfassungsrechtlich geboten ist<sup>7</sup>. Anders liegen die Dinge dagegen für die Prozesskostenhilfe. Hier entnimmt das BVerfG dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) in Verbindung mit dem Justizgewährungsanspruch (Art. 20 III, 19 IV GG) das an den Staat gerichtete Gebot, für eine „weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes“ zu sorgen<sup>8</sup>. Mit anderen Worten: Der Staat hat nicht nur Gerichte zur Verfügung zu stellen, sondern auch den Zugang zu ihnen für jedermann in grundsätzlich gleicher Weise zu eröffnen. Es gilt das Gebot der Rechtsschutzgleichheit. Daher muss der Staat „Vorkehrungen treffen, die auch Unbemittelten einen weitgehend gleichen Zugang zu Gericht ermöglichen.“<sup>9</sup> Es geht hier also nicht um ein Freiheitsgrundrecht, das primär staatliche Eingriffe abwehren soll („status negativus“), sondern um ein Leistungsgrundrecht, das den Staat in erster Linie positiv zu einem bestimmten Handeln verpflichtet („status positivus“) und dem Einzelnen hierauf ein verfassungsrechtlich fundiertes Leistungsrecht gibt.

Wichtig ist es festzuhalten, dass die Zulassung anwaltlicher Erfolgshonorare keinen Anlass geben kann, vom dem geltenden System der Prozesskostenhilfe Abstriche zu machen<sup>10</sup>. In dem Beschluss über das Erfolgshonorar betont das BVerfG ausdrücklich, dass „die Voraussetzungen und der Umfang der Bewilligung von Prozesskostenhilfe ... durch die Zulassung erfolgsbasierter Anwaltshonorare nicht berührt werden.“<sup>11</sup> Das verfassungsrechtliche Handlungsgebot, auch

\* Der Autor ist Mitglied des *Ersten Senats* des BVerfG.

- 1 Vgl. Breyer, *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses*, 2006, S. 205 f., 208 f.
- 2 Siebert/Rohleder (Forschungsstelle Finanzierung von Gerichtsprozessen, Humboldt-Universität zu Berlin), *Historie der Prozessfinanzierung in Deutschland*, <http://www.pkf.hu-berlin.de>, Abdr. in Beil. z. Handelsblatt v. 2. 11. 2005.
- 3 BVerfGE 117, 163 = NJW 2007, 979 (984).
- 4 Vgl. BVerfGE 74, 257 (261 f., 263) = NJW 1987, 1929.
- 5 Vgl. BVerfGE 88, 118 (123) = NJW 1993, 1635; BVerfGE 96, 27 (39 f.) = NJW 1997, 2163; BVerfGE 107, 395 (401) = NJW 2003, 1924.
- 6 So etwa BVerfGE 85, 337 (345) = NJW 1992, 1673.
- 7 Vgl. BVerfGE 88, 1 (16) = NJW 1993, 2231; BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), NJW-RR 2001, 1006.
- 8 BVerfGE 81, 347 (356) = NJW 1991, 413.
- 9 So BVerfGE 81, 347 (356) = NJW 1991, 413.
- 10 Insofern wurde den Befürchtungen von Kleine-Cosack, NJW 2007, 1405 (1409), bereits Rechnung getragen.
- 11 BVerfGE 117, 163 = NJW 2007, 979 (981).

den wirtschaftlich schwachen Bevölkerungskreisen den Zugang zu den Gerichten zu verschaffen, schließt es aus, Prozesskostenhilfe mit dem Hinweis zu verweigern, die Vereinbarung eines Erfolgshonorars mache staatliche Unterstützung überflüssig. Die Rechtsschutzgleichheit wird nämlich durch das Erfolgshonorar zwar gefördert, aber letztlich doch viel weniger erreicht als durch Bewilligung von Prozesskostenhilfe. Im Unterschied zur finanziell bessergestellten Partei wird die Partei, die auf sich auf ein Erfolgshonorar verweisen lassen muss, faktisch gezwungen, auf einen Teil ihrer realisierbaren Forderung zu verzichten<sup>12</sup>.

Unter Gleichheitsgesichtspunkten wäre demnach eine erweiterte Gewährung von Prozesskostenhilfe dem Erfolgshonorar eindeutig vorzuziehen. Verfassungsrechtlich geboten ist dieser Weg indessen nicht. Das *BVerfG* verlangt gerade keine vollständige, sondern nur eine weitgehende Angleichung. Hierbei kann der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum beanspruchen, dessen Grenzen erst dann überschritten sind, wenn ohne Prozesskostenhilfe das Existenzminimum einer Partei unterschritten wäre<sup>13</sup>. Auf dieser Grundlage hat das *BVerfG* festgestellt, dass mit dem Institut der Prozesskostenhilfe prinzipiell den Anforderungen der Verfassung entsprochen wird<sup>14</sup>. Es wäre also keine von der Verfassung gebotene, sondern eine bewusste rechtspolitische Entscheidung, würde sich der Gesetzgeber entschließen, die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe zu lockern und dieses Institut für breitere Bevölkerungsschichten zu öffnen. Die Zeichen deuten jedoch in eine völlig andere Richtung. Der dem Bundestag vorliegende Entwurf des Bundesrats für ein Prozesskostenhilfebegrenzungsgesetz<sup>15</sup> verfolgt gerade das umgekehrte Ziel, die Aufwendungen der Länder für Prozesskostenhilfe deutlich zu reduzieren. Dies soll insbesondere dadurch erreicht werden, dass Rechtsuchende, deren Einkommen und Vermögen über das im Sozialhilferecht definierte Existenzminimum hinausgehen, Prozesskostenhilfe künftig nur noch als Darlehen erhalten werden; dieses Darlehen soll durch Zahlungen aus dem einzusetzenden Einkommen und Vermögen vollständig zurückgeführt werden. Grund für diese Überlegungen ist die von den Ländern beklagte wachsende Belastung ihrer Haushalte. So sollen sich etwa in Baden-Württemberg die Aufwendungen für beigeordnete Rechtsanwälte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit seit Einführung des Prozesskostenhilferechts 1981 fast verfünffacht haben<sup>16</sup>. Baden-Württemberg will durch das beabsichtigte Gesetz seine Ausgaben für Prozesskostenhilfe von jährlich 57 Mio. Euro um 12,4 Mio. Euro verringern<sup>17</sup>. Vor diesem Hintergrund wäre es illusorisch, für einen verbesserten Zugang zu den Gerichten auf Prozesskostenhilfe zu setzen. Im Gegenteil: Sollten die Mittel, die für Prozesskostenhilfe zur Verfügung stehen, künftig tatsächlich um mehr als 20% gekürzt werden, so stellt sich noch viel mehr die Frage, durch welche Alternativen der Rechtsstaat finanzielle Hindernisse bei der Verwirklichung der Rechte seiner Bürger ausräumen kann.

Ein weiteres vom Gesetzgeber wiederholt herangezogenes Mittel zur Vermeidung hoher Kostenbelastungen soll nicht unerwähnt bleiben. Es ist dies die Reduzierung der Anwaltsgebühren in besonderen Fallgestaltungen außerhalb des geschlossenen Regelungssystems der Mischkalkulation nach dem RVG. Am Beispiel der Betragsrahmengebühren in bestimmten sozialgerichtlichen Streitigkeiten (vgl. jetzt § 3 RVG) hat das *BVerfG* in einer Entscheidung aus dem Jahre 1990 ausgeführt, dass es grundsätzlich zulässig sei, aus sozialpolitischen Erwägungen das Prozesskostenrisiko dadurch abzumildern, dass die Vergütung für Rechtsanwälte gekürzt

werde<sup>18</sup>. Allerdings hat der *Senat* seinerzeit die Vergütungskürzung als Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit am Maßstab der Verhältnismäßigkeit geprüft und dabei insbesondere auch die wirtschaftlichen Folgen für die betroffenen Rechtsanwälte in die Abwägung einbezogen<sup>19</sup>. Das *Gericht* gelangte dabei zu dem Ergebnis, dass die frühere Regelung die Anwaltschaft unangemessen belastet hatte<sup>20</sup>. An dieser Rechtsprechung hält das *BVerfG* – trotz der nun stark betonten Möglichkeit der Vereinbarung einer höheren Vergütung im Beschluss vom 13. 2. 2007<sup>21</sup> – jedenfalls für sozialgerichtliche Verfahren fest<sup>22</sup>. Der Gesetzgeber kann also keineswegs völlig frei den Zugang zu den Gerichten durch Senkung der Anwaltsvergütung erleichtern. Abgesehen davon, würde eine Vergütungsabsenkung auf breiter Front die Qualität anwaltlicher Leistungen gefährden und so letztlich mit dem rechtsstaatlichen Gebot zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes kollidieren. Vergütungsabsenkungen, sei es durch gesonderte Gebührentatbestände, sei es durch Streitwertreduzierung, können demnach zwar punktuell Abhilfe schaffen, scheiden aber als Möglichkeit für generelle und umfassende Erleichterungen beim Zugang zu den Gerichten aus.

## II. Der Beschluss des *BVerfG* vom 12. 12. 2006

Vor diesem Hintergrund ist der Beschluss des *BVerfG* vom 12. 12. 2006<sup>23</sup> zu sehen. Es besteht ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Anliegen, den Zugang zum Recht zu erleichtern; denn das *BVerfG* hat das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare in § 49 b II 1 BRAO insoweit für unvereinbar mit der Berufsfreiheit erklärt, als es keine Ausnahme für den Fall zulässt, dass der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person seines Auftraggebers Rechnung trägt, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen.

### 1. Prüfungsschritte

Das *BVerfG* gelangt zu diesem Ergebnis durch strikte Beachtung der allgemein anerkannten Grundsätze zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen. Einschlägiges Grundrecht ist die Berufsfreiheit der beschwerdeführenden Rechtsanwältin (Art. 12 I GG). Zur Freiheit der Berufsausübung gehört auch Vertragsfreiheit im Bereich beruflicher Betätigung. In diese wird eingegriffen, weil mit dem Erfolgshonorarverbot bestimmte Vergütungsvereinbarungen untersagt werden. Diese strenge Dogmatik mag manchen überrascht haben<sup>24</sup>, sie ist jedoch nichts anderes als eine rechtswissenschaftliche Selbstverständlichkeit<sup>25</sup>. Der konkrete Fall zeigt auch deutlich die Überlegenheit dieser Vorgehensweise. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verbots des Erfolgshonorars gab es eine kaum überschaubare Vielfalt von Meinungen. Wohl keine andere Bestimmung des anwaltlichen Berufsrechts fin-

12 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (981).

13 *BVerfGE* 78, 104 (118) = NJW 1988, 2231.

14 *BVerfGE* 81, 347 (357) = NJW 1991, 413.

15 Entw. eines Gesetzes zur Begrenzung der Aufwendungen für die Prozesskostenhilfe (Prozesskostenhilfebegrenzungsgesetz – PKHBe-grenzG), BT-Dr 16/1994.

16 Vgl. BT-Dr 16/1994, S. 14.

17 Vgl. Presseerklärung des Justizministeriums Baden-Württemberg v. 2. 5. 2006.

18 *BVerfGE* 83, 1 (16 f.) = NJW 1991, 555.

19 *BVerfGE* 83, 1 (20 f.) = NJW 1991, 555.

20 *BVerfGE* 83, 1 (22) = NJW 1991, 555.

21 *BVerfGE* 118, 1 = NJW 2007, 2098.

22 *BVerfGE* 118, 1 = NJW 2007, 2098 (2100).

23 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979.

24 So etwa *Kilian*, BB 2007, 1061 („Klimmzüge“).

25 In diesem Sinne wohl *Zuck*, JZ 2007, 684 („schulmäßig“).

det in der Literatur einerseits so leidenschaftliche Befürworter<sup>26</sup> wie andererseits entschiedene Ablehnung<sup>27</sup>. Auch die Anwaltschaft war und ist noch immer gespalten: Jeweils etwa die Hälfte möchte Erfolgshonorare verboten bzw. zugelassen sehen<sup>28</sup>.

Mit den verschiedenen Argumenten, die zur Rechtfertigung des Verbots vorgebracht wurden, hat sich das *BVerfG* anhand der bekannten vier Prüfungsschritte auseinandergesetzt: Es hat erstens geprüft, ob sie als Gemeinwohlziele ausreichen können. Es wurde zweitens geprüft, ob das Verbot geeignet, und drittens, ob es erforderlich ist, um die hiernach anerkanntswerten legitimen Ziele zu erreichen. In dem vierten und entscheidenden Prüfungsschritt hat der *Senat* schließlich die Angemessenheit des Verbots geprüft und teilweise verneint. Schon nach dem ersten Prüfungsschritt sind lediglich drei Gründe verblieben, die als legitime Ziele der weiteren Erörterung bedurften<sup>29</sup>.

## 2. Legitime Ziele des Verbots

Hervorzuheben ist, dass eines der Hauptargumente zur Rechtfertigung des Verbots keine Anerkennung als legitimes Ziel finden konnte<sup>30</sup>. Es war dies die Abwehr einer befürchteten „Prozessflut“ oder mit anderen Worten das Anliegen, durch das Verbot eine starke Zunahme substanzloser Rechtsstreitigkeiten zu verhindern. Die Anhänger dieser These sind der Ansicht, dass das Verbot erforderlich sei, um unsinniges Prozessieren zu verhindern. Falle das Verbot, würden in Deutschland eine „Klageindustrie“ und „amerikanische Verhältnisse“ Einzug halten. Das *BVerfG* betont indessen, dass eine solche Gefahr, der entgegengetreten werden müsste, gerade nicht besteht. Es gibt keine Grundlage für die Annahme, bei Zulassung anwaltlicher Erfolgshonorare drohe eine „Prozessflut“. Klare Worte findet das Gericht für ein grundlegendes Missverständnis. Im Rechtsstaat wird kein legitimer Zweck verfolgt, wenn der Zugang zu den Gerichten generell erschwert werden soll. Das Gegenteil ist richtig; denn der Rechtsstaat ist den Bürgerinnen und Bürgern gegenüber gerade zu wirkungsvollem Rechtsschutz verpflichtet. Es kann also nicht schlicht um das Vermeiden von Rechtsstreitigkeiten als Selbstzweck gehen. Möglich ist es aber, die Justiz mit dem Ziel der Erhaltung ihrer Funktionsfähigkeit vor der Belastung mit unnötigen, insbesondere völlig aussichtslosen Auseinandersetzungen zu bewahren. Insoweit setzt das Erfolgshonorar aber alles andere als einen falschen Anreiz. Welcher Rechtsanwalt, dessen Vergütung ganz oder teilweise an den erfolgreichen Ausgang einer rechtlichen Streitigkeit geknüpft ist, wird eine Sache vertreten, die nicht zumindest eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat? Das Eigeninteresse an einem angemessenen Honorar für geleistete Arbeit wird sogar eher als das geltende, vom Erfolg gelöste Vergütungssystem aussichtsloses Prozessieren verhindern. Nicht zu vergessen ist außerdem, dass die Rechtsordnung mit der Verpflichtung zur Erstattung der Kosten des obsiegenden Gegners eine zusätzliche Hürde gegen unnützes Prozessieren errichtet hat.

Der *Senat* kann schließlich auch darauf verweisen, dass für die viel beschworenen „amerikanischen Verhältnisse“ andere Ursachen als die weitreichende Zulässigkeit erfolgsbasierter Anwaltshonorare in den USA im Vordergrund stehen. Nach der dort praktizierten „American Rule“ muss die unterliegende Partei nicht die Kosten der obsiegenden Partei übernehmen. Es liegt auf der Hand, dass damit ein wesentliches Instrument zur Prozessvermeidung ungenutzt bleibt. Dies lässt sich auch belegen; denn als in den 1980er-Jahren in Florida für Streitigkeiten wegen ärztlicher Behandlungsfehler ein Kostenerstattungsregime vergleichbar dem der §§ 91 ff. ZPO eingeführt wurde, war ein erheblicher Rückgang unbegründeter Klagen festzustellen. Das Erfolgshonorar allein führt also keineswegs zur „Amerikanisierung“ unseres Rechtssystems.

Es sind drei Ziele, die nach dem ersten Prüfungsschritt, als hinreichende Gemeinwohlbelange den weiteren Erörterun-

gen des *Senats* zu Grunde liegen: als Erstes der Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit, als Zweites der Schutz der Mandanten und schließlich als Drittes die Förderung der prozessualen Waffengleichheit.

a) Die anwaltliche Unabhängigkeit ist kein Selbstzweck und schon gar kein Privileg des Berufsstands. Sie ist vielmehr unverzichtbare Voraussetzung dafür, dass Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und berufene Berater und Vertreter der Rechtsuchenden (§ 3 I BRAO) durch ihre berufliche Tätigkeit zu einer funktionierenden Rechtspflege beitragen können<sup>31</sup>. Bisweilen wird eine Gefährdung der Unabhängigkeit schon darin gesehen, dass sich Rechtsanwälte bei Vereinbarung eines Erfolgshonorars von Gewinnstreben leiten lassen<sup>32</sup>. Das *BVerfG* betont jedoch schon seit Längerem<sup>33</sup>, dass kommerzielles Denken mit dem Anwaltsberuf nicht schlechthin unvereinbar ist. Angesichts der schlichten und vom *BVerfG* wiederholt berücksichtigten Tatsache, dass Rechtsanwälte durch ihre berufliche Tätigkeit ihren Lebensunterhalt bestreiten müssen<sup>34</sup>, sind diffuse Kommerzialisierungsängste in der Tat wenig hilfreich. Anders liegen die Dinge jedoch bei einer spezifischen Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit durch die Zulassung des Erfolgshonorars. Solche besonderen Gefährdungen können unter zwei Aspekten erörtert werden: Zum einen wegen des Verlusts der kritischen Distanz zum Anliegen des Mandanten und zum anderen wegen unredlicher Rechtsanwälte, für die durch Erfolgsabhängigkeit ihrer Vergütung ein zusätzlicher Anreiz geschaffen werden kann, um des Erfolgs willen unlautere Mittel einzusetzen.

Gegen diese Überlegungen wird eingewandt, die Annahme eine Gemeinwohlgefährdung verbiete sich, weil das Kriterium der anwaltlichen Unabhängigkeit zu unbestimmt und letztlich nicht justizabel sei; außerdem befänden sich Rechtsanwälte heute in unzähligen Abhängigkeitsbeziehungen etwa in Sozietäten oder Anstellungsverhältnissen<sup>35</sup>. Wer könnte solche Abhängigkeiten leugnen? Eine ganz andere Frage ist aber, ob solche nicht ernsthaft zu bekämpfenden Abhängigkeitsdefizite dazu führen müssen, die Forderung nach anwaltlicher Unabhängigkeit, soweit sie nicht an den Staat gerichtet ist, auch in den Bereichen aufzugeben, in denen sie noch wirkungsvoll verteidigt werden kann. Den Anwalt als „hired gun“<sup>36</sup> in den Händen seines Mandanten kann sich wohl niemand wünschen. Umgekehrt kann es aber auch schwerlich überzeugen, wenn eine Gefährdung der Unabhängigkeit allein mit dem Hinweis auf die Erforderlichkeit wirtschaftlichen Denkens in Abrede gestellt wird<sup>37</sup>. Bei allem Verständnis für ökonomische Ansätze erschließt sich nicht, weshalb schon allein Risikoselektion und Quersubventionierung dem Rechtsanwalt in jedem einzelnen Mandat die Unabhängigkeit von seinem Auftraggeber sichern sollen. Schließlich muss

26 Vgl. etwa *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl. (2003), § 49 b Rdnrn. 16, 32; *Dittmann*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl. (2004), § 49 b Rdnr. 6; *Nerlich*, in: *Hartung/Holl*, Anwaltliche Berufsordnung, 2. Aufl. (2001), § 49 b BRAO Rdnr. 48; *Steinkraus/Schaaf*, JuS 2001, 167 (169); *Dethloff*, NJW 2000, 2225 (2228); *Bruns*, JZ 2000, 232 (236); *Krapfl*, IPRax 2002, 380 (382); *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481 (1488 f.); *Schons*, ZRP 2006, 31.

27 Vgl. etwa *Kleine-Cosack*, BRAO, 4. Aufl. (2003), § 49 b Rdnr. 17; *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/Müller-Rabe*, RVG, 16. Aufl. (2004), § 4 Rdnr. 125; *Hellwig*, AnwBl 1998, 623 (625); *Kilian*, ZRP 2003, 90 (94); *Gieseler*, JR 2005, 221 (226); *Ponschab/Avvento*, AnwBl 2006, 125 (126); *Mayen*, AnwBl 2006, 172.

28 Vgl. *Hommerich/Kilian*, NJW 2007, 2308 (2314).

29 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (980 – 982).

30 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (981).

31 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (980), unter Hinw. auf *BVerfGE* 108, 150 (161 f.) = NJW 2003, 2520.

32 Vgl. etwa *Dethloff*, NJW 2000, 2225 (2228); *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481 (1488 f.).

33 Vgl. *BVerfGE* 87, 287 (329 f.) = NJW 1993, 317.

34 Vgl. *BVerfGE* 80, 103 (109) = NJW 1989, 1985; *BVerfGE* 107, 133 (143 f.) = NJW 2003, 737.

35 So *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1405 (1408).

36 Zu dieser Kennzeichnung aus dem anglo-amerikanischen Recht vgl. *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481 (1482).

37 So *Kilian*, BB 2007, 1061 (1063).

auch der kühl kalkulierende Rechtsanwalt gelegentlich ein Mandat siegreich beenden und kann nicht nur „schlechte Risiken“ in seinem Portfolio sammeln.

Letztlich brauchte das *BVerfG* die Frage nach einer tatsächlichen Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit nicht zu beantworten. Denn es entspricht der ständigen Rechtsprechung<sup>38</sup>, dem Gesetzgeber, der zur Verhütung von Gefahren für die Allgemeinheit tätig wird, einen Beurteilungsspielraum bei der Prognose und Einschätzung der in den Blick genommenen Gefährdung zu belassen. Erst dann, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die angegriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen abgeben können, ist das Gericht an die Einschätzung des Gesetzgebers nicht mehr gebunden. Auf diese Rechtsprechung greift das *BVerfG* auch im vorliegenden Fall zurück und kann sich deshalb mit der Feststellung begnügen, die Annahme einer spezifischen Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit sei jedenfalls nicht im geschilderten Sinne offensichtlich fehlsam<sup>39</sup>. Auf den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers verweist der *Senat* im Übrigen noch an anderen Stellen der Entscheidung. Wegen der Kritik an diesem Ansatz wird hierauf noch in anderem Zusammenhang einzugehen sein.

b) Als weitere Gemeinwohlziele hat das *BVerfG* den Schutz der Rechtsuchenden vor Übervorteilung anerkannt. Die asymmetrische Informationsverteilung hinsichtlich der Erfolgsaussichten verschafft dem unredlichen Rechtsanwalt gegenüber seinem Mandanten die Möglichkeit, eine unangemessen hohe Vergütung zu vereinbaren<sup>40</sup>. Als dritten legitimen Zweck akzeptiert das *Gericht* die Förderung der prozessualen Waffengleichheit; denn für den Beklagten soll es faktisch schwieriger sein, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren als für den Kläger<sup>41</sup>.

### 3. Eignung und Erforderlichkeit des Verbots

In einem zweiten Prüfungsschritt werden diese drei Gemeinwohlbelange am Maßstab der Eignung und am Maßstab der Erforderlichkeit gemessen. Zur Bejahung der Eignung genügt eine geringe Prüfungstiefe, denn das *BVerfG* lässt in ständiger Rechtsprechung genügen, dass der vom Gesetzgeber erstrebte Erfolg gefördert werden kann. Mit anderen Worten: Es genügt bereits die bloße Möglichkeit der Zweckerreichung<sup>42</sup>. Deshalb konnte ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass das Verbot anwaltlichen Erfolgshonorars geeignet ist, um die genannten Gemeinwohlziele zu erreichen.

Größeren Argumentationsaufwand benötigte der *Senat*, um auch die Erforderlichkeit des Verbots bejahen zu können. Als milderes Mittel stehen im Hinblick auf den Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit die berufsrechtlichen Pflichten und Sanktionsmöglichkeiten offen, im Hinblick auf den Schutz der Mandanten sind dies insbesondere die gerichtliche Angemessenheitskontrolle (§ 4 IV RVG) und die Einführung von Aufklärungspflichten. Das *BVerfG* hat gleichwohl die Erforderlichkeit nicht verneint. Es hat vielmehr dem Gesetzgeber auch hier einen weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum zugestanden. Erst wenn die Erwägungen des Gesetzgebers derart fehlsam sein sollten, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für dessen Maßnahmen sein können, vermag das *BVerfG* einzugreifen<sup>43</sup>.

Ist dies, wie es ein Kritiker formulierte, eine „Flucht vor der eigenen Grundrechtsverantwortung“<sup>44</sup>? Wohl kaum, wenn man sich der Mühe unterzieht, nach den Gründen für diese seit Langem praktizierte Rechtsprechung des *BVerfG* zu fragen. Es geht letztlich um Verantwortung und Legitimation in einem gewaltenteiligen Staat. Hier ist es der parlamentari-

sche Gesetzgeber, dem einerseits die Aufgabe zukommt, und der andererseits über die unmittelbare demokratische Legitimation verfügt, abstrakt-generelle Regelungen zu schaffen<sup>45</sup>. Er muss dabei über die Möglichkeit der politischen Gestaltung verfügen und für sein Tun oder Unterlassen gegenüber den Wählern die Verantwortung übernehmen. Allein hierauf nimmt die Rechtsprechung des *BVerfG* Rücksicht. Es geht nicht darum, sich einer Verantwortung zu entziehen, sondern um Respekt vor der Verteilung von Kompetenzen im demokratischen Staat.

Gemessen an der Vertretbarkeit der Einschätzung und der Prognose des Gesetzgebers kann es verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden, dass dem berufsrechtlichen Pflichten- und Sanktionssystem für Missbrauchsfälle nicht die gleiche Wirksamkeit wie einem umfassenden Verbot beigelegt wird. Auch mit Blick auf den Schutz der Mandanten vor Übervorteilung kann die Einschätzung, ein präventives Verbot sei effektiver als Aufklärungspflichten und eine einzelfallbezogene Angemessenheitskontrolle, nicht als offensichtlich fehlsam erkannt werden. Letztlich galt es für eine Situation auf der Grundlage unzureichender tatsächlicher Erkenntnisse eine Entscheidung zu treffen. Hinreichendes Tatsachenmaterial für belegbare Gefährdungen durch anwaltliche Erfolgshonorare fehlt ebenso wie hinreichendes Tatsachenmaterial, um die Annahme einer Gefährdung widerlegen zu können. Hier versagen also die Möglichkeiten der Tatsachenfeststellung und der hierauf gegründeten Rechtsanwendung. Es bleibt nur Gestaltung nach politischen Konzepten durch das hierzu demokratisch legitimierte Verfassungsorgan.

### 4. Angemessenheit des Verbots

Das *BVerfG* musste danach auch den vierten Prüfungsschritt gehen. Erst die Prüfung am Maßstab der Angemessenheit, der Zumutbarkeit oder der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne führt zu dem Ergebnis, dass das ausnahmslose Verbot anwaltlichen Erfolgshonorars mit der Berufsfreiheit nicht zu vereinbaren ist. Dies ist keine Volte, sondern eine zwingende Folge des bereits dargestellten Prüfungsprogramms. Selbstredend sind die Maßstäbe der Angemessenheitsprüfung andere als bei der Prüfung der Eignung oder der Erforderlichkeit. Insbesondere können und müssen hier auch – anders als zuvor – die Interessen der Rechtsuchenden Beachtung finden; denn Angemessenheit bedeutet, dass die Belastung des Einzelnen in einem vernünftigen Verhältnis zu den Vorteilen für die Allgemeinheit steht<sup>46</sup>. Die von einem Autor bemerkte „Anwaltszentriertheit“ des Prüfungsansatzes<sup>47</sup> hat entgegen seiner Vermutung also nichts mit „der Tradition sowie den Erörterungen in Wissenschaft und Politik“ zu tun, sondern ist schlicht dem Umstand geschuldet, dass im konkreten Fall eine Rechtsanwältin Verfassungsbeschwerde eingelegt hatte, weil sie sich in ihrer Berufsfreiheit verletzt sah. Da unsere

38 Vgl. *BVerfGE* 77, 84 (106) = NJW 1988, 1195; *BVerfGE* 110, 141 (157 f.) = NVwZ 2004, 597 = NJW 2004, 2008 L. m. w. Nachw.

39 *BVerfG* 117, 163 = NJW 2007, 979 (980).

40 *BVerfG* 117, 163 = NJW 2007, 979 (980 f.).

41 *BVerfG* 117, 163 = NJW 2007, 979 (981).

42 *BVerfG* 117, 163 = NJW 2007, 979 (982), unter Hinw. auf *BVerfGE* 96, 10 (23) = NVwZ 1997, 1109 = NJW 1998, 524 L; *BVerfGE* 100, 313 (373) = NJW 2000, 55; *BVerfGE* 103, 293 (307) = NZA 2001, 777.

43 *BVerfG* 117, 163 = NJW 2007, 979 (982).

44 So *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1405 (1408); anders hingegen *Zuck*, JZ 2007, 684 (685).

45 So *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, GG (Stand: Nov. 2006), Art. 20 VII Rdnrn. 121 f.

46 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (983), unter Hinw. auf *BVerfGE* 76, 1 (51) = NJW 1988, 626.

47 So *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1405 (1407).

Rechtsordnung die Populärbeschwerde nicht kennt, war diese Selbstbetroffenheit der Beschwerdeführerin nicht nur Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde (vgl. Art. 93 I Nr. 4 a GG, § 90 I BVerfGG), sondern auch Basis der Grundrechtsprüfung des *BVerfG*. Der „anwaltszentrierte“ Prüfungsansatz wäre nur dann zu vermeiden gewesen, wenn sich ein rechtssuchender Bürger über die Verletzung seines Justizgewährungsanspruchs aus Art. 2 I i. V. mit Art. 20 III GG durch das Verbot des Erfolgshonorars beschwert hätte.

In der vorliegenden Konstellation der Prüfung eines Eingriffs in die anwaltliche Berufsfreiheit erlangen die Interessen der Rechtsuchenden allerdings im Rahmen der Abwägung der Vorteile des Verbots des Erfolgshonorars für die Allgemeinheit gegenüber den Nachteilen für den einzelnen Berufsträger Bedeutung: Sind für die Allgemeinheit durch die Erschwerung der Rechtsschutzgewährung auch Nachteile verbunden, so werden per saldo die Vorteile des Verbots gemindert<sup>48</sup>, die Waagschale der Gemeinwohlinteressen verliert an Gewicht, das Abwägungsergebnis verlagert sich zu Gunsten der Berufsfreiheit.

Der Zugang zum Recht erlangt so mittelbar Bedeutung für die Stärkung der Berufsfreiheit der Rechtsanwälte. Das *BVerfG* betont erneut, dass anwaltliche Unterstützung für die Wahrung und Durchsetzung von Rechten von maßgeblicher Bedeutung ist<sup>49</sup>. Hier erweist sich wiederum die Bedeutung finanzieller Ressourcen; denn sie entscheiden darüber, ob der Rechtsuchende auch tatsächlich einen Rechtsanwalt hinzuziehen kann<sup>50</sup>. Da ihre Bewilligung von engen wirtschaftlichen Voraussetzungen abhängig ist (vgl. § 115 ZPO, § 1 II BerHG), können Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe das Problem nicht umfassend lösen. Das *BVerfG* betont, dass auch wirtschaftlich bessergestellte Rechtsuchende in eine Situation geraten können, in denen es ihnen die eigene wirtschaftliche Lage vernünftigerweise nicht erlaubt, die finanziellen Risiken einzugehen, die angesichts des unsicheren Ausgangs der Angelegenheit mit der Inanspruchnahme qualifizierter rechtlicher Betreuung und Unterstützung verbunden sind. Diesen Rechtsuchenden kann der Zugang zum Recht eröffnet werden, wenn sie die Möglichkeit erhalten, das Kostenrisiko durch Vereinbarung eines Erfolgshonorars zumindest teilweise auf den vertretenden Rechtsanwalt zu verlagern<sup>51</sup>. Es sind also keineswegs nur „Sozialfälle“ angesprochen<sup>52</sup>, sondern eher die „breite Mittelschicht potenzieller Mandanten.“<sup>53</sup> Maßgebend muss ein flexibler Maßstab sein, der das Gewicht des Kostenrisikos im konkreten Fall in Beziehung zu den Vermögensverhältnissen des Rechtsuchenden stellt. Beispielsweise kann ein aufwendiger Bauprozess auch einen Normalverdiener finanziell überfordern.

Dass in solchen wirtschaftlichen Situationen die Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung auch tatsächlich als Ausweg dienen kann, vermag das *BVerfG* mit Faktenmaterial zu belegen<sup>54</sup>. Immerhin 8% der befragten Rechtsanwälte haben bei einer empirischen Untersuchung zur Vergütungspraxis der deutschen Anwaltschaft im Frühjahr 2005 eingeräumt, fallbezogenen Erfolgshonorare zu vereinbaren<sup>55</sup>. Die beachtliche Zahl von Rechtsanwälten, die dem geltenden Verbot zuwiderhandelt, zeigt wie stark das Drängen der Rechtsuchenden nach dieser Form der Risikoverlagerung ist. Vor allem ist der bereits erwähnte Umstand zu beachten, dass nach qualifizierten Schätzungen jährlich Prozesse mit einem Gesamtvolumen zwischen 2 und 6 Mrd. Euro aus finanziellen Gründen nicht geführt werden.

Auf Grund der geschilderten Erwägungen gelangt das *BVerfG* zu dem Ergebnis, dass das uneingeschränkte Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Rechtsanwälte darstellt. Ursache des Verfassungsverstößes ist also das Feh-

len eines Ausnahmetatbestands. Es ist bemerkenswert, dass in der Zeit vor der erst 1994 erfolgten Kodifizierung des Verbots in § 49 b II BRAO<sup>56</sup> die Ständesrichtlinien eine ähnliche Ausnahme in § 52 II zuließen. Unzuträglichkeiten im Zusammenhang mit der damaligen Lösung sind nicht dokumentiert; auch die Gesetzesmaterialien<sup>57</sup> nennen solche nicht. Vor allem aber fällt es unter diesen Umständen schwer, in der vom *BVerfG* geforderten Ausnahme einen Systemwechsel auszumachen.

Allerdings war nach den Ständesrichtlinien die Vereinbarung einer Streitanteilsvergütung oder *quota litis* in jedem Fall unzulässig<sup>58</sup>. Für eine solche Einschränkung der Vertragsfreiheit konnte das *BVerfG* keinen überzeugenden Grund ausmachen. Bei der Streitanteilsvergütung haben es rationale Argumente bisweilen schwer. Das *BVerfG* verweist etwa auf die Diskussion in England<sup>59</sup>. Dort ist bei grundsätzlicher Zulässigkeit des Erfolgshonorars die Streitanteilsvergütung noch immer untersagt. Die Mehrzahl der englischen Autoren vertritt jedoch die Auffassung, dass dieses Verbot sachlich nicht zu erklären ist<sup>60</sup>. In Deutschland liegen die Dinge nicht anders. Auch bleibt die Mindermeinung, die die Streitanteilsvergütung weiterhin für unzulässig hält, eine Erklärung dafür schuldig, weshalb beim angemahnten „unternehmerischen Denken“ die anwaltliche Unabhängigkeit durch ein Erfolgshonorar im engeren Sinne schon gar nicht gefährdet sein soll, bei einer *Quota-litis*-Vereinbarung dann aber plötzlich doch<sup>61</sup>. Ein plausibler Ansatz für eine Differenzierung könnte allein die Intensität der Interessenverquickung sein. Insoweit weist das *BVerfG* aber darauf hin, dass etwa bei einer erfolgsbasierten Vergütung in Form des spekulativen Honorars der in bestimmter Weise vereinbarte Erfolg über das Alles oder Nichts einer Vergütung entscheidet, während die *quota litis* dem Anwalt auch bei teilweisem Erfolg immerhin einen gewissen Anteil als Vergütung einbringt. Hinsichtlich der Interessenbündelung ist also der Inhalt der individuellen Vereinbarung entscheidender als die gewählte Form des Erfolgshonorars.

### III. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Für die notwendige Neuregelung hat das *BVerfG* einen weiten gesetzgeberischen Spielraum aufgezeigt, ohne ihn auf eine bestimmte Lösung festzulegen<sup>62</sup>. Dies hat einige Autoren irritiert<sup>63</sup>. Es könne „einfach nicht verständlich“ sein,

48 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (984).

49 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (983), unter Hinw. auf *BVerfGE* 110, 226 (252) = NJW 2004, 1305.

50 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (983), unter Hinw. auf die *Prognos/InfraTest*-Studie „Inanspruchnahme anwaltlicher Leistungen – Zugangsschwellen, Beratungsbedarf und Anwaltsimage“, veröff. von *Wettmann/Jungjohann*, 1989, S. 34.

51 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (984).

52 So aber *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1405 (1410).

53 So *Kirchberg*, BRAK-Mitt 2007, 74 (77).

54 Wohl übersehen von *Zuck*, JZ 2007, 684 (685).

55 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (984), unter Hinw. auf *Hommerich/Kilian*, Vergütungsvereinbarungen deutscher Rechtsanwälte, 2006, S. 103.

56 Durch das am 9. 9. 1994 in Kraft getretene Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte v. 2. 9. 1994 (BGBl I, 2278).

57 Vgl. BT-Dr 12/4993, S. 31.

58 Was *Kilian*, BB 2007, 1061, bei seinem „Willkommen in den 1950er-Jahren“ nicht beachtet.

59 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (985).

60 Vgl. *Breyer* (o. Fußn. 1), S. 41 in Fußn. 130 m. w. Nachw.

61 So *Kilian*, BB 2007, 1061 (1063 bzw. 1066 f.).

62 Weshalb hierdurch, wie *Zuck*, JZ 2007, 684 (686), meint, der Gesetzgeber zum „Vollzugsorgan“ des *BVerfG* werden soll, erschließt sich nicht.

63 Etwa *Kirchberg*, BRAK-Mitt 2007, 74 (76); *Dahms*, NJW-Spezial 2007, 189; *Johnigk*, NJW 2007, 986.

„dass ein Verbot wie auch die vollständige Freiheit verfassungskonform sein sollen.“<sup>64</sup> Mit dieser apodiktischen These wird der Unterschied verkannt zwischen dem, was die Verfassung erzwingt, und dem, was der Verfassung nicht widerspricht. Selbstverständlich sind diese beiden Bereiche nicht deckungsgleich; denn im demokratischen Staat sind nicht alle, sondern nur die wenigsten politischen Entscheidungen durch die Verfassung determiniert. Wäre es anders, hätte das Parlament nur die Aufgabe einer verfassungsrechtlichen Vorprüfung mit einer nachfolgenden abschließenden Kontrolle durch das *BVerfG*. Für politische Gestaltung wäre kein Raum. Glücklicherweise liegen die Dinge anders. Wenn sich der Gesetzgeber dafür entscheidet, das Verbot des anwaltlichen Erfolgshonorars vollständig zu streichen, so ist dies eine rechtspolitische Entscheidung. Welche Grundrechtspositionen könnten ihn daran hindern? Das *BVerfG* vermochte solche jedenfalls nicht auszumachen. Die Verfassung steht also einer Streichung der Verbotsnorm nicht entgegen. Aber sie erzwingt umgekehrt auch eine so weitgehende Deregulierung nicht, sondern aus Gründen der Berufsfreiheit nur die bereits geschilderte Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot.

All das hat mit Mutlosigkeit des Gerichts<sup>65</sup> nichts zu tun; Heldentum kann fehlende juristische Argumente nicht ersetzen. Rechtspolitik bleibt Sache des Gesetzgebers. Er kann sich auf das verfassungsrechtlich gebotene Minimum beschränken und in Anlehnung an § 49 b I 2 BRAO einen Ausnahmetatbestand für die Fälle eröffnen, „in denen auf Grund der wirtschaftlichen Situation des Auftraggebers bei verständiger Betrachtung erst die Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung die Inanspruchnahme qualifizierter anwaltlicher Hilfe ermöglicht.“<sup>66</sup> Dies beruht auf der Überlegung, dass der Mandant erst durch den erfolgreichen Abschluss der Angelegenheit über hinreichende Mittel verfügt, um seinen Anwalt angemessen bezahlen zu können. Es liegt

in der Konsequenz dieses Ansatzes, dass der Gesetzgeber an dem uneingeschränkten Verbot für die Bereiche festhalten kann, in denen die entsprechenden Vermögenswerte nicht unmittelbar aus dem Erfolg einer Rechtssache generiert werden. Ausdrücklich genannt sind das Familien- und Strafrecht sowie Bereiche des öffentlichen Rechts. Natürlich sind auch dort im weiteren Sinne Vermögenszuwächse zu erzielen, etwa weil der freigesprochene Angeklagte weiter seiner Erwerbstätigkeit nachgehen kann. Der Gesetzgeber muss aber nicht auch solchen Konstellationen Rechnung tragen, sondern kann sich an typischen Fallgestaltungen orientieren<sup>67</sup>.

Hält der Gesetzgeber an seiner Einschätzung hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit der Mandanten fest, so kann er ferner den Nachweis einer umfassenden Aufklärung des Mandanten zur Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vereinbarung eines Erfolgshonorars machen. Der Gesetzgeber kann aber auch über das Mindestmaß hinausgehen und das Verbot noch weiter lockern oder es sogar völlig aufgeben. Bei seiner Entscheidung kann er zudem Umstände berücksichtigen, die für die verfassungsrechtliche Prüfung noch keine Bedeutung erlangen konnten, wie etwa die erst in jüngster Zeit beklagte Beeinträchtigung international tätiger deutscher Rechtsanwälte<sup>68</sup>.

Der Ball liegt also, wie formuliert worden ist<sup>69</sup>, im Feld des Gesetzgebers – und dort gehört er jetzt auch hin. ■

64 So *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1405 (1409 f.).

65 Beklagt von *Römermann*, BB 2007, 624.

66 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (985).

67 Vgl. etwa *BVerfGE* 27, 142 (150) = NJW 1970, 133 L; nicht berücksichtigt von *Kilian*, BB 2007, 1061 (1067).

68 Vgl. *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1405 (1410); *Zuck*, JZ 2007, 684 (685).

69 *Kirchberg*, BRAK-Mitt 2007, 74; *Kurz*, FTD v. 30. 3. 2007.

Richter am OLG Professor Dr. Rolf Stürner, Freiburg i. Br.

## Zugang zum Recht durch Erfolgshonorar? – Eine Kritik der verfassungsgerichtlichen Entscheidung\*

### I. Die Entscheidung des *BVerfG* und ihr Umfeld

#### 1. Die Quintessenz der Entscheidung des *BVerfG*

Das *BVerfG*<sup>1</sup> betrachtet ein allgemeines Verbot des anwaltlichen Erfolgshonorars zur Wahrung gemeinwohlbedingter Belange der Rechtspflege zwar als grundsätzlich gerechtfertigt und dabei auch als geeignet und erforderlich, hält dann aber ein völlig ausnahmsloses Verbot für unangemessen. Es verlangt eine Ausnahme kurz gesagt für den Fall, dass Prozesskostenhilfe oder Prozessfinanzierung nicht helfen und das anwaltliche Kostenrisiko zur Rechtswegsperre wird. Die Entscheidung erörtert mustergültig und erschöpfend die wesentlichen Gemeinwohlelemente, die gegen das frei ausgehandelte Erfolgshonorar sprechen: anwaltliche Unabhängigkeit, Schutz des Rechtssuchenden vor Übervorteilung, Waffengleichheit zwischen Parteien. Sie relativiert in einem zweiten Schritt aber das Gewicht dieser Argumente nicht unwesentlich. Einmal soll es nicht ausreichen, um ein ausnahmsloses Verbot zu rechtfertigen. Zum andern soll es – noch bedeutsamer – auch nicht genügen, um die Liberalisierung des anwaltlichen Vergütungsrechts auf verfassungsrechtlicher Ebene in wesentlichen Punkten zu blockieren.

#### 2. Die verbleibende breite Wahlfreiheit des Gesetzgebers

Das *BVerfG* lässt dem Gesetzgeber von diesem Ausgangspunkt aus folgerichtig die Wahl zwischen voller Aufgabe des Verbots, Aufgabe des Verbots lediglich in Fällen von Finanzierungsnot, Aufgabe des Verbots nur in vermögensrechtlichen Streitigkeiten und Aufgabe des Verbots bei Wahrung vergütungsbezogener Informationspflichten, wobei eine Kombination der verschiedenen Regelungsvarianten denkbar sein soll<sup>2</sup>.

#### 3. Der Einzelfall

Eine kritische Erörterung der Entscheidung muss den entschiedenen Einzelfall als ihren gedanklichen Ausgangspunkt berücksichtigen. Es handelte sich um eine Enteignung durch nationalsozialistische Machthaber, für die eine in den USA lebende Enkelin des vertriebenen Eigentümers Entschädigung nach dem Entschädigungsgesetz verlangte und dabei dem be-

\* Der Autor ist Direktor des Instituts für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Richter am OLG Karlsruhe.

1 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979.

2 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (985).

auftragten Anwalt 33 1/3 % Erfolgshonorar *quota litis* anbot, was der Anwalt akzeptierte. Aus dieser Fallgestaltung mag sich die gedankliche Anknüpfung des *BVerfG* an die „contingency fee“ US-amerikanischer Prägung<sup>3</sup> erklären, insbesondere soweit Quota-litis-Vereinbarungen in Entschädigungsfällen der Nachkriegszeit mit Emigrantenbezug in Frage stehen.

#### 4. Ein wirtschaftlicher Vergleich zwischen Honorar *quota litis* und Wertgebühr

Die Entscheidung zeigt auch, wie wirtschaftlich lohnend die anwaltliche Übernahme des Verfahrensrisikos sein kann. Immerhin behielt die anwaltliche Vertreterin von 312 000 DM, welche die Entschädigungsbehörde festgesetzt hatte, 104 000 DM Honorar, ein Betrag, den eine anwaltliche Gebührentabelle wohl allenfalls bei völlig überhöhter Ausgangsforderung erreicht hätte. Die einfache Gebühr bei 320 000 DM läge heute bei circa 1600 Euro<sup>4</sup>, also 3200 DM, so dass immerhin runde 30 Gebühren streitanteiliges Honorar vereinbart waren. Ein durchaus erklecklicher Betrag, der hier Gegenstand eines anwaltlichen Gambling war und übliche Proportionalitäten sprengt.

### II. Erfolgshonorar und Gleichlauf der Interessen von Anwalt und Mandant?

#### 1. Gedanklicher Ausgangspunkt

Das *BVerfG* geht bei der Relativierung des Arguments gefährdeter anwaltlicher Unabhängigkeit davon aus, dass das Erfolgshonorar den Gleichlauf der Interessen von Anwalt und Mandantschaft nicht störe<sup>5</sup>. Auf den ersten Blick mag dies zumindest teilweise richtig sein, weil die Erfolgsgebundenheit ohne Zweifel ein starker Stimulus zu intensiver Arbeit sein kann.

#### 2. Ungleiche Erfolgswahrscheinlichkeit und gestörter Interessengleichlauf

Ein zweiter Blick lenkt aber die Aufmerksamkeit auf Umstände, die zweifeln lassen. Falls man nämlich mit dem *BVerfG* volle Freigabe der Erfolgshonorarvereinbarung für denkbar hält, muss man bei der Interessenlage des Anwalts die gesamte geschäftliche Kalkulationsbasis berücksichtigen, bei der dann mehrere auf Erfolgswahrscheinlichkeit geführte Fälle konkurrieren, oft in zeitlich versetzter Form. Betreibt die Kanzlei auf Erfolgshonorarbasis den Fall A mit 70% Erfolgswahrscheinlichkeit, den Fall B mit 60% Erfolgswahrscheinlichkeit und tritt später der Fall C mit 95%iger Erfolgswahrscheinlichkeit hinzu, so ändert sich die Kosten-Nutzen-Analyse der Kanzlei dramatisch, die Arbeitsintensität für Fall C lässt den Kosteneinsatz für die Fälle A und B sinken – völlig konsequent, wenn man vom gewinnmaximierungsgesteuerten Anwalt ausgeht. Bei risikounabhängiger Gebühr tritt diese wirtschaftlich motivierte Konkurrenzsituation so nicht auf, die sich dann beim gewinnmaximierenden Anwalt doch gegen den Mandanten wenden kann. Überzeugte Verfechter modernen Marktdenkens könnten versucht sein zu argumentieren, damit finde nur ein willkommener Wettbewerb zwischen guten und schlechten Fällen mit der Folge gerechter Auslese statt. Nur wäre dabei übersehen, dass sich hier bloß zufällige Marktsegmente bilden, die eher zu einer willkürlichen Auslese als zu einer gleichen Chance führen.

#### 3. Störung des Interessengleichlaufs bei konkurrierender erfolgsorientierter und wertorientierter Honorierung

Falls man den Gedanken marktmäßiger Fallauslese durch Gewinnanreiz bei Erfolg weiterführt, erscheint auch das

Konkurrenzverhältnis zwischen erfolgsunabhängig und erfolgsabhängig bezahlter Dienstleistung problematisch. Die Mischkalkulation einer Kanzlei kann leicht zu „Quersubventionierungen“ führen, nämlich in der Weise, dass erfolgsunabhängig honorierte Fälle die erfolgsabhängig geführten Fälle mitfinanzieren müssen, denn nur bei ihnen besteht der verstärkte Stimulus des Gewinns. Dies aber bedeutet, dass Erfolgshonorare und insbesondere absolute Erfolgshonorare *quota litis* auch die Interessenbalance zwischen Anwalt und Mandant bei parallelen erfolgsunabhängig finanzierten Fällen empfindlich stören können. Man mag erwidern, diese Konkurrenzlage mit denkbarer Quersubventionierung gebe es auch bei gleichförmiger erfolgsunabhängiger Honorierung – allerdings aus anderen Motiven, wie zum Beispiel Sympathie, Bekanntschaft, Neigung zum Fall oder Dauerbeziehung. Dies ist richtig. Nur kann nichts darüber hinwegtäuschen, dass die erfolgsabhängige Honorierung diesen verfallenden Wettbewerb zwischen Fällen verschärft, vor allem beim modernen Anwalt, wenn dessen hauptsächliche Handlungsorientierung Gewinnmaximierung nach Marktgesetzen sein sollte<sup>6</sup>. Es ist auch nicht zu erwarten, dass die Nachfrage des Mandantenmarkts die geschilderten Effekte auszugleichen vermag. Denn dies würde einen Informationsstand der Mandanten voraussetzen, der mehr oder weniger unrealistisch ist – sowohl vom Know how als auch vom Aufwand her. Wer den Fall eines rechtsuchenden Bürgers zum Marktobjekt macht, darf sich nicht wundern, wenn er damit alle Probleme eines unverfälschten, vollkommenen Markts importiert.

### III. Der informierte Mandant

#### 1. Information und Rational Choice – eine trügerische Fiktion

Das *BVerfG* bewegt sich ganz auf der Höhe der Zeit, wenn es zur Rechtfertigung ausgehandelten Erfolgshonorars *quota litis* den Informationstopos bemüht, um so eine bedenkliche Übervorteilung des Mandanten bei der Höhe des Honorars wie bei jedem frei ausgehandeltem Honorar zu verhindern<sup>7</sup>. Es preist dabei auch Figürlichkeiten des Verbraucherrechts an, wie zum Beispiel schriftliche Aufklärung und Darlegung der Berechnungsgrundlagen unter Vergleichsangaben zu anderen Formen der Entgeltfestsetzung. Das Gewicht, das dem Informationstopos im Zivilrecht der Gegenwart gegeben wird, ist indessen mehr als fragwürdig<sup>8</sup>. Dass zum funktionierenden Markt Information gehört, war eigentlich bekannt<sup>9</sup>, ehe für die Entdeckung der „Informationsasymmetrie“ mit ihrem Markt saurer Zitronen der Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften verliehen worden ist<sup>10</sup>. Genauso klar war aber auch stets das Wissen sowohl um die Unmög-

3 Ausf. rechtsvergleichende Erörterung des US-amerikanischen Vergütungssystems mit allen Vor- und Nachteilen bei Breyer, Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses, 2006; Kilian, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, 2003; Zusammenfassung bei Murray/Stürner, German Civil Justice, 2004, S. 614 ff. m. Nachw.

4 Dazu Anl. 2 zum RVG (zu § 13 I) v. 5. 5. 2004.

5 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (980 r. Sp., 982 l. Sp., 985 l. Sp.).

6 Zu „law as a business“ ausf. Stürner/Bormann, NJW 2004, 1481 (1482 l. Sp., 1485, 1488, 1491).

7 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (984 f.).

8 Ausf. Eidenmüller, JZ 2005, 216; Stürner, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 89 ff. m. Nachw.; aus der US-amerikanischen Literatur Kaplow/Shavell, Fairness versus Welfare, 2002, S. 410 ff.; Steven L. Schwarcz, Rethinking the Disclosure Paradigm in a World of Complexity, 2004 University of Illinois Law Review 1 ff. m. Nachw.

9 Zu diesem uralten Thema der Vertragsgerechtigkeit statt vieler Lorenz/Wolf, AT des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. (2004), § 42 II 2, S. 756; Medicus, AT des BGB, 9. Aufl. (2006), § 17 II, S. 75.

10 G. A. Akerlof, The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 Quart. J. Econ. 488 (1970).

lichkeit vollständiger Information als auch um die Unfähigkeit menschlicher Entscheidungsbildung, Informationen korrekt zu verarbeiten und zur Grundlage einer „rational choice“ zu machen – auch dies schon ehe „Behavioural Economics“<sup>11</sup> sich dieser Fragen wiederum unter Vergabe weiterer Nobelpreise angenommen haben.

## 2. Inhaltliche Regulierung als sinnvollere Lösung?

Der richtige und viele aufwendige Vorkehrungen ersparende Schluss wäre eigentlich, in Bereichen typischer Informationsasymmetrie und gleichzeitig starker Emotionalisierung des Entscheidungsverhaltens des „Abnehmers“ – im Prozessfalle eher die Regel als die Ausnahme – inhaltlich anstatt informationell zu regulieren und es damit beim alten System der Wertgebühr zu belassen<sup>12</sup>. Dies hätte vor allem nahegelegen, nachdem der *EuGH* im Falle anwaltlicher Rechtspflege diesen Spielraum ganz ausnahmsweise gelassen hat<sup>13</sup>. Demgegenüber macht das *BVerfG* einmal mehr die Verbeugung vor dem Zeitgeist marktmäßiger Gewinnmaximierung als eines immer essentielleren Bestandteils beruflicher Freiheit, die nur vorsichtiger und mittelbarer informationeller Regulierung unterworfen sein soll, und eilt dabei dem *EuGH* bei der Deregulierung des Berufsrechts voraus.

## IV. Wettbewerbsrechtliche Kontrolle statt fester Gebührentabellen?

Weniger oder gar nicht widmet sich das *BVerfG* der Frage, inwieweit die von ihm für zulässig gehaltene volle oder teilweise Freiheit zum Erfolgshonorar nicht ein weiterer Schritt auf dem Wege ist, das anwaltliche Vergütungsrecht dem Wettbewerbsrecht zu unterwerfen, wie sich dies für nichtregulierte anwaltliche Beratung allgemein mehr und mehr anzubahnen beginnt<sup>14</sup>. Es mag wettbewerbswidriges Verhalten durch anwaltliche Absprachen geben, das Erfolgshonorar möglichst oft und in lohnender Höhe zu verlangen oder grundsätzlich zu verweigern. Es mag sich aber auch die Frage nach dem Machtmissbrauch durch Großmandanten wie Versicherungen, Banken, Firmen, Industrieverbände etc. stellen, die möglichst mäßige Erfolgshonorare bei anwaltlicher Risikoübernahme fordern oder verbandsmäßig empfehlen könnten. Wer vom gewinnmaximierenden Markt als Motor sozialen Fortschritts überzeugt ist, wird die Ablösung klarer inhaltlicher Regulierung durch wettbewerbsrechtliche Generalklauseln begrüßen. Es wäre dann aber notwendig, ähnlich wie im Medienrecht eine Art Sonderwettbewerbsrecht zu entwickeln, das den Besonderheiten des „Rechtspflegemarkts“ Rechnung trägt. Ob es wirklich einen Fortschritt darstellt, inhaltliche gesetzliche Regulierung zunächst zu verabschieden, um dann durch die Rechtsprechung mühsam wieder Regeln für den Markt anwaltlicher Entgelte auf der Basis von Generalklauseln zu entwickeln, muss man – gerade vor den Maßstäben ökonomischer Analyse<sup>15</sup> – als eher als zweifelhaft betrachten.

## V. Der verlorene Spielraum des Gesetzgebers zur Beseitigung einer partiellen Rechtswegsperre

Das *BVerfG* hat über das Erfolgshonorar *quota litis* auf der Grundlage der Berufsfreiheit des Anwalts entschieden und das ganze Arsenal der Kontrolle freiheitsbeschränkender hoheitlicher Maßnahmen schulmäßig durchgeprüft – vorbildlich wie in einer Klausur –, um dann nach vielfacher Erörterung billiger Argumente bei der letzten Station, der Angemessenheit, die Verfassungswidrigkeit zu entdecken. Diese sorgsam und nach allen Regeln der Kunst aufgegliederte Abwägung kann jedoch schwer verbergen, wie sehr das Gericht in einem Akt volitiver Gestaltung seine Vorstellung von

der Organisation anwaltlicher Rechtspflege an die Stelle des Gesetzgebers gesetzt hat. Dies ist in dieser Konkretheit wohl nur vertretbar, wenn ganz gewichtige Gründe für die obligatorische Ausnahme sprechen, vor allem weil es andere Möglichkeiten sinnvoller Gestaltung nicht gibt. Gerade das ist aber nicht der Fall.

## 1. Die halbherzige Abhilfe durch das anwaltliche Erfolgshonorar

Es ist etwas erstaunlich, dass das *BVerfG* zwar die Lücke im anwaltlichen Rechtspflegesystem und im Rechtsschutzsystem richtig definiert<sup>16</sup>, dann aber ihre Bedeutung doch etwas falsch einschätzt. Es ist richtig, dass das deutsche Kostensystem eine Rechtswegsperre für Parteien aufbauen kann, die für die Prozesskostenhilfe nicht genügend arm, aber für eigene Prozessfinanzierung nicht reich genug sind. Nur beruht diese Sperrwirkung wesentlich auf dem Risiko der Gerichtskostentragung und dem Risiko des Kostenersatzes für den Gegner, eigene Anwaltskosten machen mehr oder weniger nur ein Drittel oder weniger aus. Das Erfolgshonorar *quota litis* unter Risikoübernahme deckt also runde zwei Drittel des Risikos zunächst einmal nicht – ganz anders als in den USA, wo es Kostenerstattung für den obsiegenden Gegner nur ausnahmsweise und Gerichtskosten praktisch nicht gibt<sup>17</sup>, der Anwalt allerdings Beweisaufnahmekosten vorschießt und insoweit Prozessfinanzierer ist<sup>18</sup>. Eine Beseitigung der Rechtswegsperre würde voraussetzen, dass der deutsche Anwalt voller Prozessfinanzierer ist und im Unterliegensfalle die Gerichtskosten und gegnerischen Anwaltskosten trägt. So weit will das *BVerfG* offensichtlich nicht gehen, wenigstens äußert es sich hierzu nicht. Bleibt aber so das Unterliegensrisiko zu etwa zwei Dritteln oder mehr bei der Partei, ist der Fortschritt denkbar gering und ändert so wenig, dass die verfassungsgerichtliche Maßregelung des Gesetzgebers etwas überrascht, zumal viele gute Gründe – vom Gericht selbst zugestanden – für das Verbot sprechen.

## 2. Verbesserte Organisation der Prozessfinanzierung?

Als Alternative erwähnt das *BVerfG* nur die Prozessfinanzierung<sup>19</sup>, die auf den ersten Blick das Problem der Sperre für

11 Dazu *Stürner* (o. Fußn. 8), S. 91 ff.

12 So i. Erg. auch *Breyer* (o. Fußn. 3), S. 216 ff. Allgemein ist der Trend zur Bevorzugung informationeller gegenüber inhaltlicher Regulierung ein fragwürdiges Phänomen gegenwärtiger Marktideologie; dazu *Stürner* (o. Fußn. 8), S. 4, 11 f., 89 ff., 254 ff. m. Nachw.

13 *EuGH*, NJW 2007, 281 – Cipolla; zu Recht zust., aber vielleicht allzu hoffnungsvoll *Mailänder*, NJW 2007, 883.

14 Dazu *EuGH*, NJW 2002, 882 (884) – Manuele Arduino, und zur Einordnung anwaltlicher Dienstleistung allg. *EuGH*, NJW 2002, 877 (881) – Wouters; *EuGH*, NJW 2007, 281 – Cipolla; *Koch/Eichele*, NJW 2004, 334; *Bormann*, Zeitschrift f. Zivilprozess International, Jahrb. d. Internat. ZivilprozessR (ZZPInt) 8 (2003), 1 (54 ff.). In den USA spiegelt sich das Parallelproblem in den Entscheidungen *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773, 786 ff. (1975) und *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350, 359 ff. (1977); dazu *Bormann*, ZZPInt 8 (2003), 57, und *Stürner*, RabelsZ 69 (2005), 201 (252).

15 Dazu *Kaplow*, Rules versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke L.J. 557 (1992): Vergleich der „specification costs“ bei Schaffung inhaltlich präziser Normen mit „compliance costs“ und „adjudication costs“ bloßer Standards; neuere Nachw. bei G. *Rühl*, 24 Berkeley Journal of International Law, 801, 831 ff. (2006).

16 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (983 f.).

17 Das *BVerfG* erwähnt diesen Unterschied zwischen Deutschland und USA im Zusammenhang mit der möglichen Gefahr missbräuchlicher Verfahrenseinleitung auf Grund von Erfolgshonorarvereinbarungen, *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (981 Rdnrn. 71 f.), kommt darauf dann aber bei der Frage der Rechtswegsperre merkwürdigerweise nicht mehr zurück.

18 Ausf. *Breyer* (o. Fußn. 3), S. 18 ff., 21, 41 ff.

19 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (984 Rdnr. 101). Zu ihren dem anwaltlichen Erfolgshonorar vielfach ähnlichen Problemen ausf. *Breyer* (o. Fußn. 3), S. 184 ff. m. Nachw.; krit. *Bruns*, JZ 2000, 232.

den Kläger in geeigneten Fällen tatsächlich in toto unter Einbeziehung aller Risiken lösen kann. Es mag allerdings sein, dass – so das *BVerfG* – der empirische Befund einer Eignung der gegenwärtigen Gestalt dieser Institution des freien Markts nur für höhere Streitwerte zutrifft und deshalb eine Ergänzung ansteht. Auch bereitet die Prozessfinanzierung *quota litis* auf der Beklagtenseite generell Schwierigkeiten, weil hier in sehr unbefriedigender Form sichtbar wird, wie sehr sie in den Besitzstand des Bürgers eingreift, der sich sein Recht erkämpft hat. Die Rechtsordnung schützt die bestehende Güterverteilung in besonderer Weise durch die grundsätzliche Beweislast der angreifenden Partei, das Rechtsfriedensargument ist archaisches Grundelement menschlichen Gerechtigkeitsdenkens<sup>20</sup>, und wo die Aufrechterhaltung gerechtfertigter Güterverteilung das verteidigte Gut selbst aufzehrt, wird der Schritt ins rechtsschutzverweigernde Unrecht so deutlich, dass Prozessfinanzierung für Beklagte auf *Quota-litis*-Basis kaum sinnvoll durchsetzbar sein dürfte<sup>21</sup>. Vor diesem Hintergrund bleibt die Schließung der für beide Seiten bestehenden Rechtsschutzlücke mit dem Erfolgshonorar allein für den klägerischen Anwalt durch das *BVerfG* rudimentär. Selbst auf der Klägerseite ist sie von zweifelhaftem Gerechtigkeitsgehalt, solange man ihr die schadensersatzrechtliche volle Kompensation beim verlierenden Beklagten – anders als das US-amerikanische Recht vor allem in Gestalt der *punitive damages*<sup>22</sup> – nicht gönnt. So verliert auch das um klägerische Erfolgshonorare ergänzte Prozessfinanzierungssystem insgesamt an Glanz und überzeugt nicht so sehr, als dass man es dem Gesetzgeber als verfassungsrechtliche Hausaufgabe aufbürden sollte.

Es war schon in den 70er-Jahren *Fritz Baur*, der die Rechtsschutzlücke oberhalb der Prozesskostenhilfe erkannte und vorschlug, sie durch eine obligatorische Pflichtversicherung mit einem Bonus- und Malusystem zu schließen<sup>23</sup>. Eine solche Lösung gestattet sicher die volle Abdeckung aller Risiken, erscheint aber in heutiger Zeit vielen als allzu paternalistisch, als Ausfluss überzogenen solidarischen und sozialen Lebensgefühls. Rechtsverwirklichung als Fall der Daseinsvorsorge – für die Gesellschaft der Marktfreiheiten kein sehr einnehmender Gedanke. So hat das *BVerfG* diesen denkbaren Spielraum gesetzgeberischer Lösung mit all ihren Varianten erst gar nicht mitbedacht und dem Gesetzgeber die Ordnung durch die Hand des Markts verordnet – trotz all seiner Unvollkommenheiten. Nicht ohne Interesse nimmt man zur Kenntnis, dass das *BVerfG* sogar den Gesetzesbruch durch den freien anwaltlichen Markt in Gestalt bereits praktizierter versteckter Erfolgshonorare als Argument gegen das Gesetz kehrt<sup>24</sup>. Der Markt korrigiert den demokratischen Gesetzgeber – eine in dieser schlichten Ungebrochenheit nicht ungefährliche Form verfassungsrichterlicher Argumentation, vor allem wenn es um „law as a business“ geht.

### 3. Streitwertherabsetzung und Streitwertbegrenzung

Die klassische Lösung des deutschen Kostensystems ist neben der Möglichkeit kostensparender Feststellungs- und Teilklagen, die viele andere Rechtsordnungen so nicht kennen<sup>25</sup>, die Streitwertherabsetzung<sup>26</sup>. Sie sozialisiert das Prozesskostenrisiko und verteilt es dabei auf den Staat und die beteiligten Anwälte. Die Anwälte sind stärker als beim Erfolgshonorar nach dem Zufallsprinzip betroffen. Es wäre allerdings einer ökonomischen Analyse wert, ob die Eigenspekulation des Anwalts bei Fallübernahme auf Erfolgsbasis im statistischen Ergebnis besser stellt<sup>27</sup>. Es gibt auch, wie im Bestseller „A Civil Action“ dargestellt ist<sup>28</sup>, den Anwalt, der bei der Risikoübernahme wie in einer Spielbank alles verspekuliert. Der Vergleich zwischen der braven Sparanlage und dem Aktienzertifikat legt sich nahe, bei dem sich auch versierte Analysten zuweilen täuschen.

Wenn das *BVerfG* diesen Spielraum des Gesetzgebers in Gestalt der Streitwertherabsetzung, die eine angepasste und

gleitende Form der Risikominderung für beide Parteien zulässt, als gesetzgeberische Option nicht einmal erwähnt, so lässt dies den Schluss zu, dass es mit seiner Entscheidung gleichzeitig die Lemuren am Grabe der wertabhängigen gesetzlichen Gebühr zu versammeln beginnt. Bemerkenswerterweise widmet es nämlich der richterlichen Kontrolle vertraglich vereinbarter Gebühr durchaus einige zukunftssträchtige Bemerkungen<sup>29</sup>.

## VI. Das verfassungsrichterliche Vorverständnis und die Marktfreiheiten

Die Entscheidung des *BVerfG* atmet den Geist des Markts und seiner Freiheiten, deren Einschränkungen wesentlich strengerer Rechtfertigung bedürfen als noch vor zwei oder drei Jahrzehnten<sup>30</sup>. Das *BVerfG* bewegt sich mit diesem Grundansatz im Schlepptau des *EuGH*, der wie die Europäische Kommission in der Vollendung des Binnenmarkts und damit notwendigerweise des Marktes überhaupt<sup>31</sup> die Krönung eines Gesellschaftsmodells sieht, das im profitmaximierenden Wettbewerb und im Geschäft mit Risiken den Motor wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts entdeckt zu haben wähnt. Inhaltliche Gestaltung von Freiheiten durch den Gesetzgeber bedarf der Rechtfertigung vor dieser Ideologie, die den demokratischen Gesetzgeber mehr und mehr dominiert<sup>32</sup>. Die Anpassung des *BVerfG* an den Zeitgeist, der inhaltliche Gestaltung beruflicher Freiheiten zunächst einmal als Marktstörung verdächtigt und in ihr zünftische Gestaltungsformen und Privilegien zu entdecken meint<sup>33</sup>, ist zwar schon deshalb nachvollziehbar, weil sich ein hohes Gericht nicht auf Dauer gegen wirkungsmächtige gesellschaftliche Grundströmungen stellen kann. Inwieweit ein hohes Gericht dabei aber die Vorreiterrolle übernehmen sollte, wie dies im

- 20 Statt vieler *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZivilprozessR, 16. Aufl. (2004), § 114 II 1, Rdnr. 8; *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 46 ff.; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 21. Aufl. (Stand: 1997), § 286 Rdnr. 44.
- 21 Sie ist auch in den USA praktisch nicht üblich; dazu das rechtsvergleichende Kapitel in *Murray/Stürner* (o. Fußn. 3), S. 614-616.
- 22 Dazu statt vieler *Breyer* (o. Fußn. 3), S. 5; *Stiefel/Stürner*, VersR 1987, 829 (836 m. Nachw.).
- 23 *F. Baur*, JZ 1972, 75; *ders.*, NJW 1976, 1380; zur damaligen sehr breiten Diskussion noch *Grunsky* und *Trockner*, Gutachten 51. DJT 1976, S. A 59 ff., und A 83 ff.; *Fechner*, JZ 1969, 349.
- 24 Dazu die kurze Bemerkung *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (984 Rdnr. 101).
- 25 Dazu *Stürner*, in: Festschr. f. Schütze, 1999, S. 913-934 mit einer Darstellung des Problems des Klageverbrauchs vor allem im angloamerikanischen Prozess.
- 26 Hierzu § 12 IV UWG, § 142 MarkenG, § 144 PatentG und § 89 a GWB.
- 27 Zu den Kompliziertheiten und Unwägbarkeiten einer Kalkulation des Prozessrisikos insbes. *Eidenmüller*, ZJP 113 (2000), 5; *Breyer* (o. Fußn. 3), S. 20 f. m. Nachw.
- 28 *Jonathan Harr*, A Civil Action, 1995. Der Fall ist bei nüchterner Betrachtung auch geeignet zu dokumentieren, wie sehr der Druck anwaltlicher Spekulation die Fähigkeit zu realistischer und strategisch geschickter Prozessführung beschränken kann.
- 29 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (983 Rdnrn. 89-91, 948 f. Rdnrn. 107, 111).
- 30 Zust. zu dieser Grundtendenz, aber eher krit. zur verbleibenden Behutsamkeit des *BVerfG* bei der Kontrolle des demokratischen Gesetzgebers insbes. *Kleine-Cosack*, NJW 2007, 1405. Entsprechend gut überkommener Tradition legt er seine Stellung als Verfahrensbevollmächtigter im besprochenen Verfahren offen – im Zeitalter des „Law Marketing“ durch Kanzleien heute leider keine Selbstverständlichkeit mehr.
- 31 Zuletzt für den anwaltlichen Bereich *EuGH*, NJW 2007, 281 – Cipolla, wo die Regulierung anwaltlichen Entgelts deutlich zur rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme erklärt wird; zu optimistisch m. E. *Mailänder*, NJW 2007, 883.
- 32 Allg. zu dieser europaweiten Entwicklung *Stürner* (o. Fußn. 8), insbes. S. 23 ff., 37, 169 ff., 269 ff., 289 ff.
- 33 So insbes. *Jaeger*, NJW 2004, 1492 (1493), unter durchaus wohlwollender Bezugnahme auf Äußerungen des damaligen Kommissars *Mario Monti*.

Berufsrecht doch mehr und mehr der Fall ist<sup>34</sup>, erscheint eher zweifelhaft. Wann man im Berufsrecht wieder „Guten Morgen“ im Sinne einer Rückkehr zu verstärkter inhaltlicher Regulierung sagen wird, bleibt abzuwarten. Ob gerade der Verweis auf die Wirtschaftsprüfer<sup>35</sup> mit ihrer unglücklichen Vermischung von gestaltender Beratung und Prüfung und ihrer deregulierten Beratungsgebühr besonders überzeugt, ist angesichts zahlreicher nationaler und internationaler Prüfungsskandale eher zweifelhaft, zumal man dort Formen präventiver inhaltlicher Regulierung und Qualitätskontrolle wieder eher zu schätzen beginnt<sup>36</sup>. Man tut diesem Stand nicht Unrecht, wenn man feststellt, dass er teilweise zu sehr der Erotik des Geldes und Gewinns erlegen ist. Wie sehr dabei auch die Anwaltschaft mithalten kann, zeigen Prozessfinanzierungsskandale in den USA, wo gegen die Mitglieder der Kanzlei *Milberg/Weiss* gerichtliche Verfahren laufen, weil – offenbar über Jahre – nicht nur das Risiko des Falls, sondern teilweise auch die Kläger gleich mitgekauft worden sein sollen<sup>37</sup>. Wer Wirtschaftsprüfer und Anwälte mit dem Business-Konzept intensiv in Versuchung führt und berufliches Ethos dabei nur noch als Schranke begreift, nicht als Inhalt<sup>38</sup>, sollte sich nicht allzu sehr moralisch ereifern. Viele meinen, dieser Einzelfall sei in den USA nur die Spitze eines Eisbergs.

### VII. Einzelfallentscheidung oder Regel?

Man könnte nun natürlich sagen, warum so viel Lärm um eine liebenswürdige kleine Ausnahme, die in ihrer speziellen Ausgestaltung eine Flexibilisierung nahelegt: die amerikanische Klägerin, um zum Anfang zurückzukommen, die in Deutschland Entschädigung für Naziverbrechen sucht? Man soll sich nichts vormachen: Das *BVerfG* hat mit dieser Entscheidung nicht einen harmlosen Einzelfall gelöst, für den die Entscheidung dann noch gar nicht gilt. Es hat vielmehr bewusst den Startschuss zur vollen Freigabe der Gebührenvereinbarung gegeben oder doch mehrheitlich geben wollen. Viele Mosaiksteine ergeben dabei auf Dauer auch ein Bild. Seine Konturen sind allerdings unklar, denn ein stimmiges Grundkonzept zur Schließung der gebührenbedingten Rechtsschutzlücke präsentiert das *BVerfG* nicht, obwohl es durchaus weit ausholt. Die Bedeutung der Entscheidung liegt nicht im Einzelfall, sondern in der Gefahr weiten Aufhaltens der Tür für eine Freiheit, in welcher der Rechtsfall des einzelnen Bürgers zum anwaltlichen Spekulationsgegenstand wird und untergeht, wenn er sich an der Börse anwaltlicher Gewinnsspekulation nicht bewährt. Eine Rechtsposition ist dann genau so gut durchsetzbar, wie ein Anwalt für sie

Risikokapital einzusetzen bereit ist, falls man das Risiko nicht selbst finanzieren kann.

### VIII. Die Empfehlung an den Gesetzgeber

Die Empfehlung an den umsetzenden Gesetzgeber muss vor diesem Hintergrund zurückhaltend ausfallen. Die volle Freigabe der Gebührenvereinbarung einschließlich denkbarer Erfolgshonorarformen ist nicht empfehlenswert. Vielmehr bietet sich zur Implementierung dieser durchaus unglücklichen verfassungsgerichtlichen Entscheidung zunächst einmal der kleinste Schritt an, der ein Erfolgshonorar quota litis oder jedes andere aus dem Prozessgewinn zu zahlende Erfolgshonorar nur dann erlaubt, wenn in geeigneter Form dargetan ist, dass dem klägerischen Mandanten andernfalls der Rechtsschutz verwehrt wäre<sup>39</sup>. Ein Erfolgshonorar quota litis, das die beklagte Partei aus ihrem streitbefangenen Vermögen gewährt, sollte man nicht zulassen<sup>40</sup>. Der Gesetzgeber bleibt auf Dauer aufgerufen, zur Schließung der Rechtsschutzlücke oberhalb der Prozesskostenhilfe eine tragende allgemeine Lösung zu finden, die bei Streitwertgebühren zunächst einmal in einer gerichtlichen Streitwertherabsetzung bestehen könnte. Vermutlich wird aber die Entwicklung anders laufen. Das Kostenrecht wird in absehbarer Zeit dereguliert werden, um es dann über richterrechtliche Kontrolle allmählich wieder handhabbaren Ordnungsgrößen zuzuführen. Für die deutsche Tradition wäre zur Bewältigung partieller Rechtswegsperrre auch der Ausbau versicherungsmäßiger Prozessfinanzierung ein denkbarer Weg, der aber feste Gebührenrahmen voraussetzt und erst wieder gangbar sein dürfte, wenn das Pendel vom Markt- und Deregulierungsenthusiasmus zur pragmatischen Vernunft zurückschlägt. Die Nähe des Anwalts zur Spekulation mit dem Vermögen seines Mandanten wird jedenfalls nicht die dauerhafte Zukunft geordneter Rechtspflege sein. ■

- 34 Sehr selbstbewusst die Dreierentscheidung *BVerfG*, NJOZ 2006, 446 = NVwZ 2006, 328 L = JZ 2007, 354, zum handwerklichen Befähigungsnachweis; zu Recht krit. *Frenz* JZ 2007, 343.  
 35 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979 (985 Rdnr. 110).  
 36 Zusammenfassend *M. Weber*, NJW 2006, 3685 (3689) m. Nachw.  
 37 *New York Times* v. 10. 7. 2007; ausf. zur Problematik der sog. „champerty“ und „maintenance“ *Breyer* (o. Fußn. 3), S. 41 ff.  
 38 Zu diesem bedenklichen rechtskulturellen Wandel *Stürmer* (o. Fußn. 8), S. 131 ff.  
 39 So die Lösung des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren, Stand 18. 10. 2007, zu §§ 49 b II BRAO u. §§ 3 a, 4 a und b RVG; ähnl. die Vorschläge der BRAK, Stand Sept. 2007, und die Stellungnahme des DAV, Stand Aug. 2007.  
 40 Darin liegt m. E. eine empfindliche Lücke seitheriger Entwürfe!

Rechtsanwalt Professor Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe

## Zugang zum Recht durch Erfolgshonorar – Ein Plädoyer für den Verzicht auf Verbotsregelungen\*

### I. „Les extrêmes se touchent“

Was ist besser, was ist ökonomischer, was ist logischer, was ist gerechter oder was ist einfach nur wünschenswerter – das Erfolgshonorar, bei dem der Anwalt zwar nicht Kopf und Kragen, bei Misserfolg aber trotz großen Einsatzes gegebenenfalls seinen gesamten Honoraranspruch riskiert, oder aber ein erfolgsumabhängiger und lediglich streitwertabhängiger Gebührenanspruch nach Maßgabe fester Tarife?

Zur Illustration und gleichzeitig zur Kontrastierung zwei Fälle:

Anfang vergangenen Jahres wurde über die Rückgabe der berühmten Bilder von *Gustav Klimt* an die Erben des Künstlers durch die Republik Österreich berichtet. Selbst dem Feuilleton etwa der Berliner Zeitung<sup>1</sup> war damals das Honorar des von den Erben *Klimt's* beauftragten Anwalts eine Meldung wie folgt wert:

\* Der Autor, auch Fachanwalt für Verwaltungsrecht, ist Partner der Karlsruher Anwaltskanzlei *Deubner & Kirchberg* und Vorsitzender des BRAK-Verfassungsrechtsausschusses. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder; der Vortragstil wurde beibehalten.  
 1 Berliner Zeitung v. 17. 2. 2006.

„Klimt-Bilder: 40% bekommt der Anwalt. Der Anwalt der Erben, die von Österreich die berühmten Bilder von *Gustav Klimt* zurückbekamen, verdient bei einem Verkauf den Löwenanteil. Die Bilder sollen bis zu 250 Mio. Euro wert sein. Nach Auskunft der Haupterin *Maria Altmann* (90) wird ihr Anwalt, *Randol Schoenberg*, 40% des Verkaufserlöses erhalten. Die Bilder sollen vermutlich Ende März in die USA gebracht werden. *Altmann* räumte ein, dass das Anwaltshonorar ungewöhnlich hoch ausfalle, allerdings hätte sie den Rechtsstreit mit Österreich ohne *Schoenberg* nie gewinnen können. In den USA sei bei ‚ausichtslosen Fällen‘ eine solche Beteiligungs-Höhe für den Anwalt durchaus rechtmäßig. (dpa)“.

Ende 2006 sind die besagten *Klimt*-Bilder bei *Christie's* zwar nicht, wie zunächst spekuliert wurde, für 250 Mio. Euro, aber immerhin noch für umgerechnet 151 Mio. Euro versteigert worden<sup>2</sup>. Auch davon kann man satt werden. Die Erben zeigten sich laut Pressemeldungen darob hoch erfreut, insbesondere auch darüber, dass, so wörtlich, „...die wertvollen Bilder ein neues Zuhause gefunden haben.“ Ob Anwalt *Randol Schoenberg* jetzt tatsächlich einen 40-prozentigen Honoraranspruch – das wären umgerechnet 60, 4 Mio. Euro – realisieren kann oder realisieren wird, wurde nicht gemeldet. Da er in Kalifornien und nicht in Deutschland residiert, müsste er sich dabei jedenfalls nicht mit § 49 b II BRAO und/oder mit einer nach hiesigen Maßstäben durchgeführten Angemessenheitskontrolle auseinandersetzen.

Auch wenn man nur Würstchen und nicht Bilder verkauft, kann einen das teuer zu stehen kommen und Anwalts- bzw. Steuerberaterkosten in Millionenhöhe verursachen. Jedenfalls bei strenger Abrechnung nach Streitwert<sup>3</sup>. Das Finanzamt hatte einer Münchner „Standlfrau“ im vergangenen Jahr eine Umsatzsteuerforderung in Höhe von 2,129 Mrd. Euro übermittelt und für den Fall der nicht rechtzeitigen Zahlung Säumniszuschläge in Höhe von 21 Mio. Euro pro Monat angedroht. Und das wurde trotz telefonischen Einspruchs der völlig entgeisterten Steuerpflichtigen – tatsächlich belief sich die Steuerforderung auf etwas mehr als 100 Euro – und trotz einer entsprechenden Zusage des Sachbearbeiters bis zum Ablauf der Zahlungsfrist nicht korrigiert. Die Korrektur erfolgte erst, als ein Steuerberater eingeschaltet wurde und dieser das Finanzamt auf seinen offensichtlichen Irrtum aufmerksam machte. Da sein Einspruch Erfolg hatte, präventierte er der Finanzverwaltung seine Abrechnung – streng nach Tabelle und Streitwert – über einen Betrag in Höhe von rund 2,5 Mio. Euro. Jetzt streitet man sich vor Gericht über die Notwendigkeit und Angemessenheit dieses Gebühren- bzw. Kostenerstattungsanspruchs, gegen den im Prinzip und von der Berechnung her grundsätzlich nichts einzuwenden sein dürfte. Denn dem Einspruch wurde stattgegeben und die Gebührentabelle will es nun einmal so – selbst wenn der Einsatz des Steuerberaters ein minimaler war.

Sie sehen, les extrêmes se touchent – jedenfalls was das Verhältnis von Aufwand und Ertrag anbetrifft, unabhängig davon, ob die Abrechnung erfolgs- oder streitwert- bzw. gebührenorientiert erfolgt. Oder, mit anderen Worten: Die Höhe der Gebühr allein kann es eigentlich nicht sein, die das Erfolgshonorar – jedenfalls aus deutscher Sicht – bisher mit dem Makel des „Anstößigen“ versehen und zu seinem gesetzlichen Verbot geführt hat. Auch die Millionenhonorare, die die beteiligten Anwälte in dem Schadensersatzprozess wegen der Genehmigung des *KKW Mülheim-Kärlich*<sup>4</sup> und in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren wegen der Rückforderung niedersächsischer Erdöl- und Erdgasförderabgaben<sup>5</sup> eingestrichen hatten, errechneten sich nach Streitwert und nach der – seinerzeit – noch nach oben offenen BRAGO-Ta-

belle. Sie wissen, dass dies dann die in beiden Fällen zahlungs- und kostenerstattungspflichtige öffentliche Hand auf den Plan gerufen und zur Einführung der Streitwertkappung bei der Berechnung der Anwalts- und Gerichtsgebühren veranlasst hat<sup>6</sup>; und Sie wissen auch, dass das *BVerfG* dies unlängst gegen den in seinem fulminanten dissenting vote öffentlich dokumentierten Widerstand von Berichterstatter *Gaier* gebilligt hat<sup>7</sup>. Das hat aber, wenn ich das einmal so pointiert formulieren darf, weniger mit Verfassungsrecht oder mit der Systematik des Gebührenrechts als vielmehr damit zu tun, dass Gebühren ab einer bestimmten Größenordnung offenbar das Vorstellungsvermögen derjenigen übersteigen, die maximal nach R 10 oder B 11 mit Zulage<sup>8</sup> besoldet werden, sowie damit, dass vielleicht nicht immer sorgfältig genug zwischen Umsatz und Gewinn unterschieden wird.

## II. „Freie Vereinbarung der Gebühr mit subsidiarischer Taxe“

Deshalb auch zunächst eine Bemerkung zur „Ehrenrettung“ von tarifierten Gebühren beim Zugang zum Recht; darum geht es bekanntlich hier und heute:

Gebührenordnungen erleichtern den Zugang zum Recht. Wer nach Maßgabe fester Tarife die Kosten von Anwalt und Gericht abschätzen kann, wird hierdurch oft erst in die Lage versetzt, sich in einem konkreten Streitfall abgewogen für oder gegen die Anrufung der Gerichte zu entscheiden. Mit anderen Worten: Auf die Quantifizierung des (gebührenabhängigen) Prozesskostenrisikos als wesentlichen Bestandteil des umfassenderen Prozessrisikos können eigentlich nur Rechthaber und Querulanten verzichten.

In gleicher Weise garantieren staatliche Gebührenordnungen, so unvollkommen sie trotz vieler „Häutungen“ und Modifikationen sein mögen, das wirtschaftliche (Mindest-)Auskommen der Anwaltschaft – und damit ebenfalls dem Zugang zum Recht. Denn dieser wird in ganz erheblichem Umfang oder gar überwiegend durch die hierfür berufenen, unabhängigen Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten, also durch die Rechtsanwälte (vgl. § 3 I BRAO), vermittelt. Der Erlass und die Anpassung von Gebührenordnungen für anwaltliche Leistungen kann unter diesem Aspekt auch als Wahrnehmung eines staatlichen Schutzauftrags eingestuft werden; eines Schutzauftrags, der einerseits die wirtschaftliche bzw. Einkommensseite der durch Art. 12 I GG garantierten Berufsfreiheit der Rechtsanwälte<sup>9</sup> und darüber hinaus die Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) bzw. an die rechtsstaatlich gebotene Justizgewährungspflicht im Blick hat<sup>10</sup>.

2 Vgl. die (Gesamt-) Darstellung des Restitutions- und Versteigerungsvorgangs bei [www.wikipedia.org/Maria\\_Altmann](http://www.wikipedia.org/Maria_Altmann).

3 Vgl. zum Folgenden die Berichterstattung in der SZ v. 6. 9. 2007

4 BGHZ 134, 268 = NVwZ 1997, 714 = NJW 1997, 2174 L; Streitwert: 1,5 Mrd. DM.

5 BVerwGE 115, 274 = NVwZ 2002, 718; Streitwert: 1,8 Mrd. DM.

6 Vgl. Fraktionsentw. eines „Rechtsanwaltsvergütungs-Neuordnungsgesetzes“ v. 14. 5. 2002, BT-Dr 14/9037, S. 61: „Die dabei anfallenden sehr hohen Gebühren sind in der Öffentlichkeit auf heftige Kritik gestoßen.“, sowie Fraktionsentw. d. (umfassenderen) „Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes“ v. 11. 11. 2003, BT-Dr 15/1971, S. 154 u. 195.

7 BVerfG, NJW 2007, 2098 m. abl. Anm. Verf., BRAK-Mitt 2007, 165.

8 Vgl. §§ 1 a – 1 c des G. über d. Amtsgehalt d. Mitglieder d. BVerfG v. 28. 2. 1964 (BGBl I, 133 m. nachf. Änd.).

9 Grundlegend BVerfGE 83, 1 (13 ff.) = NJW 1991, 555 (Gebühren im sozialgerichtlichen Verfahren).

10 Dazu und zu der Verantwortung von (Richtern und) Rechtsanwälten für die Verwirklichung des Rechtsstaats s. *Jaeger*, NJW 2004, 1 (4).

Auch die Rechtsgewährung durch staatliche Gerichte ist im Regelfall gebührenpflichtig. Von „Anerkennungsgebühren“ kann man in diesem Zusammenhang, unabhängig von den jeweils unterschiedlichen, in weiten Bereichen maßgeblichen Streitwerten, allerdings schon seit Längerem nicht mehr sprechen. Dies und die inzwischen flächendeckend eingeführte Fälligkeit der Gebühren mit der Einreichung einer Rechtsmittelschrift bei Gericht (§ 6 GKG) erschweren den Zugang zum Recht, selbst wenn sie auf Grund ihrer prohibitiven Wirkung gleichzeitig geeignet sein mögen, aussichtslose Beanspruchungen der Gerichte zu vermeiden. Nur in so existenziellen Bereichen wie dem Sozialrecht und dem Verfassungsrecht wird gleichwohl grundsätzlich (noch) von der Gebührenerhebung abgesehen<sup>11</sup>. Sehr mittelbar und sehr verallgemeinernd kann sich die Gebührenerhebung durch die Gerichte schließlich insofern positiv auf die Rechtspflege und damit auch auf den Zugang zum Gericht auswirken, als kostenmotivierten Eingriffen in das gerichtliche Verfahren (Beispiel: Die inzwischen still beerdigte „Große Justizreform“) die Selbstfinanzierung der Justiz, insbesondere der Zivilgerichtsbarkeit, entgegengehalten werden kann.

Das ist aber nur die Hälfte der Wahrheit. Staatliche Gebührenordnungen speziell für anwaltliche Leistungen sind nämlich kein Muss. Bereits mit der Rechtsanwaltsgebührenordnung von 1879 wurde vielmehr ein Recht „freier Vereinbarung der Gebühr mit subsidiärer Taxe“<sup>12</sup> eingeführt. Das gilt auch heute noch. Das gesamte ausdifferenzierte, um nicht zu sagen: überregulierte, und nicht unbedingt in jeder Hinsicht der Sachlogik verpflichtete anwaltliche Gebührensystem steht zu Disposition, wenn die Parteien im Einzelfall etwas anderes, insbesondere etwa eine Vervielfältigung der gesetzlichen Gebühren, ein Pauschalhonorar oder aber ein Zeithonorar vereinbart haben (§ 3 I BRAGO, § 4 I RVG). Voraussetzung hierfür ist in formeller Hinsicht nur der gesonderte Abschluss einer Honorar- bzw. Gebührenvereinbarung und in materieller Hinsicht der Maßstab der Angemessenheit, wobei Letzterer allerdings von den Gerichten vergleichsweise restriktiv gehandhabt wird<sup>13</sup>.

Eine weitere Stärkung hat die Vertragsfreiheit im Verhältnis Anwalt und Mandant durch § 34 RVG in der seit 1. 7. 2006 geltenden Fassung des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes 2004 erfahren. Danach gelten für die (außergerichtliche) Beratung, Begutachtung und Mediation überhaupt keine festen Gebührensätze mehr; die Beteiligten werden vielmehr ausdrücklich auf den Abschluss einer Gebührenvereinbarung verwiesen.

Allerdings geht die Vertragsfreiheit nicht so weit, den Beteiligten auch die Vereinbarung eines Erfolgshonorars und, von Ausnahmefällen abgesehen, die Vereinbarung geringerer Gebühren und Auslagen, als sie die Gebührenordnung vorsieht, zu erlauben (§ 49 b I u. II BRAO). Daran hat auch die Novellierung des (anwaltlichen) Gebührenrechts (Übergang von der BRAGO zum RVG) im Jahre 2004 nichts geändert. Und diese inzwischen auch in Europa singuläre Regelung war bekanntlich Stein des Anstoßes in der „Erfolgshonorar“-Entscheidung des *BVerfG* vom 12. 12. 2006<sup>14</sup>.

### III. Die Entscheidung des *BVerfG* vom 12. 12. 2006

Um was es dabei ging, hat Herr *Gaier* schon referiert und erläutert. Deshalb nur ganz kurz zur Rekapitulation und zur Einstimmung auf die von mir daraus gezogenen Schlussfolgerungen:

Das *BVerfG* hat dem Gesetzgeber mit einer denkbar knappen 5:3-Entscheidung – von der wir nicht wissen, ob die

dissentierenden Richter das Verbot des Erfolgshonorars gänzlich „kippen“ wollten oder aber nur nicht damit einverstanden waren, von diesem Verbot Ausnahmen zuzulassen – aufgegeben, bis zum 30. 6. 2008 eine Neuregelung des Verbots des Erfolgshonorars vorzunehmen.

Nach der Entscheidung des *BVerfG* sind „von Verfassungs wegen“ erklärtermaßen sowohl eine vollständige Aufhebung des Verbots des Erfolgshonorars als auch die Einführung eines eng begrenzten Ausnahmetatbestands zulässig. Eine vollkommene Freigabe des Erfolgshonorars ist allerdings nicht unbedingt zu erwarten, jedenfalls wenn man die ersten Reaktionen der (Rechts-)Politik auf den Beschluss des *Ersten Senats* vom 12. 12. 2006 zum Maßstab nimmt<sup>15</sup>. Die grundsätzliche Billigung der Gemeinwohlerwägungen, die dem Verbot des Erfolgshonorars zu Grunde liegen (bzw. vom *BVerfG* zu Grunde gelegt worden sind), lässt danach in der Tat eine gesetzgeberische Beschränkung auf die vom *BVerfG* in den Vordergrund seiner Ausführungen gerückte Ausnahme vom Verbot des Erfolgshonorars realistischer erscheinen<sup>16</sup>. Die vom *BVerfG* formulierten Randbedingungen oder Voraussetzungen für eine entsprechende Ausnahmegewährung müssen allerdings als Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen noch einmal wörtlich wie folgt in Erinnerung gerufen werden:

„... auch Rechtsuchende, die auf Grund ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse keine Prozesskostenhilfe oder Beratungshilfe beanspruchen können, (können) vor der Entscheidung stehen, ob es ihnen die eigene wirtschaftliche Lage vernünftigerweise erlaubt, die finanziellen Risiken einzugehen, die angesichts des unsicheren Ausgangs der Angelegenheit mit der Inanspruchnahme qualifizierter rechtlicher Betreuung und Unterstützung verbunden sind. Nicht wenige Betroffene werden das Kostenrisiko auf Grund verständiger Erwägungen scheuen und daher von der Verfolgung ihrer Rechte absehen. Für diese Rechtsuchenden ist das Bedürfnis anzuerkennen, das geschilderte Risiko durch Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung zumindest teilweise auf den vertretenden Rechtsanwalt zu verlagern...“<sup>17</sup>

Und weiter:

„Hierbei lässt die Möglichkeit der Prozessfinanzierung durch Dritte ebenso wenig wie die Möglichkeit des Abschlusses einer Rechtsschutzversicherung das Bedürfnis nach einer Risikoverlagerung durch anwaltliche Erfolgshonorare entfallen. Während der Versicherungsschutz durch Zahlung von Prämien erkaufte werden muss, die nicht immer aufgebracht werden können oder wirtschaftlich sinnvoll sind, und zudem bestimmte Rechtsangelegenheiten typischerweise vom Versicherungsschutz ausgenommen werden, sind die Angebote der Prozessfinanzierungsunternehmen nicht für alle Rechtsangelegenheiten gleichermaßen geeignet. Sie richten sich bevorzugt nicht an Private, sondern an kleine und mittelständische Unternehmen sowie Freiberufler und setzen regelmäßig einen größeren Streitwert voraus...“<sup>18</sup>

### IV. Die Vorschläge von DAV und BRAK

Es nimmt angesichts der zitierten Vorgaben des *BVerfG* nicht Wunder, dass die aktuellen Vorschläge zur gesetzlichen Neuregelung der Zulässigkeit des Erfolgshonorars, die inzwischen seitens des Deutschen Anwaltsvereins (DAV) und der

11 Vgl. allerdings die Bundesratsinitiative zur Einführung der Gebührenpflicht im sozialgerichtlichen Verfahren, BT-Dr 16/1028 v. 23. 3. 2006. Zur „Missbrauchsgebühr“ nach § 34 II *BVerfGG* s. *Lechner/Zuck*, *BVerfGG*, 5. Aufl. (2006), § 34 Rdnrn. 3 ff.

12 Dazu und zur Entstehungsgeschichte der RaGebO 1879 s. *Kilian*, *Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts*, 2003, S. 5 m. w. Nachw.

13 Vgl. *BGHZ* 162, 98 = *NJW* 2005, 2142, m. krit. Anm. *Johnigk*, *StV* 2005, 624.

14 *BVerfGE* 117, 163 = *NJW* 2007, 979.

15 Vgl. die Nachw. bei *Hommerich/Kilian*, *NJW* 2007, 2308 (2314).

16 So etwa *Verf.*, *BRAC-Mitt* 2007, 74 (76); *Johnigk*, *NJW* 2007, 986; *Stürer*, *AnwBl* 2007, 431 (435 ff.); in diesem Sinne auch bereits *Mayen*, *AnwBl* 2006, 172.

17 *BVerfGE* 117, 163 = *NJW* 2007, 979 Rdnr. 100.

18 *BVerfGE* 117, 163 = *NJW* 2007, 979 Rdnr. 101.

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) vorgelegt worden sind, nicht etwa für eine vollständige Freigabe des Erfolgshonorars plädieren, sondern lediglich eine Ausnahmeregelung treffen wollen. Das Bundesministerium der Justiz, federführend für die der Bundesregierung vom *BVerfG* aufgegebene Neuregelung des Erfolgshonorars, hält sich (noch) bedeckt; es will frühestens Anfang Oktober mit dem Konzept einer Neuregelung an die Öffentlichkeit treten.

Der (aktualisierte) Gesetzgebungsvorschlag des DAV<sup>19</sup> beschränkt sich auf eine Änderung bzw. Ergänzung des § 49 b II BRAO und will die Vereinbarung eines Erfolgshonorars, die Quota-litis-Vergütung eingeschlossen, ausnahmsweise im Einzelfall zulassen, wenn der Rechtsanwalt damit „besonderen Umständen der ihm übertragenen Angelegenheit“ Rechnung trägt. Das soll insbesondere dann gelten, „... wenn auf andere Weise kein Rechtsschutz erlangt werden kann.“ Eine entsprechende Vereinbarung ist schriftlich zu treffen und der Auftraggeber über die sich „im Falle des Nichteintritts der vereinbarten Bedingungen“ ergebenden Kostentragungspflichten zu belehren. Diese Regelung soll für alle Rechtsgebiete bzw. Rechtsbereiche gelten.

Die BRAK hat auf ihrer 113. Hauptversammlung am 14. 9. 2007 (ebenfalls) lediglich eine Ausnahmenvorschrift beschlossen<sup>20</sup>, deren Kernstück die Einfügung eines § 4 a in das RVG darstellt. Wie beim Gesetzgebungsvorschlag des DAV soll ein Erfolgshonorar nur im Einzelfall vereinbart werden dürfen, allerdings (ebenfalls) die Quota-litis-Vergütung mitumfassen. Die Voraussetzungen hierfür sind jedoch gegenüber dem DAV-Vorschlag, der nach Einschätzung der BRAK „... die Gefahren einer großen Lösung“ birgt, nach eigenem Anspruch der BRAK konkreter gefasst und zur Absicherung des Anwalts subjektiviert worden. Voraussetzung für den Abschluss einer Erfolgshonorarvereinbarung ist danach, dass „... auf Grund der Angaben des Auftraggebers über seine wirtschaftliche Situation erst die Vereinbarung des Erfolgshonorars dem Auftraggeber die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe ermöglicht ...“. Die Angaben des Mandanten über seine wirtschaftlichen Verhältnisse sind in der Vergütungsvereinbarung festzuhalten.“ Außerdem wird für unabdingbar gehalten, dass der Auftraggeber, der bei völligem Misserfolg gegebenenfalls zu überhaupt keiner Honorarzahlung verpflichtet ist, bei teilweisem Erfolg doch zumindest „... die gesetzliche Vergütung bis zur Höhe des erlangten Betrages und eines Kostenerstattungsanspruchs schuldet.“ – was auch immer das bedeutet. Daneben sieht auch der BRAK-Vorschlag (natürlich) Schriftform der entsprechenden Vergütungsvereinbarung und außerdem diverse Belehrungspflichten des Rechtsanwalts vor, insbesondere bezüglich des Ob und Wie daneben infrage kommender Kostenerstattungen.

Beide Gesetzgebungsvorschläge sind mit den Vorgaben in dem Beschluss des *Ersten Senats* des *BVerfG* vom 12. 12. 2006 nicht in Deckung zu bringen, offenbaren aber gleichzeitig deren Unvollkommenheiten und Zweideutigkeiten.

Im Leitsatz 1 der Gerichtsentscheidung wird das Fehlen einer Ausnahme vom Verbot des Erfolgshonorars für den Fall bemängelt, „... dass der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trägt, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen.“ Das lehnt sich an die in § 49 b I BRAO für den Fall der Gebührenunterschreitung enthaltene Regelung an und ist mit der ausdrücklichen Beschränkung auf die besonderen Umstände „in der Person des Auftraggebers“ weniger bzw. enger als der DAV-Vorschlag, der auf die besonderen Umstände „der ihm

(erg.: dem Rechtsanwalt) übertragenen Angelegenheit“ abstellt. Näher am Wortlaut des zitierten Leitsatzes ist deshalb insoweit der BRAK-Vorschlag angesiedelt, wenn er die „Angaben des Auftraggebers über seine wirtschaftlichen Verhältnisse“ zur ersten Voraussetzung der Zulässigkeit von Erfolgshonorarvereinbarungen macht.

Beide Gesetzgebungsvorschläge berücksichtigen jedoch insbesondere nicht, dass der Leitsatz 1 die in den Rdnrn. 100 – 102 der Gerichtsentscheidung wesentlich umfassender umschriebenen Voraussetzungen für die Zulassung von Erfolgshonorarvereinbarungen nur unvollkommen abbildet. Sie, die Erfolgshonorare, sollen danach dem Rechtsuchenden, der nicht bedürftig genug ist, Beratungs- oder Prozesskostenhilfe in Anspruch zu nehmen, gleichzeitig aber auch nicht wirtschaftlich potent genug oder aus anderen Gründen bzw. wirtschaftlichen Erwägungen daran gehindert ist oder auch nur davon abgesehen hat, das konkrete Prozessrisiko über eine Rechtsschutzversicherung oder über einen Prozessfinanzierer abzusichern, in die Lage versetzen, „... das geschilderte Risiko durch Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung zumindest teilweise auf den vertretenden Rechtsanwalt zu verlagern.“

Damit ist in der Tat, wie bereits an anderer Stelle formuliert<sup>21</sup>, „die breite Mittelschicht potenzieller Mandanten“ angesprochen; und diese vergleichsweise großzügige und zugleich vage Umschreibung der Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren könnte sich à la longue und gewissermaßen unter der Hand zu einem Einfallstor für die vollständige Aufweichung des Erfolgshonorar-Verbots erweisen. Insbesondere fehlen objektivierbare Maßstäbe für die Beurteilung der wirtschaftlichen Verhältnisse, auf Grund deren ein solchermaßen zwischen Beratungs-/Prozesskostenhilfe und Rechtsschutzversicherung/Prozessfinanzierer positionierter Rechtsuchender „... das Risiko, im Misserfolgsfall mit den Kosten qualifizierter anwaltlicher Unterstützung belastet zu bleiben, nicht oder nicht vollständig zu tragen vermag.“<sup>22</sup> – oder nicht tragen möchte? Wer entscheidet das? Auch die aktuellen Gesetzgebungsvorschläge von DAV und BRAK leisten bei der Beantwortung dieser Frage keine Hilfestellung. Es ist – bei einer solchen verfassungsgerichtlichen Vorgabe – vermutlich auch ein Ding der Unmöglichkeit<sup>23</sup>. Gleichzeitig wäre es aber dringend notwendig; denn es geht um die Ausnahme von einem gesetzlichen Verbot. Und wenn die Voraussetzungen dieser Ausnahme nicht vorliegen, droht nicht nur das Verdikt der Nichtigkeit, sondern auch die disziplinarische Ahndung der Vereinbarung des Erfolgshonorars!

## V. Vollständige Freigabe des Erfolgshonorars!

Aufrichtig und konsequent wäre deshalb die vollständige Freigabe des Erfolgshonorars. Das Problem kann wirklich und grundlegend nicht mit einem generellen Verbot und/oder mit mehr oder minder scharf umrissenen Ausnahmetatbeständen gelöst werden, sondern nur mit der Streichung des Verbots des Erfolgshonorars und mit der Verlagerung der Problematik auf eine nachträgliche Angemessenheitskontrolle im Einzelfall.

19 Vgl. Presseerklärung v. 22. 8. 2007, [www.anwaltverein.de/Presseservice](http://www.anwaltverein.de/Presseservice) = AnWB 2007, 676.

20 Vgl. [www.brak.de/Nachrichten](http://www.brak.de/Nachrichten) = BRAK-Mitt 2007, 202.

21 Vgl. *Verf.*, BRAK-Mitt 2007, 74 (77).

22 *BVerfGE*, 117, 163 = NJW 2007, 979 Rdnr. 102.

23 In diesem Sinne auch etwa *Ebert*, AnWB 2007, 428 (429); *Grunewald*, AnWB 2007, 469 (470); *Madert*, JurBüro 2007, 249; *Hommerich/Kilian*, NJW 2007, 2308 (2314); *Kilian*, BB 2007, 1061 (1064); *Mayer*, AnWB 2007, 561 (565).

Ein angemessenes Erfolgshonorar kann angesichts des damit vom Anwalt übernommenen Risikos allerdings nicht ein nur mäßiges oder gar nach Maßgabe der staatlichen Gebührenordnung „gemäßigtes“ sein, wie das unlängst der BGH in seinem Urteil zur freien Strafverteidigervergütung entschieden hat<sup>24</sup>. Ein angemessenes (Erfolgs-)Honorar ist vielmehr dasjenige, das ohne absolute Beschränkung und unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls seinen Preis und im Übrigen dem Mandanten die Sache wert ist – unter Umständen eben auch ein mehr oder minder stattlicher Anteil an dem wirtschaftlichen Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit, wie das die dem anwaltlichen Berufsrecht nicht unterliegenden Prozessfinanzierer zu Nutz und Frommen ihrer Kunden ja bereits seit geraumer Zeit praktizieren<sup>25</sup>.

Mit anderen Worten: Ausgeschlossen werden sollten, wie auch sonst bei der (gerichtlichen) Überprüfung von Leistung und Gegenleistung zweiseitiger Verträge nach Maßgabe des § 138 BGB, lediglich schwere oder auffällige Äquivalenzstörungen in Form von Wucher oder wucherähnlichen Geschäften, also Übervorteilung, Ausnutzung der Unerfahrenheit, der Zwangslage, des Mangels an Urteilsvermögens oder einer erheblichen Willensschwäche des Vertragspartners. Die Notwendigkeit, bei anwaltlichen Vergütungsvereinbarungen insoweit einen strengeren Maßstab anzulegen, vermag ich nicht zu erkennen.

Eine generelle Freigabe von Erfolgshonoraren führt auch nicht zu den viel beschworenen „amerikanischen Verhältnissen“. Dies schon allein deshalb nicht, weil, wie die grundlegende Untersuchung von *Kilian* gezeigt hat, Erfolgshonorare in 50 Staaten, von Argentinien bis Zypern, zulässig sind, darunter in so unverdächtigen Gemeinwesen wie etwa Belgien, England und Wales, Frankreich, Griechenland, Italien, Kanada und vielen anderen (europäischen) Staaten mehr, selbst wenn die jeweiligen gesetzlichen Ausgestaltungen differieren mögen<sup>26</sup>. Hinzu kommt, was die „Amerikanisierung“ der Verhältnisse anbelangt, dass Deutschland anders als Amerika kein Land der unbegrenzten Schadensersatzmöglichkeiten ist. Solch astronomische Summen, wie sie in Amerika auf Grund der Entscheidungen von *Laienjuries* gang und gäbe sind oder sein sollen (bis sie dann vom Richter herabgesetzt werden) und an denen sich dann selbst ernannte Opferanwälte publikumswirksam profilieren, gibt das deutsche Zivilrecht nicht her. Entsprechende Klagen blieben zum Scheitern verurteilt, für eine Klageindustrie nach US-Machart gäbe es hierzulande – auch bei Einführung einer erfolgsorientierten Anwaltsvergütung – keinen Raum.

Eher und richtiger führte die Zulassung von anwaltlichen Erfolgshonoraren in Deutschland deshalb auch hier zu „europäischen Verhältnissen“. Das gilt nicht nur im Blick auf die anderweitig in Europa geltenden, nationalstaatlichen Regelungen, sondern auch unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Aversion gegen starre staatliche Gebührenregelungen, die der Vertrags- bzw. Dienstleistungsfreiheit daneben keine oder – nach Meinung der Europäischen Kommission bzw. des zuständigen Wettbewerbskommissars – zu wenig Entfaltungsmöglichkeiten lassen. Zwar hat der *EuGH* in der *Arduino*-Entscheidung von 2002 staatliche Gebührenregelungen bei Rechtsanwälten jedenfalls dann für gemeinschaftsrechtlich unbedenklich erklärt hat, wenn dem parlamentarischen Gesetzgeber insoweit eine Letztentscheidungsbefugnis vorbehalten bleibt<sup>27</sup>. Auf der anderen Seite

hat der *EuGH* in seiner vorläufig letzten zu diesem Problem-bereich ergangenen, der *Cipolla*-Entscheidung vom 5. 12. 2006 ausdrückliche erklärt, dass das in Italien geltende, absolute Verbot der Unterschreitung anwaltlicher Mindestgebühren eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle<sup>28</sup>; die gleichzeitige Überantwortung der Frage, ob zwingende Gründe des Allgemeinwohls diese Beschränkung ausnahmsweise rechtfertigen könnten, an die nationalen Gerichte ändert nichts an der kritischen und zugleich reservierten Haltung des *EuGH* gegenüber Gebührenregelungen speziell für Freiberufler. Jedenfalls halte ich die Kommentierung der *Cipolla*-Entscheidung mit dem triumphierenden Bemerkens: „Anwaltliches Gebührenrecht im europarechtlichen Aufwind“<sup>29</sup> doch für einigermaßen gewagt.

Das gilt gerade auch im Blick auf die Politik auf europäischer Ebene: So hat etwa das Europäische Parlament nur kurze Zeit vor der *Cipolla*-Entscheidung des *EuGH*, nämlich unter dem 12. 10. 2006, wiederum eine Entschließung verabschiedet, in der es die Mitgliedstaaten zur Abschaffung von gesetzlich vorgegebenen Fest- und Mindestpreisen bei den Entgelten von Freiberuflern aufgefordert hat, weil dies die Qualität der Dienstleistung und den Wettbewerb beeinträchtigen könne<sup>30</sup>.

## VI. Was nicht gemeint ist – und was gemeint ist

Die Freigabe des Erfolgshonorars bedeutet nicht den Abschied vom bewährten und auch dem Kostenerstattungssystem zu Grunde liegenden, am Tätigwerden und im Regelfall nicht unmittelbar am Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit orientierten, gesetzlich geregelten Gebührensystem.

Niemand, weder Anwalt noch Mandant, kann gezwungen werden, Erfolgshonorarvereinbarungen abzuschließen, insbesondere auch derjenige nicht, der auf staatliche Unterstützung bei der gerichtlichen Durchsetzung seiner Ansprüche angewiesen ist; das widerspräche, wie das *BVerfG* in der „Erfolgshonorar“-Entscheidung vom 12. 12. 2006 zu Recht angemerkt hat<sup>31</sup>, auch dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes.

Es soll und muss – sowohl im Blick auf die Verfassung als auch im Blick auf das Gemeinschaftsrecht – nur die *Möglichkeit* eingeräumt werden, grundsätzlich uneingeschränkt an Stelle oder in Ergänzung gesetzlicher Gebühren die Honorierung anwaltlicher Tätigkeit einzelvertraglich auch von ihrem Erfolg abhängig zu machen. Das wird, diese Prognose sei erlaubt, genauso wenig zu einer Erodierung des bestehenden Gebührensystems oder gar zum Verlust seiner Leitbildfunktion führen<sup>32</sup> wie die schon immer zulässige Vereinbarung freier, nicht am gesetzlichen Gebührensystem, bisher allerdings zulässigerweise nicht auch am Ausgang der Sache orientierter Honorare. ■

24 Vgl. erneut *BGHZ* 162, 98 = *NJW* 2005, 2142.

25 Vgl. dazu den Überblick von *Siebert/Nagata*, *BRAK-Mitt* 2007, 49; zur Reaktion bzw. zu den Reaktionsmöglichkeiten der Prozessfinanzierer auf die „Erfolgshonorar-Entscheidung“ des *BVerfG* s. *Wilde*, *AnwBl* 2007, 489, sowie *Meyer*, *AnwBl* 2007, 520.

26 *Kilian*, (o. Fußn. 12), *Anh.* 1 sowie *ders.*, *BB* 2007, 1061 (1066), u. *Kleine-Cosack*, *NJW* 2007, 1405 (1406).

27 *EuGH*, *NJW* 2002, 882.

28 *EuGH*, *NJW* 2007, 281.

29 *So Mailänder*, *NJW* 2007, 883.

30 *S.* *NJW* H. 45/2006, S. VI.

31 *BVerfGE* 117, 163 = *NJW* 2007, 979 Rdnrn. 76 ff.

32 Krit. hierzu demgegenüber etwa *Mayer*, *AnwBl* 2007, 561.

Richterin am BGH Gabriele Caliebe, Karlsruhe

## Zugang zum Recht durch das neue Rechtsdienstleistungsgesetz\*

### I. Rückblick

Zum besseren Verständnis des Regelungsanlasses und des Regelungsanliegens des Gesetzentwurfs erscheint ein historischer Rückblick hilfreich.

Wir blicken zurück auf etwas mehr als 70 Jahre Rechtsberatungsgesetz. Wie allgemein bekannt, wurde es unter der Naziherrschaft verabschiedet mit dem erklärten und durch nichts zu beschönigenden Ziel, die aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschlossenen jüdischen Rechtsanwälte von jeglicher beruflichen Betätigung auszuschließen. Die Vorarbeiten zu dem Gesetz stammen jedoch, wie nur wenige wissen, aus den 20er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts und dienten dazu, nicht etwa einen Schutzzaun für die Rechtsanwaltschaft zu errichten, sondern das Gesetz bezweckte ganz vorrangig, die Rechtsuchenden vor unqualifiziertem Rechtsrat zu schützen. Ein Ziel, das seit einigen Jahren mit dem zugkräftigen Wort „Verbraucherschutz“ umschrieben wird. Das Rechtsberatungsgesetz wurde in das Bundesrecht übernommen und führte in den Jahren der jungen Bundesrepublik ein ziemliches Schattendasein. Dafür gab es zwei Gründe: Die Rechtsanwaltschaft als solche hatte ihr Auskommen, und zwar ein gutes Auskommen. Da kümmerte es sie wenig, wenn es Verstöße gegen das Verbotsgesetz gab. Geahndet wurden in diesen Jahren Verstöße in Form von Ordnungswidrigkeitsverfahren, die nahezu zu 100% auf Grund von Hinweisen der Aufsichtsbehörden, also der Präsidenten der Amts- bzw. Landgerichte, eingeleitet wurden. Der weitere Grund für das Schattendasein des Rechtsberatungsgesetzes war, dass die Qualitätssicherung, die durch das Gesetz bezweckt wurde, auch in anderen Händen als denen der Rechtsanwaltschaft gewahrt werden konnte und entsprechende berufliche Betätigungen ermöglichte. Es gab nämlich vor 1980 die in nicht unbeträchtlichem Maße genutzte Möglichkeit, eine Erlaubnis zur Rechtsberatung nach dem Rechtsberatungsgesetz zu erwerben, sei es als so genannter Vollrechtsbeistand, sei es als Teilrechtsbeistand auf einem oder mehreren abgegrenzten Rechtsgebieten. Was heute ziemlich in Vergessenheit geraten ist: Es gab ein problemloses Nebeneinander der Rechtsanwaltschaft einerseits und der Rechtsbeistände andererseits. Diejenigen, die von diesem Zustand profitierten, waren die Rechtsuchenden. Da derjenige, der, sei es neben seinem Beruf z. B. als Steuerberater, sei es neben anderen Tätigkeiten, mit rechtlicher Beratungstätigkeit in Berührung kam, diese Rechtsdienstleistung legal erbringen konnte, indem er eine seinen Beratungsbedarf abdeckende Rechtsberatungserlaubnis erwarb, gab es zum einen kaum Grauzonen und zum anderen sicherte die Erlaubnis – zum Vorteil der Rechtsuchenden – die Qualität der rechtlichen Beratungsleistung. Dieser somit an sich durchaus begrüßenswerte Zustand änderte sich 1980, als der Beruf des Rechtsbeistands abgeschafft und die Möglichkeit, eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz zu erwerben, beschränkt wurde auf wenige Teilbereiche: Rentenberatung, Inkasso, Frachtprüfer, vereidigte Versteigerer, Rechtskundige in einem ausländischen Recht und, mit Hilfe des *BVerfG*, die Versicherungsberatung. Die Schließung des Rechtsbeistandsberufs wurde vom *BVerfG*, um es mit meinen Worten zusammenzufassen, unter anderem deshalb für vereinbar mit Art. 12 GG angesehen, da die zunehmende Verrechtlichung

des alltäglichen Lebens einen speziell ausgebildeten Berater erfordere.

Man muss jedoch feststellen, dass die tatsächliche Entwicklung in eine völlig andere Richtung gegangen ist. Die zunehmende Verrechtlichung des alltäglichen Lebens ist zwar nicht zu leugnen und nimmt eher zu als ab, wie man an der Gesetzesflut der letzten Jahrzehnte – nicht zuletzt ausgelöst vom Europäischen Gesetzgeber – sieht. Zugleich laufen aber heute viele „rechtliche Bereiche“ in derart geläufigen Formen ab, dass sie von den Betroffenen gar nicht mehr als solche empfunden werden. Parallel dazu haben wir eine nie gekannte Zahl von zugelassenen Rechtsanwälten, die, wie allseits bekannt, zum Teil in erheblichem Maße mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu kämpfen haben. Nicht zu vernachlässigen sind in diesem Zusammenhang neue Studiengänge. Ich nenne an dieser Stelle nur die Diplom-Wirtschaftsjuristen. Den Einfluss, den der Bologna-Prozess haben wird, kann man im Moment sicherlich nur erahnen.

Wie wirkte sich diese Entwicklung seit 1980 nun auf das Rechtsberatungsgesetz aus? Es trat aus seinem Schattendasein hervor. Als es der Rechtsanwaltschaft, bedingt durch die stetig wachsende Zahl von Neuzulassungen, wirtschaftlich nicht mehr so gut ging wie in den Gründungsjahren der Bundesrepublik, entdeckte sie einen (vermeintlichen) Schutzzaun, nämlich das Rechtsberatungsgesetz, obwohl das *BVerfG* schon sehr frühzeitig entschieden hatte, dass das Rechtsberatungsgesetz die Anwälte nur vor „existenzgefährdender“ Konkurrenz schützen könne. Die Rechtsanwaltschaft versuchte, zugegebenermaßen allerdings auch behindert durch eine äußerst restriktive Auslegung des anwaltlichen Rechts zur Werbung, der Konkurrenz auf dem Rechtsbeurteilungsmarkt nicht dadurch Herr zu werden, dass sie ihre Qualität herausstellte und den Rechtsuchenden verdeutlichte, dass sie der berufene Vertreter zur Wahrung der Rechte des Einzelnen ist. Sie versuchte vielmehr, durch Abmahnungen unliebsame Konkurrenz auszuschalten. Im Ergebnis muss man heute rückblickend sagen, dass die Rechtsanwaltschaft damit das Gegenteil von dem Bezweckten erreicht hat. Nicht nur, dass sie sich in einer ständig steigenden Zahl von Entscheidungen vom *BVerfG*, vom *BGH* und mittlerweile auch von den Instanzgerichten bescheinigen lassen muss, dass sie, die das Recht kennt und wahren soll, die grundgesetzlich geschützte Berufsausübungs- und allgemeine Handlungsfreiheit anderer unzulässig beschneiden will. Durch teilweise nicht nachvollziehbare Verfahren geriet das Rechtsberatungsgesetz mehr und mehr in den Blick der breiten Öffentlichkeit und damit in eine Diskussion, die schließlich in den Gesetzentwurf der Bundesregierung zu einem Rechtsdienstleistungsgesetz mündete.

### II. Einige Einzelanmerkungen zu dem Gesetzentwurf und den derzeit im Raum stehenden Änderungsvorschlägen

Um es an dieser Stelle gleich hervorzuheben: Der Gesetzentwurf stellt entgegen aller an ihm geäußerten Kritik für meine Begriffe unmissverständlich klar, dass die *Rechtsanwälte*

\* Die Autorin ist Mitglied des II. Zivilsenats des BGH und Mitautorin des Kommentars *Remmen/Caliebe*, RBERG, 3. Auf. (2001).

auch in Zukunft die berufenen Vertreter zur Wahrung der Rechte der einzelnen Bürgerinnen und Bürger sind. Sie sind es, wenn sie durch eine entsprechende Aus- und Fortbildung die Qualität rechtlicher Beratung gewährleisten; sie sind es aber eben auch nur dort, wo es wirklich um rechtliche Beratung geht, wo ihre Qualifikation wirklich erforderlich ist. Und diese Qualifikation ist eben nicht überall dort erforderlich, wo rechtliche Fragen überhaupt berührt werden. Dies hat das *BVerfG* in seiner wegweisenden Masterpat-Entscheidung erstmals klargestellt und auf diesem Weg befinden wir uns seither. Es geht schlicht um Fragen des Art. 12 GG, im Bereich der unentgeltlichen Rechtsberatung zudem um Art. 2 GG. Genau diese Abgrenzung hat der vorliegende Gesetzentwurf zum Rechtsdienstleistungsgesetz in rechtliche Rahmenbedingungen umgesetzt. Er hat durch eine neue Begrifflichkeit unter Beachtung der Gewährleistung der Berufsausübungsfreiheit einen Rahmen geschaffen, in dem einerseits der Bedeutung der Rechtsanwaltschaft für ein funktionierendes Gemeinwesen Rechnung getragen wird, in dem aber andererseits – erwünschtes – bürgerschaftliches Engagement ebenso wenig behindert wird wie die Ausübung anderer Berufe. Letzteres zum einen, indem klargestellt wurde, dass nur tatsächliche „Rechts“-Dienstleistungen, das heißt Tätigkeiten, die einen juristischen Subsumtionsvorgang erfordern und nicht bloße Rechtsanwendung sind, in den Verbotsbereich des Gesetzes fallen. Zum anderen dadurch, dass rechtliche Nebenleistungen dann gestattet sind, wenn auf Grund der sonstigen beruflichen Qualifikation sichergestellt ist, dass die Qualität der rechtlichen Beratungsleistung zum Schutz der Rechtsuchenden gewahrt ist. Und eine weitere Öffnung im Markt ist vorgesehen (gewesen?): Die erweiterte Zusammenarbeitsmöglichkeit der Rechtsanwälte mit anderen Berufsgruppen.

Hervorzuheben ist ebenso, was das Gesetz nicht bringt. Es bringt nicht das Informationsmodell und es schafft keinen Berufsstand unterhalb der Rechtsanwaltschaft. Es bleibt auch weiterhin ein *Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt*.

Das Gesetz regelt nur noch die *außergerichtliche Erbringung von Rechtsdienstleistungen* und vermeidet damit die aus der Vergangenheit bekannten Überschneidungen mit der gerichtlichen Vertretung. Letztere ist jetzt nur noch in den jeweiligen Verfahrensordnungen geregelt.

Vor allem aber reglementiert es nur noch *Fälle echter Rechtsanwendung*. Die unter der Geltung des Rechtsberatungsgesetzes früher eher sehr weit ausgelegten Begriffe der Rechtsberatung und Rechtsbesorgung werden durch einen neuen, wesentlich enger definierten Begriff der Rechtsdienstleistung ersetzt. Das ist keine Erfindung des Gesetzgebers zum Nachteil der Rechtsuchenden, wie man der hieran geübten Kritik entnehmen könnte, sondern zeichnet lediglich Vorgaben der Rechtsprechung des *BVerfG* und des *BGH* nach; emotionslos und objektiv betrachtet gießt es einen Rechtszustand in Gesetzesform, den wir durch die Rechtsprechung seit Jahren in der Realität haben. Denn bei verfassungsrechtlich zutreffendem Verständnis des Verbotsbereichs des Rechtsberatungsgesetzes fallen hierunter schon heute nur Fälle echter Rechtsanwendung, was auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung mittlerweile erkannt wird.

Diese Ausführungen betreffen den Regelungsvorschlag in § 2 RDG(RechtsdienstleistungsG)-E, wie er sich im Gesetzentwurf der Bundesregierung findet. Selbstverständlich ist es zutreffend, dass eine Definition immer auslegungsfähig und -bedürftig ist und diese Auslegung im Ergebnis Aufgabe der Rechtsprechung sein wird. Dann bietet es sich aber doch geradezu an, wie dies der Gesetzentwurf tut, in weiten Teilen

genau die Definition im Gesetz festzuschreiben, die schon seit Jahren der Rechtsprechung zu Grunde gelegt und von den Instanzgerichten weitgehend problemlos angewandt wird. Ebenso hätte ich das Vertrauen in meine richterlichen Kollegen, dass sich sehr bald eine einheitliche Handhabung für den Begriff „besondere rechtliche Prüfung“ eingestellt hätte, die sicherlich nicht zum Nachteil der rechtsuchenden Bürgerinnen und Bürger ausgefallen wäre.

Im Moment spricht aber eigentlich alles dafür, dass nicht der Regelungsvorschlag des Gesetzentwurfs, sondern ein in der Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags präsentierter Änderungsvorschlag Gesetz werden wird, der den Wünschen der verfassten Rechtsanwaltschaft zweifellos entspricht, für meine Begriffe aber nicht dem eigentlichen Ziel des Gesetzes, dem Schutz des rechtsuchenden Verbrauchers. Gerade weil es um den Schutz des Rechtsuchenden vor unqualifiziertem Rechtsrat geht, ist mir an dem vorgelegten Änderungsvorschlag unverständlich, warum dieser hinter den Regelungsgehalt im Gesetzentwurf zurücktritt. „Erfordert“ bedeutet, wie Juristen wissen, eine objektive Draufsicht auf die Dinge. Der Gesetzentwurf sieht hingegen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung vor, dass eben auch in einem Fall, in dem objektiv gar keine Rechtsdienstleistung vorliegt, der Rechtsuchende gleichwohl geschützt werden soll, wenn er den Berater wegen dessen – vermeintlicher – juristischer Qualifikation auswählt. Und im Ergebnis droht die neue Definition sogar zu einer Verschärfung gegenüber dem derzeitigen Rechtszustand zu führen, stellt also statt „Liberalisierung“ einen Rückschritt dar. Bislang verstößt nur der gegen das Rechtsberatungsgesetz, der „geschäftsmäßig“ unerlaubte Rechtsdienstleistungen erbringt. Gerade weil der Begriff der Rechtsdienstleistung gegenüber dem Rechtsberatungsgesetz enger gefasst worden ist, verzichtet der Gesetzentwurf bewusst auf den mit der Geschäftsmäßigkeit in der Regel verbundenen Wiederholungsfall und verbietet bereits die „Erstat“.

Einen weiteren Schwerpunkt des Gesetzentwurfs, und damit auch einen weiteren Schwerpunkt der Kritik bildet die Vorschrift des § 5 I RDG-E zu den *Nebenleistungen*. In diesem Zusammenhang muss man zunächst die neue systematische Ausrichtung des RDG in den Blick nehmen. Sein Anwendungsbereich ist nämlich, genau betrachtet, weiter als derjenige des Rechtsberatungsgesetzes. Die rechtsprechenden Kollegen werden künftig nicht mehr, wie dies bislang im geltenden Recht geschah, ganze Tätigkeitsfelder, die nicht im Kern und Schwerpunkt rechtsberatender Natur sind, aus dem Anwendungsbereich des Verbotsgesetzes ausnehmen können bzw. müssen. Nach dem Grundkonzept der Neuregelung ist nicht die berufliche Tätigkeit in ihrer gesamten Breite, sondern jede einzelne Dienstleistung, die im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit zu erbringen ist, für die Anwendbarkeit des RDG ausschlaggebend. Künftig fallen damit praktisch alle Dienstleistungen im Wirtschaftsleben mit ihrem rechtsdienstleistenden Teil in den Anwendungs- und Schutzbereich des RDG. Dann muss aber im Gegenzug der Erlaubnistatbestand des § 5 RDG-E notwendig jedenfalls so weit gefasst werden, dass alle bereits bisher erlaubnisfrei zulässigen Tätigkeiten hierunter gefasst werden können. Dem trägt die Regelung in § 5 I RDG-E mit einer den ausreichenden Schutz der Rechtsuchenden verbundenen Definition Rechnung.

Der Stellungnahme des Bundesrats ist entgegenzuhalten, dass die dort geforderte Neuformulierung einen Rückschritt gegenüber dem bisherigen Rechtszustand bedeutet. Schon nach geltendem Recht muss die Nebenleistung, um erlaubnisfrei zu sein, nicht „untergeordnet“ sein. Deshalb ist die vom Bundesrat geforderte Definition der Nebenleistung

weder verfassungsrechtlich noch europarechtlich vertretbar. Ebenso wenig überzeugt in dem in der Sachverständigenanhörung präsentierten Änderungsvorschlag die Herausnahme der Formulierung „oder zur vollständigen Erfüllung der mit der Haupttätigkeit verbundenen gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten gehört“. Da auch die von dieser Umschreibung erfasste Nebenleistung den Anforderungen von § 5 I 2 RDG-E genügen muss, ist nach meinem Verständnis die bisherige Definition in S. 1 nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich, um zukunftsgerichtet weiteren Entwicklungen Rechnung tragen zu können.

Deutlich gesprochen aus Verbrauchersicht überhaupt nicht nachvollziehbar erscheint mir die heftige Kritik an der Regelung über die *Zusammenarbeit* im Einzelfall in § 5 III RDG-E. Auch wenn ich insoweit angesichts der sich abzeichnenden Entwicklung auf verlorenem Posten zu kämpfen scheine, möchte ich meine Argumente zur Beibehaltung dieser Regelung wiederholen: Wenn man mit dem Verbraucherschutz im Rahmen des Rechtsdienstleistungsgesetzes Ernst machen will, dann muss genau diese Bestimmung im Gesetz erhalten bleiben. Es liegt doch gerade im schützenswerten Interesse des Auftraggebers, der beispielsweise einen Unternehmensberater beauftragt, dass dieser, wenn er die Grenzen seiner Beratungsmöglichkeiten erkennt, einen fachlich qualifizierten Rechtsanwalt zur vollständigen Auftragsbefreiung hinzuzieht. Wenn dann – wie im Gesetz vorgesehen – der hinzugezogene Rechtsanwalt auf die Wahrung seiner beruflichen Pflichten bei der Auftragsbefreiung zu achten hat, was beispielsweise eben auch eine Nachfrage bei dem Auftraggeber des Unternehmensberaters umfasst, wenn er diese nur im unmittelbaren Kontakt klären kann, so vermag ich beim besten Willen nicht zu erkennen, wieso dies zum Schaden des rechtsuchenden Bürgers sein soll. Das Gegenteil ist doch der Fall. Wird dem Unternehmensberater diese Zusammenarbeitsmöglichkeit im Einzelfall nicht eröffnet, ist doch die Gefahr viel größer, dass er die Problematik selbst, und damit in aller Regel fachlich unqualifizierter löst, als dies der hinzugezogene Rechtsanwalt getan hätte. Der Mandant, der eine große Anwaltskanzlei beauftragt, erwartet eine „Lösung aus einer Hand“. Und er bekommt sie, da die großen Kanzleien die erforderlichen Fachleute, meist im Angestelltenverhältnis, bereithalten. Warum will man dem Auftraggeber eines Unternehmensberaters diese „Lösung aus einer Hand“ verweigern und ihn zwingen, zwei Auftrags-/Mandatsverhältnisse einzugehen?

Im Bereich der *unentgeltlichen Rechtsdienstleistung* (§ 6 RDG-E) ist nach dem derzeitige Stand des Gesetzgebungsvorhabens wohl mit der einzigen echten Deregulierung zu rechnen. Anders, als dies in der Stellungnahme des Bundesrats gefordert wird, ist weder eine Untersagungsmöglichkeit bei der Rechtsdienstleistung im Familien- und Freundeskreis erforderlich noch ist die geforderte Verschärfung im Anleitungsbereich sachgerecht.

Unqualifizierter Rechtsrat im Freundes- und Bekanntenkreis reguliert sich von selbst. Da muss der Staat nicht – zusätzlich – regelnd durch eine Untersagungsmöglichkeit eingreifen. Das, was im Gesetzentwurf mit „Anleitung“ gefordert wird, ist als Schutzmaßnahme, die der Staat in diesem Bereich ergreifen muss, erforderlich, aber auch ausreichend. Er kann und muss es in den Verantwortungsbereich der karitativen Organisationen übergeben, wie sie in Zukunft der sie nach dem Gesetzeswortlaut treffenden Verantwortung gerecht werden. Wie dies im Einzelnen geschieht, ist wegen der Unterschiedlichkeit der Fälle der unentgeltlichen Rechtsdienstleistung allein schon deshalb keiner weiteren Regulierung zugänglich, weil sich dies nicht schematisieren lässt. Die Untersagungsmöglichkeit in diesem Bereich ist ein ausreichendes Mittel, Nachteile für die Rechtsuchenden zu verhindern.

Nach wie vor nicht überzeugend finde ich die Forderung des Bundesrats nach der Schaffung eines *Ordnungswidrigkeitstatbestands*, die nunmehr als § 20 Eingang in die Änderungs-

vorschläge gefunden hat. Anders als der Bundesrat in seiner Stellungnahme meint, liegt, wie ich aus meiner Erfahrung als zuständige Dezernentin in der Verwaltung des *LG Köln* weiß, der Grund für die geringe Zahl veröffentlichter Entscheidungen in diesem Bereich nicht darin, dass Bußgeldbescheide nicht angegriffen wurden. Er liegt schlicht darin, dass Bußgeldbescheide faktisch nicht mehr erlassen worden sind. Ich vermag zwar den theoretischen Ansatzpunkt der Begründung des Bundesrats nachzuvollziehen. Gleichwohl bin ich der Meinung, dass es wenig sinnvoll ist, dem an sich sicherlich sinnvollen Grundgedanken durch Schaffung einer Vorschrift nachzukommen, wenn das dahinter stehende Anliegen mangels Vollzugs der Vorschrift ohnehin nicht umgesetzt wird. Derjenige, der gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz verstößt, wird von einem derartigen Verhalten eher abgeschreckt durch die sehr viel höheren Beträge, die der Verstoß gegen eine im Abmahnungswege erlangte Unterlassungsverfügung nach sich zieht, als durch eine der Höhe nach doch recht geringe Geldbuße. Zudem besteht schlicht im Tatsächlichen die Gefahr, dass die bekanntermaßen belasteten Staatsanwaltschaften in Zukunft diesen Ordnungswidrigkeitstatbestand ebenso wenig anwenden werden, wie sie dies in den letzten – man muss schon sagen: – Jahrzehnten getan haben.

Auf die nach meinem Verständnis weitgehend gelungene Angleichung der *Verfahrensvorschriften* im Einzelnen einzugehen, sprengt den Rahmen dieser Übersicht. Daher möchte ich an dieser Stelle nur die für mich recht unverständliche Bitte des Bundesrats ansprechen, im Rahmen des § 79 ZPO und den entsprechenden Vorschriften in den anderen Verfahrensordnungen zu prüfen, ob die dort vorgesehenen Einschränkungen dahingehend liberalisiert werden können, dass jede Person bevollmächtigt werden kann, die prozessfähig bzw. zu sachgerechtem Vortrag fähig ist. Anders als der Bundesrat in seiner Stellungnahme im Zusammenhang mit der Begründung dieser Forderung meint, ist dies mitnichten derzeit geltendes Recht, sondern ist dadurch, dass das Rechtsberatungsgesetz nicht nur die außergerichtliche, sondern auch die gerichtliche Tätigkeit umfasst, weitestgehend untersagt. Nach geltendem Recht ist jede geschäftsmäßige Prozessvertretung durch Personen oder Vereinigungen, die nicht nach dem Rechtsberatungsgesetz zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten befugt sind, unzulässig. Auch ist nicht ersichtlich, warum Personen, die nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz außergerichtlich nicht tätig werden dürfen, künftig ausgerechnet vor Gericht sollen tätig werden können. Im Gegenteil ist gerade die – teilweise – Verschärfung des Vertretungszwangs im Sinne der Rechtsuchenden zu begrüßen. Zieht man hierzu beispielsweise in Betracht, dass etwa im Zuge der Zivilprozessreform der erstinstanzlichen Vertretung heute sehr viel mehr Bedeutung zukommt als früher, ist es sachlich geboten und gerechtfertigt, schon in diesem sehr frühen Verfahrensstadium dem Rechtsuchenden einen Rechtsanwalt zur Seite zu stellen, der fachlich geeignet und qualifiziert ist, die Rechte der Bürgerinnen und Bürger vor Gericht zu wahren.

### III. Abschließende Bemerkung

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung – man muss wohl leider sagen: – „war“ das Resultat eines sehr gründlichen Beratungswegs mit intensiven Diskussionen und Anhörungen der verschiedenen Interessenverbände. Diese sind frühzeitig beteiligt worden und haben Gehör gefunden – was insbesondere für die Interessenvertretungen der Rechtsanwälte bei den Beratungen zu Einzelformulierungen des Gesetzes gilt. Das Ergebnis ist, dass der Gesetzentwurf die

verfassungsrechtlich und europarechtlich gebotene Liberalisierung der – auch – Rechtsfragen berührenden Dienstleistung bei gleichzeitiger Absicherung der notwendigen Qualität der Rechtsberatung beinhaltet. Er zeichnet, wie ich bereits wiederholt hervorgehoben habe, aber an dieser Stelle nochmals ausdrücklich ansprechen möchte, nur das nach, was auf Grund der Rechtsprechung der vergangenen Jahre schon längst Realität ist. Dies hat in den nunmehr fast zehn Jahren seit Masterpat nicht zu einer Gefährdung der Rechtssuchenden, aber eben auch nicht zu einer Gefährdung der Anwaltschaft als solcher geführt. Entgegen aller Kritik wäre dies deshalb auch für die Zukunft nicht zu erwarten, wenn dieses Gesetz, und zwar unverändert, in Kraft treten würde.

Sollte es, was sich derzeit abzeichnet, zur Verabschiedung in Form der Änderungsvorschläge *und* zur Streichung der Zusammenarbeitsmöglichkeit sowie der entsprechenden Regelungen in der Bundesrechtsanwaltsordnung kommen, so wage ich die Prognose, dass nicht zuletzt vor dem europarechtlichen Hintergrund die Halbwertzeit des Gesetzes eine

mehr als geringe sein wird. Mit Liberalisierung und Deregulierung unter Beachtung des Verbraucherschutzes hat das Gesetz in der sich abzeichnenden Form nahezu nichts mehr gemein. Es ist dann im Kern wirklich nur das, was von der verfassten Rechtsanwaltschaft im derzeit geltenden Rechtsberatungsgesetz zu Unrecht gesehen wird: Ein, allerdings ebenso nur vermeintlicher, Schutzzaun für die Rechtsanwaltschaft. Leidtragende der sich abzeichnenden Entwicklung werden die rechtssuchenden Verbraucher sein, da die sie gefährdenden Grauzonen, die der Gesetzentwurf durch eine maßvolle Liberalisierung bekämpfen wollte, nahezu unverändert fortbestehen werden. Und neue Mandate werden für die Anwaltschaft damit sicherlich nicht verbunden sein. Auch wenn diese These provokant klingt: Angesichts der sich abzeichnenden Entwicklung sollte man es, bis auf den Bereich der unentgeltlichen Rechtsberatung und der Trennung von außergerichtlicher und gerichtlicher Tätigkeit, einfach bei dem alten Rechtsberatungsgesetz belassen. Das *BVerfG*, der *BGH* und die Instanzgerichte werden es schon richten. ■

Professor Dr. Christian Wolf, Hannover

## Das neue Rechtsdienstleistungsgesetz im Gefüge des anwaltlichen Berufsrechts\*

### I. Einleitung

Am 11. 10. 2007 hat der Deutsche Bundestag das Rechtsdienstleistungsgesetz in zweiter und dritter Lesung verabschiedet. Damit ist das im Kern aus dem Jahr 1935 stammende Rechtsberatungsgesetz abgelöst worden. Dabei zeigt die Gesetzgebungsgeschichte, wie schmal der Grad zwischen Altruismus und Kommerzialisierung ist. Ihren Ausgang nahm die Reformdiskussion im Fall „Kramer“<sup>1</sup>. Der pensionierte Richter am *OLG Braunschweig* setzte sich vehement dafür ein, unentgeltlich als Rechtsberater, insbesondere im Bereich der Strafverteidigung, tätig werden zu können. In zahlreichen Artikeln stritt *Kramer* gegen das alte Rechtsberatungsgesetz<sup>2</sup>. Eine Selbstanzeige bei der Staatsanwaltschaft führte schließlich zu einer weiteren Entscheidung des *BVerfG*<sup>3</sup>, in der dieses das alte Rechtsberatungsgesetz erneut an der Berufsfreiheit des Art. 12 GG vermaß<sup>4</sup>. Der insbesondere von *Kramer* betonte nationalsozialistische Entstehungszusammenhang des Rechtsberatungsgesetzes<sup>5</sup> hat sicherlich seine politische Wirkung nicht verfehlt<sup>6</sup>. Der Schwerpunkt der rechtspolitischen Diskussion des neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes fand um das Marktparadigma statt<sup>7</sup>. Entsprechend der Lehre der neoklassischen Theorie der Wirtschaft wurde im möglichst unbeschränkten Wettbewerb das Modell gesehen, welches am besten den Zugang zum Recht sicherstellt<sup>8</sup>. In diesem Sinne stellt sich das ursprüngliche Rechtsberatungsgesetz als ein Teil der monopolistischen Abgrenzungsstrategien der freien Berufe oder der Profession dar, welche es aufzubrechen gälte<sup>9</sup>.

Der Gesetzgeber hat zwar – zu Recht – mit dem neuen Rechtsdienstleistungsgesetz nicht den Forderungen nach einer völligen Deregulierung des Rechtsberatungsmarkts Folge geleistet<sup>10</sup>. Allerdings wurde mit dem neuen Rechtsdienstleistungsgesetz einer weiteren Marktorientierung des Rechtsberatungsmarkts das Wort geredet. Bis zuletzt besonders umstritten waren die Fragen, in welchem Umfang die Tätigkeit der Mediation eine den Rechtsanwälten vorzubehaltende Rechtsdienstleistung darstellt (IV 1), die Annexrechtsberatung zulässig sein soll (IV 2) und die Rechtsanwälte sich

mit anderen Berufen zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen können (IV 3). Zur letzteren Frage wurde zunächst von einer Änderung der Rechtslage Abstand genommen. Bevor der Frage nachgegangen werden kann, ob durch die nunmehr im Rechtsdienstleistungsgesetz geschaffenen Regelungen bzw. die ursprünglich geplante Änderung bezüglich der Zusammenarbeit der Rechtsanwälte mit anderen Berufen der Zugang zum Recht erleichtert worden ist bzw. wäre, ist auf die Systematik des anwaltlichen Berufsrechts und des Rechtsdienstleistungsgesetzes im Besonderen einzugehen (II). Dabei soll auch die Funktion des Rechtsdienstleistungsgesetzes und der damit verfolgte Zweck beleuchtet werden (III).

### II. Das Rechtsdienstleistungsgesetz im System des anwaltlichen Berufsrechts

#### 1. Anwaltliches Berufsrecht als Wirtschaftsaufsichtsrecht

Das anwaltliche Berufsrecht ist regelungstechnisch wenig systematisiert, an vielen Stellen unübersichtlich und nur

\* Der Verfasser ist geschäftsführender Direktor des Instituts für Prozess- und Anwaltsrecht der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover.

1 Vgl. die ausf. Dokumentation des Falls Kramer unter <http://www.rechtsberatungsgesetz.info>.

2 Vgl. u. a. *Kramer*, KJ 2000, 600.; *ders.*, Betrifft Justiz 2002, 369, und die Dokumentation unter <http://www.forumjustizgeschichte.de/Rechtsberatung.113.0.html>.

3 *BVerfG*, NJW 2004, 2662; vgl. die erneute Entscheidung *BVerfG*, NJW 2006, 1502.

4 Bereits zuvor *BVerfGE* 41, 378 = NJW 1976, 1349; *BVerfGE* 75, 246 = NJW 1988, 545; *BVerfGE* 75, 284 (285 ff.) = NJW 1988, 543.

5 *Kramer*, KJ 2000, 600.

6 Vgl. BT-Dr 16/3655, S. 26; hierzu auch *Kleine-Cosack*, NJW 2000, 1593 (1596).

7 Zur rechtspolitischen Diskussion *Weth*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl. (2004), Einl. RBERG Rdnr. 53 ff.

8 Vgl. nur das XVI. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Dr 16/2460, Rdnr. 912 ff.

9 Vgl. das XVI. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Dr 16/2460, Rdnr. 1010 ff.

10 BT-Dr 16/3655, S. 30 f.

schwer erfassbar<sup>11</sup>. Regelungstechnisch stellen das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) und die Bundesrechtsanwaltsordnung – obwohl in unterschiedlichen Gesetzen geregelt – eine Einheit dar. Beide Gesetze sind Teil des anwaltlichen Berufsrechts. Zwar ist das Berufsrecht der Rechtsanwälte zu einem großen Teil in der Bundesrechtsanwaltsordnung geregelt. Jedoch erfüllt das Rechtsdienstleistungsgesetz gegenüber der Bundesrechtsanwaltsordnung eine Komplementärfunktion. Als Rechtsanwalt darf nur tätig werden, wer als solcher zugelassen ist, § 4 BRAO. Der zugelassene Rechtsanwalt unterliegt bestimmten Berufspflichten, § 43 a BRAO, deren Einhaltung durch die Rechtsanwaltskammern überwacht wird. In den Worten des Wirtschaftsverwaltungsrechts: Das anwaltliche Berufsrecht bedient sich sowohl eines präventiven als auch eines repressiven Aufsichtsmittels<sup>12</sup>. §§ 4 ff. BRAO sind in der gewerberechtlichen Terminologie nichts anderes als die Normierung einer Personalkonzession, um als Rechtsanwalt tätig werden zu dürfen. Die in der Bundesrechtsanwaltsordnung geregelte Kammeraufsicht, § 73 II Nr. 4 BRAO, sowie das anwaltsgerichtliche Verfahren, 119 ff. BRAO, sind – wiederum in der Sprache des Wirtschaftsverwaltungsrechts – begleitende Überwachungs- und Sanktionsinstrumentarien. Beides wäre sinnlos, wenn die gleiche Tätigkeit auch von jedermann ausgeübt werden könnte, ohne dass er den für die Rechtsanwälte maßgebenden Personalkonzession zu Grunde liegenden Anforderungen entspräche. In diesem Sinn hat das ursprüngliche Rechtsberatungsgesetz bzw. jetzt das Rechtsdienstleistungsgesetz nur die Bundesrechtsanwaltsordnung zu Ende gedacht und um das Verbot ergänzt. Erst die Zusammenschau von Bundesrechtsanwaltsordnung und Rechtsdienstleistungsgesetz ergibt das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Das Rechtsdienstleistungsgesetz sichert daher – dies ist in einem ersten Schritt festzuhalten – die wirtschaftsaufsichtsrechtlichen Maßnahmen der Bundesrechtsanwaltsordnung ab, indem § 3 RDG das allgemeine Verbot der Erbringung der Rechtsdienstleistung statuiert, soweit nicht nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz oder nach anderen Gesetzen die Rechtsdienstleistung erlaubt ist. Das allgemeine Verbot der selbstständigen Erbringung von außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen richtet sich an jedermann und damit auch an die Rechtsanwälte. Gesetzessystematisch ergibt sich die Erlaubnis zur außergerichtlichen Rechtsdienstleistung für die Rechtsanwälte erst aus § 3 BRAO.

## 2. Der Begriff der Rechtsdienstleistung

Was man unter der nach § 3 RDG generell verbotenen außergerichtlichen Rechtsdienstleistung zu verstehen hat, ergibt sich dabei zunächst aus § 2 RDG. Demnach ist eine Rechtsdienstleistung jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erforderlich ist. Der gegenüber dem ursprünglichen Gesetzentwurf veränderte Wortlaut stellt klar, dass es bei der Frage, ob eine Rechtsdienstleistung vorliegt, nicht auf eine besondere rechtliche Prüfung ankommt, also nur rechtlich schwierige Fälle vom Verbot der Rechtsdienstleistung erfasst werden<sup>13</sup>. Somit ist mit der im Rechtsausschuss gefundenen Formulierung sichergestellt worden, dass die Rechtsprechung des BGH zu den so genannten „Schrottimmobiliën-Fällen“, in denen sich das alte Rechtsberatungsgesetz als wirksames Instrument des Verbraucherschutzes bewährt hat, fortgeführt werden kann<sup>14</sup>. Wie unter dem alten Rechtsberatungsgesetz wird demnach von der Rechtsdienstleistung auch diejenige Tätigkeit erfasst, die darauf gerichtet und dazu geeignet ist, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Kon-

krete fremde Rechtsverhältnisse werden insbesondere durch den Abschluss von Verträgen gestaltet, die von einem Geschäftsbesorger im Namen eines Dritten abgeschlossen werden.

Der Fortschreibung dieser Rechtsprechung zu den „Schrottimmobiliën“ steht nicht im Weg, dass die Tätigkeit eine konkrete rechtliche Prüfung *des Einzelfalls* erfordert. Ob eine Prüfung des Einzelfalls erforderlich ist, muss nämlich objektiv nach der Wirkung der Tätigkeit für den Einzelfall beurteilt werden. Nicht entscheidend kann demgegenüber sein, ob der Anbieter der Leistung eine konkrete Einzelfallprüfung vornimmt oder diese unterlässt, weil er auf Grund Gleichgelagertheit der Fälle den Einzelfall meint nicht mehr gesondert beurteilen zu müssen. So kann – wie bisher – die Geschäftsbesorgung unter den Begriff der Rechtsdienstleistung subsumiert werden, unabhängig davon, ob ein inhaltlicher Gestaltungsspielraum des Geschäftsbesorgers besteht oder ob dieser allgemein verwendete Vertragsformulare benutzt<sup>15</sup>. Bezogen auf den einzelnen abgeschlossenen Vertrag hätte aus der Sicht des Dienstleistungsempfängers eine rechtliche Prüfung erfolgen müssen, wenn sein Vertrag als einziger abgeschlossen worden wäre. Dass eine rechtliche Prüfung nicht mehr erfolgt, liegt nicht an der Art des vorgenommenen Geschäfts, sondern lediglich an der Sammlung der gleich gelagerten Rechtsfälle in der Person des Dienstleistungserbringers. Dies kann aber nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Der durch die Sammlung der gleichgerichteten Fälle gewonnene Rationalisierungseffekt verändert den Charakter der Tätigkeit als solches nicht.

Keinen Eingang in das Gesetz hat die ursprüngliche Formulierung des Gesetzentwurfs gefunden, dass die rechtliche Prüfung nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Rechtsuchenden geboten ist. Damit sollte, so die Begründung in der Beschlussvorlage des Rechtsausschusses, eine sprachliche Straffung erzielt werden<sup>16</sup>. Ob mit der nunmehrigen Formulierung tatsächlich lediglich eine sprachliche Straffung verbunden ist, mag dahinstehen, jedenfalls hat die Gesetzesformulierung den Begriff der Rechtsdienstleistung gegenüber der ursprünglichen Fassung nicht eingeschränkt.

## 3. Die erlaubte rechtsberatende Tätigkeit

Die Definition der Rechtsdienstleistung in § 2 I RDG zieht jedoch noch nicht die Grenze zwischen dem generellen Verbot der Tätigkeit nach § 3 RDG und der erlaubnisfreien Tätigkeit mit rechtlichem Einschlag. Fällt die Tätigkeit grundsätzlich unter § 2 I RDG, kann die Tätigkeit nach § 2 III RDG nicht als Rechtsdienstleistung angesehen werden, wie die Tätigkeit eines Schiedsrichters (§ 2 III Nr. 2 RDG). Neben diesen Unterausnahmen vom Rechtsdienstleistungsbegriff lässt das Gesetz in vier unterschiedlichen Fallgruppen Rechtsdienstleistungen zu, nämlich die Annexrechtsberatung (hierzu näher unter IV 2), die unentgeltliche Rechtsdienstleistung (§ 6 RDG), die Rechtsberatung durch Berufs- und Interessenvereinigungen sowie öffentliche und öffentlich anerkannte Stellen (§§ 7, 8 RDG) und schließlich die Rechtsberatung durch registrierte Personen (§§ 10 ff. RDG).

Das Gesetz enthält also ein gestuftes System von Ausnahmen zu dem grundsätzlichen Verbot der Rechtsdienstleistung. Fällt eine Tätigkeit unter den Rechtsdienstleistungsbegriff des § 2 I RDG, steht damit nicht deren Unzulässigkeit fest.

11 Vgl. die Kritik von *Kilian*, in: *Koch/Kilian*, Anwaltl. BerufsR, 2007, C Rdnr. 59.

12 Vgl. allg. *Ziekow*, Öffentliches WirtschaftsR, 2007, § 5 Rdnrn. 6 ff.

13 BT-Dr 16/6634, S. 62.

14 Vgl. nur *BGH*, NJW 2001, 3774; NJW 2007, 1130.

15 Vgl. zur bisherigen Rspr. *BGH*, NJW 2001, 70.

16 BT-Dr 16/6634, S. 62.

Die Reichweite des Verbots nach § 3 RDG ergibt sich folglich erst aus einer Zusammenschau der unterschiedlichen Ausnahmenvorschriften. Notwendige Folge dessen ist es, den Begriff der Rechtsdienstleistung in § 2 I RDG nicht zu eng zu fassen.

Im Gegensatz zum alten Rechtsberatungsgesetz bezieht sich das Rechtsdienstleistungsgesetz nur noch auf die außgerichtliche Rechtsdienstleistung. Der Umfang, in dem die gerichtliche Vertretung den Rechtsanwältinnen vorbehalten ist, und wer in welchen Verfahren neben dem Rechtsanwalt die Parteien vertreten darf, ergibt sich aus den jeweiligen Verfahrensordnungen. So wurde z. B. § 79 ZPO für den Parteiprozess neu gefasst, der die Prozessvertretung außerhalb des Postulationszwangs durch Nicht-Anwälte regelt.

### III. Die Funktion des Rechtsdienstleistungsgesetzes für einen funktionierenden Rechtsberatungsmarkt

#### 1. Die Schutzgüter im Überblick

Das Rechtsberatungsgesetz hat durch mehrere Entscheidungen des *BVerfG* interpretatorische Einschränkungen erfahren<sup>17</sup>. Das Verbot der Rechtsberatung stellt einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar, welcher der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Wie das *BVerfG* in seiner Rechtsprechung betont, müssen die Einschränkungen der Berufsfreiheit durch Gemeinwohlbelange, die in einem angemessenen Verhältnis zum Grundrecht der Berufsfreiheit stehen, gerechtfertigt werden können<sup>18</sup>. Für die Auslegung des Rechtsdienstleistungsgesetzes kann nichts anderes gelten. Die mit § 3 RDG einhergehende Einschränkung der Berufsfreiheit findet ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung in den Gemeinwohlbelangen<sup>19</sup>. Allgemein wurde das Rechtsberatungsgesetz mit dem Argument gerechtfertigt, die Rechtssuchenden seien vor unqualifiziertem Rechtsrat durch hierfür fachlich ungeeignete oder unzuverlässige Personen zu schützen<sup>20</sup>. Die Gesetzesbegründung des Rechtsdienstleistungsgesetzes nennt gleichfalls an erster Stelle den Verbraucherschutz. Auch das Rechtsdienstleistungsgesetz will den Rechtssuchenden vor den Folgen von unqualifiziertem Rechtsrat schützen<sup>21</sup>.

Als weitere Schutzzwecke des alten Rechtsberatungsgesetzes wurden die Reibungslosigkeit des Rechtsverkehrs und der Schutz des Anwaltsstands genannt<sup>22</sup>. Etwas unklar ist diesbezüglich die Gesetzesbegründung des Rechtsdienstleistungsgesetzes. Es gelte die Rechtspflege und die in ihr tätigen Personen und das Rechtsgut Recht als solches zu schützen<sup>23</sup>.

Lässt sich bezüglich des Verbraucherschutzes noch weitgehend Einigkeit erzielen, verhält es sich mit den anderen beiden Schutzzwecken anders. Die Reibungslosigkeit des Rechtsverkehrs, mit der häufig auch der Postulationszwang gerechtfertigt wird<sup>24</sup>, ist ein echter Gemeinwohlbelang. Es geht dabei nicht um den Schutz des rechtssuchenden Bürgers vor schlechter oder unzureichender Rechtsberatung, sondern um den Schutz der Verwaltung bzw. der Gerichte, sich nicht mit schlecht qualifizierten Interessenvertretern auseinandersetzen zu müssen<sup>25</sup>. Am umstrittensten ist jedoch der Schutz der Anwaltschaft<sup>26</sup>: Unter den Bedingungen des Grundgesetzes könne es keinen Schutz vor Wettbewerb geben<sup>27</sup>. Bevor zu den im Gesetzgebungsverfahren umstrittenen Punkten des neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes Stellung genommen werden kann, sind die einzelnen Schutzgüter auf ihre Validität und ihre Konkretisierung näher zu untersuchen.

#### 2. Verbraucherschutz als Schutzzweck

Ganz allgemein wird formuliert, das Rechtsdienstleistungsgesetz diene dazu, vor unqualifiziertem Rechtsrat zu schüt-

zen<sup>28</sup>. Bezogen auf das alte Rechtsberatungsgesetz hieß es dazu, der einzelne Rechtssuchende soll vor Personen geschützt werden, die nicht über die erforderliche Sachkunde verfügen. Sachkunde ist sicherlich eine Voraussetzung für qualifizierte Rechtsberatung. Damit kann aber der Regelungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes nicht allein erklärt werden. Denn von dem Verbot des § 3 RDG sind auch diejenigen Personen betroffen, die über die notwendige Qualifikation verfügen, also die Befähigung zum Richteramt innehaben, nicht jedoch als Rechtsanwälte zugelassen sind und nicht mit ihrer Rechtsdienstleistung unter einen der Erlaubnistatbestände des Rechtsdienstleistungsgesetzes fallen, wie § 6 II RDG.

Der Grund, dass nur der Rechtsanwalt der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten sein kann, § 3 I BRAO, liegt folglich nicht in der Qualifikation des Rechtsanwalts allein. Entscheidend ist vielmehr, dass der Rechtsanwalt in vielfacher Weise mit bestimmten Privilegien und Pflichten ausgestattet ist, die für seine Tätigkeit *conditio sine qua non* sind. Nach § 1 BRAO ist der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. In dem Begriff verdichtet sich die besondere und unabdingbare Rolle, welche die Rechtsanwaltschaft für die Rechtspflege und den Rechtsstaat spielt. Auch wenn bislang das anwaltliche Berufsrecht insgesamt noch nicht hinreichend dogmatisch durchdrungen ist<sup>29</sup>, werden allgemein folgende *core values* des anwaltlichen Berufsbilds genannt, die für die Tätigkeit des Rechtsanwalts unabdingbare Voraussetzung sind<sup>30</sup>:

- Anwaltliche Unabhängigkeit,
- Verschwiegenheitspflicht und Recht zur Verschwiegenheit,
- Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen,
- Sachlichkeitsgebot,
- Gleiche Augenhöhe mit dem Richter.

Das *BVerfG* hat mehrfach festgestellt, dass das zwischen Mandant und Rechtsanwalt bestehende Vertrauensverhältnis unentbehrliche Voraussetzung für die Rechtsberatung ist, und dass die Grundlage hierfür die Verschwiegenheitspflicht und das Verschwiegenheitsrecht des Rechtsanwalts bilden<sup>31</sup>.

17 *BVerfGE* 41, 378 = NJW 1976, 1349; *BVerfGE* 75, 246 = NJW 1988, 545; *BVerfGE* 75, 285 = NJW 1988, 543; *BVerfGE* 97, 12 = NJW 1998, 3481; *BVerfG*, NJW 2002, 3531; NJW 2002, 1190; NJW-RR 2004, 1570; NJW 2004, 672; NJW 2004, 1855.

18 *BVerfGE* 97, 12 (27) = NJW 1998, 3481.

19 Unter dem Begriff des Gemeinwohls wird häufig genug die Grundrechtsposition anderer Grundrechtsträger mediatisiert und so das dahinter stehende Problem der Grundrechtskollision (allg. zum Begriff *Stern*, Das StaatsR d. Bundesrepublik Deutschland III/2, 1994, § 82) verdeckt. Insbesondere im Bereich des anwaltlichen Berufsrechts wird häufig nicht gewürdigt, dass zwischen der Berufsfreiheit des Rechtsanwalts und dem Anspruch auf rechtliches Gehör durch einen Anwalt des Mandanten eine Grundrechtskollision besteht, vgl. hierzu ausf. *Chr. Wolf*, in: *Festschr. f. Hans-Peter Schneider*, 2008, S. 414 ff.

20 *Weth*, in: *Henssler/Prütting* (o. Fußn. 7), Einl. RBERG Rdnr. 5 m. w. Nachw.; *Friedlaender*, JZ 1955, 305 (308).

21 BT-Dr 16/3655, S. 31.

22 *Weth*, in: *Henssler/Prütting* (o. Fußn. 7), Einl. RBERG Rdnr. 6 f. m. w. Nachw.

23 BT-Dr 16/3655, S. 31.

24 Vgl. *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, 22. Aufl. (2004), § 78 Rdnr. 16.

25 In diesem Fall liegen hinter den Gemeinwohlbelangen keine mediatisierten Grundrechte anderer Grundrechtsträger, sondern nur die Interessen der Allgemeinheit die Ressource Justiz oder Verwaltung zu schönen.

26 Vgl. nur *Kleine-Cosack*, NJW 2000, 1593 (1596).

27 *Kleine-Cosack*, NJW 2000, 1593 (1596 f.).

28 BT-Dr 16/3655, S. 31.

29 *Henssler*, ZZZ 115 (2002), 321 (329).

30 Vgl. hierzu nur *Henssler*, ZZZ 115 (2002), 321 (328).

31 *BVerfGE* 108, 150 (161 f.) = NJW 2003, 2520; *BVerfGE* 110, 226 (252) = NJW 2004, 1305; *BVerfGE* 113, 29 (49 f.) = NJW 2005, 1917.

Das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit der Anwälte, so *Eylmann*, ist unerlässlich für eine auf rechtsstaatlichen Prinzipien gegründete Rechtspflege<sup>32</sup>. Die Grundlage für dieses Vertrauensverhältnis bildet die Verschwiegenheitspflicht. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen dient gleichfalls dazu, das Vertrauen des Mandanten in die Tätigkeit des Rechtsanwalts zu sichern<sup>33</sup>. Sachlichkeitsgebot, anwaltliche Unabhängigkeit und die über die Ausbildung und Zugangsvoraussetzungen (Befähigung zum Richteramt) abgesicherte gleiche Augenhöhe dienen gleichfalls der Absicherung der Rechtsberatung. Rechtsfindung und Rechtsdurchsetzung sei ein rationaler Vorgang, so *Eylmann*<sup>34</sup>, daher könne der Rechtsanwalt für seinen Mandanten durch die Beachtung des Sachlichkeitsgebots mehr erreichen.

Dahinter steht die – wenngleich bislang weder dogmatisch noch methodisch sonderlich ausgearbeitete – Idee, dass Recht nicht etwas von konkreten Verfahren abgelöstes Feststehendes, den Büchern lediglich zu Entnehmendes ist, sondern erst im Verfahren kontradiktorisch und dialektisch zu Gewinnendes<sup>35</sup>. Voraussetzung hierfür ist aber, dass man sich auf einen rationalen Diskurs einlässt. Elementar für diesen Diskurs ist eine bestimmte professionelle Distanz. Diese Distanzierung von der eigenen Position, ohne die der Prozess der Argumentation nicht begonnen werden kann, setzt ein Stück innerer Distanz zum Rechtsstreit und Unabhängigkeit voraus. Hierin liegt eine entscheidende Funktion der Rechtsanwälte im Rechtsstreit. Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege muss deshalb auch eine notwendige Unabhängigkeit zum eigenen Mandanten haben<sup>36</sup>. Ein Anwalt, der sich so mit den Interessen des eigenen Mandanten identifiziert, dass er über das bloße „Meinen“ nicht hinauskommt, und damit nicht in einen rationalen Diskurs eintreten kann, vermag dem Mandanten kein (rechtliches) Gehör zu verschaffen.

Der Absicherung dieses rationalen Diskurses dient auch das Prinzip der gleichen Augenhöhe. Richter und Rechtsanwalt sollen über dieselbe berufliche Qualifikation verfügen. Dies sichert § 4 BRAO ab, der für die Zulassung zur Anwaltschaft die gleiche Qualifikation wie die zum Richteramt fordert<sup>37</sup>.

### 3. Sicherung des streitwertunabhängigen Zugangs zum Recht oder Schutz der Anwaltschaft

Neben diesen allgemein anerkannten *core values* hat aber noch ein weiteres *core value* zu treten, was allerdings bei der gegenwärtigen Kommerzialisierungsdiskussion innerhalb der Anwaltschaft in Vergessenheit zu geraten scheint<sup>38</sup>. Dem Rechtsanwalt ist durch die Bundesrechtsanwaltsordnung (§§ 48, 49 a BRAO) die Verpflichtung auferlegt, in bestimmten Fällen Prozessvertretungen zu übernehmen und an der Beratungshilfe mitzuwirken. Darüber hinaus baut die Gebührenordnung des RVG auf dem Gedanken der Quersubventionierung auf<sup>39</sup>. Diese im Interesse des Gemeinwohls dem Rechtsanwalt aufgegebenen Belastungen erfordern, wie noch näher zu zeigen sein wird, ein Doppeltes: Zum einen muss dem Rechtsanwalt ein eigenes Betätigungsfeld gesichert werden, in dem er nicht mit Anbietern konkurriert, welche nicht mit vergleichbaren Pflichten im Interesse des Gemeinwohls belastet sind. Zum anderen ist aber auch sicherzustellen, dass die Anwaltschaft insgesamt diese Gemeinwohlbelastungen wirtschaftlich schultern kann.

Dem alten Rechtsberatungsgesetz wurde daher als Normzweck der Schutz des Anwaltsstands vor einem Wettbewerb mit Personen, die die Rechtsberatung ausüben ohne standesrechtlichen, gebührenrechtlichen und ähnlichen im Interesse der Rechtspflege gesetzten Schranken zu unterliegen, zuge-

schrieben<sup>40</sup>. Demgegenüber wurde der Vorwurf erhoben, es sei verfassungsrechtlich unzulässig, einen Schutzzaun um die Anwaltschaft zu errichten. Es sei mit Art. 12 GG nicht vereinbar, die Anwaltschaft vor Konkurrenz zu schützen<sup>41</sup>. Bei näherer Betrachtung hält die Position verfassungsrechtlichen Überlegungen nicht stand:

In zulässiger Weise hat das alte Rechtsberatungsgesetz die Leistungsfähigkeit der Anwaltschaft abgesichert, um andererseits die Anwaltschaft in die Pflicht nehmen zu können, einen effektiven Zugang zum Recht durch Quersubventionierung (RVG) und die Verpflichtung zur Prozessvertretung, § 48 BRAO, und Beratungshilfe, § 49 a BRAO, sicherzustellen. Für das neue Rechtsdienstleistungsgesetz stellt sich im Grunde keine andere Aufgabe. Es gilt lediglich, eine unüberschaubare Konkurrenzsituation mit Rechtsdienstleistern, welche nicht entsprechenden Gemeinwohlpflichten wie die Anwaltschaft unterworfen sind, zuzulassen, damit die Anwaltschaft noch ihren Gemeinwohlauftrag erfüllen kann.

Das *BVerfG*<sup>42</sup> hat stets das zentrale Anliegen des Rechtsstaats, jedermann das Recht auf Zugang zu den Gerichten (Justizgewähranspruch) zuzusichern, betont. Dabei darf der Zugang zum Gericht auch aus Kostengründen nicht unzumutbar erschwert werden. Mit diesem Anspruch, so das *BVerfG*, wäre es nicht vereinbar, wenn *Gebühren erhoben* würden, die *außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert* stehen, den das *gerichtliche Verfahren für den einzelnen Beteiligten* hat. In diese Überlegungen hat das *BVerfG* die Anwaltsgebühren mit einbezogen und zwar auch in Verfahren, in denen kein Anwaltszwang herrscht. Für einen wirkungsvollen Rechtsschutz kann die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts erforderlich sein; diese darf deshalb durch die Gebührenregelung nicht unzumutbar erschwert werden<sup>43</sup>. Ausdrücklich weist das *BVerfG*<sup>44</sup> in diesem Zusammenhang zum einen darauf hin, dass die Gebührenregelungen den Rechtsschutz nicht von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abhängig machen dürfen. Daher müssen Vorkehrungen getroffen werden, die auch Unbemittelten einen weitgehend gleichen Zugang zu den Gerichten ermöglichen<sup>45</sup>. Zum anderen betont das *BVerfG* aber gleichfalls ausdrücklich, dass eine unzumutbare Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten auch vorliegen kann, wenn – trotz wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit – das Kostenrisiko zu dem mit dem Verfahren angestrebten wirtschaftlichen Erfolg außer Verhältnis steht. In diesem Fall sei die Beschreitung des Rechtswegs praktisch unmöglich, weil die Anrufung der Gerichte nicht mehr wirtschaftlich sinnvoll erscheine<sup>46</sup>.

32 *Eylmann*, in: *Henssler/Prütting* (o. Fußn. 7), § 43 a Rdnr. 31.

33 *Eylmann*, in: *Henssler/Prütting* (o. Fußn. 7), § 43 a Rdnr. 131.

34 *Eylmann*, in: *Henssler/Prütting* (o. Fußn. 7), § 43 a Rdnr. 93.

35 In diesem Sinne *Gaier*, BRAK-Mitt 2006, 1 (3); zum Nachfolgenden ausf. *Chr. Wolf*, in: *Festschr. f. Hans-Peter Schneider* (o. Fußn. 19), S. 414 (423 ff.).

36 Vgl. zur Unabhängigkeit gegenüber dem Mandanten *Gaier*, BRAK-Mitt 2006, 2 (3 f.).

37 Vgl. *Friedlaender*, Rechtsanwaltsordnung, 3. Aufl. (1930), § 1 Rdnr. 8.

38 Vgl. zur Kommerzialisierung *Stürmer*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 23 f.

39 Vgl. *Chr. Wolf*, in: *Festschr. f. Peter Schlosser*, 2005, S. 1121 (1128).

40 BGHZ 15, 315 (317) = NJW 1955, 422.

41 *Kleine-Cosack*, NJW 2000, 1593 (1596 f.).

42 Vgl. *BVerfGE* 50, 217 (231) = NJW 1979, 1345; *BVerfGE* 80, 103 (109) = NJW 1989, 1985; *BVerfGE* 81, 347 (356) = NJW 1991, 413; *BVerfGE* 83, 1 (14 f.) = NJW 1991, 555; *BVerfGE* 85, 337 = NJW 1992, 1673.

43 *BVerfGE* 85, 337 (349) = NJW 1992, 1673.

44 *BVerfGE* 85, 337 (346) = NJW 1992, 1673.

45 *BVerfGE* 50, 217 (231) = NJW 1979, 1345; *BVerfGE* 81, 347 (356 f.) = NJW 1991, 413.

46 *BVerfGE* 85, 337 (347 f.) = NJW 1992, 1673; *BVerfG*, NJW 1997, 311.

Bei der Regelung der Anwaltsgebühren hat der Gesetzgeber, so das *BVerfG* weiter, neben dem Justizgewähranspruch und dem Interesse des Mandanten, nicht ein unangemessen hohes Entgelt zahlen zu müssen, auch die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts nach Art. 12 GG in den Abwägungsprozess mit einzubeziehen<sup>47</sup>. Dabei muss das Entgelt nicht so bemessen sein, dass es genau dem Wert der anwaltlichen Leistung im Einzelfall entspricht. Jedoch muss das aus dem System der Mischkalkulation resultierende Einkommen insgesamt so bemessen sein, dass der Anwalt aus seinem Gebührenaufkommen sowohl seinen Kostenaufwand als auch seinen Lebensunterhalt bestreiten kann<sup>48</sup>.

Um den Zugang zum Gericht und damit den Justizgewähranspruch sicherzustellen, nimmt der Gesetzgeber, über die im RVG verankerte Mischkalkulation hinaus, noch in einer Reihe von anderen Fällen die Rechtsanwältin in Dienst. Nach § 48 BRAO ist der Rechtsanwalt verpflichtet, im Fall der Beordnung die Prozessvertretung zu übernehmen. Eine vergleichbare Verpflichtung begründet § 49 a BRAO für die Beratungshilfe. Soweit die Beordnung im Wege der Prozesskostenhilfe erfolgt, ordnet § 49 RVG zu Lasten des Rechtsanwalts niedrigere Gebühren an<sup>49</sup>.

Vor diesem Hintergrund ist der Erhalt einer leistungsfähigen Anwaltschaft, die den Zugang zum Recht effektiv gewährleistet, aus rechtsstaatlichen Gründen zwingend erforderlich. Es stellt daher eine unzutreffende Interpretation der Masterpat-Entscheidung<sup>50</sup> des *BVerfG* dar, wenn daraus der Schluss gezogen wird, der Schutz der Anwaltschaft vor einer unübersehbaren Konkurrenz von Personen, die nicht solch weitgehenden Bindungen unterliegen<sup>51</sup>, sei mit Art. 12 GG nicht vereinbar<sup>52</sup>.

Zwar hat das *BVerfG* in dieser Entscheidung festgehalten, dass ein Schutz der Rechtsanwaltschaft als solches vor Konkurrenz nicht der Verfassung entspricht, dies aber sehr wohl ein zulässiger Gemeinwohlbelang ist, wenn hierdurch dem unmittelbaren Gesetzeszweck gedient wird. Der unmittelbare Gesetzeszweck – die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sicherzustellen und den Zugang zu den Gerichten nicht an unverhältnismäßigen Anwaltskosten scheitern zu lassen – rechtfertigt aber den Erhalt einer leistungsfähigen Anwaltschaft<sup>53</sup>.

Wer gegen den Zusammenhang zwischen Erhalt einer leistungsfähigen Anwaltschaft, Quersubventionierung und Verpflichtung zur Prozessvertretung (§ 48 BRAO) und Beratungshilfe (§ 49 a BRAO) die altruistische und karitative Rechtsberatung in Stellung bringt<sup>54</sup>, macht den wirtschaftlich Schwachen zum Almosenempfänger und verweigert ihm den Zugang zum Recht. In Rechnung zu stellen ist hierbei, dass auf die unentgeltliche Rechtsberatung auch das Haftungsregime von § 521 BGB Anwendung finden dürfte, so dass derjenige, der unentgeltlich Rechtsrat erteilt, nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet. Der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung, § 51 BRAO, ist gleichfalls bei der altruistischen Rechtsberatung nicht erforderlich.

Aus der Sicht des Europarechts spricht gleichfalls nichts gegen eine am Interesse des Verbraucherschutzes ausgerichtete Regelung. Insbesondere hat der *EuGH* anerkannt, dass das Rechtsdienstleistungsgesetz aus Gründen des Allgemeininteresses nicht gegen den EG-Vertrag und die Dienstleistungsfreiheit verstößt<sup>55</sup>. Die Anwendung von Berufsregelungen auf die Anwälte – so der *EuGH* –, insbesondere Vorschriften über die Organisation, die Befähigung und die Standespflichten sowie die Kontrolle und Verantwortlichkeit, sichern die notwendige Integrität und Erfahrung zu Gunsten des Empfängers rechtlicher Dienstleistungen und der Rechtspflege ab. Es liegen daher zwingende Gründe des Allgemeinwohls vor, welche eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit erlauben<sup>56</sup>. Nicht verhehlt kann aber werden, dass die Europäische Kommission politisch einen gegenteiligen Standpunkt einnimmt. Aus ihrer Sicht ist der Rechtsanwaltsmarkt noch immer überreglementiert.

Durch wettbewerbsfreundliche Mechanismen solle das Innovationspotenzial gestärkt, die Qualität und Angebotspalette erweitert werden<sup>57</sup>.

#### 4. Absicherung der anwaltlichen core values

Die anwaltlichen *core values* bedürfen der Absicherung. Dabei stehen sich zwei unterschiedliche Modelle gegenüber. Auf der einen Seite wird im Gefolge der Neuen Politischen Ökonomie ein reines Wettbewerbsmodell verfolgt<sup>58</sup>, welches durch Informationspflichten abgesichert werden soll. Auf der anderen Seite steht das traditionelle Modell mit der Absicherung der anwaltlichen *core values* durch eine Berufsaufsicht. Im Nachfolgenden soll zunächst kurz aufgezeigt werden, dass der Ansatz des Informationsmodells auf dem Gebiet der Rechtsdienstleistung den Schutz des Verbrauchers vor fachlich ungeeignetem Rechtsrat nicht gewährleisten kann<sup>59</sup>. Im Anschluss wird aufgezeigt, dass die anwaltlichen *core values* es erfordern, den Kreis derer, die die *core values* für sich in Anspruch nehmen können, nach bestimmten Kriterien und Voraussetzungen zu bestimmen.

a) *Verbraucherschutz durch Informationsmodell*. Gegen die vorstehenden Überlegungen zum Regelungsstos des Rechtsdienstleistungsgesetzes lässt sich nicht die Überlegenheit eines Informationsmodells in Stellung bringen, nach dem derjenige, der Rechtsberatung anbietet, über seine Fähigkeiten umfassend aufzuklären habe<sup>60</sup>. Hierdurch soll das Problem der Informationsasymmetrie, welches in der Institutionenökonomie unter dem Stichwort „Prinzipal-Agent-Theorie“ diskutiert wird<sup>61</sup>, beseitigt werden können. Zunächst belegen empirische Untersuchungen bislang nicht, dass auf dem Gebiet der Rechtsberatung die Deregulierung zu Gunsten eines Informationsmodells die theoretisch vorhergesagten Verbesserungen erbringt<sup>62</sup>. Entscheidend spricht aber gegen ein solches Modell, dass der geschädigte Verbraucher, will er seinen Schadensersatzanspruch gegen den Rechtsberater einklagen, erneut eines Rechtsberaters bedarf. Einziges Qualitätssicherungsinstrument wäre auch in diesem Fall das Informationsmodell. Theoretisch kann dies zu einer endlosen Kette von Regressprozessen führen. Daher lässt sich das Informationsmodell aus anderen Bereichen des Verbraucherschutzes auf den Rechtsberatungsmarkt nicht übertragen. Der Verbraucherschutz auf dem Gebiet der Rechtsberatung ist Besonderheiten unterworfen. Qualifizierte Rechtsberatung ist notwendiger Bestandteil einer funktions-

47 *BVerfGE* 85, 337 (349 f.) = NJW 1992, 1673.

48 *BVerfGE* 85, 337 (349) = NJW 1992, 1673.

49 Dies ist verfassungskonform, *BVerfG*, NJW 1971, 187; *Hartmann*, *KostenG*, 36. Aufl. (2006), § 49 Rdnr. 1.

50 *BVerfGE* 97, 12 = NJW 1998, 3481.

51 So deutlich und zutr. *BGHZ* 15, 315 (321) = NJW 1955, 422.

52 So aber z. B. *Sauer/Wittmann*, *BKR* 2003, 656 (661); *Schönberger*, *NJW* 2003, 249 (253).

53 Wie hier *Prütting*, 65. *DJT* (2004), G 19 f.

54 So *Kramer*, *KJ* 2000, 600 (606).

55 *EuGH*, *EuZW* 1997, 53.

56 Vgl. hierzu *Prütting*, 65. *DJT* (2004), G 27.

57 Kommission der Europäischen Gemeinschaft, *KOM* (2004) 83 endg., S. 27; vgl. in diesem Sinne auch Monopolkommission, XVI. Hauptgutachten, *BT-Dr* 16/2460, S. 376 ff.

58 Zum verfehlten ökonomischen Ansatz dieses Modells vgl. ausf. *Chr. Wolf*, demnächst in: Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer, Bd. 16.

59 Die Sicherstellung der übrigen *core values* ist durch diesen Ansatz ohnehin nicht möglich.

60 Zu dem Modell *Grunewald*, *AnwBl* 2004, 208.

61 Vgl. hierzu *Schäfer/Ott*, *Lehrb. d. ökonomischen Analyse d. ZivilR*, 4. Aufl. (2005), S. 399.

62 *Stephen and Love*, *Regulation of the Legal Profession*, 1009 f., in: *Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit* (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I. The History and Methodology of Law and Economics <http://encyclo.findlaw.com/5860book.pdf>.

fähigen Rechtspflege<sup>63</sup> und damit des Rechtsstaats. Der Rechtsstaat ermöglicht aber ein marktwirtschaftliches Ordnungssystem; er kann selbst nur eingeschränkt Teilnehmer des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs sein.

b) *Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege.* Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten, wie es in § 3 I BRAO heißt. Der Grund hierfür liegt in seiner Stellung als Organ der Rechtspflege, § 1 BRAO. Wie gezeigt, setzt qualifizierte Rechtsberatung mehr voraus als fachliches Wissen. Die anwaltlichen *core values*, deren Einhaltung unabdingbare Voraussetzung für qualifizierte Rechtsberatung ist, bedürfen der Absicherung. Dies setzt zweierlei voraus, nämlich zum einen, dass die *core values* nur solchen Personen anvertraut werden, die die persönliche Gewähr der Einhaltung bieten. Zum anderen muss aber auch die Einhaltung der *core values* überwacht werden. Anwaltliches Berufsrecht ist in diesem Sinne Wirtschaftsaussichtsrecht in seiner strengen Ausprägung, nämlich einem Verbot (§ 3 RDG) mit Erlaubnisvorbehalt und der begleitenden Überwachung der Tätigkeit (§ 73 II Nr. 4 BRAO).

So sichern z. B. die Beschlagnahme- und Schweigerechte und -pflichten die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Mandanten ab<sup>64</sup>. Sie lassen sich aber auf andere Berufe kaum ausdehnen, ohne dass man Gefahr liefe, die Straf- und Rechtsverfolgung in einem nicht mehr zumutbaren Maß einzuschränken. Die Diskussion um das Zeugnisverweigerungsrecht der Syndikusanwälte<sup>65</sup> zeigt, dass eine Ausdehnung dieses Rechts jedenfalls auf andere Berufsgruppen nicht ohne Weiteres möglich ist.

Bereits das anwaltschaftliche Zeugnisverweigerungsrecht ist durch die in § 100 a StPO enthaltenen Eingriffe in das Post- und Fernmeldegeheimnis auch für Anwälte eingeschränkt<sup>66</sup>. Die verfassungsrechtlichen Grenzen, die der Telefonüberwachung allerdings gesetzt sind<sup>67</sup>, gelten nur für die Tätigkeit des Rechtsanwalts und dessen verfassungsrechtlich verbürgte Stellung als berufener unabhängiger Berater und Beistand. Erst jüngst hat das *BVerfG* betont, dass das Zeugnisverweigerungsrecht der besonderen Aufgabe der Rechtsanwälte geschuldet ist. Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist – wie das *BVerfG* feststellt – ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant, welches durch einen Datenzugriff berührt würde. Dies liegt, so das *BVerfG* weiter, auch im Allgemeininteresse. Mit dem Ausmaß potenzieller Kenntnis staatlicher Organe von vertraulichen Äußerungen wächst die Gefahr, dass sich auch Unverdächtige nicht mehr den Berufsgeheimnisträgern zur Durchsetzung ihrer Interessen anvertrauen. Die aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend gebotenen Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote müssen den den berufsrechtlichen Verpflichtungen unterliegenden Rechtsanwaltschaften vollumfänglich erhalten bleiben. Dies wäre jedoch kaum möglich, wenn man dieses *core value* über den Kreis der Rechtsanwälte hinaus nicht näher eingegrenzten Berufsgruppen zu Verfügung stellt.

Vergleichbares gilt bezüglich des Verbots, widerstreitende Interessen zu vertreten. Auch hier handelt es sich um ein unabdingbares Prinzip einer auf rechtsstaatlichen Prinzipien gründenden Rechtspflege. Das *BVerfG* hat die Bedeutung in seiner Entscheidung zum Sozietätswechsel ausdrücklich anerkannt<sup>68</sup>. Lediglich für den Fall, dass der Anwalt, der die Sozietät wechselt, nicht mit dem widerstreitenden Mandat befasst war, hat das *BVerfG* im konkreten Einzelfall die Einschränkung der Berufsfreiheit nicht als durch Gemeinwohlbelange gedeckt angesehen.

c) *Fazit.* Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die anwaltlichen *core values* nicht beliebig auf andere Berufsgruppen

erstreckt werden können. Ohne die Sicherung der *core values* ist hingegen eine qualifizierte Rechtsberatung nicht möglich. Der Gesetzgeber hat sich daher zu Recht gegen die Einführung eines allgemeinen Rechtsdienstleistungsberufs unterhalb der Rechtsanwaltschaft ausgesprochen<sup>69</sup>.

#### IV. Stellungnahme zu drei ausgewählten Problempunkten des Rechtsdienstleistungsgesetzes

##### 1. Mediation als Rechtsdienstleistung

Soweit ersichtlich, haben die Gerichte bisher die Mediation als Rechtsberatung i. S. von Art. 1 RBerG begriffen<sup>70</sup>. Dies ändert sich im neuen Rechtsdienstleistungsgesetz. Nach § 2 III Nr. 4 RDG wird die Mediation nicht als Rechtsdienstleistung begriffen, wenn der Mediator nicht durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Gesprächsleitung der Beteiligten eingreift. Nach der Gesetzesbegründung des Rechtsausschusses soll damit allerdings nicht die allgemeine Darstellung der rechtlichen und tatsächlichen Handlungsoptionen durch den Mediator vom Begriff der Rechtsdienstleistung erfasst sein<sup>71</sup>.

Die neu geschaffene Regelung dürfte zu erheblichen Problemen führen und wird der besonderen Problematik der Mediation nicht gerecht. Bislang gibt es weder eine gesetzliche Definition der Mediation<sup>72</sup>, noch liegt bereits eine hinreichende dogmatische Durchdringung vor, so dass man von einer wissenschaftlichen Methode der Mediation sprechen könnte. Vieles baut dort noch auf Erfahrungswissen auf. Auch ist das Spektrum dessen, was man unter Mediation versteht, zu groß, um es einer einheitlichen Beurteilung zuführen zu können. Unter Mediation wird nicht nur die Lösung rechtlicher Konflikte mit Hilfe eines Mediators verstanden, sondern z. B. auch die Streitschlichtung in der Schule bei Konflikten zwischen Schülern<sup>73</sup>. Auch wird Mediation als psychotherapeutische Methode zur Klärung nichtjustizabler, inter- oder intrapersonaler Konflikte verstanden<sup>74</sup>. Diese fallen sicherlich nicht unter den Begriff der Rechtsdienstleistung. Im Mittelpunkt der Mediation stehen jedoch rechtliche Konflikte, die im Ergebnis einer rechtlichen Lösung durch einen Vergleichsvertrag zugeführt werden sollen<sup>75</sup>. Die Mittel, die hier zur Anwendung kommen, sind jedoch höchst unterschiedlich. Neben der Verhandlungsmediation werden in der Mediation auch therapeutische Methoden, wie die „systemische Aufstellung“ nach *Bert Hellinger*, verwendet, um zu Ergebnissen zu kommen<sup>76</sup>.

Die Parteien sind aber in der Mediationssituation besonders schutzwürdig, weil das Korrektiv des Wettbewerbs, der die privatautonome Gestaltung der Verträge ermöglicht, nicht besteht. Schließen die Parteien, wie in der Mediation vorausgesetzt, den Vergleich nicht auf Grund ihrer unterschiedli-

63 *Henssler*, ZZP 115 (2002), 321 (324).

64 *Eylmann*, in: *Henssler/Prütting* (o. Fußn. 7), § 43 a Rdnr. 31.

65 *Roxin*, NJW 1992, 1129; *ders.*, NJW 1995, 17; *Kapp*, WuW 2003, 142, und jüngst *EuG*, EWIR 2007, 653 (red. Leits.) = *BeckRS* 2007, 70 724, zum europäischen Kartellverfahrensrecht.

66 Vgl. *Eylmann*, in: *Henssler/Prütting* (o. Fußn. 7), § 43 a Rdnr. 36.

67 *BVerfG*, NJW 2007, 2749 m. w. Nachw.

68 *BVerfGE* 108, 150 = NJW 2003, 2520.

69 *BT-Dr* 16/3655, S. 31.

70 *LG Leipzig*, NJW 2004, 3784; *LG Hamburg*, NJW-RR 2000, 1514; *OLG Rostock*, NJW-RR 2002, 642.

71 *BT-Dr* 16/6634, S. 63.

72 Vgl. aber den Vorschlag der EG-Kommission, *Kom* (2004) 718 endg.

73 Vgl. z. B. <http://www.mediation-rundbau.de/>.

74 Vgl. *Wolf/Weber/Knauer*, NJW 2003, 1488.

75 Vgl. *Eidenmüller*, *Vertrags- u. verfahrensrechtl. Grundfragen der Mediation*, in: *Breidenbach* u. a. (Hrsg.), *Konsensuale Streitbeilegung*, 2000, S. 45 (79 f.).

76 Vgl. *Wolf/Weber/Knauer*, NJW 2003, 1488.

chen Rechtspositionen, sondern auf Grund ihrer Interessenlagen, ist strukturell diejenige Partei im Nachteil, die mit der ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung die höhere Erwartungshaltung verbindet. Stellt z. B. ein Maler die Arbeiten an einem Ladenlokal zurück, weil er einen attraktiveren Großauftrag angenommen hat, ist der Ladeninhaber, der auf die Malerarbeiten dringend angewiesen ist, in einer deutlich schlechteren Verhandlungssituation, wenn er keinen rechtlichen Auffangrahmen hat. Solange der Gesetzgeber die bei der Mediation auftretenden Fragen nicht in einem Mediationsgesetz geregelt hat<sup>77</sup>, sollte man den Parteien eines Mediationsverfahrens nicht den Schutz des Rechtsdienstleistungsgesetzes entziehen.

Insbesondere die Abgrenzung zwischen „rechtlichen Regelungsvorschlägen“ und der „allgemeinen Darstellung der rechtlichen Handlungsoptionen“<sup>78</sup> dürfte sich als illusionär erweisen. Wie das Rechtsberatungsgesetz ist auch das Rechtsdienstleistungsgesetz ein Schutzgesetz. Hat der nicht-anwaltliche Mediator in der Mediation den schmalen Grad zwischen der Darstellung allgemeiner rechtlicher Handlungsoptionen und den rechtlichen Regelungsvorschlägen überschritten, müsste er sich den Mediationsparteien gegenüber nach § 823 II BGB verantworten.

## 2. Annexrechtsberatung

Den Ausgangspunkt für die Einführung der Annexrechtsberatung im neuen Rechtsdienstleistungsgesetz bildeten die von der Rechtsprechung<sup>79</sup> zum alten Rechtsberatungsgesetz geschaffenen Fallgruppen der Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und rechtlicher Beratung. Ausgehend von der Masterpat-Entscheidung des *BVerfG* prüften die Gerichte, ob der rechtliche Bezug der angebotenen Dienstleistung sich lediglich als kaufmännische Hilfsleistung darstellte oder aber eine umfassende Rechtsberatung zumindest auf einem Teilgebiet vorgelegen hat<sup>80</sup>. Hintergrund der Entscheidungen bildete die Erkenntnis, dass nahezu alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen sind. Eine wirtschaftliche Betätigung ist daher nur schwer ohne rechtsgeschäftliches Handeln oder rechtliche Wirkung denkbar<sup>81</sup>.

Bislang war also entscheidend, ob die eigentliche Leistung, die keine rechtsberatende sein durfte, ohne die Rechtsdienstleistung nicht erbracht werden konnte. Zwischen der geschuldeten Leistung und der Rechtsdienstleistung musste ein unmittelbarer unauflöslicher Zusammenhang bestehen. Demgegenüber wollte der Gesetzgeber die Annexrechtsberatung um eine Fallgruppe erweitern: Auch in den Fällen, in denen die Hauptleistung ohne die Rechtsdienstleistung erbracht werden kann, sollte zukünftig eine Rechtsdienstleistung als Nebenleistung angeboten werden können. Voraussetzung hierfür sollte aber der sachliche Zusammenhang mit der Hauptleistung sein<sup>82</sup>. Als Beispiel nannte die Gesetzesbegründung die Schadensabwicklung durch die Kfz-Werkstatt<sup>83</sup>. Da derartige Zusatzleistungen bislang nicht erlaubt waren, konnte sie bisher auch nicht das Berufs- und Tätigkeitsbild prägen. Folgerichtig sah der Gesetzentwurf daher auch vor, dass die Rechtsdienstleistung eine mit der Hauptleistung verbundene gesetzliche oder vertragliche Pflicht sein könne. Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Darüber hinaus sind rechtliche Nebenleistungen auch bei Tätigkeiten zulässig, für die sich noch kein festes Berufs- oder Tätigkeitsbild etabliert hat, oder bei denen die Erledigung rechtlicher Angelegenheiten nicht zum bisherigen Berufs- oder Tätigkeitsbild gehört. Die Zugehörigkeit dieser Rechtsdienstleistung zur Haupttätigkeit kann dabei sowohl auf gesetzlichen Regelungen als auch auf vertraglichen Vereinbarungen beruhen.“<sup>84</sup>

Der Gesetzentwurf wollte damit eine dynamische Entwicklung der Berufsbilder zulassen, einer Versteinerung entgegenwirken. Der Rechtsausschuss hat nun aber in seiner Beschlussvorlage genau jene Formulierung gestrichen, mit der diese Dynamisierung erreicht werden sollte. Nach der Gesetzesfassung kommt es nunmehr nur noch darauf an, ob die Rechtsdienstleistung zum Berufs- und Tätigkeitsbild gehört. Insbesondere kann durch eine vertragliche Vereinbarung eine Rechtsdienstleistung nicht mehr zur Nebenleistung gemacht werden, wenn diese das Tätigkeits- und Berufsbild bislang nicht prägte. In der Begründung des Rechtsausschusses heißt es dazu: Mit der Änderung soll eine ausufernde Auslegung der Vorschrift verhindert werden. Insbesondere soll verhindert werden, dass rechtsdienstleistende Nebenpflichten von den Vertragsparteien willkürlich und ohne Zusammenhang mit der eigentlichen Haupttätigkeit vereinbart werden könnten<sup>85</sup>.

Damit dürfte – zumindest vorerst – eine Annexrechtsberatung in den Fällen ausgeschlossen sein, in denen die eigentliche Leistung auch ohne die Nebenleistung „Rechtsdienstleistung“ erbracht werden kann. Eine Absage ist damit z. B. der Schadensregulierung durch die Kfz-Werkstätten erteilt. Wie die Rechtsprechung des *BGH* zu den Unfallhelferringen zeigt, handelt es sich in diesen Fällen häufig nicht um einen zusätzlichen Kundenservice der Kfz-Werkstatt. Vielmehr verfolgt die Kfz-Werkstatt dabei häufig genug erhebliches Eigeninteresse<sup>86</sup>. So stellen Autovermieter unfallgeschädigten Fahrzeughaltern Ersatzfahrzeuge zu „Unfalltarifen“ zur Verfügung, welche von den Kfz-Haftpflichtversicherungen meist als überhöht nicht anerkannt werden. Zutreffend hat der *BGH* auf die Gefahr hingewiesen, Unfallgeschädigte würden – letztlich im Interesse der Autovermieter – ohne sachkundige und interessenneutrale Beratung in überflüssige und kostenträchtige Auseinandersetzungen um einen möglicherweise unangemessen hohen Unfallersatztarif verwickelt<sup>87</sup>.

Insoweit ist ein Grundproblem jeder Annexrechtsberatung angesprochen. Nach § 43 a IV BRAO gehört es zu den anwaltlichen *core values*, keine widerstreitenden Interessen zu vertreten. Eine vergleichbare Bestimmung fehlt für die Annexrechtsberatung. Lediglich in § 4 RDG ist eine Unvereinbarkeitsregelung mit anderen Leistungspflichten des Rechtsdienstleiters getroffen worden. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass damit ein Widerspruch zwischen der geschuldeten Rechtsdienstleistung und der geschuldeten Hauptleistung gemeint sein soll<sup>88</sup>. Auch wenn der Wortlaut der Vorschrift es vielleicht zulässt, diese zu einer allgemeinen widerstreitenden Interessen verbietenden Kollisionsregel auszubauen, erreicht sie wohl nie die Klarheit und Deutlichkeit von § 43 a IV BRAO. Dies stellt ein erhebliches Manko dar. Auch ein untergeordneter rechtlicher Rat kann nicht gegeben werden, wenn man auf zwei Schultern trägt.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang auch § 5 II RDG. Die Vorschrift führt die gesetzliche Fiktion ein, dass die im Rahmen eines Testamentsvollstreckers, Haus- und Wohnungsverwalters und Förder-

77 Vgl. hierzu das Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196 endg.

78 BT-Dr 16/6634, S. 63.

79 Vgl. *BGH*, NJW 2003, 3046; NJW 2005, 969; *BVerfG*, NJW 2005, 1293; *BGH*, NJW 2006, 3568.

80 *BVerfGE* 97, 12 (27 f.) = NJW 1998, 3481.

81 *BGH*, NJW 2003, 3046 (3047 f.).

82 BT-Dr 16/3655, S. 52 f.

83 BT-Dr 16/3655, S. 53.

84 BT-Dr 16/3655, S. 53.

85 BT-Dr 16/ 6634, S. 63.

86 S. *BGH*, NJW 2003, 1938.

87 *BGH*, NJW 2003, 1938.

88 BT-Dr 16/3655, S. 51.

mittelberaters erbrachten Rechtsdienstleistungen als Nebenleistungen zu gelten haben. Bekanntlich enthält § 45 BRAO ein Tätigkeitsverbot des Rechtsanwalts gegen den Träger des von ihm als Testamentsvollstrecker vertretenen Vermögens. Damit sollen Interessenskonflikte ausgeschlossen werden<sup>89</sup>. Eine entsprechende Regelung fehlt aber im Rechtsdienstleistungsgesetz. Eine vergleichbare, dem Anwalt untersagte Konfliktlage kann nach § 5 II RDG auftreten, wenn der Testamentsvollstrecker gegen das von ihm verwaltete Vermögen vorgeht.

Schließlich bereitet noch die Auslegung von § 5 I 2 RDG Schwierigkeiten. Die ursprüngliche Gesetzesbegründung<sup>90</sup> ist wohl dahingehend zu verstehen, dass eine Rechtsdienstleistung umso eher noch als Nebenleistung zulässig sei, je mehr die eigentliche Hauptleistung schon rechtlich geprägt sei. Den Hintergrund der Gesetzesbegründung bildeten die bereits angesprochenen beiden ursprünglich geplanten Fallgruppen der Annexrechtsberatung. Annexrechtsberatung sollte zum einen wie in den bisherigen Fällen der Rechtsprechung zum Rechtsberatungsgesetz zulässig sein, wenn die Hauptleistung ohne die Rechtsberatung nicht erbracht werden kann, also in den Fällen des zwingenden Zusammenhangs. Zum anderen sollte nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf der zwingende Zusammenhang zwischen Hauptleistung und Annexrechtsberatung auch durch eine vertragliche Vereinbarung ersetzt werden können. Die zweite Fallgruppe ist nicht Gesetz geworden. Folglich greift die Gesetzesbegründung nicht mehr. Diese war für eine Kumulation der Annexrechtsberatungen zugeschnitten. War zur Erbringung der eigentlichen Hauptleistung bereits zwingend eine Annexrechtsberatung erforderlich, sollte zusätzlich noch durch vertragliche Vereinbarung eine Annexrechtsberatung der zweiten Fallgruppe vereinbart werden können. Insoweit ist die Gesetzesbegründung obsolet geworden und bestätigt die Ansicht des Rechtsausschusses, dass durch vertragliche Vereinbarungen der Bereich der Annexrechtsberatung uferlos ausgedehnt werden könnte.

Die Gesetzesbegründung liefert jedoch noch einen weiteren Hinweis für die einschränkende Auslegung der Annexrechtsberatung. Wörtlich heißt es:

„Entscheidend kann in diesem Zusammenhang auch sein, dass eine Rechtsdienstleistung im Einzelfall eine besondere Vertraulichkeit und – auch strafrechtlich geschützte – Verschwiegenheit des Rechtsdienstleisters erfordert.“

Es wurde die besondere Bedeutung der Verschwiegenheitspflicht und das Verschwiegenheitsrecht des Rechtsanwalts, welches zum Kernbestandteil einer auf den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit basierenden Rechtspflege gehört<sup>91</sup>, bereits betont. Eine solche Verschwiegenheitspflicht und korrespondierend ein Verschwiegenheitsrecht ist bei der Annexrechtsberatung nicht gewährleistet. Im Gegensatz zu den Überlegungen, das Verbot der widerstreitenden Interessen in bestimmtem Umfang über § 4 RDG auch auf die Annexrechtsberatung auszudehnen, ist dies bei den Verschwiegenheitsrechten nicht möglich. Bereits die geordnete Strafrechtspflege erfordert es, dass das Verschwiegenheitsrecht nicht unbeschränkt ausgedehnt wird<sup>92</sup>.

### 3. Gemeinsame Berufsausübung mit vereinbaren Berufen

Bislang dürfen sich Rechtsanwälte lediglich mit anderen Mitgliedern einer Rechtsanwalts- oder Patentanwaltskammer sowie Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbinden. Die Aufzählung in § 59 a I BRAO ist abschließend. Nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf sollte die berufliche Zusammenarbeit mit „vereinbaren Berufen“ möglich werden. Der Gesetzesentwurf knüpfte

damit an §§ 7 Nr. 8, 14 II Nr. 8 BRAO an. Unter dem Begriff der vereinbaren Berufe werden diejenigen Berufe verstanden, die der Rechtsanwalt selbst neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ausüben kann, nicht jedoch – wie ursprünglich geplant – diejenigen Berufe, mit denen er sich zur Ausübung des Anwaltsberufs verbinden kann. Im Rechtsausschuss ist diese Gesetzesänderung gestrichen worden. Allerdings bleibt eine Reform des § 59 a BRAO auf der politischen Tagesordnung<sup>93</sup>. Aus diesem Grund soll hier zu der geplanten Änderung Stellung genommen werden.

Der Begriff der „vereinbaren Berufe“ ist untauglich, um den Kreis derer, mit denen sich Rechtsanwälte zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden können sollen, näher zu bestimmen. Die Rechtsprechung zu § 14 II Nr. 8 BRAO ist kaum mehr überschaubar und in feste Konturen zu fassen. So hat, um nur ein Beispiel herauszugreifen, der *BGH* anerkannt, dass der Taxiunternehmer mit dem Beruf des Rechtsanwalts vereinbar ist<sup>94</sup>. Eine kaufmännisch-erwerbswirtschaftliche Tätigkeit sei mit dem Beruf des Rechtsanwalts nur nicht vereinbar, wenn sich durch die erwerbswirtschaftliche Prägung des Zweitberufs (Taxiunternehmer) die Gefahr einer Kollision mit Mandanteninteressen deutlich abzeichnen würde<sup>95</sup>. Vor diesem Hintergrund wäre zu erwarten gewesen, dass sich mit der jetzt vorgeschlagenen Regelung der Rechtsanwalt zukünftig mit nahezu allen Berufen zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen hätte können, sieht man einmal vom Maklerberuf ab<sup>96</sup>.

Unabhängig davon, ob der Begriff der „vereinbaren Berufe“ geeignet gewesen wäre, den Kreis derer abzugrenzen, mit denen sich die Rechtsanwälte zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen dürfen, wirft die ursprünglich geplante Änderung von § 59 a BRAO erhebliche Probleme hinsichtlich der Absicherung der anwaltlichen *core values* auf. Die vorgeschlagene Regelung weist zwar dem Rechtsanwalt in § 59 a IV 2 BRAO-E die Verantwortung zu, für die Einhaltung der anwaltlichen Berufspflichten Sorge zu tragen. Der Gesetzesentwurf sagte aber an keiner Stelle, wie der Rechtsanwalt dies sicherstellen kann. Der Entwurf ging offensichtlich von der Fehlvorstellung aus, dass der Anwalt in einer nach § 59 a IV BRAO-E zugelassenen Verbindung das industrielle Sagen hat. Die Rechtspraxis hätte allerdings sehr bald gezeigt, dass es sich hierbei allenfalls um eine Wunschvorstellung handelte. Schon heute steht es dem Rechtsanwalt frei, mit anderen Berufsgruppen – allerdings nicht in Form eines gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses – zusammenzuarbeiten. Die gesellschaftsrechtliche Verbindung würde, so wäre zu befürchten, gerade dann gewählt werden, wenn der Rechtsanwalt der finanzschwächere Partner wäre. Wie aber soll sich der Rechtsanwalt gegenüber seinem finanzstärkeren Partner durchsetzen, wenn dieser z. B. nicht bereit ist, finanzwirksame, für die Einhaltung des Berufsrechts erforderliche Investitionen zu tragen?

Auch ermöglichte die Regelung den Einstieg in die Fremdkapitalfinanzierung von Kanzleien, indem der Träger des vereinbaren Berufs vor allem eine Finanzfunktion wahrgenommen hätte, er also nicht wegen

89 Eylmann, in: Henssler/Prütting (o. Fußn. 7), § 45 Rdnr. 7.

90 BT-Dr 16/3655, S. 54.

91 BVerfGE 108, 150 (161 f.) = NJW 2003, 2520; BVerfGE 113, 29 (49 f.) = NJW 2005, 1917; BVerfGE 110, 226 (252) = NJW 2004, 1305.

92 Vgl. hierzu auch Kleine-Cosack, DB 2006, 2797 (2803).

93 BT-Plenarprot. 16/118, S. 12 257, 12 262.

94 BGH, BRAK-Mitt. 1993, 171.

95 BGH, BRAK-Mitt. 1993, 171.

96 Römermann, NJW 2006, 3025 (3029); ders., DB 2005, 931 (936); Kleine-Cosack, DB 2006, 2797 (2802).

der Synergie der unterschiedlichen Berufe, sondern wegen seiner Kapitalausstattung gewählt worden wäre. Schließlich hätte die Erweiterung der Zusammenarbeitsmöglichkeiten der Anwälte mit den vereinbarten Berufen auch zu Problemen mit dem anwaltlichen Schweigerecht führen können. Indem der Gesetzgeber die Sozietätsbildung mit vereinbarten Berufen zugelassen hätte, hätte er sich selbst in ein Dilemma gebracht. Entweder er hätte das Schweigerecht der Rechtsanwälte auf die vereinbarten Berufe, mit denen sich die Anwälte zur gemeinsamen Berufsausübung zusammengeschlossen haben, ausdehnt und damit aber die Strafverfolgung deutlich gefährdet oder aber er hätte eine Ausdehnung abgelehnt und damit in den Kernbestand des anwaltlichen Berufsrechts in rechtsstaatsgefährdender Weise eingegriffen<sup>97</sup>.

## V. Zusammenfassung

Mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz ist es nicht so schlimm gekommen, wie manche befürchtet haben. Zu verdanken ist dies vor allem den klugen Korrekturen durch den Rechtsausschuss. Schutzzweck des Rechtsdienstleistungsgesetzes ist nicht nur, den Verbraucher oder Rechtsuchenden vor unkundigem Rechtsrat zu schützen. Ansonsten müsste die Rechtsberatung durch jedermann zugelassen werden, der die Befähigung zum Richteramt hat, unabhängig davon, ob er als

Anwalt zugelassen ist oder nicht. Schutzzweck des Gesetzes ist es genauso, die Rechtsberatung durch eine Berufsgruppe (die Rechtsanwälte) abzusichern, die den anwaltlichen *core values* verpflichtet ist und deren Einhaltung im Sinne des Wirtschaftsverwaltungsrechts durch begleitende Überwachung – das anwaltliche Berufrecht – sichergestellt wird. Die anwaltlichen *core values* sind für eine rechtsstaatliche Rechtspflege unabdingbar. Wo sie nicht gegeben sind, kann keine Rechtdienstleistung vorliegen, welche den Namen verdient. Allerdings haben sich Teile der Anwaltschaft als schlechte Anwälte ihrer eigenen *core values* erwiesen, indem sie diese auf den Wettbewerbsvorteil des anwaltlichen Verschwiegenheitsrechts reduzierten und ansonsten das Recht als Handelsware zu Höchstpreisen begriffen. ■

97 Vgl. hierzu auch die Pläne des Bundesinnenministeriums zur Erstreckung der Abhörmöglichkeiten auf Strafverteidiger im Rahmen der Terrorismusbekämpfung, SZ Nr. 14 v. 17. 1. 2008, S. 5; zur Bedeutung des Verschwiegenheitsrechts für die anwaltliche Tätigkeit und den Rechtsstaat: *BVerfGE* 108, 150 (161 f.) = NJW 2003, 2520; *BVerfGE* 113, 29 (49 f.) = NJW 2005, 1917; *BVerfGE* 110, 226 (252) = NJW 2004, 1305.

Rechtsanwältin und Notarin Ingeborg Rakete-Dombek, Berlin

## Zugang zum Recht durch Prozesskostenhilfe\*

### I. Der Zweck der Prozesskostenhilfe als Mittel zur Gewährung des Anspruchs auf weitgehend gleichen Zugang zum Recht des Unbemittelten

Aus Art. 3 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgrundsatz folgt, dass das Grundgesetz eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes gebietet<sup>1</sup>. Es ist daher notwendig, Vorkehrungen zu treffen, die auch Unbemittelten einen weitgehend gleichen Zugang zu Gericht ermöglichen. Dem hat der Gesetzgeber mit dem Institut der Prozesskostenhilfe entsprochen<sup>2</sup>. Die Prozesskostenhilfe dient damit dem Zweck, unbemittelten Personen den Zugang zu den staatlichen Gerichten zu eröffnen. Sie stellt als Leistung der staatlichen Daseinsfürsorge und als Bestandteil der Rechtsschutzgewährung eine Einrichtung der Sozialhilfe im Bereich der Rechtspflege dar, die ihre verfassungsrechtliche Legitimation im Gebot des sozialen Rechtsstaats und im allgemeinen Gleichheitssatz findet<sup>3</sup>.

Diesem Grundsatz trägt auch Art. 47 III der Europäischen Grundrechtecharta vom 8. 12. 2000<sup>4</sup> Rechnung, der Folgendes vorsieht: „Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.“

### II. Aktuelle Gefährdungen des gleichen Zugangs zum Recht für Unbemittelte

Der gleiche Zugang zum Recht und zu den Gerichten ist für Unbemittelte jedoch gefährdet

- durch den Entwurf eines Prozesskostenhilfebegrenzungsgesetzes<sup>5</sup>. Die Stellungnahme der Bundesregierung<sup>6</sup> ist zwar äußerst negativ ausgefallen und macht vor allem verfassungsrechtliche Bedenken geltend, es ist jedoch damit zu rechnen, dass die Länder an ihrem Vorhaben festhalten werden<sup>7</sup>.
- durch den Entwurf eines neuen Familienverfahrensgesetzes (FamFG-E): Dort wird in § 78 II FamFG-E zur Frage

der Anwaltsbeordnung vom Grundsatz der Waffengleichheit (§ 121 II ZPO) Abschied genommen. Eine Beordnung habe nur noch wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage zu erfolgen, nicht schon oder nur, weil der Gegner anwaltlich vertreten sei. Der Grundsatz der Waffengleichheit entstamme dem „kontradiktorischen“ Verfahren der ZPO und sei auf das Familienverfahren wegen des dort herrschenden Amtsermittlungsgrundsatzes nicht übertragbar<sup>8</sup>.

- durch die Umstrukturierung der Anwaltschaft in große, überörtliche Sozietäten, die Prozesskostenhilfe-Mandate weitgehend nicht übernehmen wollen, und kleine bis mittlere Anwaltskanzleien, auf denen die Last der Mandatsbearbeitung unterhalb der gesetzlichen Gebühren ruht. Das Prinzip der Quersubventionierung ist längst außer Balance geraten<sup>9</sup>:

\* Die Autorin ist Fachanwältin für Familienrecht in Berlin und Mitherausgeberin der NJW. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

1 *BVerfGE* 81, 347 = NJW 1991, 413 m. w. Nachw., st. Rspr.; *BVerfG*, NJW-RR 2007, 649; NJW 2007, 979.

2 *BVerfGE* 81, 347 = NJW 1991, 413 m. w. Nachw., st. Rspr.

3 *BGHZ* 109, 163 = NJW 1990, 836.

4 ABLEG 2000 Nr. C 346 v. 18. 12. 2000, S. 1 (20).

5 BT-Dr 16/1994.

6 BT-Dr 16/1994, S. 38-44.

7 Zum Gesetzesvorhaben Büttner, AnwBl 2007, 477; Rakete-Dombek, NJW 2007, 3162.

8 Entwurfsbegr. S. 472.

9 Das Soldan Institut für Anwaltsmanagement berichtet in der Pressemitteilung vom 23. 8. 2007 hierzu: „49% der Rechtsanwälte geben an, dass in ihrer Kanzlei ertragsschwache Mandate überwiegen. Nur 45% haben die Erfahrung gemacht, dass die Mischung von ertragsschwachen und ertragstarken Mandaten ausgewogen ist. 6% der Rechtsanwälte geben an, dass in ihrer Kanzlei ertragsstarke Mandate überwiegen, das Prinzip der Quersubventionierung für sie also günstig ist. Die Erfahrungen der Rechtsanwälte hängen aber stark von dem beruflichen Umfeld ab, in dem sie tätig sind: 63% der in Einzelkanzlei praktizierenden Anwälte beklagen, dass sie überwiegend ertragsschwache Mandate bearbeiten, nur bei 5% dominieren ertragsstarke Mandate. In größeren Kanzleien gilt das Gegenteil: Dort beträgt bei 45% ertragsstarken Mandaten die Quote der ertragsschwachen Mandate nur 11%.“

– durch eine zunehmende Verweigerung der Übernahme von Prozesskostenhilfe-Mandaten nun auch kleinerer Kanzleien gerät vor allem die Qualität der Rechtsvertretung des Bürgers in den Blickpunkt: Unbemittelten Parteien fällt es schwer, einen qualifizierten Rechtsanwalt (Fachanwaltschaft) für die Übernahme ihrer Mandate zu gewinnen. Die Tendenz zur „Monetarisierung des Rechts“ durch die Auswahl der Mandate nach deren Ertragsstärke, aber auch durch die Sparpolitik gerade im Bereich der Justiz führt somit langfristig zu einer schlechteren Vertretung armer Parteien. Es ist schwer, mit ertragschwachen Mandaten Fortbildung zu betreiben, geschweige denn, einen Fachanwaltstitel zu erwerben. Hat man die Kosten hierfür aufgebracht, muss man sie auch wieder einspielen oder zuvor eingespielt haben.

### III. Erhöhter Anfall von Prozesskostenhilfemandaten (überwiegend von Frauen) im Familienrecht

Diese Entwicklung trifft im Familienrecht überwiegend Frauen, die auf die Beantragung von Prozesskostenhilfe und in besonderer Weise auf Unterstützung und anwaltlichen Beistand angewiesen sind<sup>10</sup>.

Es ist bezogen auf den zu gewährleistenden Zugang zum Recht darauf hinzuweisen, dass die Rechtsschutzversicherung im Familienrecht keine Rolle spielt, da allenfalls eine Erstberatung anlässlich der Trennung der Eheleute versichert ist. Vorrangig wird daher Beratungshilfe beantragt, die den gleichen Grundsätzen hinsichtlich der Bewilligung folgt wie die Prozesskostenhilfe<sup>11</sup>.

Fest steht weiter, dass 72-74% des Prozesskostenhilfe-Etats im Familienrecht ausgegeben werden. Es sind also vor allem die in diesem gesellschaftlich sensiblen Bereich tätigen Anwälte und Anwältinnen, die erhebliche Einkommenseinbußen stellvertretend für die gesamte Anwaltschaft und unsere gesamte Gesellschaft auf sich nehmen. Das kann jedenfalls in Bezug auf die Familienanwälte nicht mehr als „Mischkalkulation“ bezeichnet werden.

Im Wesentlichen ist es somit ein Teil der Anwaltschaft (im Familienrecht), der die Verwirklichung des Verfassungsgrundsatzes (gleicher Zugang zum Recht) trägt und finanziert. Diesen Anwälten wird somit durch das Gesetz die Verwirklichung eines Verfassungsgebots, nämlich des gleichen Zugangs zum Recht auch für die Armen, auferlegt, enthält ihr hierfür aber eine kostendeckende Vergütung vor.

### IV. Qualität der Rechtsvertretung von Unbemittelten betroffen

Die „Monetarisierung des Rechts“ im vorerwähnten Sinne (o. II) wird sich aber auch nachteilig auf die Qualität richterlicher Arbeit auswirken, da eine qualifizierte rechtliche Vertretung abnimmt, die Zahl der bedürftigen Parteien wegen der allgemeinen wirtschaftlichen Situation aber eher zunehmen wird. Das Risiko einer unzulänglichen Justiz geht damit gleichzeitig auch zu Lasten aller Rechtsuchenden. Es ist deshalb an der Zeit, die Abschaffung der gesonderten Tabelle für Prozesskostenhilfe-Sachen (§ 49 RVG) zu fordern.

### V. Pflicht zur Übernahme von Prozesskostenhilfemandaten für alle Rechtsanwälte?

Ein Kontrahierungszwang (jeder Anwalt muss auch Prozesskostenhilfe-Mandate oder Mandate von geringer Ertragsstärke übernehmen, gegebenenfalls durch gerichtliche Beordnung)<sup>12</sup> scheint zwar manchem wünschenswert, *Ethik* lässt sich aber nicht durch Zwang verordnen. Gleichwohl ist

es misslich, dass der Teil der Anwaltschaft, der Arme nicht vertreten mag, gerne alle anwaltlichen Privilegien in Anspruch nimmt, auf der anderen Seite aber die sich daraus herleitenden Pflichten nicht zu erfüllen bereit ist. Das lässt sich auch nicht etwa durch „Pro-Bono“-Mandate im Einzelfall ausgleichen. Die Gefahr, dass Anwälte im Falle eines Kontrahierungszwangs derartige ungeliebte Mandate<sup>13</sup> möglicherweise schlechter als andere Mandate bearbeiten, würde sich (o. II) auf die gesamte Qualität der Rechtsprechung nachteilig auswirken.

Mit einer verstärkten Hinweispflicht aus § 139 ZPO dürfte dem wohl nicht zu begegnen sein<sup>14</sup>. Jeder von uns kennt ausreichend Fälle, in denen richterliche Hinweise keinerlei Beachtung finden und der Prozess für den Mandanten voraussehbar verloren geht. Eine weitere Entwicklung zu einer Zwei-Klassen-Justiz würde sich dadurch geradezu nachhaltig etablieren.

### VI. Ausgaben der Bundesrepublik für Prozesskostenhilfe im internationalen Vergleich

Es ist jedoch nicht vorrangige Aufgabe der Richter oder aber der Anwälte, Kosten zu sparen. Zwischen Sparsamkeit und der effektiven Gewährung des Zugangs zum Recht und zur Justiz muss vielmehr ein Weg gefunden werden. Hierbei kann auch die Relation der aufgewandten Mittel im Zusammenhang mit den Aufwendungen anderer Nationen in vergleichbarer Lage hilfreich sein.

Nach der Untersuchung der Commission européenne pour l'efficacité de justice (CEPEJ) für 2006 – auf einer Zahlenbasis von 2004 beruhend – hat Deutschland 468 000 000 Euro für die Prozesskostenhilfe ausgegeben (oder 5,58 Euro pro Einwohner), während die Niederlande 378 000 000 Euro ausgegeben haben (oder 23,22 Euro pro Einwohner), Norwegen 138 000 000 Euro (oder 29,86 Euro pro Einwohner), Schweden 96 000 000 Euro (oder 10,56 Euro pro Einwohner) und England sogar 3 000 000 000 Euro (oder 57,87 Euro pro Einwohner), also ungefähr das zehnfache von Deutschland.

Deutschland liegt damit nicht etwa an der Spitze der an der Untersuchung beteiligten Staaten. Es ist also im Vergleich mit anderen Staaten Europas keinesfalls so, dass wegen der steigenden Kosten der Ausgaben für die Prozesskostenhilfe unbedingt jetzt etwas getan werden müsste – wie das eine Reihe von Bundesländern<sup>15</sup> sehen –, weil Deutschland mit seinen Aufwendungen für Prozesskostenhilfe weit vor vergleichbaren Ländern läge.

Im Übrigen dürften die inzwischen steigenden Steuereinnahmen – auch der Länder – das ihre dazu beigetragen haben, die Notwendigkeit zu vermindern, ausgerechnet bei der Prozesskostenhilfe nach Abhilfe für die leeren Kassen der Länder zu suchen.

Abhilfe könnte es auch schaffen, wenn die Gerichte – im Familienrecht und zwar in den Sachen ohne Prozesskosten-

10 Das Soldan Institut für Anwaltsmanagement hat ebenfalls untersucht (Nachw. o. Fußn. 9), wie Rechtssuchende die Kosten der Beauftragung eines Rechtsanwalts finanzieren. Weniger als die Hälfte der Bürger zahlt ihren Rechtsanwalt selbst. Nur 47% sind Selbstfinanzierer. 35% lassen ihre Rechtsschutzversicherung zahlen, 8% beanspruchen Beratungs- oder Prozesskostenhilfe. Bei 6% wurden die Kosten von einem Dritten übernommen. In 2% der Fälle war der Rechtsanwalt unentgeltlich tätig. Prozessfinanzierer waren aber nur in 0,2% an der Finanzierung beteiligt. Frauen nahmen vor allem im Familienrecht dreimal so häufig wie Männer Prozesskostenhilfe in Anspruch.

11 *BVerfG*, NJW-RR 2007, 1369; zur Abgrenzung zwischen Beratungs- und Prozesskostenhilfe, *BGH*, NJW-RR 2007, 1439.

12 *Wolf*, in: *Festschr. f. Peter Schlosser*, 2005, S. 1121.

13 *BVerfGE* 117, 163 = *NJW* 2007, 979; „... Anreiz zur nachlässigen Betreuung wenig Erfolg versprechender Mandate...“.

14 *Wolf*, in: *Festschr. f. Peter Schlosser* (o. Fußn. 12), S. 1121.

15 Niedersachsen, Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und Thüringen.

hilfebewilligung – verstärkt darauf achten würden, dass sich der Gegenstandswert in Ehescheidungssachen aus dem dreifachen Nettoeinkommen *und* dem Vermögen der Parteien ergibt, statt die Gegenstandswerte ständig herabzusetzen<sup>16</sup>. Nach wie vor gilt es jedoch als „unfein“, die Vermögensverhältnisse der Parteien bei der Streitwertbemessung vorzutragen. Die Gerichte berücksichtigen das Vermögen bei der Gegenstandswertbemessung überwiegend nicht. Dahinter steht allzu häufig der Gedanke, dass eine Erhöhung des Gegenstandswerts ausschließlich die Gebühreneinnahmen der beteiligten Anwälte steigert. Tatsächlich steigert eine Erhöhung jedoch gleichzeitig die Einnahmen der Landeskassen, da sich hiervon die zu zahlenden Gerichtskosten ableiten. In den Sachen, in denen keine Prozesskostenhilfe gewährt wird oder Ratenzahlung angeordnet wurde und Vermögen der Parteien vorhanden ist, würde auf diese Weise die Einnahmesituation der Länder auf dem Gebiet der Justiz deutlich verbessert werden können. Hierzu muss aber § 48 II GKG durch die Gerichte konsequent beachtet werden. Dies liegt jedenfalls im beiderseitigen Interesse, keineswegs ausschließlich im Interesse der Anwaltschaft.

Nach Beantwortung einer Anfrage durch Staatssekretär *Dowell* (BMJ) vom 13. 2. 2007<sup>17</sup> beträgt die Nettobelastung jedes Bürgers 48 Euro für alle Justizausgaben (also nicht nur der Prozesskostenhilfe-Ausgaben). Das ist keine übermäßige Ausgabe, die dringend weiter gesenkt werden müsste, wenn man die im europäischen Vergleich durchaus effektive Rechtsschutzgewährung für den Bürger in Deutschland betrachtet.

### VII. Im Familienrecht ist der Weg zum Gericht über die Maßen häufig vorgeschrieben

Es muss aber neben allem anderen noch Folgendes besonders beachtet werden: Wenn der Staat den Gang zum Gericht gesetzlich vorschreibt, was insbesondere in allen Statusverfahren im Familienrecht der Fall ist (Ehelichkeitsanfechtung, Feststellung der Vaterschaft, Änderung der elterlichen Sorge, nicht zuletzt Ehescheidung) kann dies jedenfalls in diesem Bereich nicht zu Lasten der unbemittelten Bürger gehen, dessen Zugang zum Recht hier in besonderer Weise betroffen ist. Der Staat steht hier vielmehr in besonderer Verantwortung, den Zugang zum Recht in Familiensachen zu gewährleisten.

Die Ausgaben für die Prozesskostenhilfe sind daher im Familienrecht besonders hoch. Die Möglichkeiten, in anderer Weise Zugang zum Recht zu erhalten (Vergütungsvereinbarungen, Erfolgshonorarvereinbarung, Rechtsschutzversicherung) sind in diesen Fällen nicht gegeben und nach m. A. auch nicht wünschenswert (s. u.)

### VIII. Infragestellung des Zugangs zum Recht durch Einschränkung der anwaltlichen Vertretung

Der Anwaltszwang gem. § 78 ZPO wird aber wegen dieser Sparzwänge ebenfalls zunehmend in Frage gestellt (vgl. die – gescheiterten – Bestrebungen des BMJ in dem Gesetzentwurf für ein neues Familienverfahrensrecht [FamFG-E] zu einer „vereinfachten Ehescheidung“). Hierzu kann *Renate Jaeger*<sup>18</sup>, Richterin am *EGMR*, zitiert werden:

„Selbst in den Gerichtszweigen, in denen die Richter zur Amtsermittlung verpflichtet sind, können Gerichte Anwälte nicht ersetzen. Wenig berechtigt dazu, Prozesskostenhilfe mit der Begründung abzulehnen, der Prozess sei so einfach, dass ihn jeder auch ohne anwaltlichen Beistand führen könne. Ob der Fall so einfach ist oder nicht, wird sich erst erweisen, wenn ein Anwalt seinem Mandanten gut zugehört, dessen Interessen begriffen und vor Gericht artikuliert hat. Die Gesetze

sind um ein uneingeschränktes Recht des Bürgers auf anwaltlichen Beistand zu ergänzen. Das Recht auf Zugang zur Justiz muss letztlich auch das Recht auf einen fachkundigen Rechtsbeistand umfassen. Die justiziellen Rechte der Charta der Grundrechte der europäischen Union formulieren ein solches Recht in Art. 47 II 2, wenn auch Beratung und Vertretung nicht Rechtsanwältin vorbehalten sind. Rechtsstaat meint aber ausnahmslos Gewährleistung von Rechtsstaatlichkeit für jedermann. Kein Rechtsstaat, kein garantierter Zugang zum Recht für den Bürger ist denkbar ohne den mit Rechten und Pflichten ausgestatteten Anwalt als Sachwalter des Mandanten und als Gegenspieler von Gericht, Staatsanwaltschaft und anderen staatlichen Einrichtungen.“

Sie fordert daher zu Recht<sup>19</sup>: In „§ 3 III 1 BRAO ist ‚im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften‘ zu streichen“. Dem kann ich mich nur anschließen. Der vollständige Text von § 3 III 1 BRAO lautete nach der – angeregten – Streichung:

„Jedermann hat das Recht, sich in Rechtsangelegenheiten aller Art durch einen Rechtsanwalt seiner Wahl beraten und vor Gerichten, Schiedsgerichten und Behörden vertreten zu lassen.“

### IX. Erfolgshonorarvereinbarung contra Prozesskostenhilfe

Auch eine – nur in Ausnahmefällen – zulässige Vereinbarung von Erfolgshonoraren könnte zukünftig als Einwand gegen die Bewilligung von Prozesskostenhilfe in der Weise missbraucht werden, dass mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars Prozesskostenhilfe verweigert wird, jedenfalls in Verfahren, die auf Zahlung von Geldbeträgen gerichtet sind.

Ähnlich ist bereits der Ansatz des Entwurfs eines Prozesskostenhilfebegrenzungsgesetzes<sup>20</sup>, wonach die Erträge – unabhängig davon, ob es sich um rückständige Unterhaltsbeiträge handelt – aus derartigen Verfahren vorrangig zur Rückzahlung der bewilligten Prozesskostenhilfe einzusetzen sind<sup>21</sup>. Das *BVerfG*<sup>22</sup> sieht diese Gefahr zwar nicht:

„Wegen der von der Verfassung gebotenen weitgehenden Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes darf der mittellose Rechtsuchende durch Versagung von Prozesskostenhilfe faktisch nicht dazu gezwungen werden, eine Erfolgshonorarvereinbarung abzuschließen und damit im Unterschied zu einer finanziell besser gestellten Partei, die hierauf nicht eingehen müsste, auf einen Teil seiner realisierten Forderung zu verzichten.“

Allerdings formuliert das *BVerfG* weiter:

„Wird dies beachtet, verdrängt die Möglichkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung auch nicht die von der Verfassung gebotene Prozesskostenhilfe.“

Was aber, wenn dies nicht beachtet wird? Die Bewilligungsregeln der ZPO sind daher gegebenenfalls dahin zu ergänzen, dass eine Verweisung des Antragstellers auf eine Erfolgshonorarvereinbarung unzulässig ist.

### X. Allgemeine Hemmnisse bei Beantragung von Prozesskostenhilfe sowie bei der Verfolgung finanzieller Forderungen

Das *BVerfG* weist in seiner Entscheidung weiter darauf hin, dass, selbst wenn die Voraussetzungen für eine Bewilligung

16 *BVerfG*, NJW 2005, 2980.

17 BT-Dr 16/4329, S. 8-9.

18 NJW 2004, 1.

19 NJW 2004, 1 Fußn. 39.

20 BT-Dr 16/1994.

21 Zur Kritik an diesem Vorschlag *Büttner*, AnwBl 2007, 477; *Rakete-Dombek*, NJW 2007, 3162.

22 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979.

von Prozesskostenhilfe vorliegen, das Risiko, den Prozess zu verlieren und die Kosten der Gegenseite tragen zu müssen, zu einer solchen Erfolgshonorarvereinbarung führen könnte<sup>23</sup>. Immerhin müsste dann der eigene Anwalt nicht bezahlt werden, auch nicht im Nachhinein, oder wenn bei der Bewilligung von Prozesskostenhilfe Ratenzahlung gewährt wurde. Das Risiko wäre auf den Anwalt verlagert.

Der Mandant könnte nach Auffassung des *BVerfG*<sup>24</sup> auch die Pflicht scheuen, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse offenbaren zu müssen und deshalb ein Erfolgshonorar vereinbaren. Die Offenbarung der eigenen Armut liegt nicht jedem gleichermaßen. Schon jetzt würden daher viele von der Verfolgung ihrer Rechte absehen. Die im Urteil genannten Zahlen über ein Volumen zwischen 2 und 6 Mrd. Euro nur aus finanziellen Gründen nicht eingeklagter Forderungen ist beeindruckend. Ob die diesen Zahlen zu Grunde liegende Untersuchung auch die nicht geltend gemachten Forderungen von Unbemittelten gesondert erfasst und falls ja, welchen Umfang diese ausmachen, ergibt sich aus dem Urteil leider nicht.

### XI. Zulässigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung im Familienrecht beschränken?

Auch an dieser Stelle ist ein weiterer Hinweis auf die Besonderheiten des Familienrechts angebracht:

Die Vereinbarung eines Erfolgshonorars könnte allenfalls sachgerecht in den zukünftigen so genannten „Familienstreitsachen“ (§ 112 FamFG-E) sein, also hinsichtlich der Streitigkeiten um den Zugewinnausgleich, andere Vermögensstreitigkeiten oder über den Ehegattenunterhalt. Auf keinen Fall dürfen Erfolgshonorare in Statusverfahren (Ehescheidung, Abstammung, Anfechtung etc.) oder für Kindesunterhaltsverfahren, noch weniger in den Kindschaftsverfahren (Umgangsrecht, Sorgerecht, Aufenthaltsbestimmungsrecht) vereinbart werden können. Es bestünde in diesen Verfahren außerdem die Gefahr, dass es bei dem gewünschten Erfolg um eine „schnelle“ Ehescheidung oder eine „schnelle“ Vaterschaftsanfechtung gehen könnte, wobei hierdurch mittelbar die Gefahr eines falschen Vortrags besteht (Trennungszeit, Mehrverkehr, etc.), es also um die Wahrheitspflicht schlecht bestellt wäre.

Die Gefahr der Überidentifikation des Anwalts mit den Interessen des Mandanten ist im Familienrecht erfahrungsgemäß größer als in anderen Rechtsgebieten. Diese Gefahr könnte mit einer erfolgsabhängigen Vergütung noch wachsen.

### XII. Erfolgsabhängige Komponenten in der Prozesskostenhilfevergütung gelten im Familienrecht nicht

Die Regelungen zur Prozesskostenhilfe beinhalten allerdings bereits heute ein für den Anwalt bedeutsames Erfolgskriterium, worauf auch das *BVerfG* in seiner Entscheidung<sup>25</sup> hinweist:

Auch wenn ein Mandat unter Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe geführt wird, ist die Höhe des Vergütungsanspruchs des Rechtsanwalts gegen die Staatskasse im Misserfolgsfall nach § 49 RVG geringer, als die Höhe der Vergütung, die er im Fall eines *Obsiegens* gem. § 126 ZPO i. V. mit §§ 91 ff. ZPO gegenüber dem Prozessgegner geltend machen kann. Gewinnt er den Prozess, kann er die Gebühren in der gesetzlichen Höhe, also in vollem Umfang von der Gegenseite verlangen. Umgekehrt: Für den Unbemittelten führt der Misserfolg trotz zuvor bewilligter Prozesskostenhilfe und Bejahung der Erfolgsaussicht durch das Gericht zur Erstattungspflicht der vollen gesetzlichen Gebühren an die Gegenseite, obwohl er zur Zahlung eigentlich nicht in der Lage sein dürfte.

Prozesskostenhilfemandate können von Anwälten und Anwältinnen daher nur einigermaßen kostendeckend geführt werden, wenn die Angelegenheit auch *nach eigener* sorgfältiger Prüfung Erfolg verspricht. Durch dieses „Erfolgshonorarkriterium“, müsste man meinen, könnte die Qualität der Verfahrensführung durch die Anwaltschaft durchaus angehoben werden. Tatsächlich verbietet es sich aber im Familienrecht von selbst, bezogen auf Kindschaftssachen (Umgang, Sorgerecht, Aufenthalt des Kindes, Kindeswohlgefährdung) ausschließlich „auf Sieg“ zu setzen.

Eine weitere Besonderheit des Familienverfahrens ist es aber, dass eine Kostenerstattung in Familiensachen gar nicht stattfindet. In der Regel gilt die Kostenaufhebung gem. § 93 a I 1 ZPO in allen Verbundsachen, also auch in den Vermögensstreitsachen, die im Verbund mit der Ehescheidung entschieden werden. Auch in den Kindschaftssachen gibt es keine Kostenüberbürdung auf den „Verlierer“, da § 13 a FG anordnet, dass eine Erstattung nur aus Billigkeitsgründen anzuordnen ist. Auch § 150 I FamFG-E regelt nichts anderes. Der Familienanwalt wird daher von dem „Erfolgsbestandteil“ der Prozesskostenhilfe überwiegend keinen finanziellen Vorteil erlangen können. ■

23 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979.

24 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979.

25 *BVerfGE* 117, 163 = NJW 2007, 979.

Universitätsprofessor Dr. Christian Armbrüster, Berlin

## Zugang zum Recht durch Rechtsschutzversicherungen\*

### I. Einleitung

Darüber, inwieweit die Rechtsschutzversicherung den Zugang zum Recht erleichtert, wird aus unterschiedlichem Blickwinkel seit Langem diskutiert. Manche betonen die soziale Funktion der Rechtsschutzversicherung, die darin liege, dass der Versicherungsschutz es auch dem sozial Schwachen ermögliche, seine Rechte durchzusetzen oder unberechtigte Ansprüche abzuwehren (insbesondere im Arbeits- und im Familienrecht). In den 1970er-Jahren wurde sogar darüber diskutiert, eine gesetzliche Pflicht zum Abschluss einer Rechtsschutzversicherung einzuführen<sup>1</sup>.

Aus ökonomischer Sicht hat *Michael Adams*, einer der prominenten Vertreter der Ökonomischen Analyse des Rechts, eine diametral entgegengesetzte Position vertreten, indem er ein Verbot der Rechtsschutzversicherung forderte<sup>2</sup>. Zur Begründung verwies er auf die von ihm entwickelte These, Rechtsschutzversicherungen mehrten die Zahl der Prozesse.

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatversicherungsrecht und Internationales Privatrecht an der Freien Universität Berlin sowie Richter am KG.

1 Dafür namentlich *F. Baur*, JZ 1972, 77; dagegen *Baumgärtel*, JZ 1975, 425 (428); *Bauer*, VersR 1973, 110.

2 *M. Adams*, Zeitschr. f. Rechtssoziologie 1986, 212 (224).

Er spricht gar von einer Prozesslawine. Verfahrenskosten hätten nämlich prozesshemmende Wirkung, und diese entfallen, wenn eine oder beide Parteien von jenen Kosten entlastet würden<sup>3</sup>.

Diese Aussage ist heftig kritisiert worden, vor allem deshalb, weil eine Prozesspartei sich nicht stets nach dem Maßstab der Idealfigur eines homo oeconomicus verhalte. Eine umfassende empirische Studie, die im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz entstand und 1994 veröffentlicht wurde, ist denn auch zu dem Befund gelangt, dass Rechtsschutzversicherte zwar „häufiger und hartnäckiger“<sup>4</sup> prozessieren als Nichtversicherte. Die Unterschiede seien aber keineswegs dramatisch, sie bewegten sich überwiegend in einer Größenordnung von 5 bis 10%.

Wie wesentlich ist damit die Rechtsschutzversicherung für den Zugang zum Recht? Dieser Frage möchte ich jenseits der Ökonomischen Analyse und der Empirie aus rechtswissenschaftlicher Sicht nachgehen, indem ich die Rahmenbedingungen und Grenzen der Rechtsschutzversicherung erörtere.

Vorab aber noch einige Zahlen aus 2006<sup>5</sup>: In Deutschland gibt es knapp 20 Mio. Verträge mit einem Beitragsaufkommen von rund 3 Mrd. Euro, was rein rechnerisch eine durchschnittliche Jahresprämie von etwa 150 Euro pro Vertrag ergibt. Im Jahr 2006 gab es 3,5 Mio. Schadensfälle, die zu Leistungen in Höhe von 2,2 Mrd. Euro geführt haben. Die Schadensquote (Brutto-Aufwendungen der Versicherer im Verhältnis zu den Brutto-Einnahmen) betrug damit 72,4%; sie liegt zwischen der Unfallversicherung (unter 60%) und der Kfz-Kaskoversicherung (knapp 90%).

Gegenwärtig stagniert die Entwicklung der Rechtsschutzversicherung. Belastende Faktoren waren in letzter Zeit das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz von 2004 und die Umsatzsteuererhöhung von Anfang 2007; beides wirkt kostentreibend. Gerade Letzteres erhöht allerdings aus Sicht des einzelnen Versicherungsnehmers im Schadensfall zugleich den Nutzwert einer Rechtsschutzversicherung. Der Bund der Versicherer<sup>6</sup> stuft diese Versicherung freilich als „weniger wichtig“ ein und empfiehlt, jedenfalls einen hohen Selbstbehalt zu vereinbaren.

## II. Zugangserleichterung durch Rechtsschutzversicherungen

### 1. Arten des Rechtsschutzes, insbesondere: Rechtsschutzelement der Haftpflichtversicherung

Die Rechtsschutzversicherung bietet Deckungsschutz für Streitigkeiten, die durch einen behaupteten Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder Rechtspflichten hervorgerufen wurden. Sofern der Versicherungsnehmer Rechtsverfolgungskosten noch nicht aufgewendet hat, handelt es sich um einen Befreiungsanspruch, so dass er nicht vorleisten muss.

Rechtsschutz wird aber keineswegs allein durch die selbstständige Rechtsschutzversicherung geleistet. Vielmehr übernehmen Versicherer insbesondere auch dann, wenn sie eine Haftpflichtdeckung bieten, die – erforderlichenfalls gerichtliche – Abwehr von Ansprüchen (vgl. § 150 VVG/§ 101 VVG 2008, § 3 II 1 AHB 1986/2002). Man spricht insoweit vom Rechtsschutzelement der Haftpflichtversicherung. Der Versicherer führt dann etwaige Prozesse im Namen des Versicherungsnehmers; Letzterer kann keine Prozesskostenhilfe beanspruchen. Des Weiteren kann etwa auch eine Krankheitskostenversicherung Rechtsschutz beinhalten (s. dazu § 192 III Nr. 3 VVG 2008).

### 2. Aktiv- und Passivprozesse

Rechtsschutzversicherungen erleichtern – anders als in aller Regel die Prozessfinanzierung – nicht allein dem Kläger,

sondern auch dem Beklagten den Zugang zum Recht. Dies kann sich durchaus bereits auf das vorprozessuale Verhalten des Beklagten auswirken und sich etwa in einer geringeren Vergleichsbereitschaft dokumentieren, beispielsweise in Fällen wie denjenigen der so genannten Schrottimmobilien.

### 3. Mittelbare Zugangserleichterung durch Rechtsfolgenstreckung auf Nichtversicherte

Der durch die Rechtsschutzversicherung gewährte Zugang zum Recht kommt bisweilen auch Nichtversicherten zugute. Dies ist dann der Fall, wenn die von einer Partei mit bestehender Rechtsschutzdeckung erstrittene gerichtliche Entscheidung auch für andere Personen wirkt, wie dies namentlich bei der Streitverkündung sowie bei Gestaltungs- und Feststellungsurteilen der Fall ist.

Als praktisch durchaus bedeutsames Beispiel sei die Aufhebung eines angefochtenen Beschlusses im Wohnungseigentumsrecht gem. §§ 43 Nr. 4, 46 WEG angeführt. Auch im Kapitalgesellschaftsrecht haben gerichtliche Entscheidungen nicht selten Inter-omnes-Wirkung (z.B. Aufhebung eines Beschlusses; Festsetzung des Ausgleichsanspruchs im Spruchstellenverfahren). Allerdings sind originär gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten im Standard-Rechtsschutz ausgeschlossen (s. nur § 3 II lit. c ARB 2000)<sup>7</sup>.

## III. Grenzen der Leistungsfähigkeit der Rechtsschutzversicherung

### 1. Summenmäßige Grenzen

Die summenmäßigen Grenzen der Rechtsschutzversicherung werden durch den Höchstbetrag pro Versicherungsfall (sog. Versicherungssumme oder Deckungssumme) sowie pro Versicherungsperiode bestimmt. Diese Grenzen – üblich sind in bestehenden Verträgen oftmals Versicherungssummen zwischen 100 000 DM (ARB 75) und 300 000 Euro (ARB 94/2000) – können in der Praxis etwa dann, wenn im Prozess Sachverständigenkosten anfallen, schneller überschritten sein als erwartet. Freilich werden insbesondere in neueren Verträgen bisweilen keine Höchstsummen vereinbart, was versicherungsrechtlich zulässig ist<sup>8</sup>.

### 2. Risikoausschlüsse

Gegenständliche Grenzen des Versicherungsschutzes in Gestalt von Risikoausschlüssen betreffen in der standardisierten privaten Rechtsschutzversicherung insbesondere Baurisiken (§ 3 I lit. d ARB 2000), die Abwehr nichtvertraglicher Schadensersatzansprüche (§ 3 II lit. a ARB 2000) und – wie bereits erwähnt – gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten.

Diese Ausschlüsse beruhen auf verschiedenen Erwägungen: Das Baurisiko trifft typischerweise nur einen begrenzten Kreis von Versicherungsnehmern (Mitgliedern des Risikokollektivs), und bei diesen drohen besonders hohe Schäden. Vergleichbares gilt für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten. Beim Ausschluss der Abwehr nichtvertraglicher Schadensersatzansprüche geht es um etwas anderes: Diese Abwehr ist der Haftpflichtversicherung zugewiesen; zudem handelt es

3 M. Adams, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 125.

4 Jagodzinski/Raiser/Riehl, Rechtsschutzversicherung u. Rechtsverfolgung, 1994, S. 141.

5 Quelle: Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (Hrsg.), Statistisches Taschenbuch der Versicherungswirtschaft 2006.

6 S. dazu [www.bund-der-versicherten.de](http://www.bund-der-versicherten.de).

7 ARB = Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung. – Näher zu dem Ausschluss Prölss/Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl. (2004), § 4 ARB 75 Rdnrn. 3 f.

8 S. dazu Harbauer, Rechtsschutzversicherung, 7. Aufl. (2004), § 2 ARB 75 Rdnr. 254.

sich um ein Risiko, bei dem eine Vielzahl von Auseinandersetzungen zu erwarten ist (sog. Kumul-Risiko).

Ausgeschlossen sind im Standard-Rechtsschutz auch Streitigkeiten im Bereich des Familien- und Erbrechts; diese Gebiete können auch durch eine auf Beratung bezogene Zusatzdeckung regelmäßig nur in eng begrenztem Umfang einbezogen werden (§ 3 II lit. g ARB 2000).

### 3. Erfordernis hinreichender Erfolgsaussicht

Erfolgt eine Deckungsablehnung wegen unzureichender Erfolgsaussicht, so trägt der Versicherungsnehmer bis zur Klärung der Verpflichtung des Versicherers das Risiko der Vorleistung, um prozessuale Nachteile abzuwenden.

Diese Klärung erfolgt je nach den für den konkreten Vertrag maßgeblichen Versicherungsbedingungen durch ein Schiedsgutachterverfahren mit einem von der Anwaltskammer benannten Rechtsanwalt (was durchaus zeitaufwendig sein kann) oder durch ein Stichentscheid-Verfahren in Gestalt einer Stellungnahme des mit der Sache befassten Anwalts. Das Stichentscheid-Verfahren war wegen Zweifeln daran, ob es den Objektivitätsanforderungen des § 158 n S. 1 VVG (§ 128 VVG 2008) genügt, in den ARB 94 nicht vorgesehen. Indessen bestehen diese Anforderungen allein im Interesse des Versicherungsnehmers; es geht nur darum, dass eine Voreingenommenheit zu Gunsten des Versicherers ausgeschlossen sein soll<sup>9</sup>. Das Stichentscheid-Verfahren erscheint eher im Hinblick auf die Interessen des Versicherers und der Versichertengemeinschaft problematisch, da die Unabhängigkeit desjenigen, der im Konfliktfall die Erfolgsaussichten beurteilt, vom einzelnen Versicherungsnehmer für die Gewährleistung risikoadäquater und bezahlbarer Versicherungsschutz wichtig ist. Die Objektivität des Versicherers wird übrigens durch eine besondere aufsichtsrechtliche Vorschrift zur Schadensregulierung gesichert: Nach § 8 a VAG muss ein so genannter Kompositversicherer, der neben der Rechtsschutzversicherung auch andere Sparten betreibt (insbesondere: Haftpflichtversicherung), ein eigenständiges Schadensabwicklungsunternehmen einschalten.

Bleibt es auch nach durchgeführtem Schiedsgutachterverfahren bei der Deckungsablehnung und will sich der Versicherungsnehmer damit nicht zufriedengeben, so muss die Klärung letztlich durch ein Gericht erfolgen. Freilich hat der Versicherer die zur Fristwahrung erforderlichen Kosten von Maßnahmen zur Rechtsverfolgung dann in jedem Fall, also unabhängig vom Ausgang eines Schiedsgutachterverfahrens, zu übernehmen (§ 18 III 2 ARB 2000). Andererseits muss der Versicherungsnehmer die Kosten des Schiedsgutachters und seine eigenen Kosten dann selbst tragen, wenn die Leistungsverweigerung nach dem Schiedsspruch berechtigt war (§ 18 V 2 ARB 2000).

Letztlich wird man feststellen müssen, dass die Prüfung der Erfolgsaussichten im Laufe der letzten Jahrzehnte in vielen Fällen tendenziell schwieriger geworden ist. Dies hängt zum einen mit der bisweilen unzulänglichen Qualität neuerer Gesetzeswerke zusammen, zum anderen aber auch mit der Neigung des Gesetzgebers, dem Richter durch unbestimmte Rechtsbegriffe und unpräzise Rechtsfolgenregelungen weitreichende Entscheidungsspielräume einzuräumen.

Ein anschauliches Beispiel für diese Tendenz ist eine umstrittene Neuregelung im VVG: Demnach ist der Versicherer künftig nicht mehr ohne Weiteres leistungsfrei, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt hat. Vielmehr muss innerhalb des ohnehin schmalen Bereichs grober Fahrlässigkeit nach Verschuldensgrad abgestuft und eine Quote zwischen 0 und 100% ermit-

telt werden. Die Diskussion darüber, wie diese Quotelung, die weitaus diffiziler ist als die bei der Arbeitnehmerhaftung oder beim Mitverschulden (§ 254 BGB) erforderlichen Differenzierungen, in der Praxis zu bewerkstelligen sein soll, ist bereits voll im Gange<sup>10</sup>. Man wird einem Rechtsschutzversicherten, der einen Teilbetrag erhalten hat, bei einer so unpräzisen und wertungsoffenen Regelung kaum je die hinreichende Erfolgsaussicht absprechen können, vor Gericht eine höhere Quote zu erstreiten.

### 4. Erfordernis eines angemessenen Verhältnisses von Kosten und angestrebtem Erfolg

In den Bedingungswerken ist regelmäßig vorgesehen, dass kein Rechtsschutz gewährt wird bei einem groben Missverhältnis von Kostenaufwand und angestrebtem Erfolg (§ 18 I lit. a ARB 2000). Dies bedeutet, dass die Kosten den erwarteten Nutzen erheblich übersteigen müssen. Dabei sind auch die Interessen der Versichertengemeinschaft zu berücksichtigen. Bei häufigem Auftreten eines „unwirtschaftlichen“ Rechtsstreits kann die Grenze niedriger liegen, weil die Auswirkungen auf den Prämienbedarf dann höher sind<sup>11</sup>.

Hier ist freilich nicht allein ein ökonomisches Kalkül anzustellen. Vielmehr fallen zu Gunsten des Versicherungsnehmers auch immaterielle Interessen ins Gewicht. Dies wird praktisch etwa dann bedeutsam, wenn der Versicherungsnehmer gegen einen ihn finanziell nur geringfügig belastenden Bußgeldbescheid vorgehen möchte.

### 5. Begrenzung der freien Anwaltswahl?

Wichtig für den Zugang zum Recht ist nicht zuletzt die Frage, wie dieser Zugang erfolgt, das heißt auf welche Weise der Rechtsschutz konkret geleistet wird. Die Rechtsschutzversicherer würden am liebsten selbst Rechtsberatung betreiben; dies ist ihnen derzeit untersagt, woran sich auch künftig nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz nichts ändern soll<sup>12</sup>. Schon gegenwärtig sind manche Anbieter freilich bestrebt, die freie Anwaltswahl des Versicherungsnehmers vertraglich einzuschränken und auf diese Weise Einfluss auf den Rechtsschutz zu nehmen. Im Schrifttum wird teils vertreten, dass derartige Einschränkungen zulässig seien, solange dem Rechtsuchenden noch „genügend Auswahlmöglichkeiten“ verbleiben<sup>13</sup>. Einer so weitgehenden Beschränkung steht aber § 158 m I VVG (§ 127 I VVG 2008) entgegen, der auf der Rechtsschutzversicherungsrichtlinie der EG beruht und der das Recht auf freie Anwaltswahl gewährleistet.

## IV. Vergleich zur Prozessfinanzierung

Vergleicht man die Rechtsschutzversicherung auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen mit der Prozessfinanzierung, so ergeben sich im Wesentlichen folgende Unterschiede<sup>14</sup>: Es geht um Vorsorge, nicht erst um die Abdeckung eines konkret absehbaren Kostenaufwands für einen bestimmten Prozess. Bei der Prozessfinanzierung wird der Vertrag also erst dann geschlossen, wenn in der Rechtsschutzversicherung der Versicherungsfall bereits eingetreten wäre.

9 Prölss/Armbrüster, in: Prölss/Martin (o. Fußn. 7), § 17 ARB 75 Rdnr. 3; § 18 ARB 94 Rdnr. 1.

10 Vgl. Marlow, VersR 2007, 43; K. Maier, r + s 2007, 89; Staudinger/Kassing, VersR 2007, 10.

11 Prölss/Armbrüster, in: Prölss/Martin (o. Fußn. 7), § 18 ARB 94 Rdnr. 3.

12 Instrukтив hierzu Rottleuthner, in: Festschr. f. Schirmer, 2005, S. 529.

13 So Plote, in: van Bühren/Plote, ARB, 2. Aufl. (2007), § 17 Rdnr. 6 a.E.; dagegen etwa Stobbe, AnwBl 1991, 500.

14 S. dazu auch Buschbell, in: Buschbell/Hering, Hdb. Rechtsschutzversicherung, 3. Aufl. (2007), § 2 Rdnr. 40 (S. 73); A. Schiller, AnwBl 2001, 544 (545).

Dementsprechend bietet die Rechtsschutzversicherung nach Eintritt des Versicherungsfalls einen Anspruch auf Kostenübernahme, während es dem Prozessfinanzierer freisteht, von Fall zu Fall über einen Vertragsschluss zu entscheiden.

Die Rechtsschutzversicherung ist gegenständlich umfassender: Sie differenziert nicht nach Klageart und Streitwert, während die Prozessfinanzierung grundsätzlich nur für geldwerte Ansprüche (in der Regel: Zahlungsansprüche) ab 50 000 Euro angeboten wird. Dementsprechend erfasst die Rechtsschutzversicherung etwa auch den Kündigungsschutz von Arbeitnehmern oder Verkehrsdelikte. Sie greift auch ein für die Abwehr von Forderungen; zudem gilt sie bereits für vorgerichtliche Auseinandersetzungen. Die Bonität des Prozessgegners ist gleichgültig, während sie bei der Prozessfinanzierung zweifelsfrei sein muss. Es genügt bereits hinreichende Erfolgsaussicht, während die Prozessfinanzierung typischerweise von einer überwiegenden Erfolgsaussicht abhängt.

Und schließlich: Geht der Prozess zu Gunsten des Versicherungsnehmers aus, so kommt ihm dies wirtschaftlich in vollem Umfang zugute, da er die Prozesskostenübernahme durch seine laufenden Prämienzahlungen bereits vorfinanziert hat. Bei der Prozessfinanzierung muss er sich hingegen die Erfolgsbeteiligung des Prozessfinanzierers abziehen lassen.

Letztlich hat die Prozessfinanzierung damit eine Komplementärfunktion: Sie stellt sich als eine Ergänzung der Rechtsschutzversicherung insbesondere für die Fälle dar, in denen kein Versicherungsschutz besteht, sei es, dass Höchstgrenzen überschritten sind, dass auf einen Vertragsschluss verzichtet wurde oder dass es sich um ein nicht versicherbares Risiko handelt.

## V. Zusammenfassende Würdigung

Insgesamt erleichtert die Rechtsschutzversicherung dem Einzelnen den Zugang zum Recht, indem sie – gemäß dem auf Planungssicherheit angelegten Grundprinzip der Versicherung – das ungewisse Risiko eines höheren Prozesskostenaufwands durch die Gewissheit geringerer laufender Prämienbelastungen ersetzt. Zudem kann ihm die Prüfung der hinreichenden Erfolgsaussicht eine gewisse Orientierung bieten. Auch ansonsten vermag der Versicherer auf Grund seiner Sachkompetenz den Zugang zum Recht zu erleichtern. Benennt etwa der Versicherungsnehmer keinen Rechtsanwalt, so kann der Versicherer nach den Bedingungen eine notwendige Beauftragung namens des Versicherungsnehmers selbst vornehmen (§ 17 I 2 lit. b ARB 2000).

Zugleich dient die Rechtsschutzversicherung auch der Rechtspflege. Dies geschieht nicht nur durch die Prüfung der hinreichenden Erfolgsaussicht. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass den Versicherungsnehmer die vertragliche Obliegenheit trifft, den beauftragten Rechtsanwalt vollständig und wahrheitsgemäß zu informieren und unnötige kostenerhöhende Maßnahmen zu vermeiden (§ 17 V ARB 2000). Für unnötige Maßnahmen, die der Versicherungsnehmer vor Erteilung der Deckungszusage zur Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen ergreift, hat der Versicherer grundsätzlich ohnehin nicht einzustehen (§ 17 IV 2 ARB 2000).

Und schließlich noch ein Hinweis aus der Empirie: Rechtsschutzversicherte haben eine günstigere Meinung von Rechtsanwälten<sup>15</sup>. Auch dies ist, da Vertrauen die Hemmschwelle für den Weg zum Anwalt senkt, sicherlich ein Beitrag für den Zugang zum Recht.

## VI. Ergebnisse in Thesen

- (1) Rechtsschutz wird nicht allein durch die selbstständige Rechtsschutzversicherung geleistet. Vielmehr übernehmen Versicherer insbesondere auch dann, wenn sie Haftpflichtdeckung bieten, die – erforderlichenfalls gerichtliche – Abwehr von Ansprüchen (Rechtsschutzelement der Haftpflichtversicherung). Auch die Krankheitskostenversicherung kann Rechtsschutz beinhalten (s. dazu § 192 III Nr. 3 VVG 2008).
- (2) Rechtsschutzversicherungen erleichtern nicht allein dem Kläger, sondern auch dem Beklagten den Zugang zum Recht. Dies kann sich auch auf das vorprozessuale Verhalten des Beklagten auswirken (z.B. geringere Vergleichsbereitschaft).
- (3) Der durch die Rechtsschutzversicherung gewährte Zugang zum Recht kommt bisweilen auch Nichtversicherten zugute. Dies ist dann der Fall, wenn die von einer Partei mit Rechtsschutzdeckung erstrittene gerichtliche Entscheidung auch für andere Personen wirkt, wie dies namentlich bei der Streitverkündung sowie bei Gestaltungs- und Feststellungsurteilen der Fall ist.
- (4) Die summenmäßigen Grenzen der Rechtsschutzversicherung werden durch den Höchstbetrag pro Versicherungsfall sowie pro Versicherungsperiode bestimmt. Diese Grenzen können etwa dann, wenn im Prozess Sachverständigenkosten anfallen, schneller überschritten sein als erwartet. Neuerdings wird daher vermehrt eine unbegrenzte Deckung angeboten.
- (5) Gegenständliche Grenzen des Versicherungsschutzes in Gestalt von Risikoausschlüssen betreffen in der standardisierten privaten Rechtsschutzversicherung insbesondere Bau Risiken, die Abwehr nichtvertraglicher Schadensersatzansprüche, Spekulationsgeschäfte und – vorbehaltlich einer Einbeziehung in Gestalt des Beratungsrechtsschutzes – das Familien- und Erbrecht.
- (6) Erfolgt eine Deckungsablehnung, so trägt der Versicherungsnehmer bis zur Klärung der Verpflichtung des Versicherers (durch ein Schiedsgutachter- oder Stichtentscheid-Verfahren oder ein Gericht) in gewissem Umfang das Risiko der Vorleistung.
- (7) Das Recht des Versicherungsnehmers auf freie Anwaltswahl kann entgegen einer teils im Schrifttum vertretenen Ansicht nicht vertraglich eingeschränkt werden, solange dem Rechtsuchenden noch „genügend Auswahlmöglichkeiten“ verbleiben. Einer so weitgehenden Beschränkung steht vielmehr § 158 m I VVG (§ 127 I VVG 2008) entgegen.
- (8) Insgesamt erleichtert die Rechtsschutzversicherung dem Einzelnen den Zugang zum Recht, indem sie das ungewisse Risiko eines höheren Prozesskostenaufwands durch die Gewissheit geringerer laufender Prämienbelastungen ersetzt. Zugleich dient sie der Rechtspflege, indem sie dem Versicherungsnehmer die Obliegenheit auferlegt, den beauftragten Rechtsanwalt vollständig und wahrheitsgemäß zu informieren und unnötige kostenerhöhende Maßnahmen zu vermeiden. ■

15 *Wettmann/Jungjohann*, Inanspruchnahme anwaltlicher Leistungen, 1989, S. 100 ff., 164 ff.; s. auch *Th. Raiser*, Das lebende Recht, 3. Aufl. (1999), S. 389 (in der 4., unter dem Titel „Grundlagen der Rechtssoziologie“ erschienenen Aufl. von 2007 auf S. 305 freilich nicht mehr hervorgehoben).

Rechtsanwalt beim BGH Professor Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe

## Zugang zum Recht durch Prozessfinanzierung\*

### I. Einleitung

In Deutschland bewegt sich die gewerbliche Prozessfinanzierung innerhalb eines wenig transparenten Marktsegments. Nicht, dass Prozessfinanzierer für ihr Geschäftsmodell nicht werben. Heft 37/2007 der NJW beweist das Gegenteil. Dort wirbt die Allianz Prozessfinanzierung ganzseitig mit dem Hinweis auf fünf erfolgreiche Jahre ihrer Geschäftstätigkeit. Prozessfinanzierung erweist sich also als ein sehr junges Gewerbe.

Prozessfinanzierung basiert, wie im Markt allgemein anerkannt, auf der Idee des Herrn *Müller-Güldemeister*, der als Bankjurist bei der Betreuung seiner Kunden die Erfahrung gemacht hatte, dass werthaltige Forderungen aus Mangel an Liquidität häufig nicht durchgesetzt werden können. Er und sein Partner *Rollmann* gründeten in den 90er-Jahren die Foris AG<sup>1</sup>. Ihre Idee nahmen 1999 die Gründer der JurAgent AG auf. Die großen Rechtsschutzversicherer griffen ihrerseits später das Geschäftsmodell auf, um die eigene Angebotspalette abzurunden: Anfang des Jahres 2000 stieg die D. A. S.<sup>2</sup> ins Marktsegment ein, 2001 folgte die Roland Prozessfinanz AG, im Jahre 2002 schließlich die Allianz Prozessfinanz GmbH.

### II. Tätigkeit der Prozessfinanzierer

Gewerbliche Prozessfinanzierer – und nur von ihnen soll im Folgenden die Rede sein – setzen Risikokapital ein. Das gilt im Prinzip auch dann, wenn der Prozessfinanzierer als Tochter eines Rechtsschutzversicherers agiert. Allerdings unterscheidet sich die Herkunft jenes Risikokapitals grundlegend von dem, das etwa die JurAgent einsetzt. Sie sammelt das Kapital vornehmlich über Hedge Fonds am Markt mit der Folge, dass jenes Kapital binnen Kurzem auch die Gewinne abwerfen muss, die den Kapitalanlegern versprochen worden sind<sup>3</sup>. Ein entsprechendes, hier als aggressiv bewertetes, Marktverhalten vermittelt die JurAgent den potenziellen Kunden auch über ihren Internet-Auftritt. Es wird am Markt nach Vorfällen gesucht, die einen Massenschaden<sup>4</sup> ausgelöst haben könnten. Im Anschluss daran wird, so zumindest der Internet-Auftritt, mit der Bereitschaft geworben, die Durchsetzung der Ansprüche der Geschädigten zu begleiten und die Prozessfinanzierung zu übernehmen.

Die bei den Rechtsschutzversicherungen angesiedelten Tochtergesellschaften<sup>5</sup> bedürfen auf Grund anderer Marktstrategie eines solchen forschen Marktauftritts nicht, weil das in die Prozessführung investierte Wagniskapital dem Vermögen der Konzernmütter entstammt und die Prozessfinanzierung dort als Ergänzung des Rechtsschutzes für die Fälle angeboten wird, in denen auf Grund der ARB<sup>6</sup> oder anderweitiger Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses kein Versicherungsschutz gewährt wird. Die drei großen Rechtsschutzversicherer erstrecken über ihre Prozessfinanzierung das Angebot der Gewährung von Rechtsschutz demnach auf folgende Bereiche:

- Im Unternehmensbereich werden Ansprüche aus Lieferung und Leistung, aus Gesellschaftsauseinandersetzungen, dem Insolvenzrecht<sup>7</sup>, dem Recht der Architekten- oder Bauunternehmerleistung<sup>8</sup>, aus Patentrechten<sup>9</sup>, auf Maklerlohn sowie Schadenersatzansprüche wegen Vertragsverletzungen finanziert.

- Im Privatbereich erstreckt sich die Finanzierung vor allem auf Streitigkeiten wegen erbrechtlicher Ansprüche<sup>10</sup>, auf Arzthaftungsansprüche, Ansprüche auf Zugewinnausgleich<sup>11</sup> sowie Schadenersatzansprüche wegen unerlaubter Handlungen.

### III. Wirtschaftliche Bedeutung der Prozessfinanzierung

Risikokapital scheut das Licht der Öffentlichkeit. Es lässt sich zwar nachzählen, wie viele Prozessfinanzierer den Markt bearbeiten – es sind etwa zwölf Wettbewerber<sup>12</sup> – wie die Geschäfte wirtschaftlich laufen und welche Gewinne oder Verluste sich durch die Prozessfinanzierung erwirtschaften lassen, ist jedoch kaum zu ermitteln. Lediglich über die Foris AG<sup>13</sup> habe ich über den publizierten<sup>14</sup> Geschäftsbericht herausfinden können, dass dort im Jahre 2006 rund 3 Mio. Euro Umsatz erwirtschaftet und im selben Jahr 22 finanzierte Verfahren abgeschlossen worden sind. Im Vorjahr sollen es 29 abgeschlossene Verfahren gewesen sein. Dabei hätten jeweils mehr als 70% der Verfahren positiv beendet werden können.

Man wird die Foris AG vermutlich nicht zu den Großen der Branche zählen können<sup>15</sup>. Geht man im Rahmen einer Abschätzung der Bedeutung der Prozessfinanzierung davon aus, dass das Gros der Finanzierer etwa zehn Mal so groß ist, käme man, würde man abweichend von den obigen Angaben 20 Wettbewerber unterstellen, per anno auf nicht mehr

\* Der Autor ist Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover und Sozium der Kanzlei *Vorwerk & Schultz Rechtsanwälte beim BGH*, Karlsruhe. Die Vortragform des Beitrags anlässlich des Symposiums ist weitgehend beibehalten.

- 1 Ausf. zur Entstehungsgeschichte der Prozessfinanzierung *Homborg*, Erfolgshonorierte Prozessfinanzierung, 2006, 26 ff.
- 2 Mit der neu aus der Taufe gehobenen D. A. S. Profi AG.
- 3 Wegen des hohen Risikos, das mit der Spekulation auf den Ausgang von Gerichtsprozessen verbunden ist, sowie der hohen Fixkosten beim Erwerb entsprechender Fondsanteile und zu beanstandenden Prospektangaben hat die von der Stiftung Warentest herausgegebene Zeitschrift FINANZtest die Fonds einiger Prozessfinanzierer auf ihre Warnliste gesetzt, FINANZtest 10/2006, S. 19.
- 4 Vgl. zum Begriff des Massenschadens *Vorwerk*, NJW-Sonderheft 3. Hannoveraner ZPO-Symposium, 2006, S. 35 f.
- 5 Neben der D. A. S. betreiben zur Zeit noch die Versicherungsgesellschaften Allianz und Roland Prozessfinanzierungsgesellschaften in der Form von Tochtergesellschaften.
- 6 Vgl. etwa den praktisch bedeutsamen Ausschluss des Bauherrenrisikos in § 3 I lit. d ARB 2000.
- 7 Vgl. dazu ausf. *Nitzsche*, Ausgewählte rechtliche und praktische Probleme der gewerblichen Prozessfinanzierung unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzrechts, 2002, S. 93 ff.
- 8 Vgl. dazu *Lenz*, AnwBl 2007, 483 (484).
- 9 *Lenz*, AnwBl 2007, 483, weist allerdings darauf hin, dass eine Prozessfinanzierung in diesem Rechtsbereich wegen der schlecht prognostizierbaren Erfolgsaussichten tatsächlich eher selten vorkommt.
- 10 Solche Ansprüche werden auch deshalb mit Hilfe von Prozesskostenfinanzierern geführt, weil erbrechtliche Streitigkeiten häufig um hohe Streitwerte geführt werden, die in keiner Beziehung zu den Vermögensverhältnissen der Kläger stehen und nach § 3 II lit. g ARB 2000 vom Versicherungsschutz der Rechtsschutzversicherungen regelmäßig nicht umfasst werden.
- 11 Auch solche Ansprüche sind vom Versicherungsschutz der Rechtsschutzversicherungen nach § 3 II lit. g ARB 2000 regelmäßig ausgeschlossen.
- 12 Vgl. die Marktübersicht der Forschungsstelle Prozessfinanzierung, abrufbar unter: [www.pkf.hu-berlin.de](http://www.pkf.hu-berlin.de) sowie bei *Homborg* (o. Fußn. 1), S. 29.
- 13 Geschäftsbericht der FORIS AG für das Jahr 2006, abrufen unter: [www.foris.de](http://www.foris.de); der Geschäftsbericht der Juragent AG für das Jahr 2006, abrufbar unter: [www.juragent.de](http://www.juragent.de), weist demgegenüber keine Zahl der im Jahr 2006 geführten Prozesse aus.
- 14 §§ 325 ff. HGB.
- 15 Da belastbare Zahlen über die Geschäftstätigkeit der Finanzierer fehlen, ist für die angestellte Überlegung ausdrücklich der Irrealis gewährt.

als 5000 durch Prozessfinanzierer finanzierte Verfahren<sup>16</sup>. Im Gespräch mit einem großen Rechtsschutzversicherer, der über eine Tochtergesellschaft selbst im Bereich der Prozessfinanzierung tätig ist, ist diese Hochrechnung sogar als allzu optimistisch bezeichnet worden. Belastbare Zahlen hat man allerdings auch von dort nicht zur Verfügung stellen wollen. Die Forschungsstelle Prozessfinanzierung, – die nach ihrem Internet-Auftritt von der JurAgent gesponsort wird; ihr Leiter, Prof. Schwintowski, Humboldt-Universität Berlin, saß im Aufsichtsrat der JurAgent<sup>17</sup> – hält ebenfalls keine öffentlich zugänglichen Zahlen vor. Begnügen wir uns deshalb mit der Erkenntnis, dass per anno weit weniger als 5000 Verfahren prozessfinanziert werden. Zum Vergleich: Neu bei Amts- und Landgerichten, also in erster Instanz, anhängig sind jährlich etwa 1,9 Mio. Verfahren<sup>18</sup>.

Waren von den 22 Verfahren, die der einzige auskunftsfreudige Prozessfinanzierer<sup>19</sup>, die Foris AG, im Jahre 2006 abgeschlossen hat, 70% erfolgreich, hat jener Finanzierer bei einem Umsatz von rund 3 Mio. Euro mit jedem Verfahren rund 200 000 Euro erwirtschaftet. Bei einer Beteiligung am Prozesserverfolg von 20 bzw. 30% führt dies zu der Erkenntnis, dass – statistisch gesehen – im jeweils finanzierten Verfahren Forderungen zwischen 500 000 Euro und 1 Mio. Euro im Streit gewesen sein müssen. Die auf Grund jener Schätzungen etwa aufkommende These, „Klientel der Prozessfinanzierer sind reiche Leute, die ihren Geldbeutel schonen wollen!“, lässt sich dennoch so wohl nicht vertreten. Zutreffend ist allerdings, dass Voraussetzung für eine Prozessfinanzierung die Durchsetzung einer Forderung in einer Höhe von 50 000 Euro – so die Roland Prozessfinanz AG – oder 100 000 Euro – so die Allianz Prozessfinanz AG – ist<sup>20</sup>. Statistischer Durchschnittswert soll – wenigstens bei einem der großen Anbieter – ein Betrag von 1 Mio. Euro sein. Die überwiegende Zahl der Streitigkeiten soll sich bei diesem Anbieter bei 250 000 Euro bewegen: Streitwerte über 40 Mio. Euro seien jedoch noch nicht finanziert worden.

#### IV. Bewertung der Prozessfinanzierung

Rechtsschutzversicherungen treten in der Werbung unmittelbar an den Endkunden heran, Prozessfinanzierer bemühen sich demgegenüber vornehmlich um diejenigen, die ihnen das Geschäft schon vorselektiert vermitteln können. Das ist die Anwaltschaft.

Betrachtet man das Marketing der Prozessfinanzierer, könnte man glauben, das von den Prozessfinanzierern wohl überwiegend praktizierte Marketing-Modell sei von der Pharma-Industrie abgeschaut worden. Während dort „der Pharma-Vertreter beim Arztbesuch den Urlaubs-Gutschein mitbrachte“, beglückt der Prozessfinanzierer den Anwalt, der ihm einen Geschäftsabschluss vermittelt, nicht nur damit, dass er mit der Prozessführung beauftragt wird, sondern auch zusätzlich noch mit einer Korrespondenzgebühr, zu berechnen aus dem Streitwert der Klage. Dass jene Korrespondenzgebühr nach erfolgreichem Abschluss des Klageverfahrens im überwiegenden Umfang letztendlich vom Forderungsinhaber, der seine Forderung durchgesetzt hat, gezahlt wird<sup>21</sup>, steht auf einem anderen Blatt; führt allerdings wohl dazu, dass die Gebühr gegenüber dem Forderungsinhaber vom Anwalt nicht mehr durchgesetzt werden kann, wenn nicht zuvor über diesen Umstand deutlich aufgeklärt worden ist.

Dennoch, Prozessfinanzierung hat ihren ehemals anrühigen Beigeschmack inzwischen<sup>22</sup> zu Recht verloren. Es hat sich gezeigt, dass die gewerbliche Prozessfinanzierung das Führen von Prozessen ermöglicht, die mit herkömmlichen Methoden der Fremdfinanzierung nicht finanzierbar gewesen wären, ohne dass es zu einem Anschwellen der Klageflut gekommen wäre und ohne dass die Interessen des Beklagten allzu sehr

beeinträchtigt werden. Die im Bereich der Rechtsschutzversicherung bestehenden Deckungslücken fordern das Angebot zusätzlichen Rechtsschutzes. Das gilt nicht nur für den Unternehmensbereich<sup>23</sup>, sondern insbesondere auch im Privatbereich<sup>24</sup>, in dem die Gewissheit, einen starken Partner an der Seite zu haben, psychologische Hemmnisse abbaut, die insbesondere strukturelle Ungleichgewichte zwischen Kläger und Beklagtem heraufbeschwören können<sup>25</sup>.

Die Gewährung von Prozesskostenhilfe setzt Prozesskostenarmut voraus. Der Prozessfinanzierer schont den Geldbeutel bei der Durchsetzung von Forderungen demgegenüber auch dann, wenn der Forderungsinhaber durchaus in der Lage ist, die Prozesskosten zu tragen. In die Situation, zwar nicht über Mittel zur Führung eines Prozesses zu verfügen, und dennoch nicht bedürftig im Sinne des Prozesskostenhilferechts zu sein, kann derjenige kommen, dem in Hinblick auf die Rechtsverfolgungskosten Ansprüche gegen Dritte zustehen. Wenn etwa die Gesellschafter der finanziell klammen Gesellschaft die Rechtsverfolgungskosten nicht „vorschießen“ wollen, kann der Prozessfinanzierer einspringen. Auch für den Insolvenzverwalter wird die – prozesskostenrisikofreie – Durchsetzung von Ansprüchen der Insolvenzschuldnerin mit Hilfe eines Prozessfinanzierers häufig einfacher gangbar sein, als zunächst den zur Führung eines Prozesses erforderlichen Vorschuss bei den Insolvensgläubigern einzuklagen.

Antizipierte Beweiswürdigung ist im Rahmen der Prozesskostenhilfebewilligung zulässig<sup>26</sup>. Das dabei anzusetzende

16 Ausgehend von 250 Verfahren je Finanzierer.

17 Geschäftsbericht der JurAgent AG für das Jahr 2006, S. 10, im Internet abrufbar unter der in Fußn. 13 genannten Internetadresse.

18 Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 1, Ausgewählte Zahlen für die Rechtspflege, 2006, S. 36 unter 1.4.1. Geschäftsentwicklung Zivilgerichte ohne Familiengerichte 2003 bis 2005.

19 Vgl. Fußn. 13.

20 Vgl. zu den Mindeststreitwerten, von denen die einzelnen Prozessfinanzierungsgesellschaften die Übernahme der Finanzierung abhängig machen, die von der Forschungsstelle Prozessfinanzierung zusammengestellte Marktübersicht, abrufbar unter: [www.pkf.hu-berlin.de](http://www.pkf.hu-berlin.de); vgl. auch Siebert/Nagata, BRAK-Mitt 2007, 49 (52).

21 Vgl. etwa § 5 Nr. 2 D.A.S.-Vertrag; Nr. 3.1 b FORIS-Vertrag; Nr. 2.2 b Allianz-Vertrag; § 4 II ROLAND-Vertrag, abgedr. bei Homberg (o. Fußn. 1) S. 387 f.

22 In der Anfangszeit wurde das Geschäftsmodell der Prozessfinanzierer in der Literatur grundsätzlich in Frage gestellt vgl. etwa Bruns, JZ 2000, 232 (241); Ströbel, BRAK-Mitt 1998, 263 (265). Kritik entzündete sich zum einen an der für sittenwidrig gehaltenen Erfolgsbeteiligung in Höhe von 50% des erstrittenen Betrags, den die Prozessfinanzierer seinerzeit als Gegenleistung für ihre Tätigkeit verlangten. Rechtliche Bedenken ergaben sich aber auch daraus, dass vor der Entscheidung des Bundesamtes für Versicherungsaufsicht, VerBAV 1999, 167, unklar war, ob die Prozessfinanzierer für ihre Tätigkeit einer versicherungsaufsichtsrechtlichen Erlaubnis bedürfen; schließlich daraus, dass Prozessfinanzierungsverträge teilweise als Umgehung des in § 49 b II BRAO niedergelegten Verbots des Erfolgshonorars angesehen wurden.

23 Aus dem Bereich der Firmenvertragsrechtsschutzes ist die Versicherungswirtschaft weitgehend wieder ausgestiegen, nachdem sich dieses Marktsegment in der Vergangenheit als Zuschussgeschäft erwiesen hatte, weil die – marktwirtschaftlich agierenden – Firmen ihr Klageverhalten zu genau auf die Kalkulation der Versicherung abgestimmt hatten, vgl. dazu Heinsen, VW 1999, 100 (104); Schiller, VW 2000, 1332 (1334).

24 Vgl. dazu etwa die Ausschlussstatbestände in § 3 ARB 2000, insbesondere den in Abs. 1 lit. d vorgenommenen Ausschluss des Bauherrenrisikos, sowie den Ausschluss erb- und familienrechtlicher Streitigkeiten in Abs. 2 lit. g.

25 Die psychologische Wirkung eines solchen strukturellen Ungleichgewichts ist übrigens nicht auf den Anspruchsinhaber beschränkt. In Fällen, in denen die Verweigerungshaltung des Anspruchsgegners auf dessen Wissen um die eigene wirtschaftliche Überlegenheit beruht, legen deshalb die Prozessfinanzierer – entgegen ihren sonstigen Gepflogenheiten – das Finanzierungsverhältnis offen, um beim Gegner die Bereitschaft zum Verhandeln „auf gleicher Augenhöhe“ zu erreichen, vgl. dazu Lenz, AnwBl 2007, 483 (487).

26 Vgl. BVerfG, NJW 2003, 2976; NJW 1997, 2745.

Beweismaß wird in der Regel allerdings hinter dem zurückbleiben müssen, das in streitigen Verfahren als Maßstab für die Beweiswürdigung anzuwenden sein wird<sup>27</sup>. Der Prozessfinanzierer prüft demgegenüber in der Regel sehr kritisch, ob das Vorliegen der streitigen Tatbestandsmerkmale bewiesen werden kann, um den Anspruch durchzusetzen. Der Kapitaleinsatz rechtfertigt sich nur in diesem Fall. Prozessfinanzierung bläht daher die Prozessflut keineswegs auf. Die kritische Distanz fordert hier vielmehr die Einsicht, aussichtslose Prozesse nicht zu führen<sup>28</sup>. Das gilt insbesondere deshalb, weil der Finanzierer nur dann eintritt, wenn die Bonität des Schuldners den Prozess ebenfalls rechtfertigt<sup>29</sup>.

Schließlich stellt die hierzulande geübte Art der Prozessfinanzierung sicher, dass der Beklagte im Falle des Misserfolgs der finanzierten Klage seine Prozesskosten vom Prozessfinanzierer erstattet erhält. Insoweit ist der Beklagte in umfassender Weise als bei der Vereinbarung eines Erfolgshonorars des Klägeranwalts davor geschützt, dass gegen ihn Klage auf Zahlung eines hohen Geldbetrags erhoben wird, er bei erfolgreicher Verteidigung gegen diese Klage seine – unter Umständen erheblichen – Kosten für diese Verteidigung beim mittellosen Kläger aber nicht vollstrecken kann<sup>30</sup>.

## V. Prozessfinanzierung und Erfolgshonorar

Was ist der Erfolg, der das Erfolgshonorar rechtfertigt, von dem wir heute auf unserem Symposium gesprochen haben? Ist der Erfolg das erstrittene Urteil? Oder ist der Erfolg das Vollstreckungsergebnis; also das auf Grund des erstrittenen Urteils eingetriebene Geld? Weder der Referentenentwurf des BMJ<sup>31</sup> vom 18. 10. 2007 noch die Vorschläge des DAV<sup>32</sup> und der BRAK<sup>33</sup> zur Neugestaltung des § 49 b BRAO<sup>34</sup> äußern sich zu dieser Frage. Die Literatur greift den Begriff „Erfolgshonorar“ durchweg auf ohne sich mit der vorab zu klärenden Frage zu befassen, ob auch das Insolvenzrisiko des Prozessgegners vom Anwalt mitzutragen ist, der das Erfolgshonorar vereinbart hat.

Die Prozessfinanzierer haben diese Frage im Rahmen ihrer Geschäftsmodelle geklärt<sup>35</sup>; und zwar in einer Weise, die für § 49 b BRAO jedenfalls dann Vorbild sein könnte, wenn das Erfolgshonorar auf Klägerseite vereinbart wird: Aus den Vollstreckungserlösen werden zunächst die vom Prozessfinanzierer übernommenen Kosten der Prozessführung getilgt. An den darüber hinaus erzielten Vollstreckungserlösen partizipieren Kläger und Prozessfinanzierer jeweils nach den Anteilen, die ihrer vertraglichen Vereinbarung zu Grunde liegen; wobei an Erlösen bis zu 500 000 Euro eine Beteiligung des Finanzierers in Höhe von 30% und den darüber hinausgehenden Erlösen eine Beteiligung von 20% üblich sein dürfte<sup>36</sup>.

„Zugang zum Recht“ gewährt der Prozessfinanzierer – soweit ersichtlich – nur dem Kläger. Es ist allerdings unverkennbar, dass auch der Beklagte ein Interesse daran haben kann, sich durch Zahlung einer der Höhe nach unterhalb der möglicherweise entstehenden Gerichtskosten anzusetzenden Prämie die Prozesskosten finanzieren zu lassen, die im Rahmen der Abwehr einer unbegründeten Klage anfallen. Strukturelle Ungleichgewichte sind auch bei dieser Konstellation denkbar. Der Prozessfinanzierer hilft hier jedoch nicht weiter. Dem Beklagten fehlt – anders als dem Anspruchsinhaber, der mit Hilfe des Prozessfinanzierers eine Klage erwägt – eine Gewinnchance, die er mit dem Prozessfinanzierer teilen könnte. Selbst im Falle des Obsiegens erhält der Beklagte nur

die von ihm verauslagten notwendigen Kosten der Rechtsverteidigung ersetzt. Wollte man auch dem Beklagten die Möglichkeit eröffnen, sich den Prozess von einem Dritten durch Spekulation auf einen pekuniären Gewinn im Falle des Prozessersfolgs finanzieren zu lassen, bedürfte es dementsprechend einer Änderung der gesetzlichen Kostenerstattungsregeln. Denkbar ist allerdings in diesen Fällen eine erfolgsbasierte Honorierung des Rechtsanwalts des Beklagten, der seine Vergütung anteilig nach der Höhe des abgewehrten Anspruchs berechnet<sup>37</sup>.

Als Fazit komme ich zu folgender Erkenntnis: Prozessfinanzierung, so wie sie heute gehandhabt wird, hat im Rahmen des Zugangs zum Recht eine dort nicht mehr wegzudenkende Funktion. Sie ergänzt auf dem Weg des „Zugangs zum Recht“ die übrigen im Rahmen des Symposiums beleuchteten Instrumente der Fremdfinanzierung von Gerichtsverfahren,

27 Vgl. *BVerfG*, NJW 2003, 2976; NJW-RR 2002, 1069.

28 Nach Angaben von *Creutz*, Anwaltsreport 2002, 8 (10), wird bei der D. A. S. nur jede 13. Finanzierungsanfrage positiv beschieden. Auf der Internetseite des Instituts Prozesskostenfinanzierung wird die Zahl erfolgreicher Finanzierungsanfragen mit 6% angegeben, ohne dass sich diese Zahlen näher verifizieren ließen.

29 Vgl. zu diesem Erfordernis etwa *Lenz*, AnwBl 2007, 483 (486); *Siebert/Nagata*, BRAK-Mitt 2007, 49 (50).

30 Zur entsprechenden Problematik im englischen Recht vgl. *Kilian*, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, 2003, S. 229 f. Dieser Aspekt wird bei der Diskussion um die Einführung des anwaltlichen Erfolgshonorars in Deutschland häufig nicht beachtet. In den Vereinigten Staaten, deren Rechtslage in der nationalen Diskussion im Vordergrund steht, gibt es dieses Problem nicht, weil das dort geltende Prozessrecht eine Kostenerstattungspflicht der unterlegenen Prozesspartei grundsätzlich nicht kennt (sog. american rule of costs). Zwar ist auch nach geltendem deutschem Recht der Beklagte nicht davor gefeit, von einem wirtschaftlich schwachen Kläger verklagt zu werden, bei dem die Kosten der erfolgreichen Rechtsverteidigung nicht vollstreckt werden können. Das bisher geltende Verbot der Gebührenüberschreitung in § 49 b BRAO trägt aber auch dazu bei, Klägern, die nicht einmal ihren eigenen Anwalt, geschweige denn die Kosten des Gegners zahlen können, die Klage nur unter den Voraussetzungen des Prozesskostenhilferechts, mithin nach einer überschlägigen Prüfung der Erfolgsaussichten, zu ermöglichen. In völlig aussichtslose Prozesse wird freilich auch ein auf Erfolgsbasis arbeitender Anwalt seine Arbeitskraft nicht investieren wollen. Die Gefahr, mit wenig erfolgversprechenden Prozessen um hohe Summen überzogen zu werden, deren Abwehr der Beklagte allein finanzieren muss, weil der mittellose Kläger von vornherein tatsächlich nicht in der Lage ist, im Falle einer Niederlage die Prozesskosten zu erstatten, wächst aber mit der Möglichkeit der Vereinbarung von Erfolgshonoraren erheblich. Aus diesem Grund sah das englische common law – jedenfalls vor Aufhebung der entsprechenden Verbotstatbestände durch den Gesetzgeber – vor, dass der Anwalt, der entgegen dem berufsrechtlichen Verbot der mittellosen Partei durch Vereinbarung eines Erfolgshonorars das Prozessieren ermöglicht hatte, dem Gegner für die Erstattung seiner Kosten haftete, *Kilian*, S. 143 m. w. Nachw.

31 Referentenentwurf des BMJ eines Gesetzes zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren, Bearbeitungsstand: 18. 10. 2007, abrufbar unter [www.brak.de](http://www.brak.de). § 4 a III Nr. 4 des Entwurfs legt lediglich fest, dass die Bedingungen, bei deren Eintritt die Vergütung verdient sein soll, in der Vergütungsvereinbarung festgelegt sein müssen. Anwalt und Mandant sind so gehalten – so die Begründung zu dieser Bestimmung – den Erfolg, an den die Zahlungsverpflichtung gebunden ist, genau zu bestimmen, Referentenentwurf, S. 13.

32 Vgl. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Aufl. (2003), § 49 b Rdnrn. 24 ff.; *Hartung*, Anwaltliches BerufsR, 3. Aufl. (2006), § 49 b BRAO Rdnrn. 24 ff.; *Kleine-Cosack*, BRAO, 4. Aufl. (2003), § 49 b Rdnrn. 11 ff.

33 Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer zur Neuregelung des anwaltlichen Erfolgshonorars, Stand Sept. 2007, abrufbar unter [www.brak.de](http://www.brak.de).

34 Stellungnahme Nr. 39/07, abrufbar unter: [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de).

35 Vgl. etwa § 5 Nr. 1, 4 D. A. S. – Vertrag; Nr. 3.1 Allianz-Vertrag; § 5 b und c Roland – Vertrag, abgedr. bei *Homburg* (o. Fußn. 1), S. 387 f.

36 Vgl. etwa § 5 Nr. 3 D. A. S. – Vertrag; Nr. 3.3 Allianz-Vertrag; § 5 a III Roland – Vertrag, (Nachw. jew. o. Fußn. 35); vgl. auch *Jaskolla*, Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, 2004, S. 113.

37 Vgl. zu einer solchen reverse contingent fee im amerikanischen Recht *Kilian* (o. Fußn. 30), S. 158.

nämlich Rechtsschutzversicherung, Prozesskostenhilfe und Erfolgshonorar<sup>38</sup>.

## VI. Ausblick

Gestatten Sie mir zum Schluss einen kritischen Blick in das Ausland, ohne dass ich mit diesem Blick behaupten will, dass entsprechende Modelle bei uns rechtlich möglich seien oder unmittelbar bevorstünden.

In England praktizierte Modelle der Prozessfinanzierung eröffnen die Möglichkeit, lediglich die Gegner- und Gerichtskosten für den Fall des Unterliegens abzudecken. Der vom Kläger mandatierte Anwalt führt den Prozess, soweit es sein Honorar angeht, auf eigenes Risiko<sup>39</sup>. Dieses Geschäftsmodell hat, nachdem das zuvor geltende Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars<sup>40</sup> aufgehoben worden ist<sup>41</sup>, zu einer Einschränkung der Gewährung staatlicher Prozesskostenhilfe geführt<sup>42</sup>. Die Motive zu jener Einschränkung führen ausdrücklich an, dass dem Kläger die Möglichkeit offenstehe, vom erläuterten Geschäftsmodell Gebrauch zu machen<sup>43</sup>. Diese Entwicklung gilt es angesichts der auch hierzulande lauter werdenden Forderungen nach einer Einschränkung der staatlichen Ausgaben für die Prozesskostenhilfe<sup>44</sup> zu bedenken.

Wer auf Basis eines Erfolgshonorars arbeitet, kann auch bei länger währenden Prozessen keine Vorschüsse abfordern. Stellt sich die Abrechnung auf Basis eines Erfolgshonorars als übliche Honorierung des Anwalts dar, bedarf der Anwalt während des Prozessverlaufs eines Finanzierers, der die laufenden Büro- und Sachkosten<sup>45</sup> sowie den Lebensunterhalt des Anwalts trägt. In den USA haben so genannte Prozessfinanzierer diese Vorfinanzierung darlehensweise übernommen<sup>46</sup>. Dass über dieses System Abhängigkeiten erzeugt werden, ist unübersehbar; unübersehbar ist auch, dass diese Art der Prozessfinanzierung Interessenkonflikte auslöst. Das Interesse des Anwalts, über das Erfolgshonorar die eigenen dem Prozessfinanzierer gegenüber bestehenden Verbindlichkeiten abtragen zu können, wird dazu beitragen können, die durch die Prozessordnung gezogenen Grenzen im Rahmen der Prozessführung zu überschreiten. Diese Art der Prozessfinanzierung wäre daher durchaus geeignet, die gewachsene Streitkultur unseres Zivilprozesses zu verändern.

Auch wenn dies nicht unmittelbar dem klassischen Bild der Prozessfinanzierung entspricht, möchte ich Ihnen eine weitere Entwicklung nicht vorenthalten, die, wie mir berichtet worden ist, in den USA inzwischen Einzug gehalten hat: Prozessfinanzierer lassen sich im Falle von Massenschäden<sup>47</sup> von den Geschädigten Blankovollmachten erteilen, die die Verfolgung der Ansprüche der Geschädigten ermöglichen.

Jene Vollmachten werden alsdann meistbietend unter den an der Prozessführung interessierten ausschließlich auf Erfolgsbasis arbeitenden Anwälten versteigert. Der Meistbietende erhält den Zuschlag. Der Verkauf des Mandats ist perfekt. Wird die Klage abgewiesen, hört man die Anwälte nur noch fluchen: „Außer Spesen, nichts gewesen!“ ■

- 38 Hinsichtlich des Erfolgshonorars ist die Ergänzungsfunktion der Prozessfinanzierung besonders augenfällig: Mit dem Erfolgshonorar wird der Rechtsanwalt in der Regel nämlich nur das Finanzierungsrisiko des eigenen Honorars übernehmen, nicht aber für die Gerichtskosten und einen eventuellen Kostenerstattungsanspruch des Gegners einstehen wollen. Soweit das gesetzliche Verbot des Erfolgshonorars, § 49 b II BRAO, nach der Entscheidung des *BVerfG* v. 12. 12. 2006, *BVerfGE* 117, 163 = *NJW* 2007, 979, in Zukunft entfällt, ergeben sich daraus Möglichkeiten der kombinierten Finanzierung durch anwaltliches Erfolgshonorar (Risiko der eigenen Anwaltskosten) und Prozessfinanzierung (Gerichtskosten- und Kostenerstattungsrisiko), vgl. dazu *Meyer*, *AnwBl* 2007, 520; *Wilde*, *AnwBl* 2007, 489 (490).
- 39 Vgl. dazu *Rochon*, Die erfolgsfinanzierte Prozessfinanzierung und ihre Auswirkungen für den Rechtsanwalt, 2003, S. 204 ff.; *Breyer*, Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses, 2006, S. 43, 189 ff.; *Sobich*, *ZvglRWiss* 2004, 69 (70); *Kilian* (o. Fußn. 30), S. 231 f.
- 40 Vgl. dazu ausf. *Schepke*, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, 1998, S. 21 ff.
- 41 Access to Justice Act 1999, Sec. 58 – 58A, abgedr. bei *Kilian* (o. Fußn. 30), S. 212 f.
- 42 Vgl. dazu *Rochon* (o. Fußn. 39), S. 206; *Kilian* (o. Fußn. 30), S. 216; zeitweise war im Gesetzgebungsverfahren im Hinblick auf die eröffnete Möglichkeit, Prozesse über Erfolgshonorare führen zu können, die vollständige Abschaffung der Prozesskostenhilfe für bestimmte Rechtsgebiete vorgesehen, vgl. dazu *Buck/Kilian*, *ZvglRWiss* 2003, 425 (438). Grund für die hohen staatlichen Ausgaben der Prozesskostenhilfe, sowie das allgemein hohe Niveau der Prozesskosten in England ist – unter anderem – das Fehlen streitwertabhängiger Gebühren für die Vergütung der Rechtsanwälte, vgl. dazu *Breyer* (o. Fußn. 39), S. 218. Die Kostspieligkeit der in England geführten Prozesse war schon im Zuge der Beratungen zur Einführung der Reichsrechtsanwaltsgebührenordnung als abschreckendes Beispiel genannt worden, um die Notwendigkeit des noch heute geltenden Systems von Pauschgebühren im Rahmen einer streitwertorientierten Vergütung zu begründen, vgl. dazu die Stellungnahme des Abgeordneten *Dr. Bähr*, in: *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen II, S. 819, 820.
- 43 Vgl. *Schepke* (o. Fußn. 40), S. 98 und ausf. zu den Hintergründen der Reform S. 49 ff.
- 44 Vgl. dazu den Gesetzentwurf des Bundesrats v. 28. 6. 2006 zur Begrenzung der Aufwendungen für die Prozesskostenhilfe, BT-Dr 16/1994.
- 45 Diese Sachkosten sind in den Vereinigten Staaten, wo das Modell des Erfolgshonorars besonders verbreitet ist, insbesondere im Bereich der Vorbereitung von Schadenersatzklagen häufig sehr hoch, weil noch vor Eintritt in das gerichtliche Hauptverfahren eine umfassende zeit- und kostenintensive Sachverhaltsaufklärung durch die Anwälte, die sog. pre-trial-discovery durchgeführt wird, vgl. dazu *Sturm*, Zivilrechtliche, prozessuale und anwaltsrechtliche Probleme der gewerblichen Prozessfinanzierung, 2005, S. 143.
- 46 Vgl. dazu *Breyer* (o. Fußn. 39), S. 189 Fußn. 678.
- 47 S. dazu o. Fußn. 4.