

IPA WORKING PAPER

2 / 2020

HERAUSGEGEBEN VON:

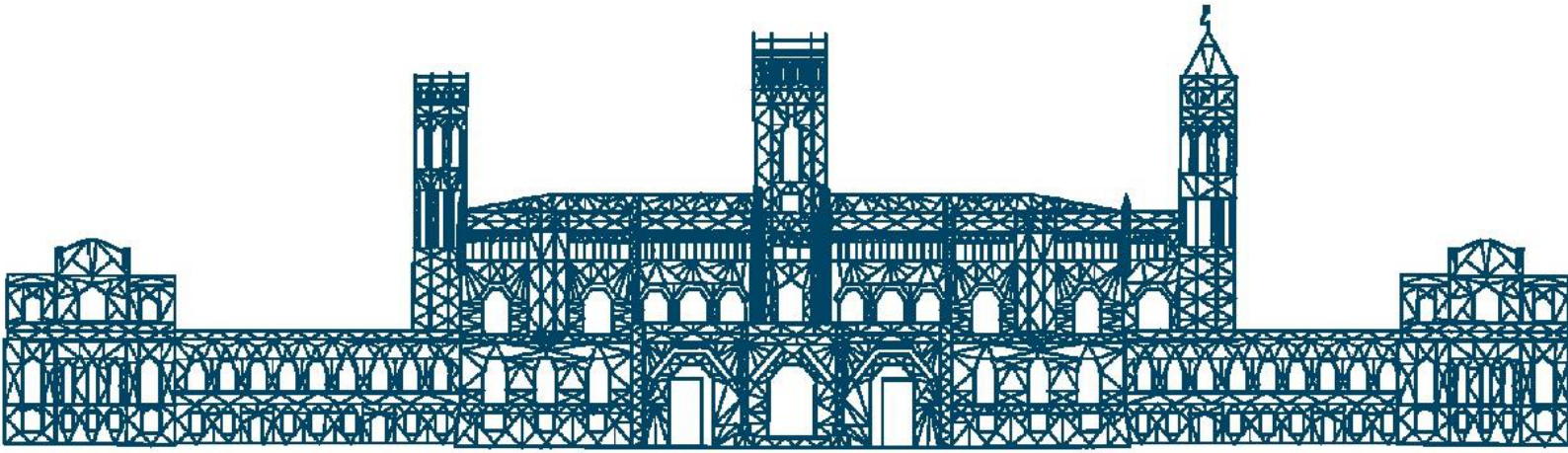
Professor Dr. Christian Wolf

SCHRIFTLICHE STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF EINES GESETZES ZUR FÖRDERUNG VERBRAUCHERGERECHTER ANGEBOTE IM RECHTSDIENSTLEISTUNGSMARKT

Professor Dr. Christian Wolf, Ass. iur. Nadja Flegler

IPA Institut für Prozess- und
Anwaltsrecht

**11
102
1004** Leibniz
Universität
Hannover



IMPRESSUM

Herausgeber und V.i.S.d.P.

Professor Dr. Christian Wolf

Institut für Prozess- und Anwaltsrecht

Königsworther Platz 1

30167 Hannover

lg.zpr@jura.uni-hannover.de

Redaktion

Institut für Prozess- und Anwaltsrecht

Erscheinungstermin

Dezember 2020

Das Institut für Prozess- und Anwaltsrecht (IPA) der Leibniz Universität Hannover fasst die Forschungs- und Lehraktivitäten der Juristischen Fakultät auf den Gebieten des Prozessrechts, des Rechts der freien Berufe und des Anwaltsrechts zusammen.

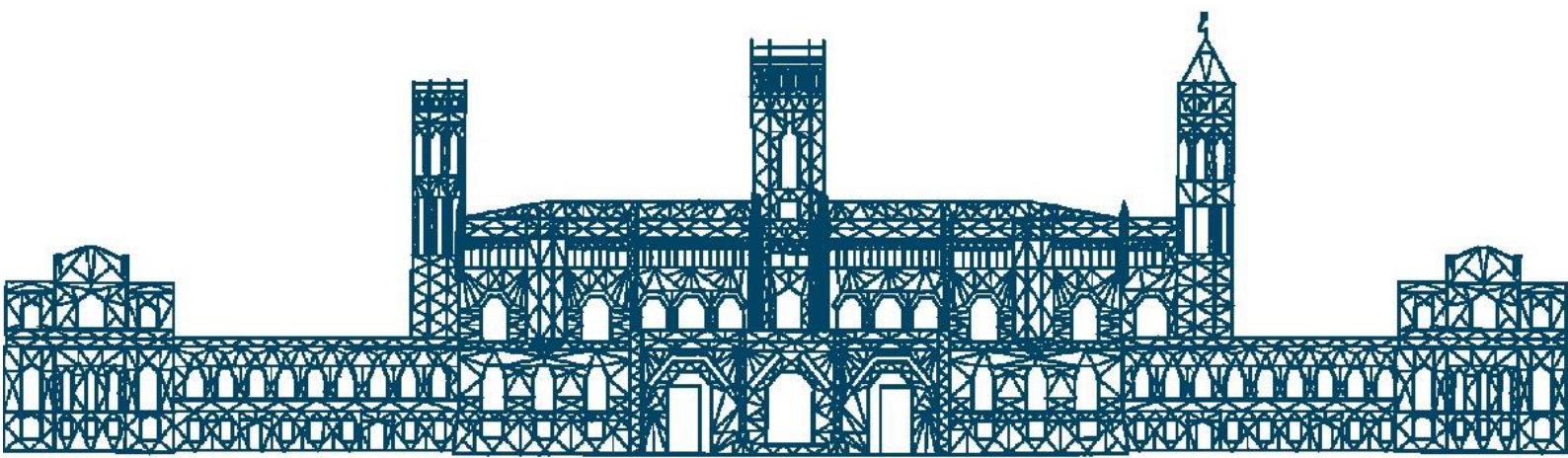
Darüber hinaus bündelt und koordiniert es die anwaltsorientierte Lehre. Zwischen den hauptamtlichen Universitätsprofessoren und der Rechtsanwaltschaft findet ein intensiver Dialog über alle Fragen der anwaltsorientierten Lehre statt. Dies stellen der Institutsbeirat, der Förderverein für die anwaltsorientierte Juristenausbildung sowie die Rechtsanwaltskammer Celle, mit der die Fakultät ein Kooperationsabkommen zur anwaltsorientierten Juristenausbildung geschlossen hat, sicher.

Die anwaltsorientierte Lehre schlägt sich auch in den Publikationsaktivitäten des Instituts nieder. So gibt Professor Dr. Christian Wolf die Juristischen Arbeitsblätter (JA) mit heraus, welche sich insbesondere der anwaltsorientierten Ausbildung verschrieben haben. Darüber hinaus entsteht am Institut eine Buchveröffentlichung zur Anwaltsklausur im Zivilrecht (Carl Heymanns Verlag). In der Forschung beschäftigt sich das IPA mit dem Prozessrecht und dem Anwaltlichen Berufsrecht. Im Bereich des Prozessrechts knüpft das Institut bewusst an die ursprünglich auch in Deutschland vertretene wissenschaftliche Praxis an, die Verfahrensordnungen nicht den einzelnen dogmatischen

Hauptdisziplinen zuzuordnen, sondern als eigenständiges Fach neben die drei dogmatischen Grunddisziplinen zu stellen.

Im Anwaltsrecht legt das Institut Wert darauf, aktuelle Entwicklungen in einen breiteren Zusammenhang zu stellen. Zudem wird die anwaltsorientierte Juristenausbildung in Hannover zum Gegenstand verschiedenster wissenschaftlicher Untersuchungen gemacht. So wird regelmäßig in Publikationen das Thema „Anwaltsklausur“ aufgegriffen.

Im April 2019



I. Wesentliche Ergebnisse der Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt

1. Eine qualifizierte Rechtsdienstleistung ist nur möglich, wenn der Rechtsdienstleister, insbesondere vom Staat, unabhängig ist. § 1 BRAO beschreibt in diesem Sinne eine Funktionsvoraussetzung der Rechtsberatung. Die Selbstverwaltung der Rechtsanwaltschaft durch die Kammern sichert diese Unabhängigkeit ab.
2. Inkassounternehmen sind nicht vom Staat unabhängig, sie unterstehen der staatlichen Wirtschaftsaufsicht, § 13a, § 18 RDG.
3. Ob ein Fall ein rechtliches Problem ist, ergibt sich nur aus der Gesamtheit der Rechtsordnung. Daher ist eine breite rechtswissenschaftliche Ausbildung erforderlich, um dies erkennen zu können, und nicht nur das rechtskundliche Wissen über vorgestanzte Lösungen.
4. Der theoretische Sachkundenachweis, welchen Inkassounternehmen nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 RDG i.V.m. § 4 RDV erbringen müssen, stellt allenfalls ein rechtskundliches Wissen dar. In den vorgeschriebenen 120 Stunden, welche ein Sachkundenachweislehrgang umfassen soll, lassen sich allenfalls rechtskundliche Kenntnisse vermitteln. Eine dogmatische Durchdringung der Rechtsgebiete des Bürgerlichen Rechts, des Handels-, Wertpapier- und Gesellschaftsrechts, des Zivilprozessrechts einschließlich des Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrechts sowie Kostenrechts ist in 120 Stunden schlicht nicht möglich.
5. Der Inkassobegriff muss daher bereits aufgrund der fehlenden Unabhängigkeit und des fehlenden rechtswissenschaftlichen Studiums eng begrenzt werden.
6. Die Rechtsprechung spiegelt weder den Verbraucherschutz noch die Erkenntnisbeschränkungen hinreichend wider, gleichzeitig wird eine effektive Interessensbündelung nach österreichischem Modell verhindert.

7. Inkasso-Unternehmen waren typischer Weise für Unternehmer tätig und haben versucht, deren Forderungen gegenüber Verbrauchern zu realisieren. Der Schutz der geschäftserfahrenen Auftraggeber war daher nachrangig. Legal Tech Unternehmen haben insoweit einen Paradigmenwechsel eingeleitet, indem sie die Forderung von Verbrauchern gegenüber Unternehmern geltend machen.
8. Aus der Perspektive des Verbraucherschutzes ist die Kombination von Erfolgshonorar und Inkasso besonders kritisch in Bezug auf die nicht zum Forderungseinzug angenommenen Fälle. Insbesondere der durch Legal Tech Unternehmen vorgenommenen Entscheidung über die Annahme der Fälle liegt keine dogmatische Analyse und Beratung zu Grunde. Vielmehr wird in erster Line nach ökonomischen Kriterien selektiert. Das Business Modell kann nur erfolgreich funktionieren, wenn das volle Prozessrisiko einschließlich der Gerichtskosten und des Honoraranspruchs der Gegenseite nur bei einer sehr hohen Erfolgswahrscheinlichkeit übernommen wird.
9. Der Referentenentwurf übernimmt den Begriff des rationalen Desinteresses aus dem Bereich des kollektiven Rechtsschutzes und rechtfertigt damit ein Erfolgshonorar in allen Fällen bis 2.000,-- Euro. Hierunter soll auch die Übernahme der gesamten Prozesskosten im Falle des Unterliegens fallen (vollständige anwaltliche Prozessfinanzierung). Typisch für den kollektiven Rechtsschutz ist, dass die wirtschaftliche Bedeutung des Ausgangs des Rechtsstreits auf Kläger- und Beklagtenseite unterschiedlich verteilt ist. Für den Kläger geht es immer nur um die Kompensation seines individuellen Schadens, für den Beklagten jedoch stets um den gesamten Schaden, weil ein höchstrichterliches Urteil eine Ankerwirkung für alle weiteren Verfahren entfaltet.
10. Jenseits der Interessensbündelung durch unterschiedliche Formen des Rechtsschutzes trifft das rationale Desinteresse Kläger und Beklagten gleichermaßen. Die Zahlen sprechen jedenfalls nicht dafür, dass das rationale Desinteresse des Klägers dasjenige des Beklagten überragt. In 89 % der am Amtsgericht 2019 verhandelten Fälle waren die Kläger und nur in 47 % der Fälle die Beklagten durch

einen Rechtsanwalt vertreten. Das Erfolgshonorar vermag jedoch – wenn überhaupt - nur auf Seiten des Klägers Wirkung zu entfalten.

11. Die Grenze von 2.000,-- Euro, bis zu der in den Vorstellungen des Referentenentwurfs auch eine vollständige anwaltliche Prozessfinanzierung möglich sein soll, betrifft 70 % der Verfahren an den Amtsgerichten. Gleichzeitig beträgt der Nettodurchschnittsverdienst in Deutschland 2.000,-- Euro.
12. Die Deregulierung des Anwaltsrechts hat zu einer Spaltung des Anwaltsmarkts geführt. An der Verpflichtung zur Quersubventionierung, Prozesskostenhilfe, Beratungshilfe und Pflichtverteidigung beteiligen sich insbesondere die ertragsstarken Kanzleien nicht mehr.
13. Hierauf mit der Einführung einer anwaltlichen Prozessfinanzierung bis 2.000,-- Euro zu reagieren, vermag vor dem Hintergrund von Art. 14 GG und dem Rechtsstaatsprinzip nicht zu überzeugen. Eine Markt(de-)regulierung, die den Zugang zum Recht für den Kläger nur noch zu dem Preis des Verzichts auf 1/3 der Klagforderung ermöglicht, kapituliert vor den Folgen der Deregulierung und bietet keine Antworten, wie der Rechtsschutz in anderen Rechtsgebieten, wie z.B. der Strafverteidigung, dem Gewaltschutzgesetz, dem Sozialrecht etc., finanziert werden soll. Erfolgshonorar erzwingt im Grunde einen Strafschadensersatzanspruch. Ohne „punitive damages“ ist ein Erfolgshonorar nicht sinnvoll.
14. Auch anwaltliche Prozessfinanzierung wird sich an die ökonomischen Notwendigkeiten des Erfolgshonorars der Legal Tech Unternehmen anpassen müssen. An die Stelle einer objektiven rechtlichen Beratung tritt eine Selektion der Verfahren nach Renditegesichtspunkten, also der Gewinnaussicht. In der Fläche wird hierdurch nicht Rechtsschutz ermöglicht, sondern verhindert.
15. Sinnvoll ist hingegen, nach dem österreichischen Modell eine Interessensbündelung durch Abtretung der Klagforderung zu ermöglichen. Verlangt man eine anwaltliche Beratung des Zedenten und lässt die Abtretung nur in den Fällen der

§§ 147 und 60 ZPO zu, ist dem Missbrauch hinreichend vorgebeugt und ein effektiver Zugang zum Recht in den Fällen eröffnet, die der Kläger sinnvoll nicht alleine geltend machen kann.

II. Einleitung

Mit dem vorliegenden Referentenentwurf reagiert das BMJV auf die aktuelle Entwicklung im sogenannten Legal Tech Bereich. Gestützt auf eine Inkassolizenz bieten Unternehmen wie flightright oder wenigermiete.de an, für Verbraucher meist standardisierte Forderungen gegen Unternehmer auf Erfolgshonorarbasis geltend zu machen. In welchem Umfang dies zulässig ist, ist umstritten. Der BGH hat in seinen Entscheidungen zu wenigermiete.de grundsätzlich die Zulässigkeit von solchen Vertriebsformen zugelassen.¹ Gleichzeitig liegen eine ganze Reihe von Landgerichtsentscheidungen vor, die die Zulässigkeit der Abtretung von Ansprüchen zur gebündelten Geltendmachung gegenüber einem Beklagten ablehnen.²

Die Gerichte betonen, dass sich der Inkassobegriff eines allgemeingültigen Maßstabs entzieht. Vielmehr sei im Einzelfall nach der Schutzbedürftigkeit zu entscheiden.³ Ursprünglich stand im Mittelpunkt der Inkassotätigkeit die Forderungsbeitreibung im Auftrag eines Unternehmers, welche sich im Wesentlichen gegen einen Verbraucher richtet. Mit dem Gesetz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht und zur Änderung weiterer Vorschriften⁴ ging es dem Gesetzgeber daher um den Schutz des Verbrauchers als Schuldner.

Bislang mussten an die Frage, welches Schutzniveau für den Gläubiger im Inkassogeschäft erforderlich ist, keine übermäßigen Anforderungen gestellt werden. Die Gläubiger waren in der Regel nicht geschäftsunerfahrene Verbraucher, sondern geschäftlich erfahrene Unternehmer. Mit den Legal Tech Unternehmen, wie flightright oder wenigermiete.de, hat sich jedoch ein Perspektivwechsel vollzogen. Nunmehr wird das Inkassounternehmen auf der Seite des Verbrauchers gegen ein Unternehmen tätig. Weder die Rechtsprechung noch der

¹ BGH, NJW 2020, S. 208 ff.; BGH, NZM 2020, 542; BGH, NZM 2020, 551.

² LG München NZKart 2020, 145, 147; LG Hannover, NZKart, 2020, 398, 400.

³ BGH, NJW 2020, S. 208, 221, Rz. 109 f.

⁴ BT-Drs. 19/20 348.

Referentenentwurf reflektieren diese Entwicklung hinreichend. Vielmehr hat die Rechtsprechung die Ausrichtung am Schutzzweck nahezu in das Gegenteil verkehrt.

Unternehmern, die durch Abtretung gemeinsam ihren Schadensersatzanspruch gegen die Kartellanten geltend machen wollen, hat man die Wirksamkeit der Abtretung verweigert. Schuldnerschutz vor Gläubigerschutz. Jeder LKW-Käufer auf sich gestellt ist nicht in der Lage, seinen Kartellschadensersatzanspruch einzuklagen. Zugleich darf aber angenommen werden, dass die LKW-Unternehmer sich über die Tragweite der Abtretung ihrer Schadensersatzansprüche jedenfalls mehr im Klaren waren als die Verbraucher, die sich Ansprüche durch Legal Tech Unternehmen haben prüfen lassen.

Umgekehrt hat der BGH die Rechtsverfolgung durch Legal Tech Unternehmen, die mit 120 Stunden Sachkundelehrgang und einer staatlichen Wirtschaftsaufsicht weder hinreichend qualifiziert sind⁵ noch die für eine Rechtsberatung notwendige Unabhängigkeit vom Staat besitzen,⁶ zugelassen. Dabei übersehen sowohl der Referentenentwurf als auch der BGH, dass sich die besondere Schutzbedürftigkeit vor allem im Hinblick auf jene Gläubiger ergibt, deren Anspruchsverfolgung abgelehnt wird. Legal Tech Unternehmen eröffnen den Zugang zum Recht nicht nach rechtlichen Kriterien, sondern alleine nach der Logik eines Finanzinvestors. An die Stelle einer umfassenden Rechtsberatung mit einer sorgfältigen Analyse des Prozessrisikos tritt die Selektion der Fälle nach sehr hoher Erfolgswahrscheinlichkeit. Low risk, high profit. Unbearbeitet bleiben all diejenigen Fälle, in denen die Rechtsschutzversicherungen noch eine Deckungszusage geben müssten oder ein Anspruch auf Prozesskostenhilfe bestünde. Hinreichende Erfolgsaussichten in diesem Sinne liegen vor, wenn der von dem Antragsteller eingenommene Standpunkt zumindest vertretbar erscheint und eine Beweisführung möglich ist.⁷ Gerade dies kann aber nicht der Maßstab des Finanzinvestors sein.

Der Referentenentwurf will einem Verfahrensrückgang bei den Zivilgerichten entgegenwirken und ein rationales Desinteresse überwinden. Die Vorschläge des Gesetzentwurfs sind

⁵ § 4 Abs. 1 RDV.

⁶ § 19 RDG.

⁷ *Reichling* in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, 38. Edition, Stand: 1.9.2020, § 114 Rz. 28; *Fischer* in: Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl., 2020, § 114 Rd. 19.

hierfür aber nicht geeignet; sollten diese Gesetz werden, wird der Zugang zum Recht erschwert. Schon jetzt beklagt der Vorsitzende des Mietgerichtstags, Professor Markus Artz, dass die ökonomische Basis der Anwälte, komplexere Mietrechtsstreitigkeiten zu führen, durch Legal Tech Unternehmen untergraben wird.⁸

Das RDG dient auch dazu, dass die Rechtsanwaltschaft die ihr durch Quersubventionierung, Prozesskostenhilfe und Pflichtverteidigung übertragene Gemeinwohlbelastung tragen kann.⁹ Die vom Referentenentwurf angestrebte Privilegierung besonders ökonomisch attraktiver Tätigkeitsgebiete verbessert den Zugang zum Recht nicht, sondern verschlechtert diesen in der Gesamtschau. Auswirkungen auf andere Bereiche anwaltlicher Tätigkeit, wie im Rahmen des Gewaltschutzgesetzes, der Strafverteidigung, von Vormundschaftssachen etc., bleiben ausgeblendet. Im Grunde bedürfte es einer empirischen Untersuchung, in welchem Umfang an den Verbraucher gerichtete Legal Tech Angebote die juristische Infrastruktur, vor allem auf dem Land, gefährden. Unbekannt ist auch, in welchem Umfang zivilrechtliche Mandate noch dazu genutzt werden, um kleinere Strafverteidigungen übernehmen und finanzieren zu können. Sicherung der Verteidigung unverteidigter Angeklagter ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten die weitaus dringendere Aufgabe als die Absicherung der Rechtsdienstleistungsangebote der Legal Tech Unternehmen.¹⁰

Wenig nachvollziehbar ist, das rationale Desinteresse und damit den Zugang zum Recht durch ein Erfolgshonorar überwinden zu wollen. Der Begriff des rationalen Desinteresses ist dem kollektiven Rechtsschutz entlehnt, in dem ein Schädiger eine Vielzahl von Personen geschädigt hat. Während für den einzelnen Geschädigten in einem individuellen Verfahren nur jeweils sein Schaden zur Entscheidung steht, geht es für den Schädiger – zumindest wenn eine höchstrichterliche Entscheidung ergeht – immer auch um den gesamten Schaden, weil die Gerichtsentscheidung zwar nicht rechtliche aber faktische Bindungswirkung entfaltet.

⁸ <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/mietgerichtstag-mietendeckel-wohnraummieter-gewerbemiete-minderung-anwaelte-verguetung-corona-schoenheitsreperaturen/>.

⁹ Wolf in: GWG Vor § 1 RDG, Rz. 12 f.

¹⁰ Zur Situation *Kucharski*, Der unverteidigte Beschuldigte im Strafverfahren, 2017, S. 5 ff., Die Situation des unverteidigten Angeklagten beschreibt *Kucharski* so: „Insgesamt gesehen zeigte sich im Rahmen dieser Untersuchung die Figur des unverteidigten Angeklagten/Betroffenen als ein den Justizorganen ausgelieferter Prozessbeteiligter, der vergeblich versucht, die ihn völlig überfordernde Situation in dem ihm gemachten Strafverfahren möglichst schadenfrei zu überstehen.“, S. 11; Hierzu bereits *Wolf*, BRAK-Mitt 2020, S. 250, 251.

Richtig ist, dass insbesondere Prozesse mit niedrigem Streitwert sich ohne exogene Finanzierung kaum kostendeckend führen lassen.¹¹ M.a.W., die Kosten der Bearbeitung des Rechtsfalls bilden sich in den RVG-Gebühren nicht ab. Die Fallbearbeitung bedarf des Zuschusses durch andere ertragsstärkere Mandate des Rechtsanwalts oder durch eine mit Steuermitteln finanzierte Umverteilungsagentur.¹² Soweit keine Interessenasymmetrie besteht, trifft den Beklagten das rationale Desinteresse in gleichem Umfang wie den Kläger. Die Quersubventionierung unterstützt dabei Kläger und Beklagten gleichermaßen zu wirtschaftlich sinnvollen Konditionen, um gerichtlichen Rechtsschutz nachzusuchen. Der Vorschlag, Rechtsanwälte dürfen Prozesse bis zu 2.000,-- Euro auf Erfolgshonorarbasis führen, springt daher doppelt zu kurz. Es kann weder dem Rechtsstaatsprinzip noch Art. 14 GG genügen, wenn der Staat den Zugang zum Recht so organisiert, dass der Kläger Zugang zum Recht nur durch einen Verzicht auf 30 % seiner Forderung erhält. Sowohl das BVerfG als auch der EGMR haben betont, dass das Kostenrisiko mit dem angestrebten Erfolg nicht außer Verhältnis stehen darf.¹³ Erfolgshonorar ist daher verfassungskonform nur in der Verbindung mit der Einführung eines Strafschadens („punitive damages“) realisierbar. Allerdings muss der Strafschaden auch in dem Verhalten des Beklagten seine Rechtfertigung finden können.

Auch vermag das Erfolgshonorar das rationale Desinteresse auf Beklagtenseite nicht zu überwinden. Sind die Verfahrenskosten bei niedrigen Streitwerten zu hoch, trifft dies den Beklagten in gleichem Umfang. Betrachtet man die anwaltliche Vertretung an den Amtsgerichten sind dort zwar in 89 % der Fälle alle Kläger durch einen Anwalt vertreten, jedoch nur 47 % aller Beklagten (vgl. IV.2.). Das rationale Desinteresse scheint also auf Klägerseite deutlich geringer ausgeprägt zu sein als auf Beklagtenseite.

Ohne es ausdrücklich zu sagen, liegt dem Referentenentwurf ein neoliberales Modell zugrunde, welches Recht am effizientesten durch wettbewerbsfreundliche Mechanismen sichern will. Das Modell vermag jedoch nicht zu überzeugen, weil die Grundprämissen nicht zutreffen. Voraussetzung für Markteffizienz ist, dass die Produktionskosten stetig sind.

¹¹ Vgl. hierzu bereits *Wolf*, ZZP 128 (2015), S. 69 ff.

¹² Vgl. *Wolf* in: 60 Jahre Bunderechtsanwaltskammer, 2019, S. 63, 168.

¹³ BVerfGE 85, 337 und EGMR, Judgment 18 July 2013, CASE OF KLAUZ v. CROATIA (Application no. 28963/10) und EGMR Judgment 18 February 2020, CASE OF ČERNIUS AND RINKEVIČIUS v. LITHUANIA (Applications nos. 73579/17 and 4620/18).

Im Rechtsdienstleistungsmarkt lassen sich die Produktionskosten aber nicht als Funktion beschreiben. Sieht man von standardisierbaren Leistungen ab, werden die Produktionskosten des Rechtsstreits von der rechtlichen Komplexität des jeweiligen Falls bestimmt.¹⁴ Legal Tech Unternehmen konzentrieren sich auf wenige, sehr einfach gelagerte Fälle mit Skaleneffekten; damit schmälern sie zugleich die Möglichkeiten der Quersubventionierung und damit die exogene Finanzierung in einer Vielzahl von Fällen.

III. Wesentlicher Inhalt des Referentenentwurfs

Der vorliegende Referentenentwurf versucht auf die aktuellen Entwicklungen im Legal Tech Bereich zu reagieren, indem er im Wesentlichen die Möglichkeit für Rechtsanwälte, auf Erfolgshonorarbasis abzurechnen, erweitert. Zusätzlich werden den sogenannten Legal Tech Unternehmen erweiterte Informationspflichten gegenüber ihren Kunden und der Registrierungsstelle auferlegt.

Die Möglichkeit der Inkassounternehmen, Erfolgshonorare zu fordern, wird mit den § 49b Abs. 2 S. 2 BRAO-E, § 4 RVG-E und § 4a RVG-E nicht begrenzt. Die eigentlich naheliegende Lösung, das Verbot des Erfolgshonorars in § 4 Abs. 2 RDGEG auch auf die Inkassounternehmen zu erstrecken, um einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil der Inkassodienstleister gegenüber den Rechtsanwälten zu verhindern,¹⁵ wählt der Entwurf nicht. Stattdessen sollen die Möglichkeiten des Erfolgshonorars für Rechtsanwälte deutlich erweitert sowie die anwaltliche Prozessfinanzierung erstmalig in Teilen zugelassen werden.

Nach § 4 RVG soll künftig eine Gebührenunterschreitung im Bereich der außergerichtlichen Inkassodienstleistung, einschließlich der dem Inkassounternehmen noch zugänglichen amtsgerichtlichen Verfahren nach § 79 Abs. 2 S. 2 ZPO, möglich sein. Gleichfalls werden die Möglichkeiten und die Form des Erfolgshonorars deutlich erweitert. Bislang ist es dem Rechtsanwalt nicht möglich gewesen, ein Erfolgshonorar mit Verfahrenskostenübernahme – die vollständige anwaltliche Prozessfinanzierung – zu vereinbaren. Bislang ermöglicht § 49b Abs. 2 S. 2 BRAO für den Fall der Vereinbarung eines Erfolgshonorars keine Übernahme der Kosten des Gerichts oder der gegnerischen Partei. Nunmehr sollen auch die

¹⁴ Hierzu Wolf, 4. Zivilprozessrechts-Symposium, Bd. 16 Bundesrechtsanwaltskammer-Schriftenreihen, 2008, S. 1, 14 ff.; ders., ZJP 128 (2015), S. 69, 90 f. und ders. in GWG § 2 Rz. 16 ff.

¹⁵ Siehe hierzu Johnik in: Gaier/Wolf/Göcken, § 4 RDGEG, Rz. 11.

Kosten des Gerichts und der Gegenseite zusätzlich zu der Vereinbarung eines Erfolgshonorars bis zu einem Gegenstandswert von 2.000,-- Euro übernommen werden können. Gleiches gilt, wenn sich die anwaltliche Tätigkeit auf die außergerichtliche Inkassotätigkeit beschränkt oder in den Grenzen des § 79 Abs. 2 S. 2 ZPO stattfindet. M.a.W., für eine außergerichtliche Inkassotätigkeit eines Rechtsanwalts ist künftig unabhängig von der Höhe der geltend gemachten Forderung ein Erfolgshonorar mit Kostenübernahme möglich.

Für Inkassounternehmern besteht die wesentliche Änderung in einer Erweiterung der Informationspflichten, sowohl gegenüber dem Kunden als auch gegenüber der Registrierungsstelle. Nicht geregelt werden der Ausbau und die Bündelung der Aufsicht bei einer zentralen Behörde. Auch muss das Inkassounternehmen nicht angeben, wie hoch das Risiko tatsächlich ist, welches es bereit ist, durch das Erfolgshonorar zu übernehmen.

Durch § 4 RDG-E soll die Annahme einer Gefährdung der Rechtsdienstleistung allein durch die Inanspruchnahme eines Prozessfinanzierers als Dritten ausgeschlossen werden.

IV. Rechtsberatungsmarkt unterhalb der Anwaltschaft

Strittig ist, ob sich Unternehmen, wie flightright oder wenigermiete.de, die für Verbraucher meist standardisierte Forderungen gegen Unternehmen auf Erfolgshonorarbasis geltend machen, auf eine Inkassolizenz stützen können. Eine Reform des Inkassobegriffs ist schon deshalb dringend notwendig, weil die Rechtsprechung bislang den Begriff des Inkassos nicht präzise zu fassen vermochte. Es ließen sich für den Inkassobegriff keine allgemeingültigen Maßstäbe aufstellen; vielmehr sei eine stets am Schutzzweck des Rechtsdienstleistungsgesetzes orientierte Würdigung des Einzelfalls vorzunehmen.¹⁶ Die Einzelfallwürdigung der Rechtsprechung vermag aber nicht zu überzeugen, weil diese einerseits dem Verbraucherschutz nicht hinreichend gerecht wird und andererseits ein effektives Instrument des kollektiven Rechtsschutzes verhindert.

So hat der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen zu wenigermiete.de grundsätzlich die Zulässigkeit solcher Vertriebsformen für rechtmäßig erklärt.¹⁷ Gleichzeitig hat der BGH in seinen Entscheidungen betont, dass die Geschäftsmodelle von wenigermiete.de gerade

¹⁶ BGH, NJW 2020, 208 LS2 und Rz. 109, sowie LG München, NZKart 2020, 145, 147.

¹⁷ NJW 2020, S. 208 ff.; NZM 2020, 542; NZM 2020, 551.

noch zulässig seien.¹⁸ Dabei hat es der Bundesgerichtshof unterlassen, den Inkassobegriff genau zu definieren, weil sich hierfür keine allgemeingültigen Maßstäbe aufstellen ließen.¹⁹ Im Gegensatz dazu haben einige Landgerichte das Modell der Sammelklage nach österreichischem Recht abgelehnt.²⁰ Unter der Sammelklage nach österreichischem Recht versteht man die Abtretung einzelner Ansprüche an eine nach § 29 des Konsumentenschutzgesetzes²¹ klageberechtigte Institution. Diese macht die so gebündelten Ansprüche geltend, wobei die einzelnen Klagen nach § 227 östZPO in einem Verfahren verbunden werden.²² Die Sammelklage nach österreichischem Recht ist eine Möglichkeit, den Zugang zum Recht in einer Situation zu ermöglichen, welche typischerweise durch Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes adressiert werden müsste. Der Beklagte hat durch sein gleichgerichtetes Verhalten eine Vielzahl von Personen geschädigt, daher steht für den Beklagten in jedem einzelnen Verfahren auch die gesamte Schadenssumme auf dem Spiel. Schon alleine wegen der Rückstellungen in der Bilanz (§ 249 HGB) steht für den Beklagten ökonomisch mehr auf dem Spiel als der Streitwert des einzelnen Verfahrens. Ein am BGH gewonnener Prozess hat erhebliche Ausstrahlungswirkung auf alle anderen Verfahren. In der Entscheidungspraxis der Instanzgerichte kommt so eine Entscheidung einer Ankerfunktion gleich. Die Beklagten wenden deshalb regelmäßig die Prozesstaktik der Vereinzelung an. Hierzu gehört z.B., Grundsatzurteile durch Überkompensation einzelner Kläger zu verhindern, um so ein Grundsatzurteil des BGH zu verhindern.²³ Im Gegensatz hierzu geht das ökonomische Interesse an dem Prozess des einzelnen Geschädigten nicht über seinen individuellen Schaden hinaus. Schon alleine diese Asymmetrie der ökonomischen Interessen bewirkt für die Geschädigten häufig eine tatsächliche Rechtsverfolgungssperre.

Ob ein nach dem RDG noch zulässiges Inkassogeschäft vorliegt, beurteilt das LG München danach, ob von vornherein mit einer gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs zu rechnen sei.²⁴ Richtig an dieser Unterscheidung ist zunächst einmal, dass die Möglichkeiten des Inkassodienstleisters bezüglich einer gerichtlichen Durchsetzung in § 79 Abs. 2 Nr. 4 ZPO

¹⁸ BGH, NJW 2020, 208, 220, Rz. 108.

¹⁹ BGH, NJW 2020, 208, 221, Rz. 109.

²⁰ LG Hannover, NZKart 2020, 398; LG München, NZKart 2020, 145; LG Ingolstadt, NWB 2020, 2594.

²¹ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002462>.

²² Zur Zulässigkeit OGH, 4Ob116/05w m.w.N.

²³ Röthemeyer, Musterfeststellungsklage, 2. Aufl. 2020, Rz. 8 ff.

²⁴ LG München NZKart 2020, 145, 147; der Unterscheidung folgend LG Hannover, NZKart, 2020, 398, 400.

auf das Mahnverfahren beschränkt sind. Ab diesem Zeitpunkt, also im Rahmen der gerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche, muss sich die Partei beim Amtsgericht entweder selbst vertreten oder durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Nach § 2 Abs. 2 S. 1 RDG liegt auch dann ein Inkassogeschäft vor, wenn sich das Inkassounternehmen die Forderung abtreten lässt. Diese Konstruktion erweitert aber nicht die Handlungsoption nach § 79 Abs. 2 Nr. 4 ZPO, da sich das Legal Tech Unternehmen als Inkassodienstleister auch im Fall der Abtretung der Forderung im streitigen Verfahren nicht selbst vertreten darf, § 79 Abs. 1 S. 2 ZPO.²⁵

Die Frage, ob primär auf eine außergerichtliche Rechtsverfolgung oder eine gerichtliche Geltendmachung abgezielt wurde, läuft auf eine im Grunde wenig handhabbare Motivforschung hinaus. In den vom LG München entschiedenen Fall würde zwar auch eine außergerichtliche Rechtsdurchsetzung in Aussicht gestellt, jedoch war diese aus der Sicht des LG München nicht ernsthaft genug.²⁶ Damit wird zugleich der Weg geebnet, dieses Kriterium zu umgehen. Kein Gläubiger wird auf einer gerichtlichen Klärung seiner Forderung beharren, wenn der Schuldner diese freiwillig erfüllt. Wie vieler Aufforderungen der Forderungserfüllung durch das Inkassounternehmen bedarf es, um von einer primär außergerichtlichen Forderungseintreibung sprechen zu können?

Auch vom Schutzgedanken vermag die Rechtsprechung nicht zu überzeugen und bedarf dringend der Korrektur durch den Gesetzgeber. Die Rechtsprechung gewichtet das Schutzbedürfnis gerade falschherum, insbesondere, weil die Frage, ob eine gerichtliche Forderungsdurchsetzung von Anfang an eingeplant war, ungeeignet ist, das Schutzbedürfnis zu erfassen.

Ausgangspunkt des Inkassos ist regelmäßig die Beauftragung eines Inkassounternehmens durch einen Kaufmann oder Unternehmer, der mit Hilfe des Inkassounternehmens seine Forderung realisieren wollte. Inkasso fand also im B2C oder B2B Geschäft statt. Diese Blickrichtung nimmt auch das Gesetz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht und zur Änderung weiterer Vorschriften ein. In der Gesetzesbegründung wird betont,

²⁵ *Jacoby* in: Stein/Jonas, 23. Aufl. 2016, ZPO § 79 Rz. 38 ff.

²⁶ LG München, NZKart 2020, 145, 146, 147.

dass 90 % des Marktvolumens auf die im BDIU zusammengeschlossenen Inkassounternehmen zurückzuführen sind. Hiervon richten sich 84 % der Forderungen der Unternehmen gegen Verbraucher, lediglich 16 % der Forderungen gegen ein anderes Unternehmen.²⁷ Folglich will das Gesetz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht nicht den Auftraggeber schützen, sondern den Schuldner der Forderung. Gegenüber dem Gegner hat der Gesetzgeber den Inkassounternehmen und Rechtsanwälten erhöhte Informationspflichten aufgegeben.

Ein besonderer Schutz des Auftraggebers – über das normale Auftragsverhältnis hinaus – ist in einer solchen Konstellation nicht zwingend. Zumindest ist der Auftraggeber als Unternehmer weniger schutzwürdig als ein Verbraucher. Die LKW-Kartell-Entscheidung des LG München betraf Speditionsunternehmen, die gegenüber den LKW-Herstellern Schadensersatzansprüche wegen verbotener Preisabsprachen geltend machen wollten. Hier hat das LG München die Berufung auf die Inkassolizenz verweigert. In den *wenigermiete.de* Fällen, die der BGH hingegen von der Inkassolizenz gedeckt angesehen hat, geht es um den Schutz des Verbrauchers auf der Auftraggeberseite, der Rückzahlungsansprüche wegen zu hoher Mietforderungen geltend macht.

Die beiden Fälle unterscheiden sich nicht nur im Hinblick auf die subjektive Schutzwürdigkeit der Gläubiger, sondern auch im Hinblick auf die Realisierbarkeit der Forderungen. Der Kartellschadensersatzanspruch ist alleine schon im Hinblick auf die ökonomische Interessenasymmetrie zwischen den Kartellanten und dem einzelnen Geschädigten nur gebündelt möglich. Im Gegensatz hierzu ist die Realisierung von Mietrückzahlungen im Rahmen einer normalen Rechtsverfolgung möglich; jedenfalls findet keine Interessenbündelung statt und ist für die Durchsetzung nicht erforderlich.

Die besondere Schutzwürdigkeit in den Legal Tech Fällen ergibt sich jedoch nicht aus den Fällen, die zur Rechtsdurchsetzung angenommen werden, sondern aus denjenigen, die abgelehnt werden. Ursprünglich war Konsens, dass ein Inkassogeschäft nur vorliegt, wenn die Forderung aus der Sicht des Gläubigers besteht und es nur um deren Eintreibung geht.²⁸ Daher gehörte es nicht zum Dienstleistungsspektrum der Inkassounternehmen, den Kunden

²⁷ BT-Drs. 19/20348, S. 21.

²⁸ *Caliebe* in: Seitz (Hrsg.) *Inkasso-Handbuch*, 2000, Kap. 38 Rz. 1098.

darüber aufzuklären, ob die Forderung tatsächlich besteht.²⁹ Die Rechtsprechung hat sich von diesem Verständnis verabschiedet, ohne die damit verbundene Gefahr zu sehen. So betont der BGH, dass ohne die rechtliche Beratung der Legal Tech Unternehmen die Verbraucher ihre Forderung nicht geltend gemacht hätten: *„Zwar hätten die Kunden ohne das Auftreten der Inkassounternehmer ihre Forderungen wohl überhaupt nicht geltend gemacht, da ihnen nicht bewusst gewesen sein dürfte, durchsetzbare Forderungen innezuhaben. Die Kunden hätten aber durch die Tätigkeit des Inkassounternehmers nicht Rechtspositionen aufgegeben, sondern erstmals die Durchsetzung ihrer Rechte in Angriff genommen. (...) Denn ohne die Initiative der Inkassounternehmen wären die Forderungen von den Zedenten zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht worden. Die wirtschaftliche Einbuße infolge von Untätigkeit entspräche insoweit dem völligen Rechtsverlust. Die Inkassounternehmer hätten daher - auch mit ihrer rechtlichen Beratung - den Interessen ihrer Kunden gedient.“*³⁰

Das eigentliche Problem liegt bei der Tätigkeit der Legal Tech Unternehmen, aus der Perspektive des Verbraucherschutzes, nicht in den Forderungen, die diese Unternehmen akzeptiert haben durchzusetzen, sondern in den Forderungen, die abgelehnt wurden, für den Verbraucher geltend zu machen. Ob eine Forderung besteht oder eben nicht besteht, ist keine außerhalb des gerichtlichen Verfahrens feststehende ontologische Wahrheit.³¹ Vielmehr gilt es, das Bestehen des Anspruchs im gerichtlichen Verfahren erst justizförmig festzustellen. M.a.W., die Beurteilung, ob man einen Anspruch gerichtlich verfolgen soll, ist immer eine Entscheidung unter Risiko.

Aus diesem Grund benötigt jedenfalls der Verbraucher eine nicht von offensichtlichen eigenen wirtschaftlichen Überlegungen gesteuerte Rechtsberatung. Hierin liegt auch mitunter ein Grund für § 127 VVG. Es gilt zu verhindern, dass der Rechtsschutzversicherer, der selbst keinen Schaden erlitten hat, die Prozessherrschaft übernimmt.³² Zwischen demjenigen, der den Prozess, sei es als Rechtsschutzversicherer oder durch ein Erfolgshonorar, finanziert, und demjenigen, der eine Schadenskompensation erzielen will, besteht kein automatischer Gleichlauf der Interessen. Die sich an den Verbraucher richtenden Legal Tech Angebote

²⁹ In diesem Sinne auch Kilian, NJW 2019, 1401.

³⁰ BGH NJW 2020, 208, 222, Rz. 122 unter Berufung auf BVerfG NJW 2002, 1190, 1191.

³¹ Wolf in: GWG, anwaltliches Berufsrecht 3. Aufl., 2019, § 1 BRAO Rz. 18a.

³² Hierzu Harbauer/Schmitt, 9. Aufl. 2018, VVG § 127 Rn. 11 mit dem Unterschied zur Haftpflichtversicherung, wo der Versicherer den Schaden zu tragen hat.

bewerten – ohne dies offenzulegen – die Erfolgsaussichten nach der Logik eines Finanzinvestors. Es werden nur diejenigen Fälle angenommen, die auch über eine hohe Erfolgswahrscheinlichkeit verfügen. Dabei verstellen die Begriffe des Legal Tech und der KI mehr den Blick auf die Sache, als sie diese erhellen. Die sogenannte KI kommt im Rahmen der Durchsetzung der Ansprüche im Grunde nicht zum Einsatz, wenngleich man sich standardisierter Textbausteine bedient.³³ Die vor der Auftragserteilung stattfindende „Rechtsberatung“ selektiert lediglich nach dem Kriterium hinreichender Erfolgsaussicht. Es wird nicht eine dogmatische Analyse der Fallproblematik betrieben, sondern im Sinne einer Wahrscheinlichkeitsrechnung versucht, automatisiert diejenigen Fälle aus den Anfragen im Internet herauszufiltern, welche eine sehr hohe Erfolgswahrscheinlichkeit beinhalten.

Im Grunde wird die Logik der Finanzinvestoren auf den Rechtsmarkt übertragen. Der Finanzinvestor, dem kein eigener auszugleichender Schaden entstanden ist, vergleicht die Anlagemöglichkeit in einem bestimmten Rechtsstreit mit anderen Anlagemöglichkeiten, wie z.B. der Produktion von Lithiumbatterien oder Wasserstoff. Dabei wird er Ertragserwartung und Verlustrisiko des einzusetzenden Kapitals vergleichen. Nur wenn in beiden Parametern das Legal Tech Unternehmen besser abschneidet, rentiert sich die Bevorzugung dieser Anlageoption gegenüber anderen. Im Kern findet nur noch da Rechtsdurchsetzung statt, wo sich diese – verglichen mit anderen Anlageformen – rechnet.

Da dieser Prozess durch die Erfolgs- und Renditeerwartung des Inkassounternehmens gesteuert wird, vereitelt eine solche Inkassodienstleistung die Realisierung aller Forderungen, die nicht dem Schema der simpel zu realisierenden Forderungen entspricht.

Die Rechtsprechung ist zugleich inkohärent. Der BGH betont, in Anlehnung an das BVerfG, dass die Belange der Rechtspflege durch das weite Verständnis des Inkassobegriffs nicht verletzt werden. *„Aus Gründen des Schutzes der Rechtspflege sollten lediglich die Gerichte vor Anträgen und sonstigen Schriftsätzen von Inkassounternehmen bewahrt werden.“*³⁴ M.a.W., die juristische Fachkenntnis der Inkassounternehmen reicht aus der Sicht der Gerichte aus, um die Verbraucher qualifiziert zu beraten, nicht jedoch dazu, Schriftsätze

³³ Zu den Grenzen der auf Textbausteinen basierenden Berufungsbegründung BGH, NJW-RR 2020, 503 und BGH, NJW-RR 2020, 1187.

³⁴ BGH, NJW 2020, 208, 223, Rz. 131.

bei Gericht einzureichen. Beschränkt sich die Tätigkeit von Inkassounternehmen auf die außergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen, welche aus der Sicht des Gläubigers bestehen, und nicht auf die Prüfung eines Sachverhalts nach möglichen Ansprüchen,³⁵ vermag die Ansicht zu überzeugen. Sobald man jedoch den Inkassounternehmen eine weitergehende Prüfung des Sachverhalts nach möglichen zivilrechtlichen Ansprüchen überlassen will, vermag die Rechtsprechung nicht zu erklären, warum die Eruiierung des entscheidungserheblichen Sachverhalts, also das hin und her Schweifen des Blicks zwischen Norm und Sachverhalt (*Karl Engisch*), dem Inkassounternehmen möglich sein soll, nicht aber das Verfassen eines Schriftsatzes an das Gericht.

Alleine ein Blick auf § 4 RDV verdeutlicht allerdings, dass sich die den Inkassounternehmen zugeschriebene besondere Sachkunde in engen Grenzen halten dürfte. Für den besonderen Sachkundenachweis im Sinne von § 12 RDG sind lediglich nach § 4 Abs. 1 RDV ein Lehrgang von 120 Zeitstunden sowie nach § 4 Abs. 3 RDV der Nachweis mindestens einer bestandenen fünfstündigen Klausur notwendig. Allein dies veranschaulicht, dass eine vertiefte juristische Kenntnis bei der Beurteilung der Reichweite der Tätigkeit von Inkassounternehmen nicht zugrunde gelegt werden kann.

Die BRAO baut seit der Reichsrechtsanwaltsordnung auf dem Gedanken einer vom Staat und staatlicher Bevormundung unabhängigen Rechtsanwaltschaft auf. Anwälte unterliegen nicht der Aufsicht der Gerichte, vielmehr nehmen die Rechtsanwaltskammern als Organe der Selbstverwaltung die Berufsaufsicht wahr.³⁶ Hierbei handelt es sich um eine unverzichtbare Funktionsvoraussetzung der Rechtsberatung. Nur in ihrer Unabhängigkeit vom Staat können die Rechtsanwälte – ohne Beeinflussung durch die Gerichte – unabhängigen Rechtsrat erteilen. Würde die Selbstverwaltung durch eine staatliche Wirtschaftsaufsicht ersetzt, bestünde die Gefahr, dass der Rechtsanwalt nicht immer nur die Interessen seines Mandanten verträte, sondern sich auch an den u.U. gegenläufigen Interessen des Staates orientieren würde.³⁷

³⁵ So das ursprüngliche Verständnis des Inkassobegriffs, vgl. *Caliebe* in: Seitz (Hrsg.), *Inkasso-Handbuch*, 2000, Kap. 38 Rz. 1098.

³⁶ *Wolfin*: GWG, § 1 BRAO, Rz. 49.

³⁷ *Gaier*, BRAK-Mitt., 2012, 142, 144 f.

Bei Inkassounternehmen ist aber diese zwingend notwendige Funktionsvoraussetzung der Rechtsberatung nicht gegeben. Die Inkassounternehmen unterliegen nach § 13a RDG der Aufsicht der zuständigen Behörde, welche für die Einhaltung des RDG zu sorgen hat. Zuständige Behörden sind nach § 19 Abs. 1 RDG die Landesjustizverwaltungen, es sei denn die jeweilig zuständige Landesregierung hat die Zuständigkeitskompetenz auf nachgeordnete Behörden übertragen. Dies ist in allen Bundesländern zugunsten der Gerichtspräsidenten erfolgt.³⁸

Sowohl der sehr eingeschränkte Befähigungsnachweis als auch die fehlende Unabhängigkeit ist bei der Reichweite der Rechtsberatungsbefugnis der Inkassounternehmen zu beachten. Demgegenüber vermag auch der Hinweis nicht zu überzeugen, dass man nur den Schuldner schützen würde, wenn man die Aktivlegitimation des Inkassounternehmens wegen fehlender Rechtskenntnis verneinen würde.³⁹ Konsequenz zu Ende gedacht wäre kein Fall mehr denkbar, bei dem ein Inkassounternehmen die Grenzen seiner Inkassolizenz überschritten hätte. Jede Beanstandung würde zu einem Schuldnerschutz führen.

Problematisch ist hingegen, dass bislang weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung den Begriff des Inkassos scharf gefasst haben. Wenn man betont, dass sich für den Begriff des Inkassos keine allgemeingültigen Maßstäbe entwickeln lassen,⁴⁰ bringt man sich zwangsläufig in eine Situation, in der man dem Inkassounternehmen die Aktivlegitimation nur noch um den Preis entziehen kann, hierdurch den Schuldner vor einer Rechtsverfolgung zu schützen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Ansprüche anderenfalls verjährt wären. Von daher ist es zu begrüßen, dass das BMJV mit dem Referentenentwurf die Konturierung des Inkassobegriffs auf die Tagesordnung gesetzt hat. Diese muss an dem Zweck, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen, orientiert sein. Dabei ist auch der Sachkundenachweis von 120 Zeitstunden nach § 4 RDV und die fehlende Unabhängigkeit der Inkassounternehmen durch die staatliche Aufsicht in den Blick zu nehmen.

³⁸ Klees in: Krenzler/RDG, 2. Aufl., 2017, § 19 RDG, Rz. 5.

³⁹ BGH, NJW 2020, 208, 222, Rz. 124.

⁴⁰ BGH, NJW 2020, 208, 221, Rz. 109.

V. Zugang zum Recht durch Erfolgshonorar und anwaltliche Prozessfinanzierung – § 4a RVG-E, § 49b Abs. 2 S. 2 BRAO-E

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten ist es grundsätzlich untersagt, Erfolgshonorare zu vereinbaren, § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO. M.a.W., es darf keine Honorarvereinbarung dahingehend getroffen werden, dass die Vergütung oder ihre Höhe in Abhängigkeit zum Ausgang der Sache oder zum Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit gestellt wird oder ein Teil des erstrittenen Erlöses als Anwaltshonorar zugesprochen wird. Ausnahme zu diesem Grundsatz normiert restriktiv § 4a RVG: Im Einzelfall soll die Vereinbarung eines Erfolgshonorars dann zulässig sein, wenn der Mandant bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten werden würde. Dabei differenziert das Gesetz nicht zwischen dem *Palmarium*, also dem Abschlag von der Vergütung, und der *quota litis* Vereinbarung, also einem Anteil am erstrittenen Ertrag als Vergütung.⁴¹

Die Übernahme der gesamten Verfahrenskosten einschließlich der Gerichtskosten und der Gebührenansprüche des gegnerischen Anwalts im Unterliegensfall und damit die Finanzierung desselbigen Rechtsstreites ist dem Rechtsanwalt in Gänze untersagt, § 49b Abs. 2 S. 2 BRAO. Die Prozessfinanzierung über eine Prozessfinanzierungsgesellschaft, deren Gesellschafter der beauftragte Rechtsanwalt ist, stellt eine unzulässige Umgehung des Verbotes von Erfolgshonoraren nach § 49b Abs. 2 BRAO dar.⁴²

Entsprechend des Referentenentwurfs soll Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten nunmehr nicht nur die erfolgsbasierte Vergütungsvereinbarung weitestgehend gestattet werden, § 4a RVG-E, sondern darüber hinaus auch die Kostenübernahme des Rechtsstreits, § 49b Abs. 2 S. 2 BRAO-E, § 4a Abs. 1 Nr. 1 RDG-E; konkret der Gerichtskosten, der eigenen Kosten sowie der Kosten der gegnerischen Partei im Unterliegensfall (vollständige anwaltliche Prozessfinanzierung). Zudem soll es der Anwaltschaft künftig möglich sein, die durch das RVG vorgesehenen Gebühren und Auslagen ihrer Höhe nach zu unterschreiten, § 4 RVG-E. Als Grund der Notwendigkeit wird zum einen die Sicherstellung des Zugangs zum Recht und zum anderen die Gebotenheit eines kohärenten Gleichlaufs der Anwaltschaft zu registrierten Inkassodienstleistern formuliert.

⁴¹ Von Seltsmann in: GWG, § 49b BRAO Rz. 35.

⁴² OLG München, Urt. v. 4.12.2017 – 19 U 1807/17, WM 2018, 426.

1. Ausgangsfrage

Die Diskussion um die Öffnung des Erfolgshonorars sowie der Zulassung anwaltlicher Prozessfinanzierung muss gleich unter mehreren Blickwinkeln geführt werden.

Zum einen aus Perspektive des Rechtsuchenden: Die erste Frage muss sein, ob der Mandant, dessen Rechtsanwalt auf Basis anwaltlicher Prozessfinanzierung arbeitet, hierdurch besseren Zugang zu seinem Recht erhält. Die zweite Frage ist, wie sich der Zugang zum Recht für alle anderen Rechtsuchenden auswirkt, mit denen kein Erfolgshonorar oder keine anwaltliche Prozessfinanzierung vereinbart wird. M.a.W., deren Fälle wirtschaftlich nicht attraktiv zu führen sein werden.

Zum anderen aus Perspektive des Rechtsanwalts: Die breite Öffnung des Marktes zugunsten anwaltlicher Prozessfinanzierung wirft die Frage auf, wie sich dies auf die Möglichkeit und Bereitschaft der Rechtsanwälte auswirkt, durch Quersubventionierung den Zugang zum Recht zu ermöglichen. Im Kern läuft die Frage darauf hinaus, wie Klagen mit niedrigem Streitwert finanzierbar sind, ohne an einer objektiv-relativen Kostensperre zu scheitern.⁴³

2. Rationales Desinteresse

Der Referentenentwurf will ein rationales Desinteresse an der Geltendmachung von Ansprüchen durch die Einführung des Erfolgshonorars oder anwaltlicher Prozessfinanzierung überwinden. Dabei überträgt er einen Begriff aus dem Bereich des kollektiven Rechtsschutzes unspezifisch auf alle Zivilprozesse und übersieht dabei, dass dem Begriff des rationalen Desinteresses – jedenfalls soweit dies durch Erfolgshonorar oder Verfahrensbündelung überwunden werden soll – eine Asymmetrie der Interessen innewohnt.

Der Referentenentwurf formuliert das „rationale Desinteresse“ des Rechtsuchenden als Grund für die Öffnung des Erfolgshonorars und die Zulassung anwaltlicher Prozessfinanzierung zur Stärkung des Zugangs zum Recht, § 4 RVG-E.⁴⁴ Hierzu wird sich im Wesentlichen

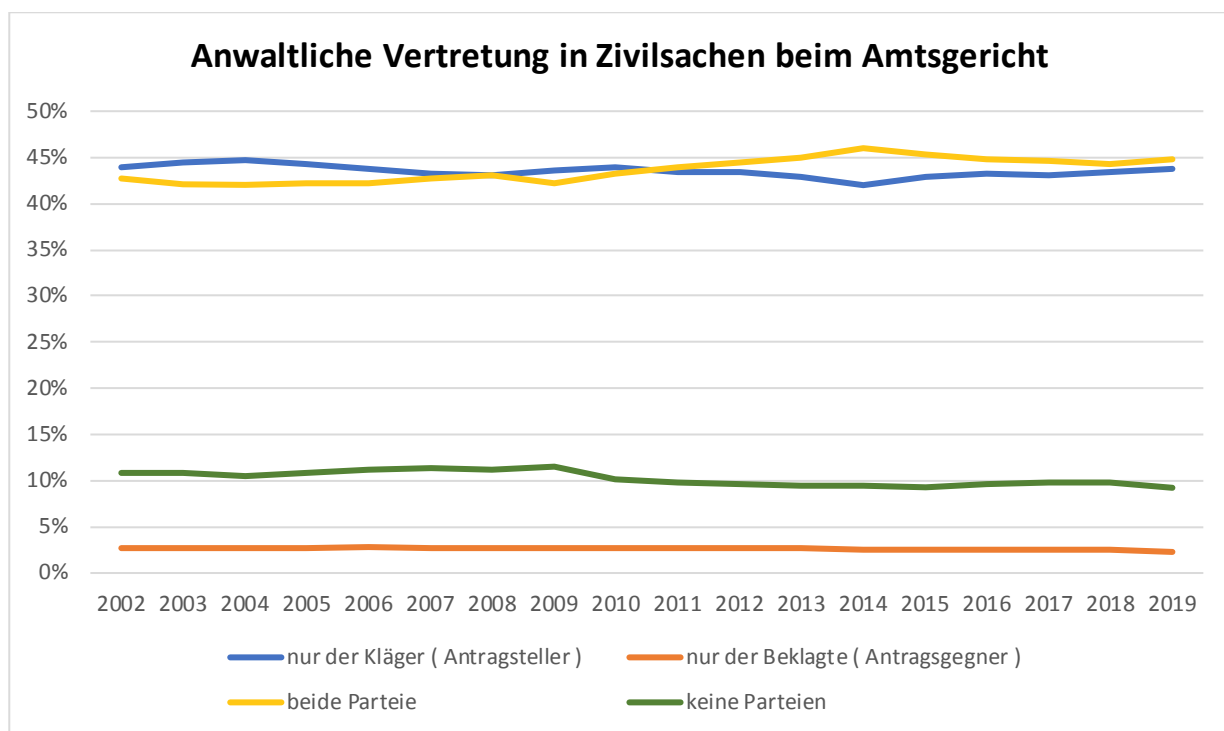
⁴³ Näher dazu *Wolf* in: FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, S. 63 (163 ff.).

⁴⁴ Referentenentwurf, S. 10.

auf Studien der Versicherungsbranche gestützt. Dem lassen sich die Zahlen des Statistischen Bundesamtes entgegenhalten:⁴⁵

In der Rückschau der letzten 17 Jahre wurden durchschnittlich in 44 % der Verfahren am Amtsgericht sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite anwaltlich vertreten.

Im Durchschnitt sind 1,3 Anwälte am Verfahren vor dem Amtsgericht – trotz Postulationsfähigkeit der Parteien – beteiligt. Gleichzeitig weisen 70 % der amtsgerichtlichen Verfahren einen Streitwert von 2.000,-- EUR oder niedriger auf. Diesen Zahlen lässt sich kein – zumindest signifikantes – rationales Desinteresse entnehmen.



Um ein konkretes Beispiel anhand des Jahres 2019 zu benennen: In 45 % der am Amtsgericht anhängigen Verfahren waren sowohl die Klägerseite als auch die Beklagtenseite anwaltlich vertreten; lediglich in 9 % der Verfahren stand auf keiner der Partelseiten eine Rechtsanwältin oder ein Rechtsanwalt. In 44 % der Verfahren war ausschließlich die Klägerseite anwaltlich vertreten, nur in 2 % der Verfahren ausschließlich die Beklagtenseite. D.h., in 89 % der Fälle bevollmächtigte die Klägerseite einen Rechtsanwalt. Demgegenüber ließ sich der Beklagte in nur 47 % der Fälle von einem

⁴⁵ Zweifelnd auch Röthemeyer, Musterfeststellungsklage, 2. Auflage 2020, Rz. 4

Rechtsanwalt vertreten. Die anwaltschaftliche Vertretung vor dem Amtsgericht zeigt, dass der Kläger in deutlich mehr Fällen sich anwaltschaftlich vertreten lässt, und damit auch lassen kann, als der Beklagte. Wenn aus diesen Zahlen ein rationales Desinteresse zu schließen ist, dann befindet sich dieses auf der Seite des Beklagten. Ein rationales Desinteresse unterstellt, müsste die Sicherstellung des Zugangs zum Recht damit insbesondere für den Beklagten diskutiert werden.

Der Begriff des „rationalen Desinteresses“ entspringt dem Bereich des kollektiven Rechtsschutzes und wird versucht, zweckentfremdet in den Bereich normaler zivilrechtlicher Klagen überführt zu werden. Im kollektiven Rechtsschutz werden unter dem Begriff des rationalen Desinteresses Fälle diskutiert, wo zwischen dem ökonomischen Streitwert des Beklagten und dem des einzelnen Klägers Disparität besteht. Für den Beklagten steht in jedem einzelnen Prozess der gesamte von ihm unter Umständen verursachte Schaden zur Verhandlung. Schon alleine auf Grund des Legalitätsprinzips i.S.d. § 76 AktG ist der Vorstand verpflichtet, für die Erfüllung der feststehenden Forderungen zu sorgen. Die gesamte im Raum stehende Forderungssumme muss in die obligatorische Rückstellung eingebaut werden und kann damit nicht anderweitiger Verwendung zugeführt werden, § 249 HGB. Demnach wird eine hohe Kapitalsumme auf Seiten des Beklagten blockiert. Folge ist die Bereitschaft des Beklagten, hohen Prozessaufwand zu betreiben; in dieser Konstellation kann von rationalem Desinteresse des Beklagten nicht die Rede sein.

Dort, wo eine ökonomische Ungleichgewichtung der Beklagten- und Klägerposition besteht, bedarf es einer Bündelung der Interessen auf Klägerseite, um das rationale Desinteresse zu überwinden. Überträgt man den Begriff auf den normalen Zivilprozess, wo der Streitwert auf beiden Seiten derselbe ist, ist es eine Frage der objektiven Verfahrenskosten und mithin eine Frage der **objektiv-relativen Kostensperre**. Diese kann nur durch die Beigabe finanzieller Mittel in das System überwunden werden, die für die rechtsstaatskonforme Klärung geringfügiger Forderungen erforderlich sind. Das kann das Erfolgshonorar, welches kein zusätzliches Geld in das System führt, sondern nur den finanziellen Ausgleich des Klägers verringert, nicht leisten.

3. Kein verbesserter Zugang zum Recht für den Rechtsuchenden

Die Öffnung des Erfolgshonorars sowie die Zulassung vollständiger anwaltlicher Prozessfinanzierung bei Streitwerten bis zu 2.000,-- Euro, § 4a Abs. 1 Nr. 1 RVG-E, § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO-E, tragen nicht zur Sicherstellung des Zugangs zum Recht bei. Im Ergebnis führt dies realiter zu einer Verlagerung des Arbeitseinsatzes des Rechtsanwalts hin zu den erfolgsversprechenderen und ökonomisch attraktiveren Fällen.⁴⁶ Gleichzeitig kann Zugang zum Recht nicht bedeuten, dass der Kläger zur Durchsetzung seiner Rechte auf 30 % seines Anspruchs verzichten muss. Teuer erkaufter Zugang zum Recht kann nicht Ziel der Rechtsschutzgarantie sein.

- a. Durch das Erfolgshonorar wird die **Logik des Finanzinvestors** auf den Rechtsanwalt übertragen. Entsprechend der Logik des Finanzinvestors wird der Rechtsanwalt auf Basis des Erfolgshonorars sowie der vollständigen anwaltlichen Prozessfinanzierung ausschließlich unkomplizierte und „sichere Fälle“ übernehmen. M.a.W., Fälle mit bereits sehr hoher Erfolgswahrscheinlichkeit.

Um ökonomisch auf der Basis eines Erfolgshonorars oder der Prozessfinanzierung arbeiten zu können, bedarf es einer Fallselektion nach Erfolgswahrscheinlichkeit. Der Rechtsanwalt stellt für die Führung des Rechtsstreits Eigenkapital („equity capital“) zur Verfügung und begründet damit ein eigenes Prozesskostenrisiko. Konsequenz dessen ist, dass ausschließlich Verfahren mit hoher Erfolgswahrscheinlichkeit auf Basis des Erfolgshonorars oder der Prozessfinanzierung zu führen sein werden. Eine Erfolgsprognose von über 70 % gilt derzeit als üblich, liegt realiter jedoch höher. Unterhalb dieser Schwelle wird der Zugang zum Recht erschwert.

Wie *Stürner* bereits ausgeführt hat, führt die Einführung des Erfolgshonorars – und dasselbe gilt für die Zulassung anwaltlicher Prozessfinanzierung – zu einer Verlagerung des Arbeitseinsatzes hin zu den erfolgsversprechenden Fällen.⁴⁷ Möchte der Anwalt auf Basis eines Erfolgshonorars oder anwaltlicher Prozessfinanzierung wirtschaftlich arbeiten, verlagert sich die Selektion der Mandate zwangsläufig zu den erfolgsversprechenden hin. Zugang zum Recht wird nicht in den umstrittenen Fällen, sondern nur in den sicheren oder ziemlich sicheren Fällen eröffnet. Im Gegensatz hierzu liegen die Anforderungen,

⁴⁶ *Stürner* in: NJW-Sonderheft zum 4. Hannoveraner ZPO-Symposium, 2007, S. 9 f.

⁴⁷ *Stürner* in: NJW-Sonderheft zum 4. Hannoveraner ZPO-Symposium, 2007, S. 9, 10.

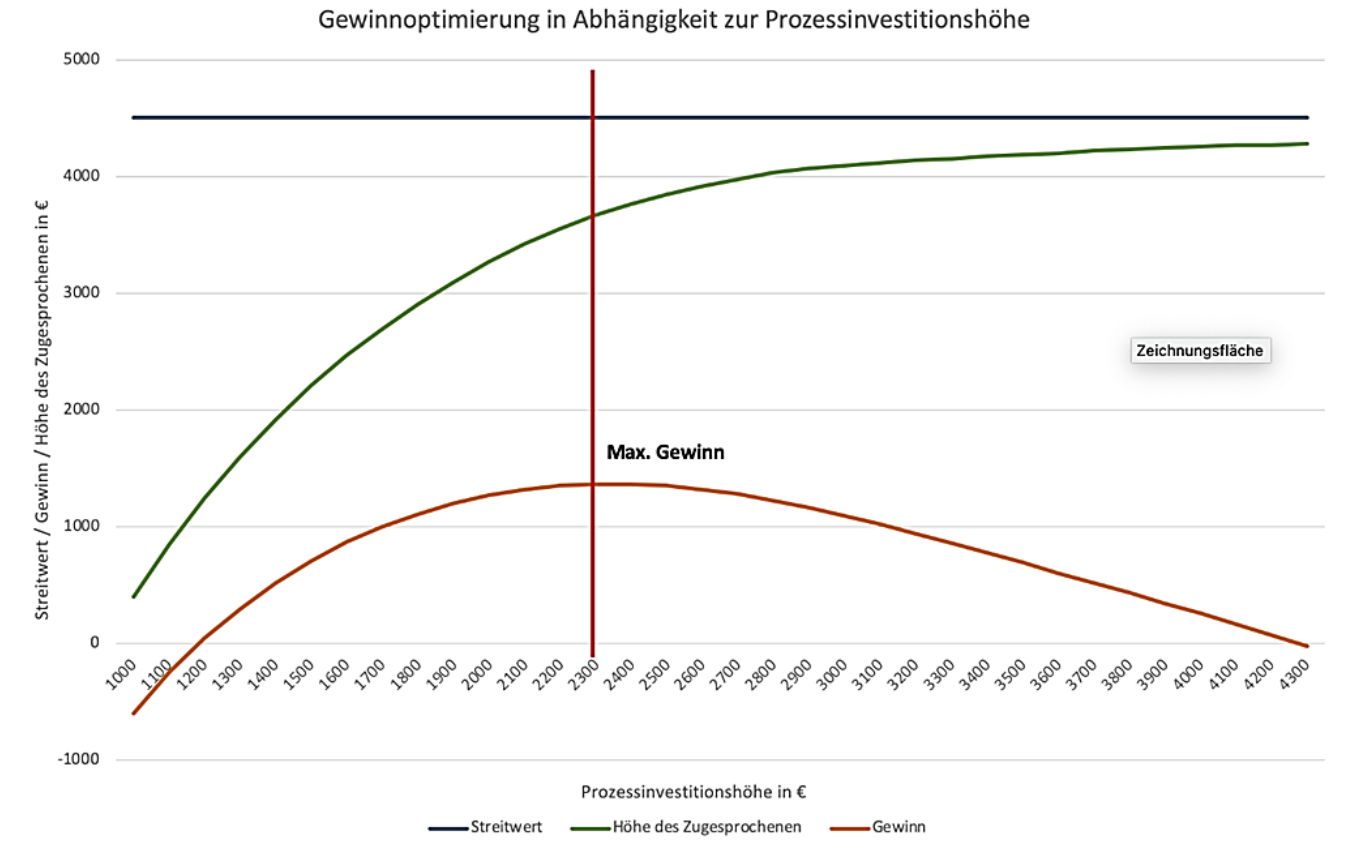
die der Staat an die Gewährung von Prozesskostenhilfe stellt, deutlich niedriger. So dürfen schwierige und umstrittene Rechtsfragen im Prozesskostenhilfeverfahren nicht durchentschieden werden.⁴⁸ Hinreichende Erfolgsaussichten bei einer Schmerzensgeldklage bestehen z.B., wenn der geforderte Betrag noch vertretbar erscheint.⁴⁹

- b. Durch die Eigenkapitalfinanzierung des Rechtsanwalts wird ein eigenes Prozesskostenrisiko und damit ökonomisches Eigeninteresse des Anwalts am Ausgang des Verfahrens begründet. Dies führt – zumindest ab einem bestimmten Punkt – zur **Gegenläufigkeit zu den Interessen des Mandanten**.

Ein Rechtsanwalt, der den Prozess selbst finanziert, wird ab einem bestimmten Punkt den Vergleich mit der Gegenseite suchen. Die Investition finanzieller und zeitlicher Ressourcen macht aus ökonomischer Sicht von diesem Punkt an keinen Sinn mehr. Die Interessen des Rechtsuchenden und die des finanzierenden Rechtsanwalts sind an dieser Stelle gegenläufig.

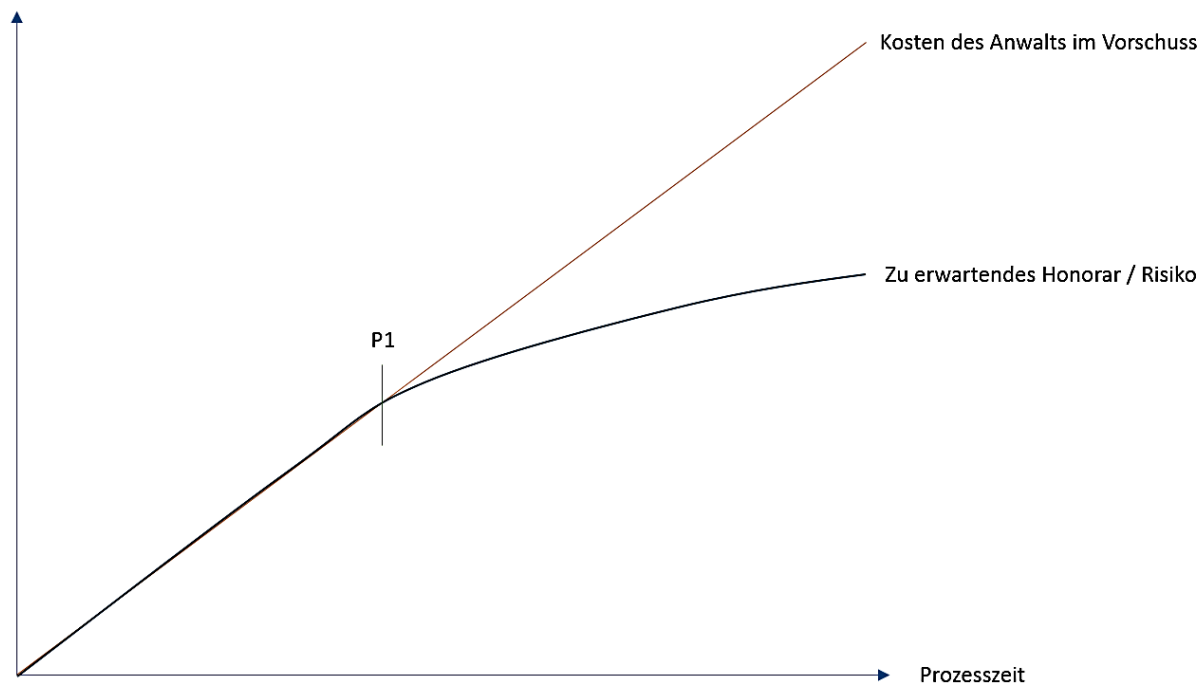
⁴⁸ BVerfG, 1 BvR 2666/18, 29.11.2019, Rz. 12.

⁴⁹ BVerfG, 1 BvR 2666/18, 29.11.2019, Rz. 15.



Insbesondere in der Literatur zur *class action* ist das Problem hinreichend diskutiert,⁵⁰ dass die das Verfahren finanzierenden Rechtsanwälte ein erhebliches ökonomisches Eigeninteresse haben, einen raschen Vergleich zu schließen und nicht die maximal erreichbare Kompensation zu erstreiten, wenn dies mit einer aus ihrer Sicht überproportionalen Steigerung der Verfahrenskosten verbunden ist. Dies lässt sich mit folgender Graphik veranschaulichen, die aus einem fiktiven Quotienten von Erfolgshonorar und Risiko und den vom Rechtsanwalt aufgewendeten Kosten gebildet wurde. Ab einem bestimmten Aufwand übersteigen die Verfahrenskosten den Quotienten von erwartetem Erfolg und Risiko. Weitere Investitionen machen ab diesem Zeitpunkt ökonomisch keinen Sinn mehr.

⁵⁰ Hierauf nimmt aber die BGH-Entscheidung, BGH, NJW 2020, 208 ff. nicht Bezug.



- c. Der objektiv-relativen Kostensperre kann nicht durch Erfolgshonorar oder durch vollständige anwaltliche Prozessfinanzierung begegnet werden.

Der gleiche Zugang zu Gericht kann den Parteien aus subjektiv-absoluten und objektiv-relativen Gründen versperrt sein.⁵¹ Eine **subjektiv-absolute Kostensperre** liegt bei Unmöglichkeit endogener Prozessfinanzierung vor. M.a.W., wenn die Parteien nicht über eigene Mittel verfügen, den Prozess zu finanzieren. Soweit die eigenen finanziellen Mittel nicht ausreichen, müssen der Partei entsprechende Mittel zur Verfügung gestellt werden.⁵² Dies ist verfassungsrechtlich durch Art. 3 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip auf nationaler⁵³ und auf europäischer Ebene in Art. 6 EMRK⁵⁴ und Art. 47 GRCh abgesichert. Auf einfachgesetzlicher Ebene wird dieser verfassungsrechtlichen Verpflichtung durch das Institut der Prozesskosten- und Beratungshilfe sowie der Pflichtverteidigung begegnet.

⁵¹ Hierzu ausführlich *Wolf* in: FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 63, (163 ff.).

⁵² BVerfGE 2, 336 ff.; BVerfGE 56, 139 ff.

⁵³ BVerfGE 81, 347 ff.

⁵⁴ EGMR, Urt. v. 15.2.2005 – 68416/01, Steel und Morris/Vereinigtes Königreich; EGMR (V. Sektion), Entsch. v. 8.12.2009 – 54193/07 Herma/Deutschland.

Die **objektiv-relative Kostensperre** liegt vor, wenn die einzuklagende Summe in keinem Verhältnis zu den hierzu aufzuwendenden Verfahrenskosten steht, sodass die Anrufung der Gerichte nicht mehr ökonomisch sinnvoll erscheint. Verfassungsrechtlich ist dieser Grundsatz auf nationaler Ebene im Rechtsstaatsprinzip verortet. Wörtlich führte das BVerfG hierzu aus: *„Mit der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Justizgewährungspflicht ist es nicht vereinbar, den Rechtsuchenden durch Vorschriften über die Gerichts- und Anwaltsgebühren oder deren Handhabung mit einem Kostenrisiko zu belasten, das außer Verhältnis zu seinem Interesse an dem Verfahren steht und die Anrufung des Gerichts bei vernünftiger Abwägung als wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll erscheinen läßt.“*⁵⁵ Auf der Ebene des Europarats ist dieses Prinzip in Art. 6 EMRK und Protokoll Nr. 1 Art. 1 der EMRK verortet.⁵⁶ Einfachgesetzlich wird diese verfassungsrechtliche Verpflichtung durch die im RVG angelegte Quersubventionierung verwirklicht. Zwischen der Art der Erledigung und dem Gewinnstreben des Rechtsanwalts bestand eine gewisse Entkoppelung.⁵⁷ Der Gewinn sollte das Ergebnis, nicht das Ziel der anwaltlichen Tätigkeit sein.

Voraussetzung, um die subjektiv-absolute und die relativ-objektive Kostensperre durch Prozesskostenhilfe und Quersubventionierung überwinden zu können, ist die Organisation des Anwaltsmarktes durch das Berufsrecht als Marktordnungsrecht. Rechtsanwälte verwirklichen, indem sie sich an der Prozesskostenhilfe, der Pflichtverteidigung und der Beratungshilfe beteiligen, die Überwindung der subjektiv-absoluten sowie der objektiv-relativen Kostensperre.⁵⁸ Eine Unzulänglichkeit ergibt sich aus der Belastungsungleichheit innerhalb der Anwaltschaft: Insbesondere die ertragsstarken Anwälte entziehen sich in weiten Bereichen der Aufgabe des streitwertunabhängigen Zugangs zum Recht.

⁵⁵ BVerfGE 85, 337.

⁵⁶ EGMR, Judgement 18.7.2013, Klauz v. Croatia (Application no. 28963/10) und EGMR Judgement 18.2.2020, *Cernius and Rinkevicius v. Lithuania* (Applications Nos. 73579/17 and 4620/18).

⁵⁷ Stürner, Markt und Wettbewerb über Alles?, 2007, S. 23.

⁵⁸ Wolf in: 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 63 (163 ff.).

Die Anwaltschaft muss sich an der Aufgabe eines vom Streitwert losgelösten Zugangs zum Recht als Solidargemeinschaft beteiligen; mit der Folge einer Belastungsgerechtigkeit.⁵⁹ Schon heute ist dies in weiten Bereichen nicht mehr der Fall.⁶⁰ Es steht zu befürchten, dass die in dem Referentenentwurf vorgesehenen Liberalisierungsschritte die Situation weiter verschärfen werden.

- d. Darüber hinaus läuft der Anwalt durch jede Form der ökonomischen Beteiligung am Prozess Erfolg Gefahr, dass seine Glaubwürdigkeit als Organ der Rechtspflege erschüttert wird. Bezogen auf die Rechtsfindung ist es erforderlich, dass ein **Übergang vom Meinen zur thetischen Rede erfolgt**, weil nur so der Prozess des Argumentierens begonnen werden kann. Hierin gründet sich auch die **notwendige Unabhängigkeit** des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege zum eigenen Mandanten.⁶¹ Ein Anwalt, insbesondere ein Verteidiger, der sich so mit den Interessen des eigenen Mandanten identifiziert, dass er über das bloße Meinen nicht hinauskommt, und der die professionelle Distanz zu den Belangen des Mandanten verloren hat, vermag dem Mandanten nicht mehr durch die thetische Rede Gehör im Prozess zu verschaffen. Auch das Sachlichkeitsgebot nach § 43a Abs. 3 BRAO findet hierin seine innere Berechtigung.

4. Ungeeignete Anreizsetzung für den Rechtsanwalt

Sowohl das Erfolgshonorar als auch die vollständige anwaltliche Prozessfinanzierung fußen auf einem den Rechtsanwalt adressierenden ökonomischen Anreizsystem. Als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung zeitlicher und finanzieller Ressourcen soll der Anwalt erfolgshonoriert vergütet werden.

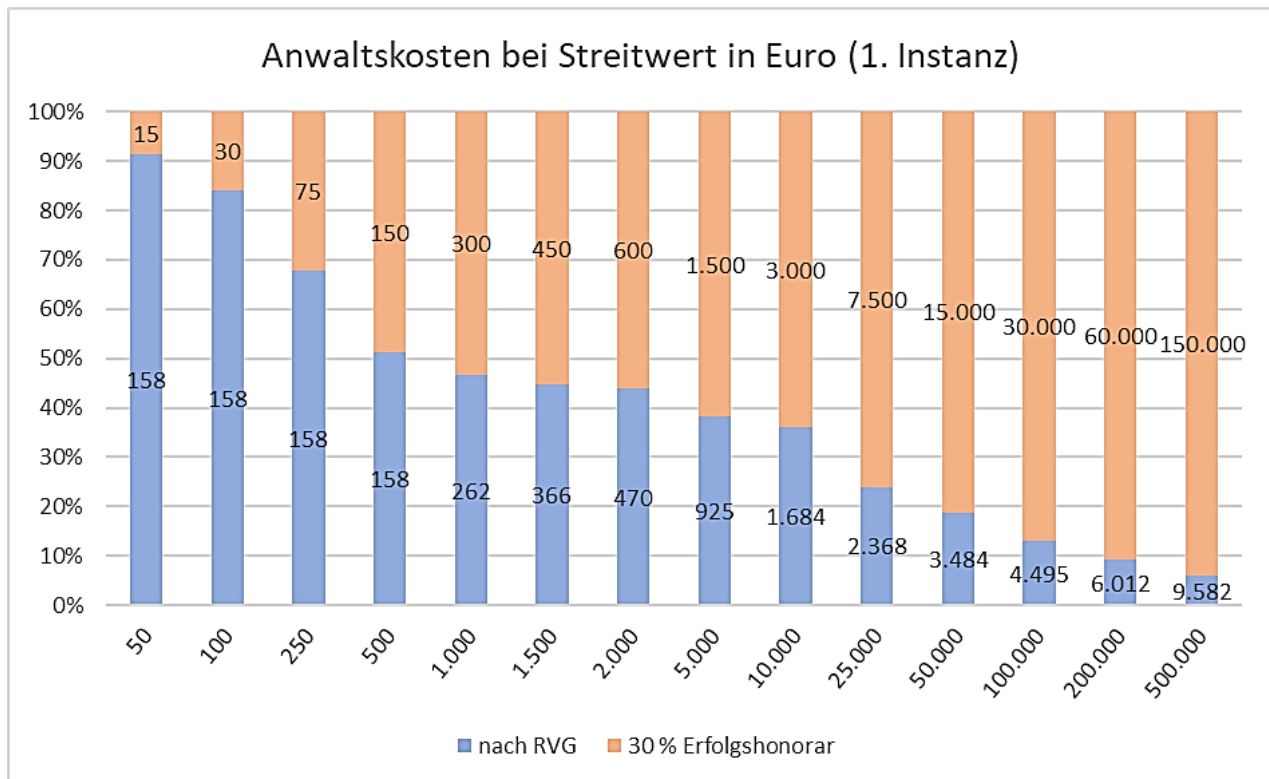
Fragwürdig ist, inwieweit die Öffnung des Erfolgshonorars bei einem Streitwert bis zu 2.000,- Euro, § 4a Abs. 1 Nr. 1 RVG-E, sowie die Zulassung anwaltlicher Prozessfinanzierung bis zur selbigen Streitwerthöhe, § 49b BRAO-E, § 4a Abs. 1 Nr. 1 RVG-E, einen hinreichenden

⁵⁹ Hierzu ausführlich *Wolfin*: 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 63 (168 ff.).

⁶⁰ *Wolfin*: 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 63 (169).

⁶¹ *Wolfin*: GWG, § 1 BRAO Rz. 17 ff.

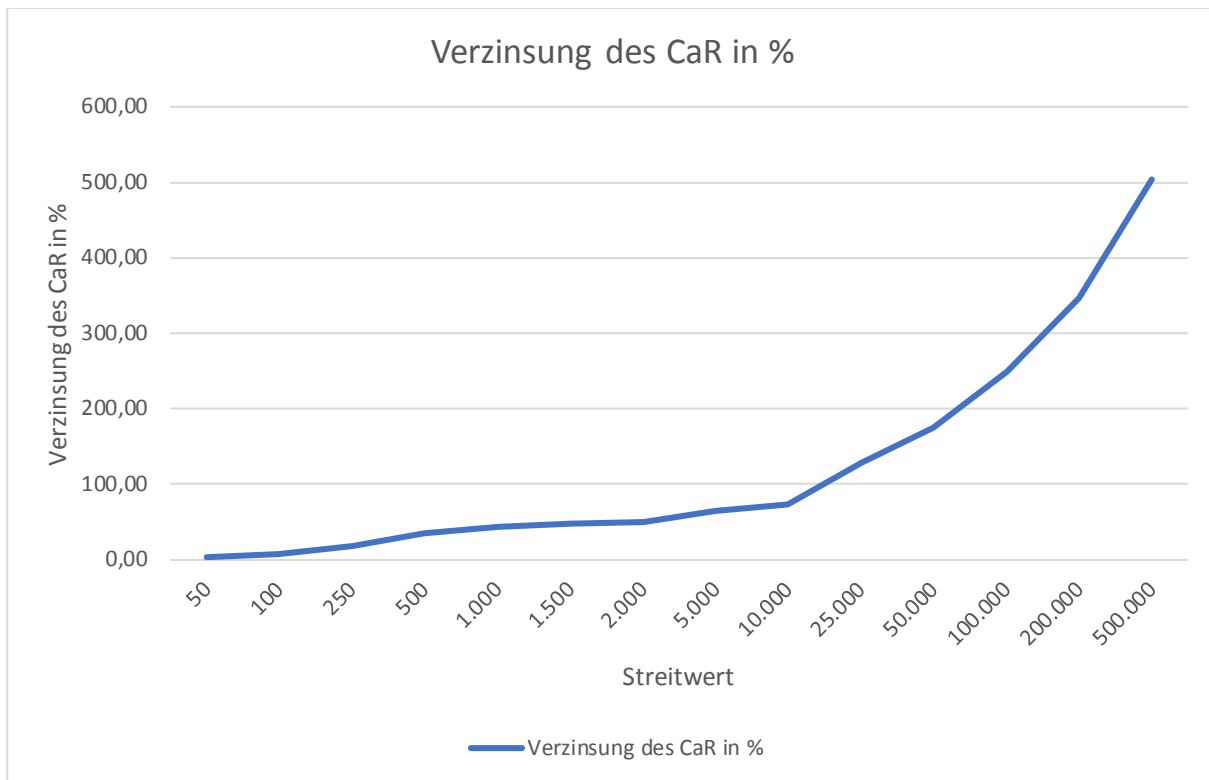
ökonomischen Anreiz begründen. Legt man die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von 30 % zugrunde, übersteigt das zu zahlende Erfolgshonorar die gesetzlich normierten RVG-Gebühren erst ab einem Streitwert von 1.000,-- Euro, die Prozesskostenerstattung außen vor gelassen.



Setzt man die Anwaltschaft dem Vorwurf aus, bei geringen Streitwerten, abseits hoher Stundenhonore, nicht hinreichend den streitwertunabhängigen Zugang zum Recht zu ermöglichen, stellt sich die Frage der Signifikanz einer Erfolgshonorarvereinbarung unterhalb der Schwelle von 1.000,-- Euro.

Nicht berücksichtigt ist darüber hinaus die Risikoverzinsung. Der Rechtsanwalt, der auf Basis der vollständigen anwaltlichen Prozessfinanzierung arbeitet, muss aber sein „capital at risk“ (eigener Gebührenanspruch, Gerichtskosten und Gebührenanspruch des gegnerischen Rechtsanwalts im Unterliegensfall) angemessen verzinst bekommen. Legt man den Maßstab von 30 % der Klagesumme als Erfolgshonorar zugrunde, ergibt sich bei niedrigen Streitwerten für den Rechtsanwalt keine bessere Honorierung. Das „capital at risk“ erreicht

erst bei einem Streitwert von 500,-- Euro eine Verzinsung von 35 %, steigt aber danach exponentiell an.



5. Strafschaden als notwendige Grundlage für das Erfolgshonorar

Ein System, das den Zugang zum Recht über Erfolgshonorare ermöglichen will, muss sich zum Strafschaden („punitive damages“) bekennen.

Als „punitive damages“ wird nach dem Recht der meisten Einzelstaaten der USA ein zum rein ausgleichenden Schadensersatz zusätzlich zuerkannter „Strafschadensersatz“ bezeichnet. Voraussetzung der „punitive damages“ ist, dass dem Täter ein erschwerender Umstand durch vorsätzliches, bössartiges oder rücksichtsloses Fehlverhalten zur Last fällt.⁶²

⁶² BGH, Urt. v. 04.06.92 - IX ZR 149/91, NJW 1992, 3096 (3102).

Dem deutschen System der Prozesskostenerstattung liegt das Unterliegensprinzip i.S.d. § 91 ZPO zugrunde. Dies besagt, dass die unterlegene Partei die gesamten Verfahrenskosten zu tragen hat. Gesamte Verfahrenskosten meint dabei die nach dem RVG entstehenden Kosten. Das Erfolgshonorar führt dazu, dass der Kläger, trotz Obsiegens, nicht mehr vollumfänglich kompensiert wird. Er zahlt aus seinem erwirkten Anspruch die Mehrvergütung seines Rechtsanwalts. Zugang zum Recht wird daher aus der Perspektive des Mandanten teuer erkaufte. Das System der Prozesskostenerstattung i.S.d. § 91 ZPO läuft damit leer. Der Strafschaden führt dazu, dass das Erfolgshonorar vollständig vom Beklagten gezahlt wird und der Kläger eine vollständige Kompensation seines Schadens erhält.

Prozessfinanzierung auf Erfolgsbasis ist sinnvoll, soweit die Parteien die ökonomische Souveränität haben, über die Vereinbarkeit des Erfolgshonorars zu entscheiden. Verfassungsrechtlich problematisch wird es, wenn sich der Gesetzgeber seiner verfassungsrechtlichen Verantwortung für die Organisation des Anwaltsmarktes mit dem Hinweis auf das Erfolgshonorar zu entziehen sucht. Weder dem verfassungsrechtlichen Gebot der Überwindung der subjektiv-absoluten noch der objektiv-relativen Kostensperre wird der Gesetzgeber gerecht, wenn er den Zugang zum Recht für den Kläger nur durch einen Verzicht auf 30 % seines Anspruchs ermöglicht (Erfolgshonorar).

6. Rolle der Anwaltschaft beim Zugang zum Recht

Erschütterungen des Vertrauens der Allgemeinheit und des Mandanten in die Anwaltschaft als Organ der Rechtspflege sowie in die Glaubwürdigkeit des einzelnen Rechtsanwalts demoralisieren den Zugang zum Recht.

Durch die Liberalisierung des Erfolgshonorars sowie der vollständigen anwaltlichen Prozessfinanzierung wird ein zumindest latenter Interessenkonflikt zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten geschaffen. Gegenläufige Interessen des Rechtsanwalts als Interessenvertreter des Mandanten bilden eine Polarität, die nicht zur Stärkung des Vertrauensverhältnisses beitragen kann.

Der Rechtsanwalt ist unabhängiges Organ der Rechtspflege, § 1 BRAO. Gleichzeitig ist das Berufsbild des Rechtsanwalts durch seine Rolle als einseitiger Interessenvertreter des Mandanten geprägt. Das Vertrauen des Mandanten sowie der Allgemeinheit in dieses hybride Leitbild der Anwaltschaft als parteivertretendem Organ der Rechtspflege sowie in seine Integrität ist unabdingbare Voraussetzung für die Rechtsberatung⁶³ und gleichzeitige Herausforderung. Der Absicherung der Anwaltschaft in ihrer Doppelfunktion entspringen die berufsrechtlichen Grundpflichten („core values“): Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts, § 43a Abs. 1 BRAO, die Verschwiegenheitspflicht, § 43a Abs. 2 BRAO, das Sachlichkeitsgebot, § 43a Abs. 3 BRAO, das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, § 43a Abs. 4 BRAO, sowie die gleiche Augenhöhe mit der Richterschaft. Neben diesen ist wesentliche Grundpflicht des Rechtsanwalts die Sicherung des streitwertunabhängigen Zugangs zum Recht: So normiert § 49a Abs. 1 S. 1 BRAO die gesetzliche Pflicht des Rechtsanwalts, angetragene Beratungshilfemandate zu übernehmen. § 48 BRAO ermöglicht die staatliche Beiordnung des Rechtsanwalts in bestimmten Fällen. Erfolgt die Beiordnung im Wege der Prozesskostenhilfe, ordnet § 49 BRAO die Kontrahierung an. Gleichzeitig sichern Anwälte den Zugang zum Recht durch Quersubventionierung und RVG ab. Vor diesem Hintergrund ist der Erhalt einer leistungsfähigen Anwaltschaft aus rechtsstaatlichen Gründen zwingend erforderlich.

Durch die Zulassung des Erfolgshonorars sowie der vollständigen anwaltlichen Prozessfinanzierung wird nicht nur ein – zumindest latenter – Interessenkonflikt zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten geschaffen, sondern auch ein inwendiger Interessenkonflikt des Rechtsanwalts in seiner Rolle als Interessenvertreter des Mandanten. Durch die Zurverfügungstellung eigenen Kapitals und der damit verbundenen Begründung eigenen Prozessrisikos ist ein ökonomisches Eigeninteresse des Rechtsanwalts am Ausgang des Verfahrens nicht von der Hand zu weisen. Er führt den Rechtsstreit zwar im Namen seines Mandanten, jedoch auf eigene wirtschaftliche Rechnung. Der Rechtsanwalt wird selbst Interessenpartei des Zivilprozesses.

⁶³ BVerfGE 108, 150, 161 f.; BVerfGE 113, 29, 49f.; BVerfGE 110, 226, 252.

Um auf die eingangs formulierte Ausgangsfrage zu antworten: Die Zulassung des Erfolgshonorars und der Prozessfinanzierung für die Anwaltschaft ist weder aus der anwaltlichen Perspektive noch aus der des Mandanten zielführend.

VI. Gebotenheit eines kohärenten Gleichlaufs der Anwaltschaft zu registrierten Inkassodienstleistern

Während dem Rechtsanwalt die Prozessfinanzierung untersagt ist, § 49b Abs. 2 S. 2 BRAO, und die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nur eingeschränkt unter den Voraussetzungen des § 4a RVG möglich ist, gelten diese Beschränkungen nach herrschender Ansicht nicht für den nach § 10 RDG registrierten rechtsberatenden Inkassodienstleister.⁶⁴ Nach § 4 Abs. 2 S. 2 RDGEG ist die Vereinbarung eines Erfolgshonorars sowie die Prozessfinanzierung für die in § 4 Abs. 1 RDGEG genannten Personen unzulässig. § 4 Abs. 1 RDGEG adressiert Rentenberater sowie „registrierte Erlaubnisinhaber“. Folgt man *Henssler*, sind Inkassodienstleister als „registrierte Erlaubnisinhaber“ i.S.d. § 4 Abs. 1 RDGEG zu subsumieren, mit der Folge der Geltung des § 4 Abs. 2 S. 2 RDGEG.

Die Position *Hensslers* verdeutlicht, dass inkohärente Regelungen nicht zwangsläufig durch eine Deregulierung aufzulösen sind, sondern auch durch eine einheitliche Regelung von Vergleichsbereichen beseitigt werden können. M.a.W., das Gebot der kohärenten Regelung, auf das sich der Referentenentwurf bezieht, zwingt nicht zu einem Delaware-Effekt. Daher ist es grundsätzlich denkbar, das Erfolgshonorar auch für Inkassounternehmen zu streichen, jedenfalls dann, wenn diese auch rechtsberatend tätig sind.

Zur Auflösung der formulierten Ungleichbehandlung wählt der Referentenentwurf den Weg der Anpassung des Anwaltsmarktes an den Markt der Inkassodienstleister.⁶⁵ Die eigentlich naheliegende Lösung, das Verbot des Erfolgshonorars in § 4 Abs. 2 RDGEG auch auf die Inkassounternehmen zu erstrecken, um einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil der Inkassodienstleister gegenüber den Rechtsanwälten zu verhindern,⁶⁶ wählt der Entwurf nicht. Stattdessen sollen die Möglichkeiten des Erfolgshonorars für Rechtsanwälte deutlich erweitert sowie die anwaltliche Prozessfinanzierung erstmalig in Teilen zugelassen werden.

⁶⁴ Anderer Ansicht hierzu ist *Henssler*, NJW 2019, 545 (548).

⁶⁵ Referentenentwurf, S. 13.

⁶⁶ Siehe hierzu *Johnigk* in: Gaier/Wolf/Göcken, § 4 RDGEG, Rz. 11.

Die Anwaltschaft hat gegenüber anderen Berufsgruppen den Wettbewerbsvorteil, dass die „core values“ wie das Prävarikationsverbot und die Verschwiegenheitspflicht nicht nur vertraglich absicherbar sind, sondern durch eine objektive Berufsaufsicht garantiert werden. Durch das Zusammenspiel von RVG, BRAO und RDG werden die anwaltlichen Grundwerte abgesichert. Jede Schmälerung dieser Garantie führt zur Verkleinerung dieses Wettbewerbsvorteils. Durch die Öffnung des Erfolgshonorars und die Zulassung anwaltlicher Prozessfinanzierung wird nicht nur das Vertrauen in den und die Glaubwürdigkeit des Rechtsanwalts geschwächt, sondern allen voran seine Unabhängigkeit und Integrität.

VII. Schutz des Verbrauchers vor Informationsdefiziten – § 13f RDG-E

Der Reformgesetzgeber des RDG hat sich bewusst gegen ein Informationsmodell und für ein Verbotsmodell nichtanwaltlicher Rechtsdienstleistungen entschieden. Wenn man, wie § 13f RDG-E, in Richtung Informationsmodell gehen will, ist es erforderlich, dass der Verbraucher über die Erfolgswahrscheinlichkeit und das damit verbundene Prozesskostenrisiko des durch ihn angetragenen Rechtsstreits umfassend aufgeklärt wird. Die Verpflichtung des Inkassodienstleisters zur Erteilung eines abstrakten Hinweises auf die Möglichkeit alternativer Rechtsdurchsetzung i.S.d. § 13f Abs. 1 Nr. 1 a) RDG-E verfehlt die Zielsetzung des Verbraucherschutzes.

Darüber hinaus muss die Aufklärungs- und Informationsverpflichtung auch gegenüber denjenigen Verbrauchern erfolgen, deren Fälle vom Legal Tech Unternehmen abgewiesen wurden. Nur so kann der Gefahr einer Rechtsverfolgungssperre unterhalb der Erfolgswahrscheinlichkeitsgrenze der Legal Tech Unternehmen begegnet werden.

1. Im Rahmen des Informationsmodells ist es fundamental, Informationsdefizite der Verbraucher bei Inanspruchnahme eines als Inkassodienstleisters registrierten und i.S.d. § 10 Abs. 1 S. 1 RDG rechtsberatend tätig werdenden Legal Tech Unternehmens zu beseitigen. Dem kann nur mit einer Verpflichtung des Inkassodienstleisters zur umfassenden Aufklärung begegnet werden. Die Aufklärungspflicht darf sich jedoch, neben dem Aufschluss rund um die Vergütungsvereinbarung, nicht auf einen bloß abstrakten Hinweis auf andere Möglichkeiten zur Durchsetzung der Forderung beschränken, § 13f Abs. 1 Nr. 1 a) RDG-E.

Wird zwischen Inkassodienstleister und Verbraucher ein Erfolgshonorar vereinbart, ist Hauptmotivation und Vorteil aus Perspektive des Verbrauchers die Verlagerung des Prozesskostenrisikos auf den Inkassodienstleister. Gerade im Hinblick auf das Kostenrisiko, welches in unmittelbarem Zusammenhang zu den Erfolgsaussichten steht, wird der Verbraucher bei Inanspruchnahme eines Legal Tech Unternehmens jedoch nicht aufgeklärt. Auf Basis des Erfolgshonorars tätige Legal Tech Unternehmen bewerten ausschließlich Fälle mit einer über 70%igen – realiter weitaus höheren – Erfolgswahrscheinlichkeit als wirtschaftlich. Das verlagerte Prozesskostenrisiko des Verbrauchers betrüge demnach höchstens 30 %.

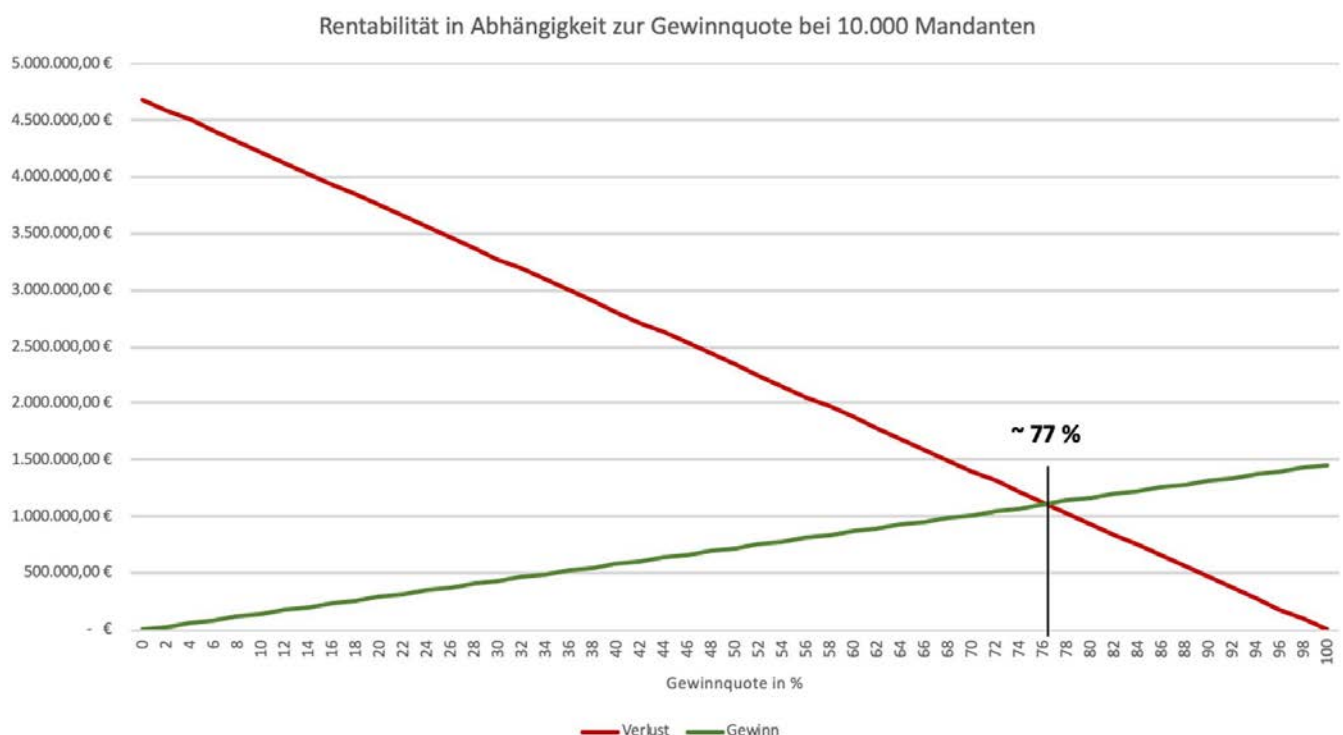
Legt man die gerichtliche Erfolgsquote des Legal Tech Inkassodienstleisters flightright.de von 98 %⁶⁷ zugrunde, würde dies im Umkehrschluss eine gerichtliche Ausfallquote von lediglich 2 % bedeuten. Hochgerechnet auf 100 Fälle würde flightright.de demnach in nur zwei Fällen unterliegen und die gesamten Prozesskosten tragen müssen. Bei einem Streitwert von bis zu 500,-- Euro, bei jedem der 100 Verfahren, bemisst sich der Gesamtverlust auf 938,18 Euro.⁶⁸ Das übliche Erfolgshonorar von 30 % zugrunde gelegt, würde der Umsatz von flightright.de auf die 98 obsiegenden Fälle hingegen 14.700,-- Euro betragen. Zusätzlich werden an flightright.de die Anwaltskosten von der unterliegenden Gegenseite i.H.v. 15.452,64 Euro auf 98 Fälle erstattet, von denen in unbekannter Höhe die beauftragten Anwälte zu entlohnen sind.

Den Einzelfall betrachtet: Bei einem Streitwert von 500,-- Euro und einer Erfolgsaussicht des konkret angetragenen Rechtsstreits von 98 % bezahlt der Verbraucher 150,-- Euro Erfolgserlös für die Verlagerung seines Prozesskostenrisikos von 2 %. Darüber gilt es, den Rechtsuchenden vor dem Hintergrund des Verbraucherschutzes aufzuklären.

⁶⁷ Nach eigenen Angaben von flightright, <https://www.flightright.de/gruendungsgeschichte>.

⁶⁸ 469,09 Euro je unterlegenen Fall.

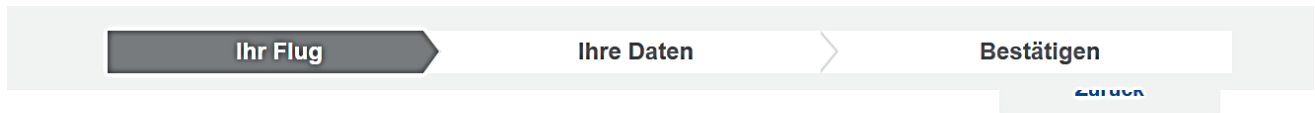
Der Inkassodienstleister EUclaim spricht von einer generellen Erfolgsquote von 97 %.⁶⁹ Auf 356.683 vertretene Passagiere erzielte EUclaim einen Umsatz von 71,5 Millionen Euro. Dies ergibt einen durchschnittlichen Gegenstandswert von 200,46 Euro pro vertretenem Passagier. Diese Zahlen zugrunde gelegt – und hochgerechnet auf 10.000 Mandate –, muss EUclaim in mindestens 77 % der übernommenen Verfahren obsiegen, damit der Umsatz aus den gewonnenen Verfahren den Verlust der unterlegenen Verfahren übersteigt. Nicht berücksichtigt ist hierbei der finanzielle Eigenaufwand von EUclaim, bei dessen Einbeziehung in die Kalkulation die Schwelle im Ergebnis höher anzusetzen sein wird.



- Die besondere Schutzwürdigkeit in den sog. Legal Tech Fällen ergibt sich nicht nur aus den Fällen, die zur Rechtsdurchsetzung angenommen werden, sondern auch aus denjenigen, die abgelehnt werden. Die Informationsverpflichtung der Legal Tech Unternehmen muss damit nicht nur gegenüber den Verbrauchern, deren Fälle übernommen werden, erfolgen, sondern allen voran gegenüber den Rechtssuchenden, deren Anfragen durch die Legal Tech Unternehmen zurückgewiesen wurden. Diese

⁶⁹ Nach eigenen Angaben, <https://www.euclaim.de/presse/neuer-rekordwert-bei-flugausfallen-und-verspatungen>.

besondere Schutzwürdigkeit ergibt sich aus einer suggerierten Rechtsverfolgungssperre durch die direkte oder indirekte Aussage der Legal Tech Unternehmen, der Rechtsuchende habe keinen Anspruch.



Dieser Flug ist nicht anspruchsberechtigt



Dieser Flug alleine ist nicht ausreichend verspätet.
Haben Sie gegebenenfalls einen Anschlussflug verpasst?
Dann gehen Sie bitte einen Schritt zurück und fügen
diesen Ihrer Flugroute hinzu.

Wussten Sie schon ...

Ihr Recht gilt bis zu 3 Jahre rückwirkend! Prüfen Sie jetzt kostenlos Ihre alten Flüge - es könnte sich lohnen

Bleiben Sie nicht auf der Strecke

Tragen Sie sich jetzt für unseren Newsletter ein und erhalten Sie nützliche Informationen als PDF, um für Ihren nächsten Flug optimal vorbereitet zu sein.

Legt man die als üblich betrachtete – realiter höher anzusetzende – vorausgesetzte Erfolgswahrscheinlichkeit der Legal Tech Unternehmen von 70 % zugrunde, werden all diejenigen Fälle unterhalb dieser Schwelle zurückgewiesen. Ohne Aufklärung über die Erfolgswahrscheinlichkeiten des konkret angetragenen, jedoch zurückgewiesenen Falls und die Entscheidungsstrukturen der Legal Tech Unternehmen wird die Gefahr einer Rechtsverfolgungssperre unterhalb der Schwelle der 70%igen Erfolgswahrscheinlichkeit geschaffen. Dem abgewiesenen Rechtsuchenden gegenüber wird suggeriert, er habe keinen Anspruch, d.h., er habe keine Möglichkeit der Anspruchsdurchsetzung. Dass sein Fall eine 69%ige Erfolgswahrscheinlichkeit aufweist und damit die Möglichkeit anwaltlicher Durchsetzung oder bei Vorlage der Voraussetzungen die Bewilligung der Prozesskostenhilfe reelle Alternativen darstellt, wird dem Verbraucher nicht mitgeteilt. Dieser Gefahr einer Rechtsverfolgungssperre kann nur mit hoher Transparenz der Legal Tech Unternehmen begegnet werden und zwar denjenigen Verbrauchern gegenüber, deren Fälle nicht wirtschaftlich attraktiv erscheinen.

VIII. Kein Regelungsgehalt des § 4 S. 2 RDG-E

Durch § 4 RDG-E soll die Annahme einer Gefährdung der Rechtsdienstleistung allein durch die Inanspruchnahme eines Prozessfinanzierers als Dritten ausgeschlossen werden. Begrüßenswert ist zunächst die gesetzgeberische Anerkennung des Konstituts gewerblicher Prozessfinanzierung. Als exogenes Finanzierungsinstrument leistet die Prozessfinanzierung – wenn auch als Nebenprodukt – einen Beitrag zum Zugang zum Recht.

1. Das Ziel der Klarstellung des Anwendungsbereichs des § 4 RDG geht jedoch in der Art fehl, als das § 4 S. 2 RDG-E keinerlei Regelungsgehalt aufweist. Bereits § 4 S. 1 RDG setzt eine Gefährdungsprognose durch Einzelfallabwägung voraus. Der Rückschluss auf eine Gefährdung der Rechtsdienstleistung allein durch die Inanspruchnahme eines Prozessfinanzierers ist damit bereits nach derzeitiger Rechtslage nicht zulässig.

Der Referentenentwurf sieht vor, dass § 4 RDG durch die Ergänzung um einen Satz 2 wie folgt zu fassen sei:

„¹Rechtsdienstleistungen, die unmittelbaren Einfluss auf die Erfüllung einer anderen Leistungspflicht haben können, dürfen nicht erbracht werden, wenn hierdurch die ordnungsgemäße Erbringung der Rechtsdienstleistung gefährdet wird. ²*Eine solche Gefährdung ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil ein Vertrag mit einem Prozessfinanzierer geschlossen wurde, aus dem sich Berichtspflichten gegenüber dem Prozessfinanzierer ergeben.*“

Nach herrschender Ansicht steht dem rechtsberatenden, registrierten Inkassodienstleister i.S.d. § 10 RDG nicht nur die Möglichkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars, sondern auch die Möglichkeit der Prozessfinanzierung durch seine Person frei. Einem Verbot der Prozessfinanzierung, wie es für die Anwaltschaft besteht, unterliegen Inkassodienstleister demnach nicht. Nichtsdestotrotz bedienen sich Legal Tech Unternehmen häufig Dritter als Prozessfinanzierer, konkret: gewerblicher Prozessfinanzierer.

Nach § 4 RDG dürfen Rechtsdienstleistungen nicht erbracht werden, soweit sie durch eine anderweitige Verpflichtung des Rechtsdienstleisters gefährdet sind. M.a.W., wenn die andere Verpflichtung mit der Erbringung der Rechtsdienstleistung unvereinbar ist. *„Eine solche Unvereinbarkeit liegt dann vor, wenn die rechtliche Prüfung und Bewertung eines Sachverhalts im Rahmen einer rechtsberatenden Tätigkeit unmittelbaren Einfluss auf eine andere, bereits bestehende Leistungspflicht des Dienstleistenden haben kann, insbesondere, wenn durch die Ausführung einer rechtsbesorgenden Tätigkeit eine eigene Leistungspflicht inhaltlich beeinflusst werden kann.“*⁷⁰ Die Gefährdung der ordnungsgemäßen Erfüllung der Rechtsdienstleistung ist, neben dem Kriterium des unmittelbaren Einflusses, maßgebende Voraussetzung des Tätigkeitsverbots i.S.d. § 4 RDG. Hierzu bedarf es der Prognose einer konkreten Gefahr.⁷¹

Die alleinige Inanspruchnahme eines gewerblichen Prozessfinanzierers stellt damit bereits nach § 4 S. 1 RDG nicht zwingend eine Gefährdung der ordnungsgemäßen Erbringung der Rechtsdienstleistung dar. Eine konkrete – nicht nur latente – Gefahr kann sich jedoch durch die Steuerung des Inkassodienstleisters durch den dahinterstehenden Prozessfinanzierer ergeben. Soweit die vertragliche Verpflichtung des Inkassodienstleisters gegenüber dem Prozessfinanzierer auf die Auszahlung des Erfolgserlöses im Falle des Obsiegens reduziert wird, wird verkannt, dass dem Prozessfinanzierer, in Abhängigkeit der konkreten Ausgestaltung des Prozessfinanzierungsvertrages, i.d.R. darüber weit hinausgehende Rechte eingeräumt werden.⁷²

Ergibt sich aus dem unmittelbaren Einfluss des gewerblichen Prozessfinanzierers eine Gefährdung der Rechtsdienstleistung, greift zutreffend das Tätigkeitsverbot des § 4 S. 1 RDG. § 4 S. 2 RDG-E modifiziert weder das Erfordernis einer unmittelbaren Einwirkung und der Vorlage einer konkreten Gefahr noch die Folge des Tätigkeitsverbots bei deren Vorlage. Hiervon darf in Anbetracht des Schutzcharakters des § 4 RDG zugunsten des Rechtsuchenden keine Ausnahme geschaffen werden.

⁷⁰ BT-Drs. 16/3655, S. 39.

⁷¹ Deckenbrock in: Deckenbrock/Henssler, § 4 Rz. 22; S. Overkamp/Y. Overkamp in: Henssler/Prütting, § 4 Rz. 20.

⁷² U.a. Zustimmungsrechte vor beabsichtigter Verzichtserklärung, Abschluss eines Vergleichs oder bei Klagerücknahme, vgl. hierzu 3.3. des Mustervertrages der Omni Bridgeway AG, S. 5, abrufbar unter <https://www.roland-prozessfinanz.de/wp-content/uploads/2020/05/MUSTER-Finanzierungsvertrag-Anlage-.pdf>; § 2 (5) des Mustervertrages der K1 SE, S. 5, abrufbar unter <http://www.vorratsgesellschaft.com/wp-content/uploads/2014/03/Prozessfinanzierungsvertrag.pdf>.

2. Primäre Funktion des § 4 RDG ist der Schutz des Rechtsuchenden.⁷³ Die Folgen für den Rechtsuchenden in der Konstellation prozessfinanzierter Legal Tech Fälle finden im Referentenentwurf jedoch nicht hinreichende Berücksichtigung.

Der Begriff der gewerblichen Prozessfinanzierung ist zwar kein legaldefinierter, jedoch ein in zahlreichen wissenschaftlichen Abhandlungen einheitlich abgesteckter. Unter einem gewerblichen Prozessfinanzierer ist jeder am Rechtsstreit unbeteiligte Dritte zu verstehen, der die Kosten eines Rechtsstreits ganz oder teilweise gegen Vereinbarung eines in Abhängigkeit vom Ausgang des Rechtsstreits zu zahlenden Erfolgserlöses – erwerbswirtschaftlich motiviert – übernimmt.⁷⁴ Entgegen der angelegten Definition des Referentenentwurfs, die auf die Finanzierung des Rechtsdienstleisters abstellt,⁷⁵ erfasst die gewerbliche Prozessfinanzierung in ihrem Ursprung die Finanzierung des Rechtsuchenden, gleich ob Verbraucher oder Unternehmer.

Das „klassische“ Geschäftsmodell als Ursprung der gewerblichen Prozessfinanzierung spielt sich damit in einem Dreiecksverhältnis ab: Der gewerbliche Prozessfinanzierer schließt mit dem Rechtsuchenden den Prozessfinanzierungsvertrag ab, auf Grundlage dessen der rechtsberatende Rechtsanwalt dem Finanzierer gegenüber von seiner Verschwiegenheitspflicht befreit wird. Hierneben werden dem Finanzierer vom Rechtsuchenden i.d.R. vertraglich weitreichende Zustimmungsrechte eingeräumt. Der Rechtsanwalt selbst wird nicht Vertragspartei des Prozessfinanzierungsvertrages. In dieser Konstellation bleibt die Rolle des Rechtsanwalts als unabhängiger Parteivertreter, der ausschließlich im Vertrags- und Vertrauensverhältnis zu seinem Mandanten steht, unangetastet.

Eine solche, von ökonomischen Eigeninteressen losgelöste, Person fehlt in der Konstellation (prozessfinanzierter) Legal Tech Fälle. Von der Grundkonstellation gewerblicher Prozessfinanzierung weichen die prozessfinanzierten Legal Tech Fälle in der Art ab,

⁷³ BT-Drs. 16/3655, S. 39.

⁷⁴ Hoffmann, Gewerbliche Prozessfinanzierung in internationalen Investitionsschiedsverfahren, S. 28; Kochheim, Die gewerbliche Prozessfinanzierung, S. 30 f.; Homberg, Erfolgshonorierte Prozessfinanzierung, S. 8; Siebert-Reimer, Der Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, S. 74.

⁷⁵ Referentenentwurf, S. 39.

dass das Vertragsverhältnis nicht zwischen Rechtssuchendem und Prozessfinanzierer, sondern zwischen Finanzierer und Inkassodienstleister zustande kommt. Nicht der Rechtssuchende, sondern das Legal Tech Unternehmen räumt dem Prozessfinanzierungsunternehmen vertraglich umfassende Mitbestimmungsrechte ein. Die Trias zwischen dem Rechtssuchenden, dem Inkassodienstleister sowie dem gewerblichen Prozessfinanzierer muss keine abschließende sein: Das Legal Tech Unternehmen kann zusätzlich einen Rechtsanwalt zur gerichtlichen Durchsetzung beauftragen. Ab diesem Zeitpunkt ist der Inkassodienstleister nicht nur gegenüber dem Rechtssuchenden, sondern auch gegenüber dem Prozessfinanzierer sowie dem vom Inkassodienstleister – und nicht dem Rechtssuchenden – mandatierten Rechtsanwalt vertraglich verpflichtet.

In keinem der Verhältnisstränge eines prozessfinanzierten Legal Tech Falls ist die unabhängige – von ökonomischen Eigeninteressen Dritter losgelöste – Rechtsberatung sowie Bewertung der Prozesslage sichergestellt. Sowohl Inkassodienstleister als auch Prozessfinanzierer haben ein wirtschaftliches, an den Ausgang des Verfahrens geknüpft, Eigeninteresse. Ihre Entscheidung über den Abschluss oder Nichtabschluss eines Vergleichs wird auf Basis strategischer und wirtschaftlicher Entscheidungsparameter getroffen. Die Interessen des Inkassodienstleisters liegen dabei denen des gewerblichen Prozessfinanzierers näher als denen des Rechtssuchenden. Die Gegenläufigkeit der Interessen rührt aus dem Konflikt zwischen der Rechtsverfolgung und dem Prämienerthalt.

IX. Konkrete Lösungsansätze

Große Lösung:

1. In § 2 RDG wird ein Abs. 2a eingefügt:

„Soweit die Inkassodienstleistung über die bloße Geltendmachung der Forderung im Sinne von § 2 Abs. 2 hinaus auch im Rahmen der Forderungseinziehung eine Beratung oder Aufklärung der rechtlichen Beurteilung über die geltend gemachte Forderung vornimmt, findet § 4 Abs. 1 RDGEG auch auf Inkassodienstleistungen Anwendung.“

2. In § 2 Abs. 3 RDG wird eine Nr. 7 eingefügt:
„7. die Abtretung einer Forderung an einen Dritten zur gerichtlichen Geltendmachung unter den Voraussetzungen von § 147 ZPO oder § 60 ZPO. Dies gilt nur, wenn der Zedent vor der Abtretung durch einen Rechtsanwalt über die Abtretung und das damit verbundene Rechtsgeschäft aufgeklärt wird. Zwischen dem Zedenten, dem Zessionar und dem Prozessfinanzier bestehen widerstreitende Interessen.“
3. Alternativ zu Nr. 1 und Nr. 2 – In § 4 Abs. 2 wird ein § 4 Abs. 2a RDGEG eingefügt:
„Wird das Inkassounternehmen für Privatpersonen tätig, findet § 4 Abs. 1 RDGEG Anwendung.“
4. Streichung von Art. 1, Art. 2 des Referentenentwurfs.

Zur Begründung:

Soweit es bei der Inkassodienstleistung um die reine Forderungsbeitreibung geht, also die bestmögliche Verwertung des schuldnerischen Vermögens und die reine Geltendmachung der Forderung, vermag ein Erfolgshonorar, ohne die Gläubigerinteressen zu gefährden, sinnvoll sein. In dem Augenblick, wo das Inkassounternehmen aber auch Rechtsberatung durchführt und klärt, ob sich aus einem Sachverhalt rechtliche Ansprüche ableiten lassen, führt ein Erfolgshonorar zur Verzerrung, welche im Ergebnis den Zugang zum Recht nicht ermöglicht, sondern vereitelt. Daher scheint es sinnvoll, in diesen Fällen das Verbot des Erfolgshonorars auch auf Inkassounternehmen zu erstrecken. Gleichzeitig entfällt damit die Notwendigkeit einer Öffnung zu Gunsten des Erfolgshonorars in der BRAO.

Bei der Alternativlösung wird an § 13f RDG-E angeknüpft und nur die besondere Schutzwürdigkeit des Verbrauchers geregelt.

Die Möglichkeit des kollektiven Rechtsschutzes durch Forderungsabtretung zu eröffnen, scheint sinnvoll zu sein. Hiergegen kann es auch keine Bedenken geben, wenn der Gläubiger über das Geschäftsmodell, welches der Forderungsgeltendmachung zugrunde liegt, aufgeklärt ist. Daher ordnet § 2 Abs. 3 Nr. 7 RDG in dem hier gemachten Vorschlag auch die Beratung durch einen Rechtsanwalt als Wirksamkeitsvoraussetzung an.

Kleine Lösung:

In § 13 f RDG-E wird in Abs. 1 Zif. 1 ein lit. e) eingefügt:

„Der Inkassodienstleister hat dem Auftraggeber mitzuteilen, in wieviel Prozent der Fälle er bei der Durchsetzung vergleichbarer Forderungen in den letzten zwei Jahren unterlegen ist (W = Wahrscheinlichkeit der Kostentragungspflicht), das Ausmaß des Prozesskostenrisikos (K = Höhe der Prozesskosten) sowie die sich daraus er rechnende Risikokalkulation ($R = W \times K$) und die Risikoübernehmerrendite ($G = P/R$). P ist dabei die Anspruchshöhe (A) $\times$ Erfolgsprovision in % (E).“

Zur Begründung:

In aller Regel werden von den Legal Tech Unternehmen nur diejenigen Fälle zur Rechtsdurchsetzung angenommen, welche für den Verbraucher kaum ein Risiko darstellen. In den Modellen der Legal Tech Unternehmen muss der Verbraucher ca. 30 % seiner Forderung abtreten, damit das Legal Tech Unternehmen diese gegenüber dem Schuldner geltend macht. Aus der Perspektive des Verbrauchers wäre dies nur unter derjenigen Bedingung ein sinnvolles Modell, dass das Legal Tech Unternehmen ein entsprechendes Risiko übernimmt, bei dem auch eine bestimmte Risikoverwirklichungswahrscheinlichkeit besteht. Indem das Unternehmen die Grundlagen seiner Kalkulation offenlegen muss, kann der Verbraucher entscheiden, ob er bereit ist, für ein eventuell kaum bestehendes Risiko z.B. 30 % der Forderung zu zahlen.