

Ebert, Erfolgshonorar auf dem Prüfstand

wie der Allgemeinanwalt, um zu einem für den Mandanten befriedigenden Beratungsergebnis zu gelangen.

Weiteres, die „Üblichkeit“ prägendes Merkmal ist auch die Dauer der jeweiligen Anwendung. Konkret bedeutet dies, dass ein Honorarsatz nicht nur von einer Vielzahl von Anwälten für eine größere Zahl von Angelegenheiten geltend gemacht werden muss, sondern dass dies auch über einen bestimmten Zeitraum hinweg erfolgt. In Angelegenheiten, für die bisher das RVG galt, wird also eine Üblichkeit der Vergütung erst erhebliche Zeit nach dem 1.7.2006 festgestellt werden können, wenn man nicht das Entgelt, das bisher aufgrund des RVG – gesetzlich fixiert – gefordert wurde, als übliches Entgelt anzunehmen geneigt ist.

Wahrscheinlich wird die Erwartung nicht enttäuscht, dass die Üblichkeit sich zumindest im ersten Jahr nach dem 1.7.2006 am bisherigen gesetzlichen Gebührenrahmen orientieren wird. Dafür spricht, dass wegen der beidseitigen Ungewissheit über den Begriff der Üblichkeit die im RVG festgelegten Honorarmöglichkeiten in die neue Honorargestaltung einfließen werden. Nicht unerhebliche Probleme werden sich ergeben, wenn die üblichen Gebühren nicht bezahlt werden, sondern gerichtlich geltend gemacht werden müssen. Dies beginnt zunächst mit der Rechnungsstellung. Dass diese für den Mandanten nachvollziehbar sein muss und die erbrachte Tätigkeit, die abgerechnet werden soll, bzw. eine Kurzdarstellung desselben enthalten muss, ergibt sich weiterhin aus § 10 RVG. Inwieweit jedoch der abgerechnete Betrag in der Rechnung der Erläuterung bedarf, um die Fälligkeit zu begründen, wird erst noch durch Rechtsprechung geklärt werden müssen. Der Hinweis, es handele sich um eine übliche Gebühr oder das übliche Honorar jedenfalls ist für den Mandanten wenig aussagekräftig. Spätestens im Honorarrechtsstreit wird der Anwalt die Üblichkeit darlegen müssen. Da das Gericht über keinerlei eigene Erkenntnisquellen verfügt, wird sich ein Kammergutachten nicht vermeiden lassen in analoger Anwendung des § 14 Abs. 2 RVG; wenn auch vorherzusehen ist, dass zumindest in den ersten Jahren auch den Kammern aussagekräftiges Material kaum

zur Verfügung stehen dürfte. Ob diese zur Vorbereitung auf die sicherlich an sie herankommenden Fragen von sich aus über Umfragen versuchen, die Üblichkeit für gewisse Standardfälle festzustellen, bleibt abzuwarten. Anzunehmen ist, dass die Gerichte bei ihren Entscheidungen zunächst auf die umfangreiche Literatur und die zahlreichen obergerichtlichen Entscheidungen zum Handelsbrauch, dessen Herausbildung und Feststellung zurückgreifen werden.

Ein erhebliches Unsicherheitspotential bei der Abrechnung ergibt sich auch im Verhältnis des Mandanten zu seinem Rechtsschutzversicherer, der nach den Versicherungsbedingungen nur für eine angemessene Vergütung einzustehen hat. Ob die Angemessenheit der Vergütung der Billigkeit entspricht oder umgekehrt, ob die übliche Vergütung – die der Billigkeit entspricht – auch eine angemessene Vergütung darstellt im Einzelfall, wird sicherlich in vielen Fällen der gerichtlichen Klärung bedürfen. Es werden einige Jahre ins Land gehen, bis durch obergerichtliche Entscheidungen sich das breite Spektrum der in die Überlegungen einzubringenden Gesichtspunkte auf einige wenige, dafür aber aussagekräftige Kernsätze reduzieren lässt.

Diese schon durch die Festlegung der Ortsbezogenheit schwierige Definition der Üblichkeit wird noch angreifbarer, wenn man den jeweiligen Ruf oder das Ansehen des in Anspruch genommenen Anwalts mit in die Überlegungen zur Üblichkeit einbeziehen will. Man fragt sich, ob es für so genannte „Staranwälte“ oder solche, die sich zumindest von den Medien als solche bezeichnen lassen, einen besonderen üblichen Honorarsatz gibt oder nicht. Dies wirft die Frage auf, ob Merkmal für die Üblichkeit nicht nur der Ort, sondern auch eine berechnete oder unberechnete Qualifizierung in der Öffentlichkeit des jeweiligen Anwalts ist.

Konkret wird die Frage lauten: Können die Gerichte bei der Bestimmung der üblichen Vergütung Unterschiede machen zwischen jungen Anwälten, Fachanwälten und Staranwälten? Bei aller Schwierigkeit der Abgrenzung dieser Berufe?

Unter dem Gesichtspunkt der Entlastung der Zivilgerichte ist der 1.7.2006 sicherlich kein Grund zum Feiern.

Erfolgshonorar auf dem Prüfstand

Rechtsanwalt und Notar *Dieter Ebert*, Holzminden*

Seit 1994 gilt die Vorschrift des § 49b Abs. 2 BRAO, die durch das Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 2.9.1994 in die BRAO eingefügt wurde. Danach sind Vereinbarungen unzulässig, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird (Erfolgshonorar) oder nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält (quota litis).

Die Vorschrift hat keine neue Rechtslage geschaffen. Sie formte nur gesetzlich aus, was aufgrund ständiger Rechtsprechung bereits galt. Schon das Reichsgericht und dann der Bundesgerichtshof sowie ihm folgend die Instanzgerichte haben mit ausnahmsloser Stringenz entschieden, dass Erfolgshonorare jedwe-

der Art standes- und sittenwidrig seien, weil sie mit der Stellung des Rechtsanwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht vereinbar seien. Diese Unabhängigkeit sei gefährdet, wenn das Interesse an angemessener Entlohnung mit dem Interesse der Partei verquickt werde, indem es in Abhängigkeit zum Erfolg der rechtlichen Auseinandersetzung gebracht werde (vergleiche BGHZ 34, 64). Noch in jüngster Zeit haben sowohl das OLG Celle in NJW 2005, 2160 wie auch der BayAGH II in BRAK-Mitt. 2005, 198 entschieden, dass die Vereinbarung von Erfolgshonoraren mit der Stellung des Rechtsanwalts als unabhängiges Rechtspflegeorgan unvereinbar sei. Beide Entscheidungen verneinen eine etwaige Verfassungswidrigkeit der Vorschrift des § 49b Abs. 2 BRAO, ohne dass insoweit in eine detaillierte Prüfung eingetreten wird. Diese Rechtsprechung galt ausnahmslos. Soweit die Verfahrensweise der Rechtsanwaltskammern in den früheren Wiedergutmachungs- und Lastenaus-

* Der Verfasser ist Vorsitzender der Tagung der Gebührenreferenten.

Ebert, Erfolgshonorar auf dem Prüfstand

gleichsachen größere Flexibilität aus dem Beweggrund aufwies, dass die Mandanten in solchen Fällen erst bei positivem Ausgang zahlungsfähig wurden, entsprach diese Handhabung nicht der Rechtsprechung.

Vielfach unbemerkt, jedenfalls bis heute nicht hinlänglich ausdiskutiert, hat der Gesetzgeber mit dem Kostenrechtsmodernisierungsgesetz vom 5.5.2004 dem § 49 Abs. 2 BRAO einen Satz 2 hinzugefügt, der lautet, dass ein Erfolgshonorar nicht vorliegt, wenn nur die Erhöhung von gesetzlichen Gebühren vereinbart wird. Die Vorschrift gilt seit dem 1.7.2004. In der amtlichen Begründung wird dazu bemerkt, das grundsätzliche Verbot des Erfolgshonorars solle nicht angetastet, wohl aber gelockert werden. Soweit nämlich das RVG Gebühren mit Erfolgskomponenten vorsehen würde, sollen auch Vereinbarungen zulässig sein, was beispielsweise für die – erfolgsbezogene – Einigungsgebühr gelte; mit der Neuregelung solle die Vereinbarung einer höheren als der gesetzlich bestimmten Einigungsgebühr zulässig werden.

Die Bedeutung dieser Neuregelung ist bislang ungeklärt geblieben. Soweit sich das Schrifttum mit der Regelung überhaupt befasst, werden drei höchst unterschiedliche Meinungen vertreten. In seinem Kommentar *Gerold/Schmidt*, RVG, 16. Auflage, äußert sich *Madert* dahin, dass eine unabhängig vom Erfolg getroffene Vereinbarung, es sei ein Mehrfaches der gesetzlichen Gebühren zu zahlen, auch die gesetzlichen Gebühren mit Erfolgskomponente (Nrn. 1000, 1002, 4142 VV RVG) einbeziehe. Danach würde sich die Bedeutung von § 49b Abs. 2 Satz 2 BRAO in der diesbezüglichen Klarstellung erschöpfen. Dagegen vertritt *Enders* im „RVG für Anfänger“, 13. Auflage, Randnote 301 ff., eine weitergehende Auffassung. Er ist der Ansicht, dass erfolgsbezogene Gebühren, aber nur diese, für den Fall des Erfolgs mit dem Mehrfachen vereinbart werden dürfen. Beispielsweise dürfe nunmehr der Anwalt für den Fall, dass ihm der Vergleichabschluss gelingt, ein Mehrfaches der gesetzlichen Einigungsgebühr, nicht aber der sonstigen gesetzlichen Gebühren vereinbaren. *Enders* stützt sich insoweit auf die amtliche Begründung. Die weitestgehende Bedeutung misst *Pohl* in Berliner Anwaltsblatt 2005, 102 der neuen Vorschrift zu. Er hält jede Art von Erfolgshonorar (mit Ausnahme der *quota litis*) für zulässig, sofern mindestens die gesetzlichen Gebühren geschuldet bleiben. Danach könnte für den Fall des Erfolgs ein Mehrfaches aller gesetzlichen Gebühren oder auch beispielsweise ein pauschaler Zuschlag vereinbart werden, sofern der Mandant im Nichterfolgsfall mindestens die gesetzlichen Gebühren zahlen muss. Unzulässig bleibt hiernach lediglich eine Vereinbarung von der Art „no win – no fee“, bei der also der anwaltliche Vergütungsanspruch von der Erzielung des Erfolgs dem Grunde nach abhängt. *Pohl* führt für seine Ansicht den Wortlaut der Gesetzesbestimmung an und argumentiert gegen *Enders*, dass es hierauf, nicht aber auf die amtliche Begründung ankomme, weil diese eben nicht Gesetz geworden sei.

Unabhängig von dem ungeklärten Verständnis des sich aus § 49b Abs. 2 Satz 2 BRAO ergebenden geltenden Rechts steht die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit von Erfolgshonorarvereinbarungen derzeit auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand. Beim 1. Senat des BVerfG ist die Verfassungsbeschwerde einer Anwältin aus Dresden anhängig, mit der die Verfassungswidrigkeit des in § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO normierten Verbots geltend gemacht wird. Die Beschwerdeführerin hatte in einer Restitutionsache eine typische Erfolgshonorarvereinbarung in der Form der *quota litis* getroffen, die beinhaltete, dass ihr ein Drittel des erstrittenen Betrages als Vergütung zustehen sollte. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die berufsrechtlichen Entscheidungen, die in dieser Vereinbarung einen Ver-

stoß gegen das Verbot von Vereinbarungen von Erfolgshonoraren und damit gegen die allgemeine Berufspflicht des § 43 BRAO gesehen hatten. Die Verfassungsbeschwerde macht geltend, das Verbot des § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO verletze das Recht auf freie Berufsausübung gemäß Art. 12 GG. Ein hinreichender Gemeinwohlbelang, der einen solchen Eingriff rechtfertigen würde, sei nicht gegeben. In jedem Fall verstoße die gesetzliche Regelung in ihrer inhaltlichen Ausnahmslosigkeit gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde angenommen und die maßgeblichen Berufsorganisationen zu Stellungnahmen aufgefordert, wobei gebeten wurde, dass die Stellungnahmen auf fünf im Einzelnen aufgeworfene Fragen eingehen sollten. U.a. beinhaltet dieser Katalog die Frage, ob die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts oder seine Stellung als Organ der Rechtspflege ein bestimmtes Maß an Interessenverquickung verbieten, wobei in diesem Zusammenhang weiter gefragt wird, ob sich die diesbezüglichen Begrifflichkeiten überhaupt verlässlich bestimmen lassen. Inhaltlich wird dann weiter die Frage aufgeworfen, ob ein Erfolgshonorar tatsächlich zu einer konfliktträchtigen Interessenverquickung führt und ob der Gesetzgeber zur Rechtfertigung des Verbots von Erfolgshonoraren den Aspekt der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts heranziehen darf, wenn er andererseits selbst wirtschaftliche Anreize verfahrenslenkender Art, beispielsweise im RVG, geschaffen hat. Insgesamt lassen die vorgelegten Fragen Zweifel des Senats erkennen, ob jedenfalls das absolute Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren notwendig sei.

Die inzwischen vorliegenden Stellungnahmen sind unterschiedlich ausgefallen. Der DAV hält – ohne Wenn und Aber – die Verfassungsbeschwerde für begründet. Die BRAK hat sich in einer von ihrem Verfassungsrechtsausschuss erarbeiteten Stellungnahme zu den vom Verfassungsgericht aufgeworfenen Fragen sehr dezidiert geäußert und die verfassungsrechtlich relevanten Gesichtspunkte gegeneinander abgewogen, ohne sich im Ergebnis auf eine Beurteilung der Erfolgsaussicht der Verfassungsbeschwerde festzulegen. Allerdings überwiegen in der Beurteilung die Zweifel an der Vereinbarkeit des Verbots von Erfolgshonoraren mit der verfassungsrechtlich garantierten Berufsausübungsfreiheit. Andere Berufsverbände wie die Bundessteuerberaterkammer, die Wirtschaftsprüferkammer, die Patentanwaltskammer sowie BDI- und DIHK halten die Verfassungsbeschwerde für unbegründet und meinen, das Verbot von Erfolgshonoraren sei verfassungsgemäß.

Die Entscheidung des BVerfG, die noch in diesem Jahr zu erwarten ist, wird sich insbesondere mit der Frage zu befassen haben, ob der Gesichtspunkt der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts einen ausreichend bestimmten Gemeinwohlbelang beinhaltet, der den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit rechtfertigt. Das mag im Hinblick darauf zweifelhaft erscheinen, dass dem Risiko unsachgemäßen anwaltlichen Handelns durch die Berufsaufsicht begegnet werden kann. Auch ansonsten vertraut der Gesetzgeber, wie das gerade in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung wiederholt herausgestellt worden ist, auf Integrität, Professionalität und Zuverlässigkeit der Anwälte. Es sind nur schwer stichfeste Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Rechtsanwalt durch Vereinbarung von Erfolgshonoraren in eine Abhängigkeit vom Mandanten gerät, die seine Fähigkeit wesentlich beeinträchtigt, im Interesse des Mandanten an der Verwirklichung des Rechts mitzuwirken. Die Zulässigkeit der Selbstvertretung des Anwalts in eigener Sache verdeutlicht zudem, dass öffentliche Gesichtspunkte der Rechtspflege nicht entgegenstehen. Auch insoweit ist nicht bekannt, dass der sich selbst vertretende Anwalt sich etwa zu berufsrechtswidrigem, treuwidrigem oder sonst verwerflichem

Ebert, Erfolgshonorar auf dem Prüfstand

Prozessieren hat hinreißen lassen. Dieselbe Überlegung gilt beim PKH-Anwalt, der im Falle des Obsiegens die Gebühren nach allgemeiner Tabelle im Wege der Kostenerstattung erhält, oder für den Pflichtverteidiger, der bei Freispruch die Wahlanwaltsgebühren aus der Landeskasse erstattet bekommt.

Es bedarf keiner übermäßigen prophetischen Gabe, um die Feststellung treffen zu können, dass sich – wie immer das BVerfG entscheidet – für Erfolgshonorare eine freizügigere Entwicklung anbaut. In dieser Erkenntnis hat die Konferenz der Gebührenreferenten das Thema in den Mittelpunkt ihrer 52. Tagung in Celle gestellt und insbesondere berufsrechtliche und -politische Aspekte mit folgenden Ergebnissen erörtert:

1. In der verfassungsrechtlichen Diskussion überwog letztendlich die Skepsis, dass der Aspekt der Unabhängigkeit das absolute Verbot von erfolgsbezogenen Vergütungsvereinbarungen trägt. Probleme könnten sich zudem auch aus dem Gleichheitssatz ergeben, weil dem mittellosen Beklagten auch im Erfolgsfall Zahlungen nicht möglich sind, ihm also eine entsprechende Zahlungsvereinbarung verschlossen bleibt. Von großer Bedeutung wurde das Prinzip der Verhältnismäßigkeit angesehen. Aus ihm scheint sich in jedem Fall die Notwendigkeit zu ergeben, das Verbot, wenn es denn nicht gänzlich fällt, inhaltlich zu modifizieren und in einer dem Verfassungsrecht entsprechenden Weise zu lockern.
2. Die grenzüberschreitende Betrachtung führte zu dem Ergebnis, dass auswärtige Rechtsordnungen innerhalb und außerhalb der EU ganz überwiegend Erfolgshonorarvereinbarungen zulassen, wobei die Regelungen unterschiedlich ausgestaltet sind. Ein Verbot ohne jede Ausnahme wie in der Bundesrepublik sieht im EU-Bereich nur das belgische Recht vor; weltweit gilt es darüber hinaus in Tansania und Zypern. Der Blick über die Grenzen führt zwangsläufig zu dem Ergebnis, dass die bei uns geltende gesetzliche Regelung fast exotischen Charakter hat.
3. Die Diskussion, für welche Sachbereiche und ab welchen Streitwerten erfolgsbezogene Vereinbarungen in Betracht kommen, war sehr differenziert. Es erscheint denkbar, dass bestimmte Tätigkeitsgebiete oder auch einzelne Mandate aus Gesichtspunkten sozialer Verantwortung, des verfolgten Ziels oder auch des Gegenstands des Mandats für Erfolgshonorare ungeeignet sind. Das könnte in familienrechtlichen Streitigkeiten bei Auseinandersetzungen über Sorge- und Umgangsrecht, auch bei Unterhaltsansprüchen der Fall sein. Es wird auch zu diskutieren sein, ob bei der Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen für persönlich erlittenes Unrecht oder Schadensersatz bei Arbeitsunfällen ein Erfolgshonorar sachgerecht ist. Jedenfalls können die Überlegungen nicht damit schließen, dass Erfolgshonorare bei jeder anwaltlichen Tätigkeit denkbar sind, bei denen das Risiko des Misserfolges besteht. Aus wirtschaftlicher Sicht sind Erfolgshonorare nur bei höheren Streitwerten vertretbar, es sei denn, es würde sich um ein Musterverfahren oder einen Prinzipienstreit (Nachbarrechtssache) handeln.
4. Die etwaige Zulässigkeit von Erfolgshonoraren kann – und darf – an dem System der Prozesskostenhilfe nichts ändern. So wenig wie derzeit ein mittelloser Mandant auf die Inanspruchnahme eines Prozessfinanzierers verwiesen werden kann, so unzulässig wäre es, wenn der Staat etwa die Prozesskostenhilfe aufhebt, weil eine anwaltliche Vertretung über Vereinbarung von Erfolgshonoraren möglich sei. Dem

steht entgegen, dass die Prozesskostenhilfe Ausfluss des Sozial- und Rechtsstaatsprinzips ist. Sie muss ohnehin im Hinblick auf den Beklagten und den Anfall von Gerichtskosten aufrechterhalten werden.

5. Ebenso wenig wird das Prinzip der Kostenerstattung durch erfolgsbezogene Vergütungsvereinbarungen berührt. Allerdings ist die Kostenerstattung auf die gesetzlichen Gebühren beschränkt. Das gilt auch für jede andere Form von Vergütungsvereinbarungen. In jedem Fall kann bei Obsiegen das dem Anwalt geschuldete Honorar nur bis zur Höhe der gesetzlichen Gebühren erstattet verlangt werden. Nichts anderes gilt für ein Erfolgshonorar.
6. Mit einem Erfolgshonorar wird ein neues Prinzip der Querfinanzierung aktuell, weil erfolglose Mandate von erfolgreichen Mandaten mitfinanziert werden. Das allerdings ist realistischer als die bisherige streitwertbezogene Quersubventionierung, bei der Fälle mit niedrigem Streitwert durch Fälle mit höherem Streitwert mitfinanziert wurden. Diese Quersubventionierung entspricht nicht mehr der Realität, weil der Anfall einerseits kleinerer, andererseits größerer Mandate in derselben Praxis nicht mehr gewährleistet ist.
7. Eine Zulässigkeit des Erfolgshonorars wird zu keiner wesentlichen Vermehrung von Prozessen führen, weil dem die Gesichtspunkte der Kostenerstattung, der Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe und der Rechtsschutzversicherung entgegenstehen.
8. Insbesondere bei Erfolgshonoraren ist der Anwalt verpflichtet, vor Abschluss der Vereinbarung sachgerecht über die Erfolgsaussichten aufzuklären. Verletzt er diese Pflicht, bestehen Anfechtungsrechte sowie Ansprüche aus culpa in contrahendo, die sich auf Rückgängigmachung oder Anpassung der Honorarvereinbarung beziehen. Deshalb dürfte dem Gesichtspunkt, der Anwalt könne die Erfolgsaussichten besser als der Mandant beurteilen, keine Relevanz für die Entscheidung über die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren zukommen.
9. Für erfolgsbezogene Vergütungsvereinbarungen gilt auch die Vorschrift des § 4 Abs. 4 RVG. Allerdings stellt sich dann das Problem der Angemessenheit in einem neuen Licht. Hier wird eine andere Inhaltsbestimmung erforderlich, bei der auch einzubeziehen ist, welcher Erfolgsanteil dem Mandanten verbleiben muss. Andererseits muss die zu Ziffer 6 angesprochene Quersubventionierung Einfluss auf die Beurteilung der angemessenen Vergütung haben. Insofern ist die Diskussion noch nicht geführt. In der Tagung der Gebührenreferenten wurde eine Grenzziehung bei der hälftigen Beteiligung am Erfolg erörtert. Darüber hinausgehende Vereinbarungen könnten als unangemessen zu qualifizieren sein.

Insgesamt hat die Diskussion gezeigt, dass es mit der verfassungsrechtlichen Problematik allein nicht getan ist. Vielmehr löst die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren eine Vielzahl von nachfolgenden Problemen in der inhaltlichen Ausgestaltung aus. Insofern bleibt die Entscheidung des BVerfG und die mit ihr zu erwartenden Vorgaben abzuwarten. Allerdings dürfte die Anwaltschaft gut beraten sein, wenn sie sich den maßgeblichen Fragen schon jetzt zuwendet, um vorbereitet in die Diskussion um die möglicherweise gesetzliche Ausgestaltung zu gehen. Ziel dieser Abhandlung ist es deshalb auch, eine vertiefende Auseinandersetzung mit der Problematik etwa zulässig werdender Vereinbarungen von Erfolgsvergütungen auf allen anwaltlichen Ebenen anzuregen.