



# BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Der Präsident

Bundesrechtsanwaltskammer  
Littenstraße 9 | 10179 Berlin

Bundesministerin der Justiz und für  
Verbraucherschutz  
Frau Christine Lambrecht

## **Nachrichtlich per Mail an:**

Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen  
Prof. Dr. Heribert Hirte, stellv. Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages  
MDin Gabriele Nieradzik

Berlin, 26.10.2020

## **Digitalisierung und Zugang zum Recht Keine Gewinnmaximierung auf Kosten des Verbraucherschutzes!**

### **Hier: Position des Präsidiums der Bundesrechtsanwaltskammer**

- Anlagen:**
1. Positionspapier des Präsidiums der BRAK
  2. Prof. Dr. Wolf, Zugang zum Recht durch Liberalisierung der Berufsrechts bei Erfolgshonorar und Fremdkapital?, BRAK-Mitt. 2020, 250 ff.
  3. RAuN a.D. Pohl, Unionsrechtliches Kohärenzgebot und anwaltliches Berufsrecht, BRAK-Mitt. 2020, 258 ff.

Sehr geehrte Frau Bundesministerin,  
sehr geehrte Frau Lambrecht,

die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) hat sich anlässlich ihrer halbjährlichen Hauptversammlung am 25.09.2020 in Kiel intensiv mit dem Thema Digitalisierung und Zugang zum Recht befasst.

Die BRAK sieht bei den aktuellen Entwicklungen nicht nur die Kernwerte der Anwaltschaft, sondern insbesondere den Verbraucherschutz in Gefahr, dem sich die Anwaltschaft in entsprechenden Mandaten besonders verpflichtet fühlt. Die Digitalisierung von Prozessen durch Legal Tech darf nicht zur Abkehr von individueller anwaltlicher Beratung sowie Gewinnmaximierung auf Kosten des Verbraucherschutzes führen.

Das Präsidium der BRAK hat auf Basis der geführten Diskussionen ein Positionspapier erarbeitet, das ich Ihnen hiermit zur Kenntnis gebe und Sie um Unterstützung dieser Positionen bitte.

Die BRAK lehnt jegliche Lockerungen des grundsätzlichen Verbots des Erfolgshonorars nachdrücklich ab. Gleiches gilt für die Beteiligung von Fremdkapital zur Finanzierung von Geschäftsmodellen. Die gewerblichen Interessen dürfen nicht über das Berufsrecht gestellt werden.

Wir treten zudem für eine uneingeschränkte Aufrechterhaltung und Einhaltung der Core Values (Kernwerte) im Rahmen der berufsrechtlichen Bindungen ein. Diese sind in Abgrenzung zu nichtanwaltlichen Rechtsdienstleistern in Teilbereichen der Rechtsberatung und zu nichtanwaltlichen Legal Tech Anbietern Markenzeichen der Anwaltschaft und begründen das in sie in einem Rechtsstaat gesetzte Vertrauen. Diese Kernwerte gilt es zu schützen und zu erhalten.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Ulrich Wessels  
Rechtsanwalt und Notar



## Positionspapier Oktober 2020

### Digitalisierung und Zugang zum Recht Keine Gewinnmaximierung auf Kosten des Verbraucherschutzes!

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

#### Positionspapier des Präsidiums der Bundesrechtsanwaltskammer

Das in Deutschland bestehende System des Zugangs zum Recht hat sich bewährt und ist Vorbild weltweit.

1. Aufgabe der Anwaltschaft ist es, allumfassend den **Zugang zum Recht** und die Durchsetzung der Verbraucherrechte zu gewährleisten. Dazu gehört auch die Beratung und Vertretung in Mandaten, die sich wirtschaftlich nicht rechnen, beispielsweise im Rahmen der Beratungs- und der Prozesskostenhilfe.
2. Als Organ der Rechtspflege ist der Anwalt im Allgemeininteresse Träger besonderer Funktionen im Rechtsstaat, die einerseits seine umfassende Unabhängigkeit garantieren und ihn andererseits in einen speziellen Pflichtenkanon zum Schutz der Mandanteninteressen einbinden. Die **Unabhängigkeit des Anwaltsberufs** ist Kern ihres Beitrages zur Mitgestaltung und Wahrung der geordneten Rechtspflege und unerlässlich für das Funktionieren des Rechtsstaates.
3. Zu den Aufgaben – gerade in den Verbrauchermandaten – gehört auch, die Stärkung der Verbraucherrechte zu erreichen; deren Durchsetzung im Mandat muss insoweit durch die Anwaltschaft gewährleistet werden.
4. Das Recht und seine Durchsetzung dürfen **nicht zu einer Ware** werden, die unter rein ökonomischen Gesichtspunkten behandelt wird. Denn damit würde der Zugang zum Recht verwehrt, wenn unter Gesichtspunkten von Eigenkapital die Rechtsdurchsetzung selektiert wird.

5. Die Digitalisierung der Prozesse durch Legal Tech kann sinnvoll sein, wenn Verfahren skalierbar sind und keiner individuellen Beratung bedürfen. Das Präsidium spricht sich aber strikt **gegen eine Gewinnmaximierung** auf Kosten der Rechtsuchenden aus, die im Ergebnis das Wohl des Anwalts als Unternehmer über die Rechtsdurchsetzung im Interesse des Mandanten/Verbrauchers stellt. Deshalb **lehnt** die BRAK jegliche **Lockerungen des grundsätzlichen Verbots des Erfolgshonorars nachdrücklich ab. Gleiches gilt für** die Beteiligung von Fremdkapital zur Finanzierung von Geschäftsmodellen. Die gewerblichen Interessen würden dann über das Berufsrecht gestellt werden.
6. Die BRAK tritt für eine uneingeschränkte **Aufrechterhaltung** und Einhaltung der **Core Values** der Anwaltschaft im Rahmen der berufsrechtlichen Bindungen ein. Diese sind in Abgrenzung zu nichtanwaltlichen Rechtsdienstleistern in Teilbereichen der Rechtsberatung und zu nichtanwaltlichen Legal Tech Anbietern **Markenzeichen der Anwaltschaft** und begründen das in sie in einem Rechtsstaat gesetzte Vertrauen. Einen Wettbewerb um die Core Values darf es ebenso wenig geben, wie eine Herabsetzung der Schutzniveaus zur Herstellung eines „Level playing Fields“. Beides würde das Berufsbild des Anwalts als Organ der Rechtspflege entwerten.

**Fazit:** Der geordnete demokratische Rechtsstaat braucht zwingend einen unabhängigen Beruf, der den Zugang zum Recht gewährleistet. Anwaltliche Unabhängigkeit und geradlinige Berufsausübung sind Wesensvoraussetzung der Funktion des Anwalts als Mitgestalter der Rechtspflege in unserem Rechtsstaat. Dieses Prinzip steht, auch vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, nicht zur Disposition. Die Einheit der Anwaltschaft darf nicht dadurch gefährdet werden, dass Teilgruppen zum Zwecke der Gewinnmaximierung die Unabhängigkeit dadurch gefährden, dass sie ihr Interesse über das der Mandanten stellen.

## Aufsatz

### Aufsätze

Professor Dr. Christian Wolf \*

#### >>>> Zugang zum Recht durch Liberalisierung des Berufsrechts bei Erfolgshonorar und Fremdkapital?

*Die Debatte, ob Fremdkapital und Erfolgshonorar auch für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zugelassen werden sollten, wurde durch die Entscheidungen des BGH zu dem Legal Tech-Portal wenigermiete.de neu belebt. Einige Stimmen sprechen sich dafür aus, um gegenüber registrierten Inkassodienstleistern ein level playing field wiederherzustellen. Dies hinterfragt der Autor. Er identifiziert den gleichen Zugang zum Recht als verfassungsrechtlichen Maßstab für die Organisation des Anwaltsmarkts und erörtert, inwieweit dieser auf der Basis von Erfolgshonorar und Fremdkapital überhaupt erreichbar ist.*

#### I. Einleitung

Mit seiner Entscheidung vom 27.11.2019 zu dem Internetportal wenigermiete.de hat der BGH<sup>1</sup> die Debatte über die Frage, ob Fremdkapital und Erfolgshonorar auch für Rechtsanwälte zugelassen werden soll, neu belebt.<sup>2</sup> Der BGH hat inzwischen in zwei weiteren Entscheidungen (wenigermiete.de II<sup>3</sup> und wenigermiete.de III<sup>4</sup>) seine Rechtsprechung weiter verfestigt. Auf doppelte Weise hat der BGH mit diesen Entscheidungen die Gewichte zugunsten der Inkassounternehmen verschoben. Zunächst dehnte er die einem Inkassounternehmen erlaubte Rechtsdienstleistung aus. Die Rechtsberatung muss nicht mehr lediglich eine Nebenleistung des Inkassos sein, welche gegenüber der Inkassotätigkeit in den Hintergrund tritt.<sup>5</sup> Vielmehr sei einem registrierten Inkassodienstleister nicht verwehrt, im Rahmen eines außergerichtlichen Forderungseinzugs in substantieller Weise – auch begleitend zu einem Gerichtsverfahren – Rechtsberatung vorzunehmen.<sup>6</sup>

Neben der Ausdehnung der Rechtsdienstleistungsbefugnis hat der BGH für Inkassounternehmen entschieden, dass diese nicht an das RVG und damit an das Verbot der Quota litis-Vereinbarung gebunden sind.<sup>7</sup> Damit sei das equal level playing field zu Lasten der Anwaltschaft vom BGH verletzt worden.

Welche Konsequenzen sind nun aus diesen Befunden zu ziehen? Oder anders gewandt: Soll zur Wiederherstellung dieses equal level playing field für Rechtsanwälte gleichfalls eine Quota litis-Vereinbarung und Fremdkapital zugelassen werden und welche Auswirkungen hätte dies auf den Zugang zum Recht? Es geht also um die

BRAK-Mitt. 2020, 251

verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Organisation des Anwaltsmarkts (III.) und die Wirkung anwaltlicher Tätigkeit. (II.) Auf dieser Basis lässt sich sodann die Auswirkung von Erfolgshonorar und Fremdkapital näher betrachten (IV.).

#### II. Auf den Anwalt kommt es an!

Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich, Art. 3 I GG. Die Frage, wie das Recht aus dem Gesetz in das Urteil kommt, wird in Deutschland wenig diskutiert. Insbesondere ist die Funktion der Rolle des Rechtsanwalts bei der Rechtsfindung wenig geklärt. Aus der Perspektive der Gerichte und der Wissenschaft wird den Rechtsanwälten häufig eine eher unter- und nachgeordnete Bedeutung zugeschrieben.<sup>8</sup> Eine allgemeine und allgemein anerkannte Theorie anwaltlicher Tätigkeit besteht nicht.<sup>9</sup> Wahrscheinlich liegt ein ganz wesentlicher Schlüssel in der Unwucht des Verständnisses des Anwaltsrechts in der fehlenden Theorie anwaltlicher Tätigkeit. Eine breitere theoretische Diskussion findet lediglich im Strafprozessrecht statt.<sup>10</sup> Im Kern geht es bei dieser Diskussion um die Frage, ob der Strafverteidiger auf eine ontologische Wahrheit außerhalb des Prozesses verpflichtet werden soll. Die Entscheidungen zur

Rügeverkümmern und zum Widerspruchserfordernis begreifen den Verteidiger in diesem Sinne als Gehilfen des Gerichts.<sup>11</sup>

Im Gegensatz hierzu steht die Ansicht, welche die Aufgabe des Strafprozesses nicht darin sieht, eine irgendwie von außen vorgegebene historische Wahrheit<sup>12</sup> abzubilden, sondern sie rechtsstaatlich-justizförmig im Prozess erst zu konstituieren.<sup>13</sup> Die Aufgabe der Verteidigung ist, in einem dialogischen Verfahren an der Wahrheitsfindung gerade durch die Einnahme konträrer Positionen mitzuwirken.

Die ungeklärte Rolle des Rechtsanwalts für das Verfahren spiegelt sich auch in der Rechtsprechung des BVerfG wider. Einerseits betont das Gericht ganz im Sinne eines dialogischen Verfahrens dessen Meinungsfreiheit im Kampf ums Recht.<sup>14</sup> Auch eine erhöhte politische Loyalitätspflicht des Rechtsanwalts lehnt das Gericht ab: „Diesen Prozeß des trial and error durch vermeidbare Reglementierungen für einen freien Beruf zu behindern, könnte geradezu gefährlich für eine Gesellschaft sein, welche mit ihren schwierigen Zukunftsproblemen ohne Fortentwicklungen auch ihrer Rechtsordnung nicht fertig werden wird.“<sup>15</sup>

Andererseits konnte sich das BVerfG bis heute nicht dazu durchringen, anzuerkennen, dass rechtliches Gehör nur durch Hinzuziehung eines Rechtsanwalts vernünftig ausgeübt werden kann.<sup>16</sup> Eng damit zusammen hängt, dass sich der Anspruch auf rechtliches Gehör nur auf die Tatsachen des Falls, nicht jedoch auf die Rechtsfragen erstreckt. Das Gericht sei für die Rechtsauslegung und -anwendung alleinig zuständig, weshalb es, so das BVerfG, auf den Vortrag der Prozessbeteiligten nicht ankomme.<sup>17</sup>

Welche Auswirkungen die anwaltliche Tätigkeit auf die Rechtsfindung hat, ist aber nicht nur theoretisch umstritten, es fehlen für Deutschland auch hinreichende empirische Daten. Für den Bereich des Zivilprozesses sind diese auch schwer zu gewinnen, weil ab dem Landgericht Anwaltszwang herrscht und daher eine Vergleichsgruppe schwer zu bilden ist.

Für den Strafprozess hat jedoch eine jüngere Dissertation die Situation des unverteidigten Angeklagten, wenngleich überwiegend theoretisch, untersucht.<sup>18</sup> Der Autor hat immerhin 30 Hauptverhandlungen vor den Amtsgerichten beobachtet, 25 mit unverteidigten Angeklagten und fünf mit verteidigten Angeklagten. Der Autor beobachtete dabei, dass sich die unverteidigten Angeklagten in der Regel nicht zum rechtlichen Tatvorwurf äußerten und wenn sie dies taten, dann unstrukturiert und am eigentlichen rechtlichen Problem völlig vorbei.<sup>19</sup> Keinem der unverteidigten Angeklagten sei es gelungen, eine Einstellung des Verfahrens oder einen Freispruch mangels Beweises zu erzielen.<sup>20</sup> Auch sei keiner der unverteidigten Angeklagten mit dem Gericht und der Staatsanwaltschaft in Verhandlungen bezüglich der Rechtsfolgen getreten.<sup>21</sup> *Kucharski* resümiert seine Beobachtungen mit folgenden Worten: „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.“<sup>22</sup> Diese Beobachtungen decken sich mit den Untersuchungen im anglo-amerikanischen Raum. Das Recht auf Selbstvertretung wird im anglo-amerikanischen Rechtskreis als ein fundamentales Prozessrecht begriffen.<sup>23</sup> Allerdings führen regelmäßig Untersuchungen zu dem Ergebnis, dass anwaltlich vertretene Parteien in

BRAK-Mitt. 2020, 252

den unterschiedlichen Verfahren die besseren Resultate erzielen können.<sup>24</sup>

Auch wenn es keine umfassende Theorie anwaltlicher Tätigkeit gibt, scheint es kaum bestreitbar zu sein, dass sich Gleichheit vor dem Gesetz nur durch die anwaltliche Vertretung herstellen lässt. Zutreffend hat *Braun* daher auch darauf hingewiesen, dass der Zivilprozess und dessen

dialogische Struktur Akteure voraussetzen, welche den Anforderungen gerecht werden können. Dem diene der Anwaltszwang. Durch die Anwälte können die ungleichen Fähigkeiten der Parteien ausgeglichen werden.<sup>25</sup> Mit anderen Worten: Ohne Rechtsanwältinnen ist die Gleichheit vor dem Gesetz nicht denkbar.

### III. Gleicher Zugang zum Recht als Beurteilungsmaßstab

Hieraus ergibt sich auch der verfassungsrechtliche Beurteilungsmaßstab, wie der Anwaltsmarkt zu organisieren ist. Der Ausgangspunkt der Überlegungen darf aber dabei nicht alleine in einer verkürzten Betrachtung der Berufsfreiheit des Rechtsanwalts bzw. des Legal Tech-Anbieters liegen. Vielmehr liegt stets eine tripolare Konstellation zwischen dem Rechtsschutzsuchenden Bürger, dem Rechtsanwalt oder Rechtsdienstleistungsanbieter und dem Staat vor.<sup>26</sup>

Aus der Perspektive des rechtsuchenden Bürgers darf das finanzielle Risiko des Rechtsschutzes nicht unverhältnismäßig sein und somit eine Kostensperre darstellen. Eine solche Kostensperre lässt sich in diesem Sinne in eine subjektiv-absolute und eine objektive-relative unterteilen.

<sup>27</sup> Der Zugang zu Gericht darf einer Partei nicht aufgrund ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit versperrt sein. Soweit die eigenen finanziellen Mittel nicht ausreichen, müssen der Partei entsprechende Mittel zur Verfügung gestellt werden.<sup>28</sup> Effektiver Rechtsschutz darf keine Frage des Geldbeutels sein.<sup>29</sup> Dies ist verfassungsrechtlich durch Art. 3 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip auf nationaler<sup>30</sup> und auf europäischer Ebene in Art. 6 EMRK<sup>31</sup> und Art. 47 GRCh abgesichert.<sup>32</sup>

Gemeinhin ist dies der Bereich der Prozesskostenhilfe. Dabei ersetzt die Prüfung der hinreichenden Aussicht auf Erfolg im Rahmen des Prozesskostenhilfverfahrens die vernünftige Abwägung der Prozessaussichten unter Einbeziehung des Kostenrisikos durch den Bemittelten. Hierbei darf das Hauptsacheverfahren nicht in das Prozesskostenhilfverfahren vorverlagert werden. Vielmehr ist aus verfassungsrechtlichen Gründen dem Unbemittelten Prozesskostenhilfe bereits zu gewähren, wenn sein Antrag nicht lediglich nur entfernt erfolversprechend ist.<sup>33</sup>

Neben die subjektiv-absolute Kostensperre tritt die objektive-relative Kostensperre. Diese liegt vor, wenn das Kostenrisiko zu dem mit dem Verfahren angestrebten wirtschaftlichen Erfolg derart außer Verhältnis steht, dass die Anrufung der Gerichte nicht mehr 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 Rechtssuchenden 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.“<sup>34</sup>

Dieses Prinzip ist auch in Art. 6 EMRK und Protokoll Nr. 1 Art. 1 der EMRK verortet.<sup>35</sup> Hierin liegt die verfassungsrechtliche Verankerung des Prinzips der Quersubventionierung. Das gegen die Quersubventionierung immer wieder vorgebrachte Argument,<sup>36</sup> es sei sozialpolitisch nicht zielgenau, geht folglich fehl.<sup>37</sup> Unterschiedliche Vermögen wirken sich zwar auf die Risikoaversion aus, aber auch bei hohem Einkommen, und damit geringer Risikoaversion, macht es ökonomisch keinen Sinn, in einen Prozess zu investieren, der am Ende selbst bei Obsiegen mehr Geld kostet als in dem Prozess zugesprochen werden könnte.

Durch das Zusammenspiel von RVG, BRAO und RDG werden die anwaltlichen Core Values, also Grundwerte, abgesichert. Nach § 1 BRAO ist der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege.<sup>38</sup> In diesem Begriff verdichtet sich die besondere und unabdingbare Rolle, welche die Rechtsanwaltschaft für die

Rechtspflege und den Rechtsstaat spielt. Dabei sind folgende Core Values des anwaltlichen Berufs für die Tätigkeit der Rechtsanwältinnen unabdingbare Voraussetzung:<sup>39</sup>

- Anwaltliche Unabhängigkeit,<sup>40</sup>
- Verschwiegenheitspflicht und Recht zur Verschwiegenheit,<sup>41</sup>
- Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen,<sup>42</sup>
- 

BRAK-Mitt. 2020, 253

Sachlichkeitsgebot<sup>43</sup> und

- gleiche Augenhöhe mit dem Richter.<sup>44</sup>

Zu den Core Values zählt aber auch die Sicherung des streitwertunabhängigen Zugangs zum Recht. Dem Rechtsanwalt ist durch die BRAO (§§ 48, 49a BRAO) die Verpflichtung auferlegt, in bestimmten Fällen Prozessvertretungen zu übernehmen und an der Beratungshilfe mitzuwirken. Darüber hinaus baut die Gebührenordnung des RVG auf dem Gedanken der Quersubventionierung auf.<sup>45</sup>

### IV. Gleicher Zugang zum Recht durch Erfolgshonorar?

#### 1. Ausgangspunkt

Die Frage, ob der gleiche Zugang zum Recht durch Erfolgshonorar hergestellt werden kann, muss an zwei unterschiedlichen Punkten beantwortet werden. Der eine Punkt betrifft die Frage, ob der Mandant, von dem der Rechtsanwalt ein Erfolgshonorar erhält, hierdurch besseren Zugang zu seinem Recht erhält. Der zweite Punkt betrifft die Frage, wie sich der Zugang zum Recht für alle anderen Rechtssuchenden auswirkt, mit denen kein Erfolgshonorar vereinbart wird, mit anderen Worten: für die auf Erfolgshonorar ein Anwalt nicht bereit ist zu arbeiten.

Der Begriff des Erfolgshonorars kann dabei unterschiedliche Vereinbarungen umfassen. In engen Grenzen lassen § 4a RVG und § 49b II 1 BRAO schon jetzt ein Erfolgshonorar zu. Der gesetzliche Gebührenanspruch des Rechtsanwalts darf bis zu null reduziert werden, wenn im umgekehrten Fall auch des Erfolgs eine Erhöhung der Gebühren erfolgt. Allerdings ist der ökonomische Spielraum, den die Regelung lässt, von vornherein begrenzt. Nach § 49b II 2 BRAO darf der Rechtsanwalt nicht die Gerichtskosten, Verwaltungskosten oder Kosten anderer Beteiligter übernehmen. Im Kern geht es nur um einen erfolgsabhängigen Verzicht auf den eigenen Honoraranspruch. Da der Mandant bei einem verlorenen Prozess mit den Gerichtskosten und den Anwaltskosten der Gegenseite belastet bleibt, wird man dies im Erfolgsfall bei der Steigerung der Vergütung auch in Rechnung stellen müssen.

Die nachfolgenden Überlegungen bauen daher auf dem Modell auf, welches im Legal Tech-Bereich üblich ist. Das Geschäftsmodell sieht vor, dass der Legal Tech Anbieter zwischen 20 und 30 % der erstrittenen Fluggastentschädigung als Erfolgsbeteiligung erhält, im Fall des Unterliegens dafür auch den Kunden von allen Kosten freistellt.<sup>46</sup>

#### 2. Gleichlauf der Interessen?

Entgegen der Annahme des BGH in der Entscheidung wenigermiete.de besteht zwischen dem auf Erfolgshonorar arbeitenden Rechtsanwalt bzw. Legal Tech-Unternehmer und dem Mandanten kein zwingender Interessengleichlauf.<sup>47</sup> Die Entscheidung des BGH ist vielmehr geradezu paradigmatisch für einen Interessengegensatz. Für den Mieter ging es um einen Betrag von 24,76 Euro. Für wenigermiete.de um vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 166,90 Euro. Einem Vergleich hätten sicherlich weitaus mehr die außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten als die Rückzahlung der überhöhten Miete im Wege gestanden. Entscheidend ist aber, dass es sich aus der Sicht von wenigermiete.de um ein Musterverfahren zur rechtlichen Abklärung der Zulässigkeit des Geschäftsmodells handelte. Diese und nicht die Frage des im Wesentlichen unstrittigen Rückzahlungsanspruchs in Höhe von 24,76 Euro, stand im Mittelpunkt des Verfahrens.

Die Verfahrenskonstellation entspricht daher ziemlich genau derjenigen, die der Entscheidung des BVerfG zu der Prozessführungsbefugnis einer Aktionärsvereinigung zugrunde lag.<sup>48</sup>

Wörtlich führte das BVerfG aus: „Hierzu ist das Verbot [Art. 1 § 1 I 1 RBERG] geeignet. Dem steht nicht entgegen, dass die Rechtsbesorgung im vorliegenden Fall für die einzelnen Zedenten angeblich risikolos gewesen sei. Dem Bf. ist zwar zu konzedieren, dass die Bündelung der Schadensersatzansprüche in seiner Person und die Geltendmachung durch ihn nicht notwendig zu einer unseriösen Rechtsbesorgung für die betroffenen Aktionäre führten. Aber allein der Umstand, dass es dem Bf. nach seinem eigenen Vortrag bei der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche vornehmlich um die Klärung einer gesellschaftsrechtlichen Grundsatzfrage ging, konnte sich unter Umständen zum Nachteil der einzelnen Kleinaktionäre auswirken. Denn die einzelnen Aktionäre waren in erster Linie an materieller Kompensation interessiert. Es ist nicht ausgeschlossen, dass in einem Prozess, etwa bei Vergleichsgesprächen, das überindividuelle Interesse des Bf. und die individuellen Interessen der einzelnen Aktionäre in Konflikt miteinander geraten konnten.“<sup>49</sup>

Insbesondere in der Literatur zur class action ist das Problem hinreichend diskutiert,<sup>50</sup> 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 sowie den vom

BRAK-Mitt. 2020, 254

Rechtsanwalt aufgewendeten Kosten gebildet wurde. Ab einem bestimmten Aufwand übersteigen die Verfahrenskosten den Quotienten von erwartetem Erfolg und Risiko. Weitere Investitionen machen ökonomisch ab diesem Zeitpunkt keinen Sinn mehr.



Fig. 1

Ein Rechtsanwalt, der den Prozess selbst finanziert, wird ab einem bestimmten Punkt den Vergleich mit der Gegenseite suchen. Weitere Investitionen seiner Zeit und seines Kapitals machen ab diesem Punkt keinen Sinn mehr, die Interessen des geschädigten Mandanten und die des finanzierenden Rechtsanwalts sind gegenläufig.

Aus diesem Grund sichert § 127 I VVG für Versicherungsgeschäfte i.S.d. § 1 VVG auch das Recht des Versicherungsnehmers auf freie Wahl des Rechtsanwalts ab. Dieser Grundsatz der freien Anwaltswahl ist unabdingbar, soweit er zum Nachteil des Versicherungsnehmers reichen würde, § 129 VVG. Die Vorschrift beruht auf der Rechtsschutzversicherungsrichtlinie 87/344/EWG. Der EuGH hat mit seiner Entscheidung vom 10.9.2009 – C-199/08 die freie Anwaltswahl des Rechtsanwalts auch garantiert, wenn in einem Fall durch ein Ereignis mehrere Versicherungsnehmer geschädigt sind. Die Regelung will sicherstellen, dass der Rechtsanwalt nur den Interessen seines Mandanten und nicht auch den Interessen der Rechtsschutzversicherung, welche nicht zwingend gleichlaufend sind, verpflichtet ist.

Aber nicht nur im Einzelfall besteht ein Interessengegensatz zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten. Auch insgesamt kann

ein Erfolgshonorar dazu führen, dass bestimmte Streitigkeiten nicht mehr bearbeitet werden. Um ökonomisch auf der Basis eines Erfolgshonorars arbeiten zu können, muss derjenige Rechtsanwalt die Fälle die er bearbeitet nach der Erfolgswahrscheinlichkeit selektieren. Der Rechtsanwalt stellt für die Führung des Verfahrens Eigenkapital zur Verfügung, welches voll im Risiko ist. Daher müssen bei der ökonomischen Betrachtung die Grundsätze des equity capital herangezogen werden. Die Verfahrenskosten sind bei einem Erfolgshonorar voll im Risiko des Investors. Konsequenz dessen ist, dass der Rechtsanwalt auf Erfolgshonorarbasis nur Verfahren mit sehr hoher Erfolgswahrscheinlichkeit führen wird. Derzeit gelten 70 % Erfolgsprognose als üblich. Mit anderen Worten: Fälle, die aus der Sicht des Rechtsanwalts/Legal Tech-Unternehmers eine geringere Erfolgswahrscheinlichkeit aufweisen, werden nicht ökonomisch sinnvoll auf der Basis eines Erfolgshonorars zu führen sein. Im Gegensatz hierzu liegen die Anforderungen, die der Staat an die Gewährung von Prozesskostenhilfe stellt, deutlich niedriger. So dürfen schwierige und umstrittene Rechtsfragen im Prozesskostenhilfeverfahren nicht durchentschieden werden.<sup>51</sup>

Hinreichende Erfolgsaussichten bei einer Schmerzensgeldklage bestehen z.B., wenn der geforderte Betrag noch vertretbar erscheint.<sup>52</sup> Mit anderen Worten: Das Erfolgshonorar wird niemals die Funktion der Prozesskostenhilfe ersetzen können. Wie Stürmer zutreffend bereits ausgeführt hat, führt die Einführung des Erfolgshonorars zu einer Verlagerung des Arbeitseinsatzes zu den erfolgversprechenderen

BRAK-Mitt. 2020, 255

Fällen.<sup>53</sup> Daher wird die Einführung des Erfolgshonorars die Selektion der Mandate und die Arbeitskraft zu den erfolgversprechenderen Mandaten hin verlagern. Zugang zum Recht wird nicht in den umstrittenen Fällen, sondern nur in den sicheren oder ziemlich sicheren Fällen eröffnet.

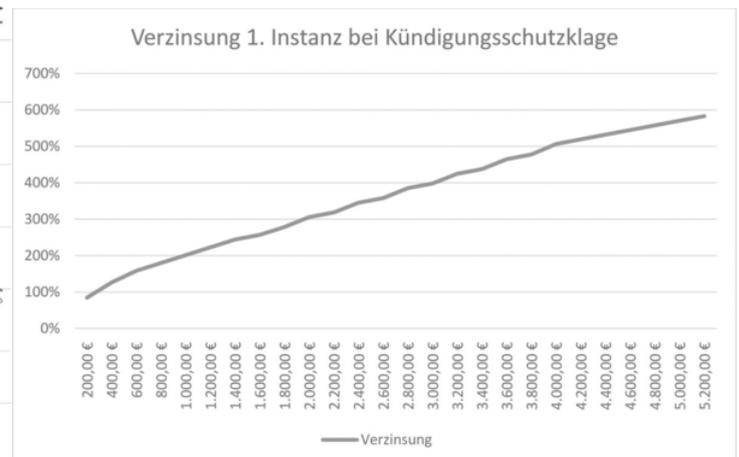


Fig. 2

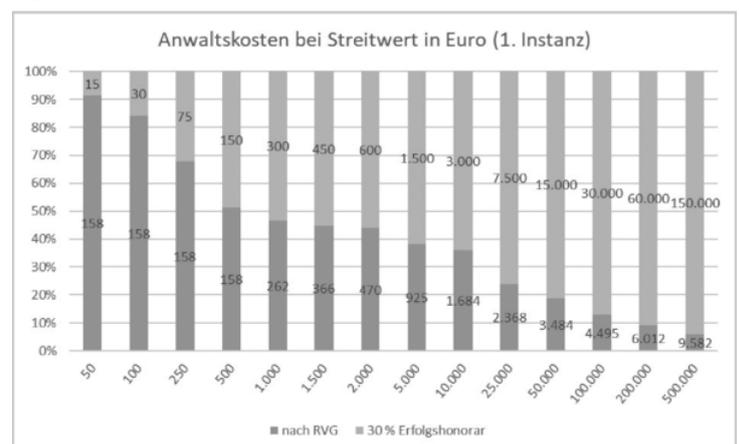


Fig. 3

Grundsätzlich besteht diese Gefahr, seine eigene Arbeitsleistung ökonomisch zu kalkulieren, auch bei einem Pauschalgebührensysteem

wie dem RVG. Allerdings üben Anwälte einen „freien Beruf“ aus. Mit dieser Chiffre soll diese Paradoxie, einerseits der Gemeinwohlverpflichtung und andererseits nicht der staatlichen Kontrolle und Bevormundung zu unterliegen, also nicht Teil des Staates zu sein, aufgelöst werden. Daher soll nach § 2 BRAO die altruistische Einstellung und intrinsische Motivation die Grundlage des freien Berufes bilden; der Rechtsanwalt soll sich bei seiner Berufsausübung nicht ausschließlich vom Gewinnstreben leiten lassen.

An der Richtigkeit der gesetzgeberischen Grundposition hat sich nichts geändert. Dies setzt aber voraus, dass wir den Anwaltsmarkt auch so organisieren, dass sich die Anwaltschaft ein Einkommen, welches ihnen die Quersubventionierung von Fällen ermöglicht, erwirtschaften kann. So hat der Vorsitzende des Mietgerichtstages, *Markus Artz*, gewarnt, dass viele Anwälte, die auf Wohnraummiete spezialisiert sind, von diesem Rechtsgebiet alleine nicht mehr leben können und hierdurch die Qualität der Rechtsberatung auf dem Spiel steht – eine Entwicklung, die durch Legal Tech verschärft worden sei.<sup>54</sup>

**3. Punitive Damage – notwendige Grundlage des Erfolgshonorars**

Das deutsche System der Prozesskostenerstattung geht davon aus, dass die unterlegene Partei die gesamten Verfahrenskosten zu tragen hat. Gesamte Verfahrenskosten meint dabei die nach dem RVG entstehenden Kosten.<sup>55</sup> Das Erfolgshonorar führt dazu, dass der Kläger nicht mehr vollumfänglich kompensiert wird. Er zahlt aus seinem Anspruch, trotz Obsiegens, die Mehrvergütung seines Anwalts. Zugang zum Recht wird daher aus der Perspektive des Mandanten teuer erkaufte. Dies lässt sich an dem Beispiel eines Legal Tech-Anbieters im Bereich des Mietrechts verdeutlichen. Der Anbieter fordert für die Abwehr einer Kündigungsschutzklage eine Monatsnettokaltniete als Provision.<sup>56</sup> Bei einer Nettokaltniete von 5.400,00 Euro ergibt dies eine Verzinsung des capital at risk (CaR) von 583 %, bei einer Nettokaltniete von 200 Euro immerhin noch eine Verzinsung von 52 %.<sup>57</sup> Unter capital at risk werden dabei die Gebühren des eigenen Rechtsanwalts, des gegnerischen Rechtsanwalts sowie die Gerichtskosten verstanden. Bei der Bewertung der Verzinsung muss man in Rechnung stellen, dass – folgt man den Regeln des

BRAK-Mitt. 2020, 256

Kapitalmarkts – nicht jeder Fall auf Erfolgshonorarbasis geführt wird, sondern nur diejenigen Fälle, die eine sehr hohe Gewinnaussicht haben.



Fig. 4

Gegenüber einer Abrechnung nach RVG stellen sich die Legal Tech-Unternehmer nur durch eine Kombination von Kostenerstattung und quota litis besser.

Bei niedrigen Streitwerten liegt das alleinige Erfolgshonorar deutlich unter den gesetzlichen Gebühren. Legt man der Berechnung ein Erfolgshonorar von 30 % der erstrittenen Summe zugrunde, übertrifft das zu zahlende Erfolgshonorar die RVG-Gebühren erst ab einem Streitwert von 1.000 Euro. Bis zu dieser Grenze stellt sich der Rechtsanwalt bei Vereinbarung eines bloßen Erfolgshonorars von 30 % des Streitwerts deutlich schlechter als nach dem RVG.

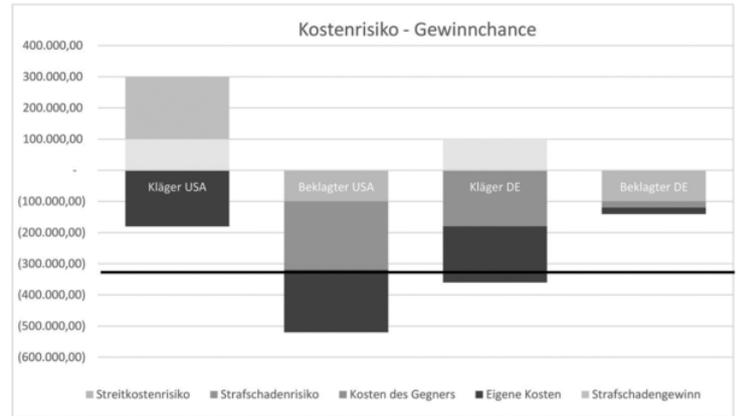


Fig. 5

Nicht berücksichtigt ist bei der Tabelle die Risikoverzinsung. Der Rechtsanwalt, der auf Erfolgshonorarbasis arbeitet, muss aber sein capital at risk auch angemessen verzinst bekommen. Das capital at risk erreicht erst bei einem Streitwert von 500 Euro eine Verzinsung von 35 %, steigt aber danach exponentiell an.

Gegenüber dem US-amerikanischen Modell ist die ökonomische Basis für ein Erfolgshonorar bei uns deutlich geringer. Jede Form eines Erfolgshonorars muss sich der Kläger bei uns von seinem Schadensersatzanspruch in Abzug bringen lassen.

Etwas anders stellt sich die Situation im Fall des punitive damage dar. Der Strafschaden führt dazu, dass das Erfolgshonorar vollständig vom Beklagten gezahlt wird und der Kläger eine vollständige Kompensation seines Schadens erhält. Ein System, das den Zugang zum Recht über Erfolgshonorare sichern will, muss sich im Grunde auch zum Strafschaden bekennen. Den Zugang zum Recht erkaufen sich im deutschen System die Parteien mit einem erheblichen Abschlag von ihrer Schadensersatzforderung. Dabei muss man sich verdeutlichen, dass über das Institut des Erfolgshonorars ohnehin nur diejenigen Fälle geführt werden, bei denen eine sehr hohe Erfolgswahrscheinlichkeit besteht (mindestens 70 %). Im Fall des punitive damage ermöglicht die Verdreifachung des Schadens für den finanzierenden Rechtsanwalt einen völlig anderen Hebel.

BRAK-Mitt. 2020, 257

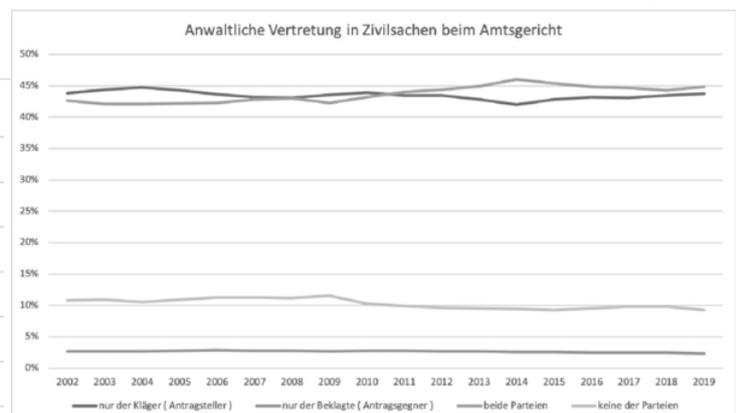


Fig. 6

Der nachfolgenden Darstellung liegt die Annahme zugrunde, dass der Kläger eine 10 % Gewinnchance hat. Durch den Faktor drei beim Schaden ergibt sich für den Kläger selbst bei einer 10%igen Gewinnchance noch eine positive Risikobewertung.

**4. Anwalt wird Partei**

Durch das Erfolgshonorar wird der Rechtsanwalt selbst zur Partei des Zivilprozesses gemacht. Er führt den Rechtsstreit zwar im Namen seines Mandanten, aber auf eigene wirtschaftliche Rechnung. Wegen seiner eigenen Glaubwürdigkeit bedarf der Rechtsanwalt aber eines Stücks Distanz zu den Interessen seines Mandanten. Um eine gemeinsame Basis für den „Streit um Worte“ zu haben, müssen die Parteien des Rechtsstreits ihre „Rechtsmeinung“ auf deren Gültigkeit hin zur Überprüfung stellen. Hierin liegt ein notwendiger Schritt der Distanzierung von der eigenen Meinung. Diese Distanzierung

bezeichnen *Christensen/Kudlich* als den „Übergang vom Meinen zur thetischen Rede“. <sup>58</sup> Diese Distanzierung von der eigenen Position, ohne die der Prozess der Argumentation nicht begonnen werden kann, setzt ein Stück innere Distanz zum Rechtsstreit und Unabhängigkeit voraus. Hierin liegt eine mitentscheidende Funktion der Rechtsanwälte im Rechtsstreit. Mit dem Erfolgshonorar würde der Rechtsstreit aber zum eigenen Rechtsstreit des Rechtsanwalts werden. Er würde seine notwendige Glaubwürdigkeit verlieren.

## 5. Zugang zum Recht durch Rechtsanwälte auch am Amtsgericht

Noch funktioniert das System, den Zugang zum Recht auch an den Amtsgerichten durch Rechtsanwälte sicherzustellen. In 34,7 % der am Amtsgericht 2019 erledigten Verfahren lag der Streitwert unter 600 Euro und in 71,6 % der Fälle unter 2.000 Euro. <sup>59</sup> Dabei wirkten in den überwiegenden Fällen Rechtsanwälte auf der Kläger- und Beklagtenseite mit.

Auf Klägerseite wirkten in 88,5 % der Fälle Anwälte mit, auf Beklagtenseite in 47 % der Fälle. Die Zahlen sprechen eindeutig dafür, dass die Anwaltschaft bereits ihre Aufgabe wahrnimmt, den Zugang zum Recht sicherzustellen.

## V. Fremdkapital verändert die Spielregeln – zugleich eine Zusammenfassung

Insbesondere Legal Tech würde den Einsatz von Fremdkapital erfordern; Anwaltskanzleien könnten Legal Tech-Lösungen nicht ohne Fremdkapital erarbeiten. <sup>60</sup> Diese Behauptung beruht auf mehreren Fehlannahmen:

Zunächst können sich Rechtsanwälte jederzeit an der Entwicklung von Legal Tech-Produkten mit Finanzinvestoren beteiligen, nur nicht im Rahmen einer Anwaltskanzlei. Die Entwicklung kann in einer selbständigen juristischen Person erfolgen. Wahrscheinlicher aber ist, dass die Legal Tech-Produkte genauso wie Kommentare oder andere Verlagsprodukte unter Mitwirkung von Anwälten von Software-Unternehmen hergestellt werden. Die Internetökonomie mit hohen Fixkosten für die Entwicklung und Herstellung des Produkts und sehr niedrigen Grenzkosten wird auch hier zu einer Marktverdichtung führen. Bei Legal Tech ist in der Regel nicht Raum für viele Wettbewerber. LaTeX und WordPerfect sind gegenüber Word nur noch Nischenprodukte. Vergleichbares wird für viele Legal Tech-Produkte über kurz oder lang gelten. Anwälte werden zu Anwendern der Produkte, nicht aber zu Produzenten werden.

Entscheidend gegen Fremdkapital spricht aber, dass sich – unabhängig vom Umfang der Beteiligung – die bisherige Struktur, den gleichen Zugang zum Recht durch eine auch intrinsischen Motivation der anwaltlichen Berufsträger zu sichern, nicht mehr aufrecht erhalten lässt.

<sup>61</sup> Oben wurde bereits beschrieben, dass ein Anwalt, der auf der Basis des Erfolgshonorars arbeitet, der Logik der Privat Equity und deren Ertrags Erwartungen folgen wird. Nur in Fällen mit einer Verzinsung des capital at risk von 20 bis 35 % und einer Erfolgswahrscheinlichkeit von 70 % würden Prozesse auf einer Quota litis-Vereinbarung finanziert werden. Jedenfalls

BRAK-Mitt. 2020, 258

ist dies die Rechnung, welche den unterschiedlichen Legal Tech-Anbietern mindestens zugrunde liegt.

Fremdkapital hätte in einer Anwaltskanzlei keine andere Ertrags Erwartung. Würde die Rechtsanwaltskanzlei nicht die vom Kapitalmarkt erwartete Rendite erwirtschaften, würde das Fremdkapital abwandern. Privat Equity würde so Ertrags Erwartungen nicht nur in den Fällen des Erfolgshonorars diktieren, sondern insgesamt fordern, die Mandatsannahme an der willingness to pay auszurichten. Die Idee, den Zugang zum Recht durch einen freien Beruf sicherzustellen, bei dessen Tätigkeit nicht das Gewinnstreben, sondern die intrinsische Motivation, an der Verwirklichung des Rechts mitzuwirken, im Vordergrund steht, wäre weit über den Bereich des Erfolgshonorars aufgegeben. <sup>62</sup>

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht und geschäftsführender Direktor des Instituts für Prozess- und Anwaltsrecht (IPA) an der Leibniz Universität

- Hannover. – Der Beitrag beruht auf seinem Vortrag im Rahmen der 159. Hauptversammlung der BRAK am 25.9.2020.
- 1 BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, NJW 2020, 208 = BRAK-Mitt. 2020, 44 Ls.
  - 2 FDP-Entwurf zur Modernisierung des Rechtsdienstleistungsrechts, BT-Drs. 19/9527 und Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Anwaltsrecht Zukunftsfest machen, BT-Drs. 19/16884; s. allgemein aus der rechtswissenschaftlichen Diskussion nur *Plog*, AnWBl. 2020, 146; *Hähnchen/Kuprian*, AnWBl. 2020, 423 ff.; *Stadler*, JZ 2020, 321 ff.; *Kilian*, AnWBl. 2020, 157 ff. *Hufeld/Bürkle/Ebert/Petrat/Kath/Becker/Wainryb*, AnWBl. 2020, 28 ff.
  - 3 BGH, Urt. v. 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, NJW-RR 2020, 779.
  - 4 BGH, Urt. v. 27.5.2020 – VIII ZR 45/19, NZM 2020, 551.
  - 5 So noch BGH, BeckRS 2008, 14241, Rn. 9 [nur bei RS mit Rn. 9]; i.d.S. auch z.B. *Kilian*, NJW 2019, 1401 ff.; *Henssler*, BRAK-Mitt. 2020, 4 ff.
  - 6 BGH, Urt. v. 27.5.2020 – VIII ZR 45/19, NZM 2020, 542 Rn. 43.
  - 7 BGH, Urt. v. 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, NJW 2020, 208, Rn. 101; hiergegen mit beachtl. Gründen *Henssler*, NJW 2019, 545, 548 unter Berufung auf BT-Drs. 18/9521, 217.
  - 8 Hierzu bereits *Wolf/Gerking*, BRAK-Mitt. 2020, 185, 190.
  - 9 Vgl. aber die von *Christensen* und *Kudlich* entwickelte Theorie der thetischen Rede, *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, 55 und die Übertragung der Theorie auf die Rolle des Rechtsanwalts für die Rechtsfindung als dialogischer Prozess, *Wolf*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl. 2020, § 1 BRAO Rn. 17 ff.
  - 10 *Wolf*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, § 1 BRAO Rn. 29 ff.
  - 11 Hierzu *Wolf*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, § 1 BRAO Rn. 37 ff.
  - 12 Auch geschichtswissenschaftlich gibt es keine im naturwissenschaftlichen Sinne objektiven Fakten, sondern immer nur eine Interpretation und Rekonstruktion der Vergangenheit aus der Gegenwart, *E.H. Carr*, What is History?, Reprint 1990, 7 ff. und 87 ff.
  - 13 *Paulus*, NStZ 1992, 305, 309 f.; *Paulus*, in *FS Spendel*, 1992, 687 ff.
  - 14 BVerfGE 76, 171 Rn. 55.
  - 15 BVerfGE 63, 266 Rn. 78.
  - 16 BVerfGE 9, 124, 132; 31, 297 301; 38, 105, 118; 39, 156, 168; 85, 337, 349.
  - 17 BVerfG, NJW-RR 1993, 383 (383); BVerfG, WuM 1999, 383, 383.
  - 18 *Kucharski*, Der unverteidigte Beschuldigte im Strafverfahren, 2017.
  - 19 *Kucharski*, 5 f.
  - 20 *Kucharski*, 6.
  - 21 *Kucharski*, 7 f.
  - 22 *Kucharski*, 11.
  - 23 *Rabeea Assy*, Injustice in Person, 2015, 25.
  - 24 *Poppe/Rachlinski*, 43 Pepperdine Law Review (2016), 881 ff.
  - 25 *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 2014, 380 f.
  - 26 *Wolf*, in *FS Hans-Peter Schneider*, 2008, 414, 416 ff.
  - 27 *Wolf*, in *FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer*, 2019, 63, 163 ff.
  - 28 BVerfGE 2, 336 ff.; BVerfGE 56, 139 ff.
  - 29 *Wache*, in *MüKo-ZPO*, 5. Aufl. 2016, § 114 ZPO Rn. 1.
  - 30 BVerfGE 81, 347 ff.
  - 31 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*.
  - 32 EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH/Deutschland*.
  - 33 BVerfG, Beschl. v. 29.11.2019 – 1 BvR 2666/18.
  - 34 BVerfGE 85, 337.
  - 35 EGMR, Judgement 18.7.2013, *Klauz v. Croatia* (Application no. 28963/10) und EGMR Judgement 18.2.2020, *#ernius and Rinkevicius v. Lithuania* (Applications nos. 73579/17 and 4620/18).
  - 36 Nur statt vieler: XVI. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 16/2460, Rn. 872 ff., 988 ff., 400, 401 ff. I.d.S. argumentiert auch der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 19/16884, 1.
  - 37 *Wolf*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, § 2 BRAO Rn. 23 f.
  - 38 *Wolf*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, § 1 BRAO Rn. 27 ff.
  - 39 *Henssler*, ZJP 115 (2002), 321, 328.
  - 40 *Wolf*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, § 1 BRAO Rn. 47 ff.
  - 41 *Zuck*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, § 43a BRAO Rn. 42 ff.
  - 42 *Henssler*, in *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a BRAO Rn. 161 ff.
  - 43 *Zuck*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, § 43a BRAO Rn. 46 ff.
  - 44 *Wolf*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, § 4 BRAO Rn. 37.
  - 45 Vgl. *Wolf*, in *FS Schlosser*, 2005, 1121, 1128; *Wolf*, Zivilprozessrechts-Symposium, Schriftenreihe der BRAK, Bd. 16, 2008, I (11 ff.).
  - 46 <https://www.flightright.de/kosten>.
  - 47 So aber der BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, NJW 2020, 208, 232, Rn. 196.
  - 48 BVerfG, 15.12.1999 – 1 BvR 2161/93, NJW 2000, 1251.
  - 49 BVerfG, 15.12.1999 – 1 BvR 2161/93, NJW, 2000, 1251.
  - 50 Hierauf nimmt aber der BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, NJW 2020, 208 ff. nicht Bezug.
  - 51 BVerfG, Beschl. v. 29.11.2019 – 1 BvR 2666/18 Rn. 12.
  - 52 BVerfG, Beschl. v. 29.11.2019 – 1 BvR 2666/18 Rn. 15.
  - 53 *Stürner*, in *NJW-Sonderheft zum 4. Hannoveraner ZPO-Symposium*, 2007, 9, 10.
  - 54 Interview LTO v. 15.9.2020.
  - 55 BGH, Beschl. v. 24.1.2018 – VII ZB 60/17, NJW 2018, 1477.
  - 56 <https://www.wenigermiete.de/kuendigung-mietvertrag>.
  - 57 Zur Berechnung der Verzinsung: Das *capital at risk* besteht aus den eigenen Anwaltskosten, den Gerichtskosten und den gegnerischen Anwaltskosten. Im Obsiegen erhält das Legal Tech-Unternehmen neben der Monatsmiete auch die eigenen Anwaltskosten von der Gegenseite erstattet. Der Erlös besteht daher aus den eigenen Anwaltskosten und der Nettokaltmiete.
  - 58 *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, 241 ff. Hierzu ausf. *Wolf*, in *Gaier/Wolf/Göcken*, Einl. Rn. 65 ff.
  - 59 *destatis*, Zivilgerichte – Fachserie 10 Reihe 2.1 – 2019, Tabelle 2.2.
  - 60 Vgl. nur *Hufeld/Bürkle/Ebert/Petrat/Kalb/Becker/Wainryb*, AnWBl. 2020, 28.

<sup>61</sup> Hierzu ausf. *Wolf/Gerking*, BRAK-Mitt 2020, 185, 190 f.

<sup>62</sup> Hierzu *Wolf/Gerking*, BRAK-Mitt 2020, 185, 191 f.

© Verlag Dr. Otto Schmidt KG

## Aufsatz

### Aufsätze

Rechtsanwalt und Notar a.D. Kay-Thomas Pohl \*

#### >>> Unionsrechtliches Kohärenzgebot und anwaltliches Berufsrecht

*Im Zusammenhang mit Legal Tech-Angeboten ist umstritten, ob die Beschränkungen des anwaltlichen Berufsrechts beim Erfolgshonorar, bei der Prozessfinanzierung und beim sog. Fremdkapital kohärent im Sinne der unionsrechtlichen Rechtsprechung sind, weil registrierte Inkassodienstleister, die im Rahmen von Legal Tech Rechtsdienstleistungen anbieten, derartigen Beschränkungen nicht unterliegen. Der Autor belegt im Einzelnen anhand der Rechtsprechung des EuGH, weshalb die genannten berufsrechtlichen Beschränkungen verhältnismäßig und auch aus der Sicht des Unionsrechts nicht insgesamt inkohärent sind.*

#### I. Einleitung

Im Anwaltsblatt Online <sup>1</sup> hat Rechtsanwalt Prof. Dr. *Hans-Jürgen Hellwig* unter der Überschrift „BGH zu Lexfox: BRAO, RDG und das unionsrechtliche Kohärenzgebot“ die Auffassung vertreten, dass einerseits Beschränkungen der anwaltlichen Berufsausübung 1. beim *Erfolgshonorar*, 2. bei der *Prozessfinanzierung* und 3. bei der *Finanzierung der eigenen Tätigkeit durch Kapital Dritter* unionsrechtlich nicht mehr gerechtfertigt werden können. Sie seien inkohärent im Sinne der Rechtsprechung des EuGH, weil die anwaltliche Berufsausübung Beschränkungen unterliegt, denen die Berufsausübung registrierter Inkassodienstleister in dem durch die Lexfox-Entscheidungen des BGH <sup>2</sup> definierten Rahmen nicht unterliegt.

Andererseits seien auch 4. *anwaltliche Vorbehaltsaufgaben* angesichts der durch das RDG vorgesehenen Rechtsberatungsbefugnisse Dritter inkohärent geregelt und deshalb unionsrechtswidrig. Sollte diese Einschätzung, der sich auch Rechtsanwalt Prof. Dr. *Ewer* <sup>3</sup> zumindest in Teilen (Erfolgshonorar und Kostenfreistellung) angeschlossen hat, zutreffen, wären die entsprechenden Vorschriften des deutschen Berufsrechts im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts schon jetzt nicht mehr anwendbar.

Es erscheint indessen mehr als fraglich, dass das Unionsrecht tatsächlich unser Berufsrecht derart grundsätzlich in Frage stellt. Hierzu einige Überlegungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH.

#### II. „Level playing field“?

Kernfrage ist, ob gegenüber Inkassodienstleistern bei Erfolgshonorar, Prozessfinanzierung und sog. „Fremdkapital“ ein „Level playing field“ geschaffen werden muss.

##### 1. Beschränkung der Grundfreiheiten

Es ist schon fraglich, ob überhaupt die genannten berufsrechtlichen Beschränkungen die anwaltliche Berufsausübung in Deutschland weniger attraktiv machen und so die Berufs-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit behindern angesichts dessen, dass es einem Unternehmer, welcher einerseits als Rechtsanwalt tätig ist, durch das Berufsrecht nicht verwehrt ist, andererseits im Zweitberuf gewerblich tätig zu sein.

Rechtsanwälte können sich als Inkassodienstleister registrieren lassen und im Rahmen der Lexfox-Entscheidung <sup>4</sup> ihrerseits gewerblich rechtsdienstleistend tätig werden. In diesem Rahmen können sie Rechtsdienstleistungen erbringen, ohne an die fraglichen Beschränkungen durch das anwaltliche Berufsrecht gebunden zu

BRAK-Mitt. 2020, 259

sein, nur eben nicht im Rahmen der anwaltlichen Berufsausübung und nicht unter der „Marke“ Rechtsanwalt bzw. Rechtsanwaltsgesellschaft. Nimmt man gleichwohl eine Beschränkung der genannten Freiheiten an, dürfte die Zweitberufsmöglichkeit als milderer Eingriff gegenüber einem Verbot, im Zweitberuf gewerbliche Rechtsdienstleistungen

zu erbringen, bewirken, dass die genannten berufsrechtlichen Beschränkungen jedenfalls verhältnismäßig sind. Dass sie auch aus der Sicht des Unionsrechts nicht insgesamt inkohärent sind, soll in der Folge gezeigt werden.

#### 2. Vergleichbarkeit der Dienstleistungen

*Hellwig* <sup>5</sup> meint, dass das Unionsrecht den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber weiter einenge als Art. 3 GG dies für den deutschen Gesetzgeber bewirke: Eine willkürliche oder unsachgerechte Inkohärenz wie bei Art. 3 GG sei im Unionsrecht nicht erforderlich, es genüge für das Verdikt der Inkohärenz jeder Unterschied bei der Verfolgung desselben Ziels, soweit es sich um dieselbe Tätigkeit handele. Es könne auch nicht auf die Berufstätigkeit der Anwälte insgesamt abgestellt werden, vielmehr komme es auf die „jeweilige Modalität“ der Berufsausübung an. <sup>6</sup>

Das hat der EuGH – und mit ihm das Unionsrecht – in der Rechtssache C-384/18 <sup>7</sup> anders gesehen: Dort hat der EuGH es abgelehnt, die für das Verhältnis niederländischer Rechtsanwälte zu niederländischen Wirtschaftsprüfern in der Sache *Wouters* u.a. <sup>8</sup> angestellten Erwägungen auf belgische BIBF-Buchhalter zur Rechtfertigung des nach belgischem Recht für diese geltenden Verbotes bestimmter multidisziplinärer Tätigkeiten zu übertragen, und zwar wie folgt:

„Im Unterschied zum Rechtsanwaltsberuf umfasst der Beruf des BIBF-Buchhalters nämlich nicht die rechtliche Vertretung vor den Gerichten [...]“. <sup>9</sup> Das Zitat ist nicht eines von vielen, es enthält die – wenn auch reichlich apodiktische – *ratio decidendi*. <sup>10</sup>

Dass BIBF-Buchhalter außergerichtlich vor den zuständigen Behörden ihre Mandanten in Steuerstreitsachen rechtsbesorgend vertreten und rechtlich beraten und dass die Berufsträger zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie strafbewehrt zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, ließ der EuGH für eine Vergleichbarkeit nicht genügen. Offenbar stellt er gerade nicht darauf ab, dass Berufsträger beider Berufe in einem bestimmten Bereich Rechtsdienstleistungen erbringen („dieselbe Tätigkeit“ im Sinne *Hellwigs*), sondern auf das jeweilige Berufsbild insgesamt.

Im Zusammenhang mit der Frage der Vergleichbarkeit dürfte es auch eine Rolle spielen, dass im Bereich des Geschäftsmodells von Lexfox der Mandant per definitionem nie zu seinem vollen Recht kommt, weil er für den Erfolgsfall einen relativ hohen Prozentsatz der ihm zustehenden Summe abgetreten hat, während er im Fall der Beauftragung eines Rechtsanwalts zwar das Kostenrisiko trägt, aber im Erfolgsfall 100 % dessen, was er beanspruchen kann, auch erhält. Auch wenn man darin ein für Verbraucher attraktives Angebot sieht, unterscheidet sich doch im Hinblick auf das Erfolgshonorar und die Freistellung des Kunden vom Kostenrisiko das Geschäftsmodell der Lexfox GmbH von anwaltlichen Rechtsdienstleistungen noch wesentlich deutlicher als die Tätigkeit der BIBF-Buchhalter Belgiens bei der Erbringung von außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen auf dem Gebiet des Steuerrechts.

Die vorstehend zitierte, äußerst knappe Begründung für die fehlende Vergleichbarkeit im Fall der BIBF-Buchhalter gibt Veranlassung, zu prüfen, was im Rahmen der unionsrechtsrechtlichen Kohärenzprüfung unter der Qualität der Rechtsdienstleistung durch den Anwalt einerseits und der Qualität der Rechtsdienstleistung durch einen sonstigen, insb. einen gewerblichen, Rechtsdienstleister andererseits zu verstehen sei. Beim Inkassodienstleister geht es ganz offensichtlich um die fachliche Qualifikation, beim Rechtsanwalt darüber hinaus um die Qualität, welche gerade das anwaltliche Berufsrecht durch die mit ihm einhergehenden Beschränkungen (Unabhängigkeit, Verschwiegenheit, Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen) seiner Berufstätigkeit im Interesse einer geordneten Rechtspflege verleiht. Demgemäß ist bei der Kohärenzprüfung neben fachlicher Qualifikation als einem Aspekt des Verbraucherschutzes auch auf die weiteren vom deutschen Gesetzgeber mit dem Berufsrecht verfolgten Gemeinwohlbelange abzustellen.

### 3. Kohärenz der Verfolgung eines Gemeinwohlbelangs

Nach der Rechtsprechung des EuGH bezieht sich die Frage der unionsrechtlichen Kohärenz stets auf die Verfolgung eines bestimmten Ziels, also eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses. Das vom Mitgliedstaat mit seiner Gesetzgebung verfolgte Ziel, also der „zwingende Grund des Allgemeininteresses“ und das vom Mitgliedstaat angestrebte Schutzniveau sind der Maßstab für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit und in Sonderheit der Geeignetheit der im Recht des Mitgliedstaates vorgesehenen Maßnahmen in Gestalt der Kohärenz. Der EuGH stellt im Rahmen der Kohärenzprüfung auf sämtliche den jeweils verfolgten Gemeinwohlbelang tangierende Regulierungen des Mitgliedstaates ab und prüft, ob der Gemeinwohlbelang durchgängig systematisch verfolgt oder ob dessen Schutz durch anderweitige Regulierung konterkariert wird.

*Hellwig* geht kurzerhand davon aus, dass die Verbote von Erfolgshonorar und Prozessfinanzierung der Sicherung der Qualität der Rechtsdienstleistung durch den Anwalt dienen, bei einem registrierten Inkassodienst-

BRAK-Mitt. 2020, 260

leister dieses Ziel aber nicht in gleicher Weise verfolgt wird.

Der Befund ist vordergründig richtig. Wenn aber im anwaltlichen Berufsrecht (auch) andere Ziele als die Sicherung fachlicher Qualität verfolgt werden, welche nur für den Anwaltsberuf relevant sind, nicht aber für Inkassodienstleister, stellt sich die Frage der Kohärenz ganz anders.

Mit der Beschränkung der Möglichkeit, Erfolgshonorare zu vereinbaren, dem Verbot der Prozessfinanzierung und vor allem dem Verbot von „Fremdkapital“ im Bereich des anwaltlichen Berufsrechtes verfolgt der deutsche Gesetzgeber unstreitig weitere Ziele, nämlich die Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit und der Geradlinigkeit der Berufsausübung als Grundvoraussetzungen der Rolle als eines Organes der Rechtspflege.

Aus unionsrechtlicher Sicht hat der EuGH diese Gemeinwohlbelange als die „Funktion des Anwalts als eines Mitgestalters der Rechtspflege [...], der in völliger Unabhängigkeit und in deren vorrangigem Interesse dem Mandanten die rechtliche Unterstützung zu gewähren hat, die dieser benötigt“<sup>11</sup> beschrieben. Vor diesem Hintergrund ist das vorstehend wiedergegebene Zitat aus der Rechtssache BIBF-Buchhalter zu sehen, in dem dieses Verständnis der Rolle der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte verkürzt in den Worten „die rechtliche Vertretung vor den Gerichten“<sup>12</sup> anklingt. Dabei sieht der EuGH die Rolle als Mitgestalter der Rechtspflege ausweislich der vorerwähnten Rechtssache BIBF nicht beschränkt auf die Vertretung in gerichtlichen Verfahren, sondern auch im Zusammenhang mit der dort in Rede stehenden Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen als entscheidendes Kriterium an.

### 4. Insbesondere: das sog. Fremdkapital

Eine Frage schneidet *Hellwig* in diesem Zusammenhang zum wiederholten Male an: Bedarf es tatsächlich struktureller Regelung für die Berufsausübungsgesellschaften der Rechtsanwälte im Hinblick auf die gemeinsame Berufsausübung mit anderen Berufsträgern bzw. eines Verbots der Beteiligung von nicht sozietätsfähigen Gesellschaftern aus Gründen der Finanzierung (auf der Staturebene)? Oder ist nicht die abstrakte Geltung der Berufspflichten der Rechtsanwälte (auf der operativen Ebene) für sich genommen bereits geeignet, der aus einer solchen Beteiligung sich ergebenden Gefahr für die Unabhängigkeit zu wehren?

Hier argumentiert *Hellwig* in erster Linie mit dem BVerfG (Sozietätswechselbeschluss v. 3.7.2003),<sup>13</sup> wonach das Berufsrecht davon auszugehen habe, dass der Anwalt einen verantwortungsvollen Umgang mit seinen Berufspflichten pflege und Vermutungen pflichtwidrigen Verhaltens keine Regulierungsgrundlage sein dürfen. Diesen Grundsatz überträgt er auf das Unionsrecht und schließt daraus, dass eine unzulässige Beschränkung der unionsrechtlichen Dienstleistungs-, Niederlassungs- und Berufsfreiheit vorliegt, wenn sich angestrebte Ziele durch reine Verhaltensnormen auf der

operativen Ebene erreichen lassen, das Berufsrecht des Mitgliedstaates Deutschland aber an Strukturen bzw. Statusfragen ansetzt.

Indessen wäre zunächst zu fragen, ob der Berufsträger, welcher einen die Arbeit der Gesellschaft maßgeblich finanzierenden gewerblich tätigen Gesellschafter hätte, überhaupt noch in der Lage wäre, sich dessen Wünschen und ggf. Weisungen zu verweigern, wenn er berufsrechtliche Bedenken hegt. Alsdann stellt sich unionsrechtlich die Frage, ob nicht der mitgliedstaatliche Gesetzgeber, der sowohl die verfolgten Ziele als auch das angestrebte Schutzniveau im Verhältnis zur Union in eigener Zuständigkeit festlegt, nicht die Befürchtung haben darf, dass der Berufsträger in einen unlösbaren Konflikt zwischen seinen berufsrechtlichen und seinen gesellschaftsrechtlichen Pflichten geraten kann.

Man darf Zweifel daran haben, dass der EuGH dem Mitgliedstaat diese Einschätzungsprärogative hier verweigern würde, zumal der Gerichtshof selbst in seiner Rechtsprechung zum Syndikusrechtsanwalt ganz entscheidend auf die Gefährdung der Unabhängigkeit eines Rechtsanwalts durch ein bestehendes Arbeitsverhältnis – ungeachtet seiner berufsrechtlichen Bindung, ungeachtet der Berufsaufsicht durch die Kammer und ungeachtet der durch die Anwaltsrichtlinien gewährten Rechte – abstellt. In den Entscheidungen AM&S<sup>14</sup> sowie Akzo Nobel<sup>15</sup> hält der Gerichtshof im Hinblick auf legal professional privilege und Beschlagnahmefreiheit im Unionsrecht anders als die Niederlande und das Vereinigte Königreich, welche im Hinblick auf das dort auch für angestellte Rechtsanwälte geltende Berufsrecht diesen die genannten Privilegien ungeachtet der abhängigen Beschäftigung beim Mandanten zugestehen, diesen auf der operativen Ebene bestehenden Schutz im Rahmen der unionsrechtlichen wettbewerbsrechtlichen Nachprüfungsverfahren nicht für ausreichend und stellt entscheidend auf den Status der Berufsträger als Arbeitnehmer ihres Mandanten ab.

Auch im Hinblick auf die Postulationsfähigkeit vor den Gerichten der Union gemäß Art. 19 I, III und IV der Satzung des Gerichtshofs<sup>16</sup> stellt – entgegen dem Vertrauen des polnischen Rechts in die Unabhängigkeit der bei dem Mandanten angestellten Rechtsberater (Rechtsanwälte im Sinne beider Anwaltsrichtlinien) kraft berufsrechtlicher Regulierung auf der operativen Ebene – der EuGH auf den Status als Arbeitnehmer des Mandanten ab: nach dem Unionsrecht wird der „Begriff der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts nicht nur positiv, nämlich

BRAK-Mitt. 2020, 261

unter Bezugnahme auf die berufsständischen Pflichten definiert, sondern auch negativ, nämlich durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung“.<sup>17</sup> Ein Arbeitsverhältnis „führt zu einem geringeren Grad der Unabhängigkeit als sie ein Rechtsanwalt oder Rechtsberater genießt, der seine Tätigkeit in einer externen Anwaltskanzlei ausübt“.<sup>18</sup>

Diese ständige Rechtsprechung hat der EuGH jüngst in der Rechtssache Universität Breslau/REA<sup>19</sup> sowie Polen und Universität Breslau/REA<sup>20</sup> ausdrücklich bestätigt, auch wenn er zu Recht einen bloßen Lehrauftrag nicht mit einem Arbeitsverhältnis, welches die Erbringung von Rechtsdienstleistungen in Angelegenheiten des Arbeitgebers selbst zum Inhalt hat, gleichsetzt.

Das Arbeitsverhältnis ist in ähnlicher Weise eine Statusfrage wie die Frage der Sozietätsfähigkeit eines Gesellschafter in einer anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaft, insb. des finanzierenden, nicht zur gemeinsamen Berufsausübung zugelassenen Gesellschafter. Sind in der Gesellschaft die Gefahren für die Unabhängigkeit wesentlich geringer als im Arbeitsverhältnis, insb. wenn der Dritte die Mehrheit des Kapitals hält, und der Rechtsanwalt, etwa bei einer GmbH, Angestellter der Gesellschaft ist?

Die Rechtssache Hartlauer<sup>21</sup> könnte auf den ersten Blick Zweifel an der vorstehenden Argumentation erwecken. Es ging um die Verfolgung der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses „Schutz der Gesundheit der Bevölkerung“<sup>22</sup> nebst „Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems“<sup>23</sup> im Bereich der Zahnmedizin Österreichs und

die Vergleichbarkeit der Dienstleistungen niedergelassener Zahnärzte in Gruppenpraxen einerseits, sowie zahnärztlicher Dienstleistungen angestellter Zahnärzte in Zahnambulatorien andererseits. Diese zahnärztlichen Dienstleistungen hielt der EuGH für vergleichbar. Dass Ambulatorien einer vorherigen Genehmigung mit Bedürfnisprüfung unterlagen, Gruppenpraxen aber nicht, erschien dem EuGH als inkohärent.

Dieser scheinbare Widerspruch zu dem bisherigen, unseren Berufsstand betreffenden, Befund dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass für die Ausübung der Heilkunde die Unabhängigkeit der Berufsträger, nicht nur traditionell hinsichtlich der Krankenhäuser, sondern auch sub specie der verfolgten Ziele des Berufsrechts im Unionsrecht nicht dieselbe Rolle spielt wie für den Anwaltsberuf. Man denke an Wouters u.a./Nova, AM&S, Akzo Nobel, PUKE und last but not least die ratio decidendi der Rechtssache zu den belgischen BIBF-Buchhaltern: „Im Unterschied zum Rechtsanwaltsberuf umfasst der Beruf des BIBF-Buchhalters nämlich nicht die rechtliche Vertretung vor den Gerichten [...]“. <sup>24</sup>

Für den Berufsstand der Rechtsanwälte ist unionsrechtlich die Unabhängigkeit wegen deren Funktion als „Mitgestalter der Rechtspflege“ als Beitrag zur „Wahrung der geordneten Rechtspflege“ der ausschlaggebende zwingende Grund des Allgemeininteresses. Dieses Allgemeininteresse dürfte den Unterschied zur Rechtssache Hartlauer ausmachen.

Für die Anwaltschaft sieht überdies das sekundäre Unionsrecht in Art. 11 V der Niederlassungsrichtlinie 98/5/EG <sup>25</sup> eine Option für Regelungen auf der Staturebene – nichtanwaltliche Sozietäten betreffend – ausdrücklich vor. Dass die Mitgliedstaaten diese Option nur in verhältnismäßiger und kohärenter Weise ausüben dürfen, ändert nichts daran, dass eine Beschränkung des Kreises Sozietätsfähiger mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Es gilt auch weiterhin das in dem Vorabentscheidungsverfahren Wouters u.a. <sup>26</sup> vom EuGH Entschiedene. Der Gerichtshof hatte den Erlass einer Berufsordnung der niederländischen Rechtsanwaltskammer einerseits als Beschluss einer Unternehmensvereinigung i.S.v. ex-Art. 85 I EG-Vertrag qualifiziert, <sup>27</sup> andererseits aber das darin enthaltene Verbot einer gemeinsamen Berufsausübung niederländischer Rechtsanwälte mit niederländischen Wirtschaftsprüfern, also eine Regulierung auf der Staturebene, als gerechtfertigt angesehen. Der Gerichtshof hatte insoweit erwogen,

- „dass für Wirtschaftsprüfer in diesem Mitgliedstaat, anders als etwa im deutschen Recht, kein Berufsgeheimnis gilt, das mit dem der Rechtsanwälte vergleichbar wäre“, <sup>28</sup>
- „dass die niederländische Rechtsanwaltskammer annehmen konnte, dass ein Rechtsanwalt möglicherweise nicht mehr in der Lage ist, seinen Mandanten unabhängig und unter Wahrung eines strengen Berufsgeheimnisses zu vertreten“. <sup>29</sup>

Das streitgegenständliche Verbot einer gemeinsamen Berufsausübung „konnte daher bei vernünftiger Betrachtung als notwendig angesehen werden, um die ordnungsgemäße Ausübung des Anwaltsberufs, wie er in dem betreffenden Mitgliedstaat geordnet ist, sicherzustellen“.

<sup>30</sup> Dem standen weder die Bestimmungen der Verträge über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr, ex-Art. 52 und 59 EGV, noch auch das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, ex-Art. 85 EGV, entgegen. <sup>31</sup>

BRAK-Mitt. 2020, 262

Kurzum: Das Unionsrecht verlangt nicht, dass Mitgliedstaaten von berufsrechtlichen Regelungen auf der Staturebene grundsätzlich Abstand nehmen und sich auf Regulierung der operativen Ebene beschränken. Es ist auch nicht per se inkohärent, im anwaltlichen Berufsrecht Beschränkungen der Berufsausübung entsprechend den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege vorzusehen, die anderen Rechtsdienstleistern nicht auferlegt werden.

Es ist deshalb – gerade sub specie des unionsrechtlichen Kohärenzerfordernisses – geboten, dass der deutsche Gesetzgeber die

Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit und der Geradlinigkeit der Berufsausübung als Voraussetzung der Funktion des Anwalts als Mitgestalter der Rechtspflege in Zukunft, in Sonderheit bei der anstehenden großen BRAO-Reform, in kohärenter und systematischer Weise weiter verfolgt. Dabei ist der Beitrag unseres Berufsstandes zu einer geordneten Rechtspflege nicht auf die Vertretung in behördlichen und gerichtlichen Verfahren beschränkt. Auch die außergerichtliche Beratung, die Mitwirkung bei der Gestaltung rechtssicherer Verträge und die außergerichtliche Vertretung, welche häufig zu einvernehmlichen Konfliktlösungen auch jenseits formalisierter alternativer Streitbeilegungsverfahren führt, durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sind als vorsorgende Rechtspflege ihrerseits Mitgestaltung der Rechtspflege und wesentlicher Beitrag zu einer geordneten Rechtspflege. Systematische und kohärente Verfolgung des Zieles einer geordneten Rechtspflege erfordert auch, die Berufsrechte der nach deutschem Recht sozietätsfähigen Berufe untereinander kompatibel zu halten.

### III. Anwaltliche Vorbehaltsaufgaben – inkohärent durch RDG?

Im weiteren Gang seiner Erörterungen greift *Hellwig* <sup>32</sup> die Stellungnahme des Generalanwalts – Pedro Cruz Villalón – in der Rechtssache X-Steuerberatungsgesellschaft auf, auf welche der EuGH in seinem Urteil <sup>33</sup> mit keinem Wort eingegangen ist, welche sich aber erwartungsgemäß die Kommission in einem bereits anhängigen Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland zu eigen gemacht hat. Danach würden durch die Vorbehaltsaufgaben der Steuerberater angesichts der in § 4 StBerG vorgesehenen Befugnisse sonstiger Berufsträger die Empfänger von geschäftsmäßigen Hilfsleistungen in Steuersachen nicht in systematischer und kohärenter Weise geschützt.

*Hellwig* will diese Argumentation auf das RDG und die dort geregelten – beschränkten – Rechtsleistungsbefugnisse von Nichtanwälten übertragen und sieht auch hier fehlende Kohärenz. *Hellwig*, der sowohl auf Art. 15 III als auch Art. 16 I UAbs. 3 der Allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG verweist, <sup>34</sup> lässt offen, ob überhaupt Art. 16 der Allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie anwendbar ist. Er verweist weiter auf die zwischenzeitlich durch das Gesetz zur Umsetzung der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie im Bereich öffentlich-rechtlicher Körperschaften v. 19.6.2020 umgesetzte Verhältnismäßigkeitsrichtlinie (EU) 2018/958. <sup>35</sup>

Art. 15 III kodifiziert die Rechtsprechung des EuGH zum Diskriminierungsverbot und zur Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Niederlassung. Als Bestandteil des Kapitels III der Dienstleistungsrichtlinie ist diese Vorschrift auch auf reine Inlandssachverhalte anwendbar (Verbundene Rechtssache C-360/15 und C-31/16). <sup>36</sup>

Demgegenüber ist Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie, welcher den freien Dienstleistungsverkehr betrifft, auf Vorbehaltsaufgaben i.S.d. Art. 17 Nr. 6 der Richtlinie nicht anwendbar (Rechtssache X-Steuerberatung). <sup>37</sup> Dadurch, dass die bisherige Vorbehaltsaufgabe der Rechtsanwälte jetzt in einem weiteren Teilbereich eine geteilte Vorbehaltsaufgabe mit dem Berufsstand der Inkassodienstleister ist, hört die Vorbehaltsaufgabe nicht auf, Vorbehaltsaufgabe zu sein. Es gilt für die Regulierung grenzüberschreitender Rechtsdienstleistungen im deutschen Recht aber Art. 56 AEUV und die hierzu ergangene Rechtsprechung, also das Primärrecht, sowie die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie.

Die Frage der Verhältnismäßigkeit und in Sonderheit der Kohärenz stellt sich im Hinblick auf den durch die Lexfox-Entscheidungen definierten Tätigkeitsbereich der in Deutschland niedergelassenen Inkassodienstleister jedenfalls gem. Art. 15 III der Dienstleistungsrichtlinie sowie der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie.

Geteilte Vorbehaltsaufgaben sind i.S.d. Art. 7 II UAbs. 2 lit. d) Verhältnismäßigkeitsrichtlinie 2018/958 EU ein milderes Mittel gegenüber ausschließlichen Vorbehaltsaufgaben, was allerdings

nicht ausschließt, dass die Regelung ihrerseits verhältnismäßig sein und der jeweilige Mitgliedstaat die zur Rechtfertigung der mit Vorbehaltsaufgaben – auch: geteilten Vorbehaltsaufgaben – einhergehenden Beschränkungen angeführten Ziele auch mit seinen sonstigen einschlägigen Regulierungen kohärent verfolgen muss.

Wenn man beurteilen will, ob § 4 StBerG und die Vorschriften der §§ 5, 6, 7 und 10 RDG die kohärente Verfolgung der mit dem StBerG bzw. der BRAO verfolgten Ziele in Frage stellen, muss man ausgehen von der Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, die Berufsfreiheit nur soweit einzuschränken, wie dies erforderlich ist, im Zweifel also das mildere Mittel zu wählen, wobei zu den mildereren Mitteln im Bereich der Vorbehaltsaufgaben einerseits geteilte Vorbehaltsaufgaben, anderer-

BRAK-Mitt. 2020, 263

seits aber auch das Absehen von Vorbehaltsaufgaben gehört, wo dies vertretbar ist und zur Erreichung der verfolgten Ziele kein vollständiges Monopol der Steuerberatung bzw. Rechtsberatung für erforderlich erachtet wird.

Die Wahl einer weniger strikten, dafür Ausnahmen von den Vorbehaltsaufgaben vorsehenden Regelung wird durch das Verhältnismäßigkeitserfordernis geboten, sie ist schon deshalb nicht per se inkohärent. Die Differenzierung der einzelnen Rechtsdienstleistungsbefugnisse muss allerdings begründbar sein im Hinblick auf die mit den Vorbehaltsaufgaben verfolgten Ziele.

In den verbundenen Vorabentscheidungssachen Stoß u.a.,<sup>38</sup> in denen es um die Regulierung von Glücksspielen ging, hat der EuGH unter der Überschrift „Zum Erfordernis der systematischen und kohärenten Begrenzung von Glücksspielen“<sup>39</sup> zunächst an seine ständige Rechtsprechung erinnert, „dass es Sache jedes Mitgliedstaates ist, zu beurteilen, ob es im Zusammenhang mit den von ihm verfolgten legitimen Zielen erforderlich ist, Tätigkeiten dieser Art vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen, wobei die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der erlassenen Maßnahmen allein im Hinblick auf die verfolgten Ziele und das von den betreffenden nationalen Stellen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen sind“<sup>40</sup>

Demgemäß „kann der Umstand, dass von verschiedenen Arten von Glücksspielen einige einem staatlichen Monopol und andere einer Regelung unterliegen [...] für sich genommen nicht dazu führen, dass die Maßnahmen ihre Rechtfertigung verlieren [...]“<sup>41</sup> Die vom Mitgliedstaat verfolgten Gemeinwohlbelange können Beschränkungen der Berufs- Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit allerdings nur dann rechtfertigen, wenn die entsprechende restriktive Maßnahme geeignet ist, die Verwirklichung dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beiträgt, (die dem Gemeinwohlbelang drohenden Gefahren, in casu:) die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.<sup>42</sup>

Damit sind die Maßstäbe gesetzt. Nur Rechtsanwälte sind als Organe der Rechtspflege (in der Terminologie des EuGH: Mitgestalter der Rechtspflege) die berufenen und unabhängigen Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten.

Soweit sie ihre Rechtsdienstleistungsbefugnisse in Teilbereichen mit anderen Rechtsdienstleistern teilen, erfordert Kohärenz, dass die jeweiligen geteilten Rechtsdienstleistungsbefugnisse Dritter der jeweils vorhandenen begrenzten Qualifikation der Dritten entsprechend so eng begrenzt sind, wie es das Ziel des Verbraucherschutzes hinsichtlich der fachlichen Qualifikation der jeweiligen Dienstleister erfordert. Soweit insb. Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und etwa Rechtsschutzsekretäre der Gewerkschaften vor Gericht Rechtsuchende vertreten dürfen, muss ferner gewährleistet sein, dass dadurch die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege nicht gefährdet werden. Das dürfte im Einzelnen einen erheblichen Begründungsaufwand erfordern, wenn die hier erörterten Rechtsfragen sich je in einem Verfahren vor dem EuGH stellen sollten.

#### IV. Prozessuales

Es gibt zwei Wege, die zu einer Befassung des EuGH mit Fragen des deutschen Berufsrechts der Rechtsanwälte führen können, nämlich

- einerseits Vorabentscheidungsersuchen deutscher Gerichte,
- andererseits Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland.

Diese Verfahrensarten unterscheiden sich hinsichtlich der Sachverhaltsbasis, auf der dann letztlich die Entscheidungen des Gerichtshofs beruhen.

In Vorabentscheidungsverfahren, in denen der EuGH den nationalen Gerichten deren Fragen zur Auslegung des primären und sekundären Unionsrechts beantwortet, geht der EuGH von den Tatsachenfeststellungen des vorlegenden Gerichts aus. Wenn er weitere Tatsachenfeststellungen für erforderlich erachtet, überlässt er das ebenso wie die endgültige Entscheidung des Rechtsstreits dem vorlegenden Gericht und gibt durch die ihm obliegende, verbindliche Auslegung des Unionsrechts für beides die erforderlichen Segelanweisungen.

In Vertragsverletzungsverfahren besteht diese Möglichkeit nicht. Der EuGH entscheidet auf Basis des Parteivortrags der Kommission einerseits und des jeweiligen Mitgliedstaates andererseits. Sollten Fragen der Verhältnismäßigkeit und in Sonderheit der Kohärenz des deutschen Berufsrechts bzw. des Rechtsdienstleistungsgesetzes dereinst den Gerichtshof in einem Vertragsverletzungsverfahren beschäftigen, kommt dem detaillierten und substantiierten Vortrag der Bundesregierung entscheidende Bedeutung zu.

Die Anwaltschaft könnte in Verfahren, welche das Berufsrecht der freien Berufe und in Sonderheit das anwaltliche Berufsrecht betreffen, hilfreiche Hinweise und Argumentationshilfe geben, wird aber bislang in Vertragsverletzungsverfahren nicht rechtzeitig und nicht hinreichend detailliert über die Monita der Kommission informiert, die den federführenden Ministerien schon im außergerichtlichen Vorverfahren, welches einer Anrufung des Gerichtshofs stets voraus geht, bekannt werden. Hier wäre Transparenz schon vom Zeitpunkt der Eröffnung des außergerichtlichen Vertragsverletzungsverfahrens, hilfreich.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Berlin und Notar a.D. Ferner ist er Vorsitzender des Ausschusses Europa und Mitglied im BRAO-Ausschuss der BRAK. Der Beitrag beruht auf seinem Vortrag im Rahmen der 159. Hauptversammlung der BRAK am 25.9.2020.

1 Hellwig, AnwBl. Online 2020, 260–268.

2 BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, BRAK-Mitt. 2020, 44 Ls.; Urt. v. 8.4.2020 – VIII ZR 130/19.

3 Vgl. Ewer, NJW 2020, 1783 (1784).

4 BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18.

5 S. Hellwig, AnwBl. Online 2020, 260, 267 I.Sp.

6 S. Hellwig, AnwBl. Online 2020, 260, 264 I.Sp.

7 EuGH, Urt. v. 27.2.2020 – C-384/18 – Kommission/Belgien (Comptables).

8 EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – C-309/99 – Wouters u.a.

9 Ibid., Rn. 50.

10 Ibid., Rn. 49–51.

11 EuGH, Urt. v. 14.9.2010 – C-550/07 P – Akzo Nobel u.a./Kommission (Rn. 42 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S, NJW 1983, 503).

12 Ibid.

13 BVerfG, Urt. v. 3.7.2007 – 1 BvR 238/01.

14 EuGH, Urt. v. 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S/Kommission.

15 EuGH, Urt. v. 14.9.2010 – C-550/07 P – Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission.

16 Konsolidierte Fassung der Satzung des Gerichtshofs.

17 EuGH, Urt. v. 6.9.2012 – C-422/11 P, Rn. 18 – Prezes Urzedu Komunikacji Elektronicznej (PUKE) und Republik Polen/Kommission.

18 Ibid., Rn. 21.

19 EuGH, Urt. v. 4.2.2020 – C-515/17 P – Uniwersytet Wroc#awski/REA.

20 EuGH, Beschl. v. 5.7.2018 – C-561/17 P, Rn. 55 ff., Polen/Uniwersytet Wroc#awski und REA.

21 EuGH, Urt. v. 10.3.2009 – C-169/07 – Hartlauer.

22 Ibid., Rn. 46.

23 Ibid., Rn. 47.

24 EuGH, Urt. v. 27.2.2020 – C-384/18 – Kommission/Belgien (Comptables), Rn. 50.

25 Richtlinie v. 16.2.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde (Niederlassungsrichtlinie), abrufbar unter [https://www.kmk.org/fileadmin/pdf/ZAB/Richtlinien\\_der\\_EU/98\\_5\\_EG.pdf](https://www.kmk.org/fileadmin/pdf/ZAB/Richtlinien_der_EU/98_5_EG.pdf).

26 EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – C-309/99 – Wouters u.a.

27 EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – C-309/99 – Wouters u.a., Rn. 71.

28 Ibid., Rn. 104.

29 Ibid., Rn. 105.

30 Ibid., Rn. 107.

- 31 Ibid., Rn. 97 und 123.  
32 S. *Hellwig*, AnwBl. Online 2020, 260, 265.  
33 EuGH, Urt. v. 17.12.2015 – C-342/14 Rn. 77 bis 79 – X-Steuerberatergesellschaft.  
34 S. *Hellwig*, AnwBl. Online 2020, 260, 261.  
35 Richtlinie 2018/958 v. 28.6.2018 über die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0958&from=EN>.  
36 EuGH, Urt. v. 30.1.2018, Verbundene Rechtssachen C-360/15 – X und C-31/16.  
37 EuGH, Urt. v. 17.12.2015 – C-342/14 – X-Steuerberatergesellschaft, Rn. 40.  
38 EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 – Stoß.  
39 Ibid., Rn. 88 bis 106.  
40 Ibid., Rn. 91.  
41 Ibid, Rn. 96.  
42 Ibid, Rn. 97.

© Verlag Dr. Otto Schmidt KG