

## 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.

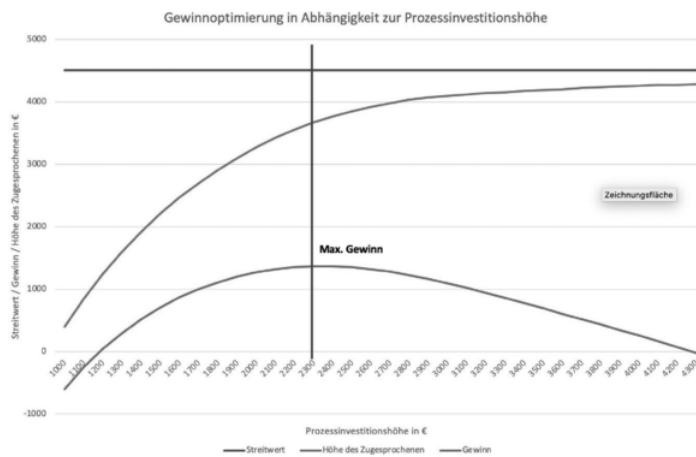


Fig. 1

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.

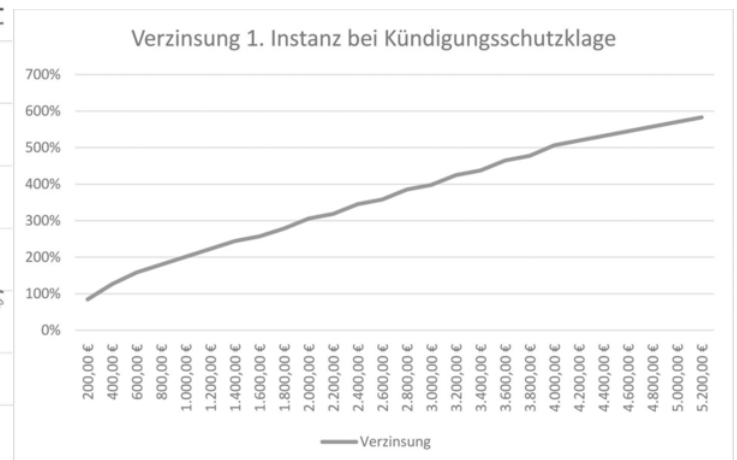


Fig. 2

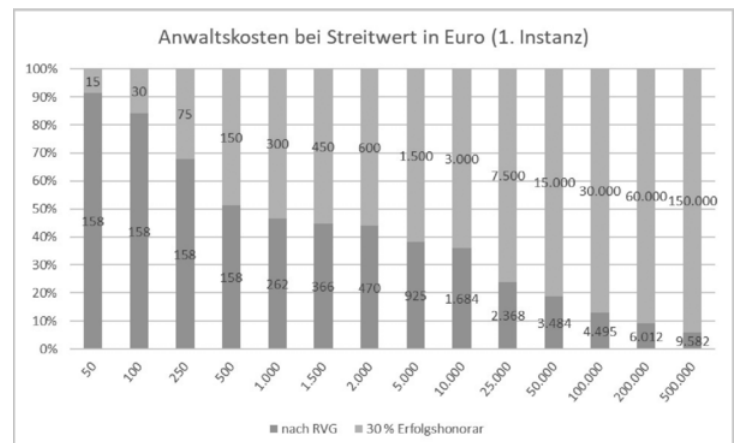


Fig. 3

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.

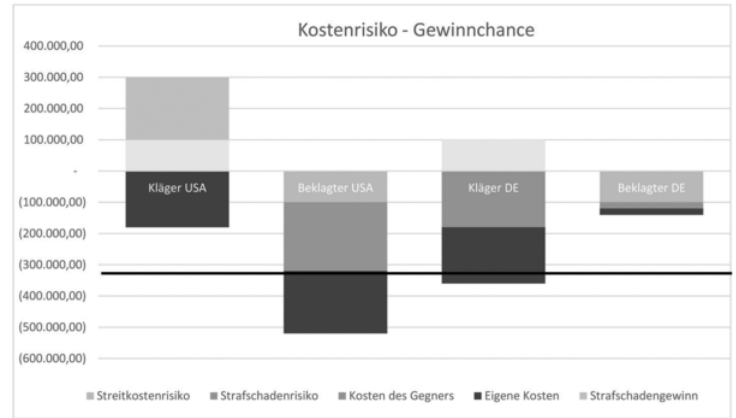


Fig. 5

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

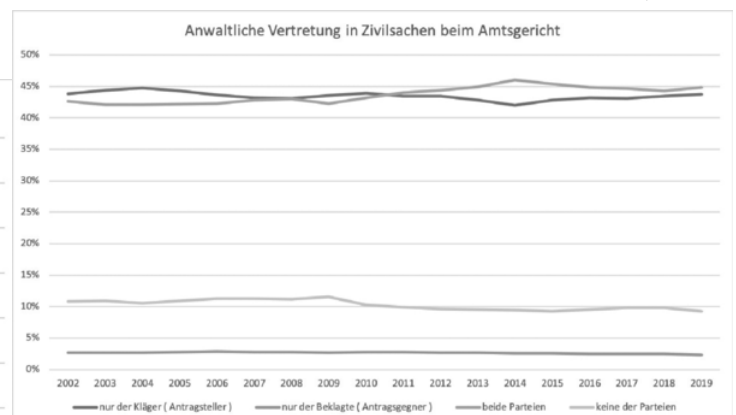


Fig. 6

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 Rechtsdienstleistungsgrechts, 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*, AnWB. 2020, 146; *Hähnchen/Kuprian*, AnWB. 2020, 423 ff.; *Stadler*, JZ 2020, 321 ff.; *Kilian*, AnWB. 2020, 157 ff. *Hufeld/Bürkle/Ebert/Petrat/Kath/Becker/Wainryb*, AnWB. 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*, AnWB. 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