

Schriftliche Stellungnahme
von
Professor Dr. Christian Wolf, Hannover
zu dem Gesetzentwurf
Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Rechtsdienstleistungsrechts
der FDP Fraktion
(BT-Drs. 19/9527)
und
dem Gesetzentwurf
der Fraktion Bündis90/Die Grünen
Anwaltliches Berufsrecht zukunftsfest machen
(BT-Drs 19/16884)

I. Wesentlicher Inhalt des Gesetzentwurfs der FDP-Fraktion

Der Entwurf der FDP-Fraktion vom 18. April 2019, BT-Drs. 19/9527, hat ein doppeltes Regelungsanliegen. Zum einen will der Entwurf einen allgemeinen Rechtsberatungsmarkt unterhalb der Rechtsanwaltschaft für automatisierte Rechtsdienstleistungen schaffen. Zum anderen will der Gesetzentwurf der FDP das Erfolgshonorar ohne eine nähere Einschränkung für Rechtsanwälte zulassen.

Der Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis90/Die Grünen vom 29. Januar 2020, BT-Drs. 19/16884, will hingegen die Bundesregierung auffordern, das anwaltliche Berufsrecht in drei Punkten zu reformieren. Bei niedrigen Streitwerten (bis zu 2.000,00 €) soll die Vereinbarung eines Erfolgshonorars für Rechtsanwälte freigegeben werden. Bei höheren Streitwerten soll überdies in bestimmten Fällen eine Prozessfinanzierung durch Anwälte möglich sein. Eine Reform des anwaltlichen Berufsrechts soll in weiterem Umfang den interprofessionellen Zusammenschluss ermöglichen und die Berufsausübungsgesellschaften für weitere Gesellschaftsformen öffnen. Schließlich soll die RVG-Vergütung regelmäßig der Tariflohnentwicklung angepasst werden.

II. Gleicher Zugang zum Recht als Beurteilungsmaßstab

Beide Gesetzentwürfe greifen in den bestehenden Rechtsdienstleistungs- bzw. Anwaltsmarkt grundlegend ein. Beurteilungsmaßstab müssen dabei zunächst die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Anwaltsmarkt sein. Der Ausgangspunkt der Überlegungen darf aber nicht alleine in einer verkürzten Betrachtung der Berufsfreiheit des Rechtsanwalts bzw. des Legal Tech-Anbieters liegen. Vielmehr liegt stets eine tripolare Konstellation zwischen dem Rechtsschutz suchenden Bürger, dem Rechtsanwalt oder Rechtsdienstleistungsanbieter und dem Staat vor.¹ Aus der Perspektive des rechtssuchenden 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.² Der Zugang zu Gericht darf einer Partei nicht aufgrund ihrer

¹ Wolf in FS für Hans-Peter Schneider, 2008, S. 414, 416 ff.

² Wolf in FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, 2019, S. 63, 163 ff.

wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit versperrt sein. Soweit die eigenen finanziellen Mittel nicht ausreichen, müssen der Partei entsprechende Mittel zur Verfügung gestellt werden.³ Effektiver Rechtsschutz darf keine Frage des Geldbeutels sein.⁴ Dies ist verfassungsrechtlich durch Art. 3 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip auf nationaler⁵ und auf europäischer Ebene in Art. 6 EMRK⁶ und Art. 47 GRCh abgesichert.⁷

Gemeinhin ist dies der Bereich der Prozesskostenhilfe. Dabei ersetzt die Prüfung der hinreichenden Aussicht auf Erfolg im Rahmen des Prozesskostenhilfeverfahrens die vernünftige Abwägung der Prozessaussichten unter Einbeziehung des Kostenrisikos durch den Bemittelten. Hierbei darf das Hauptsacheverfahren nicht in das Prozesskostenhilfeverfahren vorverlagert werden. Vielmehr ist aus verfassungsrechtlichen Gründen dem Unbemittelten Prozesskostenhilfe bereits zu gewähren, wenn sein Antrag nicht lediglich nur entfernt Erfolg versprechend ist.⁸

Neben die subjektiv-absolute Kostensperre tritt die objektiv-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 Bundesverfassungsgericht hierzu aus: *„Mit der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Justizgewährungspflicht ist es nicht vereinbar, den Rechtsuchenden durch Vorschriften über die Gerichts- und Anwaltsgebühren oder deren Handhabung mit einem Kostenrisiko zu belasten, das außer Verhältnis zu seinem Interesse an dem Verfahren steht und die Anrufung des Gerichts bei vernünftiger Abwägung als wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll erscheinen läßt“*⁹.

³ BVerfGE 2, 336 ff; BVerfGE 56, 139 ff.

⁴ Wache, in MüKo/ZPO, 5. Aufl., 2016, § 114 ZPO Rz. 1

⁵ BVerfGE 81, 347 ff.

⁶ EGMR, Urteil vom 15. 2. 2005 - 68416/01, Steel und Morris/Vereinigtes Königreich; EGMR (V. Sektion), Entscheidung vom 8. 12. 2009 - 54193/07 Herma/Deutschland.

⁷ EuGH, Urteil vom 22. 12. 2010 - C-279/09, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH/Deutschland.

⁸ BVerfG, BeckRS 2019, 32776.

⁹ BVerfGE, 85, 337.

Dieses Prinzip ist auch in Art. 6 EMRK und Protokoll Nr. 1 Art. 1 der EMRK verortet.¹⁰

Hierin liegt die verfassungsrechtliche Verankerung des Prinzips der Quersubventionierung. Das gegen die Quersubventionierung immer wieder vorgebrachte Argument,¹¹ es sei sozialpolitisch nicht zielgenau, geht folglich fehl.¹² 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.

III. Gleicher Zugang zum Recht durch RVG, BRAO und RDG

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.¹³ 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 Rechtsanwälte unabdingbare Voraussetzung:¹⁴

Anwaltliche Unabhängigkeit¹⁵

Verschwiegenheitspflicht und Recht zur Verschwiegenheit¹⁶

Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen¹⁷

Sachlichkeitsgebot¹⁸

Gleiche Augenhöhe mit dem Richter¹⁹

Streitwertunabhängiger Zugang zum Recht

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

¹¹ Nur statt vieler, XVI. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drs. 16/2460, Rz. 872 ff., 988 ff., S. 400, 401 ff. In diesem Sinne argumentiert auch der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 19/16884, S. 1.

¹² Wolf in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Aufl., 2020, § 2 Rz. 23 f.

¹³ Wolf in Gaier/Wolf/Göcken, a.a.O. § 1 BRAO Rz. 27 ff.

¹⁴ Henssler, ZJP 115 (2002), 321 (328).

¹⁵ Wolf in Gaier/Wolf/Göcken, § 1 BRAO Rz. 47 ff.

¹⁶ Zuck in Gaier/Wolf/Göcken, § 43a BRAO Rz. 42 ff.

¹⁷ Henssler in Henssler/Prütting, BRAO, 4. Aufl., 2019, § 43a Rz. 161 ff.

¹⁸ Zuck in Gaier/Wolf/Göcken, a.a.O. § 43a BRAO Rz. 46 ff.

¹⁹ Wolf in Gaier/Wolf/Göcken, § 4 BRAO Rz. 37.

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.²⁰

IV. Methodische Grenzen automatisierter Rechtsdienstleistung

Der FDP-Entwurf will einen eigenen Erlaubnistatbestand für „Anbieter von sog. Legal-Tech-Anwendungen, d. h. von Algorithmen zur Unterstützung und Automatisierung von Rechtsdienstleistungen“²¹, schaffen. Legal Tech ist ein überaus schillernder Begriff, welchen auch der FDP-Gesetzesentwurf unterlässt zu definieren. Systematisieren lässt sich Legal Tech am ehesten vom Anwendungsbereich.²² Adressaten von Legal Tech-Anwälten sind zum einen Rechtsanwälte, denen z.B. Software gestützte Textanalysen angeboten werden. Für den Anwendungsbereich des RDG bedeutsam sind hingegen automatisierte Rechtsberatungsprodukte, die sich an Verbraucher richten. Beispiele hierfür sind geblitz.de, toga.legal oder flightright.de. Auf diese Formen der Legal Tech-Anwendung wird sich nachfolgend konzentriert.

In der Literatur wird derzeit diskutiert, ob derartige Legal Tech-Dienstleistungen unter den Begriff von § 2 RDG fallen. Dabei werden in folgendem Zusammenhang zwei Positionen vertreten: Die eine Ansicht meint, das RDG sei nicht einschlägig, weil die automatisierten Rechtsberatungsprodukte auf einer lediglich schematischen Anwendung des Rechts im Wege von Entscheidungsbäumen beruhen, die gerade keine juristische Rechtsprüfung darstellen.²³ Die Gegenansicht hält den Anwendungsbereich des RDG, auch bei Rechtsanwendung durch einen Algorithmus im weiteren Sinne, dennoch für eröffnet.²⁴

²⁰ Vgl. Wolf, FS Schlosser, 2005, S. 1121 (1128); Wolf, Zivilprozessrechts-Symposium, Schriftenreihe der BRAK, Bd. 16, 2008, S. 1 (11 ff.).

²¹ BT-Drs. 19/9527, S. 1.

²² Siehe die Übersicht bei <https://tobschall.de/legaltech/>.

²³ LG Berlin, Urt. v. 15.1.2019 – 15 O 60/18; LG Berlin, NJW 2018, 2898; LG Berlin, VuR 2018, 466; Rott, VuR 2018, 443.

²⁴ LG Berlin, NJW 2018, 2901; LG Berlin, Grundeigentum 2018, 1231; Remmert, BRAK Mitt. 2017, 55, 59; De-
gen/Krahmer, GRUR-Prax 2016, 363.

Die Fragestellung ist allerdings bereits falsch. So hat *Deckenbrock* zwar völlig Recht, wenn er schreibt, dass die Software gar nicht in der Lage ist, einen individuellen Sachverhalt komplett zu erfassen und zu bewerten.²⁵ Bei der Frage, ob eine Rechtsdienstleistung vorliegt und der Verbraucher daher schutzwürdig ist, kann es aber nicht auf die Methode, welche der Beantwortung der Frage zu Grunde liegt, ankommen, sondern nur auf die Fragestellung selbst. Wer in fremden Rechtsangelegenheiten eine konkrete juristische Frage beantwortet, erbringt eine Rechtsdienstleistung, auch wenn er sich einer hierfür völlig ungeeigneten Methode bedient. Es wäre geradezu abstrus, das RDG nicht eingreifen zu lassen, weil der Rechtsdienstleister seine Antwort mit einem Abzählvers ermittelt. Erst recht nicht kann für die Frage, ob eine Rechtsdienstleistung i.S.d. RDG vorliegt, die Qualität der Methode herangezogen werden. Andernfalls unterfiele gerade jene qualitativ minderwertige Leistung nicht dem Gesetz, vor welchem es gerade versucht zu schützen.

Ganz allgemein leidet die Diskussion über Legal Tech darunter, dass keine Rückkopplung an die Grundlagen der theoretischen Informatik und Mathematik erfolgt.²⁶ Bislang galt als gesicherte Erkenntnis sowohl in der Philosophie als auch in der theoretischen Informatik, dass anspruchsvolle Gründe algorithmisch nicht darstellbar sind.²⁷ Eine rein der Aussagenlogik verpflichtete Herangehensweise vermag die innere Struktur der verknüpften Aussagen nicht zu reflektieren.²⁸ Hierzu ist ein Rückgriff auf die Prädikatenlogik notwendig.²⁹ Die Prädikatenlogik lässt sich aber algorithmisch – jedenfalls wenn man *Kurt Gödels* Unvollständigkeitstheorem akzeptiert³⁰ – nicht berechnen.³¹

Vielleicht am klarsten, formuliert *Richard Susskind* was Legal Tech zu leisten im Stande ist. Es könne nicht darum gehen, durch Algorithmen die Tätigkeit von Anwälten zu kopieren,³² sondern ein vergleichbares Ergebnis auf einem unterschiedlichen

²⁵ *Deckenbrock*, AnwBl Online 2020, 178, 181.

²⁶ Ausführlich hierzu *Wolf/Künnen* in FS für Vorwerk, 2019, S. 365 ff.

²⁷ *Nida-Rümelin*, Vernunft und Freiheit, in: Sturma (Hrsg.), Vernunft und Freiheit, 2012, 329 ff. und *ders.* in Humanistische Reflexionen, 2016, S. 149 f.

²⁸ *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 89 ff.

²⁹ *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 89.

³⁰ Hierzu *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik, 5. Aufl., 2015, S. 417 f.

³¹ *Nida-Rümelin*, Vernunft und Freiheit, in: Sturma (Hrsg.), Vernunft und Freiheit, 2012, 329 ff. und *ders.* in Humanistische Reflexionen, 2016, S. 149.

³² *Susskind*, Online Courts and the futures of justice, S. 272.

„unhuman way“ zu erreichen.³³ Durch eine KI gestützte Analyse möglichst vieler, am besten aller gerichtlichen Entscheidungen soll lediglich das Ergebnis einer richterlichen Entscheidung vorhergesagt werden, nicht jedoch der richterliche Argumentationsprozess simuliert werden.³⁴ Sehr offen knüpft *Susskind* z.B. an die Arbeiten von *Karl Llewellyn* und die amerikanische Schule des Rechtsrealismus an.³⁵ Richterliche Entscheidungen würden ohnehin nicht durch rechtliche Argumente gesteuert, vielmehr dienen diese nur dazu, die aus anderen Gründen getroffenen Entscheidung nachträglich zu verbrämen. Richterliche Entscheidungen werden nach diesen Theorien nicht mit rechtlichen Kategorien, sondern außerrechtlichen Kategorien erklärt.³⁶

Treffend, aber auch dechiffrierend bezeichnet *Susskind* die KI Methode der Rechtsfindung als „unhuman“.³⁷ Richtig übersetzt wohl als nicht-menschlich gemeint, treffender jedoch als unmenschlich zu übersetzen. *Susskinds* Vorstellung, Gerichtsurteile sollen künftig durch algorithmisch bestimmte Vorhersagen, wie menschliche Richter entschieden hätten, ersetzt werden, widerspricht diametral den Grundsätzen einer demokratischen und humanen Gesellschaft. Gerichtsverfahren sind im Kern nichts anderes als ein Prozess, in dem sich die Beteiligten von Gründen affizieren lassen. Es gehört zur Würde des Menschen, Entscheidungen nicht einfach hinnehmen zu müssen, sondern durch ein Nehmen und Geben von Gründen auf diesen Entscheidungsprozess Einfluss nehmen zu können. Das, was *Nida-Rümelin* als Affizieren von Gründen beschreibt,³⁸ ist in die Sprache des Prozessrechts übersetzt das faire Verfahren und das rechtliche Gehör. Eine Entscheidungserrechnung mit Wahrscheinlichkeitsprognosen ohne Einfluss der Parteien auf den Algorithmus und ohne Geben und Nehmen von Gründen, verhält sich kontradiktorisch zu dem, was eine humane, sich zu ihren Widersprüchen bekennende Gesellschaft erfordert.³⁹

Hiervon zu unterscheiden ist die Entwicklung von Entscheidungsbäumen. Grundsätzlich ist es möglich, im Sinne eines Prüfungsschemas bis zu einer bestimmten Kom-

³³ a.a.O. S. 274.

³⁴ *Susskind*, a.a.O., S. 281 ff.

³⁵ *Susskind*. A.a.O., S. 284 ff.

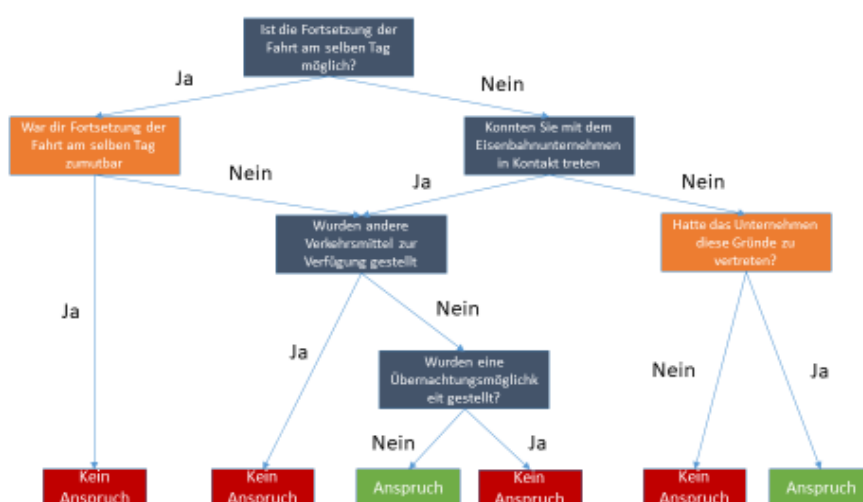
³⁶ Hierzu *Wolf*, ZRP 2013, S. 20, 21.

³⁷ *Susskind* a.a.O., S. 272, 274.

³⁸ *Nida-Rümelin*, Humanistische Reflexionen, 2016, S. 260 ff.

³⁹ Hierzu auch *Wolf/Künnen* in FS für Vorwerk, 2019, 365, 373 f.

plexität Entscheidungsbäume zu entwickeln. Allerdings ist nur bei einfachen Strukturen, wie Entschädigungszahlungen, die lediglich unmittelbar von der Verspätung abhängig sind, eine weitgehende Digitalisierung möglich. Sobald auch über Wertungsfragen zu entscheiden ist, wie die Frage, ob die Fortsetzung am selben Tag zumutbar ist, die Bahn die Gründe zu vertreten hat oder warum der Reisende mit der Bahn nicht in Verbindung treten konnte, erreicht das Digitalisierungspotential seine Grenzen, wenn man nicht mit Wahrscheinlichkeiten arbeiten will.




V. Automatisierte Rechtsanwendung als allgemeiner Erlaubnistatbestand

Der FDP-Entwurf will grundsätzlich die Rechtsberatung durch automatisierte Systeme ohne nähere Einschränkung freigeben. Grundsätzlich lässt sich, wie oben dargestellt, durch Algorithmen keine juristische Rechtsanwendung abbilden. Lediglich in einfach strukturierten Rechtsfragen und einem ebenfalls sehr einfachen Sachverhalt lassen sich Entscheidungsbäume entwickeln, welche sich am Ende durch Legal Tech entscheiden lassen. Dies spiegelt auch die Praxis der entsprechenden Unternehmen, soweit diese erforschbar waren, wider. Während flightright.de nach eigener Aussage aus den Angaben der Daten, wie Flugnummer und Tag, unmittelbar das Anschreiben generieren kann, werden bei wenigermiete.de – wiederum nach eigener

Aussage – die über eine Eingabemaske erfolgten Angaben durch Experten überprüft.

Auftrag zur Abwehr der Mieterhöhung erteilen

Auf Basis Ihrer Angaben hat unser Algorithmus automatisch ermittelt:
Ihr Fall eignet sich zur Rechtsdurchsetzung.



Sie tragen kein Kostenrisiko!
Genauer zum Erfolgshonorar finden Sie in unserer [Preisliste](#).
Eine eingehende Prüfung erfolgt erst nach Auftragserteilung!

Sie haben noch Fragen? Rufen Sie uns an unter
030 2844 3300 (Mo bis Fr 9:00-19:00 Uhr)
oder schreiben Sie uns: info@wenigermiete.de

Ich akzeptiere die Auftragsbedingungen von wenigermiete.de (LexFox GmbH).*
[Zu den Auftragsbedingungen](#)

**Mehrfach empfohlen von Stiftung
Warentest und Finanztip**

So geht es weiter:

- 1. Unsere Experten prüfen Ihre Angaben**
- 2. Unser Vertragsanwalt wehrt die Forderung ihres Vermieters ab**
- 3. Gerechte Miete zahlen**

« ZurückVerbindlich beauftragen »

Der FDP-Entwurf geht selbst davon aus, dass die automatisierte Rechtsdienstleistung nicht vollständig automatisiert erfolgen muss. § 11b RDG-FDP-Entwurf fordert eine Aufklärung, in welchem Umfang der Automatisierungsprozess erfolgt. Würde der Entwurf der FDP-Fraktion umgesetzt werden, wäre ein allgemeiner Rechtsberatungsmarkt unterhalb der Rechtsanwaltschaft geschaffen, weil aus dem Entwurf weder klar hervorgeht, auf welche Fragestellungen sich die automatisierte Rechtsdienstleistung beziehen soll, noch in welchem Umfang die Automatisierung erfolgt sein muss.

Bereits die jetzigen am Markt vorhandenen Produkte werfen aus dem Blickwinkel des Verbraucherschutzes Fragen auf.

Zunächst legen die unterschiedlichen Modelle weder den Algorithmus offen noch werden die Entscheidungsparameter, welche der Annahme eines Falls zugrunde liegen, nachvollziehbar dargestellt. *Hans-Jürgen Hellwig* hat daher zu Recht folgende

Frage aufgeworfen: *„Wie geht man mit dem Risiko um, dass z.B. eine Airline einen Legal Tech-Anbieter im Bereich Fluggastverspätungen oder ein Haus- und Grundbesitzerverein einen Anbieter im Bereich Mietpreisbremse übernimmt und danach den Logarithmus der Software in für sich selbst günstiger Weise verändert?“*⁴⁰

Sowohl Teile derzeit am Markt vorhandenen Legal Tech Unternehmen als auch die Entwicklung, welche durch den FDP-Entwurf weiter begünstigt würde, dient dazu eine Umgehung von § 49b Abs. 2 BRAO und § 49b Abs. 3 BRAO zu bewirken.⁴¹ So stellt geblitzt.de klar, dass die Überprüfung der Bußgeldbescheide ausschließlich durch Rechtsanwälte erfolgt. Das Kostenrisiko trägt in dem Modell alleine geblitzt.de. Deren Vertragsanwälte von geblitzt.de müssen aber eine von geblitzt.de entwickelte Software benutzen für die sie eine Lizenzgebühr zu entrichten haben. Wörtlich heißt es: *„Alle dabei anfallenden Kosten werden übernommen. Zur Unterstützung der täglichen administrativen Abläufe in den Kanzleien, hat Geblitzt.de eine Software entwickelt. Für diese zahlen die Kanzleien Lizenzgebühren mit denen die Kostenübernahme finanziert wird“*⁴².

Eine vergleichbare Umgehungsstrategie liegt vielen anderen Modellen zugrunde. Der Legal Tech-Anbieter übernimmt als Inkassounternehmen gegen Erfolgshonorar die Rechtsdurchsetzung abgetretener Forderungen. Die Forderung wird dabei nur treuhänderisch zur gerichtlichen Geltendmachung abgetreten.

Entgegen Henssler kann aber nicht aus dem Musterklageverfahren gefolgert werden, dass in Masseschäden die kollektive Rechtsverfolgen ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgen muss.⁴³ Es widerspräche bereits deutlich dem Grundsatz der Waffengleichheit im Prozess, wenn z.B. die Kartellanten den Gewinn aus einem Kartellrechtsverstoß mit der Absicht verteidigen den Gewinn möglichst ungeschmälert behalten zu können, während auf der Gegenseite ohne Gewinnerzielungsabsicht agiert werden muss. Das prozessuale Ungleichgewicht verdeutlichen alleine die Honorarzahlen in dem Musterverfahren vor dem OLG Braunschweig im VW Verfahren. Nach eigenen

⁴⁰ Hans-Jürgen Hellwig, Wirtschaftsführer 2018-2019, S. 14, 17.

⁴¹ Henssler, AnwBl. Online 2020, 168, 173 ff.

⁴² <https://www.geblitzt.de/haeufige-fragen/>.

⁴³ So Henssler, AnwBl. 2020, 168, 169 ff.

Angaben mussten die Klägeranwälte das Verfahren für 7530,80 Euro führen,⁴⁴ während alleine die drei Partner einer Großkanzlei für die Teilnahme an den mündlichen Verhandlungen in Braunschweig eine halbe Million in Rechnung stellten.⁴⁵ Erst im Rahmen der Vergleichsverhandlungen wurde diese Summe auch als Honorar der Klägerkanzlei vereinbart.

Legal Tech ist nur in sehr begrenzten und ausgewählten Fällen denkbar, welche einen Skaleneffekt ermöglichen. Die allgemeine Zulassung von automatisierter Rechtsdienstleistung würde das Cherry Picken zusätzlich fördern. Die ökonomische Basis für Rechtsanwälte, die Prozesskostenhilfemandate bearbeiten und sich an der Quersubventionierung beteiligen, würde weiter untergraben werden.

Schließlich sind die Inkassounternehmen nicht dem anwaltlichen Berufsrecht, insbesondere der Vertretung widerstreitender Interessen und der Beteiligung an Prozesskostenhilfemandaten verpflichtet. Ohne eine komplette Neuvermessung des Zugangs zum Recht würde die Umsetzung des FDP-Entwurf zu einem nicht kontrollierbaren Rechtsdienstleistungsmarkt unterhalb der Ebene der Rechtsanwaltschaft führen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der FDP Vorschlag schwerwiegend in den Schutzbereich des RDG eingreift. Die Regelung lädt zur Umgehung des anwaltlichen Berufsrechts ein und stellt nicht sicher, dass die Rechtsberatung hinreichend qualifiziert erfolgt. Hierin ist auch ein Verstoß gegen das Europäische Kohärenzerfordernis zu sehen.⁴⁶

VI. Zugang zum Recht durch Erfolgshonorar

Sowohl der Entwurf der Fraktion Bündnis90/die Grünen als auch der Entwurf der FDP Fraktion sprechen sich – wenngleich mit unterschiedlicher Akzentuierung – für

⁴⁴ <https://www.tagesspiegel.de/themen/reportage/die-klage-der-nation-dieser-mann-will-volkswagen-bezwingen/24870044.html>.

⁴⁵ <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/abgasskandal-musterfeststellungsklage-olg-braunschweig-vw-vzbv-vergleich-vereinbarungen-anwaltskosten/>.

⁴⁶ Wolf in Gaier/Wolf/Göcken, § 2 BRAO Rz. 30 ff.

ein Erfolgshonorar aus. Durch das Modell des Erfolgshonorars trägt der Rechtsanwalt die Verfahrenskosten (Gerichtskosten, eigene Kosten und die Kosten des gegnerischen Anwalts im Unterliegensfall).

Um ökonomisch auf der Basis eines Erfolgshonorars arbeiten zu können, muss derjenige Rechtsanwalt bzw. Legal Tech-Unternehmer die Fälle die er bearbeitet nach der Erfolgswahrscheinlichkeit selektieren. Der Rechtsanwalt/Legal Tech-Unternehmer 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 gilt 70% Erfolgsprognose als üblich. M.a.W. Fälle, die aus der Sicht des Rechtsanwalts/LegalTech-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 Prozesskostenhilfverfahren nicht durchentschieden werden.⁴⁷ Hinreichende Erfolgsaussichten bei einer Schmerzensgeldklage bestehen z.B., wenn der geforderte Betrag noch vertretbar erscheint.⁴⁸ M.a.W. Erfolgshonorar wird niemals die Funktion der Prozesskostenhilfe ersetzen können. Wie Stürner zutreffend bereits ausgeführt hat, führt die Einführung des Erfolgshonorars zu einer Verlagerung des Arbeitseinsatzes zu den erfolgversprechenderen Fällen.⁴⁹ Daher wird die Einführung des Erfolgshonorars die Selektion der Mandate und 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.

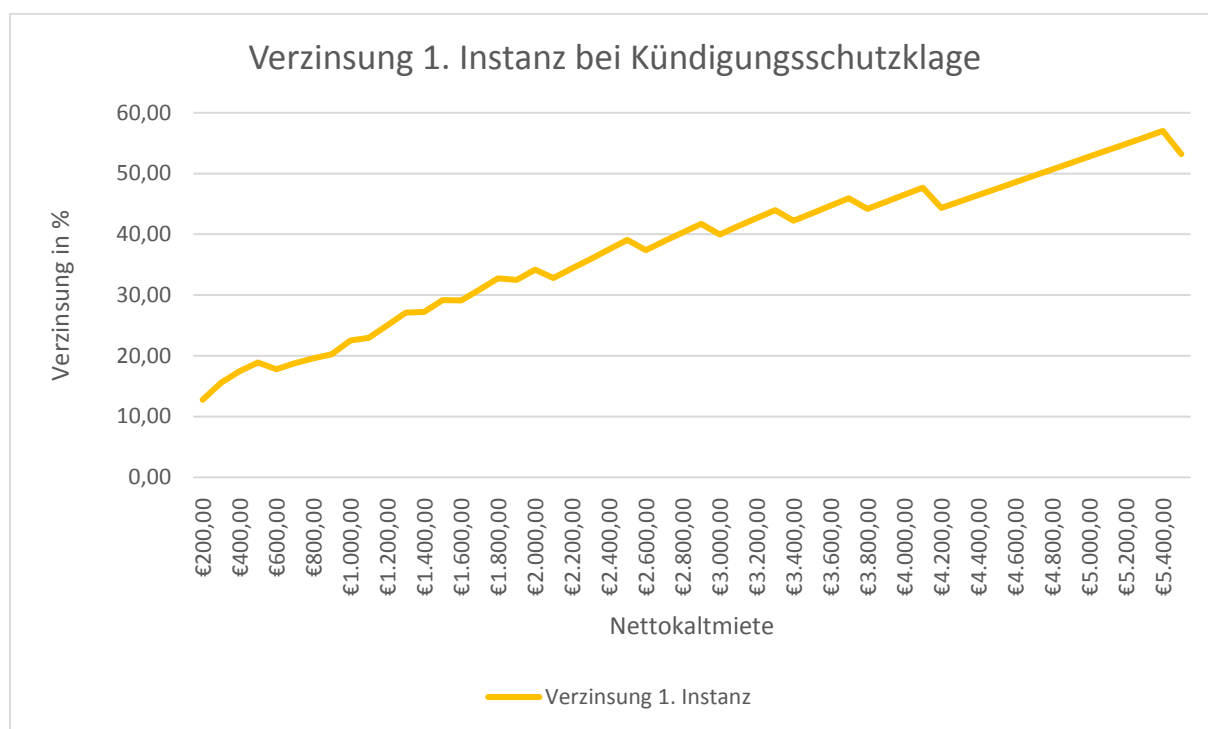
⁴⁷ BVerfG, 1 BvR 2666/18, 29.11.2019, Rz. 12.

⁴⁸ BVerfG, 1 BvR 2666/18, 29.11.2019, Rz. 15.

⁴⁹ Stürner in NJW-Sonderheft zum 4. Hannoveraner ZPO-Symposium, 2007, S. 9, 10.

Gleichzeitig führt die Zulassung des Erfolgshonorars dazu, dass sich die Renditeerwartung am Kapitalmarkt für private equity orientiert. Dies entspricht derzeit ca. 30% des Risikokapitals.

So fordert z.B. der Anbieter für die Abwehr einer Kündigungsschutzklage eine Monatsnettokaltmiete als Provision. Bei einer Nettokaltmiete von 5400,00 € ergibt dies eine Verzinsung des capital at risk von 57,01%. 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 Kapitalmarkts – nicht jeder Fall auf Erfolgshonorarbasis geführt wird, sondern nur diejenigen Fälle, die eine sehr hohe Gewinnaussicht haben.



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 Interessensgleichlauf.⁵⁰ Die Entscheidung des BGH ist vielmehr geradezu paradigmatisch für einen Interessensgegensatz. Für

⁵⁰ So aber der BGH, NJW 2020, 208, 232, Rz. 196.

den Mieter ging es um einen Betrag von 24,76 Euro. Für wenigermieter.de um vorgegerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 166,90 €. 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 wenigermieter.de um ein Musterverfahren zur rechtlichen Abklärung der Zulässigkeit des Geschäftsmodells handelte. Diese und nicht die Frage, ob der im wesentlichen unstrittige Rückzahlungsanspruch 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.⁵¹ Wörtlich führte das Bundesverfassungsgericht 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 konzederen, 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.“*⁵²

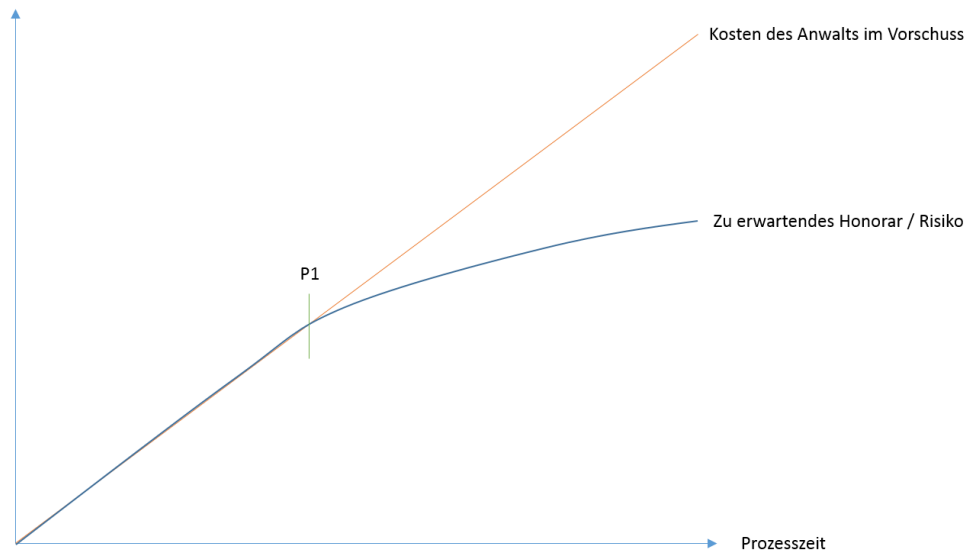
Insbesondere aus der Literatur zur class action ist das Problem hinreichend diskutiert,⁵³ dass die das Verfahren finanzierenden Rechtsanwälte ein erhebliches ökonomisches Eigeninteresse haben einen raschen Vergleich zu schließen und nicht die maximal erreichbare Kompensation zu erstreiten, wenn dies zu einer aus ihrer Sicht überproportionalen Steigerung der Verfahrenskosten verbunden ist. Dies lässt sich mit folgender Graphik veranschaulichen, die aus einem fiktiven Quotienten von Erfolgshonorar und Risiko und den vom Rechtsanwalt aufgewendeten Kosten gebildet

⁵¹ BVerfG, NJW 2000, 1251.

⁵² BVerfG, NJW, 2000, 1251.

⁵³ Hierauf nimmt aber die BGH-Entscheidung, BGH, NJW 2020, 208 ff. nicht Bezug.

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



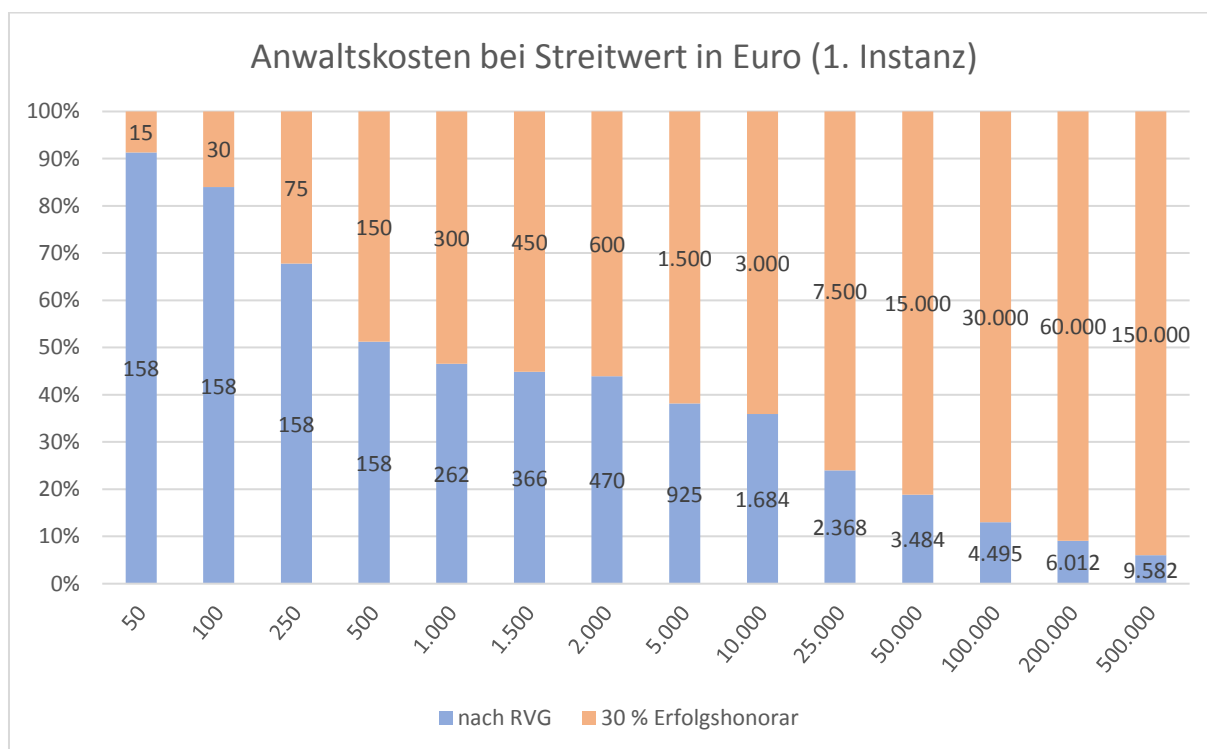
Aus diesem Grund sichert § 127 Abs. 1 VVG⁵⁴ für Versicherungsgeschäfte i.S.d. § 1 Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) auch das Recht des Versicherungsnehmers auf freie Wahl des Rechtsanwalts ab. Dieser Grundsatz der freien Anwaltswahl ist unabdingbar, soweit er zum Nachteil des Versicherungsnehmers reichen würde, § 129 VVG.⁵⁵ Die Vorschrift beruht auf der Rechtsschutzversicherungsrichtlinie 87/344/EWG. Der EuGH hat mit seiner Entscheidung vom 10. September 2009 – C-199/08, die freie Anwaltswahl auch für den Fall eines, d.h. wenn durch ein Ereignis mehrere Versicherungsnehmer geschädigt sind, garantiert.⁵⁶ 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.

⁵⁴ BT-Drucks. 16/3945, S. 91.

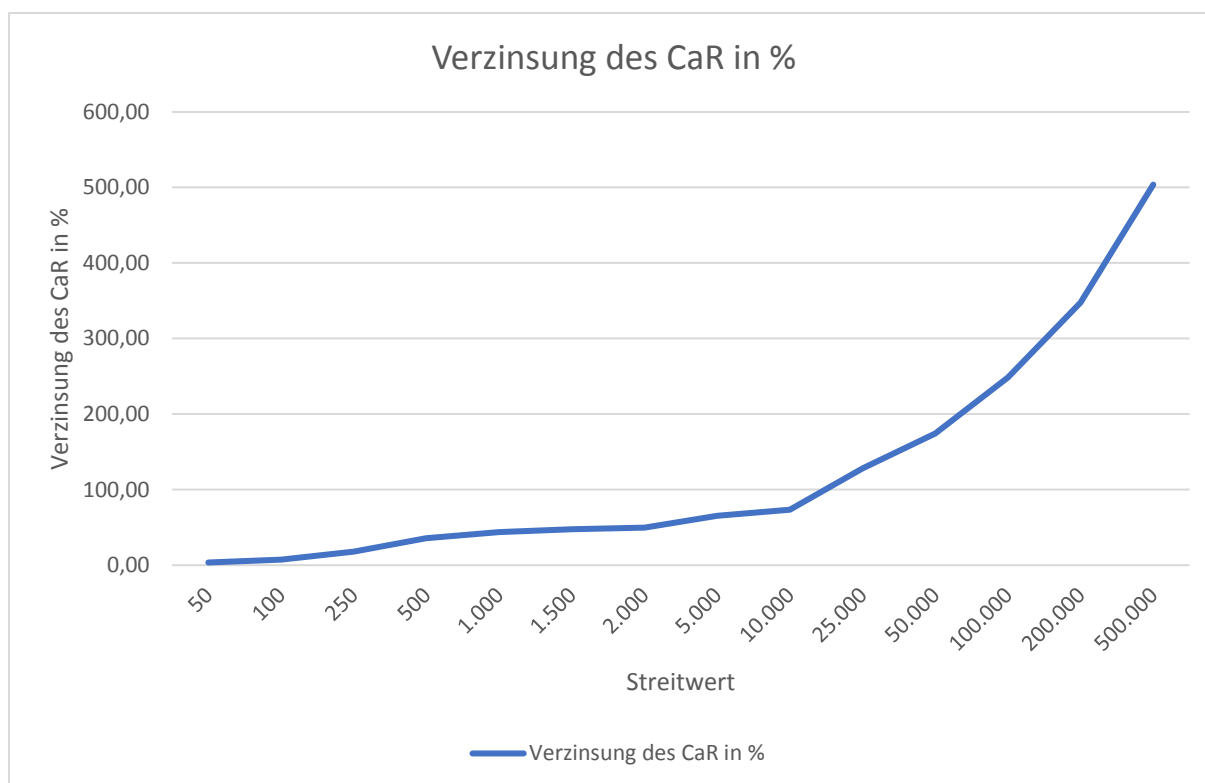
⁵⁵ *Armbrüster* in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, 30. Auflage 2018, VVG § 127 Rz. 1; *Münkel* in: Ruffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, 4. Auflage 2020, VVG § 127 Rz. 2.

⁵⁶ EuGH NJW 2010, 355; *Richter* in: Langheid/Wandt, MüKo zum VVG, 2. Auflage 2017, VVG § 117 Rz. 2a; *Armbrüster* in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, 30. Auflage 2018, VVG § 127 Rz. 1.

Aber auch aus der Perspektive des Rechtsanwalts verspricht das Erfolgshonorar bei niedrigen Streitwerten kein Erfolg. 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 1000,00 Euro. Bis zu dieser Grenze stellt sich der Rechtsanwalt bei Vereinbarung eines Erfolgshonorars von 30% des Streitwerts deutlich schlechter als nach RVG.



Nicht berücksichtigt ist bei der Tabelle die Risikoverzinsung. Der Rechtsanwalt, der auf Erfolgshonorarbasis arbeitet, muss aber sein capital at risk auch angemessen verzinst bekommen. Legt man den Maßstab von 30% der Klagesumme als Erfolgshonorar zugrunde, ergibt sich bei niedrigen Streitwerten für den Rechtsanwalt keine bessere Honorierung. Das capital at risk (eigener Gebührenanspruch, Gerichtskosten und Gebührenanspruch des gegnerischen Rechtsanwalts im Unterliegensfall) erreicht erst bei einem Streitwert von 500,00 Euro eine Verzinsung von 35%, steigt aber danach exponentiell an.



Schließlich darf nicht vergessen werden, dass der Rechtsanwalt, um seiner eigenen Glaubwürdigkeit wegen, eines Stücks Distanz zu den Interessen seines Mandanten bedarf. 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“.⁵⁷ 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.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Erfolgshonorar den Zugang zum Recht, insbesondere in Fälle mit niedrigeren Erfolgsaussichten als 70%, nicht

⁵⁷ *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 241 ff. Hierzu ausführlich *Wolf* in *Gaier/Wolf/Göcken*, Anwaltliches Berufsrecht, Einl. Rz. 65 ff.

erleichtert. Darüber hinaus wird hierdurch ein zumindest latenter Interessenskonflikt zwischen Rechtsanwalt und Mandant geschaffen.

VII. Fremdkapital, Interprofessionelle Zusammenarbeit und weitere Rechtsformen der Berufsausübungsgesellschaften

Insbesondere der Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis90/die Grünen spricht sich für die Prüfung der Zulassung weiterer interprofessionellen Zusammenarbeit und weiterer Rechtsformen der Berufsausübungsgesellschaften aus. *Martin Henssler* hat in erfreulicher Klarheit ausgeführt, dass zentrales Element der Idee der Freiberuflichkeit die Höchstpersönlichkeit der Vertragserfüllung ist.⁵⁸ Mit dem Konzept des „Freien Berufs“ soll das Paradoxon, dass der Rechtsanwalt einerseits dem Gemeinwohl verpflichtet ist und andererseits nicht der staatlichen Kontrolle und Bevormundung unterliegen darf, also nicht Teil des Staates sein darf, aufgelöst werden.

Angesprochen ist damit die Frage, welchen Leitungsinteressen die für die Berufsausübungsgemeinschaft Handelnden folgen sollen. Mit der Idee der Quersubventionierung werden die Rechtsanwälte verpflichtet den streitwertunabhängigen Zugang zum Recht sicherzustellen.

Im Grunde ist es evident, dass sich ein Rechtsstreit für einen Gebührenanspruch von 158,00 Euro nicht kostendeckend führen lässt. Genauso evident ist es aber auch, dass es verfassungswidrig wäre, wenn der Staat sein Rechtsschutzsystem erst ab einem für das Gerichtssystem und die Rechtsanwälte kostendeckenden Streitwert zur Verfügung stellen würde. Das der BRAO und dem RVG zugrundeliegende Konzept baut auf einer intrinsischen Motivation der Rechtsanwälte auf, einen Beitrag zur Quersubventionierung zu leisten. Eine Öffnung des Systems zu Gunsten von Kapitalinvestoren, Berufsausübungsgemeinschaften mit anderen, nicht dem Gemeinwohlverpflichteten Berufen, wie Unternehmensberater und weiteren Berufsausübungsgesellschaftsformen, unterläuft die Möglichkeiten der intrinsischen Motivation.

Unter dem Stichwort Corporate Governance wird im Gesellschaftsrecht seit längerem die Diskussion geführt, wem die Unternehmensleitung verpflichtet ist. Dabei geht es

⁵⁸ Henssler, AnwBl. Online 2020, S. 168.

um die Frage, in welchem Umfang der Vorstand nur den Gewinnmaximierungsinteressen der Gesellschafter verpflichtet sein soll (Shareholder-Ansatz) oder darüber hinaus dem Unternehmen an sich (Walter Rathenau), also einen Ausgleich der Interessen von Eigentümern, Gläubigern, Arbeitnehmern, Anwohnern, Gemeinde, Kunden, Staat verpflichtet ist (Stakeholder-Ansatz). M.a.W. in welchem Umfang das Unternehmen einen Interessenausgleich zwischen diesen gesellschaftlichen Gruppen herbeizuführen und damit ihrer sozialen Verantwortung nachzukommen hat.⁵⁹

Die Hinwendung zum Shareholder-Ansatz und damit zum Managerkapitalismus ist derzeit im Gesellschaftsrecht wohl die herrschende Ideologie. Die Unternehmensleitung wird auf die einseitige Verfolgung der Gewinninteressen der Kapitaleigner verpflichtet.

Je mehr man die freiberufliche, gesellschaftsrechtliche Organisationsform der der Gewerbetreibenden angleicht (kein Bedarf für eigenständige Rechtsformen für die freien Berufe), desto mehr muss man im Rahmen des Corporate Governance die Verpflichtung der Leitungsorgane ausbauen. Eine Öffnung ist nach meiner Überzeugung nur möglich, wenn man die Leitungsorgane auf das Leitbild von § 1 und § 2 BRAO verpflichtet. Als Organ der Rechtsprechung, welche einen freien Beruf und kein Gewerbe ausüben, müssten die Leitungsorgane auf die Gemeinwohlverpflichtung des Rechtsanwalts verpflichtet werden. Nur so ließe sich sicherstellen, dass der Vorstand einer Anwaltsaktiengesellschaft auch Mandate annehmen kann, die eindeutig wirtschaftlich nicht rentabel sind.

Die Frage mit welchen anderen Berufen sich Rechtsanwälte zu Berufsausübungsgemeinschaften zusammenschließen dürfen, ist in die rechtspolitische Diskussion vor allem durch die sogenannte Horn-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eingeführt worden.⁶⁰ In der Entscheidung ging es um die Frage, ob ein Rechtsanwalt sich zusammen mit einer Ärztin und Apothekerin zu einer Partnerschaftsgesellschaft zusammenschließen darf. Dabei hat sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung ausführlich mit dem Schutz des Mandatsgeheimnisses durch Verschwiegenheitsverpflichtung, Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot

⁵⁹ Busse von Colbe, ZGR 1997, 272.

⁶⁰ BVerfGE 141, 82 ff.

auseinandergesetzt und vergleicht das Schutzniveau der Ärzte und Apotheker mit dem der Rechtsanwälte. Wesentlich knapper fällt der Vergleich der Unabhängigkeit aus. Bezüglich des Verbots der widerstreitenden Interessen, welches sich im Berufsrecht der Apotheker und Ärzte nicht widerspiegelt, verweist die Entscheidung auf die Verpflichtung der Rechtsanwälte nach §§ 30 S. 1 und 33 Abs. 2 BORA, sich mit anderen sozietätsfähigen Berufen nur zusammenschließen zu dürfen, wenn diese sich verpflichten, das anwaltliche Berufsrecht zu beachten.

Völlig unerörtert bleibt in der Horn-Entscheidung die Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Prozesskostenhilfe (§ 48 BRAO), zur Pflichtverteidigung (§ 49 BRAO) und zur Beratungshilfe (§ 49a BRAO). Selbst wenn man die Mitwirkung an der in der RVO angelegten Quersubventionierung nicht zu den harten Berufspflichten zählen mag, sind Prozesskostenhilfe, Pflichtverteidigung und Beratungshilfe in jedem Fall Kernbestand der anwaltlichen Grundpflichten. Völlig offen und unerörtert blieb in der Entscheidung, wie der Rechtsanwalt, der sich mit Unternehmensberatern zu einer interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaft zusammengeschlossen hat, nach §§ 30 S. 1, 33 Abs. 2 BORA die Durchführung von Beratungshilfemandaten durchsetzen will.⁶¹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in der breiten Masse vor allem die Einzelanwälte den Zugang zum Recht auch bei niedrigen Streitwerten und durch Prozesskostenhilfemandate sicherstellen. Allerdings wird die ökonomische Basis hierfür kleiner, weil sich insbesondere die leistungsfähigen und ökonomisch starken Kanzleien dieser Gemeinwohlaufgabe entziehen. Das Sonderopfer welches den Anwälten mit den deutlich reduzierten Prozesskostenhilfegebühren abverlangt wird, dürfte verfassungsrechtlich zunehmend schwer werden zu rechtfertigen, wenn die Beteiligung an diesem Sonderopfer völlig ungleich verteilt ist.⁶² Schon jetzt ist geboten, das System der Quersubventionierung nicht durch abgesenkte PKH Gebührensätze weiter auszuhöheln, sondern den PKH Verfahren die gleichen Gebühren zugrunde zu legen. Über kurz oder lang steht der Gesetzgeber aber vor einer Systementscheidung. Ent-

⁶¹ Hierzu *Wolf*, BRAK-Mit, 2018, S. 162 ff.

⁶² *Wolf* in FS 60 Jahre Bunderechtsanwaltskammer, 2019, S. 63, 169 ff.

weder es gelingt durch eine Deregulierung eine stärkere Homogenität des Anwaltsmarkts zu erzielen,⁶³ oder der Gesetzgeber muss die Finanzierung des quersubventionierten Rechtsdienstleistungsmarkts aus der Minimalgesellschaft der Rechtsanwälte mit ihren Mandanten herauslösen und in die Kunstwelt einer staatlich organisierten und mit Steuermitteln finanzierten Umverteilungsgemeinschaft überführen.⁶⁴

⁶³ Hierzu die Vorschläge bei *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481.

⁶⁴ Allgemein zu dieser Fragestellung *Eichenhofer*, Sozialrecht, 10. Aufl., 2017, Rz. 155 ff. und zur Fragestellung *Wolf* in FS 60 Jahre Bundesrechtsanwaltskammer, S. 165 ff.