

Gemeinsame Stellungnahme
des Deutschen Anwaltvereins und der Bundesrechtsanwaltskammer

**zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung
des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren**

BR-Drucks. 6/08 v. 04.01.2008

Anlage:

Synopse Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren und Stellungnahme und Vorschläge von DAV und BRAK zu Artikel 1 und 2 des Regierungsentwurfs

Februar 2008

BRAK-Stellungnahme-Nr. 3/2008; DAV-Stellungnahme-Nr. 8/2008

Im Internet unter: www.anwaltverein.de oder www.brak.de

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Justizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Rechtspolitische Sprecher der Bundestagsfraktionen
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Bundesrat
Rechtsanwaltskammern
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende und Geschäftsführer der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der örtlichen Anwaltvereine im Deutschen Anwaltverein
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende des Forum Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
Berufsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
Ausschuss RVG und Gerichtskosten des Deutschen Anwaltvereins
Mitglieder der Tagung der Gebührenreferenten
Ausschuss Rechtsanwaltsvergütung der Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Patentanwaltskammer
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Steuerberaterverband
Bundesverband der Freien Berufe

Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBl, BRAK-Mitt., JZ, JurBüro, RVGreport, AGS, MDR

Pressesprecher des Deutschen Anwaltvereins und der Bundesrechtsanwaltskammer

Vorbemerkungen:

Deutscher Anwaltverein (DAV) und Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) begrüßen grundsätzlich den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren, der einerseits das nach wie vor gültige Verbot des Erfolgshonorars zum Regelfall macht, andererseits Ausnahmen dort zulässt, wo das Bundesverfassungsgericht diese Ausnahmen für geboten erklärt hat.

BRAK und DAV weisen aber noch einmal darauf hin, dass die **Gewährung von Beratungs- und Prozesskostenhilfe** nicht durch die grundsätzliche Möglichkeit, zukünftig Erfolgshonorare zu vereinbaren, eingeschränkt werden darf. Dies entspricht der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Kritisch bewerten BRAK und DAV den Eingriff in das Recht der Vergütungsvereinbarungen. Insbesondere der **Einführung der generellen Schriftform**, dem **Wegfall der bisher im Einklang mit dem allgemeinen Zivilrecht bestehenden Heilungsmöglichkeit** und der Einführung einer **Nichtigkeitsfolge im Falle der Bewilligung von Prozesskostenhilfe** können DAV und BRAK nicht zustimmen. Diese Änderungen waren durch das Bundesverfassungsgericht nicht geboten.

Hinsichtlich der **Ausgestaltung der Belehrungspflichten** in § 4a Abs. 3 RVG-E ist gegenüber dem Referentenentwurf zwar die Änderung erfolgt, dass diese Belehrungsvorschriften nicht mehr als Wirksamkeitsvoraussetzungen ausgestaltet sind. Die bisherige Überarbeitung birgt aber immer noch erhebliche rechtliche Risiken für die Vertragsparteien. BRAK und DAV sprechen sich daher ausdrücklich gegen derartige schriftliche Belehrungspflichten aus.

Schließlich schlagen DAV und BRAK eine **Änderung der Erstattungs Vorschriften** in der ZPO, der StPO, der VwGO und der FGO vor, um sicherzustellen, dass im Falle der Kostenfestsetzung und der Kostenerstattung gesetzliche Gebühren und Auslagen nach dem RVG erstattet werden.

Zu den Vorschlägen im Einzelnen:

1. Änderung der BRAO

Mit der Neufassung des § 49b Abs. 2 BRAO-E besteht Einverständnis.

2. Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes

a) § 3a RVG-E - Vergütungsvereinbarungen

zu Abs. 1:

Bedenken bestehen hinsichtlich des **beiderseitigen Schriftformerfordernisses**. Nach der bisherigen Regelung in § 4 Abs. 1 S. 1 RVG ist lediglich die Erklärung des Auftraggebers schriftlich abzugeben. Die Erklärung des Rechtsanwaltes ist formfrei. Das Gesetz schützt den Auftraggeber durch das für ihn bestehende Schriftformerfordernis vor übereilten Vereinbarungen. Der Rechtsanwalt muss nicht geschützt werden.

Die erstmalige Einführung eines Schriftformerfordernisses auch für den Rechtsanwalt bringt zudem für diejenigen Rechtsanwälte spezifische Rechtsprobleme mit sich, die in Sozietäten zusammengeschlossen sind. Für Sozietäten gilt nach §§ 709, 714 BGB der Grundsatz der Gesamtvertretung, sodass alle Gesellschafter der GbR die Vertragsurkunde unterzeichnen müssen. Dies ist ständige Rechtsprechung des BGH und des BAG. Es ist also zusätzliche Rechtsunsicherheit dadurch zu befürchten, dass später über die ordnungsgemäße Vertretung der Sozietät gestritten wird.

In den Gesetzestext sollte außerdem eine Klarstellung aufgenommen werden, dass es zukünftig auch möglich ist, **Vergütungsvereinbarungen per Telefax wirksam abzuschließen**.

DAV und BRAK schlagen daher vor, § 3a Abs. 1 wie folgt zu fassen:

„(1) Aus einer Vereinbarung kann eine Vergütung nur gefordert werden, wenn die Erklärung des Auftraggebers schriftlich abgegeben und nicht in der Vollmacht enthal-

ten ist; die Abgabe der Erklärung per Telefax genügt der Schriftform. Ist das Schriftstück nicht von dem Auftraggeber verfasst, muss es als Vergütungsvereinbarung oder in vergleichbarer Weise bezeichnet und die Vergütungsvereinbarung von anderen Vereinbarungen mit Ausnahme der Auftragserteilung deutlich abgesetzt sein. Sie hat einen Hinweis einen darauf zu enthalten, dass die gegnerische Partei, ein Verfahrensbeteiligter oder die Staatskasse im Falle der Kostenerstattung regelmäßig nicht mehr als die gesetzliche Vergütung zu erstatten hat. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für eine Gebührenvereinbarung nach § 34.“

zu Abs. 2:

BRAK und DAV schlagen vor, § 3a Abs. 2 Satz 1 folgenden Satz 2 anzufügen:

„Bei Vereinbarungen nach § 4a ist das vom Rechtsanwalt übernommene Erfolgsrisiko angemessen zu berücksichtigen.“

Gerade im Hinblick auf die Frage der **Unangemessenheit** ist zwischen einer Vergütungsvereinbarung nach § 4 RVG-E und einer Erfolgshonorarvereinbarung nach § 4a RVG-E strikt zu unterscheiden. Allein der Umstand, dass der Rechtsanwalt einen Teil des Risikos zum Teil oder gar ganz übernimmt, lässt es gerechtfertigt erscheinen, die gesetzliche Vergütung um ein Vielfaches und jedenfalls um ein Mehrfaches dessen zu überschreiten, das bei einer „normalen“ Vergütungsvereinbarung möglich wäre.

In den Fällen, in denen das geschuldete Erfolgshonorar deutlich über das hinaus geht, was bei einer erfolgsunabhängigen Vergütungsvereinbarung bereits als unangemessen bezeichnet werden könnte, ist die nachträgliche Betrachtung des objektiven Erfolgsrisikos, bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung, geboten. Es soll durch die vorgeschlagene Regelung also verhindert werden, dass ein Rechtsanwalt auch bei klaren Fällen, bei denen eigentlich kein oder nur ein geringes Risiko besteht, sich eine unangemessen hohe Vergütung versprechen lässt, die er über eine erfolgsunabhängige Vergütungsvereinbarung nicht realisiert hätte.

zu Abs. 3:

§ 3a Abs. 3 RVG-E sieht im Entwurf der Bundesregierung – anders als im Referentenentwurf – nunmehr überraschenderweise vor, dass die **Beiordnung des Rechtsanwalts die Vergütungsvereinbarung für die von der Beiordnung erfasste Tätigkeit nichtig macht.**

Der Vorschlag greift damit über die Regelung in § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO hinaus in die Vergütungsansprüche des Rechtsanwalts ein. Übersehen wird hierbei, dass – anders als im Bereich der Beratungshilfe – die prozesskostenhilfeberechtigte Partei den Anwalt beauftragt und bevollmächtigt. Das Mandat kommt daher nicht zu den niedrigeren Prozesskostenhilfegebühren zustande, sondern zu den Wahlanwaltsgebühren. Die Partei ist aber für die Dauer der Prozesskostenhilfebewilligung und für die Dauer der Anwaltsbeiordnung auf Grund der gesetzlichen Sperrwirkung aus § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO geschützt. Der Rechtsanwalt darf während dieser Zeit nichts von ihr fordern.

Wird die Prozesskostenhilfebewilligung jedoch aufgehoben, z.B. nach § 124 ZPO, weil die Partei falsche Angaben zur Sache gemacht hatte, oder auf Grund einer nachträglichen Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach § 120 Abs. 4 ZPO, entfällt die Sperrwirkung. In diesem Fall entfällt auch der Schutzzweck.

Die bisherige Gesetzesfassung und auch der Referentenentwurf haben daher sowohl systematisch zutreffend als auch unter Berücksichtigung des Schutzes für die Partei geregelt, dass die Vereinbarung unverbindlich ist. Hierbei muss es bleiben.

Da der Schutzzweck auch dann nicht eingreift, wenn die Partei freiwillig und ohne Vorbehalt leistet, **muss die bisher in § 4 Abs. 5 S. 2 RVG enthaltene Regelung bestehen bleiben.** Nur diese steht auch im Einklang mit der allgemeinen Regelung in § 814 BGB, wonach ein in Kenntnis der Nichtschuld geleisteter Betrag nicht zurück-

gefordert werden kann. Ein Grund oder auch nur eine Möglichkeit, die Anwaltschaft schlechter zu stellen als jeden Bürger, ist nicht erkennbar.

Die derzeitige Fassung des § 3a Abs. 3 RVG-E wirft zudem die Frage auf, ob die Nichtigkeitsfolge auch rückwirkend eingreifen soll. Da es sich bei den Gebühren um Pauschalgebühren handelt und die Voraussetzungen für eine Prozesskostenhilfebewilligung auch während eines Mandats eintreten können, ist nach dem derzeitigen Wortlaut der Vorschrift nicht auszuschließen, dass sich die Nichtigkeitsfolge auf die Vergütung für die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwalts in der Angelegenheit erstreckt.

b) § 4 RVG-E – Erfolgsunabhängige Vergütung

Mit dem Vorschlag besteht Einverständnis.

c) § 4a RVG-E - Erfolgshonorar

zu Abs. 1:

Bezüglich der vorgeschlagenen Formulierungen in § 4a Abs. 1 Satz 1 und 2 RVG-E vertreten BRAK und DAV verschiedene Auffassungen.

- Der DAV ist der Auffassung, dass die vorgeschlagene Regelung in Abs. 1 Satz 1 und 2 des Regierungsentwurfs Gesetz werden sollte.
- Die BRAK kann hingegen der Formulierung in Satz 2 nicht zustimmen. Sie plädiert dafür, **das Wort „insbesondere“ aus dem Gesetzentwurf zu streichen**. Das Wort „insbesondere“ birgt nach Auffassung der BRAK die Gefahr in sich, einen geschlossenen Tatbestand zu öffnen und auf vergleichbare Fälle

auszudehnen. Das führt zu Rechtsunsicherheit. Der genaue Regelungsgehalt würde erst im Verlauf mehrerer Jahre durch die Gerichte herausgebildet werden.

Die BRAK schlägt daher folgende Neuformulierung des § 4a Abs. 1 Satz 1 RVG-E vor:

„Ein Erfolgshonorar (§ 49b Abs. 2 Satz 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung) darf nur für den Einzelfall und nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner von ihm dargestellten wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung des Erfolgshonorars von der Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe abgehalten würde.“

Satz 2 des Regierungsentwurfs wird gestrichen.

Durch diese Formulierung sollen die Umstände der Angelegenheit konkretisiert werden, in denen im Einzelfall ein Erfolgshonorar vereinbart werden darf. Die Formulierung bietet die Möglichkeit, im Misserfolgsfall vollständig auf die gesetzliche Vergütung zu verzichten. Dies soll aber nur dann zulässig sein, wenn die Einkommens- und Vermögensverhältnisse den Zugang zum Recht ohne eine entsprechende Vereinbarung versperren würden. Insbesondere fallen die Fälle darunter, in denen dem Rechtsuchenden Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe nicht gewährt werden.

DAV und BRAK sind gemeinsam der Auffassung, dass es bezüglich der wirtschaftlichen Verhältnisse des Auftraggebers nur auf dessen Angaben ankommen kann. Dadurch wird sichergestellt, dass der Mandant die Vereinbarung nicht nachträglich damit angreifen kann, indem er behauptet, die Voraussetzungen für die Vereinbarung eines Erfolgshonorars hätten gar nicht vorgelegen.

Es wird daher folgende Formulierung vorgeschlagen:

*„(...) wenn der Auftraggeber aufgrund seiner **von ihm dargestellten** wirtschaftlichen Verhältnisse (...).“*

Es sollte sichergestellt werden, dass der Rechtsanwalt bei einem Teilerfolg zumindest einen Teil der gesetzlichen Vergütung erhält. Gelingt dem Rechtsanwalt zwar nicht der gewünschte und vereinbarte Erfolg, jedoch ein Teilerfolg, so ist es nicht gerechtfertigt, diesen Teilerfolg allein beim Auftraggeber zu belassen, wenn zuvor für den Fall des völligen Misserfolgs ein Gebührenverzicht vereinbart wurde. Nach oben soll der dem Rechtsanwalt geschuldete Betrag auf die Hälfte der gesetzlichen Vergütung bzw. auf die Höhe des erlangten Betrages und/oder eines Kostenerstattungsanspruchs begrenzt sein, wenn der erlangte Betrag bzw. die zu erstattenden Kosten niedriger sind als die Hälfte der gesetzlichen Vergütung.

BRAK und DAV schlagen daher folgende Formulierung vor:

„Der Auftraggeber schuldet bei teilweisem Erfolg mindestens die Hälfte der gesetzlichen Vergütung bis zur Höhe eines erlangten Betrages und/oder eines Kostenerstattungsanspruchs.“

Bei der Vereinbarung von Erfolgshonoraren soll nach dem Regierungsentwurf die Unterschreitung der gesetzlichen Vergütung nur dann zulässig sein, wenn für den Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung vereinbart wird. Die Angemessenheit ist aus Sicht der Vertragspartner für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beurteilen. Dabei soll nach der Gesetzesbegründung einerseits zu berücksichtigen sein, dass der Zuschlag umso größer sein muss, je weiter im Misserfallsfall die gesetzliche Vergütung unterschritten wird und andererseits der Zuschlag umso größer sein muss, je geringer die Erfolgsaussichten sind.

Diese Regelung halten DAV und BRAK für in der Praxis nicht handhabbar und extrem streitanfällig. Es ist zu befürchten, dass es zu einer unüberschaubaren Kasuistik kommt, in welchen Fällen der Zuschlag angemessen ist und in welchen Fällen nicht.

Auch BRAK und DAV **plädieren für eine klare, rechtssicherere Formulierung der Vorschrift, so dass sie folgende geänderte Fassung vorschlagen:**

„In gerichtlichen Angelegenheiten darf die vereinbarte Unterschreitung der gesetzlichen Vergütung im Misserfolgsfalle nicht größer sein als die Überschreitung der gesetzlichen Vergütung im Erfolgsfalle.“

Durch diesen Vorschlag soll vermieden werden, dass sich ein Rechtsanwalt Wettbewerbsvorteile dadurch verschafft, dass er über eine Erfolgsvereinbarung für den Fall des Misserfolges vollständig oder ganz erheblich auf seine Vergütung zu verzichten verspricht, während er die gesetzliche Vergütung für den Erfolgsfall nur um 5, 10 oder 20 % erhöht. Wer also bereit ist, mit dem Mandanten eine „no win, no fee“-Vereinbarung zu treffen, muss das Erfolgshonorar so gestalten, dass ihm im Erfolgsfall als Untergrenze der Vergütung mindestens das Doppelte der gesetzlichen Vergütung geschuldet wird. Eine Begrenzung der Vergütung nach oben ist nicht erforderlich. Hier gelten die allgemeinen Regelungen zur Unangemessenheit bzw. Sittenwidrigkeit der gesetzlichen Vergütung.

Die Regelung soll auf die Vergütung für die gerichtliche Tätigkeit beschränkt bleiben, weil bereits nach der geltenden Fassung das Gebührenunterschreitungsverbot nur für gerichtliche Angelegenheiten gilt.

zu Abs. 2:

Hier finden sich die verschiedenen **Belehrungspflichten** des Rechtsanwalts, denen DAV und BRAK nur zum Teil zustimmen können. Aus ihrer Sicht besteht erheblicher Änderungsbedarf.

Zu Ziffer 1: Die voraussichtliche gesetzliche Vergütung ist in allen Fällen, in denen nicht nur um einen einzigen, bezifferten Zahlungsanspruch gestritten wird, von Unwägbarkeiten bestimmt, die der Rechtsanwalt nicht beeinflussen kann. Der Gegner kann durch kostensteigernde Maßnahmen den Streitwert erhöhen. Das Gericht kann den Streitwert – vor allen Dingen bei Schmerzensgeldklagen, aber auch im Wohnungseigentumsstreit und vor allem auch bei gespaltenen Streitwerten – unter Berücksichtigung der jeweiligen gesetzlichen Vorschriften höher oder niedriger festsetzen. Die voraussichtliche gesetzliche Vergütung ist daher kein Maßstab für die Frage, ob die Vereinbarung wirksam ist oder nicht.

Die Überlegungen zu diesen Fragen stellen vielmehr aus der Sicht der Parteien deren Motivationslage dar. Wenn aber die Motivationslage soweit erstarkt, dass diese rechtlich verbindlich werden soll, ist für eine Anpassung an die Verhältnisse als Spezialregelung § 3a Abs. 2 RVG-E vorgesehen, der eine Anpassung der Vereinbarung durch das Gericht zulässt.

Die derzeit vorgeschlagene Regelung führt bei jedweder Abweichung der „voraussichtlichen gesetzlichen Vergütung“ zur Nichtigkeitsfolge des § 4b RVG-E. Dies ist angesichts von nahezu 1000 Seiten umfassenden Werken allein zum Streitwertrecht (Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 12. Auflage, Köln 2007) nicht zumutbar.

Die Vorstellungen zur voraussichtlichen gesetzlichen Vergütung dürfen daher nicht Grundlage der Wirksamkeitsprüfung werden.

zu Abs. 3:

Nach Absatz 3 muss die Vereinbarung eine kurze Darstellung der wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen enthalten, auf denen die Einschätzung der Erfolgsaussichten beruht.

Anders als im Referentenentwurf ist diese Informationspflicht im Regierungsentwurf nicht mehr als Wirksamkeitsvoraussetzung vorgesehen. Dennoch **sprechen sich DAV und BRAK weiterhin dafür aus, diese Regelung vollständig zu streichen.**

§ 4a Abs. 3 RVG-E sieht die verpflichtende Einschätzung der Erfolgsaussichten schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor. Dies lehnen DAV und BRAK ab. In der Regel kennt der Rechtsanwalt im Zeitpunkt der Entscheidung, ob ein Erfolgshonorar vereinbart wird, die Risiken des ihm angetragenen Mandats noch nicht. Er hatte

noch keine Gelegenheit, die Akten zu studieren, ein ausführliches Gespräch mit dem Mandanten zur Aufklärung des Sachverhalts zu führen oder mit dem Gegner über dessen Gegenargumente oder gar seine Bereitschaft, sich gütlich zu einigen, zu sprechen. Es ist daher in den seltensten Fällen möglich, verlässlich und im Zweifel justiziabel die Erfolgsaussichten der Sache einzuschätzen und – wie im Entwurf vorgesehen – in der Vergütungsvereinbarung zu dokumentieren. Besser und für beide Parteien gerechter wäre es, es bei der bisherigen Rechtslage zu belassen und im Nachhinein eine Angemessenheitsprüfung durchzuführen. Dabei würde geprüft, ob die vereinbarte Vergütung – auch im Hinblick auf die Erfolgchancen – angemessen ist. Wenn nicht, muss die Vergütung notfalls durch das Gericht herabgesetzt werden. Die jetzt vorgeschlagene Regelung dürfte in der Praxis zu einer erheblichen Zahl von Rechtsstreitigkeiten führen. Es ist zu befürchten, dass nicht mehr darüber gestritten wird, ob nach Erledigung der Angelegenheit die Vergütung angemessen ist, sondern darüber, ob der Rechtsanwalt schon bei Abschluss der Vergütungsvereinbarung, zu einem Zeitpunkt, in dem er noch nicht alle Risiken kennen konnte, die Erfolgsaussichten richtig eingeschätzt hat. Die darin enthaltenen Rechtsunsicherheiten sollte man aber vermeiden. Sie nützen weder dem Rechtsuchenden noch dem Rechtsanwalt.

Da die vorgeschlagene Regelung in rechtlicher Hinsicht aber auch keine Belehrungspflicht ist und sein kann, da z.B. die Informationspflicht hinsichtlich des Sachverhaltes beim Auftraggeber liegt, wäre es allenfalls konsequent, wenn der Auftraggeber seinen Bereich der Information niederlegen müsste, d.h. zunächst den Sachverhalt darstellen müsste. Auf der Grundlage dieses vom Auftraggeber dargestellten Sachverhalts würde dann der Rechtsanwalt seine rechtlichen Erwägungen kurz darstellen. Eine Verpflichtung, nach der der Rechtsanwalt sowohl die tatsächlichen Umstände als auch die rechtlichen Erwägungen darzustellen hätte, vermischte die Aufgabenteilung zwischen Anwalt und Auftraggeber.

Auf welche Weise in strafrechtlichen Sachverhalten die wesentlichen tatsächlichen Umstände dargestellt werden sollen, bleibt unerfindlich. Dem Angeklagten kann nicht auf der einen Seite das Recht zum Schweigen eingeräumt werden, damit er auf der

anderen Seite den Sachverhalt in der Vergütungsvereinbarung darstellen muss. Dass beim Vorwurf strafrechtlichen Verhaltens das Schweigerecht vorgeht, beachtet sogar die Rechtsschutzversicherung, indem in diesen Fällen nur der Versicherungsfall ohne Schilderung der Umstände anzuzeigen ist.

d) § 4b RVG-E – Fehlerhafte Vergütungsvereinbarung

BRAK und DAV wenden sich ausdrücklich gegen die jetzt im Regierungsentwurf - anders als im Referentenentwurf – vorgeschlagene Streichung des **Rückforderungsausschlusses bei freiwilliger und vorbehaltloser Zahlung**.

Mit Erstaunen nehmen BRAK und DAV zur Kenntnis, dass eine seit Jahrzehnten bestehende gesetzliche Regelung ohne weiteren Hinweis oder vorherige Diskussionen entfallen soll. Als Begründung wird angeführt, Vorschusszahlungen würden in einem frühen Stadium erbracht und wären dann für die Partei nicht mehr rückforderbar. Diese Auffassung beachtet nicht, dass eine Vorschusszahlung nur eine vorläufige Zahlung ist. Dies besagt bereits der Begriff. Über diese Zahlung ist noch abzurechnen. Sie stellt daher keine endgültige Zahlung dar.

Gegen die Streichung der Vorschrift bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Sie ist die Urform einer Vergütungsvereinbarung, die sowohl von der Partei als auch vom Anwalt als angemessen empfunden wird. Die Bevormundung, die sich durch die Streichung der Vorschrift ergibt, greift in die Berufsfreiheit der Rechtsanwälte ein.

Sie stellt diese sogar schlechter als die Regelungen in § 814 BGB und sogar in § 816 BGB, die den Rückforderungsanspruch sogar bei einer sittenwidrigen Leistung aus-

schließen, wenn in Kenntnis der Sittenwidrigkeit geleistet wurde. Selbst bei notarieller Beurkundung können Formfehler geheilt werden.

Deshalb muss es bei der derzeitigen gesetzlichen Regelung verbleiben.

Mit der Regelung im Regierungsentwurf, dass der Rechtsanwalt aus einer Vergütungsvereinbarung, die den Formerfordernissen oder den Anforderungen nicht entspricht, keine höhere Vergütung als die gesetzliche fordern kann, besteht grundsätzlich Einverständnis. Diese Regelung entspricht der geltenden Rechtslage.

Es wird allerdings vorgeschlagen, danach **zu differenzieren, ob der Rechtsanwalt die Unwirksamkeit der Erfolgshonorarvereinbarung zu vertreten hat**, wenn diese nicht den Anforderungen des § 4a RVG-E entspricht. Hat er den Verstoß zu vertreten, soll er keine höhere als die gesetzliche Vergütung verlangen können. Hat hingegen der Auftraggeber den Verstoß der Vergütungsvereinbarung gegen die Erfordernisse des § 4a zu vertreten, z. B. bei unrichtigen Angaben zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen, ist dieser verpflichtet, im Erfolgsfalle die vereinbarte Vergütung zu entrichten, im Misserfolgsfall schuldet er die gesetzliche Vergütung.

Es wird daher folgende Formulierung vorgeschlagen:

„§ 4b Fehlerhafte Vergütungsvereinbarung

- (1) Aus einer Vergütungsvereinbarung, die nicht den Anforderungen des § 3a Abs. 1 Satz 1 und 2 entspricht, kann der Rechtsanwalt keine höhere als die gesetzliche Vergütung fordern.*
- (2) Aus einer Vergütungsvereinbarung, die nicht den Anforderungen des § 4a Abs. 1 und 2 entspricht, kann der Rechtsanwalt keine höhere als die gesetzliche Vergütung fordern, wenn er den Verstoß zu vertreten hat. Hat der Auftraggeber den Verstoß der Vergütungsvereinbarung gegen die Erfordernisse des § 4a Abs. 1 und 2 zu vertreten, ist er verpflichtet, im Erfolgsfall die vereinbarte*

Vergütung zu entrichten, im Misserfallsfall schuldet er die gesetzliche Vergütung.

(3) Hat der Auftraggeber freiwillig und ohne Vorbehalt geleistet, kann er das Geleistete nicht deshalb zurückfordern, weil die Erklärung des Auftraggebers nicht den Vorschriften des § 3a Abs. 1 Satz 1 und 2 und des § 4a Abs. 1 und 2 entspricht.

3. Änderung erstattungsrechtlicher Vorschriften

Es besteht keine Veranlassung, Erfolgshonorarvereinbarungen dem Gegner zu Gute kommen zu lassen. Ebenso wenig wie der Gegner des Auftraggebers oder die Staatskasse verpflichtet ist, eine höhere Vergütung als die gesetzliche zu erstatten, sollte aber umgekehrt die Verpflichtung vorgeschrieben werden, die gesetzliche Vergütung zu erstatten.

Da der Erstattungsanspruch grundsätzlich aber nicht dem Rechtsanwalt, sondern dem Mandanten erwächst, und der Mandant nicht mehr erstattet verlangen kann, als er seinem Rechtsanwalt schuldet, ist eine Änderung der Erstattungs Vorschriften in den Verfahrensordnungen unumgänglich. Die Situation ähnelt ein wenig der Situation eines Rechtsanwalts, der sich im Zivilverfahren selbst vertritt und berechtigt ist, im Falle des Obsiegens seine eigenen Gebühren in das Erstattungsverfahren einzubringen.

Demgemäß sollte **§ 91 Abs. 2 ZPO** um einen Satz 5 wie folgt ergänzt werden:

„Hat eine Partei mit ihrem Prozessbevollmächtigten die Vergütung vereinbart, sind für die Berechnung von Erstattungsansprüchen die gesetzlichen Gebühren und Auslagen zu Grunde zu legen.“

§ 467 Abs. 1 und § 467a Satz 1 StPO sollte jeweils folgender Satz 2 angefügt werden:

„Hat eine Partei mit ihrem Prozessbevollmächtigten die Vergütung vereinbart, sind für die Berechnung von Erstattungsansprüchen die gesetzlichen Gebühren und Auslagen zu Grunde zu legen.“

Nach **§ 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO** sollte folgender Satz 3 eingefügt werden:

„Hat eine Partei mit ihrem Prozessbevollmächtigten die Vergütung vereinbart, sind für die Berechnung von Erstattungsansprüchen die gesetzlichen Gebühren und Auslagen zu Grunde zu legen.“

Nach **§ 139 Abs. 3 Satz 3 FGO** sollte folgender Satz 4 eingefügt werden:

„Hat eine Partei mit ihrem Prozessbevollmächtigten die Vergütung vereinbart, sind für die Berechnung von Erstattungsansprüchen die gesetzlichen Gebühren und Auslagen zu Grunde zu legen.“

* * *