Berlin, im Dezember 2005

Stellungnahme Nr. 55/2005

abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Verfassungsrechtsausschuss

zu der Verfassungsbeschwerde

der Frau Dr. T... (Erfolgshonorar)

- 1 BvR 2576/04 -

Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses:
Rechtsanwalt beim BGH Professor Dr. Achim Krämer, Karlsruhe (Vorsitz/ Berichterstatter)
Rechtsanwältin und Notarin Mechthild Düsing, Münster
Rechtsanwalt Roland Gerold, München
Rechtsanwalt Dr. Jürgen Gündisch, LL.M., Hamburg
Rechtsanwalt Dr. Thomas Mayen, Bonn
Rechtsanwalt Dr. Rainard Menke, Stuttgart
Rechtsanwalt Professor Dr. Frank Rottmann, Leipzig
Rechtsanwalt Dr. Thomas Schröer, Frankfurt

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Dr. Peter Hamacher, Berlin

Verteiler:

Bundesverfassungsgericht

An die Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages

An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins e.V.

An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins e.V.

An die Vorsitzenden der Fach- und Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins e.V.

Deutscher Steuerberaterverband

Bundesministerium der Justiz

Bundesrechtsanwaltskammer

An die Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutschland

An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland

An die Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins e.V.

An die Mitglieder des Berufsrechtsausschusses 2004 des Deutschen Anwaltvereins e.V.

An die Mitglieder des Ausschusses RVG und Gerichtskosten des Deutschen Anwaltvereins e. V.

Rechtsanwalt Gert Dittert

Forum Junge Anwaltschaft

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der Berufsverband der deutschen Rechtsanwälte und repräsentiert die Mehrheit der selbständig tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Deutschland. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

A

Die Frage der Zulässigkeit eines Erfolgshonorars ist in der Anwaltschaft höchst umstritten. Auch im Verfassungsrechtsausschuß des DAV wurde sie kontrovers erörtert. Um das Ergebnis der Diskussion vorwegzunehmen: Nach Ansicht des Verfassungsrechtsausschusses läßt sich jedenfalls ein totales Verbot des Erfolgshonorars weder unter Berufung auf die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts noch auf seine Stellung als Organ der Rechtspflege rechtfertigen. Jede Beauftragung eines Rechtsanwalts führt zu einer Interessenkongruenz zwischen Mandant und Anwalt. Dieser hat daher entsprechend § 43 a BRAO eigenverantwortlich zu prüfen, ob eine Vergütungsabsprache seine Unabhängigkeit gefährdet. Bezeichnend ist, daß das Erfolgshonorar in den EU-Mitgliedstaaten weitgehend als zulässig angesehen wird; nur die Vereinbarung einer quota litis ist hiervon in den meisten Ländern ausgenommen. Insoweit wird auf die als **Anlage** beigefügte Übersicht (*Die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren in den EU-Mitgliedstaaten*) hingewiesen. Sie beruht auf einer Anfrage des DAV (Büro Brüssel) bei den jeweiligen ausländischen Anwaltskammern.

Einen Regelungsvorschlag hat Matthias Kilian *(Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts*, Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln, Bd. 59, 2003, S. 448 ff) unterbreitet. Im Rahmen der Überarbeitung der Bundesrechtsanwaltsordnung hat der Berufsrechtsausschuß des DAV gleichfalls einen – allerdings umstrittenen - Vorschlag formuliert. Hiernach sollen § 49 b neue Absätze, wie folgt, eingefügt werden:

„ (2) Im Einzelfall darf der Rechtsanwalt besonderen Umständen der ihm übertragenen Angelegenheiten dadurch Rechnung tragen, daß er die Vergütung oder deren Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig macht (Erfolgshonorar). Die Vereinbarung ist schriftlich zu treffen. Der Auftraggeber ist darüber zu belehren, daß im Fall des Eintritts der vereinbarten Bedingung die Verpflichtung zur Tragung der Auslagen, Gerichtskosten und gegnerischen Kosten unberührt bleibt.

(3) Vereinbarungen, nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Beitrags als Honorar erhält (quota litis) sind unzulässig.“

Zur Begründung wird von den Befürworten einer solchen Regelung auf die veränderten Umstände anwaltlicher Tätigkeit und die zunehmende Liberalisierung des europäischen Rechtsdienstleistungs-marktes hingewiesen. Die Zulässigkeit eines Erfolgshonorars setzt hiernach voraus, (1) daß dem Rechtsschutz des Mandanten auf einem anderen Weg nicht Rechnung getragen werden kann, (2) die Grundpflichten und Grundrechte des Anwalts gewahrt bleiben und (3) eine Angemessenheitskontrolle stattfindet. Die Kritiker halten dem entgegen, das Erfolgshonorar sei der deutschen Rechtskultur fremd. Sie kritisieren vor allem die Anfälligkeit des Erfolgshonorars für eine nicht tolerable Interessenverquickung. Hierauf wird wiederum entgegnet, es gebe Fälle, in denen das Erfolgshonorar die Voraussetzung dafür ist, daß der Mandant mit Unterstützung eines Rechtsanwalts seine Interessen überhaupt wahrnehmen kann. Dabei wird auf den Fall des Erbensuchers verwiesen.

Diese Vorbemerkungen mögen genügen, um die verfassungsrechtliche, insbesondere aber auch die berufsrechtliche Problematik des Themas zu illustrieren. Eindeutige Antworten im Sinne von Pro oder Contra kann es gerade auch im Hinblick auf die Komplexität der vom Bundesverfassungsgericht zur Beantwortung gestellten Fragen nicht geben. Gleichwohl überwiegen aber nach Ansicht des Verfassungsrechtsausschusses die Argumente gegen ein totales Verbot des Erfolgshonorars.

B

Zu den einzelnen Fragen nimmt der Verfassungsrechtsausschuß wie folgt Stellung:

I

„Verbietet die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts oder seine Stellung als Organ der Rechtspflege ein bestimmtes Maß an Interessenverquickung ? Lassen sich diese Begrifflichkeiten überhaupt verläßlich bestimmen ?“

Die Antwort auf diese Frage präjudiziert weitgehend auch die Stellungnahme zu den weiteren Fragen unter Nr. 2 – 5.

1. Zunächst bedarf es einer teminologischen Klärung, da Erfolgshonorar einerseits und quota litis unterschiedlich definiert werden. Hierzu sei auf Kilian (S. 40) verwiesen:

„Erhält der Anwalt für einen herbeigeführten Erfolg nicht eine zuvor vereinbarte feste Summe, sondern (ausschließlich) eine Vergütung in Form einer prozentualen Beteiligung an dem erzielten Ergebnis, zwingt dies möglicherweise zu einer abweichenden dogmatischen Einordnung der vertraglichen Beziehungen zwischen Mandant und Anwalt, weil hier die Vergütung des Anwalts verhältnismäßig mit dem Gewinn des Mandanten steigt, der Anwalt daher am Gewinn des Mandanten partizipiert."

Die Konsequenzen, die aus dieser Differenzierung gezogen werden, sind unterschiedlich: Teilweise wird die Auffassung vertreten, letztlich bestehe kein relevanter Unterschied zwischen Erfolgshonorar und quota litis, beide seien daher gleich zu behandeln. Andere folgern aus dieser Unterscheidung, jedenfalls die provisionsähnlich ausgestaltete quota litis-Vereinbarung sei unzulässig.

2. Der Sächsische Anwaltsgerichtshof begründet seine mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Entscheidung u.a. wie folgt:

„Zwar greift das Gesetz mit dem Verbot, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren, in das Grundrecht der freien Berufsausübung des Rechtsanwalts ein, eine solche Beschränkung ist aber verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da sie den vorrangigen Interessen der Allgemeinheit dient. Das Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars soll die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts sichern und damit das Vertrauen der Rechtsuchenden in die Unabhängigkeit und Integrität der Rechtsanwälte stärken. Den Rechtsanwälten wurde im Vergleich zu anderen Beratungsberufen die weitreichendste Befugnis zur Rechtsberatung eingeräumt. Die Rechtsanwälte haben das Vertretungsmonopol in Familiensachen und Zivilsachen vor den Landgerichten. Auch in anderen Verfahrensordnungen, insbesondere in höheren Instanzen, werden die Rechtsanwälte privilegiert. Im Vordergrund der anwaltlichen Tätigkeit soll nicht der Ausgang der Sache als Ansatzpunkt der Honorierung stehen, sondern die gewissenhafte anwaltliche Arbeit. Der Rechtsanwalt ist der Sache selbst verpflichtet, nicht dem Erfolg der Sache im Interesse seiner Honorierung. Im Interesse der Allgemeinheit und des Vertrauens in die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts ist daher das Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren nicht zu beanstanden." (S.16)

Dabei bezieht sich das Gericht auf die Kommentierung von Feuerich/Braun, BRAO, 5. Aufl., § 49 b Rdnr. 28. In der 6. Auflage heißt es in Rdnr. 32 zu § 49 b:

„Die in § 49 b Abs. 2 enthaltene Einschränkung der freien Berufsausübung des Rechtsanwalts (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) dient vorrangigen Interessen des Allgemeinwohls, indem sie die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts sichern und damit auch das Vertrauen des Publikums in die Unabhängigkeit und Integrität der Rechtsanwälte stärken soll. Damit rechtfertigt ein vorrangiges Gemeinwohlinteresse diese Einschränkung, so dass sie von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden ist."

Dieselbe Auffassung vertreten Henssler/Prütting/Dittmann (BRAO, 2. Aufl., 2004, § 40 b Rdnr. 16). In beiden Kommentierungen wird unreflektiert auf die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts verwiesen, ohne diese inhaltlich näher zu definieren. Dasselbe gilt für den Hinweis auf das schutzwürdige „Vertrauen des Publikums". Eine Begründung, warum dieses durch eine Erfolgsvereinbarung beeinträchtigt wird, bleiben beide Kommentare schuldig.

Im Schrifttum sprechen sich gegen die Zulässigkeit eines Erfolgshonorars aus: Dethloff, NJW 2000, 2228 sowie Heß, NJW 1999, 2486. Hartmann (Kostengesetze, 35. Aufl., 2005, § 4 RVG Rz. 36)) hält die Vereinbarung eines Erfolgshonorars ebenfalls für unzulässig. Er begründet dies u.a. damit, der Anwalt schulde eine Dienstleistung/Geschäftsbesorgung (§ 675 ff. BGB) und keinen Erfolg nach §§ 631 ff. BGB. Im Rahmen der Vertragsfreiheit könnten Mandant und Anwalt allerdings auch vereinbaren, daß ein bestimmter Erfolg geschuldet wird. Hierzu äußert er sich (Rdnr. 43 zu § 4 RVG) wie folgt:

> *„Soweit einer der seltenen Fälle vorliegt, in denen der Anwalt nach dem Auftrag einen bestimmten Erfolg herbeiführen soll, ist die Regelung in § 49 b Abs. 2 BRAO insofern bedenklich, als sie den zumindest gleichrangigen Grundsatz der Vertragsfreiheit auf dem Umweg über eine Gebührenbeschränkung einengt. Das Gesetz verbietet grundsätzlich nicht einen Vertrag, durch den der Anwalt mehr tun als seine Arbeitskraft und seine Kenntnis zur Verfügung stellen soll. Das muß auch das Standesrecht berücksichtigen ."*

Auch der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung von der Unzulässigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung aus. Sie sei nicht nur standeswidrig, sondern verstoße auch gegen § 138 BGB. Die „*herausgehobene Stellung des Rechtsanwalts"* gebiete es, daß er sich die erforderliche Freiheit gegenüber seinem Auftraggeber und dessen Belangen bewahrt. Es müsse vermieden werden, daß der Rechtsanwalt der aus einer allgemeinen menschlichen Schwäche entspringenden Eigensucht (!) unterliege. Dabei wird auf § 43 BRAO verwiesen, wonach der Rechtsanwalt seinen Beruf „*gewissenhaft*" auszuüben hat. „*Er hat sich innerhalb und außerhalb des Berufs der Achtung und des Vertrauens, welche die Stellung des Rechtsanwalts erfordert, würdig zu erweisen.*"

§ 4 RVG verhält sich nicht zum Erfolgshonorar. Es gilt also nach wie vor § 49 Abs. 2 BRAO.

3. Diese Begründung vermag nach Ansicht des Verfassungsrechtsaus-schusses nicht zu überzeugen. Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und/oder seine Stellung als Organ der Rechtspflege steht der Vereinbarung eines Erfolgshonorars nicht entgegen. Der Begriff „*Or-*

gan der Rechtspflege“ ist konkretisierungsbedürftig, wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts belegt (hierzu jüngst: Jaeger, NJW 2004, 1 ff) In den beiden Grundsatzentscheidungen vom 14.7.1987 (BVerfGE 76, 171 ff. und 196 ff.) hat das Bundesverfassungsgericht maßgeblich zu dessen inhaltlicher Klärung beigetragen. Man kann insoweit von einem „zweidimensionalen“ Ansatz sprechen. Soweit der Rechtsanwalt in § 1 BRAO als „*unabhängiges Organ der Rechtspflege*“ definiert wird, betrifft dies vor allem seine Stellung innerhalb der Rechtspflege und damit – vereinfacht ausgedrückt – gegenüber dem Staat. Ergänzt wird dieser Bezug durch § 3 BRAO. Hiernach ist der Rechtsanwalt „*der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten*“. Hiermit ist sein Verhältnis zum Mandanten angesprochen. Beide Aussagen gehören aber zusammen. Verfassungsrechtlicher Ansatz ist Art. 12 Abs. 1 GG. Unter Berücksichtigung der Grundsätze von BVerfGE 7, 377 ist daher im Einzelfall zu prüfen, auf welcher „Stufe“ sich etwaige Eingriffe abspielen. Die Wahl der Berufsausübung kann beschränkt werden, „*soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen*“. (BverfG, aaO)

4. Die anwaltliche Tätigkeit wird dadurch charakterisiert, daß der Rechtsanwalt einen freien Beruf ausübt, seine Tätigkeit aber gleichwohl kein Gewerbe ist (§ 2 BRAO). Aus dem Grundsatz der freien Advokatur folgt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die „*freie und unreglementierte Selbstbestimmung*“ der Anwaltstätigkeit (BVerfGE 50, 16/29; 63, 266/284; 76, 171/188). Diese „*freie und unreglementierte Selbstbestimmung*“ entfaltet sich in zwei Richtungen: Sie bestimmt die Stellung des Rechtsanwalts gegenüber den staatlichen Gewalten, charakterisiert darüber hinaus aber auch die Funktion anwaltlicher Tätigkeit im Verhältnis zum Mandanten. Die berufliche Unabhängigkeit zählt damit zum Kernbestand des Anwaltsberufs und konstituiert seine besondere Funktion im Rechtspflegesystem (Henssler/Prütting/Eylmann, BRAO, 2. Aufl., § 43 a Rdnr. 1 ff.; Hartung/Holl, Anwaltliche Berufsordnung, 2. Aufl., 2001, § 43 a BRAO Rdnr. 5 ff.; Feuerich/Weyland, BRAO, 6. Aufl., § 1 Rdnr. 13 ff.). Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang noch nicht näher mit dem Kriterium der „Unabhängigkeit“ des Anwalts befaßt. Lediglich in zwei Entscheidungen wird dieser Topos nur kurz angesprochen (BVerfGE 37, 67/76: Prozeßfähigkeit eines Rechtsanwalts sowie BVerfGE 45, 422/430: Amtsunfähigkeit eines Notars).

   Eine Konsequenz aus den vorstehenden Erwägungen ist, daß der Anwalt keinen „*staatlich gebundenen Vertrauensberuf*“ ausübt. Soweit das Bundesverfassungsgericht diese Definition in seinem Beschluß vom 8.10.1974 verwendet hat (BVerfGE 38, 105/119) wurde dies später korrigiert.

„Die Herauslösung des Anwaltsberufs aus beamtenähnlichen Bindungen und seine Anerkennung als ein vom Staat unabhängiger freier Beruf kann als ein wesentliches Element des Bemühens zur rechtsstaatlichen Begrenzung der staatlichen Macht angesehen werden, das der Verfassungsgeber vorgefunden und in seinen Willen aufgenommen hat.“ (BVerfGE 63, 266/283)

5. In der Bundesrechtsanwaltsordnung finden sich zahlreiche Vorschriften, in denen die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts angesprochen wird (§§ 1, 3 Abs. 1, 7 Nr. 8, 14 Abs. 2 Nr. 8, 43 a Abs. 1, 59 f. Abs. 4). In allen diesen Fällen bedarf es in concreto der Prüfung, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Kollisionen mit dem Postulat anwaltlicher Unabhängigkeit entstehen können. Vorrang hat dabei aber stets der Grundsatz, daß der Rechtsanwalt seinen Beruf in freier Selbstverantwortung ausübt und sich jede staatliche Reglementierung an Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG sowie am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu orientieren hat. Unabhängige anwaltliche Tätigkeit bedeutet Unabhängigkeit vom Staat aber auch Unabhängigkeit gegenüber dem Mandanten. Der „*Kampf um das Recht*“ (BVerfGE 63, 266/284) darf nicht dazu führen, daß der Anwalt wahrheitswidrig vorträgt (§ 138 Abs. 1 ZPO) oder sich womöglich den Standpunkt seines Mandanten in strafbarer oder unlauterer Weise zu eigen macht. Insoweit sind dem Anwalt, auch wenn er die Position seines Mandanten einseitig, polemisch oder aggressiv vertreten darf (BVerfG NJW 2002, 1048), Grenzen gesetzt, die im Einzelfall bedacht werden müssen. Zu dieser (selbst)kritischen Überprüfung ist der Anwalt gerade unter dem Aspekt seiner Unabhängigkeit verpflichtet. Sie ergibt sich insbesondere auch aus § 43 a Abs. 1 BRAO.

   Ist der Anwalt nach § 3 BRAO der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten, rechtfertigt dies, daß er sich mit den Interessen seines Mandanten identifiziert. Dieser Interessengleichklang ist im Mandatsverhältnis angelegt. Interessenkongruenz darf nicht, wie dies häufig geschieht, mit Interessenverquickung gleichgesetzt und damit negativ besetzt werden. Nicht die Interessenkongruenz als solche, die – ungeachtet der unterschiedlichen Intentionen der Vertragspartner - bei jedem gegenseitigen Vertrag besteht, schafft eine Interessenverquickung und und stellt damit bereits die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts in Frage. Erst wenn dieser das ihm angetragene Mandat gleichsam zur eigenen Sache macht und damit „fremdbestimmt“ ist, verliert er die Distanz zum Mandanten und damit auch seine Unabhängigkeit diesem gegenüber. Er übt sein Mandat dann nicht mehr eigenverantwortlich und in persönlicher Unabhängigkeit aus, sondern ist gleichsam Werkzeug seines Mandanten. Ob dies der Fall ist, hängt aber nicht von der Art und Weise der Vergütung ab, die der Anwalt erhält; auch ein Anwalt, der gegen gesetzliche Gebühr tätig wird, kann in eine Abhängigkeit geraten. In BVerfGE 110, 226/252 hat das Bundesverfassungsgericht daher zutreffend darauf hingewiesen, zwischen Man-

dant und Rechtsanwalt bestehe ein Vertrauensverhältnis. Der Mandant könne erwarten, daß der Anwalt seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnimmt. „Uneigennützig“ bedeutet aber nicht, daß der Rechtsanwalt sich dabei nicht von wirtschaftlichen Interessen leiten lassen darf.

6. Das Kriterium der Unabhängigkeit eignet sich somit nicht zur Begründung der Unzulässigkeit eines Erfolgshonorars. Daher begegnet die derzeitige Regelung in § 49 b Abs. 2 BRAO, soweit hiernach die Vereinbarung eines Erfolgshonorars generell unzulässig ist, verfassungsrechtlichen Bedenken. Es handelt sich um einen Eingriff in die anwaltliche Berufsausübung. Ein totales Verbot des Erfolgshonorars ist nach Ansicht des Verfassungsrechtsausschusses weder erforderlich noch geeignet, um die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit anwaltlicher Tätigkeit zu garantieren.

   Das Verbot ist zudem unverhältnismäßig. Der Rechtsanwalt übt zwar kein Gewerbe aus (§ 2 BRAO), muß aber die Kosten seiner Tätigkeit kalkulieren. Dies kann zur Folge haben, daß er Mandate unter einem gewissen Streitwert, weil nicht kostendeckend, ablehnt. Wirtschaftliche Überlegungen sind also nicht etwa ab ovo mißbilligenswert. Hierdurch wird auch nicht das Vertrauen der Rechtsuchenden beeinträchtigt. Es fragt sich daher, warum der Rechtsanwalt gehindert sein soll, ein Mandat zu übernehmen, bei dem er nur im Fall eines Erfolgs eine Vergütung erhält. Mag dies für ihn auch ein Risiko sein, kann doch maßgeblich für die Erwägung, ein solches Mandat zu übernehmen, der Umstand sein, daß die gesamte Kostenkalkulation unter Berücksichtigung der Mandatsstruktur ein solches Risiko als tragbar erscheinen läßt. Es ist nicht Aufgabe des Staates, diese Form der Berufsausübung durch das Verbot eines Erfolgshonorars zu diskreditieren.

   Der oft gehörte Vorwurf, die Vereinbarung eines Erfolgshonorars biete einen Anreiz zum Prozessieren bzw. zur Geltendmachung überhöhter Ansprüche, ist bislang nicht verifiziert, wie nicht zuletzt die Regelung in den EU-Mitgliedstaaten belegt. In seinem eigenen Interesse muß der Rechtsanwalt vor Übernahme eines solchen Mandats sorgfältig die damit verbundenen Risiken kalkulieren. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Rechtsanwalt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verpflichtet ist, seinen Mandanten über die finanzielle Belastung eines Prozesses (Anwaltsgebühren, Gerichtskosten etc.) aufzuklären, insbesondere auch Rechenschaft darüber zu geben, warum er Ansprüche in einer bestimmten, mit zusätzlichen Kostenrisiken verbundenen Höhe geltend machen will. Unterläßt der Rechtsanwalt eine solche Aufklärung, haftet er wegen positiver Vertragsverletzung auf Schadensersatz. In solchen Fällen ist also jederzeit eine gerichtliche Kontrolle des Anwaltsverhaltens möglich. Eine solche Kontrolle ermöglicht darüber hinaus auch § 4 Abs. 4

RVG. Unter besonderen Umständen kann die Vereinbarung eines Erfolgshonorars sogar gegen § 138 BGB verstoßen. Der Mandant ist also nicht schutzlos gestellt.

7. Hinzuweisen ist schließlich noch darauf, daß der Gesetzgeber bei der Prozeßkostenhilfe und der Beratungshilfe selbst ein erfolgsabhängiges Modell geschaffen hat. § 126 ZPO führt dazu, daß der erfolgreiche Rechtsanwalt vom Gegner die gesetzlichen Gebühren erhält, vom Staat aber nur geringere Gebühren. § 9 BerHG gibt dem Anwalt einen vom Mandanten auf ihn übergeleiteten Anspruch in Höhe der vollen Gebühren. Hier ist also vom Ausgang der Sache abhängig, ob der Rechtsanwalt die volle Vergütung erhält oder nur die gekappte staatliche Vergütung. Weitere Fälle, in denen die Entstehung einer gesetzlichen Gebühr durch einen Erfolg ausgelöst werden, sind: Erledigungsgebühr (VV RVG Nr. 1002-1007), Aussöhnungsgebühr (VV RVG Nr. 1001), Befriedigungsgebühr (VV RVG Nr. 4141, 5115) sowie Einigungsgebühr (VV RVG Nr. 1000, 1003-1007).

II

„Führt ein anwaltliches Erfolgshonorar tatsächlich zu einer konfliktträchtigen Interessenverquickung ? Hängt die Antwort von der Frage ab, ob es sich um ein „gewöhnliches“ Er-folgshonorar oder eine Streitwertanteilsvergütung handelt ?“

1. Die Frage zielt nicht darauf, ob ein anwaltliches Erfolgshonorar überhaupt zu einer Interessenverquickung führt, sondern geht dahin, ob es sich dabei um eine <u>konfliktträchtige</u> Interessenverquickung handelt. Unter „Konflikt“ kommen in diesem Zusammenhang nur der Konflikt mit dem Mandanten oder der Konflikt mit dem Gesetz in Betracht. Ein Konflikt mit dem Mandanten scheidet aus, weil es sich bei jedem Mandatsverhältnis, wie oben bereits dargelegt, um eine Interessenverbindung oder Interessenparallelität (Interessenkongruenz) handelt. Daran ändert die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nichts. Ein Konflikt mit dem Gesetz tritt nur bei einem Rechtsanwalt ein, der seine anwaltlichen Pflichten grob mißachtet, z.B. gegen Strafgesetze verstößt. Der Anwalt hat diese seine Pflichten gerade als unabhängiges Organ der Rechtspflege <u>eigenverantwortlich</u> zu wahren (Urteil des BverfG vom 3. Juli 2003 – 1 BvR 238/=1 – NJW 2003, 2520 zum Sozietätswechsler). In diesem Urteil wird zu Recht darauf hingewiesen, daß die Rechtspflege auf die Integrität, Professionalität und Zuverlässigkeit der Rechtsanwälte angewiesen ist. Das wirtschaftliche Interesse eines Rechtsanwalts, ein Mandat zu führen, nehme ihm nach der Wertung des Gesetzgebers nicht die nötige Unabhängigkeit und Unparteilichkeit für ein gesetzeskonformes Handeln. Ferner beruhe das anwaltliche Berufsrecht nicht auf der Annahme, daß

eine situationsgebundene Gelegenheit zur Pflichtverletzung im Regelfall pflichtwdriges Handeln zur Folge habe.

Es bleibt noch das Argument aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs in BGHZ 34, 64, es würde „*das Vertrauen des Volkes zu den Rechtsanwälten allein durch die Tatsache leiden, daß ihre Interessen mit denen der Auftraggeber wirtschaftlich eng verknüpft sind.*“ Für diese Annahme gibt es aber keinerlei empirische Grundlage. Im Gegenteil: Die Erfahrung zeigt, daß die rechtsuchende Bevölkerung von der Annahme ausgeht, daß die Interessen des Mandanten und die des Anwalts parallel laufen, auch wenn der Anwalt seine Unabhängigkeit, insbesondere was die Beachtung der Gesetze anbelangt, gegenüber dem Mandanten wahren muß. Warum dieses Vertrauen leiden würde, wenn der Anwalt statt eines nach RVG bestimmten oder vereinbarten Honorars ein Erfolgshonorar erhält, ist nicht einzusehen. Ein Erfolgshonorar führt also nicht eo ipso zu einer konfliktträchtigen Interessenverquickung.

2. Diese Antwort gilt generell und hängt nicht davon ab, ob es sich um ein gewöhnliches Erfolgshonorar oder um eine Streitanteilsvergütung handelt.

   Die Grenze zwischen Erfolgshonorar und Streitanteilshonorar (quota-(litits) ist fließend. Bei einem auf eine Geldleistung oder geldwerte Sachleistung gerichteten Zivil-, Verwaltungs- oder Finanzprozeß kann der Erfolg der Höhe nach unterschiedlich sein. Das gilt vor allem für Schadensersatzprozesse, in denen selten der volle eingeklagte Betrag zugesprochen wird. Würde dann ein nach einer absoluten Summe bemessenes Erfolgshonorar vereinbart, obwohl im Verfahren des Mandanten nur ein geringer Teil der geltend gemachten Summe zugesprochen wurde, wäre das vereinbarte Erfolgshonorar möglicherweise weit überhöht. Ein prozentualer Anteil wäre angemessener und gerechter. Mit Recht weist auch die Beschwerdeführerin in ihrer Verfassungsbeschwerde vom 18.11.2004 (S. 14) darauf hin, die Grenzen z wischen einem Erfolgshonorar und einer quotalitis seien fließend. Die quota-litis sei lediglich ein besonderer Fall des gestaffelten Erfolgshonorars, der rechtlich keine Sonderbehandlung erfahren dürfe.

3. Für die Beurteilung der Frage, ob eine konfliktträchtige Interessenverquickung vorliegt, die möglicherweise die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts beeitnrächtigt, kommt es nach Ansicht des Verfassungsrechtsausschusses nicht auf die Ausgestaltung des Erfolgshonorars als Festbetrag oder Anteilsvergütung an, sondern auf die <u>Gesamtumstände des Falles</u>, insbesondere auf die Höhe des vereinbarten Honorars. Ist das vereinbarte Honorar entweder absolut oder anteilsmäßig exorbitant hoch, so kann selbst bei einem im allgemeinen

gewissenhaften Anwalt die Gefahr entstehen, zur Durchsetzung der Rechte seines Mandanten unlautere Mittel, insbesondere eine falsche Sachverhaltsdarstellung, einzusetzen. Vor allem aber würde das Vertrauen der rechtsuchenden Bevölkerung in den Anwaltsberuf beeinträchtigt, wenn diese erfährt, daß Anwälte gewisse Prozesse nur gegen Honorare, die einen wesentlichen Anteil des erstrittenen Erfolgs ausmachen, führen. Eine feste Summe oder ein fester Prozentsatz läßt sich hierbei nicht nennen. Es kommt auf die gesamten Umstände des Falles an. So dürfte ein Anteil von 1/3 des erstrittenen Betrags bei einem einfachen Fall, dessen Erfolgsaussichten der Anwalt rasch erkennt und den er leicht zu einem erfolgreichen Ende führen kann, zu hoch sein, bei einer komplizierten Angelegenheit, die insbesondere zeitaufwendige Sachverhaltsermittlungen erfordert, jedoch nicht. Des weiteren kommt es auf die Kenntnisse und Erfahrungen des Mandanten an, aufgrund derer er beurteilen kann, ob die Vereinbarung über ein Erfolgshonorar im Hinblick auf Risiken und Mühen des Anwalts angemessen ist oder nicht. Schließlich dürfte ein hoher Anteil des Honorars am Erfolg vor allem dann unberechtigt sein, wenn es um höchstpersönliche Ansprüche, etwa um Schmerzensgeld bei einer Körperverletzung, geht. Bei rein vermögensrechtlchen Ansprüchen, wie in dem der Verfassungsbeschwerde zugrundeliegenden Anspruch der Mandanten auf Rückübertragung eines Grundstücks und Entschädigung, sind höhere Honorare möglich.

III

„Darf der Gesetzgeber zur Rechtfertigung des Verbots von Erfolgshonoraren den Aspekt der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts heranziehen, wenn er selbst wirtschaftliche Anreize verfahrenslenkender Art (beispielsweise im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz) geschaffen hat ?“

Hierzu wurde bereits bei Beantwortung der ersten Frage Stellung genommen. Es gibt eine Vielzahl von gesetzlich vorgesehenen erfolgsorientierten wirtschaftlichen Anreizen, die sich auf die anfallenden Gebühren auswirken (z.B. Erledigungsgebühr, Aus-söhnungsgebühr, Einigungsgebühr, Befriedigungsgebühr). Zudem erlaubt § 49 b Abs. 3 S. 2 BRAO die Vereinbarung einer Vergütung entsprechend der „*Verantwortlichkeit sowie dem Haftungsrisiko der beteiligten Rechtsanwälte*“ und den „*sonstigen Umständen*“. In diesem Zusammenhang nennt die amtliche Begründung beispielhaft die Einigungsgebühr (BT-Drs. 15/1971, S. 232). Man mag im Einzelfall darüber streiten, ob und in welchem Umfang eine Vereinbarung gem. § 49 b Abs. 3 S. 2 BRAO zulässig ist, die Regelung zeigt aber: Auch der Gesetzgeber erkennt an, daß es Fälle gibt, in denen das Honorar maßgeblich durch die Kriterien der Verantwortlichkeit und des Haftungsrisikos sowie durch „*sonstige Umstände*“ ge-

prägt wird. § 49 b Abs. 2 S. 2 BRAGO läßt daher durchaus auch eine Deutung zu, wonach die Vereinbarung eines Erfolgshonorars unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Damit geht der Gesetzgeber aber implizit davon aus, daß eine Gebührenabsprache gem. § 49 b Abs. 3 S. 2 BRAO die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts nicht beeinträchtigt.

IV

„Kann gegen die Zulässigkeit eines Erfolgshonorars der Gedanke des Verbraucherschutzes ins Feld geführt werden ? Könnte in diesem Zusammenhang der Preiswettbewerb unter den Rechtsanwälten eine eventuelle Übervorteilung des Mandanten verhindern ? Könnte eine gerichtliche Einzelkontrolle eine eventuelle Übervorteilung verhindern ? Müßte sich der Gesetzgeber auf eine vielleicht mögliche, aber aufwendige und arbeitskraftbindende Honorarkontrolle einlassen ?“

1. Der Gedanke des Verbraucherschutzes ist grundsätzlich geeignet, die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zu beschränken. Soll der Gedan-ke des Verbraucherschutzes zur Rechtfertigung des Verbots eines Erfolgshonorars in § 49 b 2 BRAO herangezogen werden, setzt dies aber voraus, daß – unter Berücksichtigung eines Beurteilungsspiel-raums des Gesetzgebers – von der Vereinbarung eines Erfolgs-honorars Gefahren oder sonstige nachteilige Auswirkungen zu Lasten des Verbrauchers ausgehen können. In Betracht kommt insoweit der bereits angesprochene Gedanke der Übervorteilung des Mandanten.

2. Nach Ansicht des Verfassungsrechtsausschusses ist indessen keiner der genannten Gesichtspunkte zur Rechtfertigung eines totalen Verbots des Erfolgshonorars geeignet.

a) Das Erfolgshonorar begründet nicht eo ipso die Gefahr einer – bezogen auf das Interesse des Mandanten – nicht sachgerechten Prozeßführung. Insbesondere kann nicht angenommen werden, daß der ein Erfolgshonorar vereinbarende Rechtsanwalt seinen Mandanten in Prozesse „hineintreibt“, zu denen er andernfalls – ohne Erfolgshonorar – nicht geraten hätte. Vielmehr verhält es sich gerade umgekehrt: Ist der Honoraranspruch des Rechtsanwalts in Grund und Höhe vom erfolgreichen Ausgang des Prozesses abhängig, wird er vor Übernahme des Mandats besonders sorgfältig die Erfolgsaussichten des Prozesses prüfen. Würde er zu einem Prozeß raten, dessen Erfolgsaussichten überwiegend ungünstig sind, liefe er Gefahr, unentgeltlich zu arbeiten.

Der Verbraucherschutzgedanke spricht also sogar für die Zulässigkeit eines Erfolgshonorars. Die Verfassungsbeschwerde hat überzeugend herausgearbeitet, daß in den Fällen, in denen mittellose Rechtsuchende keine Möglichkeit der Prozeßkostenhilfe haben, diese ih-

ren Rechtsschutzanspruch nur im Wege der Vereinbarung eines Erfolgshonorars verfolgen können.

b) Der in Ziff. 4. der Fragenliste des Bundesverfassungsgerichts angesprochene Gesichtspunkt der „Übervorteilung“ des Mandanten betrifft dementsprechend nicht das Ob eines Erfolgs der Zulässigkeit eines Erfolgshonorars, sondern allenfalls dessen Höhe. Auch dieser Gesichtspunkt kann aber nicht gegen die Zulässigkeit eines Erfolgshonorars ins Feld geführt werden.

Im wirtschaftlichen Geschäftsverkehr ist es nicht unüblich, die Höhe der Vergütung i.S. eines Provisionsanspruchs abhängig zu machen von dem mit dem Geschäft verbundenen wirtschaftlichen Erfolg. Eine solche Vergütungsabrede ist unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes im allgemeinen Wirtschaftsverkehr nicht per se unzulässig. Schutz vor wirtschaftlicher Übervorteilung des Kunden wird insofern durch § 138 BGB sowie der §§ 305 ff. BGB gewährt.

Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, daß sich dies im Falle der Vereinbarung eines Erfolgshonorars zu Gunsten eines Rechtsanwalts grundsätzlich anders verhält. Soweit ersichtlich, gibt es keine Erkenntnisse, daß Rechtsanwälte im Vergleich zu Maklern etc. generell zu einer überzogenen Honorarpraxis neigen, die mit der Gefahr wirtschaftlicher Übervorteilung des Mandanten verbunden ist.

Ob in diesem Zusammenhang der Preiswettbewerb unter den Rechtsanwälten eine eventuelle Übervorteilung des Mandanten verhindert, ist schwer zu beurteilen. Angesichts der bisherigen Unzulässigkeit eines Erfolgshonorars liegen hierzu keine gesicherten empirischen Erkenntnisse vor. Entscheidend ist, daß Mißbrauch durch gerichtliche Kontrolle verhindert werden kann. Hierbei können die Gerichte – derzeitiger Praxis entsprechend – für die Beurteilung der Angemessenheit des Honorars auf die sachverständige Hilfe der Rechtsanwaltskammern zurückgreifen. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, daß ein solches Schutzinstrumentarium generell ungeeignet ist, um Mißbrauch zu verhindern. Vielmehr erweist es sich als gegenüber dem generellen Verbot eines Erfolgshonorars milderes und damit verhältnismäßigeres Mittel.

c) Abschließend bleibt der in der letzten Frage unter Ziff. 4 des Fragenkatalogs angesprochene Gesichtspunkt, ob dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum eingeräumt werden muß, in dessen Rahmen er sich nicht auf das mildere Mittel einer arbeitskraftbindenden und zeitaufwendigen Erfolgskontrolle verweisen lassen muß. Dem steht jedoch entgegen:

Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit eines solchen Verbots kommt es lediglich darauf an, ob andere, zur Verfugung des angestrebten Ziels gleich geeignete, aber mildere Mittel zur Verfügung stehen. Ob diese Mittel in anderweitiger Hinsicht – etwas unter dem Gesichtspunkt der Zeitaufwendigkeit und der Arbeitskraftbindung – Nachteile haben, ist in diesem Kontext nicht verfassungsrechtlich relevant. Dies wäre nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne zu beachten. Nach Ansicht des Verfassungsrechtsausschusses ist die gerichtliche Einzelkontolle einer eventuellen Übervorteilung unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes gleich geeignet.

Auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne fällt die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht anders aus. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß ein Erfolgshonorar – wie dargelegt – in bestimmen Fallkonstellationen durchaus auch verbraucherschutzfreundliche Wirkung hat.

Der Umstand, daß eine Honorarkontrolle im Einzelfall für die Gerichte möglicherweise aufwendig ist und Arbeitskraft bindet, kann jedenfalls so lange nicht als ausreichend angesehen werden, wie der Gesetzgeber in anderen Fällen von der Tauglichkeit und Möglichkeit einer solchen Maßnahme ausgeht. Hierbei ist auch im Rahmen einer systemkonformen Auslegung zu berücksichtigen, daß – jenseits des Erfolgshonorars – der Gedanke des Schutzes des Mandanten vor Übervorteilung – etwa durch unangemessen hohe Vereinbarungshonorare – ebenfalls der Einzelfallkontrolle des Richters überlassen wird. Das Erfolgshonorar unterscheidet sich von dieser Konstellation nicht in entscheidender Form. In beiden Fällen geht es um die Beurteilung der Höhe des jeweiligen Honoraranspruchs als unangemessen hoch zum Nachteil des Mandanten.

V

„Kann dem Risiko einer Übervorteilung von Mandanten oder eines unsachgemäßen Handelns des Rechtsanwalts nur durch ein absolutes Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars begegnet werden ?“

Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, ist diese Frage nach Ansicht des Verfassungsrechtsausschusses zu verneinen. Die Gefahr einer Übervorteilung des Mandanten kann auch dann gegeben sein, wenn keine erfolgsbezogene Honorarvereinbarung getroffen wurde. Wie bereits dargelegt, besteht die Möglichkeit einer zumindest nachträglichen Kontrolle im Rahmen eines Honorar- oder Regreßprozesses. Hinzu kommen berufsrechtliche Maßnahmen/Sanktionen bei pflicht- oder berufswidrigem Verhalten des Rechtsanwalts.

C

Der Verfassungsrechtsausschuß des DAV hält daher die Verfassungsbeschwerde für begründet. Der Fall zeigt, daß es Konstel-lationen gibt, in denen eine Partei ihre rechtlichen Interessen nur dann mit Hilfe eines Rechtsanwalts verfolgen kann, wenn sie bereit ist, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren. Insoweit besteht eine Parallele zu den Erbensucher-Fällen, in denen gleichfalls mittellose Personen nur im Wege der Vereinbarung eines Erfolgshonorars den Beistand durch einen Rechtsanwalt erlangen konnten. Der Hinweis auf die Möglichkeit, Beratungs- bzw. Prozeßkostenhilfe in Anspruch zu nehmen, hilft nicht weiter. Prozeßkostenhilfe wird nur bei Erfolgsaussicht gewährt. Ob eine solche Erfolgsaussicht besteht, soll der im Wege des Erfolgshonorars mandatierte Rechtsanwalt aber gerade prüfen. Zudem fragt sich, ob sich der mittellose Rechtsuchende nicht auf Art. 2 Abs. 1 iVm dem Rechtsstaatsprinzip berufen und gestützt hierauf einen von der Verfassung gestützten Anspruch auf Abschluß eines Anwaltsvertrags mit Vereinbarung eines Erfolgshonorars geltend machen kann. Das totale Verbot eines Erfolgshonorars schränkt in diesen Fällen die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Parteiautonomie des Betroffenen ein.