

Herbert P. Schons*

Erfolgshonorar in Deutschland – Zeitenwende oder «same procedure as every year»?

Stichworte: Erfolgshonorar in Deutschland, Bundesverfassungsgericht, Neuregelungen, Kritik

1. Zum 01.07.2008 ist in Deutschland eine Neuregelung in Kraft getreten, die das anwaltliche Vergütungsrecht in erheblichem Masse verändert hat. Nach den Gesetzesänderungen vom 01.07.2004 (Einführung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – RVG als «Rechtsnachfolgerin der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung – BRAGO) und vom 01.07.2006 (Löslösung der anwaltlichen Vergütung von den gesetzlichen Gebühren bei der aussergerichtlichen Beratung) sieht sich die deutsche Anwaltschaft seit dem 01.07.2008 einer neuen Herausforderung gegenüber.
2. Nachdem das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in der viel beachteten und auch viel kritisierten Entscheidung vom 12.12.2006 das vollständige Verbot eines Erfolgshonorars (einschliesslich der quota litis) für verfassungswidrig erklärt hatte, war dem deutschen Gesetzgeber aufgegeben worden bis spätestens 30.06.2008 eine Neuregelung zu schaffen, die zumindest verfassungskonforme Ausnahmetatbestände kreierte.¹
3. Ohne Übertreibung wird man konstatieren können, dass diese Entscheidung des BVerfG als eine Art weitere Bastille-Entscheidung das anwaltliche Berufsbild vielleicht noch mehr verändern wird, als die hinreichend bekannten Entscheidungen aus dem Jahre 1987, durch die die damaligen deutschen Standesrichtlinien praktisch ausser Kraft gesetzt wurden.
4. Ein historischer Rückblick bis in das Jahr 1871 hinein belegt nämlich, dass anwaltliche Tätigkeit in Deutschland und die Vereinbarung eines Erfolgshonorars, sei es in Form eines Palmarium oder einer quota litis unvereinbar erschien, jedenfalls nicht gewünscht waren. Das Instrumentarium, mit dem man Erfolgshonoraren von Anwälten entgegnetrat, wandelte sich zwar im Laufe der Zeit in die eine oder andere Richtung, hatte im Grunde genommen aber stets zum Ergebnis, dass derartige Vereinbarungen auf die Ächtung der jeweils aktuellen Rechtsordnung trafen.
5. In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert – und deshalb schon an dieser Stelle hervorzuheben – dass selbst noch zu Zeiten der immer stärker werdenden Liberalisierung und Deregulierung das Verbot des Erfolgshonorars nicht nur nicht angezweifelt, sondern auch 1994 zum zweiten Mal *gesetzlich* verboten wurde:
6. Zunächst einmal hatte man seit 1887 durch ehrengerichtliche Entscheidungen immer wieder bestätigt, dass anwaltliche Erfolgshonorare unzulässig seien.² Die vorzufindenden Begründungen waren bis in die jüngste Vergangenheit immer dieselben: Als Organ der Rechtspflege dürfe sich der Rechtsanwalt nicht zum Gesellschafter einer Partei im Rechtsstreit herabwürdigen, was insbesondere die quota litis absolut unzulässig machte.³ Das Reichsgericht sprach in ständiger Rechtsprechung gar von einer schweren Standesverfehlung und betrachtete Vereinbarungen über ein Erfolgshonorar und insbesondere solche über eine quota litis als sittenwidrig.⁴
7. Am 21.04.1944 wurde durch die Neufassung der RAGBO erstmals ein gesetzliches Verbot des Erfolgshonorars für Rechtsanwälte normiert, das am 01.06.1944 dann auch in Kraft trat. In § 93 Abs. 2 Satz 5 RAGBO wurde die Unwirksamkeit von Vereinbarungen festgestellt, durch die die Höhe der Vergütung vom Ausgang der Sache oder sonst vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wurde. Diese Vorschrift galt zunächst unverändert bis zum Inkrafttreten der BRAGO am 01.10.1957. Zu diesem Zeitpunkt wurden gewissermassen wieder die Verhältnisse bis zum Jahre 1944 wiederhergestellt.
8. Weder in der BRAGO noch in der BRAO vom 01.08.1959 fand sich ein gesetzliches Verbot des Erfolgshonorars und eine Normierung fand dann erst wieder im Jahre 1994 statt und zwar über die Vorschrift von § 49b Abs. 2 BRAO, welche lautete:
Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird (Erfolgshonorar) oder nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält (quota litis) sind unzulässig.
9. An dieser gesetzlichen Regelung wurde auch noch 2004 wortwörtlich festgehalten, als am 01.07.2004 durch das KostRMoG das RVG in Kraft trat. § 49b Abs. 2 BRAO erhielt

* Rechtsanwalt und Notar, Duisburg, Deutschland.

1 BVerfG AnwBl. 2007, 297 = AGS 2007, 168 ff. mit kritischer Anmerkung HERBERT P. SCHONS.

2 JAN SCHEPKE, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, 1998, 102.

3 FRIEDLÄNDER, Kommentar zur RAGBO, 2. Aufl. 1920, Exkurs 2 zu § 28 Anm. 16.

4 RGZ 115, 141; 142, 70.

lediglich einen zweiten Satz, der klarstellte, dass es an einem verbotenen Erfolgshonorar des Satzes 1 fehle, wenn nur die Erhöhung von gesetzlichen Gebühren vereinbart werde. In der Gesetzesbegründung hierzu heisst es ausdrücklich, dass durch die Neuregelung das grundsätzliche Verbot eines Erfolgshonorars nicht angetastet, sondern nur für solche Anwaltsgebühren gelockert werden solle, für die das Gesetz Erfolgskomponenten vorsieht. Insbesondere sollte einer anders lautenden Rechtsprechung wirksam entgegengetreten werden, die die Erhöhung der Einigungsgebühr über eine Honorarvereinbarung bzw. eine Vergütungsvereinbarung für unzulässig angesehen hatte.

10. Aber auch in der Zwischenzeit von 1957 und 1994 bestand Einigkeit darüber, dass das Verbot eines Erfolgshonorars den Regelfall darstellen sollte, von dem nur bei ganz besonderen Fallkonstellationen Ausnahmen gemacht werden könnten. *quota litis* Vereinbarungen wurden auch zu dieser Zeit als ausnahmslos unzulässig bewertet.
11. Auch während dieser Zeit orientierte sich die Rechtsprechung des BGH allerdings mehr an dem eigentlich ausser Kraft getretenen gesetzlichen Verbot von § 93 Abs. 2 Satz 5 RAGBO und stellte stets die Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes in den Vordergrund der Argumentation.⁵ Die Vereinbarung einer *quota litis* wurde stets nicht nur als standeswidrig, sondern auch als sittenwidrig angesehen.⁶
12. An dieser strengen Rechtsprechung wurde auch bis in die jüngste Zeit hinein festgehalten, was angesichts der Bestätigung des gesetzlich normierten Verbotes des Erfolgshonorars im Jahre 2004 durch das KostRMoG auch nicht Wunder nimmt. So stellte etwa das OLG Celle wie auch der Bayerische Anwaltsgerichtshof noch im Jahre 2005 fest, dass die Vereinbarung von Erfolgshonoraren mit der Stellung des Rechtsanwaltes als unabhängigem Rechtspflegeorgan unvereinbar sei.⁷
13. Beide Entscheidungen verneinen hierbei ganz ausdrücklich eine etwaige Verfassungswidrigkeit der Vorschrift des § 49b Abs. 2 BRAO, freilich ohne sich im Einzelnen mit den kritischen Stimmen auseinanderzusetzen, die spätestens seit dem Inkrafttreten des KostRMoG lauter und lauter geworden waren. Insbesondere die Ergänzung von § 49b Abs. 2 mit der Klarstellung, dass die Erhöhung von gesetzlichen Gebühren nicht zu einem verbotenen Erfolgshonorar führe, wurde von manchen bereits als den Einstieg in den Ausstieg vom Verbot des Erfolgshonorars bezeichnet.⁸
14. Jedenfalls verursachte die Neuregelung, die nach der Gesetzesbegründung nur Klarstellungsfunktion haben sollte, ei-

nen regen Meinungsstreit, der sich mal mehr und mal weniger an der Gesetzesbegründung orientierte, stets aber die Frage des Verbotes des Erfolgshonorars auf den Prüfstand stellte: Während MADERT die Gesetzesbegründung wortwörtlich nahm und die Klarstellungsfunktion hervorhob (alle Gebührentatbestände, einschl. der Einigungsgebühr mit Erfolgskomponente können multipliziert werden, wenn die Vereinbarung unabhängig vom Erfolg getroffen wird⁹) ging ENDERS bereits einen Schritt weiter: Trotz des ausdrücklichen Verbotes des Erfolgshonorars hielt er es für möglich, jedenfalls die gesetzliche Einigungsgebühr via Vereinbarung für den Fall erhöhen zu können, wenn das Verfahren einem Vergleichsabschluss zugeführt werden konnte.¹⁰

15. Alle Beurteilungen einschl. der bereits dargestellten von POHL hatten jedoch gemeinsam, dass sie an der gesetzlichen Vergütung als geschuldeter Mindestvergütung stets festhalten wollten.¹¹ Derartige Überlegungen fanden sich dann in jüngster Zeit auch noch bei MAYER, der es entsprechend der Auffassung von POHL bereits unter Berücksichtigung der derzeitigen Gesetzeslage im Hinblick auf § 49b Abs. 2 Satz 2 BRAO für möglich hielt, die Vermehrung der gesetzlichen Vergütungstatbestände für den Fall eines klar definierten Erfolges vereinbaren zu können, während es ansonsten bei den Regelungen des RVG verbleiben soll (gesetzliche Mindestvergütung).¹² Dass diese recht weitreichenden Interpretationen von § 49b Abs. 2 Satz 2 BRAO so abwegig nicht sind, mag daran deutlich werden, dass vom Bundestag und Bundesrat verabschiedete Gesetz zur Neuregelung des Erfolgshonorars § 49b Abs. 2 insoweit eine – weitere neue – Ergänzung erfährt: «Ein Erfolgshonorar im Sinne des Satzes 1 liegt nicht vor, wenn lediglich vereinbart wird, dass sich die gesetzlichen Gebühren *ohne weitere Bedingungen* erhöhen».
16. Parallel zu den hier dargestellten Überlegungen suchten andere Autoren nach grundsätzlich neuen Wegen, das Verbot des Erfolgshonorars zu lockern, zu relativieren oder vollständig in Frage zu stellen.¹³ Insbesondere KILIAN stellte die für und gegen das Verbot des Erfolgshonorars sprechenden Argumente in der Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln in beeindruckend umfassender Weise zusammen, wobei die Problematik auch in den internationalen Vergleich eingestellt wird. Wer etwa die Regelungen zum Erfolgshonorar in anderen Ländern weltweit vergleichen will, kann auf den Anhang I dieses Werkes zurückgreifen, wo sich ein Überblick befindet, der 50 Staaten von Argentinien bis Zypern erfasst.¹⁴

5 BGHZ 39, 142, 146 f.

6 BGHSt 30, 22; BGHZ 22, 162; 34, 64; 39, 142; 133, 90, 93 f.

7 OLG Celle NJW 2005, 2160; BayAGH II BRAKMitt. 2005, 198.

8 Vgl. hierzu zunächst umfassend: DIETER EBERT, BRAKMitt. 2006, 103 f. sowie KAY-THOMAS POHL, BerlAnwBl. 2005, 102, DERS. ZRP 2006, 31; a. A. HERBERT P. SCHONS, ZRP 2006, 31.

9 WILHELM GEROLD/HERBERT SCHMIDT/WOLFGANG MADERT, RVG, § 4, Rz. 58.

10 HORST-REINER ENDERS, RVG für Anfänger, 13. Aufl. Rz. 301 ff.

11 Vgl. auch hierzu: EBERT (Fn. 8), 103 f.

12 HANS-JOCHEM MAYER, AnwBl. 2007, 780 f.

13 Vgl. hierzu schon BENDREF, BerlAnwBl. 1997, 191 ff.; MATTHIAS KILIAN, AnwBl. 2003, 452 ff.; CONRAD, MDR 2006, 848 ff.; GIESLER, JR 2005, 221 ff.; MATTHIAS KILIAN ZRP 2003, 90 ff.

14 MATTHIAS KILIAN, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwaltes, DAV.

17. Die Diskussion über die vollständige Aufhebung des Verbotes des Erfolgshonorars oder zumindest über eine Relativierung nahm in der Literatur immer breiteren Raum ein, und selbstverständlich beschäftigten sich schon vor Bekanntwerden der Entscheidung des BVerfG die massgeblichen Gremien der Anwaltschaft mit den damit zusammenhängenden Auswirkungen auf die gesetzliche Rechtsanwaltsvergütung. So machte beispielsweise die Konferenz der Gebührenreferenten aller Rechtsanwaltskammern das Thema «Erfolgshonorar» zum Mittelpunkt ihrer 52. Tagung im März 2006 in Celle. Der DAV hatte im Rahmen der Berufsrechtsnovellierung bereits eine Anpassung von § 49b BRAO ins Auge gefasst, die zwar am grundsätzlichen Verbot des Erfolgshonorars festhielt, Ausnahmen aber zulassen sollte. Und schliesslich tendierte man auf der JHV der BRAK im September 2005 in Düsseldorf weitestgehend dahin, einer vorsichtigen Öffnung des Erfolgshonorars zuzustimmen, wenn dem Rechtsanwalt im Misserfolgsfalle die gesetzliche Vergütung als Mindestvergütung verbliebe.
18. Ganz anders äusserte man sich interessanterweise ausserhalb der Rechtsanwaltschaft. So sprach sich der Präsident des BGH uneingeschränkt für die Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars aus und befand sich damit in bester Gesellschaft mit der Bundessteuerberaterkammer, der Patentanwaltskammer, der Wirtschaftsprüferkammer, des Bundesverbandes deutscher Patentanwälte, der Verbraucherzentrale, des Bundesverbandes der deutschen Industrie sowie des Deutschen Industrie- und Handelskammertages.
19. Ungeklärt war und ist hingegen das Meinungsbild in der Anwaltschaft selbst, also ausserhalb der Vereine und Kammern. Wenn hier gerne auf zwei Umfragen des Soldan-Institutes für Anwaltsmanagement aus den Jahren 2006 und 2007 verwiesen wird, wonach 50% der Rechtsanwälte bereit wären einer Erfolgshonorarvereinbarung näher zu treten, wenn es denn zulässig wäre, so darf an der Aussagekraft sicherlich kräftig gezweifelt werden. So nahmen an der zweiten Untersuchung von den ca. 150 000 Anwälten, die zwischenzeitlich in Deutschland zugelassen sind, gerade einmal 400 Anwälte teil.¹⁵ Die lang erwartete Entscheidung des BVerfG traf also auf ein wohlinformiertes aber wenig homogenes Auditorium und löste demgemäss auch höchst unterschiedliche Reaktionen aus.
20. Als die lang erwartete Entscheidung des BVerfG durch eine Pressemitteilung vom 07.03.2007 dann schliesslich publik wurde, verblüffte sie in direkt in mehrfacher Hinsicht. So ging zunächst einmal jene Rechtsanwältin, die das ganze Verfahren in Gang gesetzt hatte, trotz des Tenors der Entscheidung – mit allen Kostenfolgen – als Verliererin vom Platz. Der dieser Rechtsanwältin erteilte Verweis (verbotswidrig ein Erfolgshonorar vereinbart zu haben) blieb bestehen, weil das Gericht zwar von einer Verfassungswidrigkeit der betroffenen Norm ausging, nicht jedoch von deren Nichtigkeit.
21. Die nächste Überraschung bestand darin, dass das BVerfG es keineswegs dabei belies, die sog. «arme Partei» in den ausschliesslichen Mittelpunkt seiner Überlegungen zu stellen, also jene Partei, der ohne Lockerung des Verbotes des Erfolgshonorars der Zugang zum Recht aufgrund der finanziellen Umstände vollständig verwehrt wäre. Vielmehr erging sich das BVerfG in Ausführungen darüber, ob nicht auch anderen Rechtssuchenden in gesicherten finanziellen Verhältnissen der Weg zum Erfolgshonorar freigemacht werden müsse, wenn sie «das Kostenrisiko aufgrund von ständiger Erwägungen scheuen und daher von der Verfolgung ihrer Rechte» absehen würden. Für diese Rechtssuchenden wollte das BVerfG erklärermassen das Bedürfnis anerkennen, das geschilderte Risiko durch Vereinbarung einer erfolgsbasierenden Vergütung zumindest *teilweise* auf den vertretenden Rechtsanwalt zu verlagern. Anders als der einzelne Rechtssuchende sei der Rechtsanwalt aufgrund der Vielzahl der Mandate zur Diversifikation der Kostenrisiken in der Lage und können nicht zuletzt deshalb diese besser tragen.
22. Und schliesslich überraschte der Beschluss des Gerichts insbesondere damit, dass man es nicht etwa bei dem Verbot der Lockerung des Verbotes belies. Nachdem das Gericht über 75% der Entscheidungsgründe hinweg und unter Einbeziehung aller warnenden Stimmen überzeugend dargelegt hatte, warum das Verbot eigentlich sinnvoll gewesen und demgemäss vom Grundsatz her wohl beizubehalten sei, hiess es schliesslich ohne jeglichen Bezug auf die vielseitigen Ausführungen zuvor, dass der Gesetzgeber aber auch nicht gehindert sei, das Verbot völlig aufzugeben oder an ihm nur noch unter den engen Voraussetzungen wie etwa im Fall unzulänglicher Aufklärung des Mandanten festzuhalten.
23. So wenig nachvollziehbar die Entscheidung war, so verworren und widersprüchlich waren die Reaktionen in der Politik, der Anwaltschaft und der Richterschaft.
24. Zunächst konnte festgestellt werden, dass die mit Spannung erwartete Entscheidung des BVerfG mehr Fragen aufwarf als Antworten bereithielt und somit dem Gesetzgeber mit einem eher unverbindlichen «schau'n wir mal» eine Aufgabe stellt, die niemanden wirklich glücklich machte.
25. Immerhin setzte ein lebhaftige Diskussion ein, an der jeder glaubte sich beteiligen zu können oder zu müssen. Der Einzelanwalt im kleinen Vorort meldete sich ebenso zu Wort, wie die Partner der international agierenden Wirtschaftskanzleien. Jeder fühlte sich angesprochen, jeder konnte mitreden und jeder hatte ein ganz ureigenstes Interesse sich für oder gegen die Entscheidung zu stellen.

15 Vgl. Vergütungsvereinbarung deutscher Rechtsanwälte – Eine empirische Untersuchung der Vergütungspraxis der deutschen Anwaltschaft 2006, 208 ff.; Brennpunkte des anwaltlichen Berufsrechts – Das Soldan Berufsrechtsbarometer 2007, NJW 2007, 2308–2315.

26. Vertreter der grossen internationalen Wirtschaftskanzleien begrüsst die jetzt eröffnete Möglichkeit, nunmehr aus der rechtlichen Grauzone zu treten, in der man sich seit vielen Jahren eigentlich recht gemächlich eingerichtet und unbeanstaltet mit den hochkarätigen Mandanten mehr oder weniger eindeutige Erfolgshonorare auf vereinbart und abgewickelt hatte (Stichwort: «Sprechklauseln»).
27. Die sog. «Basisadvokaten» die unter dem «Masseproblem der Anwaltschaft» ebenso zu leiden haben, wie unter der neu entstandenen Konkurrenz der Rechtsschutzversicherer (Anwaltshotlines) und der nicht anwaltlichen Berater (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG) witterten nunmehr neue Werbemöglichkeiten, etwa über Zeitungsanzeigen mit dem Inhalt:
«Bei mir zahlen Sie nur im Erfolgsfalle»
oder
«Anwaltstätigkeit zum Nulltarif»
oder
«Buchen Sie jetzt unsere Mandatsflatrate»
28. Es würde zu weit führen, im Rahmen dieser Abhandlung die unterschiedlichen Auffassungen kritisch zu würdigen. Jedenfalls wurde praktisch jede Meinung vertreten, teilweise in eine Richtung, die mit der Entscheidung des BVerfG nicht zu vereinbaren war, teilweise in eine Richtung, die die professionellen «Barrikadenstürmer» Morgenluft wittern liess.
29. Andere warnten schon recht frühzeitig – zu Recht wie man sah – davor, dass die Vorgaben des BVerfG auch zu einer Verschärfung des Rechts der Vergütungsvereinbarung führen und es noch schwerer machen könnten, rechtswirksam «auch normale» Vergütungsvereinbarungen abzuschliessen.
30. Was folgte, waren diverse Versuche den sybillinischen Vorgaben des BVerfG gerecht zu werden. Während der DeutscheAnwaltVerein (DAV) sich im wesentlichen darauf beschränkte in einem neu formulierten § 49b BRAO die Kernaussage der Gerichtsentscheidung zu wiederholen, gingen die Entwürfe des Ausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) zum Erfolgshonorar ebenso in eine andere Richtung wie der anschliessend veröffentlichte Referenten- bzw. der schliesslich bekanntgegebene Regierungsentwurf.
31. Zu Recht hielten diese zuletzt genannten Entwürfe in redaktioneller Hinsicht an der bisherigen Gestaltung der gesetzlichen Vorschriften fest, manifestierten also in § 49b BRAO
- das grundsätzlich beibehaltene Verbot des Erfolgshonorars und verwiesen hinsichtlich der Ausnahmetatbestände auf das RVG.
32. Letztendlich wurden die Regelungen, die sich bis dato in § 4 RVG a.F. befanden verteilt auf neu eingeführte §§, die sich nunmehr in § 3 bis einschliesslich § 4b RVG vorfinden liessen und seit dem 01.07.2008 auch vorfinden lassen. Nur aufgrund der massiven und übereinstimmenden Kritik der grossen Verbände der Anwaltschaft DAV und BRAK (die – leider – nicht immer bei Gesetzesvorhaben mit einer Stimme sprechen) und auch der Richterschaft konnten besondere Schwachstellen im Regierungsentwurf buchstäblich in letzter Minute repariert werden.
33. Resultat aller Bemühungen war dann schliesslich der am 25.04.2008 vom Deutschen Bundestag verabschiedete Gesetzesentwurf, der wenig später vom Bundesrat akzeptiert wurde.
34. In einer – laut Plenarprotokoll 16/158 äusserst launig verlaufenden – Sitzung des Bundestages wurde ein Gesetzestext verabschiedet, der der kritischen Stellungnahme der Anwalts- und Richterschaft wenigstens zu einem kleinen Teil Rechnung trug. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die späteren Ausführungen verwiesen.
35. Festgehalten wurde in dem zum 01.07.2008 in Kraft getretenem Gesetz an der Aussage, dass Erfolgshonorare einschliesslich der quota litis grundsätzlich dem Rechtsanwalt nicht erlaubt sind, soweit das RVG keine Ausnahmen vorsieht. Ferner wurde in § 49b BRAO klargestellt, dass es dem Rechtsanwalt – auch bei Zulässigkeit eines Erfolgshonorars – nicht gestattet ist, weitere Kostenrisiken zu übernehmen, er also gehindert ist, etwa auch für die Gerichtskosten oder die Kosten des Gegenanwaltes einzustehen.
36. Schliesslich wird unter Bestätigung der bisher herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur klargestellt, dass die Erhöhung von gesetzlichen Vergütungstatbeständen in einer Vergütungsvereinbarung – soweit ansonsten erfolgswahrscheinlich und an keine weiteren Bedingungen geknüpft – kein verbotenes Erfolgshonorar darstellen und zwar auch dann nicht, wenn diese Vergütungstatbestände selbst Erfolgskomponenten beinhalten (vgl. etwa die Einigungsgebühr in Nr. 1000 VV RVG).
37. Die vom Rechtsanwalt zu beachtenden Formalien für alle Vergütungsvereinbarungen finden sich nunmehr in einem gewissermassen vor die Klammer gesetzten § 3a RVG. Dort ist festgehalten, dass Vergütungsvereinbarungen für ihre Wirksamkeit der Textform bedürfen (§ 126b BGB) was bewirkt, dass im Gegensatz zum alten Recht auch Telefaxe und E-Mails ausreichend sind. Vergütungsvereinbarungen müs-

16 Vgl. hierzu Juve 2008, Heft 2 S. 1 f.

17 Vgl. etwa MICHAEL KLEINE-COSACK, AnwBl. 8 und 9/2007, I; PETER HAMACHER, AnwBl. 4/2007, 297 f.; So etwa BARBARA GRUNEWALD, AnwBl. 2007, 469 ff.

18 HERBERT P. SCHONS, AGS 2007, 182 f. unter Hinweis auf BGH NJW 2004, 2718 f.; DERS. in: KammerMitt. RAK Düsseldorf 2007, 91 ff.; DERS. in: KammerMitt. RAK Düsseldorf 2007, 269 ff.; BGH NJW 2005, 2142 f.; OLG Düsseldorf AGS 2004, 10 f.; OLG Düsseldorf AGS 2006, 530 ff.

19 Wegen der weiteren Einzelheiten der «Gesetzesgeschichte»: vgl. HERBERT P. SCHONS in Teubel/Schons, Erfolgshonorar für Rechtsanwälte, Beck-Verlag 2008, § 1 Rz. 74 ff.

- sen als solche oder ähnlich (etwa Honorarvereinbarung) bezeichnet sein und dürfen nicht mit der Vollmachtsurkunde verbunden werden.
38. Andere Vereinbarungen – mit Ausnahme der Auftragserteilung – die mit der eigentlichen Vergütungsvereinbarung nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen, sind von der Vergütungsvereinbarung selbst deutlich zu trennen. Ferner muss die Vereinbarung, wenn eine höhere als die gesetzliche Vergütung vereinbart werden soll, einen Hinweis darauf enthalten, dass im Falle der Kostenerstattung regelmässig nur die gesetzliche Vergütung erstattet wird.
 39. Klargestellt wird schliesslich, dass diese Voraussetzungen bei einer Gebührenvereinbarung nach § 34 RVG (aussergerichtliche *Beratungstätigkeit*) nicht gelten.
 40. Gleichwohl ist selbstverständlich allen Rechtsanwälten anzurufen, auch bei einer Gebührenvereinbarung nach § 34 RVG auf eine Dokumentation hinzuwirken, da es andernfalls für den Rechtsanwalt im Konfliktfall mit dem Auftraggeber zu späteren Beweisschwierigkeiten kommen kann.
 41. Die übrigen Bestimmungen in § 3a RVG geben den alten Gesetzestext von § 4 RVG a.F. im wesentlichen wieder.
 42. Der neue § 4 RVG beschäftigt sich mit der nach wie vor gegebenen Möglichkeit, in *aussergerichtlichen* Angelegenheiten eine niedrigere als die gesetzliche Gebühr zu vereinbaren.
 43. Klarstellend wird aber hier festgehalten, dass bei derartigen Vergütungen stets auf ein angemessenes Verhältnis zur Leistung, Verantwortung und Haftungsrisiko des Rechtsanwaltes zu achten ist.
 44. Hiermit will man dem sog. Preis-Dumping entgegenwirken.
 45. Ansonsten sind dort die auch im alten Recht schon vorzufindenden Regelungen über Vergütungsvereinbarungen bei gerichtlichen Mahnverfahren und Zwangsvollstreckungsverfahren wiederholt.
 46. In § 4a RVG findet sich nunmehr der Kernbereich der durch die Entscheidung des BVerfG notwendig gewordenen Neuregelung des Rechts der Vergütungsvereinbarung.
 47. Hier sind nunmehr die Voraussetzungen vorzufinden, unter denen *ausnahmsweise* die Vereinbarung eines Erfolgshonorars erlaubt ist (Abs. 1), zum anderen finden sich dort die zwingenden Vereinbarungstatbestandteile, die in der dokumentierten Erfolgshonorarvereinbarung ebenso zwingend dokumentiert sein müssen.
 48. Die gesetzliche Regelung gibt damit klar zu erkennen, dass man zumindest derzeit der nach der Entscheidung des Gerichts durchaus ebenfalls möglichen sog. grossen Lösung (völlig Freigabe des Erfolgshonorars) eine Absage erteilen will.
 49. Andererseits ist man aber auch nicht dem Wunsch Teilen der Anwaltschaft gefolgt, eine Minimal-Lösung zu schaffen, die ohnehin mit dem Wortlaut der BVerfG-Entscheidung schwerlich zu vereinbaren gewesen wäre.
 50. Da das BVerfG ausdrücklich an mehreren Stellen seiner Entscheidung die erforderliche Öffnung beim Erfolgshonorar nicht nur für den völlig mittellosen Mandanten fordert, muss zumindest eine teilweise Verlagerung des Prozessrisikos auf den Rechtsanwalt auch in den Fällen möglich sein, bei denen dem Auftraggeber die wirtschaftlichen Mittel zur Führung des Prozesses zwar notfalls zur Verfügung ständen, ihm aber das Prozessrisiko aus vernünftigen Erwägungen zu hoch erscheint.
 51. Der Gesetzgeber hat sich also dafür entschieden, die Formulierung aus den Entscheidungsgründen des Verfassungsgerichts zu zitieren und überlässt es damit in Zukunft der Rechtsprechung, abschliessend zu beurteilen, ob das Erfolgshonorar zulässig war oder nicht, ob der Auftraggeber also «aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten worden wäre».
 52. Die Definition, was unter einem Erfolgshonorar zu verstehen ist, findet sich nicht im RVG, sondern in § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO, weshalb diese Vorschrift in Abs. 1 ausdrücklich zitiert wird. Das Gesetz versteht unter Erfolgshonorar Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird, und/oder nach denen der Anwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält. Mit letzterem wird den Mandatsparteien in Deutschland auch die Möglichkeit eröffnet, eine nach den CCBE nach wie vor unzulässige *quota litis* Regelung zu treffen.
 53. Die Möglichkeit, mit dem Auftraggeber eine Erfolgshonorarvereinbarung – wie oben dargestellt – zu treffen, erfährt eine wichtige Einschränkung dadurch, dass sie *auf den Einzelfall beschränkt* bleiben muss. Damit wird es – nach richtiger Ansicht jedenfalls – den Rechtsanwälten unmöglich gemacht, in Werbeanzeigen mit Flatrate-Angeboten an noch unbekannte potentielle Auftraggeber heranzutreten und ihnen zu versprechen, nur auf Erfolgsbasis das Mandat bearbeiten zu wollen. Wenn das Erfolgshonorar nur für den Einzelfall und für einzelne Rechtsangelegenheiten mit einzelnen Mandanten vereinbart werden darf,²⁰ so ist es weder zulässig, dass ein Anwalt generell nur auf Erfolgshonorar für seinen Mandanten tätig wird, noch ist es erlaubt, mit einem Mandanten eine Absprache dahingehend zu treffen, dass grundsätzlich bestimmte Aufträge nur auf der Basis einer erfolgsbasierten Vergütung übernommen werden.²¹

20 BT-Drs. 16/8384, 10.

21 So zutreffend GEROLD/SCHMIDT/MAYER, 18. Aufl. RVG, § 4a Rz. 5.

54. Die weiteren im Gesetzestext vorzufindenden Beschränkungen verbieten es dem Rechtsanwalt mit Erfolgshonorarvereinbarungen zu werben oder auch nur den Anschein zu erwecken, man arbeite ausschliesslich oder im überwiegenden Umfange auf Erfolgshonorarbasis. Die Beurteilung, ob die wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung nach einem Erfolgshonorar verlangen, lässt sich ja nur mit dem bereits konkret vorhandenen Mandanten anhand des konkret mitgeteilten Sachverhaltes treffen.
55. Aber auch ein Werbehinweis darauf, dass die Kanzlei – auch – auf Erfolgshonorarbasis arbeite, dürfte angesichts der Rechtsprechung des BGH auf Bedenken stossen. Abgesehen davon, dass einer derart vagen Aussage kein all zu grosser Werbeeffekt beizumessen wäre, wäre es Werbung mit Selbstverständlichkeiten, die demgemäss zu Kollisionen mit dem Berufsrecht und dem Wettbewerbsrecht führen kann. Unter den im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen kann schliesslich jeder Rechtsanwalt eine Erfolgshonorarvereinbarung treffen.
56. Die Umstände, die zur Erfolgshonorarvereinbarung geführt haben, sollten dokumentiert werden, damit sie als definierte Geschäftsgrundlage für beide Parteien verbindlich und später gerichtlich überprüfbar sind.
57. Schliesslich ist festgelegt, dass in einem gerichtlichen Verfahren für den Fall des Misserfolges eine geringere als die gesetzliche Vergütung nur vereinbart werden darf, wenn für den Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung vereinbart wird.
58. Ferner muss die Vereinbarung wichtige Hinweise für Mandanten enthalten, nämlich:
- a) die voraussichtliche gesetzliche Vergütung oder die erfolgsunabhängige vertragliche Vergütung, zu der der Rechtsanwalt bereit wäre, den Auftrag zu übernehmen;
 - b) die Höhe des Erfolgszuschlages (soweit vereinbart);
 - c) die Bedingungen bei deren Eintritt die Vergütung verdient sein soll;
 - d) den Hinweis, dass der Auftraggeber im Falle des Unterliegens ggf. die Gerichtskosten und die gegnerischen Kosten zu tragen hat.
59. Schliesslich beschäftigt sich § 4b RVG mit den Folgen einer fehlerhaften Vergütungsvereinbarung.
60. Soweit nicht den Anforderungen von § 3a RVG oder § 4a RVG entsprochen wird, führt dies zwar nicht zur Nichtigkeit der Vergütungsvereinbarung oder gar des Anwaltvertrages, der Rechtsanwalt kann aber keine höhere als die gesetzliche Vergütung fordern.
61. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Gesetzestext Bezug genommen.
62. Einigkeit besteht darüber, dass es einem Rechtsanwalt allerdings nicht gestattet ist, in jedem Fall auf die gesetzliche Vergütung als eine Art Mindestvergütung zurückzugreifen.
63. Unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung zu Treu und Glauben wird ein Rechtsanwalt im Falle einer fehlerhaften Erfolgshonorarvereinbarung, die für den Fall des Misserfolges den vollständigen Verzicht auf die gesetzlichen Gebühren vorsah, die gesetzliche Vergütung mit der Begründung anfordern können, die Voraussetzungen für eine Vereinbarung des Erfolgshonorars hätten gar nicht vorgelegen.
64. Im nachfolgenden sollen die Kritikpunkte an der gesetzlichen Neuregelung wie folgt zusammengefasst werden:
65. Zu begrüssen ist es, dass auch der Gesetzesentwurf am grundsätzlichen Verbot des Erfolgshonorars mit Erlaubnisvorbehalt festhält und die Gesetzesänderungen dort unterbringt, wo sie dogmatisch hingehören. § 49b Abs. 2 BRAO hat die notwendigen Änderungen erhalten und der letzte Satz in Abs. 2 erfährt die offenbar erforderliche Klarstellung dahingehend, dass von einem Erfolgshonorar grundsätzlich nicht gesprochen werden kann, wenn erfolgsunabhängig und ohne weitere Bedingungen die gesetzlichen Gebühren erhöht werden.
66. Der neu geschaffene § 3a enthält – gewissermassen vor die Klammer gesetzt – die Formalien, die in Zukunft bei *allen* Vergütungsvereinbarungen (mit Ausnahme der Gebührenvereinbarung nach § 34 RVG) zu beachten sind. Zu begrüssen ist es, dass das Gesetz klarstellend § 34 RVG von den Formalien auslässt. Im Gegensatz zum Referentenentwurf bedarf die Vergütungsvereinbarung nun nicht mehr der Schriftform, sondern der Textform. Ob die Verfasser der Norm die damit verbundenen Folgen bedacht haben, darf bezweifelt werden. Der Kommentierung zu § 126b BGB lässt sich entnehmen, dass es für die Einhaltung der Textform nicht einmal der Unterschrift auch nur einer der Vertragsparteien bedarf. Es muss nur ersichtlich sein, wo der Text aufhört. Die eigentlich vom Gesetzgeber bei der Vergütungsvereinbarung gewünschte Schutzfunktion zumindest für den Auftraggeber wird damit relativiert. Es ist davon auszugehen, dass in der späteren Kommentierung die Empfehlung vorzufinden ist, jedenfalls durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass durch die Textform *auch* dokumentiert wird, dass der Auftraggeber vom Inhalt des Textes zustimmend Kenntnis genommen hat. Für die Anwaltschaft ist es ohnehin ausreichend, dass Vergütungsvereinbarungen nunmehr auch per Telefax rechtswirksam abgeschlossen werden können.
67. Nach wie vor scharf zu kritisieren ist der Eingriff des Gesetzgebers in eine Regelung, die sich Jahrzehnte lang bewährt hat. In § 4 RVG derzeitiger Fassung, konnte der Auftraggeber freiwillige und vorbehaltlose Zahlungen nicht mit der Begründung zurückfordern, die Vergütungsvereinbarung habe nicht in allen Punkten den Formvorschriften entsprochen. Wegen der weiteren Kritik und der unhaltbaren Gesetzesbegründung wird auf Teil 2 von «Der Sieger geht leer

aus» im letzten Heft Bezug genommen. Eher peinlich ist die nunmehr vorzufindende Aufnahme von § 814 BGB, wenn es in Absatz 3 nunmehr heisst, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die ungerechtfertigte Bereicherung bleiben unberührt. Das war schon immer so und das wird auch immer so sein, da wohl kaum durch einen einfachen Gesetzestext oder eine Gesetzesnovellierung das BGB ausser Kraft gesetzt werden kann.

68. Genauso gut hätte man formulieren können:
«Dieses Gesetz ist anzuwenden.»
Rechtliche Selbstverständlichkeiten haben in einem Gesetzestext nichts zu suchen.
69. Der neue § 4 ist nicht zu beanstanden und enthält in gekürzter, allerdings erfreulicherweise klarstellender Funktion Passagen aus dem alten § 4 und beschäftigt sich insbesondere mit der Möglichkeit, in aussergerichtlichen Angelegenheiten auch eine niedrigere als die gesetzliche Vergütung vereinbaren zu können. Es ist nunmehr klargestellt, dass für derartige Vereinbarungen ebenso wie für Vereinbarungen bei Beitreibungssachen die Vergütung stets in einem angemessenen Verhältnis zu Leistung, Verantwortung und Haftungsrisiko des Rechtsanwalts stehen muss. Dies war in der Vergangenheit in einzelnen Kommentaren problematisiert worden.
70. § 4 a beschäftigt sich mit dem Anlass der Gesetzesänderung, nämlich dem Erfolgshonorar. Hier ist zunächst der Gesetzesentwurf ausdrücklich dort zu loben, wo auf Vorschlag der BRAK das Wort «insbesondere» gestrichen wurde. Im Regierungsentwurf wurde durch die Formulierung «dies gilt insbesondere, wenn . . .» ein offener Tatbestand geschaffen, der nach einhelliger Meinung der Anwaltschaft und Richterschaft noch mehr Rechtsunsicherheit gebracht hätte, als der Gesetzesentwurf ohnehin mit sich bringen wird. Unverständlich ist und bleibt es, dass in Abs. 1 nicht klargestellt worden ist, wie hoch der Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung sein muss, wenn für den Fall des Misserfolgs ein Abschlag vereinbart wurde. Es hätte hier nahe gelegen, den Empfehlungen der Anwaltschaft zu folgen und zu verlangen, dass der Zuschlag stets mindestens immer so hoch sein muss, wie der Abschlag für den Fall des Misserfolgs. Die Angelegenheit wäre dann wesentlich praktikabler gewesen. Unsinnig und nicht nachvollziehbar bleibt auch die in Abs. 2 vorzufindende Verpflichtung des Rechtsanwaltes vor Auftragsübernahme bzw. bei Abschluss der Erfolgshonorarvereinbarung die voraussichtliche gesetzliche Vergütung und – wie es jetzt heisst – ggf. die erfolgsunabhängige vertragliche Vergütung anzugeben, zu der der Rechtsanwalt ansonsten bereit wäre, den Auftrag zu übernehmen. Die voraussichtliche gesetzliche Vergütung hängt von vielen Eventualitäten ab, die zu Beginn des Auftragsverhältnisses nicht vorausgesagt werden können. Stichworte wie Hilfswiderrklage, Widerklage, Hilfsaufrechnung und Vergleich dürften ausreichend sein, um zu demonstrieren, wie unsinnig

diese Verpflichtung ist, die gleichzeitig grosse Rechtsunsicherheit mit sich bringt und dem vertragsuntreuen Auftraggeber unter Umständen die Möglichkeit eröffnet, im Nachhinein die Vergütungsvereinbarung anzugreifen. Auch eine zeitunabhängige Vergütung kann natürlich im voraus nicht sicher prognostiziert werden.

71. Begrüssenswert bzw. zumindest als einen Schritt in die richtige Richtung ist es zu bezeichnen, dass in Abs. 3 nicht mehr die Einschätzung der Erfolgsaussichten verlangt wird, sondern lediglich die Wiedergabe der wesentlichen Gründe, die für die Bemessung des Erfolgshonorars massgeblich waren. Auch hier wird allerdings die Rechtsprechung und Kommentierung noch herauszubilden haben, was hiermit eigentlich gemeint ist. Geht es um die wirtschaftlichen Verhältnisse, die bei verständiger Betrachtung die Parteien dazu gebracht haben, ein Erfolgshonorar abzuschliessen oder muss die Höhe des Erfolgshonorars nun doch mit einer Erfolgseinschätzung oder einer Risikoeinschätzung begründet werden. Gegen Letzteres spricht die auf Protest der Anwaltschaft vorgenommene Veränderung des Gesetzestextes.
72. In § 4 b befindet sich der überflüssige Hinweis auf die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung, die durch eine Gesetzesnovelle natürlich nicht ausser Kraft gesetzt werden können. Auch hier bleibt es bei der Kritik, dass man es nicht bei der Regelung der freiwilligen und vorbehaltlosen Zahlungen belassen hat. Auch hier wird auf die Kritik in den letzten Kammermitteilungen ausdrücklich Bezug genommen. Ansonsten entspricht die Formulierung dem bisherigen Gesetzestext, wonach der Rechtsanwalt aus einer Vergütungsvereinbarung, die nicht den Formvorschriften entspricht, eine höhere als die gesetzliche Vergütung nicht fordern kann. Ergänzend ist hinzuzufügen, dass nach der bisherigen Rechtsprechung zum derzeitigen Recht der Vergütungsvereinbarung sich der Rechtsanwalt auf Fehler nicht berufen kann, die er selbst herbeigeführt hat.

Beispiel:

Hat der Rechtsanwalt für den Fall des Misserfolgs zugesichert, keine Gebühren zu nehmen, kann er die gesetzlichen Gebühren beim Misserfolgseintritt nicht etwa mit der Begründung fordern, die Erfolgshonorarvereinbarung sei fehlerhaft von ihm gestaltet worden.

73. In den Gesetzesvorschlägen der Anwaltschaft war dies allerdings wesentlich klarer formuliert und es war insbesondere unterschieden worden, zwischen Fehlern, die dem Auftraggeber anzulasten waren und solchen, die dem Rechtsanwalt anzulasten wären.
74. Es bleibt abzuwarten, wie die Anwaltschaft und insbesondere die Gerichte mit den unübersehbaren Schwachstellen des Gesetzes umgehen werden.
75. Länder, die sich mit dem Gedanken tragen, Erfolgshonorare ebenfalls eingeschränkt oder völlig uneingeschränkt zuzulassen, sollten die Entwicklung in Deutschland vielleicht erst einmal abwarten. ■