

Berlin, August 2007  
39/07  
abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

**Stellungnahme  
des Deutschen Anwaltvereins  
zum Gesetzesvorhaben des Bundesministeriums der Justiz  
für eine Änderung des strikten Verbots  
der Vereinbarung eines Erfolgshonorars, § 49b Abs. 2 BRAO  
aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts,  
Beschluss vom 12. Dezember 2006 - 1 BvR 2576/04 (AnwBl 2007, 297)**

Verteiler:

siehe Deckblatt-Rückseite

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz  
Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages  
Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen im Deutschen Bundestag  
Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutschland  
Deutscher Steuerberaterverband e.V.  
Deutscher Notarverein e. V.  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Richterbund e. V.  
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins  
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende 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 Anwaltvereins  
Berufsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins  
Ausschuss RVG und Gerichtskosten des Deutschen Anwaltvereins

Presseverteiler:

Pressesprecher des Deutschen Anwaltvereins e.V.  
Anwaltsblatt/AnwBl  
Neue Juristische Wochenschrift/NJW  
Monatsschrift für Deutsches Recht/MDR  
Zeitschrift für die anwaltliche Praxis/ZAP  
Juristenzeitung/JZ  
Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen/BRAK-Mitteilungen

Diese Stellungnahme finden Sie auch auf der Internetseite des Deutschen Anwaltvereins unter: <http://www.anwaltverein.de/03/05/index.html>.

*Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 64.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.*

---

Diese Stellungnahme und der in ihr enthaltene Gesetzgebungsvorschlag nimmt eine klare Haltung zur Frage ein, ob und wie die Welt anwaltlicher Vergütung in Deutschland aussehen kann, wenn das bisher strikte Verbot eines Erfolgshonorars im anwaltlichen Mandatsverhältnis aufgehoben wird. Freiheit wollen alle – aber wenn Freiheit wirklich ausbricht, müssen Ängste bekämpft werden. Es besteht kein Zweifel, dass ein „Dammbruch“ auf dem Feld des Erfolgshonorars Gefahren mit sich bringen könnte. Dabei geht es nicht nur um die Sorge, „amerikanische“ Verhältnisse zu bekommen (wobei die Frage gestellt werden darf, ob wir in Deutschland wirklich realistische Vorstellungen davon haben). Es geht auch um die Gefahr, dass das gesamte Vergütungssystem ins Rutschen geraten könnte. Immerhin geht es um ein Vergütungssystem, welches zwar von einer Minderheit in der Anwaltschaft nicht benötigt wird, welches aber für eine große Mehrheit nicht nur anwaltliche Existenz sichert, sondern für viele Rechtssuchende den wirklichen Zugang zum Recht erst ermöglicht. Insofern ist die Sorge konkret und verständlich. Wer aber Freiheit will, muss mit ihr umgehen. Insofern hat die Anwaltschaft Übung. Der Baustein „Erfolgshonorar“ ist nichts anderes als ein weiteres, wenn auch gewichtiges Stück auf der langen Wegstrecke, die die „Bastille“-Entscheidungen des BVerfG vom 14.07.1987 (AnwBl 1987, 598 und AnwBl 1987, 603) eröffnet haben. Auch damals herrschte nach ihrem Bekanntwerden große Sorge um den Fortbestand des Anwaltsberufs bisheriger Prägung. Die Sorge erwies sich – wie wir heute wissen – im Wesentlichen als unbegründet: die Anwaltschaft hat gelernt, mit der Freiheit umzugehen, die diese Entscheidungen damals eröffnet haben. Diese Erfahrung berechtigt zur Zuversicht, dass es auch diesmal nicht anders sein werde. Die Anwaltschaft wird im Interesse ihrer Mandanten auch mit dem Werkzeug „Erfolgshonorar“ verantwortungsvoll umzugehen wissen. Im Bewusstsein dieses Geistes und dieser Zuversicht ist die vorliegende Stellungnahme zustande gekommen.

Diese Stellungnahme wird zum Ablauf des 17.08.2007 vorgelegt. Denn auf Grund der zeitlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts drängt die Zeit. Der DAV hat ein längeres Zögern im Hinblick hierauf nicht als vertretbar angesehen.

## **1. Vorbemerkung**

Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.12.2006 - 1 BvR 2576/04 - ergibt sich die Notwendigkeit, dass der Gesetzgeber spätestens bis zum 30.06.2008 eine verfassungsgemäße Neuregelung beim Verbot des anwaltlichen Erfolgshonorars vornimmt,

die entsprechend der Vorgaben des BVerfG zumindest dann Ausnahmen von dem strikten Verbot zulässt, „wenn der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trägt, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen“ (so das BVerfG in seiner Begründung unter B I 2 d) bb).

In Erwartung des seit längerer Zeit anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahrens hatte der DAV seinen „Berufsrechtsausschuss 2004“ damit betraut, Vorschläge für eine Reform der Bundesrechtsanwaltsordnung und auch für eine Neuregelung zum Verbot des Erfolgshonorars zu erarbeiten. Dieser Berufsrechtsausschuss 2004 des DAV hatte im Februar 2006 einen umfassenden Entwurf für eine Novellierung der BRAO nebst Begründung vorgelegt. Dort findet sich auch der Vorschlag Nr. 42 zu § 49b Abs. 2 BRAO für eine Neuregelung des Verbots des Erfolgshonorars (veröffentlicht im AnwBl 11/2006, 724, 728 und 739 f.). Diesen Vorschlag hatte der Vorstand des DAV im Rahmen der intensiven Beratungen zu den BRAO-Novellierungsvorschlägen im Juni 2006 mit großer Mehrheit gebilligt. Die BRAO-Änderungsvorschläge waren sodann im November an das Bundesministerium der Justiz, an alle Landes-Justizministerien bzw. Landes-Justizsenatoren und an einen weiten Kreis interessierter Institutionen und Einzelpersonen versandt sowie im Anwaltsblatt publiziert worden.

Nachdem (zeitlich danach) die Entscheidung des BVerfG vom 12.12.2006 im März 2007 bekannt geworden war, haben die Gremien des DAV sich erneut mit dieser Fragestellung befasst; dies geschah insbesondere unter dem Aspekt, dass das BVerfG überraschenderweise am Schluss seiner Entscheidung als eine dem Gesetzgeber offen stehende Option auch die Möglichkeit nannte, dem verfassungswidrigen Regelungsdefizit dadurch die Grundlage zu entziehen, dass das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare völlig aufgegeben oder an ihm nur noch unter engen Voraussetzungen, wie etwa im Fall unzulänglicher Aufklärung des Mandanten, festgehalten würde.

Unter diesem Gesichtspunkt hat der Berufsrechtsausschuss des DAV im Juni 2007 eine klarstellende Ergänzung des DAV-Vorschlags für § 49b Abs. 2 BRAO durch einen neuen Satz 1 beschlossen, der die grundsätzliche Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars zum Ausdruck bringt. Denn eine völlige Freigabe kann nicht befürwortet werden.

Parallel zu den Beratungen im Berufsrechtsausschuss hat eine Vorstandsarbeitsgruppe des DAV im Juni 2007 intensiv geprüft, ob der bis dato formulierte Standpunkt des DAV insoweit modifiziert werden sollte, als bestimmte Bereiche anwaltlicher Tätigkeit generell von der Zulässigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung ausgeschlossen werden sollten. Das Präsidium des DAV hat sich zuletzt am 07.07.07 mit dieser Fragestellung befasst.

Unter sorgfältiger Abwägung aller bisherigen Überlegungen schlägt der DAV den nachfolgend ausformulierten und begründeten Text für eine Gesetzesänderung vor. Es handelt sich um einen sehr knapp gefassten Vorschlag. Diese Form entspricht aber nicht nur den Erkenntnissen einer umfangreichen Befassung mit dem Thema, sondern auch dem erwähnten Postulat der Freiheit.

## 2. Gesetzesvorschlag des Deutschen Anwaltvereins

Auf Vorschlag des DAV soll § 49 b Abs. 2 BRAO wie folgt geändert werden:

***(1) Die Vereinbarung des Erfolgshonorars ist grundsätzlich unzulässig. (2) Im Einzelfall darf der Rechtsanwalt besonderen Umständen der ihm übertragenen Angelegenheit dadurch Rechnung tragen, dass er die Vergütung oder deren Höhe vom Ausgehen der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig macht (Erfolgshonorar). (3) Die Vergütung kann auch in einem Teil des erstrittenen Betrags bestehen (quota litis). (4) Das gilt insbesondere, wenn auf andere Weise kein Rechtsschutz erlangt werden kann. (5) Die Vereinbarung ist schriftlich zu treffen. (6) Der Auftraggeber ist darüber zu belehren, dass im Falle des Nichteintritts der vereinbarten Bedingungen die Verpflichtung zur Tragung der Auslagen, Gerichtskosten und gegnerischen Kosten unberührt bleibt. (7) Ein Erfolgshonorar im Sinne des Satzes 1 liegt nicht vor, wenn nur die Erhöhung von gesetzlichen Gebühren vereinbart wird.***

## 3. Begründung zum Gesetzesvorschlag des Deutschen Anwaltvereins

### a) Allgemeine Gesichtspunkte

Das BVerfG bewertet in seiner Entscheidung vom 12.12.2006 sowohl eine enge Ausnahmeregelung vom Verbot des Erfolgshonorars als auch eine weiter angelegte, vollständige Freigabe von Erfolgshonorarvereinbarungen als verfassungsrechtlich zulässige Wege einer Neuordnung und eröffnet dem Gesetzgeber damit einen weit reichenden Handlungsspielraum. Der DAV ist der Auffassung, dass eine eng begrenzte Ausnahmeregelung für die Zulässigkeit von Erfolgshonorarvereinbarungen gegenüber einer völligen Freigabe den Vorzug verdient.

Eine unbegrenzte Freigabe von Erfolgshonorarvereinbarungen hätte unübersehbare Folgen für das anwaltliche Vergütungssystem und das gesamte System der Kostenerstattung. Eine völlige Freigabe des Erfolgshonorars würde das Verbot der Unterschreitung der gesetzlichen Mindestgebühren im Prozessmandat zumindest unterhöheln, wenn nicht sogar ad absurdum führen. Außerdem wären erhebliche Verunsicherungen insbesondere bei Verbrauchern und Unternehmern zu befürchten. Eine vollständige Freigabe der Erfolgshonorarvereinbarung könnte dazu führen, dass Erfolgshonorare künftig Leitbildfunktion für die Vergütung anwaltlicher Dienstleistungen einnehmen. Wäre das Erfolgshonorar die Standardvergütung, würde sich zwangsläufig der Preis für anwaltliche Dienstleistungen gegenüber den bisherigen Maßstäben deutlich verteuern; das wäre zumindest in den Fällen zu erwarten, in denen ein vollständiger oder ein teilweiser Erfolg im Sinne der Interessenvertretung herbeigeführt würde.

Denn betriebswirtschaftlich wäre es unausweichlich, dass die erfolgreich zu Ende geführten Mandate die Honorarausfälle bei den erfolglosen oder erfolgsarmen Aufträgen mitfinanzieren müssten.

Der DAV spricht sich daher für eine eng begrenzte Freigabe der Zulässigkeit von Erfolgshonorarvereinbarungen aus. Dies drückt sich in dem vorgelegten Gesetzesvorschlag für § 49b Abs. 2 BRAO in Satz 1 aus. Damit soll klarstellend darauf hingewiesen werden, dass im Regelfall Erfolgshonorare keine zulässige Vergütungsform darstellen – sie müssen die Ausnahme bleiben.

Der DAV sieht einen Vorteil in der vorgeschlagenen Regelung darin, dass zum einen eine als Ausnahmetatbestand eng gefasste Neuregelung das Gebührenunterschreitungsverbot des § 49b Abs. 1 BRAO weitestgehend unangetastet lässt, während zum anderen die vorgeschlagene Formulierung den beteiligten Anwälten und Mandanten hinreichend Spielraum lässt, die unterschiedlichsten Konstellationen des Lebenssachverhaltes bei der Erwägung, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren, zu berücksichtigen. Dabei versteht der DAV die Zustimmung beider Vertragsbeteiligten zur Verabredung eines Erfolgshonorars als privatrechtliche Gewähr dafür, dass keiner der Beteiligten gegen seinen Willen in eine Erfolgshonorarvereinbarung gedrängt wird. Diese Schutzfunktion wird durch die vorgeschlagene Aufklärungs- und Informationspflicht seitens des Rechtsanwalts verstärkt.

Gegen die ursprüngliche Fassung des DAV-Änderungsvorschlags zu § 49b Abs. 2 BRAO (also ohne Satz 1) wurde eingewandt, dass die durch unbestimmte Rechtsbegriffe gekennzeichnete Regelung die Gefahr in sich berge, dass Erfolgshonorarvereinbarungen künftig ins Uferlose schießen würden. Allerdings konnte man eine solche Prognose durchaus bezweifeln. Dieses Bedenken will der DAV vorsorglich durch den klarstellenden Satz 1 dahin ausräumen, dass im Grundsatz das Erfolgshonorar nicht zulässig ist und die ausnahmsweise Vereinbarung sich den engeren, schärferen Auslegungsregelungen für Ausnahmeregelungen stellen muss.

## **b) Begründung im Einzelnen**

- Satz 1 stellt klar: Erfolgshonorare sind grundsätzlich weiterhin berufsrechtlich unzulässig. Damit unterliegen die Regelungen der folgenden Ausnahmeregelung den engeren Auslegungskriterien für Ausnahmetatbestände.
- Satz 2 gewährt als Ausnahmeregelung die berufsrechtliche Zulässigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung, aber nur „im Einzelfall“ und auch nur „unter Berücksichtigung der besonderen Umstände der dem Anwalt übertragenen Angelegenheit“ und definiert – wie schon die bisherige Gesetzesfassung – das Erfolgshonorar.
- Satz 3 greift eine Vorgabe der Entscheidung des BVerfG auf und stellt die quota litis den sonstigen Formen des Erfolgshonorars gleich. Es sind keine überzeugenden Gründe er-

kennbar, warum die quota litis als besondere Form des Erfolgshonorars einer besonderen Sanktion unterliegen sollte.

- Satz 4 greift ebenfalls eine spezielle Vorgabe des BVerfG auf, in dem als Beispielsfall für die Zulässigkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung die Situation genannt wird, bei der der Mandant ohne Erfolgsvereinbarung keinen Rechtsschutz mittels Unterstützung durch einen Anwalt erlangen könnte. Die Formulierung deckt sich inhaltlich mit der Vorgabe des Verfassungsgerichts („Unangemessen ist das Verbot nach § 49b Abs. 2 BRAO jedoch insoweit, als es keine Ausnahmen zulässt und damit selbst dann zu beachten ist, wenn der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trägt, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen.“).
- Satz 5 greift ebenfalls eine Vorgabe des BVerfG auf. Er hat Schutzfunktion sowohl für den Mandanten als auch den Rechtsanwalt. Da Erfolgshonorarvereinbarungen auch bei Beratungsmandaten denkbar sind und in solchen Mandaten es mangels gesetzlicher Gebühr grundsätzlich keine Formvorschriften nach § 4 Abs. 1 RVG gibt, ist die Formulierung einer Formvorschrift an dieser Stelle auch erforderlich.
- Satz 6 statuiert die sinnvolle und zweckmäßige Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Belehrung seines Auftraggebers. Die Formulierung deckt sich im Wesentlichen mit anderen derzeit vorliegenden Vorschlägen zur Neuformulierung beim Erfolgshonorar. Die Belehrungspflicht dient zum einen dem Schutz des Auftraggebers und ist zum anderen auch ein Element, die Vertrauensbasis zwischen Auftraggeber und Rechtsanwalt zu vertiefen bzw. zu erhalten.
- Satz 7 entspricht der bisher schon geltenden Regelung des § 49b Abs. 2 Satz 2 BRAO.

#### **4. Alternativen**

##### **a) Ausnahmekatalog**

Als Alternative zu dieser kompakten Neuregelung böte sich eine detaillierte Formulierung mit einem Ausnahmekatalog an. Dort könnten insbesondere die vielfältig erörterten Bedenken in Form eines Ausschlusskataloges formuliert werden, der bestimmte Tätigkeits- oder Rechtsbereiche von der begrenzten Freigabe für Erfolgshonorarvereinbarungen wieder ausschließt.

In der Anwaltschaft werden einige Tätigkeitsbereiche diskutiert, die sich für die Vereinbarung eines Erfolgshonorars generell nicht eignen sollen und die sich im Wesentlichen im Familienrecht, im Strafrecht, aber auch in Bereichen des Verwaltungs- und des Sozialrechts finden. Tragender Aspekt für die Bedenken gegen eine auch ausnahmsweise Zulassung von Erfolgshonorarvereinbarungen ist der Schutz von wichtigen Rechtsgütern, deren Sicherstellung nicht von den erfolgsabhängigen Verdienstmöglichkeiten des Rechtsberaters abhängig sein

soll. Zu denken ist hier an Fallkonstellationen, bei denen es um das Kindeswohl geht oder strafrechtliche Mandate im Zusammenhang mit Untersuchungshaft des Mandanten. Auch betreuungsrechtliche Fälle passen in dieser Kategorie.

Der DAV spricht sich gegen einen solchen in das Gesetz aufzunehmenden Ausnahmekatalog von Fallkonstellationen aus, bei denen eine Erfolgshonorarvergütung auch ausnahmsweise nicht zulässig sein sollte. Denn gegen eine solche Lösung sprechen folgende Argumente:

- Zum einen gelingt es fast nie, einzelfallbezogene Sonderregelungen abschließend und vollständig zusammenzustellen und damit die Vielfalt der Lebenswirklichkeit einzufangen. Sie tragen den ständigen Makel der Unvollständigkeit in sich, die ihrerseits eine Kette von Auslegungs- und Bewertungsfragen nach sich ziehen.
- Da sich zum anderen bei Einzelfallkatalogen Gerichte mit der Einordnung des konkreten Streitfalles beschäftigen müssen, zeigen sich dort immer zwei diametral gegenüberliegende Auslegungsprinzipien: Einerseits wird argumentiert, die konkrete Fallkonstellation sei von dem Ausnahmekatalog nicht erfasst, es handele sich um ein planwidrige Lücke und man könne mit einer Analogie arbeiten. Andererseits wird genau im Gegenteil gesagt, der Gesetzgeber habe diese oder jene Fallkonstellation sicherlich im Auge gehabt und ganz bewusst nicht aufgenommen, so dass keine Analogie möglich sei.

Der in der Erarbeitung von Einzelfallkatalogen zum Ausdruck kommende gute Wille bewirkt genau das Gegenteil des Erstrebt: unter der Decke der Auslegungsstreitigkeiten wuchert die Gefahr viel stärker als bei einer offenen Lösung. Angesichts dieser unbefriedigenden Situation hält der DAV es für besser darauf zu verzichten, einen Ausnahmekatalog zu normieren.

## **b) Regelung im RVG**

Eine denkbare Regelungsalternative wäre, es in der berufsrechtlichen Grundnorm des § 49b BRAO bei dem grundsätzlichen Verbot des Erfolgshonorars zu belassen mit dem Hinweis, dass dieses nur gelte, wenn ausnahmsweise keine abweichenden Sonderregelungen im Gebührenrecht enthalten sind. Eine abweichende Sonderregelung könnte dann im Umfeld von § 4 RVG angesiedelt werden. Inhaltlich und materiell könnte eine solche Regelung im RVG dem Vorschlag des DAV durchaus entsprechen.

Dennoch lehnt der DAV eine solche Lösung ab. Gegen diese Alternative spricht, dass die Regelung aufgeteilt und an zwei verschiedenen Stellen im Berufsrecht und im Gebührenrecht angesiedelt und damit unübersichtlich wird. Eine abschließende Regelung muss in einem Gesetz einheitlich zu finden sein. Ohnehin ist kein zwingender Grund ersichtlich, warum bei einer so wichtigen Frage wie dem Erfolgshonorar der bisherige im Berufsrecht angelegte Standort aufgegeben werden sollte.

## 5. Zusammenfassung

Der DAV schlägt vor, eine Neuregelung der Zulässigkeit des Erfolgshonorars für Rechtsanwälte in Form einer eng begrenzten Ausnahmeregelung vorzunehmen. Der Textvorschlag hierzu ist unter der obigen Ziffer 2 formuliert.

- Die neue Regelung sollte am bisherigen Standort in § 49b Abs. 2 BRAO angesiedelt sein.
- Die neue Regelung formuliert klarstellend die grundsätzliche Unzulässigkeit des Erfolgshonorars.
- Die anschließende Ausnahmeregelung deckt sich mit den Vorgaben, die die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.12.2006 gegeben hat.
- Der Regelungsvorschlag des DAV ist als abstrakt-generelle Norm kompakt ausgestaltet. Sie stützt sich auf wenige Tatbestandsmerkmale, die von der Rechtsprechung bereits seit langem konturiert sind.
- Der Vorschlag sieht davon ab, Sonderbereiche zu definieren, bei denen Erfolgshonorarvereinbarungen auch ausnahmsweise unzulässig bleiben sollen.
- Der DAV-Vorschlag sieht die obligatorische Schriftform für Erfolgshonorarvereinbarungen sowie eine Aufklärungspflicht des Anwalts gegenüber dem Auftraggeber vor.