



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER



Deutscher **Anwalt** Verein

## Stellungnahme Nr. 34/2012 Juni 2012

## Stellungnahme Nr. 55/2012

### Referentenentwurf für ein Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts

#### Gemeinsame Stellungnahme Deutscher Anwaltverein und Bundesrechtsanwaltskammer

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Deutscher Bundestag, Rechtsausschuss, Berlin  
Deutscher Bundestag, Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen, Berlin  
Bundesrat, Berlin  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Bundesverband der Freien Berufe  
Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.  
Deutscher Juristinnenbund  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund  
Neue Richtervereinigung e.V.  
Bund Deutscher Rechtspfleger  
Patentanwaltskammer  
Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.  
Rechtsanwaltskammern  
Vorstand und 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 Forums Junge Anwaltschaft des Deutschen Anwaltvereins  
Ausschuss RVG und Gerichtskosten des Deutschen Anwaltvereins  
Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins  
Redaktion Anwaltsblatt/AnwBl  
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift/NJW  
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht/MDR

Redaktion Zeitschrift für die anwaltliche Praxis/ZAP  
Redaktion Juristenzeitung/JZ  
Redaktion Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen/BRAK-Mitteilungen  
Redaktion Legal Tribune Online  
Redaktion Juve Rechtsmarkt  
Redaktion Anwaltsgebühren spezial/AGS, Bonn  
Redaktion Honorarbrief für Rechtsanwälte/HRA, Köln  
Redaktion Juristisches Büro/JurBüro, Neuwied  
Redaktion RVG professionell, Nordkirchen  
Redaktion RVGreport, Münster  
Redaktion DRiZ  
Redaktion ZKM mediations-report  
Redaktion FAZ  
Redaktion Süddeutsche Zeitung  
Redaktion Die Welt  
Redaktion taz  
Redaktion FTD  
Redaktion Handelsblatt  
Redaktion dpa  
Redaktion Spiegel  
Redaktion Focus  
Redaktion Betriebsberater  
online-Redaktionen Beck, Jurion, Juris, Lexisnexis, OVS

## 1. Einleitung

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) und Deutscher Anwaltverein (DAV) bedanken sich für die Gelegenheit, zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts Stellung zu nehmen.

DAV und BRAK stehen dem grundsätzlichen Anliegen des Referentenentwurfs, die Prozess- und Verfahrenskostenhilfe sowie die Beratungshilfe effizienter zu gestalten und dem Anliegen der Länder, die Ausgaben für Prozesskosten- und Beratungshilfe auf Einsparmöglichkeiten zu untersuchen, positiv gegenüber. Einsparpotentiale dürfen jedoch nicht zu Lasten des rechtsuchenden bedürftigen Bürgers gehen. Der Gesetzentwurf weist richtig darauf hin, dass der Zugang zum Recht für alle Bürger unabhängig von Vermögen und Einkommen nicht beeinträchtigt werden darf.

Vor diesem Hintergrund stehen BRAK und DAV insbesondere den Vorschlägen zur Änderung der Vorschriften zur Beiordnung von Rechtsanwälten in Scheidungssachen, der Nichtberücksichtigung des Vorliegens der Prozesskosten- und Beratungshilfenvoraussetzungen bei den Kriterien für die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars sowie der vorgesehenen Möglichkeit, eine pro-bono-Beratung statt Beratungshilfe in Anspruch zu nehmen, sehr kritisch gegenüber.

Zu den einzelnen Vorschlägen des Gesetzentwurfs wird wie folgt Stellung genommen:

## 2. Änderung des Prozesskostenhilferechts (Artikel 1)

### 2.1 Korrektur der Bewilligungsvoraussetzungen

#### 2.1.1 Definition des Merkmals der Mutwilligkeit (§ 114 Absatz 2 ZPO-E)

Der Gesetzentwurf sieht in § 114 Abs. 2 ZPO-E die Definition des Merkmals der Mutwilligkeit vor. DAV und BRAK äußern Verständnis, dass in dem Gesetzentwurf nach Wegen gesucht wird, den Gerichten noch wirksamere Mittel gegen die missbräuchliche Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe an die Hand zu geben. Ausgangspunkt der diesbezüglichen Überlegungen ist die Rechtsprechung des BVerfG, wonach einer bedürftigen Partei nur ein Handeln zu ermöglichen ist, zu dem sich auch eine die Prozessaussichten und das Prozessrisiko vernünftigerweise abwägende vermögende Partei entschließen würde (vgl. BVerfGE 81, 347, 357).

Nach heute herrschender Ansicht ist eine Rechtsverfolgung mutwillig, wenn eine verständige, nicht hilfsbedürftige Partei ihre Rechte nicht in gleicher Weise verfolgen würde (*Zöller/Geimer*, § 114 Rn. 30). Diese Definition wird nunmehr durch § 114 Abs. 2 ZPO-E verschärft, indem eine Mutwilligkeit nicht nur dann angenommen werden kann, wenn eine materielle Berechtigung vorliegt, die Durchsetzung des Rechts aber erkennbar aussichtslos ist, sondern schon dann, wenn durchaus Erfolgsaussichten und ein rechtliches Interesse für die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung bestehen, diese aber bei verständiger Würdigung aller Umstände als unverhältnismäßig anzusehen wäre. Damit wird der Begriff der Mutwilligkeit noch mehr in eine reine Ermessensentscheidung des Gerichts verlagert, als dies bisher der Fall ist. Es erscheint deshalb fraglich, ob diese Definition der Mutwilligkeit den vom BVerfG gezogenen Grenzen gerecht wird. Keinesfalls darf die Regelung dazu führen, dass die grundrechtlich geregelte Rechtsschutzgarantie auf ein verfassungsmäßiges Mindestmaß herabgeschraubt wird.

Aus Sicht von DAV und BRAK erscheint der in § 114 Abs. 2 ZPO-E enthaltene Vorschlag bedenklich, da er keine ausreichenden Kriterien für die vorzunehmende Abwägung an die Hand gibt. Weitere und neue Auslegungsprobleme sind zu erwarten, weil die Maßstäbe weiterhin auf wertungsabhängigen

Leerformeln gründen: Wann ein „verständiger Selbstzahler“ auf anwaltliche Vertretung in einem Gerichtsverfahren verzichten würde, ist eine höchst unsichere Erkenntnisgrundlage angesichts der Vielfalt menschlicher Motivation zur Konfliktbereitschaft und angesichts der höchst unterschiedlichen Bewertungen von wirtschaftlich relevanten Entscheidungen; zumal die für Laien völlig unsichere Prognose der Erfolgsaussichten ein ganz entscheidender Faktor für die Entscheidung der Mandatierung sein dürfte.

Insbesondere darf eine Neuregelung nicht dazu führen, dass die Durchsetzung von Bagatellforderungen oder eine Geltendmachung von Forderungen aufgrund einer Prognose über die Erfolgsaussichten einer nachfolgenden Zwangsvollstreckung ausgeschlossen wird, da auch die Durchsetzung von zunächst zweifelhaft aussehenden Forderungen für den Betroffenen von erheblicher Bedeutung sein kann (z.B. für den auf Elternunterhalt in Anspruch Genommenen, der die Unbilligkeit seiner Inanspruchnahme nach § 1611 BGB durch die erfolglosen Bemühungen, seinen eigenen Unterhaltsanspruch durchzusetzen, dokumentieren kann und in der Praxis i.d.R. auch muss).

### **2.1.2 Absenkung der Freibeträge (§ 115 ZPO-E)**

Die Absenkung des Freibetrags für Erwerbstätige und des Freibetrags für den Ehe- bzw. Lebenspartner sind in erster Linie eine sozialpolitische Entscheidung. Der im Gesetzentwurf vorgesehene Neubestimmung des einzusetzenden Einkommens durch § 115 ZPO-E kann daher grundsätzlich zugestimmt werden. Auch nach den vorgeschlagenen Änderungen ist aber sicherzustellen, dass die Sicherung des Existenzminimums der bedürftigen Partei als Prinzip des sozialen Rechtsstaats und des Gleichheitssatzes nicht gefährdet wird (BVerfGE 78, 104, 117 ff.).

Bei einer Absenkung des Freibetrags für Erwerbstätige ist allerdings zu berücksichtigen, dass dieser derzeit einen teilweisen Ausgleich für die in den letzten Jahren erheblich gestiegenen Fahrtkosten von Erwerbstätigen darstellt. Die zur Berechnung anzuwendende VO zur Durchführung des § 82 SGB XII wurde zuletzt 2005 geändert, so dass sie die Fahrtkosten nicht mehr angemessen berücksichtigt. Bei einer Absenkung der Freibeträge wäre daher sicherzustellen, dass auch die zur Ausübung der Erwerbstätigkeit erforderlichen Kosten hinreichend berücksichtigt werden. Insbesondere in Flächenländern stellen diese einen erheblichen Kostenfaktor dar, da die Betroffenen gerade dort häufig nicht auf öffentliche Verkehrsmittel zurückgreifen können.

Ferner ist bei der vorgesehenen Absenkung der Freibeträge sicherzustellen, dass ein sozialhilferechtlicher Mehrbedarf auch bei der Berechnung des zur Verfügung stehenden Einkommens unberücksichtigt bleiben muss. Insoweit kann offen bleiben, ob dies rechtstechnisch dadurch geschieht, dass SGB II-Leistungen kein Einkommen darstellen oder ob einem sozialhilferechtlichen Mehrbedarf ein entsprechender Freibetrag im PKH-Recht gegenübersteht. Für das seit April 2005 geltende Recht hat der BGH auf Grund der seinerzeit vorgenommenen Gesetzesänderung entschieden, dass SGB II-Leistungen Einkommen darstellen (BGH Beschl. v. 05.05.2010 – XII ZB 65/10 – Rn. 13 m. w. N.). Ihnen steht anders als durch den früheren Verweis im § 115 ZPO auf § 76 Abs. 2a BSHG nunmehr kein entsprechender Freibetrag mehr gegenüber (BGH a.a.O., Rn. 25ff.).

Wenn nunmehr angedacht wird, die pauschale Erhöhung der Grundfreibeträge um einen „Sicherheitsabschlag“ teilweise zurückzunehmen, muss zugleich durch die Freistellung der sozialhilferechtlichen Mehrbedarfspositionen sichergestellt werden, dass im Sozialrecht und im PKH-Recht in gleicher Weise das Existenzminimum unangetastet bleibt. Dazu gehören nicht nur der Mehrbedarf für Alleinerziehende nach § 21 Abs. 3 SGB II und die entsprechenden Mehrbedarfe in § 30 SGB XII, sondern auch sonstige, im Sozialrecht gewährte Mehrbedarfspositionen, z.B. solche für Schwerbeschädigte. Hierbei handelt es sich um Sozialleistungen, die der Sicherung des

Existenzminimums dienen. Es ist daher nicht nachvollziehbar, wenn diese zwar im Sozialrecht, nicht aber im Rahmen der PKH Berücksichtigung finden.

## **2.2 Verstärkung der Eigenbeteiligung der Partei**

### **2.2.1 Anhebung der Ratenobergrenze (§ 115 Absatz 2 ZPO-E) und Verlängerung des Überprüfungszeitraums**

BRAK und DAV stimmen dem Vorschlag, die Ratenobergrenze von 48 Monatsraten auf 72 Monatsraten anzuheben, zu (§ 115 Abs. 2 ZPO-E). Es wird ausdrücklich begrüßt, dass das Gesetz weiterhin eine Ratenobergrenze vorsieht und nicht, wie die Entwürfe des Bundesrates aus den Jahren 2006 und 2010, eine gänzliche Aufhebung der Monatsratenobergrenze vorschlägt.

Es sollte allerdings eine gesetzgeberische Klarstellung erfolgen, ob bei der 6-Jahresfrist die sog. „Null-Monate“ (in denen keine Raten zu zahlen sind) zu berücksichtigen sind und ob diese in den Zeitraum von 6 Jahren mit eingerechnet werden sollen. Für den Fall dass noch kurz vor Ablauf der Überprüfungsfrist eine Ratenzahlung von 72 Monaten angeordnet werden kann, würde dies dazu führen, dass ggf. bis zu 12 Jahre nach dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens oder dessen sonstiger Beendigung Raten zu zahlen sind.

Zudem ist eine Regelung aufzunehmen, wonach es sich bei dem Überprüfungsverfahren um ein Abänderungsverfahren handelt mit der Folge, dass sich das Gericht unmittelbar an die Partei wendet und den beigeordneten Rechtsanwalt nur informiert, sofern dieser nicht von der Partei für das Abänderungsverfahren mandatiert wird. Mit der jetzt vorgesehenen Frist von 6 Jahren wird die Frist zur Aufbewahrung der Handakten durch den Rechtsanwalt von 5 Jahren um ein Jahr überschritten. Nachdem nunmehr aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des BGH (u.a. Beschluss vom 8.12.2010 - XII ZB 148/10 und Beschluss vom 08.09.2011 – VII ZB 63/10 –) auch nach Beendigung der Instanz bzw. des Hauptsacheverfahrens Zustellungen im Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren an den Prozessbevollmächtigten erfolgen müssen, ist eine derartige Klarstellung erforderlich. Dies ist zudem gerechtfertigt, da das Gericht nach § 120a Abs. 2 S. 1 ZPO-E über Anschriftenänderungen der Partei informiert wird.

Zu begrüßen ist, dass gemäß § 120 Absatz 3 Nr. 1 ZPO-E die Einstellung der Ratenzahlungen in Zukunft erst dann verfügt werden soll, wenn die voraussichtlich entstehenden Kosten gedeckt sind. Nach derzeitiger Rechtslage ist die vorläufige Einstellung der Zahlungen bereits dann zu bestimmen, wenn die gezahlten Raten die bisher angefallenen Kosten abdecken. Künftige noch nicht zur Zahlung fällige Kosten sind dabei nicht zu berücksichtigen.

### **2.2.2 Einsatz des Erlangten (§ 120a Absatz 3 ZPO-E)**

Gem. § 120a Abs. 3 ZPO-E kann eine wesentliche Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse insbesondere dadurch eintreten, dass die Partei durch die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung etwas erlangt hat. Durch die Neuregelung beabsichtigt der Gesetzgeber, einen effektiveren Zugriff auf die Vermögenswerte zu eröffnen, welche die bedürftige Partei aus dem mit der Prozesskostenhilfe finanzierten Rechtsstreit erlangt.

Unter Berücksichtigung des allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatzes, dass die bedürftige Partei durch die Gewährung der Prozesskostenhilfe im Ergebnis nicht besser aber auch nicht schlechter gestellt werden soll als die vermögende Partei, erscheint die Abschöpfung des durch die Prozessführung erlangten Vermögensvorteils vom Grundsatz her sachgerecht. Verfassungsrechtlich geboten ist lediglich, dass der nicht vermögenden Partei die Prozessführung als solche nicht

unmöglich gemacht wird. Dies ist jedoch nach wie vor auch durch die vorgeschlagenen Änderungen sichergestellt.

Auch nach jetziger Rechtslage kann der Prozess Erfolg der bedürftigen Partei zu einer Verbesserung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse führen. Dies kann entweder zu einer Erhöhung der von ihr zu zahlenden Raten nach Maßgabe des § 120 Absatz 4 ZPO oder sogar zur vollen Erstattung der im Prozess angefallenen Gerichts- und Anwaltskosten führen.

Allerdings führt die Abschöpfung des Erlangten dazu, dass sich für jede Prozesskostenhilfe beantragende Partei die Frage nach der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit ihrer Rechtsverfolgung stellen wird. Muss sie nämlich damit rechnen, auf Grund unklarer Beweislage möglicherweise nur zu einem Teil zu obsiegen, würden sich für diese Partei ernsthafte Zweifel ergeben, ob der in Rede stehende Prozess überhaupt geführt werden soll, weil sie damit rechnen muss, dass ein etwaiger Prozess Erfolg nicht zu einer Verbesserung ihrer eigenen wirtschaftlichen Situation führen wird, da das durch die Prozessführung Erlangte im Falle eines teilweisen Obsiegens vorrangig an die Staatskasse abzuführen ist.

Darüber hinaus könnte für die Prozessführung selbst ein negatives Signal von der Regelung in § 120 a ZPO-E ausgehen. Soweit sich nämlich in einem Verfahren die Frage nach dem Abschluss eines Vergleiches stellt, wird der beigeordnete Rechtsanwalt die Partei darauf hinweisen müssen, dass ein etwaiger Prozess Erfolg bei teilweisem Obsiegen zunächst einmal dazu führt, dass das Erlangte zur Abdeckung der angefallenen Prozesskosten an die Staatskasse abzuführen sein könnte. Dementsprechend ist damit zu rechnen, dass die Vergleichsbereitschaft einer Partei, der Prozesskostenhilfe bewilligt wird, erheblich sinken wird, weil sie darauf hoffen wird, im Falle eines vollständigen Obsiegens nicht mit etwaigen Prozesskosten belastet zu werden.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass das durch die Prozessführung Erlangte keineswegs in allen Fällen abgeschöpft werden kann. So macht es beispielsweise wenig Sinn, in einem Unterhaltsverfahren den erstrittenen Unterhaltsbetrag einzuziehen, wenn dieser nicht einmal ausreichend ist, um das Existenzminimum zu sichern. Insbesondere bezüglich der Behandlung von wiederkehrenden Leistungen wie Unterhaltsrenten fehlt der Regelung in § 120 a ZPO-E darüber hinaus auch jegliche zeitliche Abgrenzung.

Bedenkt man zusätzlich, dass nach eigenen Ausführungen des Gesetzentwurfes ca. 72 % der Bewilligungen von Prozesskostenhilfe im Rahmen von familienrechtlichen Verfahren erfolgen, dürfte der Anwendungsbereich des § 120 a Abs. 3 ZPO-E sehr begrenzt sein. In den Familiensachen wird die Prozesskostenhilfe häufig für das Scheidungsverfahren oder für die Führung sorgerechter Verfahren bewilligt. Hier kann § 120 a Abs. 3 ZPO-E ohnehin nicht zum Tragen kommen. Im Familienrecht findet im Übrigen regelmäßig keine Kostenerstattung statt, die Erstattung an die Staatskasse ginge also voll zu Lasten des erstrittenen Betrages. Das trifft zwar auch für die zahlungskräftige Partei zu, für die notleidende Partei ist es aber eine deutlich größere Belastung, wenn der rückständige Unterhalt bzw. der Zugewinnausgleich ganz oder teilweise an die Staatskasse geht.

### **2.2.3 Pflicht zur Verwendung von Formularen (§ 120a Absatz 4 ZPO-E)**

§ 120a Abs. 4 ZPO-E sieht für die Erklärung über die Änderung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse eine Pflicht zu Verwendung des nach § 117 Abs. 4 ZPO-E eingeführten Formulars vor.

Es wird zum einen angeregt, das Formular für den Antragsteller verständlicher zu formulieren. Zudem ist das Formular, das im Zeitpunkt der Antragstellung verwendet wurde, im Überprüfungsverfahren

nicht maßgebend, weil es - anders als im Antragsverfahren - bei der Überprüfung keine Prozesskostenvorschusspflicht des früheren Ehegatten gibt und auch ein Prozesskostenvorschussanspruch gegen einen neuen Ehegatten für ein bereits abgeschlossenes gerichtliches Verfahren ausscheidet.

Zudem erscheint die Geltung des § 118 Absatz 4 ZPO-E für das Überprüfungsverfahren zu bürokratisch. Wenn sich in den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Partei keine Änderungen ergeben haben, sollte es ausreichen, dieses mitzuteilen.

#### **2.2.4 Definition der Wesentlichkeitsgrenze (§ 120a Absatz 2 ZPO-E)**

Zu begrüßen ist auch, dass § 120a Abs. 2 Satz 2 ZPO-E nunmehr die Wesentlichkeitsgrenze für eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse gesetzlich definiert. Da wesentliche Einkommensänderungen nach dem Reformentwurf gemäß § 120a Absatz 2 Satz 1 ZPO-E zu einer Mitteilungspflicht der bedürftigen Partei führen, müssen die Kriterien dieser Regelung einfach handhabbar sein. Diese Voraussetzung ist durch die gesetzliche Definition der wesentlichen Einkommensänderung erfüllt.

DAV und BRAK regen in diesem Zusammenhang aber an, dass eine gesetzliche Klarstellung erfolgt, dass die Einkommensdifferenz pro Jahr durchschnittlich 100 Euro brutto monatlich beträgt. Mit einer solchen Klarstellung wären auch etwaige Sonderzahlungen erfasst, ohne dass es dafür einer eigenen Regelung bedürfte.

### **2.3 Optimierung des Verfahrens**

#### **2.3.1 Übertragung auf den Rechtspfleger (Artikel 3, § 20 Nr. 4a RPfIG-E)**

Gegen die Übertragung der Überprüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Verhältnisse auf den Rechtspfleger (§ 20 Nr. 4a RPfIG-E) bestehen seitens DAV und BRAK keine Bedenken. Der Vorschlag würde zu einer nicht unerheblichen Entlastung der Richter führen. Allerdings ist zu befürchten, dass sich die Verfahrensdauer angesichts der Überlastung der Rechtspfleger erheblich verlängern wird. Es sollte daher eine Personalaufstockung erfolgen.

#### **2.3.2 Stellungnahme des Gegners zu den Voraussetzungen der PKH-Gewährung (§ 118 Absatz 1 ZPO-E)**

Soweit in § 118 Absatz 1 Satz 1 ZPO-E nunmehr ausdrücklich angeordnet werden soll, dass dem Gegner Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Frage zu gewähren ist, ob die vom Antragsteller beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und ob und inwieweit die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse eine Bewilligung der Prozesskostenhilfe rechtfertigen, ist es zweifelhaft, ob dies den vom Gesetzgeber gewünschten Erfolg bewirken kann. Soweit nach den Informationen des Prozessgegners Zweifel daran bestehen, ob der Prozesskostenhilfe Beantragende nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen Anspruch auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe hat, wird der Prozessgegner bereits aus eigenem Interesse hierzu seine diesbezüglichen Zweifel darlegen. Das ist bereits in der Vergangenheit praktisch so gehandhabt worden, ohne dass es hierzu einer besonderen gesetzlichen Regelung bedurfte.

Eine ausdrücklich gesetzlich geregelte Gelegenheit zur Stellungnahme für den Antragsgegner zu den persönlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen des Antragstellers ist darüber hinaus bedenklich. Allein durch die Gesetzesbegründung kommt zum Ausdruck, dass der Antragsgegner entsprechend der Regelung in § 117 Abs. 2 S. 2 ZPO Einsicht in die Erklärung zu den persönlichen und

wirtschaftlichen Verhältnissen nebst Belegen nur erhalten soll, wenn er einen materiell-rechtlichen Anspruch auf eine derartige Auskunft hätte. Dementsprechend wäre der Antragsgegner in der Mehrzahl der Fälle „aufgefordert“, ins Blaue hinein dazu Stellung zu nehmen, was er als Angabe des Antragstellers vermutet. Da der Antragsgegner kein Interesse daran hat, dass der Antragsteller Prozesskostenhilfe für ein Verfahren gegen ihn erhält, ist er zugleich versucht, Angaben über angebliches Einkommen und Vermögen zu machen, damit allein die Aufklärung seiner Behauptungen zumindest zu einer Verzögerung des Verfahrens führt und ihm Zeit verschafft. Es ist daher zu befürchten, dass der Antragsgegner – welcher ein Interesse an der Nichtbewilligung der PKH hat – durch die Neuregelung die Gelegenheit bekommt, das Verfahren in erheblichem Maße zu verzögern.

### **2.3.3 Einholen von Auskünften durch das Gericht (§ 118 Absatz 2 Satz 3 ZPO-E)**

Soweit dem Gericht nach dem Reformentwurf nunmehr die Möglichkeit eingeräumt werden soll, zur Klärung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse eigene Auskünfte mit Einwilligung der Antrag stellenden Partei einzuholen, ist dies grundsätzlich zu begrüßen, dürfte jedoch im Ergebnis zu keiner echten Verbesserung gegenüber dem derzeitigen Zustand führen. Soweit eine Partei eigenes Einkommen verschleiern will, handelt es sich hierbei in der Regel um nicht versteuerte Einnahmen, die weder beim Arbeitgeber, dem Sozialleistungsträger noch beim zuständigen Finanzamt erfasst werden.

### **2.3.4 Termin zur Erörterung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragstellers (§ 118 Absatz 2 Satz 2 ZPO-E)**

Diese Verfahrensänderung wird abgelehnt. Sie schafft erhöhten Aufwand für die Justiz und sorgt für eine Verzögerung des Bewilligungsverfahrens.

BRAK und DAV halten einen Termin allein zur Erörterung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragstellers zudem für überflüssig. Etwaige Fragen können auch schriftlich geklärt werden. Außerdem würden sich in der Praxis zahlreiche Probleme mit dem Ausfüllen des Fragebogens, die gegenwärtig von der Anwaltschaft aufgefangen werden, nicht auf tun, wenn die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse für die Antragsteller besser verständlich und leichter handhabbar wäre.

Sollte der Gesetzgeber dennoch die Möglichkeit eines Erörterungstermins schaffen, müsste, um den Zugang zum Recht sicherzustellen, geregelt werden, dass dem Antragsteller vorab die Fahrtkosten vorzuschießen oder entsprechende Fahrtbelege zu übersenden sind. Gerade in Flächenbundesländern kann die Anreise zu einem Erörterungstermin für den Antragsteller unüberwindliche Kostenhindernisse schaffen, da er die Fahrtkosten nicht aus eigenen Mitteln aufbringen kann. Zudem stellt sich für Bürger in der Fläche zunehmend die Frage, mit welchem Zeitaufwand diese ihr zuständiges Gericht überhaupt mit öffentlichen Verkehrsmitteln erreichen können. Aufgrund der – zum Teil beabsichtigten – zahlreichen Standortschließungen von Gerichten sind die Entfernungen, die der Bürger zurücklegen muss, größer geworden.

Schließlich ist zu bedenken, dass durch einen vorgeschalteten Erörterungstermin verjährungsrechtliche Auswirkungen entstehen, wenn das Gericht den Antrag auf Bewilligung von PKH nicht bekanntgibt, sondern zunächst nur intern mit dem Antragsteller kommuniziert und zudem auf Seiten des Antragsgegners die Besorgnis der Befangenheit des Gerichts entstehen kann, wenn das Gericht bereits einen Erörterungstermin mit dem Antragsteller durchgeführt hat und diesem danach PKH bewilligt wurde.

Da BRAK und DAV die Notwendigkeit eines Erörterungstermins ablehnen, kann der Ablehnungsgrund wegen unentschuldigtem Nichterscheins zum Termin auf eine Ladung nach Absatz 2 Satz 2 gestrichen werden.

### **2.3.5 Vernehmung von Zeugen zur Überprüfung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragstellers (§ 118 Absatz 4 ZPO-E)**

Die Regelung wird abgelehnt. Sie ist unzweckmäßig und verzögert das Bewilligungsverfahren, ohne dass mit zusätzlichen Erkenntnissen zu rechnen wäre

Bereits jetzt ist zu vermuten, dass die Gerichte von dieser Regelung keinen Gebrauch machen werden, so wie derzeit schon allenthalben versucht wird, Beweisaufnahmen wegen des damit verbundenen Zeitaufwandes möglichst zu vermeiden und das Gesetz mit der Regelung in § 377 Abs. 3 ZPO für den Zivilprozess bereits Möglichkeiten einer schriftlichen Zeugenvernehmung vorsieht, die den Grundsatz der Unmittelbarkeit beeinträchtigen.

Es wäre zudem klarzustellen, dass die Vernehmung allein zur Prüfung der Erfolgsaussichten sowie der Mutwilligkeit erfolgen darf. Nur dann, wenn eine Vernehmung wegen der Sache und d.h. wegen der Erfolgsaussichten und allenfalls noch wegen der Mutwilligkeit durchgeführt wird, ist es der unterlegenen Partei zumutbar, die durch eine derartige Vernehmung entstandenen Kosten als Teil der Gerichtskosten zu tragen (§ 118 Abs. 4 S. 3 ZPO-E).

### **2.3.6 Vorschlag zur Verfahrensoptimierung**

Eine detaillierte Bedürftigkeitsprüfung sollte außerdem dann entfallen, wenn bereits ein Bescheid zur Bewilligung von Sozialleistungen nach den Vorschriften des SGB II oder des SGB XII vorliegt.

### **2.3.7 Erweiterung des Beschwerderechts der Staatskasse (§ 127 ZPO-E)**

Die Erweiterung des Beschwerderechts der Staatskasse, wie es in § 127 ZPO-E vorgesehen ist, lehnen BRAK und DAV ab. Die Neuregelung schafft zumindest für den beigeordneten Rechtsanwalt eine unzumutbare und das Verfahren verunsichernde Unklarheit hinsichtlich der Beiordnung.

Geregelt ist der Fall, dass Prozesskostenhilfe unter Beiordnung eines Anwaltes bewilligt wird. Wenn die Staatskasse dagegen Beschwerde mit der Begründung einlegen kann, dass die Partei die Kosten selbst tragen könne, bleibt unklar, was in einem solchen Fall hinsichtlich der Beiordnung geschieht. Sollte die Beschwerde Erfolg haben, müsste die Beiordnung rückwirkend aufgehoben werden. Unklar bleibt, was mit den zwischenzeitlich angefallenen Gebühren des beigeordneten Anwaltes wird. Solange diese Gebühren nicht sichergestellt sind, könnte bis zur Entscheidung über die Beschwerde eine anwaltliche Tätigkeit nicht erfolgen, was insbesondere bei fristgebundenen Angelegenheiten (etwa Rechtsmitteln) nicht möglich ist. Ein Rechtsmittel der Staatskasse kann also nur so ausgestaltet werden, dass dadurch die Beiordnung des Anwaltes und die von ihm gegenüber der Staatskasse begründeten Gebühren nicht berührt werden.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass es in Satz 3 anstelle „des § 569 Abs. 1 Satz 2“ vielmehr „des § 569 Abs. 1 Satz 1“ heißen muss.

## **2.4 Erweiterung der Aufhebungsmöglichkeiten für die PKH-Bewilligung – Beweiserhebungen (§ 124 Absatz 2 ZPO-E)**

Die zusätzliche Aufhebungsmöglichkeit der PKH-Bewilligung für einzelne Beweiserhebungen, wenn die angestrebte Beweiserhebung angesichts des bisherigen Prozessverlaufs keine Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint, wird abgelehnt. Die vorgeschlagene Neuregelung verletzt elementar den Grundsatz des Verbots der vorweggenommenen Beweiswürdigung im Zivilprozess, die zur Ablehnung des Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit führen kann.

Auch ist diese kleinteilige Differenzierung im Hinblick auf die PKH-Bewilligung kein Ausdruck von Waffengleichheit mit der möglicherweise begüterten Partei auf der Gegenseite.

Die Verfahrensordnungen geben vor, in welchen Fällen Beweise durch das Gericht zu erheben sind. Handelt es sich um einen erheblichen Gegenvortrag, ist Beweis zu erheben. Es kann nicht in das Ermessen eines Richters gestellt werden, ob etwa nach seiner Meinung die Beweiserhebung keine Aussicht auf Erfolg bietet.

## **2.5 Weitere Einschränkungen der Gewährung von Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfe (Artikel 9)**

Der Referentenentwurf sieht vor, den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Verfahrenskostenhilfe in den §§ 76 bis 78 FamFG auf Ehesachen und Familienstreitsachen zu erstrecken. Die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen der Verfahrenskostenhilfe soll sich künftig für alle Familiensachen einheitlich nach § 78 FamFG und nicht – wie nach § 113 Abs. 1 FamFG in seiner bisherigen Fassung – für Ehesachen und Familienstreitsachen nach § 121 ZPO richten.

Diese Änderung hat nach der Gesetzesbegründung erhebliche Folgen für die sog. einvernehmlichen Ehescheidungsverfahren. Stimmt der Antragsgegner nämlich dem Scheidungsantrag lediglich zu, muss er hierfür nach § 114 Abs. 4 Nr. 3 FamFG nicht anwaltlich vertreten sein. Die Anwaltsbeordnung im Rahmen der zu bewilligenden Verfahrenskostenhilfe richtet sich für ihn mithin nach § 78 Abs. 2 FamFG, der im Gegensatz zu § 121 Abs. 2 ZPO eine Anwaltsbeordnung nicht bereits deshalb vorsieht, weil der Gegner anwaltlich vertreten ist. Dies bedeutet, dass die anwaltliche Vertretung des Antragstellers im Ehescheidungsverfahren künftig nicht mehr dazu führen soll, dass auch dem Antragsgegner aus Gründen der Waffengleichheit ein Rechtsanwalt beizuordnen ist. Eine Beiordnung soll künftig vielmehr voraussetzen, dass die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 FamFG erfüllt sind, die Beiordnung mithin wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage erforderlich erscheint. Ausweislich der Gesetzesbegründung müsse dem Antraggegner daher in einfach gelagerten Ehescheidungsverfahren künftig kein Rechtsanwalt mehr beigeordnet werden.

Diesem Regelungsvorschlag widersprechen DAV und BRAK ausdrücklich. Denn die Frage, ob sich der Antragsgegner anwaltlich vertreten lassen will, ist nicht mehr ihm selbst überlassen, sondern nach dem Vorschlag des Referentenentwurfs dem Gericht. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des Schutzes des Schwächeren, der sehr eingeschränkten Beratungshilfebewilligung in Familiensachen zur außergerichtlichen Klärung etwa der Folgesachen und der Waffengleichheit der Prozessparteien abzulehnen.

Der bedürftige Rechtsuchende kann insbesondere in Ehescheidungsverfahren nicht demjenigen Antragsgegner gleichgestellt werden, der in der Lage ist, seinen Rechtsanwalt aus eigenen Mitteln zu bezahlen. In Verfahren, in denen die Voraussetzungen der Gewährung von Verfahrenskostenhilfe nicht vorliegen, lässt sich der Antragsgegner im reinen Scheidungsverfahren tatsächlich häufig nicht

anwaltlich vertreten. In diesen Fällen sind aber vorher in der Regel außergerichtlich sämtliche Streitpunkte abschließend geklärt, sodass das Scheidungsverfahren eine reine Formsache ist. Dies lässt sich auf die bedürftigen Rechtsuchenden nicht ohne weiteres übertragen, denn mangels einer Mediationskostenhilfe und insbesondere wegen der sehr zurückhaltenden Gewährung von Beratungshilfe für eine außergerichtliche Klärung der streitigen Punkte ist die Scheidung in der Regel keine bloße Formsache. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der bedürftige Rechtsuchende die Frage, ob er sich anwaltlich vertreten lässt, nicht mehr selbst entscheiden kann, sondern das Gericht unter Berücksichtigung der Sach- und Rechtslage darüber entscheidet, ob die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint. Dies ist insbesondere in extrem emotional beladenen Familienstreitsachen problematisch.

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass selbst der Gesetzgeber das Bedürfnis für eine Beiordnung auch bei einer einverständlichen Scheidung gesehen hat, dies drückt sich in der Regelung des § 48 Abs. 3 RVG aus.

Der Antragsgegner kann in aller Regel nicht beurteilen, ob es für ihn sinnvoll ist, einen eigenen Scheidungsantrag zu stellen, sich dem Scheidungsantrag entgegenzustellen oder diesem nur zuzustimmen. Er kann auch nicht beurteilen, ob es sinnvoll ist, bei kurzer Ehedauer einen Antrag auf Durchführung des Versorgungsausgleichs nach § 3 VersAusglG zu stellen oder ob ein derartiger Antrag nur bürokratischen Aufwand verursacht, das Verfahren verzögert und letztlich ohnehin kein Ausgleich stattfindet, weil die in der Ehezeit erworbenen Anrechte unter die Bagatellgrenze fallen und keine Gründe vorliegen, aus denen der Ausgleich gleichwohl durchgeführt werden soll.

Es besteht die Gefahr, dass dem bedürftigen Antragsgegner jeglicher rechtlicher Rat und Rechtsschutz verwehrt bleibt, wenn eine Beiordnung abgelehnt wird, da aufgrund des bereits rechtshängigen Verfahrens auch die Bewilligung von Beratungshilfe, die nur außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens gewährt wird, nicht mehr in Betracht kommt.

Es ist nicht damit zu rechnen, dass die vorgeschlagene Neuregelung zu einem Rückgang der Beiordnungen führen wird. Denn es ist davon auszugehen, dass viele Antragsgegner, um die Waffengleichheit zu erhalten, das Scheidungsverfahren streitig stellen werden, damit die Beiordnung eines Rechtsanwalts erfolgt.

Ferner ist ein Wettlauf um die Antragstellerposition zu befürchten. Während das materielle Recht gerade keine Anreize setzen will, den Ehescheidungsantrag möglichst frühzeitig zu stellen und dies auch verfassungsrechtlich bedenklich wäre, müsste der Anwalt einem Ehegatten zu einem möglichst frühen Scheidungsantrag raten, wenn er nicht Gefahr laufen will, dass ihm ansonsten kein Rechtsanwalt beigeordnet wird.

Schließlich ist zu befürchten, dass eine einzelfallabhängige Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe die Verfahrensdauer erheblich verlängern würde, weil zunächst über die Notwendigkeit der Verfahrenskostenhilfebewilligung selbst gestritten würde.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die vorgeschlagene Änderung auch Auswirkungen auf Verfahren der einstweiligen Anordnung hat. In Verfahren der einstweiligen Anordnung besteht gemäß § 114 Abs. 4 Nr. 1 FamFG ebenfalls kein Anwaltszwang. Die vorgeschlagene Änderung würde also auch in diesem Bereich die Waffengleichheit aufheben.

### **3. Änderung des Beratungshilferechts (Artikel 2)**

#### **3.1 Einführung der gesetzlichen Definition der Mutwilligkeit zur Versagung von Beratungshilfe (§ 1 Absatz 3 BerHG-E)**

Der Gesetzentwurf sieht vor, in § 1 Abs. 3 eine Definition der Mutwilligkeit einzufügen, um eine effektive Missbrauchskontrolle zu gewährleisten.

Das Anliegen erscheint grundsätzlich berechtigt. Beratungshilfe kann und darf nicht allgemeine Lebenshilfe sein. Zu der beabsichtigten Konkretisierung der Mutwilligkeit ist der Gesichtspunkt, ob ein verständiger Selbstzahler anstelle des bedürftigen Rechtsuchenden ebenfalls den Rat und die Hilfe eines Rechtsanwalts in Anspruch nehmen würde, sachgerecht und wird bereits gegenwärtig seitens vieler Amtsgerichte im Rahmen der Prüfung der Bewilligung von Beratungshilfe zugrunde gelegt. Außerdem führt die Einführung einer Definition der Mutwilligkeit zu einem gewissen Gleichklang mit den Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe.

BRAK und DAV sehen es aber als problematisch an, Mutwilligkeit wegen eines Missverhältnisses zwischen dem Wert der Angelegenheit und den Kosten der anwaltlichen Beratung oder Vertretung in Betracht zu ziehen. So würde denjenigen Bedürftigen der Zugang zum Recht verwehrt, die eine nur geringe Forderung durchsetzen oder sich gegen einen ungerechtfertigten geringwertigen Anspruch verteidigen wollten. Es findet eine Ungleichbehandlung statt zwischen denjenigen Bedürftigen, die Beratungshilfe wegen eines geringen Gegenstandswertes und denjenigen, die Beratungshilfe wegen eines höheren Gegenstandswertes in Anspruch nehmen wollen.

Ebenso wie bei der Definition der Mutwilligkeit im Rahmen der Prozesskostenhilfe fehlt es an klaren Kriterien, wann die Inanspruchnahme mutwillig ist. Die Risikoeinschätzung erfordert eine fundierte rechtliche Prüfung und kann daher in der Regel nicht vom Rechtsuchenden selbst wahrgenommen werden. Gerade für diesen Fall nimmt er anwaltliche Hilfe in Anspruch, um entscheiden zu können, ob er seinen Anspruch durchsetzt oder sich ggf. gegen einen gegen ihn geltend gemachten Anspruch verteidigt.

#### **3.2 Änderungen der Voraussetzung für die Beratungshilfe durch Vertretung (§ 2 Absatz 1 Satz 2 BerHG-E)**

Der Gesetzentwurf sieht vor, § 2 Abs. 1 den folgenden Satz 2 anzufügen:

*„Eine Vertretung ist erforderlich, wenn der Rechtsuchende nach der Beratung angesichts des Umfangs, der Schwierigkeit und der Bedeutung der Rechtsangelegenheit für ihn seine Rechte nicht selbst wahrnehmen kann.“*

Die Einführung des „Vorrangs der Selbstvertretung“ bewerten BRAK und DAV im Hinblick auf den Zugang zum Recht und die Waffengleichheit auch im außergerichtlichen Bereich kritisch. Die Vorschrift stellt eine Abkehr von dem Ziel dar, allen Bevölkerungsschichten einen gleichen Zugang zu Rechtsberatung und –vertretung zu ermöglichen und auch Bedürftigen Waffengleichheit gegenüber demjenigen zu geben, der sich anwaltlichen Beistand leisten kann.

Auch dürfte zu befürchten sein, dass diese Regelung zu einer Gerichtsbelastung und damit zu einem Anstieg der Prozesskostenhilfeausgaben führt, weil in den seltensten Fällen eine endgültige außergerichtliche Einigung bei Selbstvertretung zustande kommen dürfte. Streitigkeiten werden dann nicht außergerichtlich erledigt, sondern gehen mit dem Antrag auf Prozesskostenhilfe in das gerichtliche Verfahren über.

Der Änderungsvorschlag krankt darüber hinaus an der Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „angesichts des Umfang, der Schwierigkeit oder der Bedeutung der Rechtsangelegenheit“ und bietet damit Einfallstore für eine mehr oder weniger zufällige Beurteilung durch den Rechtspfleger. Vor allem die Kriterien „Schwierigkeit“ und „Bedeutung der Rechtsangelegenheit“ werden regelmäßig subjektiv je nach Fähigkeiten und Erfahrung des Rechtssuchenden völlig unterschiedlich wahrgenommen. Dem Rechtssuchenden zu diesen Fragen die Entscheidungsbefugnis zu nehmen und auf den Rechtspfleger zu übertragen, bedeutet in erheblichem Maße eine Entmündigung des bedürftigen Rechtssuchenden. Zwar soll laut Entwurfsbegründung (S. 53) der Rechtspfleger auf die persönlichen Fähigkeiten des Rechtssuchenden, insbesondere auf dessen Schul- und sonstige Bildung abstellen. Diese Regelung ist jedoch praxisfern, da der Rechtspfleger im Rahmen des Bewilligungsverfahrens die individuellen Fähigkeiten des Antragstellers mit einem vertretbaren zeitlichen Aufwand nicht hinreichend abklären kann.

### **3.3 Erweiterung des Personenkreises auf Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rentenberater etc. (§ 3 Absatz 1 BerHG-E)**

Die Erweiterung des Personenkreises auf Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rentenberater etc. wird abgelehnt. Sie schafft unnötige Unsicherheiten für den Rechtssuchenden. Die einzelnen Rechtsgebiete lassen sich häufig nicht klar voneinander abgrenzen. Vielfach ergeben sich Überschneidungen. Oftmals lässt es sich im Vorhinein nicht einschätzen, ob eine umfassende rechtliche Beratung durch die neben den Rechtsanwälten zugelassenen Beratungspersonen im Bereich ihrer Rechtsberatungsbefugnis möglich ist. Gegebenenfalls dürfen diese nur partielle Auskunft geben. Bei einem rechtsgebietsübergreifenden Sachverhalt (z.B. getrennte Veranlagung von Ehegatten mit steuer- und familienrechtlicher Überlagerung) müsste dem Rechtssuchenden nach einer derartigen Auskunft ein weiterer Berechtigungsschein erteilt werden, damit dieser nunmehr im Rahmen der anwaltlichen Beratung über die rechtlichen Probleme umfassend beraten werden kann. Dies würde zu einer weiteren Erhöhung der Beratungshilfeausgaben führen.

Weshalb der Kreis der die Beratungshilfe erteilenden Personen auf die Angehörigen der steuer- und wirtschaftsberatenden Berufe sowie die Rentenberater ausgedehnt werden soll, wird im Gesetzesentwurf nicht plausibel begründet. Es wird darauf verwiesen, dass diese Erweiterung erforderlich sei aufgrund der Erweiterung der beratungshilfefähigen Angelegenheiten. Da der Rechtsanwalt jedoch nach § 3 BRAO Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten ist, können durch die Erweiterung der Rechtsgebiete keine rechtlichen Fragestellungen aufgeworfen werden, die nicht auch der Rechtsanwalt lösen kann. Wenn die Beratungshilfe gerade nicht dazu dienen soll, sonstige Lebenshilfe zu bieten und ggf. auch wirtschaftliche Fragen zu beantworten, besteht kein Grund für eine Ausweitung des Kreises der Berater. Diesem Vorhaben ist daher deutlich entgegenzutreten.

### **3.4 Glaubhaftmachung der Bewilligungsvoraussetzungen (§ 4 Absatz 3 bis 6 BerHG-E)**

Nach dem Entwurf sollen die Möglichkeiten des Gerichts zur Aufklärung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Rechtssuchenden verbessert werden. Dem Antrag soll eine Erklärung des Rechtssuchenden über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse beigelegt werden. Das Gericht soll verlangen können, dass der Rechtssuchende seine tatsächlichen Angaben glaubhaft macht, insbesondere soll es auch die Abgabe einer Versicherung an Eides statt fordern können. Mit Einwilligung des Rechtssuchenden sollen auch Auskünfte bei den Finanzämtern und anderen Stellen eingeholt werden können.

Grundsätzlich bestehen keine Bedenken gegen weitergehende Aufklärungsmöglichkeiten. Im Hinblick darauf, dass es verfassungsrechtlich geboten ist, sowohl dem rechtssuchenden Bürger als auch dem

Beratungshilfe leistenden Rechtsanwalt Sicherheit über die Kostendeckung oder –ablehnung zu geben, darf ein solches Prüfungsrecht aber nicht zu einer noch weiteren Verlängerung der Bearbeitungsdauer von Beratungshilfeanträgen führen. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Einholung von Auskünften bei Finanzämtern und sonstigen Einrichtungen in keinem Verhältnis zu dem Ausgabebetrag des Staates im Einzelfall steht. Ein Einsparpotential scheint sich aus dieser Gesetzesänderung jedenfalls nicht zu ergeben.

### **3.5 Abschaffung der nachträglichen Antragstellung (§ 6 Absatz 2 und 3 BerHG-E)**

§ 6 Abs. 2 BerHG-E sieht eine grundsätzliche Pflicht zur Vorabantragstellung vor, da nach der Gesetzesbegründung die Möglichkeit der derzeit bestehenden nachträglichen Antragstellung eine wesentliche Ursache für die hohen Kosten im Bereich der Beratungshilfe darstelle, weil so die Möglichkeit ungenutzt bleibe, Antragsteller an andere Beratungsstellen zu verweisen.

Auch die Mehrzahl der Rechtsanwälte ist an einer vorherigen Antragstellung im Hinblick auf die Unsicherheit über die Kostendeckung interessiert. Allerdings ist die Pflicht zur vorherigen Antragstellung praxisfern. In einer erheblichen Anzahl von Fällen ist ein sofortiges Tätigwerden des Rechtsanwalts erforderlich. Zu einem großen Teil liegt dies daran, dass viele bedürftige Rechtsuchende erst dann Rechtsrat suchen, wenn keine andere Möglichkeit mehr besteht. Insbesondere drohen häufig Fristen abzulaufen, sodass der Rechtsanwalt sogleich auf die Angelegenheit eingehen und wegen des enormen Haftungsrisikos den Sachverhalt erforschen und die entsprechende richtige Antwort geben muss. Die Beratungshilfebewilligung dauert zum Teil mehrere Wochen, wenn die Beantragung durch einen Rechtsanwalt im schriftlichen Verfahren erfolgt. Verweist der Rechtsanwalt den Mandanten vor der Bearbeitung der Sache zunächst darauf, Beratungshilfe zu beantragen und wird nicht weiter tätig, bis ihm der Beratungsschein vorgelegt wird, könnte eine eventuelle Eilbedürftigkeit nicht erkannt und deshalb nicht entsprechend reagiert werden. Der Bedürftige müsste ggf. erhebliche Nachteile in Kauf nehmen, die zu vermeiden wären, wenn es bei der bisherigen Möglichkeit der auch nachträglichen Beantragung von Beratungshilfe bliebe.

Richtig ist, dass es Fälle gibt, in denen Rechtsuchende von einer Vertretung durch einen Rechtsanwalt zunächst noch Abstand nehmen und ihre Angelegenheiten nach erfolgter mündlicher Beratung dann selbst regeln können. Es ist ferner richtig, dass derjenige Personenkreis, der Berechtigung zur Beratungshilfe hat, nicht besser gestellt werden soll als Rechtsuchende, die ihre Beratung bei einem Rechtsanwalt selber bezahlen. Allerdings wird übersehen, dass sich gerade bei dem Personenkreis, der zur Beratungshilfe berechtigt ist, überdurchschnittlich mehr Menschen befinden, die aufgrund ihres Intellektes, ihrer Bildung und ihres eingeschränkten Zugangs zu Informationen zu einer eigenständigen Wahrnehmung ihrer Interessen insbesondere in schriftlicher Form gar nicht in der Lage sind. Es kommt somit einer Versagung der Beratungshilfe nahe, wenn die nachträgliche Beantragung der Beratungshilfe durch den Rechtsanwalt nach erfolgter Beratung ausgeschlossen werden soll. Bei den weitaus überwiegenden Mandaten im Rahmen der Beratungshilfe handelt es sich um Fälle aus dem Unterhaltsrecht, aus dem Sozialrecht oder aus dem Arbeitsrecht. Die Mandanten suchen Rat hinsichtlich der Bescheide der ARGE, sodass dann Rechtsmittelfristen laufen, die einzuhalten sind. Sofortiges Tätigwerden zur Einhaltung der Fristen ist dann erforderlich. Dies schließt es aus, den Mandanten zunächst zu bitten, die Beratungshilfe beim Amtsgericht zu beantragen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass dann auch noch der zuständige Rechtspfleger entscheiden soll, ob eine Beratung oder Vertretung notwendig ist. Hinzu kommt, dass sich oft erst im Beratungsgespräch herausstellt, dass ein Anspruch auf Beratungshilfe besteht. § 16 Abs. 1 BORA verpflichtet den Rechtsanwalt, seinen Mandanten auf diese Möglichkeit hinzuweisen.

Soweit in der Entwurfsbegründung (S. 57) damit argumentiert wird, die Rechtspfleger könnten eine Vielzahl von Rechtsfragen bereits durch eigene Rechtsberatung abschließend erledigen, darf dies vor dem Hintergrund der immer komplexer werdenden Rechtsmaterien und der damit verbundenen Haftungsrisiken kritisch hinterfragt werden.

Jedenfalls ist aber die Frist von zwei Wochen für die ausnahmsweise zulässige nachträgliche Antragstellung zu kurz bemessen. Häufig stellt sich erst nach längerer Zeit und Beratung heraus, dass der Antragsteller berechtigt ist, Beratungshilfe in Anspruch zu nehmen. Wenn die 2-Wochen-Frist dann abgelaufen ist, verbleibt das Risiko, eine kostenlose Beratung erteilt zu haben, beim Rechtsanwalt. Dies ist nicht hinnehmbar. Gleiches gilt für Fälle, in denen der Rechtsuchende nicht in der Lage ist, die notwendigen Unterlagen für die Beantragung von Beratungshilfe binnen zwei Wochen beizubringen. Auch dies ginge zu Lasten des Rechtsanwalts, der die Beratungsleistung wegen Eilbedürftigkeit bereits erbracht hat.

### **3.6 Aufhebung der Beratungshilfe (§§ 6a und 8a BerHG-E)**

Der Referentenentwurf sieht vor, dass nach § 6a BerHG-E das Gericht die Bewilligung der Beratungshilfe von Amts wegen aufheben kann, wenn die Voraussetzungen für die Beratungshilfe zum Zeitpunkt der Bewilligung nicht vorgelegen haben und seit der Bewilligung nicht mehr als ein Jahr vergangen ist. Außerdem soll die Beratungsperson beantragen können, dass die Bewilligung aufgehoben wird, wenn der Rechtsuchende aufgrund der Beratung oder Vertretung, für die ihm Beratungshilfe bewilligt wurde, etwas erlangt hatte.

Mit der Aufhebung der Beratungshilfe von Amts wegen und den in § 8a des Referentenentwurfs geregelten Folgen besteht Einverständnis.

Ausdrücklich widersprochen wird allerdings dem Vorschlag, dass die Beratungsperson die Aufhebung der Bewilligung beantragen kann. Dieser Vorschlag widerspricht der anwaltlichen Verschwiegenheitsverpflichtung. DAV und BRAK sprechen sich dagegen aus, diesen Konflikt zu lösen, indem man letztlich aus finanziellen Interessen eine Aufweichung der Verschwiegenheitsverpflichtung hinnimmt. Daran ändert auch nichts, dass vorgesehen ist, dass der Rechtsuchende bei der Mandatsübernahme auf die Möglichkeit der Antragstellung und der Aufhebung der Beratungshilfe hinzuweisen ist. Denn das eigene Antragsrecht der Beratungsperson führt auch bei erfolgtem Hinweis zu einer Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant.

Die Wörter „und 2501“ in § 8a Abs. 2 Satz 2 BerHG-E sind zu streichen, da die Nr. 2501 VV RVG die aus der Staatskasse zu zahlende Beratungsgebühr und nicht die vom Mandanten zu leistende Beratungshilfengebühr betrifft. Da Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift nach Absatz 2 Nummer 1 ist, dass gerade keine Vergütung aus der Staatskasse gezahlt wurde, kann insofern auch keine Anrechnung erfolgen.

### **3.7 Rechtsmittel (§ 7 BerHG-E)**

Zukünftig soll die Staatskasse ebenfalls die Möglichkeit der Erinnerung gegen Entscheidungen des Amtsgerichts, einen Berechtigungsschein für Beratungshilfe durch einen Rechtsanwalt auszustellen, haben.

Eines Rechtsmittels der Staatskasse gegen die Erteilung des Berechtigungsscheins für Beratungshilfe bedarf es nicht. Aus der Erfahrung kann festgestellt werden, dass durchgängig von einer sorgfältigen Kontrolle der Voraussetzungen von Beratungshilfe durch die Rechtspfleger ausgegangen werden

kann. Ein Erinnerungsrecht der Staatskasse würde zu einer weiteren Bürokratisierung ohne jeden Gewinn für den Staatshaushalt führen.

Die Erinnerung zugunsten der Staatskasse ist darüber hinaus geeignet, den Vertrauensschutz der Beratungshilfe leistenden Rechtsanwälte und der Rechtsuchenden zu verletzen. Der Rechtsuchende, dem aufgrund eines Beratungsscheins durch einen Rechtsanwalt Beratungshilfe gewährt wurde, muss darauf vertrauen können, dass der Rechtsanwalt auch einen Anspruch gegen die Staatskasse auf seine Vergütung hat. Abzuwarten, ob die Staatskasse eventuell ein Rechtsmittel gegen die Bewilligung einlegt, dürfte in den seltensten Fällen zumutbar sein, sondern mit einem Verlust der Möglichkeit, seine Rechte durchzusetzen, einhergehen. Dies führt zu der Frage, ob die Bearbeitung der Angelegenheit – nicht zuletzt zur Vermeidung etwaiger Kostenrisiken für den Rechtssuchenden – erst begonnen werden sollte, wenn der Bescheid „bestandskräftig“ ist.

Schließlich ist zu befürchten, dass das Vorhaben, ein gesondertes Erinnerungsrecht der Staatskasse einzuführen, eine Vermehrung der Bürokratiekosten bewirkt, die angesichts der geringen Beratungshilfengebühren jeden denkbaren Einsparungseffekt der Neuregelung aufzehren und voraussichtlich auch übersteigen würde. Eine Zunahme der Streitverfahren über das Bewilligungsverfahren führte zwangsläufig zu höheren Ausgaben und stärkeren Personalbelastungen bei der Justiz.

### **3.8 Vorschlag zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung**

Es wäre zudem wünschenswert, gegen die Zurückweisung des Antrags neben der Erinnerung weitergehende Rechtsmittel zuzulassen, um eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung zu erreichen. Damit würde auch dem Befund Rechnung getragen, dass oftmals sogar innerhalb desselben Landgerichtsbezirks das Beratungshilfegesetz durch die Amtsgerichte uneinheitlich angewendet wird (S. 31 der Begründung).

### **3.9 Öffnungsklausel für die Länder für die Einführung einer ausschließlichen Zuständigkeit anwaltlicher Beratungsstellen im Sinne von § 3 Absatz 1 BerHG (§ 12 Absatz 3 BerHGE)**

BRAK und DAV sprechen sich gegen die Öffnungsklausel für die Länder aus, die ausschließliche Zuständigkeit anwaltlicher Beratungsstellen im Sinne des § 3 Abs. 1 BerHG einzuführen. Die Erfahrung in den Ländern, in denen anwaltliche Beratungsstellen bestehen, hat gezeigt, dass diese Einrichtungen nur eine Ergänzung sein können. Die Garantie des uneingeschränkten Zugangs zum Recht auch für die bedürftige Partei verbietet es, mittellose Rechtsuchende allein auf eine Beratungsstelle zu verweisen. Die Beratungsstelle ist regelmäßig nicht täglich zu erreichen. Der Rechtsuchende kann seinen Anwalt nicht frei wählen. Die Ausstattung einer Beratungsstelle erreicht nicht das Niveau einer Rechtsanwaltskanzlei. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Verweisung von Bedürftigen an die Beratungsstellen eine Schlechterstellung des Bedürftigen gegenüber dem bemittelten Rechtsuchenden bedeutet.

Mindestens müsste aber für solche anwaltlichen Beratungsstellen ein Katalog von Mindestvoraussetzungen definiert werden, um die Erreichbarkeit der Beratungsstellen sowohl in geografischer wie auch in zeitlicher Weise für alle beratungshilfeberechtigten Bürger sicherzustellen. In geografischer Hinsicht dürfte als Mindestfordernis vorauszusetzen sein, dass in jedem Amtsgerichtsbezirk mindestens eine anwaltliche Beratungsstelle vorzusehen ist. Möglicherweise sind auch kleinräumigere Bereiche wie Landkreise oder kreisfreie Städte ohne Amtsgerichte mit solchen Beratungsstellen auszustatten. Zum anderen müssen die vielfach notwendigen Spezialkenntnisse, die Beratungshilfeberechtigte beim derzeitigen System unproblematisch aufgrund der tief gestaffelt

spezialisierten Anwaltschaft abrufen können, auch bei anwaltlichen Beratungsstellen sichergestellt sein.

### **3.10 Anwaltliche Beratungsstellen (§ 12 Absatz 4 BerHG-E)**

DAV und BRAK lehnen die weitere Belastung der anwaltlichen Beratungsstellen ab. Die Regelung geht zudem davon aus, dass die Tätigkeit der Beratungsstelle die Beratungshilfe beim Rechtsanwalt ersetzt. BRAK und DAV sehen die anwaltlichen Beratungsstellen hingegen als sinnvolle und effektive Ergänzung, nicht aber als Ersatz der Beratungshilfe durch einen Rechtsanwalt in der Kanzlei.

## **4. Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (Artikel 14)**

### **4.1 Vergütungsvereinbarungen bei Beratungshilfe (§ 3a Absatz 4 RVG)**

Bisher regelt § 8 BerHG, dass Vereinbarungen über eine Vergütung nichtig sind. Diese Regelung, die dem Schutz des Bedürftigen dient, soll aufgeweicht werden, indem künftig in § 8 Abs. 2 BerHG-E geregelt ist, dass die Beratungsperson gegen den Rechtsuchenden keinen Anspruch auf Vergütung mit Ausnahme der Beratungshilfengebühr nach § 44 Abs. 2 RVG geltend machen kann.

Künftig sollen Vergütungsvereinbarungen also grundsätzlich möglich sein. Eine solche Regelung für die Beratungshilfe ist systemfremd. Durch das Gesetz zur Einführung des Erfolgshonorars wurde in § 3a Abs. 3 Satz 1 RVG die Regelung eingeführt, dass eine Vereinbarung, nach der ein im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordneter Rechtsanwalt für die von der Beiordnung erfasste Tätigkeit eine höhere als die gesetzliche Vergütung erhalten soll, nichtig ist. Diese Regelung war damit begründet worden, dass der bedürftige Rechtsuchende nicht durch den Rechtsanwalt gedrängt werden soll, eine Vergütungsvereinbarung zu unterzeichnen. Die Regelung für die Prozesskostenhilfe zu belassen, die Nichtigkeit jedoch für den Bereich der Beratungshilfe aufzuheben, ist nicht nachvollziehbar.

### **4.2 Möglichkeit eines Vergütungsverzichts (§ 4 Absatz 1 RVG-E)**

Ferner soll in § 4 Abs. 1 RVG-E geregelt werden, dass der Rechtsanwalt bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Bewilligung von Beratungshilfe ganz auf die Vergütung verzichten kann. Mit dieser Regelung soll die unentgeltliche Tätigkeit ausdrücklich gesetzlich geregelt werden. Diesem Vorschlag widersprechen DAV und BRAK, denn es ist zu befürchten, dass künftig der bedürftige Rechtsuchende darauf verwiesen wird, einen Rechtsanwalt zu beauftragen, der bereit ist, unentgeltlich zu arbeiten. Dies bedeutet einerseits eine Verkürzung des Zugangs zum Recht für den bedürftigen Rechtsuchenden, da er künftig nicht mehr den Rechtsanwalt seines Vertrauens beauftragen können soll, sondern denjenigen, der unentgeltlich tätig wird. Darüber hinaus bedeutet der Vorschlag Einsparungen für die Staatskasse zu Lasten der Anwaltschaft, die ohnehin im Bereich der Beratungshilfe aufgrund der extrem niedrigen Vergütungssätze ein Sonderopfer erbringt.

Ein Tätigwerden für bedürftige Rechtsuchende unter Verzicht auf eine Vergütung für die anwaltliche Tätigkeit im Nachhinein ist im Übrigen schon heute berufs- und gebührenrechtlich möglich.

### **4.3 Erfolgshonorar (§ 4a Absatz 1 RVG-E)**

Ausdrücklich widersprochen wird auch der Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes, soweit vorgesehen ist, dass für die Beurteilung der Zulässigkeit von Erfolgshonoraren die Möglichkeit,

Beratungs- oder Prozesskostenhilfe in Anspruch zu nehmen, außer Betracht bleiben soll (§ 4a Abs. 1 RVG-E).

Bei der Einführung der Regelung des Erfolgshonorars war bewusst entschieden worden, Erfolgshonorare nur für Fälle zu ermöglichen, in denen anderweitig der Zugang zum Recht verwehrt ist. Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe gewährleisten aber gerade den Zugang zum Recht, sodass für diese Fälle die Vereinbarung von Erfolgshonoraren zu Recht ausgeschlossen ist. Es ist zu befürchten, dass die Änderung dieser Regelung dazu führt, dass der bedürftige Rechtsuchende darauf verwiesen wird, sich einen Rechtsanwalt zu suchen, der bereit ist, mit ihm ein Erfolgshonorar zu vereinbaren. Dies ginge einerseits zu Lasten des Rechtsuchenden, der gerade nicht mehr staatliche Hilfe in Anspruch nehmen kann, um zu seinem Recht zu gelangen. Andererseits ginge dies aber auch zu Lasten des Rechtsanwalts, der das Risiko des Misserfolgs sowie das Ausfallrisiko und damit den Verlust seiner Vergütung selbst trüge.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der bedürftige Rechtsuchende, der auf ein Erfolgshonorar verwiesen wird, im Obsiegensfalle schlechter gestellt ist als derjenige, der den Rechtsanwalt selbst bezahlt. Denn die Regelungen zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren sehen vor, dass für den Fall des Obsiegens ein Aufschlag auf die gesetzlichen Gebühren vorzunehmen ist. Im Falle des Obsiegens und damit der vollen Kostenerstattung durch den Prozessgegner müsste der bedürftige Rechtsuchende aus dem Erlangten also noch eine zusätzliche Vergütung an seinen Rechtsanwalt abführen. Dies bedeutet eine Verschlechterung seiner Situation gegenüber demjenigen, der aufgrund seiner Solvenz frei entscheiden kann, ob er den Rechtsanwalt zu den gesetzlichen Gebühren beauftragt oder bereit ist, eine Vergütungsvereinbarung abzuschließen.

## **5. Weitere Änderungsvorschläge**

### **5.1 § 11a ArbGG (Artikel 7)**

Der Vorschlag, die Sonderregelung für die Gewährung von Prozesskostenhilfe im arbeitsgerichtlichen Verfahren abzuschaffen, verletzt den Grundsatz der Waffengleichheit eklatant. Das Arbeitsrecht hat sich zu einer Spezialmaterie entwickelt, die zudem in weiten Teilen durch Richterrecht geprägt wird. In der meisten Zahl der Fälle wird die Arbeitgeberseite entweder anwaltlich vertreten oder es tritt ein Vertreter der firmeneigenen Rechtsabteilung auf. Dem Arbeitnehmer sind die vielfältigen Regelungen aber nicht vertraut. Er wäre dann in einem „einfachen Fall“ darauf angewiesen, dass der Richter entscheidet, dieser Partei gleichwohl in einem Verfahren ohne Anwaltszwang einen Anwalt beizuordnen. Die Beurteilung von Erfolgsaussichten durch das würde aber voraussetzen, dass der für eine rechtliche Beurteilung erforderliche Sachverhalt umfassend geschildert wird. Dies setzt seinerseits voraus, dass der Antragsteller überhaupt weiß, auf welchen Sachverhalt es ankommt. Hieran fehlt es aber, so dass der Antragsteller seine Rechte nicht ordnungsgemäß wahrnehmen kann und sich das häufig anzutreffende Informationsgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch die Versagung effektiven Rechtsschutzes manifestiert.

Im Rahmen der Güteverhandlung ist üblicherweise ein Vergleich das Ziel des mit der Angelegenheit befassten Richters, das Abschätzen der Tragweite eines arbeitsrechtlichen Vergleichs ohne anwaltliche Beratung ist ein großes Risiko für die Partei, so dass der Zugang zum Recht – auch im Hinblick auf die fehlende Kostenerstattungsmöglichkeit – eingeschränkt wird.

## **5.2 § 73a SGG (Artikel 11)**

BRAK und DAV lehnen eine Erstreckung der Prozesskostenhilfe auf die weiteren Berufsgruppen ausdrücklich ab, da es hierfür keine sachliche Begründung gibt. Auch lässt sich eine solche Erstreckung nicht mit den Argumenten einer Prozesskostenhilfe-Ökonomie rechtfertigen.

Prozesskostenhilfe bei den Sozialgerichten wird nicht in Steuersachen oder in Angelegenheiten der Schuldnerberatung, sondern in Rentensachen, Unfallsachen, Schwerbehindertenangelegenheiten, Beitragssachen, Statusfeststellungen, Grundsicherungsangelegenheiten, Angelegenheiten des sozialen Entschädigungsrechtes, usw. gewährt. Die Beantwortung dieser Fragestellungen erfordert regelmäßig eine besondere Sachkunde und vertiefte rechtliche Kenntnisse des materiellen Sozialrechts, die in der Haupttätigkeit der übrigen Berufsgruppen nicht gefordert und vorausgesetzt werden. Daher gibt es umfangreiche Rechtsprechung zum Vertretungsverbot von Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten und Wirtschaftsprüfern in sozialgerichtlichen Verfahren.

Insbesondere geht es jedoch vorrangig um das Interesse des rechtssuchenden Bürgers an fachkundiger Vertretung und die Sicherheit, dass wirklich alle Aspekte auch und gerade des individuell betroffenen Bürgers berücksichtigt werden, die zur Sachverhaltsaufklärung erforderlich sind. Der heutige Sozialstaat weist Interdependenzen auf, die Gegenstand kontinuierlicher und intensiver Weiterbildung sowohl von Fachanwälten für Sozialrecht als auch Sozialrichtern sind, um mit einer nahezu uferlosen Sozialgesetzgebung Schritt halten zu können, die bei Wirtschaftsprüfern und Steuerberater sowie Buchprüfern naturgemäß nur eine untergeordnete Rolle spielen können.

## **5.3 § 142 FGO (Artikel 13)**

Die Verweisung in § 142 Abs. 2 FGO-E auf das RVG ist zu kritisieren, da die verfahrensrechtlichen Bestimmungen nicht in die Vergütungsregelungen des beigeordneten Vertreters eingreifen können und sich für den Fall, dass mit dem Vorschlag eine vom Vergütungsrecht abweichende Regelung des aus der Staatskasse zu erstattenden Betrages gemeint ist, die Frage stellen würde, ob andere Personen als Rechtsanwälte etwaige weitergehende Vergütungsansprüche gegen den Antragsteller geltend machen könnten, da sich die Sperrwirkung des § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nach ihrem Wortlaut auf Rechtsanwälte beschränkt. Da eine derartige Sperrwirkung einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit darstellt, erscheint eine analoge Anwendung auf andere Personen ausgeschlossen.

\* \* \*