

Zulässigkeit des Erfolgshonorars

Der Bundestag hat am 12.06.2008 das Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren beschlossen. Es tritt am 01. Juli 2008 in Kraft. Die Art. 3 Nr. 3 und Art. 6 dieses Gesetzes bereits am Tag nach der Verkündung.

Bei der Neuregelung handelt es sich um ein Artikelgesetz, das die Anwaltschaft insbesondere in den Artikeln 1 (Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung) und Art. 2 (Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes) betrifft. Die übrigen Artikel wenden sich an die Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer. Art. 6 greift ändernd in das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts ein und regelt dort insbesondere datenrechtliche Sachverhalte und die Verweisung auf insoweit neu gefasste BRAO bzw. RVG.

Mit dieser Neuregelung hat der Gesetzgeber dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12.12.2006 entsprochen, wonach bis zum 30. Juni 2008 eine Neuregelung zu treffen ist. Seit 1994 wird Rechtsanwälten durch § 49 b Abs. 2 BRAO a.F., an dessen Stelle seit dem 01. Juli 2004 die wortgleiche Regelung in § 49 b Abs. 2 Satz 1 BRAO getreten ist, die Vereinbarung Streitanteilsvergütungen und anderer Formen des Erfolgshonorars untersagt. Vor 1994 gab es zwar kein vergleichbares reichsgesetzliches Verbot, jedoch gingen seit 1887 bereits ehrengerichtliche Entscheidungen zumindest im Ergebnis von der Unzulässigkeit anwaltlicher Erfolgshonorare aus. Zwar galt ab 01.06.1944 erstmals ein gesetzliches Verbot des Erfolgshonorars der Rechtsanwälte (§ 93 II 5 RAGeBO), das ausdrücklich zur Unwirksamkeit der Vereinbarung führte. Diese Vorschrift wurde 1950 in das Bundesrecht übernommen und galt bis zum 30.09.1997. In der zum 01.10.1997 in Kraft getretenen BRAGO wurde das Verbot nicht übernommen, auch nicht in der zum 01.08.1959 in Kraft getretenen BRAO. Bis 1994 enthielten die anwaltlichen Standesrichtlinien das Verbot des Erfolgshonorars als Regelfall, von dem jedoch Ausnahmen möglich sein sollten. Der Anwalt war in diesen Ausnahmefällen verpflichtet, "*mit besonderer Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit zu prüfen, ob der Rechtsanwalt nicht Gefahr läuft, hierdurch seine unabhängige Stellung zu verlieren.*" Seit 1994 besteht also das gesetzliche Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars (§ 49 b II 1 BRAGO).

Der Beschluss des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12.12.2006 hat zu folgender Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren durch den Gesetzgeber geführt:

Art. 1 - Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung

1. In § 49 b Abs. 2 BRAO bleibt es bei dem grundsätzlichen Verbot der Vereinbarung, eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig zu machen oder dem Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar zukommen zu lassen.

Abweichungen hierzu, also die Vereinbarung eines Erfolgshonorars, sind zulässig, soweit Ausnahmen durch das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz zugelassen werden.

Das bedeutet, dass weiterhin die BRAO das generelle Verbot von Erfolgshonoraren regelt und die Ausnahme, also die Zulässigkeit im Einzelfall durch das RVG bestimmt wird.

Fällt die anwaltliche Vereinbarung eines Erfolgshonorars unter das gesetzliche Verbot der BRAO, so gilt § 134 BGB, die Vereinbarung ist nichtig.

2. Neu aufgenommen in § 49 b Abs. 2 BRAO ist die Regelung, dass Vereinbarungen unzulässig sind (Rechtsfolge Nichtigkeit), durch die der Rechtsanwalt sich verpflichtet, Gerichtskosten, Verwaltungskosten oder Kosten anderer Beteiligten (selbst) zu tragen. Diese Regelung stellt nicht nur eine selbstverständliche Klarstellung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren dar, sondern sie ist insoweit ein **neuer Verbotstatbestand**, als etwaige sonstige Ausnahmen im Einzelfall nach dem RVG zulässig sind. Das Verbot der Kostenübernahme durch den Rechtsanwalt wirkt also auch in den Ausnahmetatbestand eines zulässigen Erfolgshonorars hinein.
3. Keine Neuregelung aber häufig missverstanden ist der frühere Satz des § 49 b Abs. 2 BRAGO, der nunmehr als Satz 3 des Absatzes 2 verständlicher formuliert:

"Ein Erfolgshonorar im Sinne des Satzes 1 liegt nicht vor, wenn lediglich vereinbart wird, dass sich die gesetzlichen Gebühren ohne weitere Bedingungen erhöhen."

Die Multiplikation der gesetzlichen Gebühren mit einem Faktor X (1,5-fach, 2-fach, 3-fach) ohne an den Ausgang der Sache knüpfen, fällt also nicht unter den Begriff des Erfolgshonorars und ist im Rahmen einer Vergütungsvereinbarung zulässig. Sie grenzt derzeit an die vom 9. Zivilsenat des BGH aufgestellte - und nach wie vor heftig umstrittene - Angemessenheitsgrenze der 6-fachen gesetzlichen Höchstgebühr, die der 9. Senat zu einer vereinbarten Vergütung bei Strafverteidigung gezogen und die er darüber hinaus mit einem Mäßigungsgebot aus § 3 Abs. 3 BRAGO versehen hat. Die hiergegen am 21.05.2007 gerichtete Verfassungsbeschwerde eines Prof. Dr. Holger Matt (Vorinstanzen LG Leipzig und OLG Dresden) ist noch nicht entschieden. Der Verfassungsrechtsaus-

schuss und der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer haben sich hierzu im Sinne und Unterstützung der Verfassungsbeschwerde bereits geäußert. Betroffen hiervon ist nicht nur das Pauschalhonorar, sondern auch die Stundenvergütung. Hierzu anderer Ansicht OLG Hamm.

Art. 2 Änderung des RVG

- 1.1 Nach § 3 RVG wird ein neuer § 3 a RVG eingesetzt mit der Überschrift "Vergütungsvereinbarung".

In dieser Bestimmung werden die allgemeinen Anforderungen an eine Vergütungsvereinbarung neu gefasst und erweitert. Sie enthält also die Formvorschrift.

§ 3 Absatz 1

- *Eine Vereinbarung über die Vergütung bedarf der Textform.*

Dadurch wird es zukünftig möglich sein, Vergütungsvereinbarungen auch per Telefax abzuschließen.

- *Sie muss als Vergütungsvereinbarung oder in vergleichbarer Weise bezeichnet werden.*

Die Verwendung des Wortes Honorarvereinbarung oder ähnlich schadet also nicht.

- *Sie muss von anderen Vereinbarungen mit Ausnahme der Auftragserteilung deutlich abgesetzt sein und darf nicht in der Vollmacht enthalten sein.*

Die Darstellung des Auftrages in der Vergütungsvereinbarung (z. B. als Präambel) ist also nicht mehr schädlich, im Gegenteil, sie soll ja gerade die von der gesetzlichen Gebühr abweichende Vergütungsregelung verständlich machen.

- *Sie hat einen Hinweis darauf zu enthalten, dass die gegnerische Partei, ein Verfahrensbeteiligter oder die Staatskasse im Falle der Kostenerstattung regelmäßig nicht mehr als gesetzliche Vergütung erstatten muss.*

Dieser schriftliche Hinweis war bisher Regel "lege artis", also eigentlich selbstverständlich, und ist nunmehr ausformulierte Wirksamkeitsvoraussetzung der Vergütungsvereinbarung.

- *Die Sätze 1 und 2 gelten nicht für eine Gebührenvereinbarung nach § 34 (RVG).*

Dies macht deutlich, dass die Anforderungen an die Vereinbarung einer Beratungsgebühr, einer Gutachtensgebühr oder einer Mediationsvergütung niedriger sind. Die Reduzierung dieser Anforderungen ist wohl darauf zurückzuführen, dass es in diesen Anwendungsfällen keine gesetzlichen Gebühren mehr gibt.

- 1.2 **§ 3 a Abs. 2** enthält im Wesentlichen die Regelung alten Rechts (Herabsetzung einer unangemessen hohen Vergütung, Einholung eines Gutachtens des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer).

Diese Regelung ist auch auf die Angemessenheit von Erfolgshonorar anzuwenden.

- 1.3 **§ 3 a Abs. 3** stellt eine Verschärfung der bisherigen Regelung dar. Bisher hat eine Vergütungsvereinbarung keine Verbindlichkeit begründet, wenn der Rechtsanwalt im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordnet wurde. Nunmehr führt eine solche Vergütungsvereinbarung zur Nichtigkeit, wenn der beigeordnete Rechtsanwalt eine höhere als die gesetzliche Vergütung erhalten soll.

§ 3 Abs. 3 enthält eine weitere Verschärfung gegenüber dem bisherigen Recht. Hatte nämlich der Auftraggeber freiwillig und ohne Vorbehalt geleistet, so konnte er bisher das Geleistete nicht deshalb zurückfordern, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hatte. Diese Privilegierung ist gefallen. Es gelten die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die ungerechtfertigte Bereicherung, insbesondere also § 814 BGB, so dass nur derjenige die Honorarzahmung nicht zurückfordern kann, der in Kenntnis der nichtigen Vergütungsvereinbarung auf diese Nichtschuld leistet. Die Darlegung und die Beweisführung für das Vorhandensein dieser Voraussetzungen wird in der Regel der Rechtsanwalt nicht vornehmen können.

2. **§ 4 - Erfolgsunabhängige Vergütung**

Abs. 1 enthält eine Neufassung des bisherigen § 4 Abs. 2 RVG. Hiernach kann in außergerichtlichen Angelegenheiten eine niedrigere als die gesetzliche Vergütung vereinbart werden. Sie muss jedoch in einem angemessenen Verhältnis zur Leistung, Verantwortung und Haftungsrisiko des Rechtsanwalts stehen.

Dies gilt auch für nicht durch Abtretung zu erfüllende Teile der gesetzlichen Vergütung.

3. § 4 a - Erfolgshonorar

Diese Bestimmung betont in den nachfolgenden drei Absätzen den Ausnahmecharakter von zulässigem Erfolgshonorar und führt bei Verstoß zur Nichtigkeit (§ 49 b Abs. 2 BRAO i.V.m. § 134 BGB), bei fehlerhafter Vergütungsvereinbarung zur gesetzlichen Vergütung (§ 4 b RVG).

§ 4 a Abs. 1 (Zulässigkeitsvoraussetzung)

- *Ein Erfolgshonorar darf nur für den Einzelfall (vereinbart werden).*

Damit scheiden generelle Vereinbarungen mit Dauermandanten grundsätzlich aus. Werden im Streitfall die Vereinbarung genereller Erfolgshonorare nachgewiesen (z. B. durch enttäuschten, verärgerten Mandanten), führt dies zur Rückzahlungspflicht des Erfolgshonorars, im schlechtesten Fall dazu, dass der Anwalt trotz erbrachter anwaltlicher Tätigkeit keine Vergütung erhält (Verpflichtung zum Schadenersatz, da der Mandant möglicherweise den Prozess gar nicht aufgenommen hätte).

- *Ein Erfolgshonorar darf nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde.*

Damit ist die lange umstrittene "enge Lösung" umgesetzt. Die "verständige Betrachtung" erfordert, dass nicht nur die wirtschaftlichen Verhältnisse, sondern auch die finanziellen Risiken und deren Bewertung durch den einzelnen Auftraggeber bei der Entscheidung über die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren berücksichtigt werden. Die Regelung enthält insgesamt einen flexiblen Maßstab, der auch etwa einem mittelständischen Unternehmen im Falle eines großen Bauprozesses die Möglichkeit eröffnen soll, ein anwaltliches Erfolgshonorar zu vereinbaren (Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtssausschusses des deutschen Bundestags).

- *In einem gerichtlichen Verfahren darf dabei für den Fall des Misserfolges vereinbart werden, dass keine oder eine geringere als die gesetzliche Vergütung zu zahlen ist, wenn für den Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung vereinbart wird.*

Was unter "angemessener Zuschlag" verstanden werden wird, muss zukünftig durch die Gerichte entschieden werden, wobei die Rechtsfolge des unangemessenen Zuschlages sowohl die Reduzierung auf die Angemessenheit sein könnte, aber auch die Einstufung in die Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit des vereinbarten Er-

folgshonorars.

Der Anwalt geht also ein äußerst hohes Risiko ein, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren, da lange Zeit durch die Gerichte nicht geklärt sein wird, ob die bisherigen Einschränkungen der freien Vergütungsvereinbarung ohne Erfolgskomponente (das 6-fache der gesetzlichen Gebühr) auch für Erfolgshonorarvereinbarungen gelten werde oder zumindest als weiterer Maßstab herangezogen werde. Die Folge des Risikos führt entweder zur gesetzlichen Vergütung oder unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes zum Wegfall jeglicher Vergütung.

§ 4 a Abs. 2

Die Vereinbarung muss enthalten:

- (1) *Die voraussichtliche gesetzliche Vergütung und ggf. die erfolgsunabhängige vertragliche Vergütung, zu der der Rechtsanwalt bereit wäre, den Auftrag zu übernehmen.*

Grundsätzlich kann diese Anforderung in jeder Vereinbarung vom Rechtsanwalt erfüllt werden. Als Problem könnte sich stellen, dass bei Entgegennahme eines Mandats und gleichzeitiger Vereinbarung eines Erfolgshonorars die zukünftige Entwicklung schlicht nicht abgesehen werden kann. Gründe hierfür könnten unzureichende Information des Mandanten, überraschende Einwendungen des Prozessgegners, nicht vorhersehbare Prozessdauer, aber auch Intensität der Prozessbearbeitung sein. Derartige Faktoren können deshalb zu völlig anderen Bewertungen führen und zwar nicht nur hinsichtlich der voraussichtlichen gesetzlichen Vergütung, sondern insbesondere auch der ggf. erfolgsunabhängigen vertraglichen Vergütung, zu der der Rechtsanwalt bereit wäre, den Auftrag zu übernehmen. Problem bleibt also die Beurteilung "ex ante" und die nicht zu vermeidende Beeinflussung durch die Betrachtungsweisen "ex post", also die Beweisschwierigkeit.

sowie

- (2) *Die Angabe, welche Vergütung bei Eintritt welcher Bedingung verdient sein soll.*

Nicht nur für den Rechtsanwalt, sondern auch für den Mandanten dürfte die Definition des Erfolges und insbesondere des bzw. der Teilerfolge von besonderer Schwierigkeit sein, zumal auch hier Beurteilungen, ob ein Erfolg oder Teilerfolg vorliegt, sich im Laufe eines Prozessverfahrens, insbesondere bei längerer Dauer, vollständig verändern und zwar sowohl beim Rechtsanwalt als auch beim Mandanten. Die Abhängigkeit der Einschätzung, was einen Erfolg darstellt, ist also stark emotional geprägt und wird oft in einer späteren Nachbetrachtung völlig anders beurteilt. Auch

hier muss also der Rechtsanwalt, der ein Erfolgshonorar vereinbart, mit "Vertrauensreue" des Mandanten stets rechnen.

§ 4 a Abs. 3

Die Bestimmung enthält in der jetzt geltenden Fassung eine erhebliche Entschärfung der Belehrungspflichten. Es sind nicht mehr - wie im Regierungsentwurf - die wesentlichen tatsächlichen Umstände und rechtlichen Erwägungen kurz darzustellen, auf denen die Einschätzung der Erfolgsaussichten beruht.

Stattdessen sind in der Vereinbarung (nur) die wesentlichen Gründe anzugeben, die für die Bemessung des Erfolgshonorars bestimmend sind.

Auch hier wird der Rechtsanwalt in der Regel erfahren müssen, dass die frühzeitige Einschätzung der wesentlichen Gründe, die für die Bemessung des Erfolgshonorars bestimmend sind, eine durchaus nicht unbeachtliche Veränderung und Gewichtung im Laufe des Verfahrens erfahren.

Abs. 3 regelt darüber hinaus, dass in die Vereinbarung des Erfolgshonorars ein Hinweis aufzunehmen ist, wonach die Vereinbarung keinen Einfluss auf die ggf. vom Auftraggeber zu zahlenden Gerichtskosten, Verwaltungskosten und die von ihm zu erstattenden Kosten anderer Beteiligter hat.

Diese Anforderung ist formaler Natur und kann jederzeit erfüllt werden.

4. § 4 b Folgen einer fehlerhaften Vergütungsvereinbarung

Diese Bestimmung regelt, dass bei fehlerhafter Vergütungsvereinbarung der Rechtsanwalt keine höhere als die gesetzliche Vergütung verlangen kann und dass darüber hinaus die Bestimmungen des §§ 812 ff BGB, also insbesondere § 814 BGB gelten. Solche Fehler sind

- fehlende Textform der Vereinbarung
- keine deutliche Absetzung von Vergütungsregelungen mit anderen Regelungen (z. B. Vollmacht)
- keine Einzelfallvereinbarung
- keine besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse
- unangemessener "Erfolgszuschlag"
- keine Angabe über die voraussichtliche gesetzliche Vergütung (ist die falsche Angabe gesetzlicher Vergütung gleichzustellen?)

- Angabe über eine unangemessene erfolgsunabhängige vertragliche Vergütung
- unklare oder widersprüchliche Definition des Erfolgs

Zusammenfassung:

Selbst wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars vorliegen, sollte sich der Rechtsanwalt mit besonderer Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit prüfen, ob er nicht Gefahr läuft, durch die Vereinbarung eines zulässigen Erfolgshonorars im Ausnahmefall seine Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege zu verlieren. Wenn die gesetzliche Vergütung nicht auskömmlich ist, konnte bislang und kann auch weiterhin die Regelung eines vereinbarten Honorars in der Form einer Pauschale, eines Vielfachen der gesetzlichen Gebühren oder eines Stundenhonorars vorgenommen werden. Das Erfolgshonorar stellt also nicht - entgegen verbreiteter Auffassung unter Kolleginnen und Kollegen - das "Sahnehäubchen" auf bisher gesetzliche Vergütung oder zulässige vereinbarte Vergütung dar, sondern ist strukturell ein völlig anderer sozialgebundener Vergütungsansatz, da der Rechtsanwalt durch Vereinbarung eines Erfolgshonorars dem Mandanten Zugang zum Recht ermöglicht. Dies tut er, indem er für den Misserfolgsfall ein eigenes hohes Vergütungsrisiko eingeht (keine Vergütung, Teilvergütung unterhalb der gesetzlichen Gebühren u.ä.). Echte Erfolgshonorarmandate müssen also die "Misserfolgshonorarmandate" quersubventionieren. Der Anwalt übernimmt einen Teil des Prozessrisikos der vertretenen Partei. Er gefährdet damit seine eigene Unabhängigkeit gegenüber der vertretenen Partei, wenn er das Interesse an einer angemessenen Entlohnung seiner Tätigkeit mit dem Parteiinteresse dadurch verquickt, dass er es in Abhängigkeit zu dem Erfolg in der rechtlichen Auseinandersetzung setzt.

Zugleich ist vom Rechtsanwalt zu bedenken, dass aus der Sicht des Rechtssuchenden beim Abschluss von zulässigen Erfolgshonoraren schnell auch eine Übervorteilung durch überhöhte Vergütungssätze gesehen wird und eine derartige Einschätzung - ob zu Recht oder zu Unrecht - generell dem ganzen Berufsstand angelastet wird. Mit der Vereinbarung eines zulässigen Erfolgshonorars geht also der Rechtsanwalt in aller Regel ein besonders hohes Risiko ein. Er sollte sich also wirklich auf den Ausnahme- und konkreten Einzelfall nach besonders sorgfältiger Prüfung beschränken.

München, den 19.06.2008

Jürgen Bestelmeyer
Rechtsanwalt