

Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung

am 11. März 2020 im

**Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages**

zum

- Gesetzentwurf der FDP-Fraktion „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Rechtsdienstleistungsrechts“, vom 18.4.2019, BT-Drs. 19/9527 sowie zum
- Beschlussantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen „Anwaltliches Berufsrecht zukunftsfest machen“ vom 29.1.2020, BT-Drs. 19/16884

von

**Prof. Dr. Dirk Uwer, LL.M., Mag.rer.publ.
Rechtsanwalt**

Prof. Dr. Dirk Uwer

Hengeler Mueller
Partnerschaft von
Rechtsanwälten mbB

Benrather Straße 18-20
40213 Düsseldorf

T +49 211 8304 141
F +49 211 8304 170

dirk.uwer@hengeler.com
www.hengeler.com

Executive Summary

1. Der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion vom 18. April 2019 und die Initiative der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 29. Januar 2020 reflektieren digitalisierungsbedingte Umwälzungen auf den Rechtsdienstleistungsmärkten, mit denen die Entwicklung der regulatorischen Rahmenbedingungen bislang nicht mitgehalten hat. Das Ziel beider Vorschläge, das Rechtsdienstleistungs- und das anwaltliche Berufsrecht zumindest in einigen zentralen Teilen an die Wirklichkeit heranzuführen, ist zu begrüßen.
2. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27. November 2019 in „Lexfox / wenigermiete.de“ hat die Notwendigkeit der Neuregulierung der Rechtsdienstleistungsmärkte verschärft. Die Anwaltschaft kann unter unveränderten berufsrechtlichen Rahmenbedingungen für den rational desinteressierten Verbraucher in etlichen Beratungsbereichen keine effektiven Rechtsschutzangebote unterbreiten. Der selbstgesetzte Anspruch der Anwaltschaft, die Teilhabe des Bürgers am Recht zu gewährleisten und so der Verwirklichung des Rechtsstaats zu dienen (§ 1 Abs. 2 BORA), wird faktisch unerfüllbar, wo er auf das rationale Desinteresse des Rechtsschutzbedürftigen trifft. In diese Lücke sind Legal Tech-Anbieter gestoßen.
3. RDG und BRAO bieten jedenfalls im Wettbewerbsbereich von nicht-anwaltlichen Legal Tech-Anbietern und Anwälten bei der außergerichtlichen Rechtsberatung keinen mit den Anforderungen der Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und Art. 3 Abs. 1 GG vereinbaren Regulierungsrahmen. Die strukturelle Benachteiligung der Anwaltschaft durch das anwaltsberufsrechtliche Erfolgshonorar- und das Prozessfinanzierungsverbot sowie das Verbot der Beteiligung nicht sozietätsfähiger Eigenkapitalgeber an anwaltlichen Berufsausübungsgemeinschaften bedarf der gesetzgeberischen Korrektur.
4. Das Lexfox-Urteil des BGH hat neben dem verfassungsrechtlichen einen weitaus dramatischeren unionsrechtlichen Handlungsdruck aufgezeigt. Gesetzliche Beschränkungen der anwaltlichen Berufsausübung beim Erfolgshonorar, der Prozessfinanzierung oder der Finanzierung der eigenen Tätigkeit durch Kapi-

tal von Dritten können unionsrechtlich nicht mehr gerechtfertigt werden. Die Regulierungskonzepte von BRAO und RDG sind nicht länger kohärent. Anders als nach deutschem Verfassungsrecht, das die Feststellung des Verfassungsverstoßes der §§ 49b Abs. 2 S. 1 und 2, 59a Abs. 1 S. 1 BRAO dem BVerfG vorbehält (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 93 GG), führt der von jedem mitgliedstaatlichen Gericht und jeder mitgliedstaatlichen Behörde zu beachtende Anwendungsvorrang des Unionsrechts schon jetzt zur Freiheit der Anwaltschaft (und der Pflicht der Rechtsanwaltskammern), die entsprechenden Verbote unangewendet zu lassen. Es ist indes die originäre Aufgabe des Gesetzgebers, die derzeit asymmetrisch regulierten Rechtsdienstleistungsmärkte kohärent und konsistent und damit europarechtskonform zu regulieren. Das Verfassungsrecht zwingt ihn, berufsständische Gesichtspunkte der „Berufsbildpflege“ dabei zu ignorieren.

5. Dem FDP-Gesetzentwurf gebührt das Verdienst, sich zu einem weiterentwickelten Markt juristischer Dienstleistungen zu bekennen, der nur funktionieren kann, wenn das geltende Recht eine sichere Grundlage für sämtliche Akteure bietet. Die Zukunft der Rechtsdienstleistungsmärkte soll damit regulatorisch nicht durch die Verdrängung einzelner oder einer Gruppe von Marktteilnehmern wie der neuen Legal Tech-Anbieter, sondern durch eine wettbewerbsneutrale partielle Deregulierung erreicht werden. Das ist der aus verfassungs- und europarechtlicher Perspektive vorzugswürdige, wenn nicht zwingende Ansatz.
6. Der zentrale Vorschlag des FDP-Gesetzentwurfs ist zugleich sein größter Schwachpunkt. § 2 Abs. 1 RDG-E will im Wege der „Klarstellung“ regeln, dass Rechtsdienstleistungen „ganz oder teilweise automatisiert erbracht werden“ können. Der Vorschlag stellt allerdings die bestehende Rechtslage nicht etwa klar, sondern trifft eine Neuregelung, die mehr Fragen aufwirft, als sie zu lösen vermag. Die „Automatisierten Rechtsdienstleistungen“ werden im Entwurf nicht legaldefiniert. Die konzeptionelle Schwäche des gewählten Ansatzes liegt darin, auf die Modalität der Leistungserbringung („automatisiert“) abzustellen, während § 10 Abs. 1 RDG im Übrigen gegenständlich, nämlich sachbereichsbezogen, Ausnahmen vom Verbotsgesetz vorsieht. Nach der Formulierung des Vorschlags sollen alle vollautomatisierten Angebote ohne Rücksicht auf den Inhalt ihres Angebots privilegiert werden. Damit wären auch Vertragsgeneratoren künftig als Rechtsdienstleister privilegiert, und zwar unabhängig vom Sachgebiet, für das sie algorithmisch generierte Rechtsdokumente anbieten. Damit einhergehen dürfte die vollständige Freigabe

der außergerichtlichen Rechtsberatung, sofern sie nur „automatisiert“ erfolgt und dafür die besondere Sachkunde als Registrierungsvoraussetzung nachgewiesen ist. Das dürfte zu einer verfassungsrechtlich höchst angreifbaren Ungleichbehandlung zur außergerichtlichen, aber eben nicht automatisierten Rechtsberatung durch Nicht-Anwälte führen. Die damit im Vorschlag angelegte perspektivische „Vollliberalisierung“ der außergerichtlichen Rechtsberatung ist erwägenswert und weder rechtsvergleichend noch rechtshistorisch präzedenzlos.

7. Die im FDP-Gesetzentwurf vorgeschlagene vollständige Aufhebung des bestehenden Verbots der Vereinbarung eines Erfolgshonorars, § 49b Abs. 2 BRAO, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Die bisherigen Ausnahmen in § 4a RVG sind ungenügend und führen zu nicht mehr hinnehmbaren Diskrepanzen zwischen dem Erfolgshonorarverbot für Anwälte und der Freiheit nicht-anwaltlicher Legal Tech-Anbieter, Erfolgshonorarvereinbarungen zur Grundlage ihres Geschäftsmodells zu machen. Das BVerfG hat ein Erfolgshonorarverbot zwar unter einschränkenden Voraussetzungen gebilligt, aber keineswegs gefordert. Dem Gesetzgeber steht es verfassungsrechtlich frei, das Erfolgshonorarverbot vollständig aufzuheben. Die auch im Grünen-Antrag dem Grunde nach unterstützten, derzeit diskutierten Modelle, anwaltliche Erfolgshonorarvereinbarungen nur bis zu einem bestimmten Streitwert zuzulassen, sind kaum willkürfrei begründbar.
8. Die von der FDP vorgeschlagene Einschränkung des Provisionsverbots ist zu begrüßen: Das bisher in § 49b Abs. 3 S. 1 BRAO enthaltene Verbot der Abgabe und Entgegennahme von Vorteilen für die „Vermittlung“ von Mandaten wird auf ein Verbot der „Weitergabe“ zurückgeführt; die Vermittlung von Mandaten gegen Honorar oder sonstige Vorteile vor Erteilung des Auftrags wird bei unverzüglicher Anzeige an den Auftraggeber zulässig. Da es dem Mandanten freisteht, dem Dritten den vermittelten Auftrag zu entziehen, sind Verbraucherschutz einschränkungen nicht zu befürchten.
9. Der Grünen-Antrag zu II. weckt konzeptionell Zweifel, wenn er nur „in Einzelfällen“ eine Prozessfinanzierung ermöglichen soll. Wenn der Einzelfall entsprechend der Auslegung des geltenden § 4a Abs. 1 RVG als mandanten- wie anwaltsbezogene Beschränkung verstanden werden soll, dann ist der Vorschlag nicht stimmig: Bei den etablierten und erfolgreichen Legal Tech-

Geschäftsmodellen werden Erfolgshonorar und Prozessfinanzierung kombiniert. Wenn also bis zu einer Wertgrenze (Antrag zu I.) regelmäßig die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zulässig sein soll, dann wäre der gewünschte faire Wettbewerb für Anwälte nur hergestellt, wenn ihnen bis zu diesem Betrag auch die Finanzierung der Prozesskosten als Regelfall ermöglicht wird.

10. Die von den Grünen-Anträgen zu III. und zu IV. intendierte Verbesserung der interprofessionellen Zusammenarbeitsmöglichkeiten von Rechtsanwälten und die geforderte Neuordnung des anwaltlichen Gesellschaftsrechts sind ebenso rechtspolitisch dringend wie europa- und verfassungsrechtlich zwingend. Das künftige anwaltliche Gesellschaftsrecht und das Berufsrecht insgesamt müssen einem funktionalen (tätigkeitsbezogenen) Regulierungsansatz folgen und strukturelle Restriktionen vermeiden. Schon der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 30. November 2006 zur Novellierung des Rechtsberatungsrechts enthielt dazu einen innovativen, unverändert aktuellen Vorschlag zu § 59 Abs. 4 BRAO-E (BT-Drs. 16/3655, S. 14 f.), der wiederaufgegriffen werden sollte.

11. Auch der im berufsständischen Diskurs regelmäßig perhorreszierte „Fremdbesitz“ (auch: „Fremdbeteiligungsverbot“ oder „Fremdkapitalverbot“) ist als verfassungsrechtlich ohne weiteres zulässig und nunmehr im Bereich von Legal Tech-Angeboten europarechtlich zwingend neu zu ordnen. Der Gesetzgeber ist zur Vermeidung weiterer verfassungsgerichtlich erzwungener Öffnungen gehalten, das anwaltliche Gesellschaftsrecht gesamthaft zu liberalisieren und strukturelle Beschränkungen abzuschaffen. Die anwaltlichen „Core Values“ können und müssen rechtsform- und gesellschaftsrechtlich unabhängig funktional sichergestellt werden.

I. Ausgangslage: Modernisierungstau im Rechtsdienstleistungs- und im anwaltlichen Berufsrecht

1. Die Gegenstände der öffentlichen Anhörung vor dem Ausschuss Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages sind von hoher Aktualität. Der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion („FDP“) vom 18. April 2019, mit dem Legal Tech-Anbietern die Erbringung automatisierter Rechtsdienstleistungen als Rechtsdienstleister i.S.d. Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) in wesentlich weiterem Umfang als nach geltendem Recht erlaubt werden soll, und die Initiative der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen („Die Grünen“) vom 29. Januar 2020, der im Kern auf eine liberalisierende Reform der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) abzielt, reflektieren digitalisierungsbedingte Umwälzungen auf den Rechtsdienstleistungsmärkten, mit denen die Entwicklung der regulatorischen Rahmenbedingungen bislang nicht mitgehalten hat. Das Ziel beider Vorschläge, das Rechtsdienstleistungs- und das anwaltliche Berufsrecht zumindest in einigen zentralen Teilen an die Wirklichkeit heranzuführen, verdient Anerkennung und Zustimmung.
2. Modernisierungsmotor der Anwaltschaft war bislang nur selten der Gesetzgeber, sondern zuvörderst das Bundesverfassungsgericht (BVerfG), bemerkenswerterweise am wenigsten die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK).¹ Das war schon so bei den bahnbrechenden Bastille-Beschlüssen vom 14. Juli 1987 (BVerfGE 76, 171 ff. und 196 ff.), mit denen das BVerfG – gegen den Widerstand der BRAK – den „Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts“ – rechtlich kaum je mehr als Clubregeln der Anwaltschaft, aber offensichtlich kein Gesetz, wie es Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zur Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit seit 1949 verlangt – jede verfassungsrechtliche Relevanz absprach.
3. Mit dem Gesetzentwurf der FDP-Fraktion und dem Beschlussantrag der Grünen gelangt das durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 27. November 2019 (VII ZR 285/18) in der Sache „Lexfox / wenigermiete.de“ in seiner Dringlichkeit akzentuierte Modernisierungsprojekt vom justiziellen in den parlamentarischen Raum – wohin es gehört. Berufsständische Widerstände sind indes absehbar. Die mitunter apokalyptisch überhöhten Töne im Nachgang zum Lexfox-Urteil des BGH, mit dem man „die Anwaltswelt auf den Kopf gestellt“ und gleich „die Zukunft der Rechtspflege“ aufs Spiel gesetzt sieht, und berufsständische Durchhalteparolen („Wo Legal Tech draufsteht, muss immer auch Anwalt drinstecken.“) sind unangemessen und werden schon aus unions- und verfassungsrechtlichen Gründen beherzte gesetzgeberische Modernisierungsmaßnahmen nicht aufhalten dürfen.

¹ Kritisch jüngst *D. Uwer*, RETHinking the Bar? – Die Bundesrechtsanwaltskammer, Legal Tech und die Novellierung des anwaltlichen Berufsrechts, RETHinking:Law 6/2019, 34 ff.

- 4
3. Erfolg und Attraktivität vieler nicht-anwaltlicher Rechtsdienstleister in Verbrauchersachen bestehen darin, dass Verbrauchern ein risikofreies Angebot unterbreitet werden kann, wonach sie nur im Erfolgsfall eine Provision zahlen, im Misserfolgfall aber nichts. Rechtstechnisch bedeutet das, dass Rechtsdienstleister im Regelfall Erfolgshonorare vereinbaren bzw. auf ein eigenes Honorar gänzlich verzichten können und außerdem rechtlich nicht gehindert sind, Verfahrenskosten Dritter zu übernehmen, also wie ein Prozessfinanzierer tätig zu werden. Legal Tech-Anbieter reagieren auf ein gesellschaftlich bekanntes, rechtspolitisch vielschichtiges Problem: Durch rechtswidrige Massengeschäfte kann zwar eine Vielzahl von Verbrauchern geschädigt werden (mit der Folge eines ökonomisch signifikanten Gesamtschadens), beim Einzelnen entsteht jedoch häufig nur ein sehr geringer Schaden, dessen individuelle gerichtliche Verfolgung sich wirtschaftlich nicht lohnt und neben einem immateriellen Lästigkeitswert auch mit einem materiellen Kostenrisiko verbunden ist. Dieses sogenannte rationale Desinteresse führt dazu, dass die erzielten Gewinne beim unrechtmäßig handelnden Marktteilnehmer verbleiben und der Geschädigte seinen Schaden erst gar nicht ersetzen zu lassen versucht. In der Abwägung zwischen risikobehafteter Rechtsverfolgung und risikofreiem, wenn auch unbefriedigendem Verzicht auf das eigene Recht entscheiden sich Verbraucher häufig rational für Letzteres.
- 5
4. Die Anwaltschaft muss konzedieren, dass sie unter unveränderten berufsrechtlichen Rahmenbedingungen für den rational desinteressierten Verbraucher keine effektiven Rechtsschutzangebote unterbreitet und auch nicht unterbreiten kann. Der Verbraucher sucht in diesen Fällen nicht den Weg zum Anwalt, sondern übt Verzicht. Der selbstgesetzte Anspruch der Anwaltschaft, die Teilhabe des Bürgers am Recht zu gewährleisten und so der Verwirklichung des Rechtsstaats zu dienen (§ 1 Abs. 2 BORA), wird faktisch unerfüllbar, wo er auf das rationale Desinteresse des Rechtsschutzbedürftigen trifft. In diese Lücke sind Legal Tech-Anbieter gestoßen. Sie bedienen legitimerweise eine nicht zu negierende Nachfrage nach risikoloser Anspruchsverfolgung und befriedigen das rationale Bedürfnis der Verbraucher, nur im Erfolgsfall Kosten der Rechtsverfolgung tragen zu müssen. Die Diskussion um die Zukunft von Legal Tech ist indes nicht auf die – unbestritten wichtige – Frage des Zugangs zum Recht beschränkt, sondern greift weit darüber hinaus – es geht um die Frage nach guter und zukunftsfester Regulierung; der „Zugang zum Recht ist kein Absolutum, sondern ein Abwägungsparameter unter vielen im weiten Feld der Regulierung.“² Dem muss die Rechtsentwicklung Rechnung tragen, und für die insoweit zwingenden Anpassungen des Rechtsdienstleistungs- und anwaltlichen Berufsrechts liefern beide parlamentarischen Vorlagen wichtige Impulse.

² H.-J. Hellwig, AnwBl Online, 2020, 260.

II. Verfassungs- und europarechtlicher Handlungsbedarf

- 6 1. Das Lexfox-Urteil des BGH hat einige der bekannten verfassungsrechtlichen Sollbruchstellen des anwaltlichen Berufsrechts nachgerade grell ausgeleuchtet: RDG und BRAO bieten jedenfalls im Wettbewerbsbereich von nicht-anwaltlichen Legal Tech-Anbietern und Anwälten bei der außergerichtlichen Rechtsberatung keinen mit den Anforderungen der Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitssatz, Diskriminierungsverbot) vereinbaren Regulierungsrahmen. Die strukturelle Benachteiligung der Anwaltschaft durch das anwaltsberufsrechtliche Erfolgshonorar- und das Prozessfinanzierungsverbot sowie das Verbot der Beteiligung nicht sozietätsfähiger Kapitalgeber an anwaltlichen Berufsausübungsgemeinschaften bedarf der gesetzgeberischen Korrektur, wie im Folgenden anhand der konkreten Vorschläge von FDP und Grünen zu zeigen sein wird.
- 7 2. Das Lexfox-Urteil des BGH hat indes – eher mittelbar – neben dem verfassungsrechtlichen einen weitaus dramatischeren unionsrechtlichen Handlungsdruck aufgezeigt, wie *H.-J. Hellwig* soeben im Detail dargelegt hat: Die Regulierung des Anwaltsberufs steht insgesamt nicht mehr im Einklang mit dem höherrangigen supranationalen Recht. Beschränkungen der anwaltlichen Berufsausübung beim Erfolgshonorar, der Prozessfinanzierung oder der Finanzierung der eigenen Tätigkeit durch Kapital von Dritten können unionsrechtlich nicht mehr gerechtfertigt werden. Die Regulierungskonzepte von BRAO und RDG sind nicht länger kohärent.³ Anders als nach deutschem Verfassungsrecht, das die Feststellung des Verfassungsverstoßes der §§ 49b Abs. 2 S. 1 und 2, 59a Abs. 1 S. 1 BRAO dem BVerfG vorbehält (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 93 GG), führt der von jedem mitgliedstaatlichen Gericht und jeder mitgliedstaatlichen Behörde zu beachtende Anwendungsvorrang des Unionsrechts schon jetzt beispielsweise dazu, dass eine Anwaltskanzlei einen (nach herrschender Auffassung zu § 59a Abs. 1 S. 1 BRAO) nicht sozietätsfähigen Kapitalgeber als weiteren Gesellschafter aufnehmen kann, wenn der von ihm erbrachte Finanzierungsbeitrag dem Zweck dient, die Inkassodienstleistungstätigkeit der Kanzlei zu finanzieren.⁴
- 8 Zur Vermeidung unterschiedlicher Rechtsanwendung durch unterschiedliche Kammern und Gerichte und zur Herstellung einer einheitlich geltenden, unzweifelhaft unionsrechtskonformen Rechtslage ist der Gesetzgeber gehalten, dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts bereits auf der gesetzlichen Ebene Rechnung zu tragen und die vorgenannten europarechtswidrigen Beschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht zu beseitigen. Es ist die originäre Aufgabe des Gesetzgebers, die derzeit „asymmetrisch regulierten Rechtsdienstleistungsmärkte mit einem identischen Rechtsdienstleistungsangebot“⁵ „symmetrisch“, also kohärent und konsistent und damit europarechtskonform, zu regulieren. Das

³ *H.-J. Hellwig*, AnwBI Online, 2020, 260 ff.

⁴ *H.-J. Hellwig*, AnwBI Online, 2020, 263.

⁵ So die prägnante Einschätzung von *M. Kilian*, AnwBI 3/2020, 157, 159.

Verfassungsrecht zwingt ihn sodann, berufsständische Gesichtspunkte⁶ der „Berufsbildpflege“ dabei zu ignorieren.⁷

- 9 Das bestehende Kohärenzdefizit wirkt sich schon jetzt aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts aus und wird sich in Zukunft verstärkt als europarechtliches Korrektiv für jede Form von restriktiver nationaler Regulierung der Rechtsdienstleistungsmärkte erweisen.⁸ Die EU-Richtlinie vom 28. Juni 2018 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer (beziehungsweise Änderung bestehender) Berufsreglementierungen rezipiert in Erwägungsgrund (22) und Art. 7 Abs. 2 (c) die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) dahingehend, dass nationale Maßnahmen, die den Berufszugang oder die Ausübung des Berufs beschränken, das heißt behindern oder weniger attraktiv machen, nur dann geeignet sind, das angestrebte Ziel zu erreichen, wenn „sie diesem Ziel tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise gerecht werden und somit den Risiken entgegenwirken, die bei vergleichbaren Tätigkeiten in ähnlicher Weise identifiziert werden.“ Soweit es an dieser kohärenten und systematischen Zielverfolgung fehlt, ist die mitgliedstaatliche Zugangs- bzw. Ausübungsbeschränkung zur Zielerreichung ungeeignet und deshalb unverhältnismäßig und darf wegen Unionsrechtswidrigkeit nicht angewendet werden. Die Frist zur Umsetzung der Richtlinie in innerstaatliches Recht endet zwar erst am 30. Juli 2020. Erst danach greifen ihre Bestimmungen über die Pflichten zur Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer (bzw. Änderung bestehender) Berufsreglementierungen, zu Informationen für Interessenträger und Mitwirkung von Interessenträgern, zum Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten und zur Transparenz sowie zur Überprüfung alle fünf Jahre. Die materiell-rechtlichen Bestimmungen der Richtlinie zum Maßstab der Prüfung (Art. 4-7) sind jedoch bereits jetzt insofern relevant, als sie die einschlägige primärrechtliche Rechtsprechung des EuGH widerspiegeln.
- 10 6. Der BGH musste in „Lexfox“ die unionsrechtlichen Kohärenzerfordernisse nicht thematisieren, weil der Fall dazu keine Veranlassung bot, dies jedoch aus einem Grund, der für die Beurteilung der beiden hier zu behandelnden Vorlagen wesentlich ist: Die unionsrechtliche Inkohärenz führt nicht dazu und verlangt nicht etwa, das niedrigere Regulierungsniveau registrierter Inkassodienstleister auf das höhere anwaltliche Regulierungsniveau anzuheben, wie dies zu Unrecht rechtspolitisch verschiedentlich gefordert wird. Das Gegenteil ist richtig: Im Bereich der (auf der Linie der BGH-Entscheidung umfassend zu verstehenden) Inkassodienstleistung wird durch das Unionsrecht das anwaltliche Regulierungsniveau abgesenkt auf das Niveau eines regulierten Inkassodienstleisters; auf diesem Weg (und nur auf diesem) wird wettbewerblich ein „equal level playing field“ hergestellt. Eines Gesetzgebungsaktes des deutschen Gesetzgebers be-

⁶ Vgl. etwa *O. Kury*, BRAK-Mitt. 6/2019, 270 („herausragend bewährte, rechtlich überzeugende und für das tradierte, aber auch moderne Berufsbild der Anwaltschaft tragende und prägende Elemente“).

⁷ Überzeugend *M. Kilian*, AnwBl 3/2020, 157, 159.

⁸ Ausführlich zum Folgenden *H.-J. Hellwig*, AnwBl Online, 2020, 260, 261 ff.

darf es dazu, wie dargelegt, für die Rechtsanwendungsebene nicht – das gegenüber den für Inkassodienstleister geltenden Anforderungen „überschießende“ anwaltliche Regulierungsniveau darf wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts hinsichtlich des Erfolgshonorar- und Prozesskostenfinanzierungsverbots nicht weiter angewendet werden.⁹

III. FDP-Gesetzentwurf

1. Kernanliegen: Reformimpuls

11 Der Gesetzentwurf der FDP-Fraktion vom 18. April 2019 konnte die Lexfox-Entscheidung des BGH und ihre weitreichenden unionsrechtlichen Konsequenzen noch nicht absehen. Das schmälert freilich die Bedeutung des mit dem Vorschlag verfolgten Grundanliegens nicht: die Anerkennung moderner Unternehmensformen und innovativer digitaler Lösungen auf dem Rechtsdienstleistungsmarkt, die Verbrauchern niedrigschwellige Möglichkeiten zur Wahrnehmung und Durchsetzung ihrer Rechte eröffnen. Die damit und angesprochene genuin rechtsstaatliche Frage des Zugangs zum Recht ist, wie eingangs dargelegt, indes ein, aber nicht der einzige regulatorische Abwägungsparameter.¹⁰ Dem FDP-Vorschlag gebührt das Verdienst, sich zu einem „weiterentwickelten Markt juristischer Dienstleistungen“ zu bekennen, der nur funktionieren kann, „wenn das geltende Recht eine sichere Grundlage für sämtliche Akteure bietet“. Die Zukunft der Rechtsdienstleistungsmärkte soll damit regulatorisch nicht durch die Verdrängung einzelner oder einer Gruppe von Marktteilnehmern wie der neuen Legal Tech-Anbieter erreicht, sondern durch eine wettbewerbskonforme partielle Deregulierung erreicht werden. Das ist zweifellos der aus verfassungs- und europarechtlicher Perspektive vorzugswürdige, wenn nicht zwingende Ansatz.

12 Die folgenden Anmerkungen beschränken sich auf die rechtsdienstleistungs- und anwaltsberufsrechtlichen Aspekte des FDP-Vorschlags (Art. 1 und 2 des Gesetzentwurfs).

2. Zur Änderung des RDG – Automatisierte Rechtsdienstleistungen

13 So begrüßenswert das Kernanliegen des FDP-Vorschlags ist, so bemerkenswert ist zugleich, dass der zentrale Vorschlag des Gesetzentwurfs sein größter Schwachpunkt ist. § 2 Abs. 1 RDG-E will im Wege der „Klarstellung“ regeln, dass Rechtsdienstleistungen „ganz oder teilweise automatisiert erbracht werden“ können. Der Vorschlag stellt allerdings die bestehende Rechtslage nicht etwa

⁹ Ausführlich dazu *H.-J. Hellwig*, AnwBl Online, 2020, 260, 261 f.

¹⁰ So zu Recht *H.-J. Hellwig*, AnwBl Online, 2020, 260.

klar, sondern trifft eine Neuregelung, die mehr Fragen aufwirft, als sie zu lösen vermag:

- 14 a) Dabei geht der Entwurf zu Recht vom Normenbefund der §§ 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 RDG aus, mit denen die selbständige Erbringung von außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen nur in dem durch das RDG, andere Gesetze oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt ist (Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt). Ob automatisierte Dienstleistungen eine Rechtsdienstleistung i.S.d § 2 Abs.1 RDG (legaldefiniert als „Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert“) sind, ist mit Blick auf das zweite Tatbestandsmerkmal, die geforderte rechtliche Prüfung des Einzelfalls, gerade heftig umstritten. Ob die Bereitstellung eines algorithmisch basierten Fragenkatalogs oder die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs zur Mietpreisminderung jeweils eine erlaubnispflichtige Einzelfallprüfung ist oder sich auf eine schematische Rechtsanwendung beschränkt, ist nach geltendem Recht stets eine diffizile Abgrenzungsfrage.¹¹ Die (nicht rechtskräftige) Entscheidung des Landgerichts Köln vom 8. Oktober 2019 (33 O 35/19) zu Vertragsgeneratoren (Smartlaw Contracts) kam – entgegen der (richtigen) Einschätzung der Rechtsanwaltskammer Köln – aufgrund eines Vergleichs mit der Konsultation eines klassischen Formularhandbuchs zu der Einschätzung, der Individualisierungsgrad des auf der Grundlage von Benutzereingaben (nach bis zu 40 Fragen) konkret ausgeworfenen Vertrags sei so hoch, dass dies einer individuellen anwaltlichen Fallprüfung gleichkomme.
- 15 b) Nach dem FDP-Vorschlag dürfte jede Dienstleistung – bei Erfüllung der sonstigen Merkmale aus § 2 Abs. 1 und 2 RDG – auch zugleich eine Rechtsdienstleistung darstellen, wenn diese teilweise oder vollständig automatisiert erbracht wird. Der Vorschlag einer solchen gesetzlichen Regelung würde damit vermutlich den Gegnern einer Liberalisierung des Rechtsdienstleistungsrecht in die Hände spielen, wenn nämlich zugleich das außerhalb der Erlaubnistatbestände des RDG bestehende Verbot der Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch Nicht-Anwälte auch für derartige teilweise oder vollständig automatisiert erbrachte Rechtsdienstleistungen bestehen bleibt. Damit würde das Gegenteil des Gewollten erreicht.
- 16 c) Auch der Vorschlag zur Ergänzung des § 10 Abs. 1 und 2 RDG wird der Intention des Gesetzentwurfs nicht gerecht. Um die „Flucht in die Inkassolizenz“ durch Legal-Tech-Anbieter, deren Geschäftsmodell gerade nicht auf klassische Inkassodienstleistungen beschränkt ist, zu verhindern, sollen die „Automatisierten Rechtsdienstleistungen“ als eigenständiger Bereich aufgenommen und den bisher kodifizierten, durch Sachkundenachweis unterlegten Rechtsdienstleistungsangeboten (Inkassodienstleistungen, Rentenberatung und Rechtsdienstleistungen in einem ausländischen Recht) registrierter Personen gleichgestellt werden.

¹¹ Dazu jüngst instruktiv *T. Günther / L. Grupe*, K&R 3/2020, 173.

- 17 Der Gesetzentwurf enthält sich einer Legaldefinition solcher „Automatisierter Rechtsdienstleistungen“ und programmiert damit neue, aber nicht weniger schwierige Abgrenzungsfragen als sie mit dem durch den BGH in „wenigermiete.de“ vorläufig und sicher nicht für alle Konstellationen abschließend entschiedenen Umfang der Inkassodienstleistungsbefugnis bestanden und weiterhin bestehen.
- 18 Die konzeptionelle Schwäche des gewählten Ansatzes liegt darin, auf die *Modalität* der Leistungserbringung („automatisiert“) abzustellen, während § 10 Abs. 1 RDG im Übrigen gegenständlich, nämlich *sachbereichsbezogen*, Ausnahmen vom Verbotsgesetz vorsieht.
- 19 Darüber hinaus wirft auch der modalitätsbezogene Ansatz Grundsatzfragen auf: Nach der Formulierung des Vorschlags sollen alle vollautomatisierten Angebote ohne Rücksicht auf den Inhalt ihres Angebots privilegiert werden. Damit wären auch Vertragsgeneratoren, über die das Landgericht Köln befunden hat, künftig als Rechtsdienstleister privilegiert, und zwar – und das ist entscheidend – unabhängig vom Sachgebiet, für das sie algorithmisch generierte Rechtsdokumente anbieten.
- 20 Damit einhergehen dürfte die vollständige Freigabe der außergerichtlichen Rechtsberatung, sofern sie nur „automatisiert“ erfolgt und dafür die besondere Sachkunde als Registrierungsvoraussetzung nachgewiesen ist. Weil besondere Sachkunde aber ein Aliud und regelmäßig auch ein Minus ist zur Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz als Regelvoraussetzung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft (§ 4 S. 1 Nr. 1 BRAO), drängt sich eine verfassungsrechtlich höchst angreifbare Ungleichbehandlung zur außergerichtlichen, aber eben nicht automatisierten Rechtsberatung durch Nicht-Anwälte auf. Es wäre verfassungsrechtlich kaum haltbar, die nicht-automatisierte außergerichtliche Rechtsberatung etwa in Form der Rentenberatung oder der Beratung im ausländischen Recht nur sachbereichsbezogen zu erlauben, aber die automatisierte außergerichtliche Rechtsberatung für alle Rechtsgebiete freizugeben.
- 21 Die damit im Vorschlag angelegte perspektivische „Vollliberalisierung“ der außergerichtlichen Rechtsberatung ist erwägenswert und sollte nicht vorschnell mit überkommenen Invokationen des „Anwaltsprivilegs“ abgetan werden. Bis zum Rechtsberatungsgesetz von 1935 gab es in Deutschland keine Beschränkung des außergerichtlichen Rechtsberatungsrechts, und sie existierte nie und auch heute nicht in vielen anderen Jurisdiktionen. Der delegitimierende Hintergrund dieser Beschränkung (die Perpetuierung des Ausschlusses jüdischer Rechtsanwälte durch das Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft von 1933 in den außergerichtlichen Rechtsberatungsbereich) ist allgemein bekannt,¹² wird indes in der berufsständischen Verteidigung dieses anwaltlichen Besitzstandes eher unrühmlich konsequent ausgeblendet. Insofern erwiese sich der FDP-Vorschlag mit der faktischen Freigabe des außergerichtlichen Rechts-

¹² S. zuletzt M. Kleine-Cosack, AnwBl Online 2019, 6.

beratungsmarktes als konsequent liberal. Er lässt indes offen, ob diese weitreichende Folge wirklich intendiert oder eher ein Kollateralfolge unzureichender Einpassung in die Regelungssystematik der §§ 2, 3 und 10 ff. RDG ist.

- 22 Ebenfalls offen bleibt, ob und in welchem Ausmaß teilautomatisierte Angebote in ihren verschiedenen Ausprägungen erfasst sein sollen. Plattformen und Vermittlungsportale wie *anwalt.de* oder *advocado.de*, auch sachbereichsspezifische wie etwa *geblitzt.de*, unterscheiden sich grundlegend von den bisher über die Inkassodienstleistungserlaubnis (§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG) legalisierten Angebote wie *flightright.de* oder *wenigermiete.de*. Folgt man dem Vorschlag, könnten sie wie vollautomatisierte Vertragsgeneratoren selbst dann unterschiedslos der Registrierungspflicht unterliegen, wenn ihr Rechtsberatungsgeschehen gegenüber dem Vermittlungsanteil vernachlässigungswert ist.
- 23 d) Systematisch ungeklärt bleibt auch das Verhältnis des neuen Erlaubnistatbestands zu § 4 RDG. Diese – nach Wortlaut und Systematik problematische und verfassungskonform eng auszulegende Vorschrift – verbietet Rechtsdienstleistungen, wenn deren Erbringung mit einer anderen Leistungspflicht des Rechtsdienstleisters unvereinbar ist. Diese Interessenkollisionsnorm zielt vor allem auf Rechtsschutzversicherer, die keine Rechtsdienstleistungen für ihre Versicherten erbringen können sollen, soweit es um die Geltendmachung oder Abwehr von Ansprüchen gegen Dritte geht (s. BT-Drs. 16/3655, S. 51), wurde und wird aber auch und vor allem Anbietern wie Lexfox (dort vor dem BGH letztlich erfolglos) oder Financialright (dort in erster Instanz vor dem Landgericht München I erfolgreich) entgegengehalten.¹³ Ohne eine Klärung des Verhältnisses von § 10 RDG und § 4 RDG wird die fortbestehende Nichtigkeitsfolge aus § 4 RDG die mit der Erweiterung von § 10 RDG beabsichtigte Sicherung des Geschäftsmodells von Legal-Tech-Anbietern entgegen der Intention des Gesetzentwurfs gefährden.
- 24 e) Das Grundanliegen des FDP-Vorschlags bleibt bei alledem legitim und zwingend: Es bedarf eines sicheren Rechtsrahmens für die nicht-anwaltliche außergerichtliche Rechtsberatung. Über dessen Modalitäten muss weiter intensiv diskutiert werden. Zu Recht mahnt die Wissenschaft¹⁴ hier Sorgfalt an: Regulierungsansätze sind stets pfadabhängig und können Langzeitwirkungen haben. Weder die unvollkommene Aufnahme von „Automatisierten Rechtsdienstleistungen“ in das bestehende Regulierungskorsett des RDG noch eine Unterwerfung von Legal Tech-Geschäftsmodellen unter das noch vom überkommenen Bild des generalistischen Einzelanwalts in seiner Kanzlei geprägte Berufsrecht der BRAO bieten eine adäquate Lösung, sondern bilden allenfalls den Ausgangspunkt für die Suche nach besseren Wegen.¹⁵

¹³ Kritisch zum „Missbrauch“ des § 4 RDG M. Kleine-Cosack, *AnwBI* 2020, 88, 92 f.

¹⁴ K. v. Lewinski, *AnwBI* 3/2020, S. 147.

¹⁵ Vgl. auch Ph. Plog, *AnwBI* 3/2020, S. 146.

3. Zur Änderung der BRAO – Erfolgshonorar und Mandatsvermittlung

- 25 Die vorgeschlagene vollständige Aufhebung des bestehenden Verbots der Vereinbarung eines Erfolgshonorars, § 49b Abs. 2 BRAO, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Die bisherigen Ausnahmen in § 4a RVG¹⁶ sind ungenügend und führen zu nicht mehr hinnehmbaren Diskrepanzen zwischen dem Erfolgshonorarverbot für Anwälte und der Freiheit nicht-anwaltlicher Legal Tech-Anbieter, Erfolgshonorarvereinbarungen zur Grundlage ihres Geschäftsmodells zu machen.
- 26 a) Das bisherige, nur in praktisch seltenen Fällen durchbrochene Verbot von Erfolgshonoraren ist im Schwerpunkt verbraucherschützend motiviert. Die Informationsasymmetrie zwischen Anwälten und ihren Mandanten soll dazu führen, dass Mandanten nur selten beurteilen können, ob die Konditionen, die einem Erfolgshonorar zugrunde liegen, angemessen sind oder nicht. Der Schutz von Verbrauchern erfordere es daher, Erfolgshonorare nur in Ausnahmefällen zuzulassen.
- 27 b) Das aktuell zu beobachtende Verbraucherverhalten zeigt hingegen, wie der Erfolg von Legal-Tech-Anbietern belegt, eine informierte und bewusste Nachfrage nach einem Dienstleistungsangebot ohne Rücksicht auf eine Anwaltszulassung des Anbieters nach ganz anderen Kriterien: Verbraucher entscheiden souverän, ob und wie sie mit einem Erfolgshonorar und einer quota litis umgehen. Diese Entscheidung ist zu respektieren und sollte nicht unter Berufung auf eine vermeintliche Schutzbedürftigkeit des „Rechtsuchenden“ unterminiert werden. Wer sein rationales Desinteresse an der Anspruchsverfolgung nur überwindet, indem er ein niedrigschwelliges Legal Tech-Angebot um den Preis einer quota litis annimmt, genießt in seiner rationalen Risikoabwägung verfassungsrechtlichen Schutz. Wenn der potentielle Mandant eben auf das Empathie-Angebot klassischer Face-to-face-Beratung nicht nur nicht angewiesen ist, sondern sich bewusst dagegen entscheidet, wenn ihm ein Internet-Portal oder eine App schnellere, einfachere und eben preisgünstigere Hilfe vermittelt, dann darf diese rationale Entscheidung nicht von vornherein diskreditiert werden, am wenigsten unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes.¹⁷
- 28 Mit rechtsstaatlichem Unbehagen ist deshalb der Stellungnahme der BRAK Nr. 9 / Oktober 2019 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht (S. 8 f.) die mehr versteckte denn transparente Forderung zu entnehmen, die aktuellen Legal Tech-Geschäftsmodelle letztlich durch die Hintertür zu verbieten: Wenn dort die Gleichstellung von Rechtsanwaltschaft und Inkassodienstleistern auch auf die Möglichkeit zur Vereinbarung eines Erfolgshonorars erstreckt wird, soll die „bei Verbrauchern beliebte Kombination von Inkasso und Prozessfinanzierung durch Legal-Tech-Anbieter“ verboten werden. Das für Rechtsanwälte geltende weitgehende Ver-

¹⁶ Differenzierende Darstellung des Status quo bei *M. Kilian*, AnwBl 3/2020, 157 ff.

¹⁷ Die Grundrechte des Rechtsuchenden, sich nicht-anwaltlichen Dienstleistern anvertrauen zu dürfen, zu Recht hervorhebend *M. Kleine-Cosack*, AnwBl 2020, 88, 91.

bot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars soll auf Inkassodienstleister übertragen und im RDG verankert werden. Damit hätte man sich der als lästig empfundenen Konkurrenz erledigt. Der FDP-Gesetzentwurf geht aus zwingenden verfassungs- und unionsrechtlichen Gründen den entgegengesetzten Weg.

29

c) Auch wenn der Vorschlag zur vollständigen Freigabe des Erfolgshonorars richtig und zur (Wieder-) Herstellung eines „level playing field“ im Bereich der Vergütung von Rechtsdienstleistungen angemessen ist, dürften die Widerstände aus den Berufsorganisationen erheblich sein, die schon die Entscheidung des BVerfG vom 12. Dezember 2006 (1 BvR 2576/04) zur Verfassungswidrigkeit des ausnahmslosen Verbots der *quota litis* mit Unbehagen aufnahmen.¹⁸ Dabei gerät leicht aus dem Blick, dass das BVerfG ein Erfolgshonorarverbot zwar unter einschränkenden Voraussetzungen gebilligt, aber keineswegs gefordert hat. Dem Gesetzgeber steht es verfassungsrechtlich frei, das Erfolgshonorarverbot vollständig aufzuheben.¹⁹ Er sollte dies unter Überwindung der genannten Widerstände auch tun. Die derzeit diskutierten Modelle, Erfolgshonorarvereinbarungen nur bis zu einem bestimmten Streitwert zuzulassen, sind kaum willkürfrei begründbar.

30

d) Eine Regulierung der Vergütung von Rechtsdienstleistungen darf der Gesetzgeber nur vornehmen, wenn und soweit sie verhältnismäßig, d.h. geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Obwohl das bestehende Verbot von Erfolgshonoraren dem Verbraucherschutz dienen soll, greift es auch in Fällen und für Berufsträger, die grenzüberschreitend wirtschaftsrechtliche Beratung fast ausnahmslos für Mandanten führen, die nicht Verbraucher i.S.d § 13 BGB sind, und dabei im internationalen Wettbewerb auch um adäquate Vergütungsregelungen stehen. Verbraucherschutzüberlegungen fallen in diesen Fällen nicht ins Gewicht. Insoweit dürfte der Status quo sich als verfassungswidrig erweisen und dürfte der Gesetzgeber ohnehin gehalten sein, Erfolgshonorarvereinbarungen in außergerichtlichen vermögensrechtlichen Angelegenheiten, für die der Rechtsanwalt eine Gebührenvereinbarung mit dem Auftraggeber abschließt, abweichend von § 49b Abs. 2 BRAO zuzulassen, wenn der Auftraggeber kein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist.

4. Einschränkung des Provisionsverbots, § 49b Abs. 3 BRAO

31

Der Vorschlag verdient Zustimmung. Das bisher in § 49b Abs. 3 S. 1 BRAO enthaltene Verbot der Abgabe und Entgegennahme von Vorteilen für die „Vermittlung“ von Mandaten wird auf ein Verbot der „Weitergabe“ zurückgeführt; die Vermittlung von Mandaten gegen Honorar oder sonstige Vorteile vor Erteilung des Auftrags wird bei unverzüglicher Anzeige an den Auftraggeber zulässig. Da

¹⁸ Exemplarisch für eine rational nicht fundamentierte Kritik an der Entscheidung des BVerfG etwa *Schons*, in Hartung/Schons/Enders, RVG, 3. Aufl. 2017, § 4a Rn. 1 ff.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006, 1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979, 985 Rn. 110.

es dem Mandanten freisteht, dem Dritten den vermittelten Auftrag zu entziehen, sind Verbraucherschutz einschränkungen nicht zu befürchten.

IV. Beschlussantrag der Grünen

1. Kernanliegen: Level Playing Field

- 32 Der Antrag der Grünen zitiert einleitend programmatische Normen der BRAO und der BORA und hebt die Rolle der Anwaltschaft als „Organe der Rechtspflege“ und „tragende Säule unseres Rechtsstaats“ hervor. Diese affirmative Haltung zur Rolle der Anwaltschaft dürfte ungeachtet aller Zweifel an der „Organformel“ des § 1 BRAO, ihrer dogmatischen Konturenlosigkeit und argumentativen Unschärfe²⁰ ohne weiteres anschlussfähig sein. Wichtiger ist aber, dass der Antrag (insoweit übereinstimmend mit dem FDP-Vorschlag) explizit von dem Wunsch getragen ist, den durch Legal Tech-Anbieter vermittelten niedrigschwelligen und verbraucherfreundlichen Zugang zum Recht nicht etwa zu beschränken. Dieser Ansatz kontrastiert wohlthuend mit der formelhaften Forderung insbesondere der BRAK,²¹ wo Legal Tech darauf stehe, müsse Anwalt enthalten sein.²²
- 33 Wettbewerb durch Verbot der Wettbewerber zu verhindern ist in jeder freiheitlichen Wettbewerbsordnung und unter dem Grundgesetz allemal eine verfassungsrechtlich prekäre Idee. Die umgekehrte Perspektive ist deshalb die richtige: Die anwaltliche Berufsfreiheit beschränkende Regeln lassen sich auf Dauer verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen, wenn der wirkliche Grund nicht der Schutz des Verbrauchers und der Rechtspflege vor dem Unrecht ist, sondern der Schutz des Verbrauchers vor denjenigen, die ihnen helfen sollen: nämlich vor den Anwälten. Die anwaltliche Unabhängigkeit wird nicht um ihrer selbst willen geschützt. Der Schutz des Anwalts vor den Interessen der Mandanten rechtfertigt Restriktionen der Berufsausübungsfreiheit nicht – nicht der Anwälte selbst und auch nicht der der Legal Tech-Anbieter.
- 34 Zu Recht rückt der Antrag der Grünen deshalb die „Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs zwischen anwaltlichen und nichtanwaltlichen Dienstleistern“ in den Mittelpunkt und zielen die Aufforderungen an die Bundesregierung im Kern darauf, Restriktionen des anwaltlichen Berufsrechts dort zurückzuführen, wo sie gleiche Wettbewerbsbedingungen mit berufsrechtlich nicht gleichermaßen restringierten Dienstleistern verzerren. Der in der anwaltlichen Diskussion um Legal Tech immer wieder aufscheinenden umgekehrten Idee, Legal Tech-Anbieter dem anwaltlichen Berufsrecht, vor allem dem Erfolgshonorar- und Prozess-

²⁰ Dazu jüngst *M. Kilian*, Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege - eine Spurensuche, AnwBl 12/2019, 662 ff.

²¹ Zurecht kritisch jetzt *M. Klimsch* (Präsident RAK Freiburg), AnwBl 3/2020, 145.

²² Die Formulierung dürfte nicht zufällig nach Inhalt, Form und Zeitgeist frappierend jenem seit 1979 verbürgten Werbeslogan für eine populäre Haselnusscreme ähneln, über den sie für manchen indes argumentativ auch kaum hinauszuweisen vermag.

finanzierungsverbot, zu unterwerfen, um ihre Geschäftsmodelle gleichsam durch die Hintertür zu ersticken, wird so eine klare Absage erteilt. Der Antrag der Grünen kann für sich in Anspruch nehmen, die freiheitsrechtliche Logik des Art. 12 GG weit besser zu rezipieren.

2. Erfolgshonorare bis zu bestimmtem Streitwert und Lockerung des Verbots der Prozessfinanzierung

- 35 Nach dem Antrag der Grünen zu I. soll die Bundesregierung einen Gesetzentwurf vorlegen, der die Vereinbarung eines Erfolgshonorars bis zu einem bestimmten Streitwert zulässt. Damit in engem Zusammenhang steht der – weit vorsichtiger formulierte – Antrag zu II., demzufolge die Bundesregierung prüfen soll, „inwiefern in Einzelfällen eine Lockerung des Verbots der Prozessfinanzierung (Übernahme der Gerichtskosten) sinnvoll und angemessen sein kann“.
- 36 Der Antrag zu I. bleibt hinter dem FDP-Entwurf zurück, ohne dies rechtlich ausreichend begründen zu können. Bis zu welchem Gegenstands- oder Streitwert ein Erfolgshonorar zulässig sein soll, wird nicht spezifiziert. Das dürfte im Ergebnis konsequent und richtig sein. Die derzeit diskutierten Grenzen dürften sich als nicht verfassungskonform begründbar erweisen. So erscheint der von der BRAK offenbar diskutierte Streitwert von 2.000 Euro arbiträr, weil nicht erkennbar ist, warum etwa bei einer Forderung von 2.001 Euro grundlegend anderes gelten soll. Erwogen wird auch, Erfolgshonorarvereinbarungen in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zuzulassen, wenn die Kosten der erstinstanzlichen Rechtsverfolgung (das sind eigene und fremde Anwalts- sowie regelmäßig anfallende Gerichtskosten) mindestens 50% des Streitwerts betragen. Derzeit würde das rechnerisch für Streitwerte bis 5.893 Euro gelten, weil bei diesem Wert die regelmäßigen außergerichtlichen und erstinstanzlichen gerichtlichen Rechtsverfolgungskosten für die erste Instanz bei 2.946,52 Euro liegen. Auch dieses Modell hätte allenfalls eine Scheinplausibilität für sich.
- 37 Der Antrag zu II. weckt konzeptionell Zweifel, wenn er nur „in Einzelfällen“ eine Prozessfinanzierung ermöglichen soll. Wenn der Einzelfall entsprechend der Auslegung des geltenden § 4a Abs. 1 RVG als mandanten- wie anwaltsbezogene Beschränkung verstanden werden soll,²³ also nicht der Regelfall sein darf, dann ist der Vorschlag nicht stimmig: Bei erfolgreichen Legal Tech-Geschäftsmodellen werden Erfolgshonorar und Prozessfinanzierung kombiniert. Wenn also bis zu einer Wertgrenze (Antrag zu I.) regelmäßig die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zulässig sein soll, dann wäre der gewünschte faire Wettbewerb für Anwälte nur hergestellt, wenn ihnen bis zu diesem Betrag auch die Finanzierung der Prozesskosten als Regelfall ermöglicht wird.

²³ Exemplarisch für die restriktive Auslegung des „Einzelfalls“ und des § 4a RVG insgesamt in der Rechtsprechung jüngst OLG München, Beschluss vom 17.9.2019 – 23 U 940/19, BeckRS 2019/36425.

- 38 Die Zurückhaltung der Antragsformulierung reflektiert berufsständische Vorbehalte gegen eine Lockerung des in § 49b Abs. 2 S. 2 BRAO verankerten Verbots der Prozessfinanzierung: Rechtsanwälte, die für den Mandanten aus eigenen Mitteln externe Verfahrenskosten wie Gerichtsgebühren, vom Gericht angeforderte Vorschüsse für Sachverständigen-Kosten oder sonstige Kosten der Prozessführung vorleisten oder übernehmen, könnten ihre objektive Stellung als Verfahrensbevollmächtigte verlieren. Sie übernähmen damit gegebenenfalls finanzielle Eigeninteressen am Ausgang des Verfahrens, gefährdeten ihre Funktion als Organe der Rechtspflege und veränderten das Berufsbild in Richtung eines Rechtskaufmannes, der je nach Erfolgsaussicht eines Verfahrens eigene Mittel in dem Prozess investiert oder nicht. Diese Befürchtungen waren nie und sind auch heute nicht durch empirische Evidenz unterlegt und erweisen sich im Ergebnis einer soliden verfassungsrechtlichen Prüfung als nicht tragfähig.²⁴
3. Interprofessionelle Berufsausübung und Reform des anwaltlichen Gesellschaftsrechts
- 39 Die von den Anträgen zu III. und zu IV. intendierte Verbesserung der interprofessionellen Zusammenarbeitsmöglichkeiten von Rechtsanwälten und die geforderte Neuordnung des anwaltlichen Gesellschaftsrechts sind ebenso dringend wie unions- und verfassungsrechtlich zwingend. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hatte mit Stand vom 27. August 2019 „Eckpunkte für eine Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften“ vorgelegt. Einige von der BRAK mit „Öffnung des Fremdkapitalverbots, Erweiterung der Sozietätsfähigkeit, Berufsausübungsgesellschaften aus Drittstaaten“ umschriebene Eckpunkte stießen umgehend auf den erbitterten Widerstand des Ausschusses BRAO der BRAK (Stellungnahme Nr. 25 vom Oktober 2019) – zu Unrecht. Im Ausgangspunkt dürfte zwar noch Einigkeit bestehen, dass das anwaltliche Gesellschaftsrecht dringend reparaturbedürftig ist. Der spätestens seit den Leitentscheidungen des BVerfG zur Rechtsanwalts- und Patentanwalts-GmbH vom 14. Januar 2014 (1 BvR 2998/11) und zur interprofessionellen Partnerschaft eines Rechtsanwalts mit einer Ärztin und Apothekerin vom 12. Januar 2016 (1 BvL 6/13, „Horn“) evidente Reformbedarf im anwaltlichen Gesellschaftsrecht kontrastiert freilich mit einer überwiegend aus nostalgischer Retrospektion gespeisten Veränderungsresistenz vor allem bei der Zulassung interprofessioneller Berufsausübungsgemeinschaften.
- 40 Die BVerfG-Entscheidungen vom 14. Januar 2014 und 12. Januar 2016 markieren den Beginn der verfassungsgebotenen Erosion eines von Art. 12 GG losgelösten Verständnisses interprofessioneller Zusammenarbeit. Seitdem ist geklärt, dass nicht der interprofessionelle Zusammenschluss der „Zulassung“ oder Rechtfertigung bedarf, sondern sein Verbot oder seine Beschränkung. Auch unionsrechtlich rechtfertigungsbedürftig ist nicht die interprofessionelle Zusammenarbeit von Anwälten und Nicht-Anwälten, sondern deren Einschrän-

²⁴ Überzeugend jüngst A.-K. Pieronczyk, AnwBl Online 2020, 193 ff.

kung. Das künftige anwaltliche Gesellschaftsrecht (und das Berufsrecht insgesamt) werden einem funktionalen Regulierungsansatz folgen und strukturelle Restriktionen vermeiden müssen.²⁵

41

Reformüberlegungen zur Interprofessionalität sind kein Phänomen der jüngsten Zeit. Schon der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 30.11.2006 zur Novellierung des Rechtsberatungsrechts enthielt einen innovativen Vorschlag zu § 59 Abs. 4 BRAO-E (BT-Drs. 16/3655, S. 14 f.): *„Rechtsanwälte dürfen ihren Beruf gemeinschaftlich mit Angehörigen vereinbarer Berufe ausüben. Sie dürfen auch im Einzelfall einen Auftrag gemeinsam mit Angehörigen vereinbarer Berufe annehmen oder im Auftrag eines Angehörigen eines vereinbaren Berufs für dessen Vertragspartner Rechtsdienstleistungen erbringen. Sie sind verpflichtet sicherzustellen, dass bei der Zusammenarbeit ihre Berufspflichten eingehalten werden. Ist die Einhaltung der Berufspflichten nicht gewährleistet, muss die Zusammenarbeit unverzüglich beendet werden. Personen, mit denen zusammengearbeitet wird, sind vor Beginn der Zusammenarbeit schriftlich auf die Einhaltung der Berufspflichten zu verpflichten.“* Die Begründung ist noch immer aktuell: *„Nach Satz 1 soll es Rechtsanwälten künftig gestattet werden, ihren Beruf gemeinschaftlich mit Angehörigen aller vereinbaren Berufe (§ 7 Nr. 8, § 14 Abs. 2 Nr. 8) auszuüben. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte selbst erschließen sich zunehmend neue Betätigungsfelder im Bereich der vereinbaren Berufe. Wenn Rechtsanwälte selbst „vereinbare“ Tätigkeiten als Zweitberuf ausüben können und ihr Betätigungsfeld entsprechend ausweiten, gibt es keinen Grund, ihnen eine berufliche Zusammenarbeit mit Professionals zu untersagen, die dieselbe Tätigkeit ausüben. Künftig sollen daher z. B. eine Sozietät einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwalts mit nichtanwaltlichen Mediatorinnen oder Mediatoren, die Aufnahme einer Ärztin oder eines Arztes als Gesellschafterin/ Gesellschafter in eine medizinrechtlich ausgerichtete Anwaltskanzlei oder die berufliche Zusammenarbeit von Anwälten mit Unternehmensberatern möglich sein.“*

42

Der Gesetzgeber sollte entscheidend berücksichtigen, dass die Kernanliegen der Sicherung anwaltlicher Grundpflichten bei interprofessioneller Zusammenarbeit keiner strukturellen Absicherung durch Kooperations- oder Sozietätsverbote oder –beschränkungen bedürfen. Sie knüpfen bereits de lege lata funktional an die indisponiblen und ggf. erstreckungspflichtigen individuellen Berufsträgerpflichten an. Sowohl unionsrechtlich als auch verfassungsrechtlich sind tätigkeitsbezogene individuelle Berufsausübungsregelungen gegenüber strukturellen Beschränkungsmaßnahmen der geringere und damit verhältnismäßigere Eingriff.²⁶ Selbst wenn die gesetzlichen Grundlagen für eine Einbeziehung von Nicht-Anwälten in den anwaltlichen Pflichten- (BRAO, BORA) und Schutzbereich (StPO) nicht ausreichen sollten, sind gesetzgeberische Nachjustierungen (nach

²⁵ Einzelheiten bei D. Uwer, Die interprofessionelle Berufsausübung von Rechtsanwälten: Von der Tradition der Restriktion über die Erosion zur Evolution, AnwBl Online 2019, 20 ff.

²⁶ Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe vollständig verkennend und die europarechtlichen Implikationen ignorierend O. Kury, BRAK-Mitt. 6/2019, 270, 272 f.

dem Vorbild der §§ 43e BRAO, 203 StGB, 160a StPO) gegenüber Kooperationsverboten und –beschränkungen vorzugswürdig und unter Verhältnismäßigkeitsaspekten geboten. Vor diesem Hintergrund erweist sich der Vorschlag der Bundesregierung von 2006, demzufolge Rechtsanwälte ihren Beruf gemeinschaftlich mit Angehörigen aller vereinbaren Berufe (§ 7 Nr. 8, § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO) ausüben dürfen, wenn und soweit sie bei der Einbeziehung nicht-anwaltlicher Mitgesellschafter ihre anwaltlichen Berufspflichten auf diese erstrecken, als bestechend aktuell.

43

Auch der im berufsständischen Diskurs regelmäßig perhorreszierte „Fremdbesitz“ (auch: „Fremdbeteiligungsverbot“ oder „Fremdkapitalverbot“) ist als verfassungsrechtlich ohne weiteres zulässig neu zu ordnen. Dabei ist zunächst terminologisch klarzustellen: Es geht begrifflich bei der „Fremdbeteiligung“ im anwaltlichen Gesellschaftsrecht um die Inhaberschaft von Gesellschaftsanteilen der Berufsausübungsgemeinschaft durch Nicht-Anwälte. Dieser „Fremdbesitz“ ist seit einem Vierteljahrhundert gesetzliche Realität: § 59a Abs. 1 und 2 BRAO sieht genau das vor, und zwar rechtsformunabhängig, jedoch für einen zu klein bemessenen Kreis eligibler nicht-anwaltlicher Gesellschafter. § 59a BRAO geht selbstverständlich davon aus, dass der Berufsträger in der Berufsausübungsgemeinschaft eine „Beteiligung“ hält, die je nach Gesellschaftsform mit einem Anteil am Gesellschaftskapital, also einer Kapitalbeteiligung, einhergehen kann; für die RA-GmbH ist die „Kapitalbeteiligung“ explizit in § 59e BRAO besonderen Regelungen unterworfen. Diese Kapitalbeteiligung ist gesellschaftsrechtlich und bilanziell Eigenkapital und nicht Fremdkapital. Eine Kapitalbeteiligung wird auch nicht vom Eigen- zum Fremdkapital, wenn ein sozietätsfähiger nicht-anwaltlicher Berufsträger Gesellschafter ist.

44

Ist damit schon der Befund *de lege lata* weitaus differenzierter²⁷ als es die verbreitete berufsständische Ablehnung²⁸ der zaghaften Öffnungsvorschläge des BMJV-Eckpunktepapiers glauben machen will, ist der Gesetzgeber zur Vermeidung weiterer verfassungsgerichtlich erzwungener Öffnungen gehalten, das anwaltliche Gesellschaftsrecht gesamthaft zu liberalisieren und strukturelle Beschränkungen abzuschaffen. Die anwaltlichen „Core Values“ können und müssen rechtsform- und gesellschafterunabhängig funktional sichergestellt werden. Dass das Verbot der Eigenkapitalfinanzierung durch *de lege lata* nicht sozietätsfähige Gesellschafter unionsrechtlich sowohl gegen das Verhältnismäßigkeits-erfordernis als auch das Kohärenzgebot verstößt und damit insgesamt europarechtswidrig ist, hat dieser Tage *H.-J. Hellwig* überzeugend nachgewiesen.²⁹ Demgegenüber programmiert die von der BRAK vorgeschlagene halbherzige Erweiterung der sozietätsfähigen Berufe auf Angehörige freier Berufe, die der Aufsicht einer Berufskammer unterliegen und ein Zeugnisverweigerungsrecht

²⁷ Detailliert *O. Islam*, Das Kapitalbeteiligungsverbot an Anwaltsvereinigungen, 2017, mit überzeugender Begründung für die Verfassungswidrigkeit des bestehenden Verbots und Plädoyer für die Zulassung der stillen Gesellschaft mit Dritten.

²⁸ Beispielhaft *O. Kury*, BRAK-Mitt. 6/2019, 270, 272 f. (für die BRAK-Position insgesamt).

²⁹ *H.-J. Hellwig*, AnwBl Online 2020, 260, 262 f.

nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO haben,³⁰ die nächste verfassungsgerichtliche Korrektur – weil sie etwa Fachanwälten für Bau- und Architektenrecht eine Berufsausübungsgemeinschaft mit den zwar verkammerten, aber von § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO nicht erfassten Architekten weiterhin verweigern würde.

4. Erhöhung der RVG-Gebühren

- 45 Die Forderung nach Erhöhung der RVG-Gebühren gehört zum ebenso beständigen wie erfolglosen Repertoire verbandspolitischer Stellungnahmen.³¹ Die Forderung ist ohne weiteres berechtigt. Die gesetzliche Rechtsanwaltsvergütung ist zuletzt mit dem 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz 2013 an die wirtschaftliche Entwicklung angepasst worden. Zuvor hatte der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des RVG am 1. Juli 2004 im Rahmen des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes bewusst auf eine zusätzliche lineare Anpassung der Rechtsanwaltsvergütung verzichtet. Davor waren die Anwaltsgebühren nach der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (BRAGO) letztmalig linear durch das Kostenrechtsänderungsgesetz im Jahr 1994 angehoben worden. Dem Deutschen Bundestag liegt derzeit die Petition 106904 zur Novellierung des RVG vor.³² Der Deutsche Anwaltverein und die BRAK haben bereits im März 2018 detaillierte Vorschläge zur regelmäßigen Anpassung, strukturellen Änderung und Ergänzung und Klarstellung des RVG vorgelegt.³³
- 46 Die von den Grünen vorgeschlagene Festschreibung einer linearen Anpassung, hilfsweise einer Erhöhung in Anlehnung an die Tariflohnentwicklung in maximal vierjährigen Anpassungsintervallen würde die Anwaltschaft und ihre Berufsorganisationen von der mitunter unwürdig wirkenden Bittstellerrolle befreien. So plausibel und rechtlich bedenkenfrei der Vorschlag ist, so skeptisch sind seine Realisierungschancen im politischen Raum nach wie vor zu beurteilen. Die Länder haben Erhöhungen der Anwaltsgebühren regelmäßig mit dem politischen Junktim einer Erhöhung der Gerichtsgebühren versehen und so zu verhindern gewusst. Seit 2019 deutet sich indes Kompromissbereitschaft auf Länderebene an.³⁴

Düsseldorf, 9. März 2020

Dirk Uwer

³⁰ Vgl. dazu wiederum *O. Kury*, BRAK-Mitt. 6/2019, 270, 272 f.

³¹ Vgl. etwa *U. Wessels*, BRAK-Mitt. 1/2020, 1.

³² https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/_2020/_02/_07/Petition_106904.nc.html.

³³ https://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/pressemitteilung_en/rechtspolitik/2018/forderungskatalog-brak-dav_anpassung-rvg-2018_maerz_18-final.pdf

³⁴ <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-und-anwaelte/berufsrecht/rvg-anpassung-dav-kaempft-weiter>

Prof. Dr. Dirk Uwer (50) studierte Rechts-, Verwaltungs-, Sprach- und Literaturwissenschaften in Trier (*Dipl.-Jur.*), Speyer (*Mag. rer. publ.*), Ferrara/Italien, Newcastle/England (*LL.M.*) und Berlin (*Dr. iur.*). Nach Studium und Universitätsassistentz (u.a.) bei Prof. Udo Di Fabio promovierte er bei Prof. Michael Kloepfer an der Humboldt-Universität mit einer Dissertation zur Europäischen Menschenrechtskonvention (s.c.l., Wissenschaftspreis für Europafor- schung). Nach Referendariat und 2. Staatsexamen begann er 1999 seine Berufstätigkeit als Rechtsanwalt bei Hengeler Mueller, einer der ältesten und renommiertesten deutschen Wirtschaftskanzleien, in Düsseldorf – mit längeren Stationen in Berlin und London –; seit 1.1.2006 ist er Partner der Sozietät.

Schwerpunkte seiner Anwaltstätigkeit sind das Öffentliche Wirtschaftsrecht einschließlich des Europa-, Verfassungs- und Verwaltungsrechts, Energierecht, Umweltrecht, Medizin- recht, Datenschutzrecht, Außenwirtschaftsrecht, Compliance, Internal Investigations und Wirtschaftsstrafrecht sowie das Recht der freien Berufe.

Er lehrt u.a. an der Hochschule Bonn-Rhein-Sieg, der Freien Universität und der Techni- schen Universität Berlin und ist Autor von mehr als 100 Veröffentlichungen, darunter etliche zum anwaltlichen Berufsrecht. Dirk Uwer ist eines von zwei Nicht-Schweizer Mit- gliedern des Beirats der Law School der Universität St. Gallen, Direktor des Instituts für Regulierung und Governance in Sankt Augustin und Mitglied des Berufsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins. Im Vorstand der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf ist er Vorsitzender der Geldwäsche-Abteilung, stv. Vorsitzender einer Aufsichtsabteilung und Berichterstatter für BRAO, Berufsrecht, Berufsbild und seine Weiterentwicklung sowie Fragen der Zusammenarbeit mit anderen freien Berufen.

Er gibt im Rahmen der Anhörung des Ausschusses ausschließlich seine persönliche Auf- fassung wieder.