ISSN 0022-6920

JURISTISCHE RUNDSCHAU

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Dirk **Olzen**, Düsseldorf;
Dr. Gerhard **Schäfer**, Stuttgart, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D.

unter Mitwirkung von

Prof. Dr. Dr. Jörg *Berkemann*, Berlin, Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D.;
Dr. Bernhard *Dombek*, Berlin, Rechtsanwalt und Notar, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer;
Peter *Gielen*, Berlin, Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D.;
Dr. Walter *Gollwitzer*, München, Ministerialdirigent im Bayer. Staatsmin. der Justiz a. D.;
Prof. Dr. Ernst-Walter *Hanack*, Mainz,
Dr. Heinrich *Kintzi*, Braunschweig, Generalstaatsanwalt a. D.;
Prof. Dr. Wolfhard *Kohte*, Halle/S.;
Prof. Dr. Hans *Lilie*, Halle;
Dr. Martin *Probst*, Schleswig, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht;
Prof. Dr. Peter *Rieß*, Bonn, Ministerialdirektor im Bundesministerium der Justiz a. D.;
Prof. Dr. Hans-Joachim *Rudolphi*, Bonn;
Prof. Dr. U. H. *Schneider*, Darmstadt/Mainz;
Prof. Dr. Klaus *Schreiber*, Bochum;
Prof. Dr. Dr. h. c. F.-C. *Schroeder*, Regensburg;
Prof. Dr. Werner *Schubert*, Kiel;
Prof. Dr. Rolf A. *Schütze*, Stuttgart, Rechtsanwalt;
Prof. Dr. Herbert *Tröndle*, Waldshut-Tiengen, Präsident des Landgerichts a. D.

ENTSCHEIDUNGEN MIT ANMERKUNGEN

Zivil- und Zivilprozessrecht Seite **502**

Bundesgerichtshof:
Insolvenzanfechtungsberechtigung bei Doppelinsolvenz von Gesellschaft und Gesellschafter (*Preuß*)
Schweizerische AG mit Verwaltungssitz in Deutschland ist rechtsfähig (*Elsing*)
Inhaltskontrolle einer Schönheitsreparaturklausel

Straf- und Strafprozessrecht Seite **514**

EGMR:
Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR (mit Abhandlung *Gaede*)
Bundesgerichtshof:
Beschlagnahme und Verwertung von Dritte beleidigenden Schreiben des beschuldigten Verteidigers an seinen Mandanten (*Wohlers*)

BAG aktuell Seite **527**

ABHANDLUNGEN

Reichmann/Ufer, Die psychotherapeutische Behandlung von Kindern und Jugendlichen als Angelegenheit des »täglichen Lebens« im Sinne des § 1687 BGB? Seite **485**

Ziegler/Rektorschek, Trotz Hartz IV zum Erfolg? – Erfolgshonorar bei Beratungshilfeberechtigung Seite **490**

Gaede, Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen Seite **493**

BUCHBESPRECHUNGEN

Seite **527**

W DE G RECHT De Gruyter Recht · Berlin

Dezember 2009
Seiten 485–528
12

Trotz Hartz IV zum Erfolg?

Erfolgshonorar bei Beratungshilfeberechtigung

Von Dr. Hans-Berndt Ziegler, Fachanwalt für Medizinrecht, und Jan Phillip Rektorschek, Doktorand der Philipps-Universität Marburg

Nach § 8 des Beratungshilfegesetzes (BerHG) sind beim Bestehen einer Beratungshilfeberechtigung weitere Vergütungsvereinbarungen verboten:

»*§ 8 (Gebühr des Rechtsanwalts)*

(1) Dem Rechtsanwalt steht gegen den Rechtssuchenden, dem er Beratungshilfe gewährt, eine Gebühr von 10 Euro zu, die er nach dessen Verhältnissen erlassen kann.

(2) Vereinbarungen über eine Vergütung sind nichtig.«

Diese Regelung flankierte das bis zum 30. 6. 2008 geltende Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars (§ 49 b II 1 BRAO alter Fassung) und sollte unter anderem verhindern, dass die geringe Festgebühr vom Anwalt umgangen werden konnte.[1]

Am 1. 7. 2008 traten die neuen Vorschriften §§ 3 a und 4 a RVG in Kraft, die das bisher unzulässige Erfolgshonorar unter der Maßgabe bestimmter Voraussetzungen für zulässig erklären. Die neue Regelung soll insbesondere mittellosen Rechtsuchenden uneingeschränkten Zugang zu ihrem Recht gewähren. Mittellosen steht aber häufig Beratungshilfe zu. Sie können sich auf Staatskosten beraten und vertreten lassen. Der von ihnen ausgewählte Anwalt ist grundsätzlich unabhängig vom Arbeitsaufwand verpflichtet, gegen ein geringes, oft nicht die Kosten deckendes Entgelt für sie tätig zu werden.[2] Über die entsprechenden Gebührensätze[3] hinaus darf sich der Anwalt gemäß § 8 Beratungshilfegesetz (BerHG) keine weiteren Vergütungen gewähren oder versprechen lassen. Insbesondere Vereinbarungen, nach denen Zusatzhonorare versprochen werden, sind unwirksam.

Fraglich ist aber, ob nach dem Inkrafttreten des § 4 a RVG, der das Erfolgshonorar inzwischen eingeschränkt erlaubt, auch eine solche Vereinbarung für mittellose Beratungshilfeempfänger wegen § 8 BerHG verboten bleibt.

Die folgende Diskussion soll das Verhältnis der Beratungshilfe zum Institut des Erfolgshonorars zunächst darstellen und sodann einer Lösung zuführen.

I. Ursache der Rechtsänderung

Die Änderung der Rechtslage basiert auf der Verfassungsbeschwerde einer Rechtsanwältin, die die materielle Verfassungswidrigkeit des quota-litis-Verbots mit der Begründung rügte, dass »mittellose Rechtsuchende nur über die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zu ihrem Recht kommen könnten«.[4] Der Beschwerde lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die in den USA lebende Hanna N. trat an die Kanzlei der Beschwerdeführerin heran, um Ansprüche gegen die Stadt Dresden geltend zu machen. Dort war ihrem Großvater ein Grundstück von den nationalsozialistischen Machthabern enteignet worden. Es wurde auf Wunsch der Mandantin eine Honorarvereinbarung über 1/3 der zu erstreitenden Summe abgeschlossen. Insgesamt sind in der Folge ca. 312.000 € Entschädigung ausgezahlt worden, wovon die Beschwerdeführerin ca. 104.000 € einbehielt. Das wurde vom zuständigen Anwaltsgericht als Verstoß gegen § 43 a Abs. 1 BRAO i. V. m. § 352 StGB bewertet. Der Beschwerdeführerin wurde ein Verweis erteilt und eine Geldbuße von 25.000 € auferlegt. Der Anwaltsgerichtshof reduzierte auf die Berufung der Rechtsanwältin hin die Geldbuße auf 5.000 €, vertrat aber weiter die Auffassung, hinsichtlich des Mandats habe die Beschwerdeführerin gegen § 49 b II BRAO a. F. verstoßen und damit ihre anwaltlichen Berufspflichten verletzt. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision durch den AnwGH wies der Anwaltssenat des BGH mit einstimmigem, nicht näher begründetem Beschluss zurück. Mit ihrer gegen diese Entscheidungen gerichteten Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin die Verletzung ihres Grundrechts auf freie Berufsausübung. Zwar liege mit § 49 b II BRAO a. F. eine gesetzliche Grundlage i. S. des Art. 12 I 2 GG vor, diese Vorschrift sei jedoch zumindest dann materiell verfassungswidrig, wenn – wie im vorliegenden Fall – mittellose Rechtsuchende nur über die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zu ihrem Recht kommen könnten.[5] Das BVerfG erachtete die Verfassungsbeschwerde für teilweise begründet und stellte im Dezember 2006 fest, dass das absolute Verbot des Erfolgshonorars verfassungswidrig sei. Gleichzeitig wurde der Gesetzgeber aufgefordert, bis zum 30. 6. 2008 eine gesetzliche Neuregelung zu treffen.[6] Da das BVerfG die geltenden Regelungen bis zum 30. 6. 2008 für weiterhin anwendbar erklärte[7], war die berufsgerichtliche Verurteilung weiterhin bestandskräftig und nicht weiter angreifbar.

II. Einführung der §§ 3 a und 4 a RVG

Der Aufforderung des Bundesgerichtshofes ist der Gesetzgeber durch eine Änderung der BRAO und des RVG mit Wirkung zum 1. 7. 2008 gefolgt. Mit § 49 b II 1 BRAO wurde das bisherige Verbot von Erfolgshonoraren deutlich gelockert. Aus einem absoluten Verbot wurde ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.[8]

Im RVG wurden in den neuen §§ 3 a und 4 a RVG die Vergütungsvereinbarung und das Erfolgshonorar den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts angepasst.

Das Bundesverfassungsgericht vertritt in seiner Entscheidung die Ansicht, die bisherige Regelung sei insoweit unangemessen, als es keine Ausnahmetatbestände gäbe. Das strikte ausnahmslose Verbot einer erfolgsbasierten Vergütung verstoße zum einen

1 Der Abschluss von quota-litis-Vereinbarungen barg nach der Auffassung des Gesetzgebers und der Gebührenrechtskommentatoren die Gefahr in sich, dass Anwälte nur des Geldes wegen »den Pfad der Tugend« in Form der Standesrichtlinien und der allgemeinen Gesetze verlassen könnten. Das ursprüngliche Verbot wurde mit dem Schutz anwaltlicher Unabhängigkeit sowie dem Schutz des Ansehens der Rechtsanwaltschaft begründet (Nerlich in Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl. 2008, § 49 b BRAO, Rdn. 16). Laut der Gesetzesbegründung sei die anwaltliche Unabhängigkeit gefährdet, wenn wirtschaftliche Erwägungen Einfluss auf die Führung des Verfahrens hätten (BT-Drs. 12/4993, S. 31). Zudem sei das Ansehen der Rechtsanwaltschaft insgesamt gefährdet, wenn das Recht suchende Publikum den Eindruck gewinnen könne, die berufliche Einsatzbereitschaft hänge vom finanziellen Erfolg der Sache ab (Henssler/Prütting-Dittmann Bundesrechtsanwaltsordnung, 2. Aufl. 2004, § 49 b BRAO, Rdn. 16).

2 Die Verpflichtung zur Übernahme basiert auf der staatlichen Einräumung einer besonderen Stellung der Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege. Die Unterstützung durch die Gewährleistung anwaltlicher Vertretung mittels Prozesskosten- und Beratungshilfe oder etwa der Bestellung eines Pflichtverteidigers erfolgt zur Gewährleistung rechtsstaatlicher Prinzipien, wenn etwa die Verfahrensordnung einen Anwaltszwang vorschreibt oder der Gegner einen anwaltlichen Vertreter hat (vgl. dazu: Gaier Berufsethos und Vergütungschance, AnwBl.Karriere 2009, S. 32).

3 Siehe Nr. 2500 VV RVG bis Nr. 2508 VV RVG.

4 Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 12. 12. 2006, NJW 2007, 979.

5 BVerfG, NJW 2007, S. 979.

6 Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 12. 12. 2006, NJW 2007 979.

7 Basierend auf BVerfGE 61, 319 und BVerfGE 92, 53.

8 Schons – Standpunkt, NJW 2009, Heft 6, S. XIV.

gegen das Grundrecht auf freie Berufsausübung, zum anderen erweise es sich aufgrund seines umfassenden Geltungsanspruchs als Hindernis für den Zugang zum Recht.[9] Grundsätzlich bleibt es nach der Neuregelung bei dem Verbot von Erfolgshonoraren. Der neue § 4 a des RVG sieht die Möglichkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars zwischen Anwalt und Mandant nur für den Einzelfall und nur dann vor, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars vernünftigerweise davon absehen würde, den Rechtsweg zu beschreiten.[10] Neben den wirtschaftlichen Verhältnissen sind im Hinblick auf die Wirksamkeit einer Erfolgshonorarvereinbarung weitere Voraussetzungen nach dem RVG zu beachten, die nachfolgend dargestellt werden.

III. Allgemeine Anforderungen

Neben den allgemeinen Anforderungen, die an jede Vergütungsvereinbarung (§ 3 a RVG) zu stellen sind – auch das Erfolgshonorar ist grundsätzlich als eine solche zu verstehen –, werden für Erfolgshonorarvereinbarungen nach § 4 a RVG besondere Voraussetzungen gefordert. So darf die Vereinbarung nach § 4 a Abs. 1 Satz 1 RVG nur im Einzelfall und bei Vorliegen besonderer Umstände, die sich aus der Person des Rechtsuchenden ergeben, geschlossen werden. Zusätzlich muss eine Erfolgshonorarvereinbarung besondere Mandanten schützende Pflichtangaben enthalten.

1. Vereinbarung für den Einzelfall

»Ein Erfolgshonorar darf nur für den Einzelfall [...] vereinbart werden« – so wird die Erlaubnis entsprechender Vereinbarungen in § 4 a Abs. 1 Satz 1 RVG eingeleitet. Damit soll einerseits verhindert werden, dass der Rechtsanwalt mit dem Rechtsuchenden eine Honorarvereinbarung über eine unbestimmte Vielzahl künftiger Mandate abschließt (mandantenbezogenes Element)[11], andererseits darf der Rechtsanwalt die Annahme seiner Mandate nicht an einen generellen Abschluss von Honorarvereinbarungen knüpfen (anwaltsbezogenes Element).[12]

2. Gewährleistung der Rechtsverfolgung

§ 4 a Abs. 1 Satz 1 RVG verlangt weiter, »dass der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde«. Der Gesetzgeber wollte den Ausnahmetatbestand so eng wie möglich halten und nur einzelne Rechtsuchende, die aufgrund ihrer individuellen Lebenssituation nicht in der Lage sind, anders der Rechtsverfolgung nachzukommen, unterstützen.[13] Er bezieht sich hierbei insbesondere auf solche Lebenssachverhalte, in denen etwa der strittige Vermögenswert den einzigen bzw. hauptsächlichen Vermögensbestandteil des Rechtsuchenden ausmacht, wie beispielsweise bei Erbstreitigkeiten, Entschädigungen oder Schmerzensgeld in Arzthaftungsangelegenheiten.[14]

3. Bei verständiger Betrachtung

Die Frage, inwieweit der Rechtsuchende ohne eine Erfolgshonorarvereinbarung von der Rechtsverfolgung abgehalten werden würde, ist gemäß § 4 a Abs. 1 RVG »nach verständiger Betrachtung« zu bewerten. Wegen der gewollten Statuierung eines Ausnahmetatbestandes[15] ist dieser unbestimmte Rechtsbegriff grundsätzlich eng auszulegen. Trotzdem führt eine genauere Betrachtung dazu, dass erhebliche Spielräume bleiben, eine Erfolgshonorarvereinbarung abzuschließen.[16] So ist entgegen anderer Regelungen, wie etwa bei der Beantragung von Prozesskostenhilfe, keine tatsächliche Bedürfnisprüfung vorgesehen. Vielmehr muss »nach verständiger Betrachtung« beispielsweise auch ein Rechtsuchender, dessen persönliche Risikoschwelle hinsichtlich der Kostenentwicklung eines Rechtsstreits niedrig liegt, der also, plakativ formuliert, sich schlicht fürchtet, tatsächlich vorhandenes Vermögen »zum Fenster hinaus zu werfen«, in der Lage sein, ein Erfolgshonorar mit dem Inhalt der Kostenfreiheit oder -reduzierung bei Unterliegen im Rechtsstreit zu vereinbaren; ansonsten würde er von der Rechtsverfolgung absehen.

Um dem Ausnahmecharakter der Regelung gerecht zu werden, muss dementsprechend jeweils eine Einzelfallprüfung erfolgen, wobei das insoweit problematisch ist, als dass die persönlichen Bewertungen der Mandanten über ihre finanziellen Möglichkeiten kaum justiziabel sind.

Was sollte etwa einem wohlhabenden Rechtsuchenden entgegengehalten werden, der den Rechtsstreit trotz seines Vermögens nur sucht, wenn er eine Verringerung seines Risikos auf dem Wege einer Honorarvereinbarung erreichen kann? Muss dieser einen Teil seines Eigentums aufs Spiel setzen, nur weil er es sich objektiv auch leisten könnte? – Eine solche Einschätzung der Rechtslage würde dazu führen, dass gerade keine Einzelfallbetrachtung erfolgte, die feststellen lässt, ob das Verbot eines Erfolgshonorars den Betroffenen von der Rechtsverfolgung abhielte. Stattdessen würde man Vermögenshöchstgrenzen ziehen, bei deren Überschreiten ein Erfolgshonorar nicht mehr vereinbart werden dürfte. Das läuft aber der Intention und dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers zuwider.[17]

Durch das subjektive Verständnis der »verständigen Betrachtung« und das Ziel der Regelung, jedem die Verfolgung seiner Rechte zu ermöglichen, muss der Wille des Rechtsuchenden maßgeblich berücksichtigt werden.[18] Das führt letztlich dazu, dass jeder nach dem Gesetzeswortlaut ein Erfolgshonorar vereinbaren darf, der mit nachvollziehbarer Begründung zu der Auffassung gelangt, der Rechtsstreit sei das finanzielle Risiko nicht wert.[19]

Dementsprechend halten Risikoscheue oder auch reiner Geiz des Rechtsuchenden erst dann einer »verständigen Betrachtung« nicht mehr Stand, wenn sie vollkommen unvernünftig erscheinen.[20]

4. Subsidiarität der Regelung

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn die erläuterte Regelung subsidiär zu anderen Finanzierungsinstrumenten wie z. B. Prozesskostenhilfe, Beratungshilfe oder der Inanspruchnahme einer

9 Vgl. Fußnote 8 BRAK-Mitt. 1/2009, S. 5.
10 Vgl. BRAK-Mitt. 1/2009, S. 5.
11 Mayer Gerold/Schmidt RVG-Komm., 18. Auflage 2008, § 4 a RVG Rdn. 5; Kilian NJW 2008, S. 1905 (1907).
12 Mayer Gerold/Schmidt RVG-Komm., 18. Auflage 2008, § 4 a RVG Rdn. 5.
13 BT-Drs. 16/8384, S. 10 f.
14 BT-Drs. 16/8384, S. 11.
15 BT-Drs. 16/8384, S. 13.
16 So auch Kilian NJW 2008, S. 1905 (1907).
17 So hat dieser ausdrücklich auch dann Erfolgshonorare für zulässig erachtet, wenn beispielsweise Arzthaftungsstreitigkeiten oder Baurechtsstreitigkeiten den Streitwert und damit auch das finanzielle Risiko nach oben treiben (vgl. BT-Drs. 16/8384, S. 11). In solchen Fällen soll eine Honorarvereinbarung gegebenenfalls trotz eines vorhandenen finanziellen Polsters vereinbart werden dürfen.
18 Vgl. hierzu Hänsch Das anwaltliche Erfolgshonorar, 2008, S. 22, wonach es nicht auf einen objektivierten Betrachter (durchschnittlicher Recht Suchender) ankommen darf, sondern dem Auftraggeber ein sehr weiter Beurteilungsspielraum seiner eigenen Lage eingeräumt werden muss.
19 Derselben Auffassung ist Kleine-Cosack (Komm BRAO, § 49 b BRAO, Rdn. 34), der eine Erfolgshonorarvereinbarung auch »bei wohlhabenden oder gar (stink-)reichen Auftraggebern einschließlich eines für seine Sparsamkeit bekannten schwäbischen Geschäftsmanns« für zulässig erachtet.
20 Vgl. Hänsch Das anwaltliche Erfolgshonorar, 2008, S. 22.

Rechtsschutzversicherung wäre. Eine direkte Aussage zur Subsidiarität trifft das Gesetz nicht. Indirekt könnte sich aus der Formulierung, dass Erfolgshonorare nur dann zulässig sind, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars vernünftigerweise davon absehen würde, den Rechtsweg zu beschreiten, ergeben, dass bei Eingreifen anderer Finanzierungsmöglichkeiten grundsätzlich der Mandant auf die Vereinbarung eines Erfolgshonorars verzichten und mithilfe dieser Finanzierungsmittel seinen Anspruch durchsetzen müsste. Diese Subsidiarität wird jedoch in der Literatur zu Recht verneint. Es wird insoweit vertreten, dass der Wunsch eines Rechtsuchenden, z. B. Verwandte im Wege eines unterhaltsrechtlichen Prozesskostenvorschusses gemäß § 1360 a BGB nicht in Anspruch zu nehmen oder staatliche Kostenhilfe in Form von Prozesskostenhilfe nicht zu beantragen, grundsätzlich zu beachten sein wird.[21] Wolle der Rechtsuchende ausnahmsweise etwa im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des Versicherungsschutzes seine grundsätzlich eintrittspflichtige Rechtsschutzversicherung nicht beanspruchen, dürfe dies der Vereinbarung eines Erfolgshonorars ebenfalls nicht entgegenstehen.[22] Eine solche Auffassung ist im Hinblick auf die Tatsache, dass das Gesetz die Frage der Subsidiarität nicht expressis verbis aufgreift, richtig.

5. Verhältnis zur Beratungshilfe

Wie eingangs erwähnt, bleibt aber das Verhältnis zur Beratungshilfe wegen der Regelung in § 8 BerHG, wonach der Anwalt vom Rechtssuchenden keine weitere Vergütung verlangen darf, wenn der Recht Suchende beratungshilfeberechtigt ist, klärungsbedürftig. Beratungshilfe ist nach der Legaldefinition in § 1 BerHG u. a. die »Hilfe für die Wahrnehmung von Rechten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens«, die auf Antrag gewährt wird, wenn die Voraussetzungen der Nrn. 1 – 3 kumulativ zutreffen. In Abgrenzung zur Prozesskostenhilfe heißt das, Beratungshilfe »endet im Prinzip dort, wo die Prozesskostenhilfe beginnt oder beginnen könnte«.[23] Relevant ist diese Abgrenzung in der Praxis deshalb, weil oftmals ein Rechtsuchender mit der Bitte an einen Rechtsanwalt herantritt, seine Interessen zunächst nur außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens zu vertreten. Eine solche Situation tritt häufig in Schmerzensgeldangelegenheiten auf, wie sie speziell bei Arzthaftungsfällen regelmäßig vorkommen. Sie wurden in der Gesetzesbegründung zur Einführung des Erfolgshonorars besonders hervorgehoben.[24] Arzthaftungsprozesse werden statistisch von den Patienten überwiegend verloren.[25] Kommt es in den Fällen, in denen Behandlungsfehler auf der Hand liegen, nicht zum Prozess, wird dagegen oft großzügig reguliert. Das hängt damit zusammen, dass die Haftpflichtversicherungen kein Interesse daran haben, dass Urteile in die gängigen Schmerzensgeldtabellen aufgenommen werden. Bei außergerichtlichen Vergleichen ist dies nicht der Fall.[26] Gerade in diesen Fällen ist aber bei mittellosen Rechtsuchenden § 8 BerHG zu beachten. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift wäre damit gerade in den Fällen, in denen der Rechtsuchende besonders darauf angewiesen ist, dass ihm der Rücken finanziell freigehalten wird, eine Erfolgshonorarvereinbarung nicht erlaubt.

Fraglich ist, wie dieser Wertungswiderspruch zu lösen ist.

a) Sinn und Zweck der Beratungshilfe

Ausgangspunkt der Diskussion ist der Umstand, dass mit der Lockerung der Regelungen zum Erfolgshonorar auch der Zweck des BerHG (mittelbar) beeinflusst wird. So bestand ursprünglich der Sinn des Verbotes aus § 8 BerHG darin, Versuche zu verhindern, wonach die geringe Festgebühr umgangen oder das Risiko der Ablehnung von Beratungshilfe auf den Rechtsuchenden verlagert werden sollte.[27] Mit der Möglichkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars, das auch ohne Kostenbelastung für den Mandanten (no win no fee) oder auch kostenreduziert (no win less fee) gestaltet werden kann, ist diese Gefahr beseitigt. Das gilt insbesondere, wenn man dem Rechtsuchenden die Möglichkeit einräumt, zu wählen, ob er den Staat über die Beratungshilfe in Anspruch nimmt[28], oder ob er stattdessen eine am Erfolg der außergerichtlichen Verhandlungen zu bemessende Honorarvereinbarung abschließt.

b) »lex posterior derogat legi priori« – Grundsatz

Das problematische Verhältnis zwischen den Intentionen des Beratungshilfegesetzes und allgemeinen Vergütungsvereinbarungen hat der Gesetzgeber bei den Beratungen zum RVG offenbar gesehen und in § 3 Abs. 4 RVG geregelt. Nach dieser Vorschrift bleibt § 8 BerHG unberührt.

Eine identische oder zumindest vergleichbare Regelung ist für die Erfolgshonorarvereinbarungen nach § 4 a RVG nicht statuiert worden. Offenbar hat der Gesetzgeber den Widerspruch zwischen der Möglichkeit, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren, und dem aus § 8 BerHG resultierenden Verbot nicht erkannt und das Problem übersehen. Hierfür spricht, dass die Gesetzesmaterialien zu § 4 a RVG keine Ausführungen zu diesem Problem enthalten. § 3 Abs. 4 RVG kann auf diesen Spezialfall nicht angewandt werden, weil dies, wie noch auszuführen sein wird, mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Erfolgshonorar nicht vereinbar ist.[29]

Stattdessen gelten hier die allgemeinen Grundsätze zur Gesetzeskonkurrenz. Hier ist insbesondere der Grundsatz des »lex posterior derogat legi priori[30]« zu berücksichtigen, wonach § 8 BerHG als das ältere Gesetz subsidiär zu dem neueren § 4 a RVG einzustufen ist.

c) Die Entscheidung des BVerfG

Auch die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts müssen bei der Auslegung der kollidierenden Normen – insbesondere der § 8 BerHG und § 4 a RVG – berücksichtigt werden. So wurde die der Entscheidung des BVerfG zugrunde liegende Verfassungsbeschwerde damit begründet, dass mittellosen Rechtsuchenden der Zugang zum Recht verwehrt würde, würde man die Erfolgshonorarvereinbarung ausnahmslos ausschließen. Das hat das BVerfG anerkannt und gerade für diesen Bereich Ausnahmetatbestände eingeführt. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: *»Aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsgrundsatz folgt, dass das Grundgesetz eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes gebietet. ... Vor diesem Hintergrund erweist sich das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare als Hindernis für den Zugang zum Recht, wenn ein Rechtsuchender aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse das Risiko im Misserfolgsfall mit den Kosten qualifizierter anwaltlicher Unterstützung belastet zu bleiben, nicht oder zumindest nicht vollständig zu tragen vermag und ihn dies davon abhält, seine Rechte zu verfolgen.«*[31] In den Beratungshilfebereich fallen gerade diejenigen mittellosen Rechtsuchenden, die nach

21 Kilian NJW 2008, S. 1905 (1907).
22 Kilian a. a. O.
23 Schoreit in Schoreit/Dehn, Beratungshilfe Prozesskostenhilfe Komm., 6. Auflage 1998, § 1 BerHG Rdn. 12.
24 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren, BT-Drs. 16/8384, S. 11.
25 Weidinger »Aus der Praxis der Haftpflichtversicherung für Ärzte und Krankenhäuser«, MedR 2006, S. 572.
26 Ziegler/Ehl »Bein ab – arm dran«, Juristische Rundschau 1/2009, S. 1 ff.
27 Schoreit in Schoreit/Dehn, Beratungshilfe Prozesskostenhilfe Komm., 6. Auflage 1998, § 8 BerHG Rdn. 6.
28 Soweit er einen Antrag auf Beratungshilfe bewilligt bekommt.
29 Dazu ausführlich unter III. 5. c).
30 »Das jüngere Gesetz hebt das ältere Gesetz auf«.
31 BVerfG NJW 2007, S. 981.

der Entscheidung des BVerfG und der dann erfolgten Gesetzesänderung begünstigt werden sollen. Würde man ihnen wegen § 8 BerHG den Zugang zum Erfolgshonorar verschließen, würden die Entscheidung und die Gesetzesänderung praktisch ins Leere laufen. Dies wird so auch von der Kommentarliteratur und von der Bundesrechtsanwaltskammer im Grundsatz vertreten, ohne dass allerdings die Problematik des Widerspruchs zu § 8 BerHG gesehen wird. Durch die Entscheidung des BVerfG und das neue Gesetz werde gewährleistet, dass auch Bürger zu ihrem Recht kommen, die nicht über die Möglichkeit verfügen, einen Rechtsstreit aus eigenen finanziellen Mitteln zu bestreiten. Es sei eine der größten Vorzüge unseres Rechtsstaats, jedem den Zugang zum Recht zu ermöglichen.[32]

Das BVerfG vertritt in seiner Entscheidung die Auffassung, dass Prozesskostenhilfe und Erfolgshonorar einander nicht ausschließen. Auch der mittellose Rechtsuchende dürfe nicht durch die Versagung von Prozesskostenhilfe faktisch dazu gezwungen werden, eine Erfolgshonorarvereinbarung abzuschließen.[33] Das heißt, er hat zwischen beiden Finanzierungsmöglichkeiten die Wahl. Dies muss auch für die Beratungshilfe gelten, zumal das BVerfG in seiner Entscheidung zwischen der Zulässigkeit des Erfolgshonorars im außergerichtlichen Bereich einerseits und dem gerichtlichen Bereich andererseits nicht differenziert. Vielmehr werden beide staatliche Unterstützungsmöglichkeiten – Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe – im Verhältnis zum Erfolgshonorar gleichgestellt. Nach der Entscheidung des BVerfG müssen sowohl Rechtsuchende, die aufgrund ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse keine Prozesskostenhilfe beanspruchen können, als auch solche, die keine Beratungshilfe beanspruchen können, selbst entscheiden dürfen, ob sie ein Erfolgshonorar vereinbaren wollen oder nicht. Für beide Gruppen von Rechtsuchenden, so das BVerfG, sei das Bedürfnis anzuerkennen, das geschilderte Risiko durch Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung zumindest teilweise auf den (sie) vertretenden Rechtsanwalt zu verlagern.[34] Diese Wertung schließt somit eine Anwendung des § 8 BerHG für die Erfolgshonorare aus, da auch hierfür keine Ausnahmen vorgesehen sind.

Im Lichte der Entscheidung des BVerfG muss daher § 8 BerHG verfassungskonform so ausgelegt werden, dass danach zwar weitere sonstige Vergütungen ausgeschlossen sind, die Vereinbarung eines Erfolgshonorars aber erlaubt ist.

d) Reduzierung des Anwendungsbereichs der Beratungshilfe

Umgekehrt stellt sich dann allerdings die Frage, ob § 8 BerHG wegen der Erfolgshonorarregelung überhaupt noch einen Anwendungsbereich hat. § 1 Abs. 1 Nr. 2 BerHG verlangt für die Gewährung von Beratungshilfe, dass »nicht andere Möglichkeiten für eine Hilfe zur Verfügung stehen, deren Inanspruchnahme dem Rechtsuchenden zuzumuten ist«.

Die Vereinbarung eines Erfolgshonorars könnte eine solche »andere Möglichkeit« sein, die auch zumutbar wäre, enthielte sie eine Regelung zur Reduzierung der Kosten, soweit kein Erfolg eintritt. Denkt man diese Sichtweise zu Ende, kommt man zu dem Schluss, dass für den mittellosen Rechtsuchenden kein Anspruch auf Beratungshilfe besteht, wenn er die Möglichkeit hat, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren.[35] Diese Betrachtung würde die Möglichkeit, Beratungshilfe zu bekommen, stark beschränken. Die Eintrittspflicht des Staates wäre auf jene Fälle reduziert, in denen der vom Rechtsuchenden beauftragte Anwalt nicht bereit ist, eine entsprechende Erfolgshonorarvereinbarung abzuschließen. Nur dann kann der Rechtsuchende sich darauf berufen, keine andere Möglichkeit zu haben. Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sollen jedoch Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe einerseits und die Möglichkeit ein Erfolgshonorar im zulässigen Rahmen zu vereinbaren andererseits uneingeschränkt nebeneinander existieren.[36] Die verfassungskonforme Auslegung des § 8 BerHG gebietet deshalb keinen wechselseitigen Ausschluss der bestehenden Finanzierungsmöglichkeiten, sondern bietet dem mittellosen Rechtsuchenden mehrere Alternativen, verbessert also seine Rechtsstellung.

7. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Neuregelung des Erfolgshonorars dem Rechtsuchenden ein Wahlrecht zur Verfügung stellt. Er kann frei entscheiden, entweder den Staat auf der Basis der Beratungshilfe in Anspruch zu nehmen oder sich mit dem Rechtsanwalt auf ein vom Erfolg abhängiges Honorar zu einigen. § 8 BerHG schließt die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nicht aus.

32 Vgl. BRAK 2008: Zugang zum Recht für jeden. Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt Gesetz zum Erfolgshonorar. Pressemitteilung Nr. 7 vom 25. 4. 2008. URL: http://www.brak.de/seiten/04_08_07.php (abgerufen am 30. 5. 2008).

33 BVerfG NJW 2007, S. 981.

34 BVerfG NJW 2007, S. 984.

35 Die Zumutbarkeit einer solchen Vereinbarung für die Beteiligten gewährleistet schon § 4 a RVG selbst, indem er die Zulässigkeit an die erörterten Merkmale knüpft.

36 Siehe Fn. 33.

Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen

– Meinungsstand und Perspektiven nach dem neuen *leading case Bykov vs. Russland* (abgedruckt in diesem Heft, S. 514 ff.) unter Berücksichtigung des § 136 a StPO

Von Wiss. Ass. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School, Hamburg

I. Einleitung

Auch nachdem die Lehre von den strafprozessualen Beweisverwertungsverboten auf dem Deutschen Juristentag wieder aufgegriffen wurde, ist sie streitig geblieben. Zunehmend wird erkannt, dass auch diese Lehre durch europäisches Recht Impulse empfängt.[1] Vor allem Art. 6 EMRK kann in bedeutsamen Fall-

1 Vgl. beispielhaft BGHSt 52, 11 ff. m. Anm. Renzikowski JR 2008, 164 ff.; Lubig/Sprenger ZIS 2008, 433 ff.; Jäger GA 2008, 473, 480 ff.; zum Gemeinschaftsrecht Esser StV 2004, 221 ff. Zum erwähnten