

■ RdW 2009/350, 394

## Das pactum de quota litis und die Tugend des Maßhaltens

Inspiziert von der in Deutschland neu eingeführten Möglichkeit einer prozentmäßigen Honorarvereinbarung wird auch in Österreich diskutiert, ob eine Überwälzung des wirtschaftlichen Prozessrisikos auf den Rechtsanwalt möglich sein soll. Der im deutschen Gesetz vorgesehene Günstigkeitsvergleich schränkt den zulässigen Anwendungsbereich für solche Honorarvereinbarungen allerdings stark ein.

Mag. Peter Melicharek  
Wien

Das deutsche Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) trat am 1. 7. 2008 in neuer Fassung in Kraft; es wurde auch und insb in der österreichischen Literatur teils gefeiert, teils verteufelt, und erst jüngst entbrannte in Österreich anlässlich eines Prozessfinanzierungsgesellschafts-Falls die Diskussion erneut.<sup>1)</sup> Der in Deutschland im vergangenen Jahr eingeführte § 4a Abs 1 leg cit normiert die ausnahmsweise Zulässigkeit einer sogenannten „pactum de quota litis“-Vereinbarung, einer Rechtsanwalts-Honorarvereinbarung auf Basis eines Prozentsatzes vom Streitwert. Für den Fall des Misserfolgs in einem gerichtlichen Verfahren darf dabei sogar vereinbart werden, dass dem Rechtsanwalt keinerlei Vergütung gebührt. Die offenkundig durch die Neuregelung sozialpolitisch erwünschten Folgen dürften jedoch mE wahrscheinlich verfehlt werden. Wenn das neue Gesetz genau befolgt würde, müsste das mE faktisch so gut wie unerfüllbare Erfordernis der Angemessenheit nämlich beinahe jede Anwendung verhindern:

Honorar bei Erfolg  
Chance auf Prozessgewinn < Standardhonorar gemäß Tarif

Nur bei Einhaltung dieser (zugegebenermaßen etwas spitzfindig und abstrakt ausgedrückten) gesetzlichen „Formel“ des deutschen Gesetzgebers gilt ein sogenanntes pactum de quota litis als angemessen und daher zulässig.

Weniger populär-naturwissenschaftlich ist die Erklärung der deutschen Bundesregierung, wann das Kriterium der Angemessenheit erfüllt ist: „Ob der Zuschlag angemessen ist, ist aus Sicht der Vertragspartner oder Vertragspartnerinnen für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beurteilen. Bei der Beurteilung werden insbesondere zwei Umstände zu berücksichtigen sein: Zum einen muss der Zuschlag umso größer sein, je weiter im Misserfolgsfall die gesetzliche Mindestvergütung unterschritten werden soll. Wird also vereinbart, dass im Fall des Misserfolgs der Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin keine Vergütung erhalten soll (no win, no fee), muss der Zuschlag größer sein als in einem Fall, in dem der Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin auch im Misserfolgsfall eine – unter der gesetzlichen Mindestvergütung liegende – Grundvergütung erhalten soll (no win, less fee). Zum anderen muss der Zuschlag umso größer sein, je geringer die Erfolgsaussichten sind. Beträgt die Erfolgsaussicht 50 %, wird im Allgemeinen ein Zuschlag angemessen sein, dessen Wert der Unterschreitung der gesetzlichen Mindestvergütung im Misserfolgsfall entspricht. Sind die Erfolgsaussichten größer, genügt ein niedrigerer Zuschlag, sind die

Erfolgsaussichten geringer, muss der Zuschlag größer sein“ (Begründung des Gesetzesentwurfs; Bundestag Drucksache 16/8384 vom 5. 3. 2008). Der geneigte Leser merkt schnell, dass sich aus dieser wenig präzisen Erklärung nicht viel gewinnen lässt – außer vielleicht, dass eine alle Umstände berücksichtigende genaue Beurteilung des Einzelfalls geboten ist.

Die neue deutsche Gesetzesregelung fußt auf einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, der ein bemerkenswerter Einzelfall zugrunde lag.<sup>2)</sup> Motiviert von diesem Anlassfall bemühte sich der deutsche Gesetzgeber erklärtermaßen, eine mandantenseitige Not- und Ausnahmesituation als Tatbestandsvoraussetzung für die Zulässigkeit eines Pactum-Honorars zu normieren. Ein Alles-oder-Nichts-Erfolgshonorar oder auch nur ein bloßer Erfolgsszuschlag<sup>3)</sup> darf laut Gesetz „nur im Einzelfall“ vereinbart werden, und zwar nur dann, „wenn der Auftraggeber auf Grund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde“.<sup>4)</sup> In anderen Worten: Es hat ein Günstigkeitsvergleich stattzufinden. Ist eine tarifliche Entlohnung für die Klientin bzw den Klienten subjektiv und objektiv vorteilhafter als ein Erfolgsszuschlags-Arrangement, so darf nur das tarifliche Honorar vereinbart werden.

So edel die Beweggründe nach den Materialien auch gewesen sein mögen (ein bestmöglicher Schutz in beiderlei Richtungen<sup>5)</sup>

- 2) BVerfG vom 12. 12. 2006, 1 BvR 2576/04; eine deutsche Rechtsanwältin vereinbarte einen Honorarzuschlag für den Erfolgsfall mit ihrer mittellosen amerikanischen Mandantin, um Entschädigungsansprüche aus der NS-Zeit geltend zu machen. Im Falle des Erfolgs sollte die Rechtsanwältin ihr Honorar aus den erlangten Ersatzansprüchen der Mandantin erhalten, im Falle des Misserfolgs war klar, dass die Mandantin nicht einmal das Basis Honorar werde zahlen können.
- 3) In Deutschland hat das Verbot einer anwaltlichen Erfolgsvergütung schon seit 1887 – allerdings nicht durchgehend – Tradition (Hänsch, Das anwaltschaftliche Erfolgshonorar 11). Im Vorfeld der Gesetzesänderung wurde diskutiert, ob die neue Regelung überhaupt ein „echtes“ pactum gestatten, oder aber einfach einen übertariflichen Erfolgsszuschlag erstmals erlauben soll. § 49b Abs 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung bestimmt prinzipiell auch nach neuer Rechtslage das tarifliche Honorar noch immer als Mindestentlohnung, was mE den Charakter einer Pactum-Vereinbarung als absolute Ausnahme unterstreicht.
- 4) In einer früheren Fassung des Gesetzesentwurfs lautete dieses Merkmal noch „damit besonderen Umständen der konkreten Angelegenheit Rechnung getragen wird“ (geändert nach Stellungnahme des Bundesrates, 841. Sitzung am 15. 2. 2008).
- 5) Also Schutz des rechtsberatenden Berufsstands vor Abhängigkeit einerseits und Schutz der rechtssuchenden Bevölkerung vor allzu klagefreundigen Anwältinnen und Anwälten andererseits. Die österreichischen Höchstgerichte sehen die Schutzrichtung (mE bedenkllicherweise) hingegen durchgehend nur einseitig: „Wie der OGH zutreffend ausführt, soll das Verbot eine ‚Ausbeutung des Klienten vermeiden, der die Prozesschancen nicht ausreichend erkennen kann, geht also von dem Wissens- und Erfahrungsgefälle aus, das typischerweise zwischen einem Rechtsanwalt und seinen Klienten besteh[t]‘ (vgl. OGH 19. 9. 2000, 10 Ob 91/00f). Es soll nämlich verhindert werden, dass die Entscheidung für die Prozessführung nicht länger auf den realen Prozesschancen

1) Parzmayer/Schobel, Erfolgshonorar auf wackeligen Beinen, Die Presse (Rechtspanorama) vom 10. 3. 2009.

sei gewünscht), so sehr schlägt der normative Gehalt des neuen Gesetzes im Ergebnis aber mE daneben: „Auch Rechtsuchende, die ‚vermögend‘ sind und deshalb keine Prozesskostenhilfe oder Beratungshilfe erhalten, könnten vor der Entscheidung stehen, ob sie das finanzielle Risiko eingehen wollen, das ein Prozess mit unsicherem Ausgang birgt. Verständige Erwägungen könnten dazu führen, auf Grund des finanziellen Risikos von der Verfolgung der Rechte abzu-  
sehen.“ In so einem Fall wäre es, so die Materialien ausdrücklich, ein anerkanntes Bedürfnis, das Risiko auf den eigenen Anwalt bzw die eigene Anwältin verlagern zu können.

Je professioneller ein Mandant nun agiert, umso eher wird er zu nachfolgender „verständiger Erwägung“ gelangen: Ausgehend von der Prämisse, dass das Erfolgshonorar über dem tariffichen liegt (schon um das innewohnende Risiko abzugelten), kann der Mandant bei aussichtsreichen Fällen nur gewillt sein, ein reguläres Tarif-Honorar zu bezahlen. Sind die Prozesschancen hingegen als unterdurchschnittlich oder schlecht zu beurteilen, wird es für den Mandanten objektiv günstiger sein, ein Pactum-Honorar nach § 4a Abs 1 RVG zu vereinbaren. Ist die vollständige faktische wie rechtliche Information beiden Seiten zugänglich, so wäre mE der Rechtsanwalt aufgrund seiner Aufklärungsverpflichtung sogar angehalten, bei guten Prozesschancen der Klientel von einem Erfolgshonorar abzuraten. So gesehen müsste es für die Mandantschaft geradezu ein Warnsignal sein, wenn ein Anwalt bereit ist, zu einem Pactum-Honorar einzuschreiten.

Wegen dieses honorarpsychologischen Interessenskonflikts ist es denkbar, dass ein Keil zwischen Mandant und Anwalt getrieben wird, der Offenheit und Information unterbindet: Der Klient kennt „seinen“ Sachverhalt am besten und könnte womöglich seinem Rechtsanwalt eine sehr optimistische Version der Wirklichkeit schildern – in der Hoffnung, der Anwalt lasse sich auf ein Erfolgshonorar ein (weil er seine Beratungspflicht nicht ernst nimmt und mehr auf seinen eigenen Vorteil bedacht ist als auf den seiner Mandantschaft). Ein Rechtsanwalt hingegen mag vielleicht (trotz nicht ganz so eindeutiger Situation) den Mandanten zu überzeugen suchen, die Chancen stünden rechtlich außerordentlich gut und das Prozessrisiko wäre klein – damit dieser sich eher zu einem in jedem Fall zu zahlenden Tarif-Honorar bewegen lässt. Ein solches offenes Spannungsverhältnis der Interessen ist naheliegenderweise einem vertrauensvollen Anwalt-Klienten-Verhältnis nicht gerade zuträglich.

Der Wissensvorsprung im Faktischen auf der einen Seite und die bessere Rechtskenntnis auf der anderen Seite sind zumindest

beruht, sondern auf den wirtschaftlichen Interessen der im Wettbewerb miteinander stehenden Rechtsvertreter“, siehe VfGH B 330/07-18. Das Bild, das der österreichische VfGH vom anwaltlichen Berufsstand zeichnet, ist mE bedauerlich.



#### Der Autor:

Mag. Peter Melicharek lebt und arbeitet als Rechtsanwalt in Wien. Er vertritt Private Clients, Stiftungen und Unternehmensgruppen aller Wirtschaftssparten und ist Spezialist für Streitiges Joint Venture-, Gesellschafts- und Stiftungsrecht im High-Profile-Bereich.

#### Publikationen des Autors:

Zur Reform des liechtensteinischen Stiftungsrechts (Gemeinschaftspublikation mit Christoph Kerres), *ecolex* 2005, 293; Der Ausstieg aus der österreichischen Privatstiftung, Arbeit zur Teilnahme am Kathrein & Co – Stiftungspreis 2006 (ausgezeichnet mit dem Anerkennungspreis); Zum Selbstverständnis der freien Berufe I (Publikation in zwei Teilen), *Nova & Varia* 3/2008, 117.

potenziell sehr angetan, gegeneinander ausgespielt zu werden, um ein *ex ante* gesehen für die eine oder andere Seite „besseres“ Honorar zu verhandeln. Und bei einer „*ex post*“-Betrachtung eines abgeschlossenen Verfahrens wird unweigerlich bei einem Pactum-Honorar einer der beiden Teile sich subjektiv stets benachteiligt fühlen: Der Mandant wird typischerweise nach einem gefühlt leicht gewonnenem Verfahren zähneknirschend ein gefühlt viel zu hohes Erfolgshonorar zahlen. Der Rechtsanwalt wird nach einem verlorenen Prozess, in welchem er gefühlt alle menschenmöglichen Bemühungen gesetzt hat, niedergeschlagen zur Kenntnis nehmen, dass er zwar kein Honorar kassieren darf, aber dafür sämtliche letztlich vom Klienten verursachten Kosten tragen muss.

Es ist abzuwarten, wie die deutsche Praxis die fragliche Norm des § 4a Abs 1 des Rechtsanwaltschaftsvergütungsgesetzes auslegen und anwenden wird. Es wird „*durchaus mutige und kreative Rechtsanwälte*“ (man bemerke die Attribute!) geben, „*die in ihrem konkreten Kanzleibetrieb überwiegend Erfolgshonorare vereinbaren, solange sie das nur hinreichend auf der Grundlage der gesetzlichen Vorschriften begründen können*“, wird in der deutschen Literatur prognostiziert.<sup>6)</sup> Ich teile die Ansicht, dass zumindest in der näheren Zukunft in Deutschland das Instrument des Pactum-Honorars eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen wird. Dass der Anwendungsbereich, den der Gesetzgeber dem Pactum-Honorar dabei belassen wollte, so klein ist, dass es bis auf eine Handvoll Fälle pro Jahr eigentlich keine solchen Arrangements geben dürfte, sollte mE konsequenterweise entweder eine weitergehende gesetzliche Liberalisierung nach sich ziehen, falls der Wegfall des Pactum-Verbots (wider Erwarten) durch Überwälzung des wirtschaftlichen Risikos auf die Anwaltschaft sozialpolitisch erwünschte Folgen haben sollte. Andernfalls wäre es zu begrüßen, wenn der Charakter des § 4a Abs 1 RVG als Ausnahmebestimmung für außergewöhnliche einzelne Notfälle respektiert würde.

Der Rechtsanwalt als überzeugter Kämpfer für die Mandantschaft braucht mE kein erhöhtes Eigenrisiko und keine „Gewinnchance“ als Motivationsfaktor. In Österreich leistet das strenge „*pactum de quota litis*“-Verbot daher weiterhin gute Dienste, auch wenn es durch die zunehmende Involvierung von Prozessfinanzierungsgesellschaften<sup>7)</sup> neuerdings faktisch ausgehöhlt wird.

6) *Hänsch*, Erfolgshonorar 11.

7) Die Ansicht des VfGH, wonach solche Prozessfinanzierer vom Pactum-Verbot ausgenommen sind, weil sie mangels Organisation in Kammern und mangels eines eigenen Standesrechts nicht vom Begriff des „Rechtsfreunds“ iSd § 879 Abs 2 Z 2 öABGB umfasst seien, ist mE nicht zuletzt unter Bedachtnahme auf den Schutzzweck der Norm unzutreffend.