

# Henrik Manegold: Ökonomische Analyse von anwaltlichen Erfolgshonoraren

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 10. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist als Abschlussarbeit für die Wirtschaftswissenschaftliche Zusatzausbildung bei Prof. Dr. Martin Leschke unter Betreuung von Dr. Felix Schlieszus, M.Sc. entstanden.

## A. Einleitung

„Auf Strom-Discounter kommt eine Klagewelle zu“:<sup>1</sup> So titelte die Frankfurter Allgemeine Zeitung am 21.02.2022 über Legal-Tech-Dienstleister, die Schadensersatz für Verbraucher einklagen, deren Verträge infolge der deutlich gestiegenen Strompreise von Stromversorgern gekündigt wurden. Rechtlich interessant ist in diesem Fall nicht der materiell-rechtliche Anspruch auf Schadensersatz, sondern das besondere Vergütungsmodell der Legal-Tech-Dienstleister: Diese lassen sich nach einer Prüfung der Ansprüche des Kunden dessen Forderungen gegenüber dem Stromanbieter gegen einen vereinbarten Geldbetrag abtreten.

Dagegen lassen sich andere Legal-Tech-Anbieter wie beispielsweise „Flightright“ die Schadensersatzansprüche nicht abtreten, sondern verlangen von ihren Klienten nach erfolgreicher Durchsetzung einen prozentualen Anteil der geltend gemachten Forderung. Auch wenn sich das konkrete Vergütungsmodell von Legal-Tech-Dienstleistern unterscheiden kann, so haben sie gemeinsam, dass der Klient bei einer Niederlage vor Gericht keine Kosten trägt. Eine mögliche Prozessniederlage steht daher für den Klienten nicht mehr einer gerichtlichen Geltendmachung von Rechten entgegen, da nur im Erfolgsfall Kosten auf ihn zukommen. Dies ist von besonderer Bedeutung, da über die Hälfte der deutschen Haushalte keine Rechtsschutzversicherung besitzt.<sup>2</sup> Für eine gerichtliche Durchsetzung ihrer Rechte müssen sie bezüglich der Anwaltskosten in Vorkasse gehen und das Prozessrisiko selbst tragen. Die große Nachfrage an Vergütungsmodellen, bei denen nur im Erfolgseintritt Kosten auf den Klienten zukommen, zeigt sich in der großen Zahl der Legal-Tech-Dienstleister, die zuletzt sprunghaft weiter gestiegen ist.

In den USA haben sich erfolgsabhängige Anwaltsvergütungen insbesondere im Deliktrecht durchgesetzt. US-Anwälte

arbeiten in rund 90% aller Streitigkeiten auf Basis eines erfolgsbasierten Vergütungsmodells.<sup>3</sup> Bei solchen erfolgsbasierten Anwaltsvergütungen ist zu erwarten, dass durch die damit einhergehende Senkung der Kosten bei einer Prozessniederlage sowohl finanzschwache als auch risikoaverse Mandanten eher den Rechtsweg beschreiten und somit zu einer erhöhten Rechtsdurchsetzung beitragen. Zudem bestehen zusätzliche Anreize für den Anwalt den Prozess zu gewinnen, da seine Vergütung nunmehr von dem Prozessausgang abhängt. Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob die unmittelbare Beteiligung des Anwalts an dem Ausgang des Verfahrens dazu führt, dass der Anwalt unlauter handelt oder sein Wissen über die rechtlichen Chancen des Falles dazu nutzt, um eine erhöhte Erfolgsbeteiligung auszuhandeln. Zudem ist zu befürchten, dass der Anwalt verfrüht auf Vergleichsangebote eingeht, nämlich wenn der zusätzliche Aufwand eines Gerichtsprozesses seinen potenziellen Nutzen in Form einer höheren Vergütung bei Prozessgewinn übersteigt. Auch wenn es in Deutschland eine Tendenz gibt, Erfolgshonorare in bestimmten Fällen zu ermöglichen – insbesondere um „Chancengleichheit“ mit Legal-Tech-Dienstleistern herzustellen<sup>4</sup> – wurde sich weder in der juristischen noch in der ökonomischen Literatur tiefgehend mit den Folgen einer erfolgsabhängigen Anwaltsvergütung auseinandergesetzt. Der folgende Aufsatz versucht die ökonomischen Kosten und Nutzen von Erfolgshonoraren zu ermitteln und beschäftigt sich mit der Frage, welchen Effekt anwaltliche Erfolgshonorare auf das Verhalten von Mandanten und ihren Anwälten haben. Dazu wird nach einer Klarstellung des Begriffes des Erfolgshonorars auf die rechtlichen Grundlagen der anwaltlichen Vergütung und die zulässigen Vergütungsmethoden eingegangen. In einem zweiten Schritt werden die ökonomischen Kosten und der ökonomische Nutzen von Erfolgshonoraren im Vergleich zu anderen Vergütungsmethoden herausgearbeitet.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Katja Gelinsky, Auf Strom-Discounter kommt eine Klagewelle zu, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/schadensersatz-auf-strom-discounter-kommt-eine-klagewelle-zu-17812625.html>, [Stand 23.02.2023].

<sup>2</sup> Destatis, Wirtschaftsrechnungen: Einkommens- und Verbrauchsstichprobe, Ausstattung privater Haushalte mit ausgewählten Verbrauchsgütern und Versicherungen 2018, S. 33.

<sup>3</sup> Kritzer, The Justice Broker: Lawyers and Ordinary Litigation, 1. Aufl. 1990, S. 58.

<sup>4</sup> Feiter/Schlender, Lockerungen beim Erfolgshonorar durch das sog. Legal-Tech-Gesetz: Bewertung der Reform und Auswirkungen auf Steuerberater, DStR 2021, S. 1725 (1725).

<sup>5</sup> Grundlegend zu der (ökonomischen) Analyse von anwaltlichen Erfolgshonoraren: Baetge, Erfolgshonorare wirtschaftlich betrachtet: Eine ökonomische Analyse der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Zulässigkeit anwaltlicher Erfolgshonorare, RabelsZ 2009, S. 669 (669 ff.); Helland/Tabarrok, Contingency Fees, Settlement Delay, and Low-Quality Litigation: Empirical Evidence from Two Datasets, Journal of Law, Economics & Organization 2003, S. 517 (517 ff.); Zamir/Ritov, Revisiting the Debate over Attorneys' Contingent Fees: A Behavioral Analysis, The Journal of Legal Studies 2010, S. 245 (245 ff.);

## B. Grundlagen

### I. Vergütungsmethoden in Deutschland

Die Vergütung von rechtsanwaltlich erbrachten Dienstleistungen richtet sich zunächst nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), in welchem der Bundesgesetzgeber die zulässigen Vergütungsmöglichkeiten im Einzelnen regelt. Zusätzlich sind die Regelungen der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) zu beachten, die als standesrechtliche Vorschriften das RVG flankieren. Insbesondere die Normen der §§ 3a ff. RVG und des § 49b BRAO beschränken sich dabei nicht nur auf eine zulässige Vergütungsform, sondern stellen einen Regelungsrahmen für erlaubte anwaltliche Vergütungen auf.<sup>6</sup> Dies geschieht dadurch, dass das RVG Abweichungen von der dort geregelten Berechnung der gesetzlichen Anwaltsvergütung zulässt.<sup>7</sup> Die gesetzliche Anwaltsvergütung bemisst sich gem. § 2 I RVG nach dem Gegenstandswert, auch Streitwert genannt. Damit bezeichnet man das in Geld ausgedrückte wirtschaftliche Interesse des Mandanten an einem gerichtlichen Sieg.<sup>8</sup> Anhand dieses Gegenstandswertes wird dabei gem. § 13 I RVG eine „einfache Gebühr“ für die rechtsanwaltliche Tätigkeit berechnet. Diese einfache Gebühr wird abhängig von dem konkreten anwaltlichen Leistungsgegenstand und gegebenenfalls von der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit mit einem Faktor multipliziert, welcher sich aus dem Vergütungsverzeichnis (VV) in der Anlage 1 zum RVG ergibt. Zusätzlich gibt es für bestimmte Tätigkeiten feste Pauschalbeträge und die Umsatzsteuer ist nach Nr. 7008 VV dem Mandanten in Rechnung zu stellen. Zur Veranschaulichung der Berechnung einer gesetzlichen Anwaltsvergütung dient folgendes Beispiel, welches sich auf die erstinstanzliche Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches von 100.000 € bezieht:

Aus dem Streitwert in Höhe von 100.000 € ergibt sich eine einfache Gebühr gem. § 13 I RVG in Höhe von 1655,00 € (vgl. Anlage 2 RVG). Daraus berechnet sich die Verfahrensgebühr durch Multiplikation mit dem Faktor 1,3 (Nr. 3100 VV) und die Gebühr für das anwaltliche Erscheinen vor Gericht durch Multiplikation mit dem Faktor 1,2 (Nr. 3104 VV). Zusätzlich fällt die Zahlung der Umsatzsteuer nach Nr. 7008 VV an und

der Anwalt kann eine Postentgeltpauschale nach Nr. 7002 VV verlangen.

**Tabelle 1:** Berechnung der gesetzlichen Anwaltsvergütung bei einem Gegenstandswert von 100.000 €

Tätigkeit	Faktor	Betrag in €
Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV)	1,3	2.151,50
Termisgebühr (Nr. 3104 VV)	1,2	1.986,00
Postentgeltpauschale (Nr. 7002 VV)		20,00
Zwischensumme		4.157,50
Umsatzsteuer i.H.v. 19% (Nr. 7008 VV)	0,19	789,93
<b>Anwaltskosten</b>		<b>4.947,42</b>

Quelle: Eigene Darstellung und Berechnung

Mithin betragen die gesetzlichen Anwaltskosten des Mandanten für den Rechtsanwalt bei einer erstinstanzlichen Klage auf Schadensersatz i.H.v. 100.000 € insgesamt 4.947,42 €.

Andere Vergütungsvereinbarungen zwischen Anwalt und Mandanten sind grundsätzlich möglich.<sup>9</sup> In Deutschland geschieht die rechtsanwaltliche Vergütung häufig durch zwei andere Vergütungsvereinbarungen: Die Vereinbarung eines Stundenlohns und Abrechnung nach Zeitaufwand bzw. die Vereinbarung eines Pauschalbetrages für die anwaltliche Dienstleistung.<sup>10</sup> Es sind aber auch andere Methoden denkbar: So kann beispielsweise die gesetzliche Berechnung der Anwaltsvergütung durch die Vereinbarung eines anderen Gegenstandswertes oder durch die Festlegung von anderen Multiplikationsfaktoren für erbrachte Leistungen modifiziert werden.<sup>11</sup>

Dabei ist zu beachten, dass in gerichtlichen Verfahren alle diese Vergütungsmethoden die gesetzlichen Gebühren nicht unterschreiten dürfen, da dies einen Verstoß gegen die standesrechtliche Vorschrift des § 49b I BRAO darstellt.<sup>12</sup> In außergerichtlichen Verfahren kann die gesetzliche Gebühr

*Rickman*, The Economics of Contingency Fees in Personal Injury Litigation. Oxford Review of Economic Policy 1994, S. 34 (34 ff.); *Rubinfeld/Scotchmer*, Contingent Fees for Attorneys: An Economic Analysis, The RAND Journal of Economics 1993, S. 343 (343 ff.).

<sup>6</sup> *Brüggemann* in: Dag Weyland [Hrsg.], Bundesrechtsanwaltsordnung – Kommentar, 10. Aufl. 2020, § 49b Rn. 7.

<sup>7</sup> *Winkler/Teubel* in: Hans-Jochem Mayer und Ludwig Kroiß [Hrsg.], Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – Handkommentar, 8 Aufl. 2021, § 3a Rn. 2.

<sup>8</sup> *Klees* in: Mayer/Kroiß (Fn. 7), § 2 Rn. 16.

<sup>9</sup> *Winkler/Teubel* in: Mayer/Kroiß (Fn. 7), § 3a Rn. 2.

<sup>10</sup> v. *Seltmann* in: Julia von Seltmann [Hrsg.], BeckOK-RVG, 57. Edition 2022, § 3a Rn. 1.

<sup>11</sup> v. *Seltmann* in: v. Seltmann (Fn. 10), § 3a Rn. 1.

<sup>12</sup> *Kilian* in: Martin Henssler und Hanns Prütting [Hrsg.], Bundesrechtsanwaltsordnung – Kommentar, 5. Aufl., 2019, § 49b Rn. 5.

jedoch unter den Voraussetzungen des § 4 IRVG unterschritten werden, wenn die Vergütung insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zu Leistung, Verantwortung und Haftungsrisiko des Rechtsanwalts steht.<sup>13</sup>

## II. Erfolgshonorar und dessen Verbreitung

Die oben beschriebenen Vergütungsmethoden haben gemeinsam, dass die anwaltliche Vergütung unabhängig von dem gerichtlichen Erfolg des Falles erfolgt. Davon zu unterscheiden sind erfolgsbasierte Vergütungsmodelle, bei denen die konkrete Höhe der Vergütung von dem Erfolg der Klage abhängt. Das Erfolgshonorar wird für den deutschen Rechtsraum in § 49b II 1 BRAO legaldefiniert und meint „Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird oder nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält“<sup>14</sup>. Für diese Arbeit wird die Legaldefinition des Erfolgshonorars aus § 49b II 1 BRAO maßgeblich sein. Gleichzeitig haben sich in der englischen Fachliteratur unterschiedliche Begrifflichkeiten für konkrete Ausgestaltungen des Erfolgshonorars eingebürgert.<sup>15</sup> Es ist zum einen möglich, eine vorher vereinbarte Vergütungsmethode, wie zum Beispiel einen Stundenlohn oder eine gesetzliche Vergütung, nur im Erfolgsfall zu zahlen („no-win-no-fee“).<sup>16</sup> Zudem ist auch eine Vereinbarung möglich, in der die Vergütung des Anwalts im Erfolgsfall aufgestockt wird oder der Anwalt bei einem gerichtlichen Misserfolg weniger Geld bekommt („no-win-less-fee“).<sup>17</sup> Der vielleicht bekannteste Unterfall des Erfolgshonorars ist, dass der Anwalt im Falle eines Erfolgs einen prozentualen Anteil an der erstrittenen Summe bekommt („quota-litis-Vereinbarung“).<sup>18</sup>

Erfolgshonorare sind vor allem in den USA, aber auch in Ländern wie Japan, Argentinien oder Israel uneingeschränkt zugelassen.<sup>19</sup> In der europäischen Rechtstradition wurde eine direkte Koppelung der Vergütung des Anwalts jedoch als unethisch und somit unzulässig angesehen.<sup>20</sup> Auch wenn

Erfolgshonorare im kontinentaleuropäischen Recht zunehmend erlaubt werden, beschränkt sich dies meist auf no-win-no-fee- und no-win-less-fee-Vereinbarungen.<sup>21</sup> Solche Vergütungsvereinbarungen sind zum Beispiel in Österreich, Portugal und Schweden erlaubt.<sup>22</sup> Einzelne europäische Länder wie England und Wales lassen jedoch seit 2013 für bestimmte Bereiche auch quota-litis-Vereinbarungen zu. Je nach Art der Forderung sind quota-litis-Vereinbarungen in England und Wales auf 25% bis 50% der erstrittenen Summe gedeckelt.<sup>23</sup> Andere Länder wie die USA oder Israel sehen keine explizite Deckelung der Anwaltsvergütung vor, beteiligen aber den Anwalt regelmäßig in Höhe von 25% bis zu 50% an der erstrittenen Summe.<sup>24</sup> Dabei werden häufig unterschiedliche Prozentsätze für den Fall vereinbart, dass eine vorgerichtliche Einigung erzielt oder aber ein gerichtlicher Prozess für die Rechtsdurchsetzung tatsächlich notwendig wird.<sup>25</sup>

## III. Rechtliche Zulässigkeit in Deutschland

Die Vereinbarung eines Erfolgshonorars war in Deutschland bis 2008 generell unzulässig. Dabei war durch die weite Legaldefinition des Erfolgshonorars – welche sich heute in § 49b II 1 BRAO befindet – jegliche Koppelung der anwaltlichen Vergütung an den gerichtlichen Erfolg unmöglich. Ein ausdrückliches gesetzliches Verbot des Erfolgshonorars gab es seit 1944 in § 93 II 5 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte (RAGebO).<sup>26</sup> Jedoch sind die jeweils zuständigen Gerichte schon seit dem 19. Jahrhundert von der Unzulässigkeit eines Erfolgshonorars ausgegangen.<sup>27</sup> Das Verbot des Erfolgshonorars wurde dabei im Wesentlichen auf drei Punkte gestützt: Zum einen sollte der Mandant vor überhöhten Vergütungssätzen durch Rechtsanwälte geschützt werden.<sup>28</sup> Zum anderen wurden negative Effekte auf die prozessuale Waffengleichheit und eine Beeinträchtigung der anwaltlichen Unabhängigkeit als wesentliche Rechtspositionen aufgeführt.<sup>29</sup>

Mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Dezember 2006 wurde mit diesem generellen Verbot des

<sup>13</sup> Winkler/Teubel in: Mayer/Kroiß (Fn. 7), § 4 Rn. 2.

<sup>14</sup> Vgl. Gesetzestext in § 49b II 1 BRAO.

<sup>15</sup> Vgl. für unterschiedliche Begrifflichkeiten beispielsweise: Emons, Conditional versus contingent fees, Oxford Economic Papers 2007, S. 89 (89).

<sup>16</sup> Overkamp, Auswirkungen des neuen anwaltlichen Erfolgshonorars auf die Kostenerstattung, NJW 2022, S. 998 (999).

<sup>17</sup> Kilian, Erfolgshonorare im internationalen Privatrecht, AnwBl 2003, S. 452 (463).

<sup>18</sup> Emons, (Fn. 15), S. 89 (89).

<sup>19</sup> Kilian (Fn. 17), S. 452 (463).

<sup>20</sup> Emons (Fn. 15), S. 89 (89).

<sup>21</sup> Kilian (Fn. 17), S. 452 (463).

<sup>22</sup> Kilian (Fn. 17), S. 452 (463).

<sup>23</sup> Vgl. Wortlaut der Damages-Based-Agreements-Regulations 2013 (Section 4).

<sup>24</sup> Brickman, Effective Hourly Rates of Contingency Fee Lawyers: Competing Data and Non-Competitive Fees, Washington University Law Quarterly 2003, S. 653 (657).

<sup>25</sup> Zamir/Ritov (Fn. 5), S. 245 (250).

<sup>26</sup> Hartung, Wer schützt wen vor wem? – oder: Muss der Mandant vor Erfolg geschützt werden?, AnwBl 2008, S. 396 (396).

<sup>27</sup> Bruns, Das Verbot der quota litis und die erfolgshonorierte Prozeßfinanzierung, JZ 2000, S. 232 (234).

<sup>28</sup> BVerfG, Urt. v. 12.12.2006, 1 BvR 2576/04.

<sup>29</sup> Friedländer in: Adolf Friedländer und Max Friedländer [Hrsg.], Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, 3. Aufl. 1930, S. 177.

Erfolgshonorars gebrochen. In seiner Entscheidung argumentiert das Gericht vor allem, dass aufgrund von Rechtsschutz- und Rechtsdurchsetzungsgründen eine Vereinbarung von Erfolgshonoraren zumindest punktuell möglich sein muss.<sup>30</sup> Dies wird damit begründet, dass Mandanten aufgrund des großen Kostenrisikos einen Prozess scheuen könnten und dieses Risiko durch ein Erfolgshonorar zum Teil auf den Anwalt verlagert wird.<sup>31</sup> Zudem argumentiert das Bundesverfassungsgericht, dass nicht alle Personen über die finanziellen Möglichkeiten verfügen, um einen Prozess zu führen. Auswirkungen aufgrund von Informationsasymmetrien zwischen Anwalt und Mandant, die gegebenenfalls zu einer überhöhten Erfolgsbeteiligung des Anwalts führen, sieht das Bundesverfassungsgericht nicht als ausreichenden Grund, um Erfolgshonorare generell zu verbieten. An dieser Stelle hält es vielmehr spezifische Schutz- und Informationsvorschriften zugunsten der Mandanten für eine adäquate Lösung.<sup>32</sup>

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts wurde im Juli 2008 durch das Einfügen des § 4a RVG in die Praxis umgesetzt. Danach ist ein Erfolgshonorar erlaubt, wenn der Mandant „bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde“<sup>33</sup>. Der Vereinbarung eines Erfolgshonorars wurden somit vom Gesetzgeber enge Grenzen gesetzt. Dies wird insbesondere dadurch unterstrichen, dass zusätzlich zu den materiellen Voraussetzungen des § 4a RVG die Betrachtung der Notwendigkeit des Erfolgshonorars „im Einzelfall“ geschehen muss.<sup>34</sup> Zudem wurde, um die Konkurrenzfähigkeit der Anwaltschaft mit Legal-Tech-Dienstleistern zu verbessern, die Zulässigkeit eines Erfolgshonorars durch die am 01. Oktober 2021 in Kraft getretene Neufassung des § 4a RVG erweitert.<sup>35</sup> Legal-Tech-Anbieter sind nämlich nicht an das RVG und die BRAO gebunden und konnten bereits nach dem geltenden § 13c Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) sowohl Prozesse finanzieren als auch Erfolgshonorare vereinbaren.

Für einen Anwalt bestehen somit nach deutschem Recht derzeit drei Möglichkeiten, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren: Ein

Erfolgshonorar ist zum einen immer möglich, wenn sich die anwaltliche Dienstleistung auf eine Geldforderung von höchstens 2.000 € bezieht (§ 4a I Nr. 1 RVG). Zum anderen kann ein Erfolgshonorar für die außergerichtliche und teilweise sogar für die gerichtliche Geltendmachung von Inkassoforderungen vereinbart werden (§ 4a I Nr. 2 RVG). Darüber hinaus besteht die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Möglichkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars, wenn der Mandant anderenfalls aufgrund der Umstände des Einzelfalls von der Rechtsverfolgung abgehalten würde (§ 4a I Nr. 3 RVG). Dabei ist jedoch zu beachten, dass der § 4a II RVG Einschränkungen vorsieht, wenn es sich bei der anwaltlichen Dienstleistung nicht um eine Inkassoforderung handelt. Wenn in den Fällen des § 4a I Nr. 1, 3 RVG die anwaltliche Vergütung im Falle eines Misserfolgs unter der gesetzlichen Vergütung liegt – was insbesondere bei quota-litis- und no-win-no-fee-Vereinbarungen immer der Fall sein wird – so muss die anwaltliche Vergütung bei einem Erfolgsfall die gesetzliche Vergütung angemessen überschreiten, § 4a II RVG.<sup>36</sup> Es wird somit eine Untergrenze für die anwaltliche Vergütung bei Erfolgshonoraren gesetzt, damit auch bei Erfolgshonoraren die gesetzliche Vergütung zumindest im Durchschnitt nicht unterschritten wird.<sup>37</sup> Dieser angemessene Zuschlag im Erfolgsfall ist dabei im Einzelfall zu ermitteln, wobei die Gewinnwahrscheinlichkeiten des Falles und die Frage, ob der Anwalt bei Misserfolg eine Teilvergütung bekommt, eine wesentliche Rolle spielen.<sup>38</sup>

## C. Analyse

Die ökonomische Analyse von Erfolgshonoraren erfolgt durch einen Vergleich zu einem festen Vergütungsmodell und ist in fünf Abschnitte unterteilt: In den ersten beiden Punkten ist zu klären, inwiefern eine erfolgsbasierte Vergütung das Verhältnis des Anwalts zum Gericht bzw. das Verhältnis zu seinem Mandanten verändert. Daraufhin werden in einem nächsten Punkt die bei den Vergütungsmethoden entstehenden

<sup>30</sup> BVerfG, Urt. v. 12.12.2006, 1 BvR 2576/04, Rn. 57: Das gesetzliche Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare (§ 49 b Abs. 2 BRAO a.F.) ist mit dem Grundgesetz insoweit nicht vereinbar, als es keine Ausnahmen zulässt und damit selbst dann zu beachten ist, wenn der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung trägt, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen“.

<sup>31</sup> BVerfG, Urt. v. 12.12.2006, 1 BvR 2576/04, Rn. 102: „Vor diesem Hintergrund erweist sich das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare als Hindernis für den Zugang zum Recht, wenn ein Rechtsuchender auf Grund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse das Risiko, im Misserfallsfall 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.“.

<sup>32</sup> BVerfG, Urt. v. 12.12.2006, 1 BvR 2576/04, Rn. 107: „Die spezifischen Probleme des Verbraucherschutzes, die sich mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung verbinden lassen, werden auf die Befürchtung gestützt, die asymmetrische Informationsverteilung zu Gunsten des Rechtsanwalts ermögliche diesem, durch unzutreffende Darstellung der Erfolgsaussichten oder übertriebene Schilderung des zu erwartenden Arbeitsaufwandes eine unangemessen hohe Vergütung zu erreichen. Der von ihm angenommenen Gefahr einer Übervorteilung kann der Gesetzgeber allerdings - wie bereits angedeutet (vgl. oben B I 2 c bb <1>) - in anderer Weise als im Wege eines ausnahmslosen Verbotes etwa dadurch hinreichend effektiv entgegenzutreten, dass er als Voraussetzung einer wirksamen Erfolgshonorarvereinbarung die Erfüllung von Informationspflichten zu Gunsten des Mandanten verlangt.“

<sup>33</sup> Winkler/Teubel in: Mayer/Kroiß (Fn. 7), § 4a Rn. 1.

<sup>34</sup> v. Seltmann in: v. Seltmann (Fn. 10), § 4a Rn. 9.

<sup>35</sup> Skupin, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht – Anwaltliche Erfolgshonorare und neue Pflichten für Legal Techs, GRUR-Prax 2021, S. 368 (370).

<sup>36</sup> v. Seltmann in: v. Seltmann (Fn. 10), § 4a Rn. 13.

<sup>37</sup> Winkler/Teubel in: Mayer/Kroiß (Fn. 7), § 4a Rn. 38.

<sup>38</sup> v. Seltmann in: v. Seltmann (Fn. 10), § 4a Rn. 13.

Unterschiede im Klageverhalten ausführlich untersucht. Im Rahmen dieser Untersuchung wird auch auf die Risikoaversität des Mandanten eingegangen. In einem vierten Punkt sollen Auswirkungen auf die prozessuale Waffengleichheit erörtert werden, welche lange Zeit als Argument gegen die Einführung von Erfolgshonoraren angeführt wurden. Schlussendlich werden Unterschiede im Vergleichsverhalten des Mandanten und des Anwalts abhängig von der Vergütungsmethode aufgezeigt.

## I. Verhältnis Anwalt zum Gericht

Ein Anwalt wird in Deutschland als unabhängige Person zur Wahrung einer funktionierenden Rechtspflege aufgefasst.<sup>39</sup> Eine ausdrückliche Normierung findet sich in § 1 BRAO, welches den Anwalt als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ beschreibt.<sup>40</sup> Primäres Ziel seines Handelns muss dabei die „Aufrechterhaltung der staatlichen Rechtsordnung“<sup>41</sup> sein. Der Verpflichtung des Anwalts gegenüber seinem Mandanten wird sowohl durch die weite anwaltliche Schweigepflicht als auch durch das Zeugnisverweigerungsrecht des Anwalts Rechnung getragen.<sup>42</sup> Unlauteres Handeln, welches nicht von der anwaltlichen Schweigepflicht gedeckt ist, wäre beispielweise das Anstiften zu Straftaten, die Einschüchterung von Zeugen oder das wissentliche Unterdrücken von beweisheblichen Tatsachen.<sup>43</sup> Ein solches Verhalten soll aufgrund des staatlichen Interesses an einer funktionierenden Rechtspflege verhindert werden und ist daher gem. § 1 BRAO nicht zulässig.

In der Institutionenökonomik wird das Verhältnis von zwei Vertragsparteien<sup>44</sup> bei divergierenden Zielen und asymmetrischer Informationslage nach der sog. Prinzipal-Agenten-Theorie untersucht: Die Prinzipal-Agenten-Theorie geht dabei davon aus, dass jede Vertragspartei ihren eigenen Nutzen maximieren will. Jedoch kann der Auftragsgeber (Prinzipal) das Verhalten des Beauftragten (Agent) aufgrund ungleich verteilter Informationen nicht vollends kontrollieren, sodass es zu mehr oder weniger stark ausgeprägten Störungen in dem Verhältnis der Vertragsparteien kommt.

In dem konkreten Verhältnis zwischen Anwalt und dem Gericht wird der Anwalt aufgrund des § 1 BRAO als Agent des als Prinzipal agierenden Gerichts zur Wahrung der Rechtspflege tätig, wird dabei aber seinen eigenen Nutzen maximieren

wollen. Dabei bestehen bei einer erfolgsunabhängigen Vergütungsmethode Anreize für ein unlauteres Verhalten des Anwalts, welche durch eventuelle Folgeaufträge des Mandanten bei einer erfolgreichen Prozessführung und daraus folgenden Anwaltsvergütungen entstehen. Gleichzeitig sind dieser opportunistischen Nutzenmaximierung durch den Anwalt insoweit Grenzen gesetzt, als dass dieser sowohl standes- als auch strafrechtliche Konsequenzen und einen Reputationsverlust befürchten muss, sollte unlauteres Verhalten seinerseits bekannt werden.<sup>45</sup>

Durch die Einführung von Erfolgshonoraren entsteht eine unmittelbar finanzielle und nicht nur eine mittelbare, durch Folgeaufträge bedingte Beteiligung des Anwalts an dem prozessualen Erfolg seines Mandanten. Für den als Agenten für die Rechtspflege tätigen Anwalt bestehen somit starke finanzielle Anreize, welches bei quota-litis-Vereinbarungen sogar einen prozentualen Anteil an der Streitsumme betragen kann, für unlauteres Verhalten. Wenn standesrechtliche Konsequenzen und ein möglicher Reputationsverlust als Gegenanreize für die finanziellen Anreize nicht ausreichen, ist eine Zunahme von unlauterem Verhalten zu befürchten.<sup>46</sup> Dies führt zu einem zu einer schlechteren Tatsachenbasis, aufgrund derer das Gericht entscheiden kann, und somit zu mehr Fehlurteilen, worunter die Erwartungssicherheit leidet. Zum anderen sind gesellschaftliche Kosten zu erwarten, da das Gericht das Verhalten des Anwalts überwachen muss, um dessen Informationsvorsprünge zu begrenzen und unlauteres Verhalten zu verhindern.<sup>47</sup> Da die Finanzierung der Prozesskosten durch einen Anwalt im deutschen Rechtssystem grundsätzlich nicht möglich ist, vgl. § 49b II 2 BRAO, besteht zumindest – durch ansonsten bestehende Kapitalinvestitionen des Anwalts in den Ausgang des Falles – kein Anreiz des Anwalts für unlauteres Verhalten, um einen Vermögensverlust zu minimieren. Inwiefern der bei einem Erfolgshonorar dazukommende unmittelbar finanzielle Anreiz bezüglich eines Vermögensgewinns dazu führt, dass die Interessen des Anwalts nicht mehr mit dem Interesse des Gerichts zur Wahrung der Rechtspflege übereinstimmen, kann jedoch schwerlich genau quantifiziert werden.

<sup>39</sup> Hensler/Özman/Sossna, Anwaltliches Berufsrecht: Grundlagen unter Berücksichtigung der großen BRAO-Reform, JuS 2022, S. 385 (387).

<sup>40</sup> Kilian, Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege – Eine Spurensuche, AnwBl 2019, S. 662 (663).

<sup>41</sup> Brüggemann in: Weyland (Fn. 6), § 1 Rn. 5.

<sup>42</sup> Hensler/Özman/Sossna (Fn. 39), S. 385 (389).

<sup>43</sup> Baetge (Fn. 5), S. 669 (674).

<sup>44</sup> Der Begriff der „Vertragspartei“ im Sinne der Prinzipal-Agenten-Theorie entspricht dabei nicht dem juristischen Begriff einer Vertragspartei.

<sup>45</sup> Baetge (Fn. 5), S. 669 (675).

<sup>46</sup> Baetge (Fn. 5), S. 669 (675).

<sup>47</sup> Baetge (Fn. 5), S. 669 (674).

## II. Verhältnis Anwalt zum Mandanten

Gleichzeitig ändert sich durch eine direkte finanzielle Beteiligung an dem Erfolg der Klage auch das Verhältnis des Anwalts zum Mandanten, welcher als Prinzipal agiert: Grundsätzlich ist dabei festzustellen, dass sich die vorhandenen Informationsvorsprünge des Anwalts gegenüber dem Mandanten nicht – wie gegenüber dem Gericht – auf das lautere Verhalten des Anwalts und die Faktenlage, sondern auf die rechtliche Behandlung des Falles beziehen. Dabei werden die im folgenden erläuterten Moral-Hazard-Probleme bei dem Anwalt regelmäßig stärker ausgeprägt sein, wenn der Mandant eine Privatperson und kein Unternehmen ist.<sup>48</sup> Dies ist dadurch bedingt, dass Unternehmen häufig eine Rechtsabteilung haben und der Informationsvorsprung des Anwalts bezüglich der rechtlichen Behandlung des Falles geringer ausfällt.<sup>49</sup> Zudem werden Unternehmen einen Anwalt grundsätzlich besser überwachen und durch regelmäßige Folgeaufträge einen größeren Anreiz dafür bieten können, dass der Anwalt in ihrem Interesse handelt.<sup>50</sup>

### 1. Informationsasymmetrien vor Vertragsschluss

Schon vor Vertragsschluss bestehen im Verhältnis zwischen Anwalt und Mandanten Informationsasymmetrien, die zu einer Prinzipal-Agenten-Problematik führen, wobei der Anwalt als Agent zur Rechtsdurchsetzung für seinen Mandanten handelt. Ein Mandant wird dabei zwar den Sachverhalt seines Anliegens kennen, die bestehenden Fakten jedoch nicht juristisch einordnen können. Er wird daher seine angenommene Siegeswahrscheinlichkeit und damit auch die Frage, ob er Klage erhebt, sehr stark von der Einschätzung des Rechtsanwalts abhängig machen.<sup>51</sup> Diese Informationsasymmetrie kann ein Anwalt zu seinen Gunsten ausnutzen: So wird sich das Interesse des Anwalts bei einer erfolgsunabhängigen Vergütung darauf erstrecken, einen Fall zu übernehmen, unabhängig von der durch ihn eingeschätzten Siegeswahrscheinlichkeit.<sup>52</sup> Der Grund hierfür liegt in seinem Vergütungsanspruch, welcher von dem Erfolg der Klage unabhängig ist. Ein Anwalt wird daher versuchen, die Anzahl der von ihm vertretenen Fälle zu maximieren und auch wenig aussichtsreiche Fälle übernehmen. Eine solche Maximierung

der Fallzahl kann er dadurch erreichen, dass er seine juristische Einschätzung des Falles nicht preisgibt, sondern gegenüber dem Mandanten eine größere juristische Chance auf ein gerichtliches Obsiegen äußert. Ein solches Täuschungsinteresse gegenüber den Mandanten ist dabei wie in Punkt 3.1 aufgrund eines möglichen Reputationsverlustes und standesrechtlicher Konsequenzen eingeschränkt. Trotz dieser Beschränkung des Täuschungsinteresses ist daher bei einer erfolgsunabhängigen Vergütung eine Zunahme von Fällen zu erwarten, bei denen von einer geringeren Siegeswahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann.<sup>53</sup>

Hingegen erfolgt bei einem Erfolgshonorar eine direkte Koppelung der anwaltlichen Vergütung an den gerichtlichen Erfolg des Mandanten. Das Interesse des Anwalts besteht daher darin, Fälle mit einer möglichst hohen Siegeswahrscheinlichkeit zu vertreten. Bei einer geringeren Siegeswahrscheinlichkeit wird er sich dies durch eine höhere Vergütung im Erfolgsfall kompensieren lassen. Auch der Mandant wird bereit sein, den Anwalt bei einem riskanteren Fall entsprechend höher zu vergüten. Gleichzeitig besteht an dieser Stelle dieselbe Informationsasymmetrie wie bei der erfolgsunabhängigen Vergütung, da der Mandant die Siegeswahrscheinlichkeit des Falles schwer einschätzen kann und auf die juristische Expertise des Anwalts vertrauen muss.<sup>54</sup> Das Bundesverfassungsgericht sieht dabei die Gefahr, dass der Anwalt den Informationsvorsprung durch Vorspiegeln einer schlechteren Siegeswahrscheinlichkeit ausnutzt, um eine überhöhte Erfolgsbeteiligung zu verlangen.<sup>55</sup> Dem kann man grundsätzlich entgegensetzen, dass bei einem Preiswettbewerb der Anwälte um Mandanten sich nur die Anwälte durchsetzen, welche ein angemessenes Erfolgshonorar anbieten. Jedoch ist in den USA zu beobachten, dass kein Wettbewerb bezüglich der Höhe der quota-litis-Beteiligung entsteht.<sup>56</sup> Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb sich ein Preiswettbewerb für andere Formen eines Erfolgshonorars einstellen sollte. Auch hier wird der Anreiz zur Übervorteilung des Mandanten durch einen möglichen Reputationsverlust und standesrechtliche Konsequenzen eingeschränkt. Zudem ist es beispielsweise möglich, wie in England und Wales, den Mandanten vor einer solchen Übervorteilung durch eine prozentuale Höchstgrenze

<sup>48</sup> Tang, Die Rechtsanwaltsvergütung, die Allokation von Prozesskosten und das Rechtsanwaltsfranchising - Ausgewählte Problemstellungen der Rechtsökonomik, URN: urn:nbn:de:hbz:294-34867 [Stand 23.02.2023], S. 11.

<sup>49</sup> Schwab, Erfolgshonorare für Rechtsanwälte, die Allokation von Prozesskosten und der Zugang zum Rechtssystem – Ausgewählte Probleme der Rechtsökonomik, URN: urn:nbn:de:hbz:294-33078 [Stand 23.02.2023], S. 7.

<sup>50</sup> Schwab (Fn. 49), S. 10.

<sup>51</sup> Baetge (Fn. 5), S. 669 (676).

<sup>52</sup> Rubinfeld/Scotchmer (Fn. 5), S. 343 (343).

<sup>53</sup> Helland/Tabarrok (Fn. 5), S. 517 (540).

<sup>54</sup> Baetge (Fn. 5), S. 669 (676).

<sup>55</sup> BVerfG, Urt. v. 12.12.2006, 1 BvR 2576/04.

<sup>56</sup> Moorhead/Hurst, Contingency Fees: A Study of their operation in the United States of America, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1302843> [Stand 08.08.2022], S. 23.

für quota-litis-Vereinbarungen zu schützen.<sup>57</sup> Ein Erfolgshonorar verändert somit, wie sich bestehende Informationsasymmetrien auf das Verhalten des Anwalts vor Vertragsschluss auswirken, führt aber nicht dazu, dass der Anwalt nur in dem Interesse des Mandanten handelt.

## 2. Informationsasymmetrien nach Vertragsschluss

Der als Prinzipal agierende Mandant kann das Erbringen der vertraglich geschuldeten Anwaltsleistung schwer überwachen. Bei einer erfolgsunabhängigen stundenabhängigen Vergütung besteht daher für einen Anwalt der Anreiz, möglichst viele abrechenbare Stunden zu erbringen, da der Mandant die Sinnhaftigkeit dieser Stunden nicht überprüfen kann. Bei einer erfolgsunabhängigen pauschalen Anwaltsvergütung besteht wiederum für den Anwalt die Möglichkeit, möglichst wenig Arbeit und Gedanken in den Fall zu investieren, um sein eigenes Kosten-Nutzen-Verhältnis zu optimieren. Bezüglich des tatsächlichen Erbringens der Anwaltsleistung liegt mithin eine hidden-action-Problematik vor.<sup>58</sup> Weiterhin kann der Mandant zwar den Output des Anwalts in Form von Klageanträgen und anderen Schriftsätzen beobachten, wird jedoch regelmäßig nicht in der Lage sein, die Qualität der anwaltlichen Leistung einzuschätzen. Insofern liegt diesbezüglich eine hidden-information-Problematik zwischen dem Anwalt als Agenten und dem Prinzipal vor.<sup>59</sup> Während somit für den Anwalt bei einer erfolgsunabhängigen Vergütung Anreize bestehen, seine Arbeitszeit der konkreten Vergütungsmethode anzupassen, besteht, wie oben schon festgestellt, kein direkter finanzieller Anreiz des Anwalts an einem Obsiegen vor Gericht. Dadurch ergibt sich eine Interessenskollision zwischen dem Mandanten und seinem Anwalt.

Die Neue Institutionenökonomik sieht als Lösung für die soeben beschriebenen Moral-Hazard-Probleme vor, dass der Prinzipal die Vertragsbeziehung zum Agenten derart gestaltet, dass der Agent den höchsten Nutzen erzielt, wenn er in dessen Interesse handelt.<sup>60</sup> Die Vereinbarung einer no-win-no-fee- und einer no-win-less-fee-Vergütung mag dazu führen, dass das Interesse des Mandanten an einem Prozessgewinn berücksichtigt wird. Gleichzeitig besteht auch hier das Interesse des Anwalts, die abrechenbaren Stunden zu maximieren bzw. bei einer pauschalen Vergütung möglichst gering zu halten. Ein Anwalt wird beispielsweise bei einem vereinbarten

Stundensatz, der nur im Gewinnfall ausgezahlt wird, einen gerichtlichen Sieg seines Mandanten anstreben, dabei aber unverhältnismäßig viele Arbeitsstunden in den Fall investieren.

Diese immer noch bestehende hidden-action-Problematik kann möglicherweise durch eine quota-litis-Vereinbarung als mögliche Variante eines Erfolgshonorars gelöst werden: Durch eine direkte prozentuale Beteiligung des Anwalts an dem gerichtlich geltend gemachten Anspruch wird der Anwalt zusätzlich zu einem gerichtlichen Obsiegen auch anstreben, dass sich die von ihm erbrachte Arbeitsleistung nur auf das objektiv Erforderliche beschränkt. Es sind jedoch Ausnahmen derart denkbar, dass der Anwalt zwar eine höhere Geldsumme gerichtlich durchsetzen kann, der erforderliche Mehraufwand zudem unter der zusätzlich erstrittenen Geldsumme liegt, der Anteil des Anwalts aus der höheren Geldsumme jedoch geringer als sein Mehraufwand ist. In diesen Fällen werden sich die Interessen des Mandanten und des Anwalts trotz einer quota-litis-Vergütung unterscheiden. Es ist jedoch zu vermuten, dass solche Fälle nur einen sehr geringen Anteil ausmachen. Die bei einer erfolgsunabhängigen Vergütung nach Vertragsschluss auftretende Prinzipal-Agent-Problematik kann somit durch eine quota-litis-Vergütung nahezu vollständig gelöst werden.<sup>61</sup>

## III. Klageverhalten des Mandanten

Nach dem Adam'schen Prozessmodell wird sich eine Person auf einen gerichtlichen Prozess einlassen, wenn der Erwartungswert des Prozesses positiv ist und ein eventuelles Vergleichsangebot unter diesem Erwartungswert liegt. Das Prozessmodell steht dabei unter der Prämisse, dass einer Klage entweder voll stattgegeben oder diese vollständig abgewiesen wird. Während Punkt 3.5 vor allem das Vergleichsangebot des Beklagten behandelt, wird im Folgenden zunächst der Erwartungswert des Klägers im deutschen Prozessrecht ermittelt. Den Schluss bildet eine kurze Darstellung des amerikanischen Kostenrechts und des damit verbundenen Erwartungswerts.

### 1. Adam'sches Prozessmodell

Bei dem Adam'schen Prozessmodell hängt der Erwartungswert des Anspruchsstellers ( $E_k$ ) von seiner vermuteten Siegeswahrscheinlichkeit ( $p_k$ ) multipliziert mit dem Gegenstandswert der Klage ( $G$ ) ab.<sup>62</sup> Von diesem Wert ist das

<sup>57</sup> Vgl. Wortlaut der Damages-Based-Agreements-Regulations 2013 (Section 4).

<sup>58</sup> Rickman (Fn. 5), S. 34 (36).

<sup>59</sup> Göbel, Neue Institutionenökonomik: Grundlagen, Ansätze und Kritik, 1. Aufl. 2021, S. 159.

<sup>60</sup> Göbel (Fn. 59), S. 163.

<sup>61</sup> Penners, Kostentragungsregeln im Zivilverfahren im Rechtsvergleich: Eine Untersuchung verfahrensdynamischer Auswirkungen von Erfolgshonorar und contingent fee auf das Zivilverfahren anhand rechtsvergleichender Erkenntnisse, Bucerius Law Journal 2017, S. 124 (126).

<sup>62</sup> Adams, Ökonomische Theorie des Rechts: Konzepte und Anwendungen, 2. Aufl. 2004, S. 352.

Produkt aus den für die Klage anfallenden Kosten des Klägers (K) und der Misserfolgswahrscheinlichkeit (1-p<sub>k</sub>) abzuziehen.<sup>63</sup> Es ergibt sich somit nach Adams folgende Formel zur Berechnung des Erwartungswertes eines Prozesses:

$$E_k = p_k * G - (1 - p_k) * K$$

Dabei wird der Kläger bei einem Erwartungswert größer Null den Rechtsweg bestreiten.<sup>64</sup> Die Kosten des Klägers richten sich im deutschen Zivilprozessrecht nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung (ZPO). Die Kostenverteilung bestimmt sich nach § 91 I ZPO, welcher besagt, dass die unterlegene Partei grundsätzlich alle Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Dazu gehören insbesondere die Gerichtskosten (K<sub>G</sub>), die Kosten des Anwalts des Klägers (K<sub>k</sub>) und die Kosten des Anwalts des Beklagten (K<sub>b</sub>). Aufgrund des kostenrechtlichen Transparenzgebots, nach welchem die Streitparteien die Möglichkeit haben sollen, die Kosten des Rechtsstreits zu kalkulieren, sind die maximal zu erstattenden Anwaltskosten jedoch gem. § 91 II ZPO auf die Höhe der gesetzlichen Anwaltsvergütung beschränkt (K<sub>gesA</sub>).<sup>65</sup> Eine geringere als die gesetzliche Anwaltsvergütung ist gem. § 49b BRAO grundsätzlich unzulässig, aber für erfolgsbasierte Vergütungsmodelle unter den Voraussetzungen des § 4a II RVG zulässig, wenn im Erfolgsfall eine höhere als die gesetzliche Vergütung gezahlt wird. Das Adam'sche Prozessmodell geht dabei wie oben erwähnt von einer vollständigen Abweisung oder einer vollständigen Stattgabe der Klage aus. Da der Kläger die gegnerischen Anwaltskosten nur im Falle einer Abweisung der Klage zahlen muss und dies für den Beklagten einen Erfolg darstellt, können dessen Anwaltskosten bei einem Erfolgshonorar die gesetzliche Vergütung nicht unterschreiten.<sup>66</sup> Für die Kostentragung ergibt sich somit, dass eine geringere tatsächliche Anwaltsvergütung des Beklagten aufgrund dessen Erfolgsfalls nicht möglich ist und eine höhere Anwaltsvergütung durch den Beklagten gem. § 91 I ZPO nur in Höhe der gesetzlichen Vergütung erstattet wird. Die vom Kläger im Verlustfall zu erstattenden Anwaltskosten des Beklagten werden somit immer der Höhe der gesetzlichen Anwaltsvergütung K<sub>gesA</sub> entsprechen.

Der Erwartungswert des Klägers hinsichtlich seiner Klage kann somit bei der Bezahlung seines Rechtsanwalts nach der

gesetzlichen Vergütung auch folgendermaßen dargestellt werden:

$$E_k = p_k * G - (1 - p_k) * K_G - (1 - p_k) * K_{gesA} - (1 - p_k) * K_{gesA}$$

oder verkürzt als:

$$E_k = p_k * G - (1 - p_k) * K_G - 2 * (1 - p_k) * K_{gesA}$$

Für das in 2.1 genannte Beispiel der erstinstanzlichen Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches in Höhe von 100.000 € beträgt die gesetzliche Anwaltsvergütung für eine Partei somit 4.947,42 € (s.o. Tab. 1). Die Gerichtskosten berechnen sich nach dem Gerichtskostengesetz (GKG) und werden wie die Anwaltskosten durch die Multiplikation einer sich aus dem Gesetz ergebenden Gebühr mit einem bestimmten Faktor errechnet. Für das konkrete Beispiel beträgt dabei die einfache Gerichtsgebühr gem. § 34 GKG 1129,00 €, die nach dem Kostenverzeichnis (KV) bei der erstinstanzlichen Geltendmachung des Anspruchs mit dem Faktor 3,0 (Nr. 1210 KV) multipliziert wird. Die Gerichtskosten belaufen sich somit auf 3.387,00 €.

**Tabelle 2:** Gesetzliche Anwaltsvergütung und Gerichtskosten bei einem Gegenstandswert von 100.000 €

Gesetzliche Anwaltsvergütung	4.947,42 €
Gerichtskosten	3.387,00 €

Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung.

Bei einer subjektiven Siegeswahrscheinlichkeit von 100% wird der Kläger somit einen Erwartungswert von 100.000 € haben, da er davon ausgeht, dass der Beklagte die ihm entstandenen Anwalts- und Gerichtskosten zahlen muss. Beträgt die subjektive Siegeswahrscheinlichkeit nur 50%, verringert sich der Erwartungswert aufgrund der unwahrscheinlicheren Schadenersatzzahlung und der möglichen Kostentragungspflicht auf 43.359,07 €. Grafisch dargestellt ergibt sich folgendes:

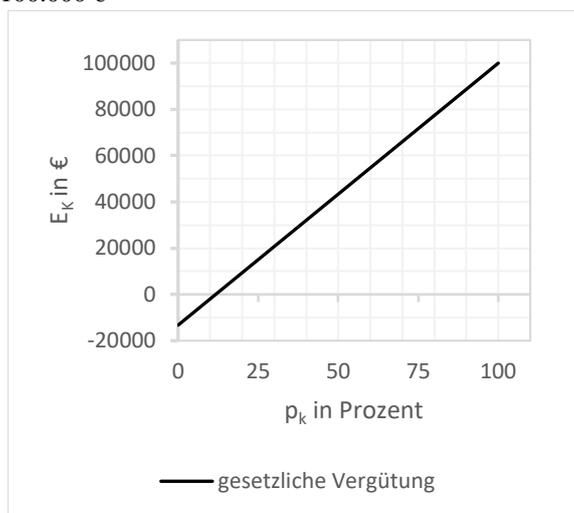
<sup>63</sup> Fink, Ökonomische Analyse des Schiedsverfahrensrechts: Besonderheiten schiedsgerichtlicher Verfahren und ihre Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt, BayZR 2021, S. 222 (224).

<sup>64</sup> Adams (Fn. 62), S. 352.

<sup>65</sup> Schulz in: Thomas Rauscher und Wolfgang Krüger [Hrsg.], Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Aufl. 2020, § 91 Rn. 61.

<sup>66</sup> Es ist denkbar, dass bei einem teilweisen Obsiegen und der damit verbundenen Kostenverteilung eine Streitpartei aufgrund der Vereinbarung eines Erfolgshonorars und dem fehlenden Eintritt des vollständigen Erfolges geringere Anwaltskosten als die gesetzliche vorgesehene Anwaltsvergütung hat; Overkamp (Fn. 16), S. 998 (1000). Da das Adam'sche Prozessmodell jedoch nur von einer vollständigen Stattgabe oder Abweisung der Klage ausgeht und ein teilweises Obsiegen daher nicht möglich ist, muss dieses Szenario nicht berücksichtigt werden.

**Abbildung 1:** Erwartungswert des Klägers bei einer gesetzlichen Anwaltsvergütung und einem Streitwert von 100.000 €



Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung.

Wenn der Kläger seinen Anwalt zwar erfolgsunabhängig vergütet, diese Vergütung aber über der gesetzlichen Vergütung liegt, werden seine Kosten im Erfolgsfall aufgrund von § 91 II ZPO nur in Höhe der gesetzlichen Anwaltsvergütung erstattet. In diesem Fall wird der Erwartungswert des Klägers selbst bei einer subjektiven Siegeswahrscheinlichkeit von 100% geringer als der Streitwert sein, da der Kläger nicht von einer kompletten Kostentragung des Gegners ausgeht. Dies drückt sich bei der Berechnung des Erwartungswertes dadurch aus, dass die eigenen Anwaltskosten vom Erwartungswert zu subtrahieren sind und die Rückerstattung der gesetzlichen Anwaltsvergütung abhängig von der subjektiven Erfolgswahrscheinlichkeit ist:

$$E_k = p_k * G - (1 - p_k) * K_G - K_k + p_k * K_{gesA} - (1 - p_k) * K_{gesA}$$

Bei einer erfolgsabhängigen Vergütung im Sinne einer no-win-no-fee-Vereinbarung muss die im Gewinnfall zu zahlende Anwaltsvergütung in Abhängigkeit zu der subjektiven Siegeswahrscheinlichkeit des Klägers gesetzt werden, um den Erwartungswert des Klägers zu ermitteln:

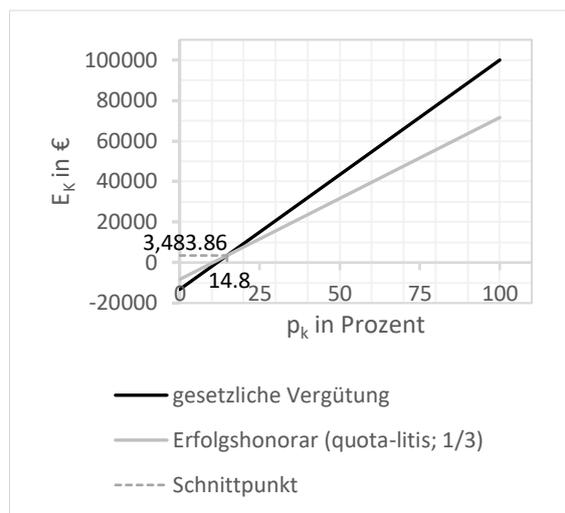
$$E_k = p_k * G - (1 - p_k) * K_G - p_k * K_k + p_k * K_{gesA} - (1 - p_k) * K_{gesA}$$

In Fall einer quota-litis-Vereinbarung ergibt sich der Erwartungswert der zu zahlenden Anwaltskosten aus dem Produkt der Siegeswahrscheinlichkeit und des Gegenstandswertes und der konkreten Erfolgsquote (q). Die Erwartungswertberechnung erfolgt somit mit der nachfolgenden Formel:

$$E_k = p_k * G - (1 - p_k) * K_G - p_k * G * q + p_k * K_{gesA} - (1 - p_k) * K_{gesA}$$

Die unterschiedlichen Erwartungswerte des Klägers bei einer gesetzlichen Vergütung und einer quota-litis-Vereinbarung werden in Abbildung 2 am Beispiel einer erstinstanzlichen Schadensersatzforderung in Höhe von 100.000 € veranschaulicht:

**Abbildung 2:** Erwartungswert des Klägers bei einer quota-litis-Vereinbarung von 1/3 und einem Streitwert von 100.000 €

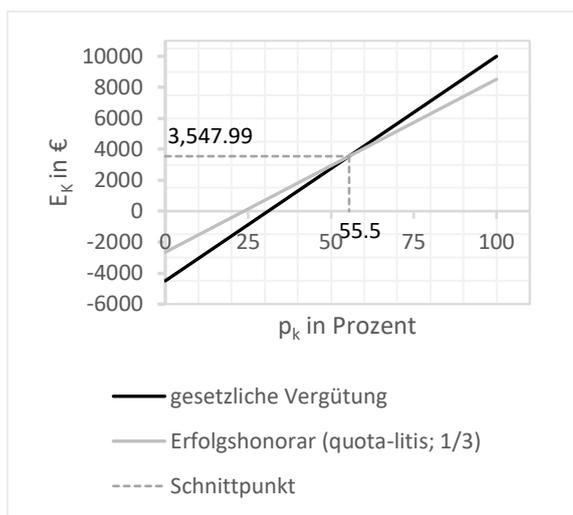


Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung.

Der Erwartungswert des Klägers ist demnach bei einer quota-litis-Vereinbarung mit dem Anwalt bereits bei einer angenommenen Siegeswahrscheinlichkeit von 10,4% positiv, während dies bei einem festen Vergütungsmodell erst ab einer subjektiven Siegeswahrscheinlichkeit von 11,7% der Fall ist. Zudem ist festzustellen, dass sich ein Kläger bei einer subjektiven Siegeswahrscheinlichkeit von bereits 14,8% aufgrund des höheren Erwartungswertes für die gesetzliche Anwaltsvergütung entscheiden wird. Dies lässt sich damit begründen, dass eine quota-litis Vergütung von 1/3 den Anwalt im Erfolgsfall mit 33.333,33 € entschädigt und somit mehr als das sechsfache über der gesetzlichen Anwaltsvergütung von 4947,43 € liegt. Gleichzeitig erkennt man schon an diesem Beispiel, dass selbst bei einer deutlich höheren Vergütung des Anwalts durch eine quota-litis-Vereinbarung ein risikoneutraler Kläger unter Umständen auf diese Vergütungsmethode zurückgreifen wird. Dieses Ergebnis veranschaulichen Abb. 3 und Abb. 4, in denen der Gegenstandswert des Schadensersatzanspruches auf 10.000 € bzw. 1.000 € bei einer gleichbleibenden quota-litis-Vergütung von 1/3 angesetzt wurde. Bei einer erfolgsbasierten Vergütung wird in diesen Fällen der Rechtsweg früher beschritten und insbesondere bei einem Gegenstandswert von 1.000 € wird der Kläger deutlich häufiger eine quota-litis-Vergütung vorziehen. Gleichzeitig liegt bei einem Streitwert von 1.000 € die quota-litis-

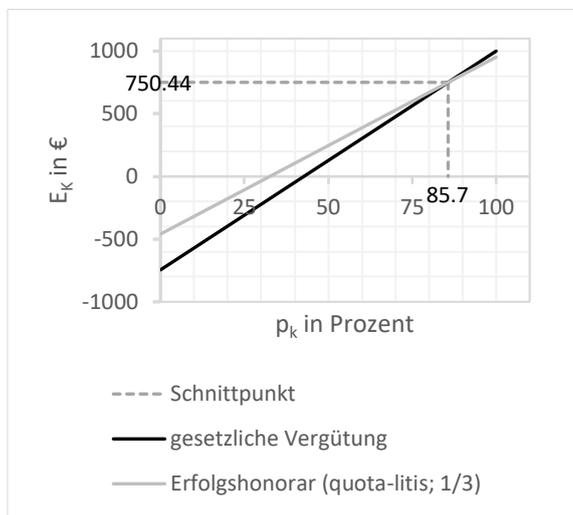
Anwaltsvergütung im Erfolgsfall nur knapp 50,00 € über der gesetzlichen Vergütung, weshalb sich im Einzelfall die Frage stellen wird, ob dies noch einen angemessenen Erfolgszuschlag i.S.d. § 4a II RVG darstellt oder ob eine höhere quota-litis-Beteiligung bzw. eine geringere Vergütung im Verlustfall zu zahlen ist, um den materiellen Voraussetzungen des § 4a II RVG zu genügen.

**Abbildung 3:** Erwartungswert des Klägers bei einer quota-litis-Vereinbarung von 1/3 und einem Streitwert von 10.000 €



Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung.

**Abbildung 4:** Erwartungswert des Klägers bei einer quota-litis-Vereinbarung von 1/3 und einem Streitwert von 1.000 €

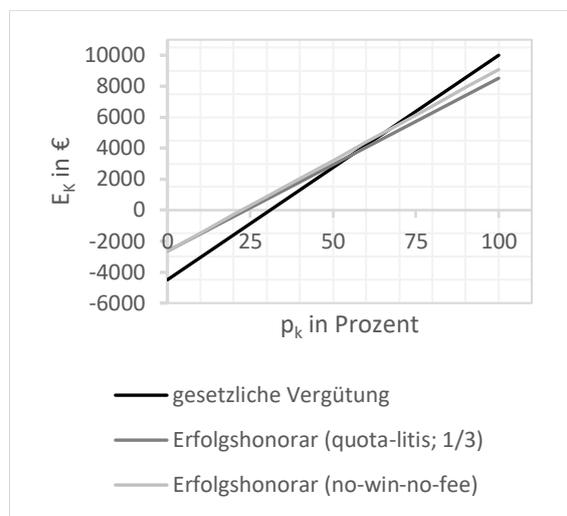


Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung.

Dieses für quota-litis-Vereinbarungen gezeigte geänderte Klageverhalten gilt grundsätzlich für alle Erfolgshonorare, solange diese im Misserfolgsfall dem Anwalt keine bzw. eine geringere als die gesetzliche Vergütung zusprechen. So ist beispielsweise bei einer no-win-no-fee-Vereinbarung, welche

dem Anwalt im Erfolgsfall die anderthalbfache gesetzliche Vergütung verspricht, auch eine erhöhte Klagefreudigkeit des Mandanten zu erwarten, wobei dieser bei hohen subjektiven Siegeswahrscheinlichkeiten jedoch die gesetzliche Vergütung vorziehen wird (vgl. Abb. 5). Erfolgshonorare, die auch im Misserfolgsfall über der gesetzlichen Anwaltsvergütung liegen, mögen zwar das in Punkt 3.2.2 beschriebene Moral-Hazard-Problem zwischen Anwalt und Mandant lösen, führen aber nicht zu einer höheren Klagebereitschaft des Mandanten.

**Abbildung 5:** Erwartungswert des Klägers bei einer quota-litis-Vereinbarung von 1/3, einer no-win-no-fee-Vereinbarung mit dem Faktor 1,5 der gesetzlichen Vergütung und einem Streitwert von 10.000 €



Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung.

## 2. Risikoaversität des Mandanten

Der soeben berechnete Erwartungswert geht davon aus, dass der Kläger bezüglich der Klageerhebung und der Wahl der konkreten Vergütungsmethode risikoneutral agiert. Jedoch zeigt die Realität, dass sich viele Personen risikoavers verhalten und ihr Verhalten nicht nur nach dem mathematischen Erwartungswert ausrichten.<sup>67</sup>

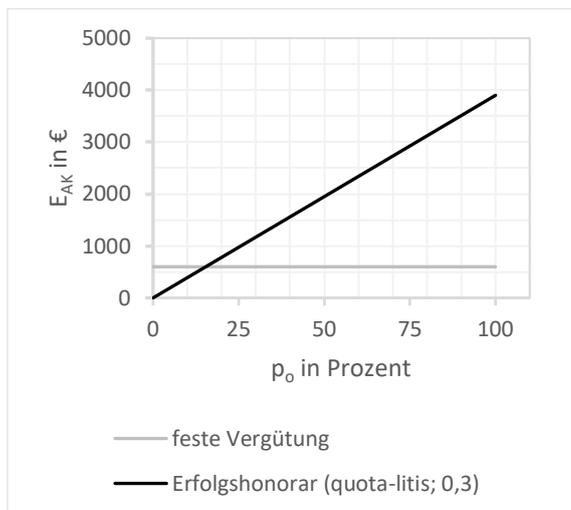
Die Verhaltensanalyse von *Zamir/Ritov* beschäftigt sich dabei mit der Frage, inwiefern natürliche Personen eine erfolgsbasierte quota-litis-Vergütung oder eine feste Anwaltsvergütung vorziehen.<sup>68</sup> In der Studie wurden die Teilnehmer mit Fällen konfrontiert, in denen der Streitwert und die objektive Siegeswahrscheinlichkeit ( $p_0$ ) bekannt waren. Daraufhin wurden die Teilnehmer befragt, ob sie es vorzögen, entweder keinen Anwalt heranzuziehen, eine im Sachverhalt bereits festgelegte quota-litis-Vergütung zu vereinbaren oder den Anwalt nach einer spezifizierten festen Vergütung zu

<sup>67</sup> Rickman (Fn. 5), S. 34 (37).

<sup>68</sup> Zamir/Ritov (Fn. 5), S. 245 (259).

entlohen. Obwohl der Erwartungswert des Klägers bezüglich der Anwaltskosten ( $E_{AK}$ ) bei einer quota-litis-Vergütung mehr als das Dreifache einer festen Vergütung betrug, entschieden sich jedoch 43% der Teilnehmenden für eine erfolgsbasierte Vergütung und verhielten sich damit deutlich risikoavers.<sup>69</sup> Dies zeigt sich deutlich in einem Fall, der im Rahmen dieser Versuchsreihe gestellt wurde: Zur Vereinfachung wurde dabei der israelische Schekel dem Euro gleichgesetzt. Bei einem Streitwert von 13.000 €, einer objektiven Siegeswahrscheinlichkeit von 50% und einer quota-litis-Vereinbarung von 30% betragen die erwarteten Anwaltskosten bei erfolgsbasierter Vergütung 1.950 €. Die feste Anwaltsvergütung, die auch im Falle einer erfolglosen Klage hätte bezahlt werden müssen, betrug dabei 600 €, womit der Kläger bei dieser mit einem konstanten Erwartungswert von 600 € rechnen kann. Obwohl der Erwartungswert der Anwaltsvergütung bei einer erfolgsbasierten Vergütung und einer Siegeswahrscheinlichkeit von 50% deutlich höher und mithin für den Kläger ungünstiger ist, bevorzugten in diesem und ähnlich gelagerten Fällen ein erheblicher Teil der Probanden eine erfolgsbasierte Vergütung.

**Abbildung 6:** Erwartungswert des Klägers bezüglich der Anwaltskosten bei einem Streitwert von 13.000 €



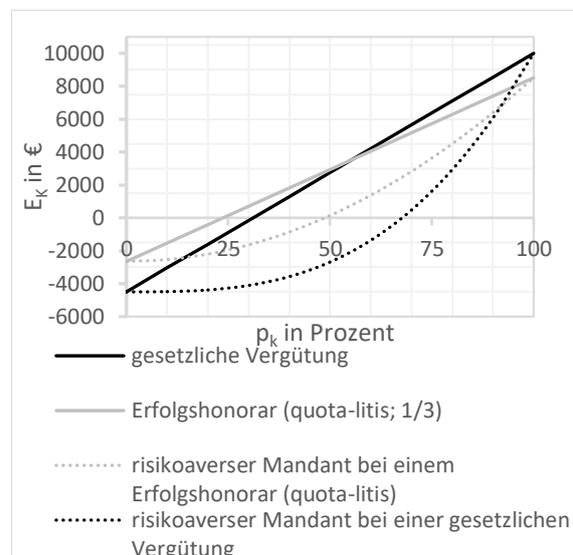
Quelle: Eigene Darstellung; Daten: Fallbeispiel bei *Zamir/Ritov*.<sup>70</sup>

Die Studie zeigt, dass ein Kläger sich bezüglich der eigenen Anwaltskosten häufig risikoavers verhält.<sup>71</sup> Er wird daher regelmäßig eine Anwaltsvergütung, die er nur im Erfolgsfall zahlen muss, einer erfolgsunabhängigen Anwaltsvergütung vorziehen. Die in der Studie gezeigte Risikoaversität des Klägers wird sich im deutschen Prozesskostenrecht dabei

vermutlich nicht nur auf die zu zahlende eigene Anwaltsvergütung, sondern auch auf die im Misserfolgsfall zu zahlenden Gerichtskosten und die gegnerischen Anwaltskosten erstrecken. Ein weiterer Grund für eine Risikoaversität des Mandanten besteht darin, dass dieser nicht die möglichen finanziellen Mittel zur Durchsetzung seiner Rechte hat und an einem imperfekten Finanzmarkt dafür auch keine Mittel auftreiben kann.<sup>72</sup> Bei einer erfolgsabhängigen Anwaltsvergütung muss der Kläger den Anwalt jedoch nur im Erfolgsfall bezahlen und wälzt somit einen Teil seines Kostenrisikos auf diesen ab. Die dadurch eintretende Begrenzung der Vermögensschwankung des Mandanten durch eine Überwälzung eines Teils des Risikos auf den Anwalt kann auch als Versicherungsvertrag beschrieben werden.<sup>73</sup> Auch wenn bei einem Erfolgshonorar das Misserfolgsrisiko in Form der Verpflichtung zur Zahlung der Gerichtskosten und der gegnerischen Anwaltskosten bei dem Mandanten weiterhin bestehen bleibt, ist die Summe der möglicherweise anfallenden Kosten geringer.

Der Erwartungswert eines risikoaversen Mandanten kann dabei grafisch durch eine konvexe Erwartungswertfunktion dargestellt werden.<sup>74</sup> Durch die bei einem Erfolgshonorar entstehende Teilung des Klagerisikos zwischen dem Mandanten und dem Anwalt wird die konvexe Funktion des Erwartungswertes weniger stark ausgeprägt sein als bei einer erfolgsunabhängigen Vergütung (vgl. Abb. 7):

**Abbildung 7:** Risikoaversität eines Klägers bei einem Streitwert von 10.000 €



Eigene Darstellung.

Quelle:

<sup>69</sup> *Zamir/Ritov* (Fn. 5), S. 245 (257).

<sup>70</sup> *Zamir/Ritov* (Fn. 5), Tabelle 1, Fall 1, S. 245 (257).

<sup>71</sup> *Zamir/Ritov* (Fn. 5), S. 245 (280).

<sup>72</sup> *Helland/Tabarrok* (Fn. 5), S. 517 (518).

<sup>73</sup> *Schwab* (Fn. 49), S. 51.

<sup>74</sup> *Adams* (Fn. 62), S. 399.

Ein risikoaverser Kläger wird daher wegen seines grundsätzlich niedrigeren Erwartungswertes weniger häufig den Rechtsweg beschreiten. Aufgrund der sich bei einer erfolgsunabhängigen Anwaltsvergütung einstellenden stärkeren Erwartungswertverschiebung wird ein risikoaverser Kläger jedoch deutlich früher bei einem Erfolgshonorar klagen. Zudem wächst der Bereich, in dem der Kläger die Vereinbarung eines Erfolgshonorars einer erfolgsunabhängigen Vergütung vorziehen wird.

Eine Umschichtung des Klagerisikos des risikoaversen Mandanten auf den Anwalt wird aber nur zu einer erhöhten Klagewahrscheinlichkeit führen, wenn der Anwalt nicht bzw. weniger risikoavers als der Mandant ist. Ansonsten wird der Anwalt seine eigene Risikoaversität dadurch zum Ausdruck bringen, dass er ein Erfolgshonorar überhaupt nicht oder nur ein stark erhöhtes Erfolgshonorar annimmt. Gegen eine ausgeprägte Risikoaversität des Anwalts sprechen jedoch mehrere Gründe: Zum einen kann ein Anwalt aufgrund seiner juristischen Fachkenntnisse die finanziellen Risiken des Falles besser einschätzen.<sup>75</sup> Dazu kommt die Tatsache, dass ein Anwalt sein Risiko über mehrere Fälle besser diversifizieren kann.<sup>76</sup>

Bei einem risikoaversen Mandanten ist somit durch die bei einem Erfolgshonorar eintretende Verlagerung des Risikos auf den Anwalt eine erhöhte Klagewahrscheinlichkeit bei einer häufigeren Vereinbarung einer erfolgsabhängigen Vergütung zu erwarten. Ein derart ausgestaltetes Vergütungsvertragsverhältnis zwischen dem Mandanten und seinem Anwalt ist auch nach *Posner/Rosenfield* zu befürworten, da der Anwalt aufgrund seiner besseren Einschätzung der Siegeswahrscheinlichkeit des Falles und der leichteren Risikostreuung einen Superior-Risk-Bearer darstellt.<sup>77</sup> Ein solcher Befund gilt dabei insbesondere für den Fall, dass der Mandant eine Privatperson ist. Große Unternehmen werden gegebenenfalls das Klagerisiko durch eine Vielzahl an Fällen besser als ein einzelner Anwalt streuen können.<sup>78</sup> Freilich wird ein Anwalt zumindest im Verhältnis zu Privatpersonen jedoch nicht nur bezüglich der eigenen Anwaltskosten, sondern auch bezüglich aller auftretenden Kosten einen Superior-Risk-Bearer darstellen. Eine konsequente Risikoverteilung nach *Posner/Rosenfield* würde somit dem Anwalt das gesamte Prozesskostenrisiko

zuschieben, wobei dies beispielsweise dadurch geschehen kann, dass der Mandant seinen Anspruch an den Anwalt im Gegenzug für eine feste Summe „verkauft“.<sup>79</sup>

### 3. Negative Auswirkungen einer zu großen Klagewahrscheinlichkeit

Es ist fraglich, ob durch die Möglichkeit der Vereinbarung von Erfolgshonoraren und der damit einhergehenden erhöhten Klagewahrscheinlichkeit negative Auswirkungen aus ökonomischer oder rechtlicher Sicht zu erwarten sind. Insbesondere ist es möglich, sich auf den Standpunkt zu stellen, dass durch die Möglichkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars gerade Kläger mit einer geringen subjektiven Siegeswahrscheinlichkeit den Rechtsweg beschreiten und es somit zu einer Klageflut und zu mehr wenig aussichtsreichen Fällen kommt. Als Negativbeispiel werden dabei oft die USA und die dortige Klagepraxis genannt.<sup>80</sup> Aus ökonomischer Sicht ist eine Zunahme von Klagen aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten wünschenswert. Eine negative Auswirkung von wenig aussichtsreichen Fällen ist jedoch, dass die von den Streitparteien zu entrichtenden Gerichtskosten nicht die tatsächlichen Ausgaben des Staates für die Gerichte decken. Dem im Jahr 2021 erschienenen Bericht des Statistischen Bundesamtes zu den Rechnungsergebnissen des Öffentlichen Gesamthaushalts lassen sich Netto-Ausgaben des Staates für den Bereich Rechtsschutz in Höhe von 12.545 Milliarden Euro entnehmen.<sup>81</sup> Demgegenüber stehen Einnahmen durch Gerichtsgebühren und Entgelte in Höhe von nur 4.121 Milliarden Euro.<sup>82</sup> Unter den Ausgabenbereich Rechtsschutz fällt dabei die gesamte ordentliche und außerordentliche Gerichtsbarkeit und der Betrieb der Justizvollzugsanstalten. Auch wenn Justizvollzugsanstalten ebenfalls zu dem Ausgabenbereich Rechtsschutz zählen, zeigt sich jedoch, dass eine komplette Finanzierung der Gerichte durch die Gerichtsgebühren nicht erfolgt und somit bei einer Klageflut höhere staatlichen Ausgaben als negativer ökonomischer Effekt zu erwarten sind.

Eine Annäherung an die US-amerikanische Klagepraxis ist aber vor allem unter Berücksichtigung des unterschiedlichen Kostenrechts zwischen den USA und Deutschland zu betrachten. Dabei gilt in den USA im Zivilrecht die nicht gesetzlich geregelte *American Rule of Costs*, wonach jede

<sup>75</sup> Schwab (Fn. 49), S. 59.

<sup>76</sup> Rickman (Fn. 5), S. 34 (37).

<sup>77</sup> Posner/Rosenfield, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, The Journal of Legal Studies 1977, S. 83 (90).

<sup>78</sup> Zamir/Ritov (Fn. 5), S. 245 (276).

<sup>79</sup> Rubinfeld/Scotchmer (Fn. 5), S. 343 (349).

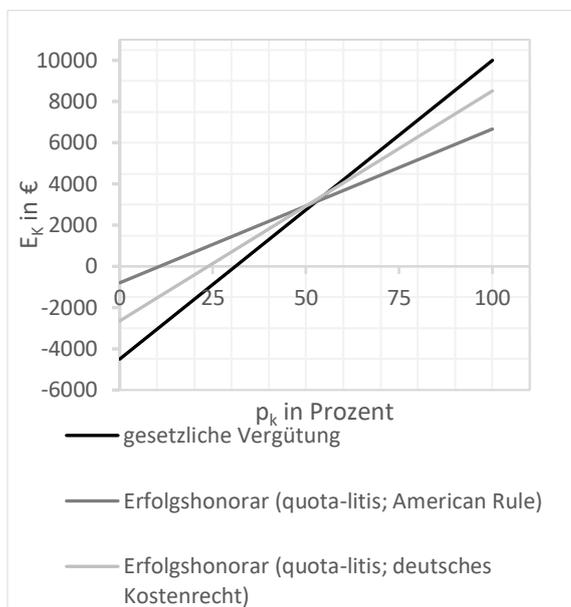
<sup>80</sup> Möllers, Effizienz als Maßstab des Kapitalmarktrechts: Die Verwendung empirischer und ökonomischer Argumente zur Begründung zivil-, straf- und öffentlich-rechtlicher Sanktionen, AcP 2008, S. 1 (31).

<sup>81</sup> Destatis, Rechtspflege – Zivilgerichte 2020, S. 30.

<sup>82</sup> Destatis (Fn. 81), S. 30.

Streitpartei ihre eigenen Anwaltskosten zu tragen hat.<sup>83</sup> Zudem ist in den USA, anders als in Deutschland, eine Prozessfinanzierung des Mandanten durch den Anwalt erlaubt und auch üblich.<sup>84</sup> Zwar trägt auch in den USA der Verlierer im Prozess die Gerichtskosten (Rule 54(d)(1) of the Federal Rules of Civil Procedures). Jedoch sind die Gerichtskosten in den USA traditionell geringer als in Deutschland, was wiederum eine extensive Klagekultur begünstigt. Selbst bei der Annahme, dass der Anwalt keine Prozessfinanzierung betreibt – mithin der Mandant im Falle eines Misserfolges die Gerichtskosten tragen muss – und dass die amerikanischen Gerichtskosten mit den deutschen Gerichtskosten gleichgesetzt werden, ist der Erwartungswert des Mandanten schon bei minimalen Siegeswahrscheinlichkeiten positiv (vgl. Abb. 8).

**Abbildung 8:** Erwartungswert des Klägers bezüglich der Anwaltskosten bei einer quota-litis-Vergütung von 1/3 und einem Gegenstandswert von 10.000 €



Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung.

Ob eine Person den Rechtsweg beschreitet, ist daher nicht nur von der konkreten Vergütungsvereinbarung mit dem Anwalt,

sondern auch von dem Prozesskostenrecht abhängig. Als Indiz dafür kann auch der Vergleich zwischen Deutschland, den USA und Kanada bezüglich der Anzahl von Zivilklagen herangezogen werden: In Kanada sind Erfolgshonorare nach Section 28.1 Solicitors Act zulässig. Aufgrund der langen britischen Kolonialherrschaft gilt im Prozesskostenrecht aber die *English Rule of Costs*, nach welcher die Verlierer des Prozesses die Anwaltskosten der anderen Partei übernehmen müssen. Die genaue Höhe, der von der Verliererseite zu tragenden Anwaltskosten liegt im Ermessen des Richters und ist nicht auf die gesetzliche Anwaltsvergütung beschränkt.<sup>85</sup> Im Durchschnitt muss die unterliegende Klagepartei in Kanada 50% der gegnerischen Anwaltskosten übernehmen.<sup>86</sup>

**Tabelle 3:** Neuzugänge der Zivilklagen im Jahr 2019 in Deutschland, Kanada und USA

Neuzugänge Zivilklagen	2019	
	absolut	Pro 100.000 Einwohner
Deutschland	1.282.250	1.542
Kanada	327.951 <sup>87</sup>	1.196
USA	8.275.780 <sup>88</sup>	4.902

Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung.

Daten: Bundesamt für Justiz<sup>89</sup>; Court Statistics Project<sup>90</sup>; Destatis<sup>91</sup>; Statistics Canada<sup>92</sup>; U.S. Census Bureau<sup>93</sup>,

Bei einem Vergleich der Anzahl der neu eingegangenen Zivilklagen fällt auf, dass in Kanada der Rechtsweg weniger häufig als in Deutschland beschritten wird, während in den USA dreimal so häufig geklagt wird. Das Prozesskostenrecht erscheint daher als wichtiger Faktor bezüglich der Klagehäufigkeit. Zudem zeigt das Beispiel an Kanada aber, dass Erfolgshonorare nicht pauschal mit einer größeren Klagehäufigkeit zusammenhängen. So mag eine Person bei einem Erfolgshonorar schon bei einer geringen subjektiven

<sup>83</sup> Root, Attorney Fee-Shifting in America: Comparing, Contrasting, and Combining the American Rule and English Rule, Indiana International & Comparative Law Review 2005, S. 583 (585).

<sup>84</sup> Penners (Fn. 61), S. 124 (126).

<sup>85</sup> Glenn, Costs and fees in common law Canada and Quebec, abrufbar unter: [http://www-personal.umich.edu/~purzel/national\\_reports/Canada.pdf](http://www-personal.umich.edu/~purzel/national_reports/Canada.pdf), S. 1.

<sup>86</sup> Smith, Three Attorney Fee-Shifting Rules and Contingency Fees: Their Impact on Settlement Incentives, Michigan Law Review 1992, S. 2154 (2156).

<sup>87</sup> Es wurden nur die neun bevölkerungsreichsten Provinzen einbezogen, welche die Anzahl der Zivilklagen melden. Dies sind: Alberta, British Columbia, New Brunswick, Northwest Territories, Nova Scotia, Ontario, Prince Edward Island, Saskatchewan, Yukon.

<sup>88</sup> Es wurden nur die neun bevölkerungsreichsten Bundesstaaten einbezogen, welche die Anzahl der Zivilklagen melden. Dies sind: Florida, Georgia, Illinois, Kalifornien, Michigan, New York, Ohio, Pennsylvania, Texas.

<sup>89</sup> Bundesamt für Justiz, Geschäftsentwicklung der Zivilsachen in der Eingangs- und Rechtsmittelinstanz 2022, S. 3.

<sup>90</sup> Court Statistics Project, Caseload Detail – Total Civil, <https://www.courtstatistics.org/court-statistics/interactive-caseload-data-displays/csp-stat-nav-cards-first-row/csp-stat-civil> [Stand: 23.02.2023].

<sup>91</sup> Destatis, Bevölkerung nach Nationalität und Geschlecht 2020, S. 1.

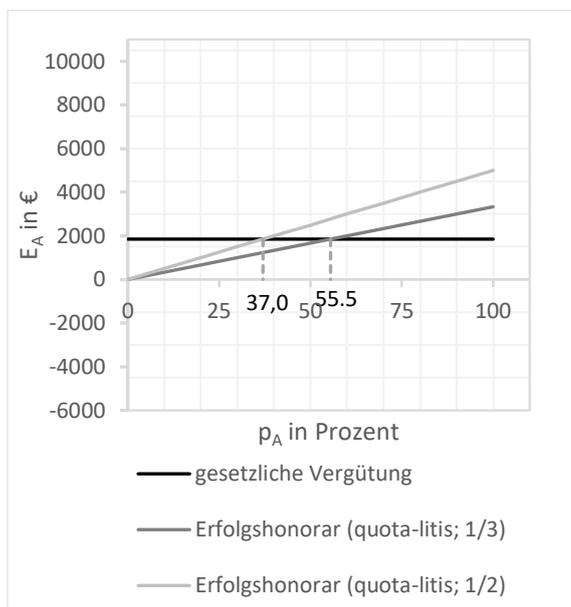
<sup>92</sup> Statistics Canada, General civil court cases, by type of action, Canada and selected provinces and territories, abrufbar unter:

<https://doi.org/10.25318/3510011401-eng> [Stand 23.02.2023].

<sup>93</sup> U.S. Census Bureau, Annual and Cumulative Estimates of Resident Population Change for the United States, Regions, States, District of Columbia, and Puerto Rico and Region and State Rankings: April 1, 2020 to July 1, 2021, <https://www2.census.gov/programs-surveys/popest/tables/2020-2021/state/totals/> [Stand: 23.02.2023].

Siegeswahrscheinlichkeit den Prozessweg beschreiten wollen, benötigt aber dafür einen Anwalt. Der Anwalt orientiert sich dabei nicht an den subjektiven Erwartungen des Mandanten, sondern wird die Erfolgswahrscheinlichkeit des Falls aufgrund seiner juristischen Fachkenntnisse aus seiner subjektiven Sicht ( $p_A$ ) bestimmen. Anhand dieser Erfolgswahrscheinlichkeit wird er seinen eigenen Erwartungswert der Klage ( $E_A$ ) bestimmen und das Mandat nur annehmen, wenn der Erwartungswert über seiner normalerweise geforderten Vergütung liegt (vgl. Abb. 9). Die normalerweise geforderte Vergütung ist dabei durch § 49b BRAO nach unten begrenzt, weshalb der Erwartungswert des Anwalts mindestens den Wert der gesetzlichen Vergütung überschreiten muss, damit er sich auf eine erfolgsbasierte Vergütungsmethode einlässt.<sup>94</sup>

**Abbildung 9:** Erwartungswert des Anwalts bezüglich seiner Vergütung bei einem Streitwert von 10.000 €



Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung.

Bei einem Gegenstandswert von 10.000 € in einer erstinstanzlichen Klage wird ein ökonomisch agierender Anwalt einen Prozess mit einer quota-litis-Vereinbarung von 50% erst übernehmen, wenn er mit einer 37-prozentigen Wahrscheinlichkeit einen Erfolg vor Gericht erwartet. Bei einer quota-litis-Vereinbarung von 33,3% wird der Anwalt einen Sieg als wahrscheinlicher erachten müssen, damit sich die Vereinbarung eines Erfolgshonorars für ihn lohnt. Eine Zunahme der Häufigkeit von Klagen kann daher nur in den Fällen erwartet werden, in denen der Kläger eine geringe Siegeschance erwartet, der Anwalt aber von einer signifikant höheren Siegeschance ausgeht. Solche Sachverhalte stellen aber aus Rechtsdurchsetzungsgesichtspunkten keinen

„schlechten“ Fall dar, da der Anwalt den Fall juristisch besser beurteilen kann und seine subjektive Siegeswahrscheinlichkeit mithin eher der objektiven Siegeswahrscheinlichkeit des Falles entspricht. Somit wird in diesen Fällen tatsächlich eine juristische Grundlage für die Forderung existieren. Hingegen ist eine Zunahme von nur „schlechten“ Fällen nicht zu erwarten, da die Vergütung des Anwalts von dem Ausgang des Falles abhängt und damit ein Anreiz besteht, nur Fälle mit einer hohen Siegeswahrscheinlichkeit bzw. einer hohen quota-litis-Vereinbarung anzunehmen.

Vielmehr argumentieren *Helland und Tabarrok*, dass ein erfolgsbasiertes Vergütungsmodell zu „besseren“, also qualitativeren Fällen führt. Sie begründen dies mit dem in Punkt 3.2.1 aufgezeigten Moral-Hazard-Problem, da für den Anwalt bei fester Vergütung kein Anreiz besteht, den Mandanten über die (möglicherweise zu hoch eingeschätzte) Siegeswahrscheinlichkeit des Falles aufzuklären bzw. ein Anreiz für den Anwalt besteht, die Siegeswahrscheinlichkeit des Mandanten bewusst zu hoch einzuschätzen. Der Anwalt profitiert – wie oben gezeigt – von einer zu hoch eingeschätzten Siegeswahrscheinlichkeit des Mandanten durch die Übernahme des Falles und die daraus resultierende erfolgsunabhängige Vergütung.

Negative Auswirkungen eines Erfolgshonorars, die von einer höheren Klagewahrscheinlichkeit des Mandanten herrühren, sind im deutschen Recht daher nicht zu erwarten. Eine starke Zunahme von Klagen verhindert zum einen das deutsche Prozesskostenrecht, da der Verlierer die Kosten des Verfahrens trägt.<sup>95</sup> Zum anderen wird der Anwalt bei einer erfolgsbasierten Vergütung den Fall nur bei einer nicht unerheblichen Siegeswahrscheinlichkeit annehmen. Die verbleibenden Fälle, in denen es nur aufgrund der Möglichkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars zur Klage kommt, erscheinen weder aus rechtlichen noch aus ökonomischen Gesichtspunkten als „schlecht“ oder weniger qualitativ. Eine Überlastung der Gerichte durch eine Klageflut ist daher nicht zu erwarten.

#### IV. Auswirkungen auf die prozessuale Waffengleichheit

Als weiteres Argument gegen die Einführung von Erfolgshonoraren wird regelmäßig eine negative Beeinträchtigung der prozessualen Waffengleichheit aufgeführt.<sup>96</sup> Das Recht auf prozessuale Waffengleichheit ist Ausfluss der verfassungsrechtlichen Rechte in Art. 3 I, 20 GG und findet beispielsweise im Grundgesetz ausdrückliche

<sup>94</sup> Kilian in: Henssler/Prütting (Fn. 11), § 49b Rn. 33.

<sup>95</sup> Penners (Fn. 61), S. 124 (129).

<sup>96</sup> Baetge (Fn. 5), S. 680.

Erwähnung in dem Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG.<sup>97</sup> In der ZPO wird der prozessualen Waffengleichheit dadurch Rechnung getragen, dass beiden Streitparteien die gleichen Rechtsmittel offenstehen und sie dasselbe Kostenrisiko tragen.<sup>98</sup>

Eine Beeinträchtigung wird zum einen darin gesehen, dass nur dem Kläger die Möglichkeit offensteht, ein Erfolgshonorar mit seinem Anwalt zu vereinbaren.<sup>99</sup> Dem ist insoweit zuzustimmen, dass eine quota-litis-Vergütung, bei der der Anwalt einen direkten Anteil an der erstrittenen Summe bekommt, nur auf Klägerseite möglich ist. Jedoch stellen no-win-no-fee- und no-win-less-fee-Vereinbarungen Formen eines Erfolgshonorars dar, auf die der Beklagte zurückgreifen kann. Ein teilweises Abwälzen des Kostenrisikos eines Gerichtsprozesses auf einen Anwalt ist mithin auch dem Beklagten möglich. Da bei einem gerichtlichen Erfolg des Beklagten dieser keinen Anspruch gegen den Kläger hat, sondern nur dessen Klage abgewehrt wurde, ist in solchen Fällen jedoch keine direkte Bezahlung des Erfolgshonorars aus einer erstrittenen Summe möglich. Der Beklagte mag daher zwar die Vermögensschwankung in einem Prozess verringern, muss jedoch bei einem anwaltlichen Erfolgshonorar immer eine Vermögenseinbuße hinnehmen.

Fraglich ist daher nur, ob die alleinige Möglichkeit des Klägers, eine quota-litis-Vereinbarung abzuschließen bzw. den Anwalt direkt aus dem geltend gemachten Streitwert zu bezahlen, aus ökonomischer Sicht zu negativen Folgen für die prozessuale Waffengleichheit führt. Grundsätzlich kann eine Bevorzugung des Klägers im Prozess durch die Möglichkeit einer dem Beklagten nicht zur Verfügung stehenden anwaltlichen Vergütungsmethode diesen in der Qualität seiner anwaltlichen Vertretungsmöglichkeit beeinträchtigen und somit zu gerichtlichen Fehlentscheidungen führen. Ökonomische Folge von solchen Fehlentscheidungen ist die Verringerung der Erwartungssicherheit der Akteure auf dem Markt. Zudem führen fehlerhafte Urteile regelmäßig zu einer Fehlallokation von Ressourcen in Form des Gegenstandswertes.<sup>100</sup> Eine genaue Quantifizierung einer Beeinträchtigung der prozessualen Waffengleichheit und den damit einhergehenden negativen ökonomischen Folgen erscheint aber unmöglich.

Gleichzeitig wird argumentiert, dass auch Rechtsschutzversicherungen und gewerbliche

Prozessfinanzierungen einer Partei die Finanzierung des Rechtsweges erleichtern können und diesbezüglich bereits Einschränkungen der prozessualen Waffengleichheit in gleicher Schwere bestehen.<sup>101</sup> Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die Finanzierung des Prozesses durch eine Rechtsschutzversicherung oder eine gewerbliche Prozessfinanzierung grundsätzlich beiden Streitparteien offensteht und somit diesbezüglich die Chancengleichheit gewahrt wird.

Zudem mag in bestimmten Rechtsgebieten die Möglichkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars das Gleichgewicht im Prozess erst wieder herstellen.<sup>102</sup> Dies ist regelmäßig bei Rechtsstreiten zwischen Privatpersonen und juristischen Personen der Fall: Eine Privatperson hat häufig nicht dieselben Möglichkeiten wie ein Unternehmen, die Arbeit des Anwalts zu überwachen und deren Qualität einzuschätzen. Zusätzlich kommt es bei einem Unternehmen häufiger zu Rechtsstreitigkeiten, womit dieses ein Moral-Hazard-Problem des Anwalts minimieren kann.<sup>103</sup>

In den oben genannten Fällen kann sich das Erfolgshonorar daher sogar positiv auf die Chancengleichheit im Prozess auswirken.<sup>104</sup> In allen anderen Fällen ist zumindest eine schwerwiegende Beeinträchtigung der prozessualen Waffengleichheit nicht ersichtlich.

## V. Vergleichsverhalten

Als letzter Punkt wird an dieser Stelle zunächst das Vergleichsverhalten der Streitparteien untersucht, wenn diese die Wahl zwischen einer erfolgsbasierten und erfolgsunabhängigen Anwaltsvergütung haben. In einem zweiten Schritt wird kurz das Vergleichsverhalten des Anwalts bei einem Erfolgshonorar beleuchtet.

### 1. Vergleichsverhalten der Streitparteien

Ein risikoneutraler Kläger wird einem außergerichtlichen Vergleich dann zustimmen, wenn das Vergleichsangebot des Beklagten höher ist als der Erwartungswert seiner Klage und noch keine Anwaltsgebühren entstanden sind.<sup>105</sup> Hat der Kläger die Wahl zwischen mehreren Vergütungsmethoden, so wird er einen Vergleich nur dann annehmen, wenn der Erwartungswert der für ihn nach seiner subjektiven Siegeswahrscheinlichkeit

<sup>97</sup> BVerfG, Urt. v. 01.12.2021, 1 BvR 2708/19.

<sup>98</sup> Bruns (Fn. 27), S. 237.

<sup>99</sup> BVerfG, Urt. v. 12.12.2006, 1 BvR 2576/04.

<sup>100</sup> Baetge (Fn. 5), S. 680.

<sup>101</sup> Penners (Fn. 61), S. 124 (128).

<sup>102</sup> Penners (Fn. 61), S. 124 (128).

<sup>103</sup> Schwab (Fn. 49), S. 15.

<sup>104</sup> Penners (Fn. 61), S. 124 (128).

<sup>105</sup> Adams (Fn. 62), S. 352.

jeweils günstigeren Vergütungsmethode überschritten ist (vgl. Abb. 10).

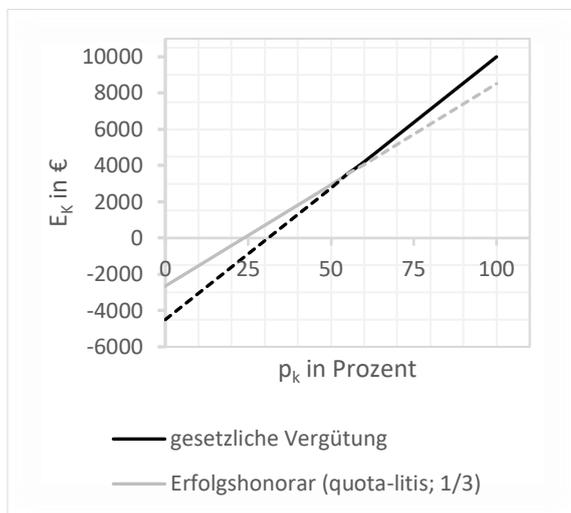
Der Erwartungswert des Klägers berechnet sich nach den in Punkt 3.3.1 aufgestellten Formeln bei erfolgsunabhängiger Anwaltsvergütung:

$$E_k = p_k * G - (1 - p_k) * K_G - K_k + p_k * K_{gesA} - (1 - p_k) * K_{gesA}$$

bzw. bei einer erfolgsabhängigen Anwaltsvergütung in Form einer quota-litis-Vergütung:

$$E_k = p_k * G - (1 - p_k) * K_G - p_k * K_k + p_k * K_{gesA} - (1 - p_k) * K_{gesA}$$

**Abbildung 10:** Mindestforderung des Klägers bei einem Streitwert von 10.000 € und der Möglichkeit einer gesetzlichen Anwaltsvergütung bzw. einer quota-litis-Vereinbarung von 1/3



Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung.

In dem konkreten Beispiel wird der Kläger – solange er die Möglichkeit einer gesetzlichen Anwaltsvergütung und einer quota-litis-Vergütung von 1/3 hat – einem Vergleichsangebot von 9.000 € bei einer subjektiven Siegeswahrscheinlichkeit von 100% nicht zustimmen, obwohl die angebotene Summe über dem Erwartungswert der quota-litis-Vergütung liegt. Dies ergibt sich daraus, dass der Kläger sich gerade noch keinen Anwalt gesucht hat und die Vergütungsmethode wählen kann, die für seine angenommene Siegeswahrscheinlichkeit den höchsten Erwartungswert liefert. Die Möglichkeit des Klägers zwischen einer erfolgsunabhängigen und einer erfolgsabhängigen anwaltlichen Vergütungsmethode zu wählen, schränkt somit dessen Vergleichsbereitschaft ein.

Gleichzeitig wird ein Beklagter einem Vergleich nur zustimmen, wenn der Betrag seines Erwartungswertes ( $E_b$ ) für

die konkrete eingeschätzte Siegeswahrscheinlichkeit ( $p_b$ ) höher als die Vergleichssumme ist.<sup>106</sup> Da eine prozentuale Beteiligung an der geltend gemachten Summe dem Beklagten nicht möglich ist, weil ein Gericht auch im Erfolgsfall diesem keine Geldsumme zuspricht, wird in Abb. 11 von der Möglichkeit einer no-win-no-fee-Vereinbarung ausgegangen, welche dem Anwalt im Erfolgsfall eine Verdoppelung der gesetzlichen Vergütung verspricht.

Der Erwartungswert des Beklagten lässt sich bei einer erfolgsunabhängigen Vergütung folgendermaßen ermitteln:

$$E_b = (1 - p_b) * G - (1 - p_b) * K_G - K_b + p_b * K_{gesA} - (1 - p_b) * K_{gesA}$$

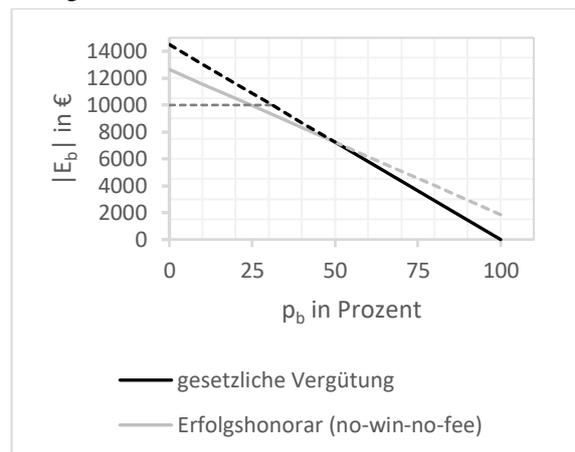
und lässt sich für eine Vergütung des Rechtsanwaltes in Höhe der gesetzlichen Anwaltsvergütung folgendermaßen vereinfachen:

$$E_b = (1 - p_b) * G - (1 - p_b) * K_G - 2 * (1 - p_b) * K_{gesA}$$

Im Falle der Vereinbarung eines Erfolgshonorars im Sinne einer no-win-no-fee-Vereinbarung erfolgt die Berechnung des Erwartungswertes des Klägers wiederum nach folgender Formel:

$$E_b = (1 - p_b) * G - (1 - p_b) * K_G - p_b * K_b + p_b * K_{gesA} - (1 - p_b) * K_{gesA}$$

**Abbildung 11:** Höchstgebot des Beklagten bei einem Streitwert von 10.000 € und der Möglichkeit einer gesetzlichen Anwaltsvergütung bzw. einer no-win-no-fee-Vereinbarung in Form einer doppelten gesetzlichen Anwaltsvergütung im Erfolgsfall



Quelle: Eigene Berechnung und Darstellung.

Das in Abb. 11 dargestellte höchste Vergleichsangebot des Beklagten ist auf die Höhe des Streitwertes, in diesem Fall auf 10.000 €, begrenzt. Der Beklagte hat nämlich bei einer sofortigen Anerkennung des Klageinhalts im Prozess keine

<sup>106</sup>Adams (Fn. 62), S. 355.

Prozesskosten zu tragen (vgl. § 93 ZPO) und wird daher sein Höchstgebot nur nach der von dem Kläger geforderten Summe ausrichten. Auch hier wird der Beklagte je nach subjektiver Siegeswahrscheinlichkeit diejenige Vergütungsmethode heranziehen, welche für ihn den höheren Erwartungswert bzw. den niedrigeren Betrag des Erwartungswertes liefert. Somit wird auch beim Beklagten – wie beim Kläger – die Möglichkeit von mehreren anwaltlichen Vergütungsmethoden dessen Vergleichsspielraum und damit dessen Vergleichsbereitschaft verringern.

Im Ergebnis lässt sich daher feststellen, dass allein die Möglichkeit der Wahl zwischen einer erfolgsunabhängigen und einer erfolgsabhängigen Vergütungsmethode den Verhandlungsspielraum für einen außergerichtlichen Vergleich zwischen den Parteien einschränkt.

## 2. Vergleichsverhalten des Anwalts

Auch wenn der Anwalt keine Vergleichspartei darstellt, wird dieser einen erheblichen Einfluss auf den Abschluss des Vergleichs haben. Ein Mandant wird sich in den speziellen Rechtsthemen selten auskennen und daher seine subjektive Siegeswahrscheinlichkeit und folglich auch seine Mindestforderung bzw. sein Höchstgebot in einem Vergleich stark an der Rechtseinschätzung seines Anwalts ausrichten.<sup>107</sup> Aufgrund dieser Konstellation hat der Anwalt die Möglichkeit, das Vergleichsverhalten des Mandanten im Sinne seiner eigenen Interessen zu beeinflussen. Dabei wird für die folgenden Ausführungen davon ausgegangen, dass dem Anwalt die Übernahme einer unbegrenzten Anzahl von genau gleich gelagerten Fällen möglich ist und der Anwalt eine Maximierung seines Kosten-Nutzen-Verhältnisses anstrebt.

Bei erfolgsunabhängigen Vergütungsmethoden, die sich an der Arbeitsleistung des Anwalts orientieren, wie z.B. eine gesetzliche Vergütung oder eine Vergütung nach Stunden, entfallen dem Anwalt durch den Abschluss eines Vergleiches abrechenbare Kostenpositionen. Gleichzeitig entfällt jedoch auch der für ein Gerichtsverfahren von dem Anwalt zu erbringende Aufwand. Da es für den Anwalt gemäß der oben formulierten Annahme einen unbegrenzten Nachschub an gleich gelagerten Fällen gibt, wird dieser einem Vergleichsangebot aus einer Kosten-Nutzen-Perspektive neutral gegenüberstehen. Insbesondere bestehen daher keine Anreize für den Anwalt, den Mandanten bezüglich seiner Siegeswahrscheinlichkeiten in die Irre zu führen.

Wird jedoch zwischen dem Mandanten und dem Anwalt eine pauschale Vergütung vereinbart, welche unabhängig von dem

Erfolg der Klage ausgezahlt wird, entstehen dem Anwalt durch eine Gerichtsverhandlung keine zusätzlichen abrechenbaren Kostenpositionen, sondern nur zusätzlicher Aufwand. In einem solchen Fall wird ein Anwalt daher immer einen Vergleich vorziehen.

Auch bei der Vereinbarung eines Erfolgshonorars muss zwischen den einzelnen konkreten Vergütungsmethoden differenziert werden. Der Anwalt wird bei einer Vergütungsmethode im Sinne einer no-win-no-fee- oder no-win-less-fee-Vereinbarung, welche sich im Erfolgsfall anhand der erbrachten Arbeitsleistungen bemisst, einen Vergleich immer bevorzugen, solange der Vergleichsabschluss einen Erfolg im Sinne der konkreten Vergütungsvereinbarung darstellt. Dies liegt darin begründet, dass der Anwalt – wie bereits oben gezeigt – zwar abrechenbare Kostenpositionen verliert, sich dafür aber Aufwand erspart. Dazu kommt, dass der Anwalt bei einem Vergleich sicher vergütet wird und nicht nur bei einem unsicheren Sieg des Mandanten vor Gericht. Auch bei einer pauschalen anwaltlichen Vergütung im Erfolgsfall wird er diesen Aufwand, welcher nicht zusätzlich vergütet wird, vermeiden wollen und eine sichere Vergütungszahlung vorziehen.

Bei einer quota-litis-Vereinbarung wird sich für den Anwalt jedoch die Frage stellen, ob der zusätzliche Aufwand eines Gerichtsprozesses sich in der für ihn erhöhten Vergütung ausreichend widerspiegelt. Die erhöhte Vergütung des Anwalts entsteht dabei dadurch, dass dem Mandanten im Gerichtsprozess eine höhere Geldsumme als die angebotene Vergleichssumme zugesprochen wird und der Rechtsanwalt somit an der erhöhten Summe prozentual beteiligt wird. Ein Anwalt wird daher seinen Aufwand für einen Gerichtsprozess mit seinem Nutzen in Form der damit einhergehenden Vergütung abwägen.

Unter der Prämisse, dass die Faktoren für die jeweiligen Anwaltsleistungen im Vergütungsverzeichnis im Anhang des RVG den tatsächlichen Aufwand der anwaltlichen Leistung in ein korrektes Verhältnis zu anderen Leistungen setzen, kann man folgende Schlüsse ziehen: Zunächst wird man feststellen, dass der Aufwand für das vorgerichtliche Verfahren (Faktor von 1,3) in etwa dem Aufwand für die Verhandlung vor Gericht (Faktor von 1,2) entspricht. Ein nach einem Kosten-Nutzen-Kalkül handelnder Anwalt wird daher bei einer unbegrenzten Anzahl von gleichartigen Fällen und einer subjektiven Siegeswahrscheinlichkeit von 100% einen Vergleich immer dann bevorzugen, wenn ein Gerichtsprozess nach seiner Einschätzung nicht zu einer um 92% höheren Geldsumme führt

<sup>107</sup>Rickman (Fn. 5), S. 34 (36).

$(\frac{1,2}{1,3} \approx 0,923)$ ). Dies liegt darin begründet, dass ein ökonomisch agierender Anwalt seine nur begrenzt verfügbare Arbeitszeit dann bevorzugt einem gleichartigen Fall widmet, da sein Aufwand dort einen höheren Nutzen für ihn erwarten lässt.

Somit entsteht durch Erfolgshonorare ein erheblicher Interessenskonflikt zwischen dem Mandanten und seinem eigenen Anwalt: Während der Mandant die größtmögliche Auszahlung bevorzugt, wird der Anwalt bei no-win-no-fee- und no-win-less-fee-Vereinbarungen einen Vergleich immer und bei quota-litis-Vereinbarungen sehr häufig bevorzugen. Um solche Interessensunterschiede zwischen Anwalt und dem eigenen Mandanten zu vermeiden, werden in den USA bei quota-litis-Vereinbarungen häufig unterschiedliche Prozentsätze für den Fall festgelegt, dass es zu einem Vergleich bzw. zu einem Gerichtsprozess kommt.<sup>108</sup> Unabhängig davon ist jedoch auch in der US-amerikanischen Klagepraxis zu beobachten, dass es bei quota-litis-Vereinbarungen insgesamt schneller zu Vergleichen kommt.<sup>109</sup>

#### **D. Schlussfolgerungen**

Es kann festgestellt werden, dass die Möglichkeit der Vereinbarung eines anwaltlichen Erfolgshonorars aus ökonomischer Sicht sowohl zu negativen als auch zu positiven Effekten führt. Insbesondere werden die Interessen von Anwälten und Mandanten bei Erfolgshonoraren häufiger übereinstimmen, wodurch die bei einer erfolgsunabhängigen Vergütung auftretenden Moral-Hazard-Probleme zwischen Mandanten und Anwalt größtenteils beseitigt werden. Gleichzeitig ist jedoch festzustellen, dass das Vergleichsverhalten des Anwalts bei einer erfolgsunabhängigen Vergütung regelmäßig eher dem tatsächlichen Interesse des Mandanten entspricht.

Demgegenüber wird ein mit einem Erfolgshonorar vergüteter Anwalt meistens einen Vergleich bevorzugen.

Auch im Klage- und Vergleichsverhalten des Mandanten lassen sich durch Erfolgshonorare Änderungen beobachten: Zum einen wird ein Mandant bei der möglichen Vereinbarung eines Erfolgshonorars häufiger klagen wollen, wobei eine Begrenzung der Klageflut durch das deutsche Prozesskostenrecht und die Notwendigkeit eines Anwalts zu erwarten ist. Außerdem verringert sich durch die Möglichkeit eines Erfolgshonorars und der damit einhergehenden teilweisen Übertragung des Kostenrisikos auch die Vergleichsbereitschaft der Streitparteien. Eine höhere Klagewahrscheinlichkeit und eine geringere Vergleichsbereitschaft mögen dabei die Rechtsdurchsetzung fördern. Aus ökonomischer Sicht ist jedoch anzumerken, dass die dadurch entstehenden staatlichen Kosten nur teilweise von den Streitparteien getragen werden. Weiterhin wirkt sich ein Erfolgshonorar auch auf das Verhältnis zwischen Anwalt und Gericht und auf die prozessuale Waffengleichheit aus. Beide Auswirkungen sind dabei schwer zu quantifizieren, werden jedoch aller Wahrscheinlichkeit nach nur geringfügige ökonomische Folgen nach sich ziehen.

Auch wenn in den nationalen Rechtsordnungen Europas eine zunehmende Öffnung für Erfolgshonorare zu finden ist, so zeigt sich, dass durch erfolgsabhängige Vergütungen nicht ausschließlich positive ökonomische Effekte zu erwarten sind. Vielmehr müssen Vor- und Nachteile von Erfolgshonoraren gegeneinander abgewogen werden. Dabei werden zukünftige Arbeiten und Studien zeigen müssen, inwiefern Erfolgshonorare in der europäischen Rechtspraxis überhaupt angenommen werden und ob es zu empirisch belegbaren Veränderungen in dem Verhalten von Mandanten und Anwalt kommt.

---

<sup>108</sup>Kritzer, Seven Dogged Myths Concerning Contingency Fees, Washington University Law Review 2002, S. 739 (760).

<sup>109</sup>Helland/Tabarrok (Fn. 5), S. 517 (540).