

Nele Marie Herbold

# Das anwaltliche Erfolgshonorar als Element der Prozessfinanzierung



**Nomos**

**Lüneburger Juristische Studien  
Leuphana Legal Studies**

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Axel Halfmeier  
Prof. Dr. Suzan Denise Hüttemann  
Prof. Dr. Alexander Schall, M.Jur.  
Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Schomerus  
Prof. Dr. Lesley Jane Smith  
Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte

**Band 33**

Nele Marie Herbold

# Das anwaltliche Erfolgshonorar als Element der Prozessfinanzierung



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Lüneburg, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8512-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-3306-9 (ePDF)

Bis Band 32 erschien diese Reihe als „Lüneburger Schriften zum Wirtschaftsrecht“ und wurde von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Schomerus herausgegeben.

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Leuphana Universität Lüneburg als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 16. Juli 2021 statt. Die Forschungsarbeit wurde im Sommersemester 2017 begonnen. Die Gesetzeslage zum damaligen Zeitpunkt bildet das Kernstück der Untersuchung. Für die Endfassung wurde die Dissertation durch einen kurzen Überblick zu der am 1. Oktober 2021 erfolgten Gesetzesänderung ergänzt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Axel Halfmeier, LL.M. (Michigan), für die Anregung des Themas, seinen wertvollen fachlichen Rat und seine Geduld bei der Erstellung der Arbeit sowie für die Zeit, die ich als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung sowie Internationales Privat- und Verfahrensrecht verbringen durfte. Herrn Prof. Dr. Schall, M.Jur. (Oxford) und Herrn Prof. Dr. Peter Rott danke ich für die zügige Erstellung des Zweit- und Drittgutachtens sowie für ihre wertvollen inhaltlichen Anregungen.

Ein großer Dank geht an meine wunderbaren Freunde und Arbeitskollegen, die mich während der gesamten Promotionszeit mit Rat und Tat begleitet haben. Von ganzem Herzen danke ich meinen Eltern für den fortwährenden Zuspruch und die großzügige Unterstützung meiner gesamten Ausbildung. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, März 2022

Nele Marie Herbold



# Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Ökonomische Betrachtung	16
I. Theorie	16
1. Klassisches rationales Modell (rationaler Anwalt)	16
a) Grundgedanke: Prinzipal-Agenten-Theorie	17
b) Anwalt- und Mandantenbeziehung im Zusammenhang der Prinzipal-Agenten-Theorie	20
2. Mögliche Vorteile des Erfolgshonorars nach ökonomischer Betrachtung	22
a) Interessengleichlauf durch Anreizfunktion des Erfolgshonorars	23
b) Risikoverteilung	27
c) Lösung für asymmetrische Informationsverteilung und des <i>moral hazards</i>	29
d) Keine Prozesse ohne Erfolgsaussichten	31
e) Geringere Kosten für qualitativ hochwertige Arbeit	32
f) Zugang zum Recht durch (Teil-) Prozessfinanzierung	33
g) Zwischenergebnis	34
3. Mögliche negative Folgen des Erfolgshonorars	35
a) Unverhältnismäßig hohe Vergütung	35
b) Waffenungleichheit	39
c) Interessenkonflikt zwischen Anwalt und Mandanten	41
d) Gerichtliche und außergerichtliche Vergleichsabschlüsse	41
e) Vermehrte gerichtliche Prozesse	42
f) Risikoverlagerung auf den Rechtsanwalt	43
g) Gesellschaftliche Akzeptanz des Erfolgshonorars	44
4. Einführung in das Konzept der Quersubventionierung	45
5. Vergleich zur gesetzlichen und vertraglich festgelegten Vergütung	47
6. Zusammenfassung	51
II. Empirie	53
1. Vereinigte Staaten	53
a) Portfolio-Ansatz	54

b)	Preisbildung des Honorars in Anlehnung an den wirtschaftlichen Markt	56
c)	Mandatsgewinnung	58
d)	Unethisches Prozessieren und <i>Ambulance Chasing</i>	59
aa)	Unethisches Prozessieren	60
bb)	<i>Ambulance Chasing</i>	61
e)	Rechtsfortbildung durch Honorarrecht	62
2.	Erfolgshonorar in England und Wales	64
a)	Rechtliche Entwicklung	64
b)	Preisbildung am britischen Markt	65
c)	Zugang zum Recht	66
d)	Änderungen in der Kanzleienlandschaft	69
e)	Erfolgshonorar und <i>After the Event Insurance</i>	69
III.	Alternative Modelle eines Erfolgshonorars	70
IV.	Übertragbarkeit auf Deutschland	74
V.	Auswirkungen auf die traditionelle Begründung für das Verbot des Erfolgshonorars	76
1.	Anwaltliche Unabhängigkeit	77
2.	Übervorteilung des Mandanten	80
3.	Waffengleichheit	81
4.	Zusammenführung	83
C.	Gesetzliche Regelung	84
I.	Historie	84
II.	Gesetzliche Regelung bis zum 01.10.2021	87
1.	Die gesetzliche Regelung	87
a)	Begriff des Erfolgshonorars	88
b)	Begriff des Einzelfalls	91
aa)	Ökonomische Auslegung	92
bb)	Werbung mit Erfolgshonoraren	93
c)	Absehen von der Rechtsverfolgung bei verständiger Betrachtung	93
aa)	Verwehrung des Zugangs zum Recht	94
bb)	Bei verständiger Betrachtung	94
cc)	Spannungsverhältnis Prozesskostenhilfe und Erfolgshonorar	95
dd)	Nachforschungspflicht des Rechtsanwalts	98
ee)	Erfolgshonorar zur freien Anwaltswahl	99
ff)	Erfolgshonorar im Verhältnis zu anderen Arten der Prozessfinanzierung	100

d) Textform nach § 3a RVG a.F.	101
e) Angemessener Erfolgzuschlag	103
aa) Konkretisierung Angemessenheit	103
bb) Vorhersehbarkeit der Erfolgswahrscheinlichkeit	106
cc) Ökonomische Auslegung des Tatbestandsmerkmals Angemessenheit	107
f) Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 4a Abs. 1 RVG a.F. und § 3a RVG a.F.	109
g) Zwingende Bestandteile der Vereinbarung nach § 4a Abs. 2 RVG a.F.	110
aa) Gesetzliche und erfolgsunabhängige Vergütung	110
(1) Gesetzliche Vergütung	111
(2) Erfolgsunabhängige Vergütung	113
bb) Definition Höhe der Vergütung und Eintritt der Bedingung	114
(1) Höhe der Vergütung	115
(2) Definition der Bedingung	115
cc) Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 4a Abs. 2 RVG a.F.	115
(1) Zivilrechtliche Rechtsfolgen	116
(2) Strafrechtliche Rechtsfolgen	116
h) Formvorschriften nach § 4a Abs. 3 RVG a.F.	117
aa) Gründe für die Bemessung des Erfolgshonorars, § 4a Abs. 3 S. 1 RVG a.F.	117
bb) Hinweis auf Kostenerstattungspflicht, § 4a Abs. 3 S. 2 RVG a.F.	118
cc) Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 4a Abs. 3 RVG a.F.	120
i) Außergerichtliche Tätigkeit	121
2. Hinweispflicht des Anwalts auf ein Erfolgshonorar	121
3. Sonderfragen der Vertragsgestaltung	122
a) Mitwirkung des Mandanten	122
b) Kündigung des Mandanten vor Erfolgseintritt	124
c) Erfolgseintritt vor oder nach anwaltlichen Tätigkeiten	128
d) Absicherung der Honorarforderung	129
4. Zwischenergebnis	129
III. Gesetzliche Regelung seit dem 01.10.2021	130
1. Voraussetzungen nach § 4a RVG	130
a) Geldforderungen von bis zu EUR 2.000,00 (Nr. 1)	131

b) Erbringen einer Inkassodienstleistung (Nr. 2)	132
c) Möglichkeiten der Rechtsverfolgung (Nr. 3)	133
2. Angemessener Erfolgzuschlag, § 4a Abs. 2 RVG	134
3. Formvorschriften	134
4. Informations- und Belehrungspflichten nach § 4a Abs. 3 RVG	134
5. Wegfall des absoluten Verbotes der Prozessfinanzierung	135
6. Zusammenfassung und Ausblick	135
a) Übertragbarkeit der Erkenntnisse	135
b) Einordnung der Neuerungen	135
IV. Honorarvereinbarung mit Auslandsbezug	137
V. Erfolgshonorar innerhalb der EU	139
VI. Erfolgshonorar und Verbraucherschutz	141
VII. Unlauterer Wettbewerb	142
D. Prozessfinanzierung durch eine dritte Partei	144
I. Begriffsbestimmung	144
II. Entwicklung in Deutschland	145
III. Finanzierungsvertrag	147
1. Rechtsnatur	147
a) Factoring-Forderungskauf	147
b) Darlehensvertrag, § 488 Abs. 1 BGB	148
c) Versicherungsvertrag	150
d) Geschäftsbesorgungsvertrag	151
e) Gesellschaftsvertrag	152
f) Austauschvertrag	154
g) Stellungnahme	155
2. Vertragsschluss	155
a) Procedere	155
b) Faktoren für Vertragsschluss	156
c) Inhalt des Vertrages	157
3. Anwaltliche Pflichten	157
a) Hinweispflicht auf Prozessfinanzierung	157
b) Beratung des Mandanten	159
4. Rechtsbeziehungen nach Vertragsschluss	160
a) Verhältnis zwischen Mandanten und Anwalt (Mandatsverhältnis)	160
b) Verhältnis zwischen Mandanten und Prozessfinanzierer	160
c) Verhältnis zwischen Prozessfinanzierer und Anwalt	161

IV. Fehlgehen des Vertrages und Rückabwicklung	161
V. Anwaltliche Haftung im Drei-Personen-Verhältnis	163
VI. Interessenkonflikt	166
VII. Fazit	166
E. Gestaltungsmöglichkeiten	169
I. Verbindungen zwischen gewerblichen Prozessfinanzierern und Rechtsanwälten	170
1. Prozessfinanzierung durch gewerblichen Finanzierer	171
2. Rechtsanwalt 100 % an Prozessfinanzierer beteiligt	171
3. Rechtsanwalt 51 % an Prozessfinanzierer beteiligt	173
4. Rechtsanwalt 20 % an Prozessfinanzierer beteiligt	175
5. Prozessfinanzierung durch Ehepartner/-in der Rechtsanwältin bzw. des Rechtsanwaltes	176
6. Rechtsfolgen Umgehungsgeschäfte	177
7. Ergebnisse	177
II. Forderungserwerb	178
III. Die Inkassoession	179
1. Tätigwerden als Inkassodienstleister i.S.d. RDG	181
a) Fehlende Aktivlegitimation, § 3 RDG i.V.m. § 134 BGB	181
b) Rechtsdienstleistung in Form der Inkassotätigkeit i.S.d. §§ 2, 10 RDG	184
aa) Streitstand zu §§ 2, 10 RDG a.F.	184
bb) Definition nach §§ 2, 10 RDG n.F.	187
2. Verstoß gegen § 4 RDG	188
a) Streitstand zu § 4 RDG a.F.	188
aa) Andere Leistungspflicht	188
bb) Unmittelbarer Einfluss	189
cc) Gefährdungsmoment: Interessenkollision	192
dd) Zwischenergebnis	194
b) Neuerung durch § 4 S. 2 RDG n.F.	194
3. Erkennbare Folgen	195
F. Zusammenfassung der Ergebnisse	198
G. Ausblick	201
Literaturverzeichnis	203



## A. Einleitung

„Der Anwalt ist Dienstleistungsunternehmer. Sein berufliches Leben findet zwischen Berufsrecht und Berufsmoral statt.“<sup>1</sup> Er steht im Spannungsverhältnis zwischen der Durchsetzung der Rechte seines Mandanten, der Einhaltung des (Berufs-)Rechts<sup>2</sup> und insbesondere der Wahrung seiner eigenen Interessen. Ein Gleichlauf dieser Konstellation scheint auf den ersten Blick unmöglich. Besonders kontrovers wird ein solcher in Bezug auf die Vergütung des Rechtsanwaltes diskutiert, wobei das Erfolgshonorar immer mehr in den Fokus der Rechtswissenschaft rückt. Dieses hat verschiedene Gründe: Einerseits durch neue rechtliche Konstrukte, durch welche sich Unternehmen die Ansprüche von Geschädigten abtreten lassen. Andererseits durch die seit dem Jahr 2000 auf den deutschen Markt tätigen Prozessfinanzierer. Diese Unternehmen haben es sich zur Unternehmensstrategie gemacht, durch gezieltes Ausnutzen der Gestaltungsmöglichkeiten auf der Grundlage eines erfolgsabhängigen Ergebnisses tätig zu werden.

Zurzeit ist es einem Rechtsanwalt in Deutschland grundsätzlich verboten, auf der Basis einer erfolgsabhängigen Vergütung tätig zu werden, vgl. § 49b Abs. 2 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO). Doch lässt das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) seit 2008 eine Ausnahme hiervon zu, welche durch die Gesetzesänderung im Oktober 2021 erweitert wurde.

In Deutschland wird das Erfolgshonorar immer noch kritisch gesehen. Es gilt, die Sichtweise dieser grundsätzlich negativen Einstellung zu hinterfragen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 12.12.2006<sup>3</sup> drei wesentliche Gemeinwohlziele des Verbotes des Erfolgshonorars herausgearbeitet: die anwaltliche Unabhängigkeit, der Schutz vor der Übervorteilung des Mandanten und die zu wahrende Waffengleichheit. Durch ein Erfolgshonorar bestehe die Gefahr, dass der Anwalt seine *Unabhängigkeit* verlieren könnte. Durch ein Erfolgshonorar bestehe die Chance, dass der Anwalt durch wirtschaftliche Gründe zu der Übernahme eines

---

1 Zuck, NJW 2012, 1681, 1681.

2 Zuck, NJW 2012, 1681, 1682.

3 BVerfG, Beschluss vom 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979, 979 ff.

Mandats verleitet wird.<sup>4</sup> Der Anwalt erhalte durch die Vereinbarung eines Erfolgshonorars ein erhöhtes Eigeninteresse. Es könne zu einer Verschiebung in der klassischerweise vorliegenden Rollenverteilung von Mandanten, Rechtsanwalt und Gericht kommen. Ein Nachteil könnte hierbei für den Mandanten dadurch entstehen, dass der Anwalt die kritische Distanz zum Fall verliere.<sup>5</sup>

Des Weiteren sei der Rechtssuchende vor *Übervorteilung* zu schützen.<sup>6</sup> Der Mandantenschutz gehöre zum einen zum Verbraucherschutz, zum anderen solle hierdurch eine funktionierende Rechtspflege und das dafür notwendige Vertrauen der Bevölkerung in die Integrität der Anwaltschaft gesichert werden. Denn durch die Vereinbarung eines Erfolgshonorars entstehe eine asymmetrische Informationsverteilung zwischen Mandant und Rechtsanwalt hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Sache und des zur erfolgreichen Verfolgung notwendigen Aufwands. Die Gefahr bestehe, dass ein Rechtsanwalt den Mandanten zu einer unangemessen hohen Vergütung bewegen könnte: Zum einen durch unverhältnismäßige Darstellung der Erfolgsaussichten, zum anderen durch eine übertriebene Darstellung des Arbeitsaufwandes.<sup>7</sup> Fehle dem Mandanten die prozessuale Erfahrung, könne dieser beide Aspekte nur fehlerhaft einschätzen. Zudem müsse die *prozessuale Waffengleichheit* gefördert werden, da der Mandant, welcher beklagt ist, nicht dazu in der Lage sei, sein Kostenrisiko auf vergleichbare Art zu verlagern<sup>8</sup> im Gegensatz zu einem klagenden Mandanten. Zwar ist auch in diesem Fall die Vereinbarung eines Erfolgshonorars dem Grunde nach möglich, doch ist die Festlegung eines Erfolges weitaus schwieriger zu beurteilen.<sup>9</sup> Diese Punkte sind als gewichtig zugrunde zu legen, aber auch kritisch im Rahmen der heutigen Zeit zu prüfen.

Durch das wachsende Angebot der verschiedenen Arten der Prozessfinanzierung<sup>10</sup> wird deutlich, dass eine erhöhte Nachfrage nach der Möglichkeit einer erfolgsbasierten Vergütung besteht. Bei der Beurteilung der Frage, ob hierzu weitergehende rechtliche Grundlagen geschaffen werden sollen, schwingt immer noch die Sorge vor sog. amerikanischen Verhältnissen mit, welche das deutsche Rechtswesen nicht anstreben sollte. Fraglich ist dabei allerdings, auf welche konkreten Verhältnisse dabei

---

4 BVerfG, Beschluss vom 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979, 980.

5 *Bruns*, JZ 5 (2000), 232, 236.

6 BVerfG, Beschluss vom 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979, 980.

7 BVerfG, Beschluss vom 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979, 980 f.

8 BVerfG, Beschluss vom 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979, 981.

9 BVerfG, Beschluss vom 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979, 981.

10 *Barton*, *Fordman L. Rev.* Vol. 82 (2014) 3067, 3068 f.

angespielt wird und inwieweit ein solches Szenario wirklich bevorsteht. Es gilt der Grundsatz, Recht sollte immer den Konsens der Mehrheit der Gesellschaft widerspiegeln und ihren Bedürfnissen gerecht werden.<sup>11</sup> Dabei stellt sich die Frage: Ist die gesetzliche Regelung – das generelle Verbot des Erfolgshonorars – noch zeitgemäß? Auf welche Weise müsste das Verbot weiterführend angepasst werden? Steht das Verbot womöglich bereits jetzt auf „nicht sehr starken Säulen“?<sup>12</sup>

Um diese Fragen zu klären, untersucht diese Arbeit die generelle Problematik eines Erfolgshonorars, hauptsächlich mit einer neueren Form der rechtlichen Auslegung, der ökonomischen Auslegung. Im Zuge der vorliegenden Arbeit werden die aufgetretenen Folgen der Freigabe des Erfolgshonorars vorrangig in den Vereinigten Staaten und Großbritannien untersucht. Durch die gewonnenen Erkenntnisse der ökonomischen Analyse sowie durch die empirischen Erkenntnisse zeigt diese Arbeit eine teilweise neue Auslegung der gesetzlichen Regelung und der bestehenden Arten der privaten *After-the-Event*-Prozessfinanzierung in Deutschland auf. Abschließend wird eine generelle Einordnung der sog. Inkassoession vorgenommen und in den Vergleich zu der anwaltlichen Erfolgsvergütung gestellt.

---

11 Vgl. *Volkman*, Rechtsphilosophie, S. 151 f.

12 *Hamacher*, AnwBl. 4/2007, 297, 308.

## B. Ökonomische Betrachtung

### I. Theorie

Die Disziplin der ökonomischen Analyse des Rechts ist in Deutschland vergleichsweise neu.<sup>13</sup> Sie hat – trotz eines fehlenden einheitlichen Ansatzes – den Anspruch, das geltende Recht am ökonomischen Maßstab einer effizienten Ressourcenallokation zu messen.<sup>14</sup> Ökonomie und Recht haben dabei das menschliche Entscheidungsverhalten zum Gegenstand.<sup>15</sup>

Für ein Erfolgshonorar steht zum einen ökonomisch die Frage im Vordergrund, ob durch ein Erfolgshonorar eine Verbesserung der Vertragsstrukturen und der Risikoverteilung zwischen Mandant und Anwalt entstehen kann. Eine erfolgsbasierte Anwaltsvergütung könnte in der Theorie in vielen Fällen sogar zu einer „Win-Win-Situation“ für Anwalt und Mandant führen. Zum anderen könnte durch die Vereinbarung eines Erfolgshonorars die Effizienz innerhalb der Gesellschaft gefördert werden in dem Sinne, dass das Volumen der nicht geführten Prozesse durch eine Freigabe der erfolgsabhängigen Vergütungen gesenkt werden kann,<sup>16</sup> siehe hierzu B. I. 2. f). Diese These wird zunächst mit den Grundlagen der ökonomischen Theorie untermauert und durch erste Vergleiche aus dem deutschen Recht veranschaulicht und diskutiert.

#### 1. Klassisches rationales Modell (rationaler Anwalt)

Mit der klassischen Vertragsbeziehung zwischen Anwalt und Mandant beschäftigt sich insbesondere die Prinzipal-Agenten-Theorie.<sup>17</sup> Dabei werden unter anderem die Voraussetzungen für eine möglichst optimale Vertragsbeziehung untersucht.<sup>18</sup> Ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit soll

---

13 Rückert/Seinecke/Laudenklos, Methoden des Zivilrechts- von Savigny bis Teubner, S. 471.

14 Rückert/Seinecke/Laudenklos, Methoden des Zivilrechts- von Savigny bis Teubner, S. 474.

15 Volkmann, Rechtsphilosophie, S. 213; Lötscher, Prozesskostenfonds, S. 23.

16 z.B. Baetge, RabelsZ, Band 73 (2009), 669, 673.

17 Maurer/Thomas/DeBooth, Northwest. J. Int. Law Bus., Vol. 19 (1999), 272, 279 ff.

18 Winter/Tang/Schwab, FB Heft 10 (2008), 645, 646.

ein Überblick über die theoretische Konzeption des Modells dargestellt werden.

#### a) Grundgedanke: Prinzipal-Agenten-Theorie

Die Prinzipal-Agenten-Theorie (PAT) ist ein Teilbereich der „Neuen Institutionenökonomie“. Gegenstand ist die Frage, wie mit der Ressourcenknappheit durch Anreizsysteme und dem Festlegen von Regularien umzugehen ist.<sup>19</sup> Dabei geht das Modell von einer ungleichen und asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Prinzipal und Agenten aus.<sup>20</sup> Zudem liegt der Theorie das Modell des *homo oeconomicus* zugrunde, welches dadurch geprägt ist, dass sich das Verhalten der Vertragspartner allein an der Maximierung des Nutzens orientiert.<sup>21</sup> Bedingt durch das jeweilige Streben in Richtung der Nutzenmaximierung kann es zu Interessengegensätzen zwischen den Parteien kommen.<sup>22</sup> Diese Gegensätze werden zunächst grundsätzlich herausgearbeitet und Lösungsvorschläge für ein äquivalentes Vertragsverhältnis entwickelt, um dann im folgenden Abschnitt auf das Anwalts-Mandanten-Verhältnis übertragen zu werden.

Die PAT geht von folgendem Grundprinzip aus: Die eine Partei, Prinzipal genannt, delegiert ihre Aufgaben an eine zweite Partei, den Agenten. Der Agent soll dabei nach der Vorstellung des Prinzipals eine bestimmte Aufgabe wahrnehmen. Es findet somit eine klassische Arbeitsteilung mit hierarchischen Strukturen statt.<sup>23</sup> Der Agent verfügt dabei über ein bestimmtes Wissen oder eine besondere Fertigkeit, die sich der Prinzipal zu eigen macht, weil er über diese selbst nicht verfügt oder bestimmte Aufgaben innerhalb seiner Arbeiten delegieren muss.<sup>24</sup>

Durch die bereits angesprochene von beiden angestrebte Nutzenmaximierung kann es dabei zu einem Interessenkonflikt kommen: Zum einen ist der Prinzipal daran interessiert, dass der Agent die Aufgabe in seinem Interesse bestmöglich durchführt, da der Erfolg der Aufgabendurchführung dabei unmittelbar seinen Gewinn widerspiegelt. Der Agent erhält dafür einen regelmäßig vorher vereinbarten indirekten Teil des Gewinns

---

19 Heyd/Beyer, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Finanzwirtschaft, S. 18.

20 Vgl. Schmidt/Terberger, Grundzüge der Investitions- und Finanzierungstheorie, S. 389 ff.

21 Heyd/Beyer, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Finanzwirtschaft, S. 19.

22 Jost, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 15.

23 Jost, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 11.

24 Vgl. Jost, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 12.

in Form einer Vergütung.<sup>25</sup> Dabei hat der Prinzipal das Ziel, seinen Anteil am Gewinn zu maximieren.<sup>26</sup> Zum anderen verursacht die Aufgabendurchführung beim Agenten Kosten in Form von „physischen Arbeitskosten“ oder „Arbeitsleid“.<sup>27</sup> Daher möchte er seine Vergütung abzüglich der Arbeitskosten maximieren.<sup>28</sup>

Der Prinzipal hat grundsätzlich erst einmal davon auszugehen, dass der Agent sich zu einer Aufgabendurchführung entschließt, die für ihn selbst vorteilhaft, für den Prinzipal aber durchaus negativ sein kann.<sup>29</sup> Der Agent wird also versuchen, möglichst wenig Zeit und andere Ressourcen in den Fall zu investieren. Dabei ergeben sich im Wesentlichen vier Fälle von Informationsasymmetrien zwischen den Parteien, welche sich zu Lasten des Prinzipals auswirken können: *Hidden Characteristics*, *Hidden Intention*, *Hidden Information* sowie *Hidden Actions*.

Zunächst gibt es die Eigenschaften des Agenten (*Hidden Characteristics*), welche dem Prinzipal in Form von Fähigkeiten und Qualifikation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oftmals nicht vollständig vorliegen. Es besteht somit bereits beim Vertragsschluss eine Unsicherheit in Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Agenten.<sup>30</sup> Zudem hat der Prinzipal keine Kenntnis über die Absichten des Agenten (*Hidden Intention*). Dies kann dazu führen, dass der Agent Lücken im bestehenden Vertrag erkennt, diese nicht schließt und nach Vertragsabschluss zu seinen Gunsten ausnutzt.<sup>31</sup> *Hidden Information* beschreibt die Situation, in welcher der Prinzipal die Handlungen des Agenten zwar beobachten, aber aufgrund seines fehlenden (Experten-) Wissens nicht beurteilen kann.<sup>32</sup> Die Informationen, welche der Agent während der Durchführung der Aufgabe erhält, entziehen sich dabei der Kenntnis des Prinzipals. Der Agent kann hierdurch die Wahrscheinlichkeit der Erreichung des Erfolges besser vorhersagen.<sup>33</sup> Als vierter Fall der Informationsasymmetrie werden die *Hidden Actions* bezeichnet. Diese resultieren wiederum aus dem nicht beobachtbaren Verhalten des

---

25 *Shavell*, *The Bell J. of Econ.* 1979, 55, 55.

26 *Jost*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 17.

27 *Winter*, Erfolgshonorar für Rechtsanwälte, S. 76.

28 *Jost*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 17.

29 *Jost*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 17.

30 *Heyd/Beyer*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Finanzwirtschaft, S. 25.

31 *Heyd/Beyer*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Finanzwirtschaft, S. 26.

32 *Heyd/Beyer*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Finanzwirtschaft, S. 27; *Jost*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 30; *Baker*, *J. Political Econ.*, Vol. 100, No. 3 (1992), 598, 602.

33 *Jost*, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 30.

Agenten nach Vertragsschluss. Wie ein Agent seine Aufgabe durchführt, ist für den Prinzipal nur an den Ergebnissen zu erkennen.<sup>34</sup>

Ein weiterer in diesem Zusammenhang immer wieder auftauchender Begriff ist das moralische Risiko (*moral hazard*).<sup>35</sup> *Moral hazard* beschreibt eines der Kernprobleme der PAT.<sup>36</sup> Damit wird insbesondere die Gefahr umschrieben, dass der Agent ein Informationsdefizit des Prinzipals zu seinen Gunsten einsetzt.<sup>37</sup> In einer weiten Auslegung könnte der Begriff *moral hazard* ein Ergebnis aller vier beschriebenen Typen der Informationsasymmetrien darstellen. In der Literatur wird der Begriff allerdings meist nur auf die Beziehung des Agenten zum Prinzipal nach dem Vertragsschluss bezogen – genauer: auf den Fall der *Hidden Information* und *Hidden Action*<sup>38</sup> oder auch nur auf die *Hidden Action*<sup>39</sup>.

Dieses Problem kann vom Prinzipal auf verschiedene Weise gelöst werden. Zum einen könnte er den Agenten selbst überwachen, wobei der Prinzipal über das gleiche Wissen und die gleichen Fähigkeiten wie der Agent verfügen müsste. Diese besitzt er aber in der Regel nicht, weshalb er den Agenten eingeschaltet hat. Besäße er dieses Wissen, wäre der Arbeitsaufwand der Überwachung der gleiche wie der der eigentlichen Arbeit, wodurch er durch das Einschalten des Agenten keinen Vorteil mehr hätte.<sup>40</sup> Zum anderen besteht die Möglichkeit einen zweiten Agenten einzuschalten, um den ersten überwachen zu lassen. Doch würde sich mit dem Einschalten eines zweiten Agenten dasselbe Problem ergeben wie mit dem ersten Agenten: Auch ihn müsste der Prinzipal überwachen. Es entsteht ein zweiter *moral hazard*. Zudem entstehen dem Prinzipal zusätzliche Kosten und die Gefahr des kollusiven Verhaltens der beiden Agenten.<sup>41</sup> Diese Lösungsansätze sind somit nur theoretisch, aber nicht praktisch einzubeziehen, weil sie nicht zu dem angestrebten Interessengleichlauf der Parteien führen. Das Dilemma kann allerdings durch eine entsprechende

---

34 Roiger, Gestaltung von Anreizsystemen und Unternehmensethik, S. 16; Erlei/Leschke/Sauerland, Neue Institutionenökonomik, S. 112 ff.; Heyd/Beyer, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Finanzwirtschaft, S. 27.

35 Die Terminologie *moral hazard* stammt ursprünglich aus dem Versicherungswesen und beschreibt dort insbesondere die Gefahr, dass sich ein Vertragspartner nach dem Abschluss des Versicherungsvertrages weniger vorsichtig verhält.

36 Baetge, RabelsZ, Band 73 (2009), 669, 674; grds. hierzu Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 139.

37 Jost, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 26.

38 Jost, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 30.

39 Roiger, Gestaltung von Anreizsystemen und Unternehmensethik, S. 16.

40 Baetge, RabelsZ, Band 73 (2009), 669, 674.

41 Baetge, RabelsZ, Band 73 (2009), 669, 674 f.

Vertragsgestaltung der Parteien gelöst werden, wobei versucht werden sollte, die Ziele des Prinzipals durch die Vertragsgestaltung den Zielen des Agenten anzugleichen. Durch die Gestaltung des Entlohnungssystems können entsprechende Anreize gesetzt werden.<sup>42</sup>

Eine Vertragsbeziehung zwischen Prinzipal und Agenten kann nach der Theorie durch vier Fälle von Informationsasymmetrien beeinflusst werden, welche insbesondere aufseiten des Agenten einen *moral hazard* erzeugen kann. Um diesen zu lösen müssen die Ziele des Prinzipals bei der Vertragsgestaltung denen des Agenten angepasst werden.

b) Anwalt- und Mandantenbeziehung im Zusammenhang der Prinzipal-Agenten-Theorie

Die Beziehung eines Anwalts zu seinem Mandanten stellt geradezu ein Paradebeispiel einer PAT dar.<sup>43</sup> Der Mandant (Prinzipal) verfügt selbst nicht über die entsprechenden Rechtskenntnisse und beauftragt deshalb einen Anwalt (Agenten), um seine juristische Lage klären zu lassen. Der Mandant möchte das für sich bestmögliche Ergebnis erzielen, wobei der Anwalt aus seiner Sicht auch einen möglichst hohen Arbeitseinsatz zeigen und eine eher geringe Vergütung erhalten sollte. Der Anwalt versucht hingegen seinen Arbeitsaufwand – in dem Fall meist Zeitaufwand – möglichst gering zu halten, um seinen Gewinn zu maximieren. Dabei wird er den Arbeitsaufwand negativ und das Einkommen positiv bewerten.<sup>44</sup> Dabei lassen sich die bereits aufgeführten vier Fälle der Informationsasymmetrie übertragen:

Als *Hidden Characteristics* werden für den Anspruchsinhaber nicht einsehbare Eigenschaften des Anwalts bezeichnet. Seine fachlichen Fähigkeiten und Qualifikationen sind für den Prinzipal teilweise in Form von aufgezeigten Abschlüssen abschätzbar. *Hidden Intentions* umschreiben die Absichten des Rechtsanwalts, wobei der Anspruchsinhaber nicht in der Lage ist, bereits bei Vertragsschluss bestehende Lücken im Anwaltsvertrag bzw. Mandatsvertrag zu erkennen. Hierbei kann es sich insbesondere um „versteckte Gebühren“ handeln oder ein Sonderkündigungsrecht, sollte

---

42 Jost, Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, S. 17.

43 So auch Winter/Tang/Schwab, FB Heft 10 (2008), 645, 646; a.A. Sacconi, Eur. J. Law Econ., 32 (2011), 263, 273, der im Mandanten-Anwalt-Verhältnis ein Autoritätsverhältnis sieht, in dem der Mandant dem Anwalt vertraut.

44 Winter, Erfolgshonorare für Rechtsanwälte, S. 74.

die weitere Arbeit des Rechtsanwalts am Mandat für diesen nicht mehr gewinnerhöhend sein. *Hidden Informations* beschreibt Vorgänge nach Vertragsschluss, welche der Mandant zwar beobachten kann, allerdings aufgrund seines fehlenden Expertenwissens nicht in der Lage ist diese zu bewerten. Zwar kann der Mandant den Gerichtsverhandlungen beiwohnen, doch kann er unter Umständen Hinweise des Richters nicht deuten sowie Verfahrensschritte der gegnerischen Partei nicht einordnen. Der Rechtsanwalt kann daher die Wahrscheinlichkeit der Erfolgserreichung besser vorhersagen. Der Mandant kann das Verhalten des Rechtsanwalts nach Abschluss des Mandatsvertrages nicht beobachten, sog. *Hidden Actions*. Der Mandant kann zum Beispiel nicht erkennen, wie viel Zeitaufwand der Rechtsanwalt in den Fall investiert hat. Dies kann zu Problemen bei der Vergütung führen, da der Mandant die Stimmigkeit des vorgetragenen Aufwands nicht überprüfen kann. Diese Informationsdefizite können durch die Vertragsgestaltung zwischen Anwalt und Mandanten gelöst werden.

Wirtschaftswissenschaftliche Arbeiten zur PAT gehen dabei vor allem auf zwei Aspekte innerhalb der Vertragsbeziehung ein. Erstens beschäftigen sich die Arbeiten damit, wie die Anreize für eine optimale Vertragsbeziehung gestaltet werden sollten und zweitens, wie das bestehende Erfolgsrisiko auf die Parteien bestmöglich verteilt werden kann.<sup>45</sup>

Generell kann die Arbeit eines Anwalts durch immaterielle wie auch materielle Anreize bestimmt sein. Als immaterielle Anreize gelten dabei der persönliche Ehrgeiz, der Wille zur guten Arbeit und die Einhaltung berufsständischer und ethischer Verhaltensweisen. Zudem spielt die Bewahrung der Reputation für den Anwalt eine große Rolle, Ziele, die der Anwalt allerdings unabhängig von der Art der Vergütung verfolgen sollte.<sup>46</sup> Außerdem wird die Reputation erst dann bedeutsam, wenn ein potentieller Mandant diese beurteilen kann oder bei sich wiederholenden Mandaten. Der Fokus dieses Abschnittes liegt somit auf den materiellen Anreizen. Zunächst sind einmal die theoretischen Grundsätze für verschiedene Vergütungsformen festzusetzen: Wird die Arbeitszeit in Abhängigkeit von der Stundenzahl bemessen,<sup>47</sup> so ist die Stundenanzahl mit einem

---

45 Vgl. *Stiglitz*, Incentive Compensation in Perspective, S. 47; *Winter/Tang/Schwab*, FB Heft 10 (2008), 645, 646.

46 *Winter*, Erfolgshonorare für Rechtsanwälte, S. 68.

47 Viele Anwälte rechnen im Takt von sechs Minuten ab, zugunsten einer vereinfachten Darstellung wird hier nur von einer stundenweisen Abrechnung ausgegangen, die Erkenntnisse lassen sich aber auf eine Abrechnung im 6-Minuten-Takt übertragen, siehe hierzu z.B. *Blattner*, AnwBl. 2018, 534, 537. Der BGH

„Kosten“-Multiplikator  $K$  zu versehen. Es ergibt sich folgende Kostenposition:  $K \times \text{Arbeitszeit}$ , welches auch als „Arbeitsleid“ verstanden wird. Als Kostenmultiplikator nimmt *Winter* EUR 200,00<sup>48</sup>, sodass sich zusammenfassend folgende Gleichung ergibt:

$$N = \text{Einkommen} - K \times \text{Arbeitszeit}.^{49}$$

Übertragen auf das Mandatsverhältnis, würde sich dann aus der Sicht des Anwalts bei einer gegenstandswertbezogenen Vergütung nach dem RVG folgende Berechnung des Nutzens ergeben:

$$N = \text{Honorar nach RVG} - \text{Arbeitsleid} = \text{Honorar nach RVG} - (200 \text{ €/Stunde}) \times \text{Arbeitszeit}.^{50}$$

Nach dieser Theorie erlangt der Anwalt den größten Gewinn, indem er keine Zeit auf den Fall aufwendet. Bei realistischer Betrachtung wird ein Anwalt immer so lange das Minimum an Arbeitsaufwand aufbringen, wie  $K$  – also sein Arbeitsleid – sich als positiv darstellt.<sup>51</sup> Kritisch beleuchtet wird dieses unter B. I. 2. a).

## 2. Mögliche Vorteile des Erfolgshonorars nach ökonomischer Betrachtung

Das Erfolgshonorar stellt ein von den gegenstandsbezogenen oder individualvertraglich abzurechnenden Honoraren abzugrenzendes Vergütungssystem dar. Fraglich ist allerdings, ob es tatsächlich die oben aufgeworfenen Probleme zumindest aus einem rein theoretischen Blickwinkel in der Vertragsbeziehung ausgleichen kann und welche Vorteile das Erfolgshonorar im Gegensatz zu den anderen Entlohnungssystemen bringen kann.

---

hat allerdings eine Regelung, welche einen 15-Minuten-Takt vorgesehen hat, als unzulässig erklärt. Eine Abrechnung nach Zeitintervallen sollte allerdings auch nach dieser Rechtsprechung noch zulässig sein, da der BGH insbesondere die Dauer des Zeitintervalls für zu lang erachtet hat, nicht allerdings die zeitliche Abrechnung an sich, vgl. BGH, Urteil vom 13.2.2020 – IX ZR 140/19, NJW 2020, 1811.

48 *Winter* legt diese Summe als minimale Summe fest, die gezahlt werden müsste, damit ein an seinem persönlichen Einkommen interessierter Mensch die Arbeit für eine Arbeitszeit von einer Stunde ( $\text{Arbeitszeit} = 1$ ) auf sich nimmt. Ob dieses der Realität entspricht, ist allerdings zweifelhaft. Die Zahl wird allerdings als bloße Rechengröße zur Veranschaulichung übernommen.

49 *Winter*, Erfolgshonorare für Rechtsanwälte, S. 74.

50 *Winter*, Erfolgshonorare für Rechtsanwälte, S. 74.

51 So auch *Winter*, Erfolgshonorare für Rechtsanwälte, S. 75.