

Vom Anwaltsmarkt zum Rechtsdienstleistungsmarkt

Kölner Tage des Anwaltsrechts
Legal-Tech-Dienstleistungen – Chancen und Risiken für
den Anwaltsberuf
22. November 2019

Prof. Dr. Martin Henssler

Geschäftsführender Direktor
des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht und
des Instituts für Anwaltsrecht
Universität zu Köln



Übersicht:

- I. Generalthema: Die Folgen der Digitalisierung für Freie Berufe
- II. Rechtspolitischer Handlungsbedarf
- III. Legal tech Geschäftsmodelle
- IV. Legal tech durch Rechtsanwälte – Probleme/Haftungsrisiken
- V. „Legal tech Inkasso“ als Umgehungsgeschäft
- VI. Überblick über die Gesetzesverstöße
 - § 3 RDG, § 4 RDG
 - § 78 ZPO (fehlende Postulationsfähigkeit)
 - § 606 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 ZPO (unzulässige Gewinnerzielung)
 - § 134 BGB iVm § 49b BRAO (Umgehungsgeschäft)
- VII. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen
- VIII. Folgen eines Gesetzesverstoßes
 - Nichtigkeit der Geschäftsbesorgung und der Abtretung
- IX. Ausblick



Folgen der Digitalisierung für die Freien Berufe

Allgemeine Fragestellungen:

- Welche Folgen hat die fortschreitende technische Möglichkeit, Standardaufgaben zu automatisieren, für freiberufliche Dienstleister?
- Muss auf die Möglichkeit, freiberufliche Dienstleistungen ortsungebunden anzubieten (Telemedizin), regulatorisch reagiert werden?
 - Länderspezifische Unterschiede sind dringend abzubauen
- Erfordert die Digitalisierung Deregulierung berufsrechtlicher Regelungen?

Freie Berufe profitieren von der Digitalisierung

- Stärkung der Effektivität freiberuflicher Dienstleistungen – organisatorische Unterstützung, Entlastungsfunktion
- Qualitätssteigerung originär freiberuflicher Dienstleistungen
- Neue Dienstleistungsangebote entstehen – neue Marktchancen



Folgen der Digitalisierung für die Freien Berufe

Risiken für die Freien Berufe

- Höchstpersönliche Leistungserbringung tritt in den Hintergrund
- Anteil gewerblicher Elemente an der Gesamtleistung des Freiberuflers wächst
- Schleichende Aushöhlung der Freiberuflichkeit
- Wachsender Wettbewerb durch gewerbliche Anbieter

Aufgabe der Verbände

- Aktive Auseinandersetzung mit diesen Kernproblemen
- Werbung mit verbesserter Qualität der höchstpersönlichen Leistung
- Sicherung der Chancengleichheit für Freiberufler
- Kein Unterlaufen des Berufsrechts
- Keine Benachteiligung kleiner Kanzleien beim Zugang zu neuen Chancen



Vom Anwaltsmarkt zum Rechtsdienstleistungsmarkt

Allgemeiner Regelungsbedarf

- Öffnung des Gesellschafterkreises für IT-Experten
- Begrenzte Öffnung für Wagnis-Kapital – entsprechend der Forderung des BMJV oder Gesetzesentwurf Henssler?

Besonderer Regelungsbedarf im anwaltlichen Berufsrecht, RDG und PartGG

- Liberalisierung der §§ 49b Abs. 2 BRAO; 4a RVG?
- Je nach Ausgang der BGH-Verfahren, Neufassung des RDG entsprechend Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht (§§ 13 a – d RDG-E) ?
- Reform des PartGG (keine Gefährdung des Haftungsprivilegs)



Folgen der Digitalisierung für die Freien Berufe

§ 13c RDG-E Beauftragung von Rechtsanwälten und Inkassodienstleistern

- (1) Beauftragt der Gläubiger einer unbestrittenen Geldforderung ...
- (2) Beauftragt der Gläubiger einer Geldforderung, dessen Schuldner die Forderung vor der Beauftragung eines Inkassodienstleisters durch den Gläubiger bestritten hat, mit deren Einziehung im Laufe des außergerichtlichen oder gerichtlichen Verfahrens noch einen Rechtsanwalt, so kann er die dadurch entstehenden Kosten nur bis zu der Höhe als Schaden ersetzt verlangen, wie sie entstanden wären, wenn er nur einen Rechtsanwalt beauftragt hätte.



Legal tech Geschäftsmodelle

- Aktuell etabliert sich am Markt eine Vielzahl unterschiedlicher anwaltlicher und nicht anwaltlicher Legal Tech Modelle, die berufsrechtlich keiner einheitlichen Bewertung zugänglich sind.
- Grundsatz: Berechtigtes Interesse der Rechtsuchenden an einer einfachen und kostengünstigen Rechtsverfolgung.
- Plattformen eröffnen sachgerechte Möglichkeiten, weitgehend risikofrei dem Grunde und der Höhe nach unproblematische Rechte außergerichtlich geltend zu machen.
 - Individuelle, aber weitgehend standardisierte Ansprüche
 - Einfache Rechtsprobleme mit überschaubaren Streitwerten
 - **Beispiele:** Entschädigung nach der Fluggastrechteverordnung, diskussionswürdig bei Mietminderungen im Fall der Verletzung der Mietpreisbremse; AU?



Anwaltliches Legal tech - Probleme

- Legal Tech gehört in erster Linie (jedenfalls aber auch) in die Hand von Rechtsanwälten „**Legal Tech ist Anwaltssache**“.
- Probleme stellen sich generell bei gewerblichen Angeboten
 - Steuerrechtliche Probleme: Geltung der sog. Abfärbetheorie
 - Gesellschaftsrechtliche Risiken: § 1 Abs. 1 PartGG. Behandlung von gemischten Unternehmensgegenständen?
- Grundsatz: Nur freiberufliche (**Höchstpersönlichkeit!**) Tätigkeiten, sonst Verlust des Haftungsprivilegs.
 - Selbst untergeordnete gewerbliche Tätigkeiten können nicht in der PartG ausgeübt werden (str.).
 - Ausnahme: Zugehörigkeit zum anwaltlichen Berufsbild:
 - z.B. gewerbliche Treuhandtätigkeit (BGH)



Anwaltliches Legal tech - Probleme

- Sonderfall: Gewerbliche Legal Tech Angebote (Gesamtschau!!)
 - § 3 Abs. 1 BRAO: berufene unabhängiger Berater und Vertreter in **allen** Rechtsangelegenheiten.
 - § 2 BRAO: RA **übt** freien Beruf **aus**. Seine Tätigkeit **ist** kein Gewerbe.
- Beratung und Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten zählt **stets** zum anwaltlichen Berufsbild und wird als freiberuflich **fingiert**.
- **Rechtsangelegenheit** umfasst alle erlaubnispflichtigen **Rechtsdienstleistungen** nach § 2 Abs. 1 RDG, ist aber weiter gefasst.
 - Alle erlaubnispflichtigen Rechtsdienstleistungen sind nach § 1 Abs. 1 PartGG unproblematisch: Wortlaut „zur Ausübung ihrer Berufe zusammenschließen“
 - Sämtliche Annex Tätigkeiten zur höchstpersönlichen Rechtsberatung ebenfalls (Beispiel: unterstützender Softwareeinsatz als Auftragsgegenstand).



Anwaltliches Legal tech - Probleme

- Sonderfall: Gewerbliche Legal Tech Angebote (Fortsetzung)
 - Problem: Reines Angebot einer Software?
 - M. E. schon de lege lata unschädlich, da es um die Lösung von Rechtsfragen geht
 - Gesetzliche Klarstellung aber dringend geboten.
- Regelungsvorschlag Henssler (AnwBl online 2018, 564):

§ 1 PartGG-E

- § 1 Abs. 1 Satz 3 PartGG wird wie folgt gefasst:
- ***Die Ausübung gewerblicher und sonstiger nicht beruflicher Tätigkeiten ist zulässig, sofern es sich um Nebentätigkeiten handelt, die das freiberufliche Gepräge der Gesellschaft nicht aufheben.***



Das Modell Mietright/Wenigermiete.de

- Mietright, registrierter Inkassodienstleister, macht softwarebasiert – namentlich über seine Internetseite und einen dort nutzbaren "Online-Rechner" – "ohne Kostenrisiko" Mieterrechte (Mietpreisbremse, Schönheitsreparaturen und mangelbedingter Mietminderung) geltend.
- BGH-Fall: Mietrückzahlung (24,76 €) infolge sog. Mietpreisbremse (§ 556d BGB) aufgrund abgetretenen Rechts nach Auskunftsverlangen und Rüge gemäß § 556g Abs. 2 BGB sowie Rechtsverfolgungskosten 166,90 €.

Probleme:

- Mietpreisrechner: Rechtsdienstleistung?
- Mietright schafft Tatbestandvoraussetzung des Rückzahlungsanspruchs durch Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB selbst (geht über Inkasso hinaus)

Argumentation des Gerichts in mündlicher Verhandlung v. 16. 10. 19 ? Nicht jede Durchsetzung von Geldforderung wird von Inkassoerlaubnis erfasst.



Das Modell Mietright

§ 556d BGB Zulässige Miethöhe bei Mietbeginn; Verordnungsermächtigung

(1) Wird ein Mietvertrag über Wohnraum abgeschlossen, der in einem durch Rechtsverordnung nach Absatz 2 bestimmten Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt, so darf die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete [...] höchstens um 10 Prozent übersteigen.

(2) 1Die Landesregierungen werden ermächtigt, Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten durch Rechtsverordnung für die Dauer von höchstens fünf Jahren zu bestimmen.

§ 556g BGB Rechtsfolgen, Auskunft über die Miete

[...]

(2) 1Der Mieter kann von dem Vermieter eine nach den §§ 556d [...] nicht geschuldete Miete nur zurückverlangen, wenn er einen Verstoß gegen die Vorschriften dieses Unterkapitels gerügt hat und die zurückverlangte Miete nach Zugang der Rüge fällig geworden ist. [...]



Das Geschäftsmodell des legal tech Inkassos

- Anbieter (zB financialright GmbH, Cartel Damage Claims SA u.a.)
 - Registrierung nach dem RDG
 - Nutzung des Leverage Effekts bei Massenschäden (Modell einer „class action“)
 - Nutzung der Legal tech Vorteile bei Massenschäden
- Versprochen wird gerichtliche Durchsetzung von streitigen, zum Inkasso abgetretenen Forderungen im Anwaltsprozess, ohne dass es zu einer Kostenbelastung für die Auftraggeber/Zedenten kommen soll.
 - Freistellung von Gerichtskosten und eigenen Anwaltskosten
 - Im Falle eines Unterliegens Übernahme der Kosten der Gegenseite
 - Keine Zahlung eines Kaufpreises für die Forderung
 - Im Erfolgsfall Zufluss eines hohen Prozentsatzes der zugesprochenen Forderungen



Das Geschäftsmodell des legal tech Inkassos

- Versuch, über registrierte Inkassounternehmen ein Geschäftsmodell zu etablieren, das Rechtsanwälten in doppelter Weise verboten ist
 - § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO: Verbot von Erfolgshonoraren in solchen Fällen
 - § 49b Abs. 2 S. 2 BRAO: Verbot der Übernahme des Prozesskostenrisikos des Mandanten im Unterliegensfall.
- Die Einschaltung eines registrierten Inkassounternehmens als Vehikel erfolgt nur aus einem einzigen Grund:
 - Umgehung des anwaltsrechtlichen Berufsrechts
 - außergerichtliche Einziehung erfolgt allenfalls als rein formaler Zwischenschritt.
- Kein Bezug zum tradierten, vom Gesetzgeber privilegierten Inkasso

Ergebnis: Klarer Umgehungstatbestand



Das Geschäftsmodell des legal tech Inkassos

- Kernfrage: Darf eine Inkassoerlaubnis als Instrument zweckentfremdet werden, um im forensischen Bereich, konkret im Anwaltsprozess, wesentliche Vorschriften des anwaltlichen Berufsrechts zu unterlaufen und genießt ein solcher Zweck sogar verfassungsrechtlichen Schutz?
- Antwort: Klares Nein!
- Warum ist das gleichwohl umstritten?
 - Besonderheiten der Geschäftsmodelle werden nicht exakt herausgearbeitet
 - Sie müssen im Lichte des gesetzlichen Gesamtkonzepts aus RDG, BRAO und Verfahrensrecht (ZPO) gewürdigt werden.
- Eventuelle Öffnung des Marktes wäre Aufgabe des Gesetzgebers
- Keine Rechtsfortbildung contra legem – kein Ausblenden klarer gesetzlicher Wertungen



Das Geschäftsmodell des legal tech Inkassos

Folgen einer unterstellten Zulässigkeit dieser Geschäftsmodelle:

- Jeder Rechtsanwalt, jede Rechtsanwältin wäre gehalten, ein registriertes Inkassounternehmen zu gründen, über das sodann ohne berufsrechtliche Beschränkungen „**jede**“ streitige Geldforderung unter Vereinbarung eines Erfolgshonorars und der Verpflichtung zur Kostenübernahme im Unterliegensfall gerichtlich eingeklagt werden könnte.
- Das anwaltliche Berufsrecht wäre contra legem ausgehebelt (Kohärenzverstoß).
- Selbst jene Staaten, die einer Vereinbarung von Erfolgshonoraren offener gegenüber stehen, lehnen aber überwiegend die Übernahme des Kostenrisikos durch Rechtsanwälte ab.
 - Hier wird der Rechtsanwalt endgültig zum Anbieter gewerblicher Dienstleistungen
- M. E. abwegig, dieses Ergebnis als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend darzustellen.
 - Es widerspricht vielmehr evident dem Willen des Gesetzgebers



Unzulässigkeit des Geschäftsmodells - Überblick

Die Unzulässigkeit des Geschäftsmodells folgt aus einem Verstoß gegen

1. § 3 RDG, da Geschäftsmodell von der Inkassoerlaubnis nicht gedeckt ist.
2. §§ 4, 12 RDG, da Inkassounternehmen der Gefahr von Interessenkonflikten ausgesetzt, v.a. wenn es selbst einen Prozessfinanzierer einschaltet, der unter Druck steht.
3. § 4 RDGEG, da Erfolgshonorare und Kostenübernahme Inkassodienstleistern jedenfalls dann verboten sind, wenn sie streitige Forderungen gerichtlich durchsetzen, vgl. jetzt auch BGH NJW 2019, 3065 Rn. 50 ff. (§ 4 I, II RDGEG erfasst grundsätzlich alle registrierten Rechtsdienstleister, also auch Inkassounternehmen)
4. § 78 ZPO, da Inkassounternehmen im Anwaltsprozess und sogar teilweise im Parteiprozess (§ 79 ZPO) nicht postulationsfähig sind
5. § 606 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 ZPO (Musterfeststellungsklagen dürfen nicht zum Zwecke der Gewinnerzielung erhoben werden).
6. Aus § 134 BGB iVm § 49 Abs. 1, 2 BRAO (unzulässiges Umgehungsgeschäft)



Unzulässigkeit des Geschäftsmodells folgt aus:

1. § 3 RDG, da das Geschäftsmodell außerhalb der Inkassoerlaubnis liegt.
 - Inkassodienstleister dürfen zwar im Einzelfall Forderungen gerichtlich durchsetzen
 - Die Inkassotätigkeit darf aber nicht von vornherein aussichtslos sein und eben kein unnötiger formaler Zwischenschritt zur gerichtlichen Durchsetzung außerhalb des anwaltlichen Berufsrechts.
2. §§ 4, 12 RDG (fehlende persönliche Eignung und Berufspflichtverletzung wegen Interessenkonflikts)
3. Inkassounternehmen sind im Anwaltsprozess und sogar teilweise im Parteiprozess (§ 79 ZPO) nicht postulionsfähig, dürfen daher kein Prozessführungsmandat übernehmen, selbst wenn sie dies durch einen Rechtsanwalt als Erfüllungsgehilfe bearbeiten lassen. Die Registrierung nach dem RDG vermittelt insoweit keine Befugnisse.
4. § 606 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 ZPO (Musterfeststellungsklagen dürfen nicht zum Zwecke der Gewinnerzielung erhoben werden).



Verfassungsrechtliche Grundlagen

- Nach der Rspr. von BVerfG und BGH darf der Gesetzgeber berechtigterweise das Auftreten vor Gericht und bereits den Abschluss entsprechender Geschäftsbesorgungsverträge an eine entsprechende verfahrensrechtliche Befugnis knüpfen.
- Nicht postulationsfähigen Dienstleistern darf damit unproblematisch sowohl verboten werden, ihren Kunden anzubieten, eine Forderung gerichtlich geltend zu machen, als auch – erst recht – anzubieten, eine nicht im Wege einer Vollabtretung übertragene Forderung als Partei vor Gericht einzuklagen.
- Dass zur Durchführung des Vertrags ein Rechtsanwalt eingeschaltet werden soll, ist nach gefestigter Rspr. bedeutungslos, rechtfertigt also die Tätigkeit des Inkassounternehmens nicht.



Verfassungsrechtliche Grundlagen

- Die These, eine Inkassoerlaubnis müsse ohne jegliche Schranke die Befugnis vermitteln, Verträge abzuschließen, deren Gegenstand nicht nur die außergerichtliche, sondern auch die gerichtliche Beitreibung von beliebigen, bestrittenen Forderungen ist, findet in der Rspr. des BVerfG nicht einmal andeutungsweise eine Stütze.
- **Keinesfalls** lassen sich der Rspr. auch nur mittelbar verwertbare Hinweise zur Rechtfertigung von Geschäftsmodellen entnehmen, bei denen ein Inkassounternehmen die gerichtliche Durchsetzung von höchst streitigen Forderungen unter Umgehung des anwaltlichen Berufsrechts anbietet.



Folgen eines Verstoßes gegen das RDG

- Nach gefestigter Rspr. des BGH fallen Rechtsdienstleistungen, die ein Dienstleister erbringt, ohne dass ihm ein Erlaubnistatbestand zur Seite steht, unter das allgemeine Verbot des § 3 RDG und sind insgesamt als gesetzeswidrig anzusehen.
- § 3 RDG ist nach ganz h.M. ein Verbotsgesetz iSv § 134 BGB.
- Die Nichtigkeitsfolge erfasst anerkanntermaßen die Abtretung einer Forderung, wenn dadurch – wie hier – der Weg zu einer erlaubnispflichtigen Rechtsdienstleistung eröffnet werden soll.
- Mindermeinung:
 - Bei registrierten Personen gehe bei Zweifeln über Tätigkeitsfeld Verbraucherschutz vor.
 - Argumentation von gefestigter Rspr. und h.M. bereits widerlegt



Folgen eines Verstoßes gegen das RDG

➤ Zwei Fragen sind nach der Rspr. des BVerfG zu trennen:

1. Fehlt dem Rechtsdienstleister die erforderliche Sachkunde, so dass die Registrierung zu Unrecht erfolgt ist? Hier greift in der Tat ein schutzwürdiges Vertrauen des Verbrauchers bei zu Unrecht erfolgter Dienstleistung.
2. Verbieta das Gesetz generell dem Dienstleister bestimmte Leistungen, weil außerhalb der Registrierung liegend? Hier legitimiert der Verkehrsschutz selbst bei unsicherer Rechtslage kein Tätigwerden.

➤ **Es gilt: Ob der Dienstleister die inhaltlichen Grenzen des RDG einhält, liegt generell im Risiko des Auftraggebers.**

- Ständige Rspr. des BGH bei Steuerberatern und WP, obwohl diese teilweise zur Rechtsberatung befugt sind und sogar einer Kammeraufsicht unterliegen.



Folgen eines Verstoßes gegen das RDG

Der Schutzzweck des RDG erzwingt die Nichtigkeit der Abtretung:

- §§ 10 ff. RDG schützen nicht nur den Auftraggeber, sondern sogar in erster Linie den Forderungsschuldner.

Kein abschließender Charakter von Aufsichtsmaßnahmen.

- Die Frage, ob ein (in der Vergangenheit geschlossener) Vertrag wegen Verstoßes gegen das RDG als nichtig zu beurteilen ist, und die Frage, ob die Aufsichtsbehörde Maßnahmen ergreifen muss, um für die Zukunft den Schutz der Rechtsuchenden hinreichend zu sichern, haben schlicht nichts miteinander zu tun.
- Unzulässige Vermengung von repressiven und präventiven Erwägungen



Schlussthesen – Ausblick

- Digitalisierung verändert die Tätigkeit der Freien Berufe grundlegend
- Reformbedarf z.B. durch begrenzte Zulassung von Risikokapital
- Keine Benachteiligung der Freien Berufe gegenüber gewerblichen Anbietern
- De lege lata ist die Rechtslage eindeutig – legal tech Inkasso ist Nichtanwälten verboten
- Reformen sind Aufgaben des Gesetzgebers,
 - wobei gewisse Lockerungen des Verbots von Erfolgshonoraren denkbar sind,
 - die Übernahme des Prozesskostenrisikos durch Rechtsanwälte erscheint dagegen bedenklich.
 - Gewisse Öffnung für Wagnis-Kapital sollte diskutiert werden.
 - Änderung des PartGG sollte vorgezogen werden

