

schung die von der Verf. gewählte grundsätzliche Herangehensweise erforderlich macht. Die »Verflechtung« von Sach- und Rechtsfragen ist ihr immer bewußt (vgl. S. 33, 105). Ihr eigentliches Interesse gilt jedoch der Bestimmung des erforderlichen Beweismaßes bei der gerichtlichen Tatsachenfeststellung. Wenn im zweiten Kapitel Zwecke und Funktionen des gerichtlichen Straf- und Zivilverfahrens untersucht werden, so macht dies bereits deutlich, daß Bezüge zwischen prozessrechtlichen Vorgaben für richterliches Handeln und sehr grundsätzlichen Fragen des Rechts herzustellen sind.

Weitere Vorklärungen bringen die Kapitel III bis V zur Typologie materieller Fehlerhaftigkeit von Urteilen, zu den Grundzügen der Beweiswürdigung und ihrem Verhältnis zum Wahrscheinlichkeitsbegriff. Dann wendet sich *Gräns*, sozusagen als Ausgangsbefund für die Entwicklung eigener Vorschläge, den herrschenden Beweismaßtheorien in Deutschland, den USA und Schweden zu (S. 167 ff.). In Anbetracht der Erwägungen des BGH im Anastasia-Fall³ kommt sie für die deutsche Praxis zu einer stark subjektiven Fassung des Beweismaßes als volle richterliche Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung (S. 170)⁴. Für die USA wird die preponderance-of-the-evidence-Doktrin in Zivilsachen zugrunde gelegt, welche allerdings, weil ebenfalls von der Überzeugung des Entscheiders abhängig, stark variieren kann. Als nicht in gleicher Weise »subjektiv-kognitiv« geprägt schildert *Gräns* die Situation in Schweden. Das Beweismaß werde als »Rechtsfrage« aufgefaßt (S. 191 f.) und das Beweisrecht als den Zwecken der fallentscheidenden materiellen Normen verpflichtet angesehen, wobei u. a. die aus der allgemeinen rechtstheoretischen Diskussion bekannten Autoren *Olivecrona* und *Ekelöf* neben *Bolding* und *Lindell* eine wichtige Rolle spielen⁵. Für die Festlegung von Beweismaß und Beweislast sollen die materielle Richtigkeit, die Zwecke der einschlägigen materiellen Normen, die Beweismöglichkeiten der Parteien und ihre soziale Stellung maßgebend sein, womit Abstufungen im Beweismaß induziert werden (s. auch die Zusammenfassung S. 210). Damit zeichnet sich auch bereits die Grundlage für die von *Gräns* später weiter ausgearbeitete Problemlösung ab.

Sie knüpft im siebten Kapitel, das dem Zusammenhang von allgemeiner Entscheidungstheorie und Beweismaß gewidmet ist, an das an sich für den Strafprozeß entwickelte Modell von *John Kaplan* an⁶, welches für das anzulegende Beweismaß auf die negativen Konsequenzen (disutility) eines materiell fehlerhaften Urteils abstellt (S. 235 ff.). Eine »Disutilität« ergibt sich bei der Verteilung eines Unschuldigen wie beim Freispruch eines Schuldigen. Sie kann je nach Einzelfall unterschiedlich zu bewerten sein (S. 214 ff.). Jedenfalls sieht die Verf. im fehlerhaften Urteil »schon an sich« ein Unrecht, dessen Risiken und negative Konsequenzen minimiert werden müssen (z. B. S. 225, 238).

Um zum im Einzelfall endgültig anzulegenden Beweismaß zu kommen, sollen bestimmte »Argumente« gewichtet und paarweise miteinander verglichen werden (S. 246 ff.). Als Kriterien werden hierbei die allgemeine Wahrscheinlichkeit und die Beweismöglichkeiten als wahrheitsbezogene Argumente sowie die materiellen Normzwecke und »die sozioökonomische Risikotragfähigkeit« als rechtswertbezogene Argumente in Ansatz gebracht. Die »Argumente hinter den Beweislastnormen« (S. 235) werden somit schon bei der Festlegung des Beweismaßes berücksichtigt, welches je nach Fallkonstellation und Normbezug variieren kann (es ist »elastisch«).

3 BGHZ 53, 245.

4 Zweifel daran, daß sich die Praxis tatsächlich an solche Anforderungen hält, äußert nachdrücklich *Bender*, Das Beweismaß, in: Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 247 ff.

5 Zur für die Diskussion insgesamt wichtigen skandinavischen Beweislehre s. schon *M. Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozeß, Köln 1983, S. 22 ff. und *Motsch*, Vom rechtsgenügenden Beweis, Berlin 1983, S. 37 ff.

6 Decision Theory and the Factfinding Process, 20 Stan.L.Rev. (1968), S. 1124 ff.

Nichts ändert sich aufgrund obiger Operationen daran, daß der Beweiswert der im Prozeß herangezogenen Erkenntnismittel (S. 150 ff.) von der subjektiven Überzeugung des Urteilenden geprägt ist, den er ebenfalls numerisch ausdrücken soll (S. 229, 238). Auch die für die Ermittlung des Beweismaßes eben genannten »Argumente« sind keine »Meßbegriffe« (S. 238). Die von der Verf. favorisierte »entscheidungstheoretische« Methode soll allerdings zu höherer Selbstkontrolle, Nachvollziehbarkeit und Diskutierbarkeit der Ergebnisse verhelfen. Sie führt, wie *Gräns* es in ihrer Zusammenfassung ausdrückt, zu »kontrollierter Subjektivität« und zu einer Änderung der Begründungspraxis für tatsächliche Feststellungen (S. 260).

Grundfragen des Beweisrechts sind in der deutschen Prozeßrechtswissenschaft vielfach aufgegriffen und kontrovers diskutiert worden, wofür Namen wie *Gottwald*, *Greger*, *Lepold*, *Musielak* und *Prütting* neben den schon genannten stehen⁷. Mit der Einführung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung in die CPO von 1877 sollte das Scheitern der Arbeit mit festen Beweisregeln, die es allerdings bis heute beim Urkundsbeweis gibt, festgestellt⁸ und anderen der Wahrheitsfindung dienlichen Methoden der Weg gebnet werden. Aporien bleiben damit notwendigerweise. Sicherlich wiegt das Argument schwer, daß für das Regelbeweismaß hohe Anforderungen aufrechterhalten werden müssen, weil anderenfalls die vom Gesetz beispielsweise in §§ 287, 294 ZPO gemachten Abstufungen »funktionslos und sinnwidrig« würden⁹.

»Gewißheit« gibt es aber letztlich nur als subjektives Erleben, und »subjektiv-intuitive Überzeugungsgrade« führen zu einem »individuell-elastisches Beweismaß« (S. 238). Aufdeckung und Reflexion der leitenden Kriterien sind hier unabdingbar. In der Tat gibt das von *Gräns* ausgearbeitete Modell die »Möglichkeit, den subjektiv-intuitiven Überzeugungsgrad zu kontrollieren« (S. 242). Es lassen sich jedoch Bedenken dagegen anmelden, daß die Einführung und Verwendung der von ihr gebildeten Beweismaßkriterien allein der Wissenschaft bzw. der Judikative überlassen werden können¹⁰. Andererseits ist nicht zu erwarten, daß der Gesetzgeber über Regelungen der Beweislast und einzelne Beweiserleichterungen hinausgeht und Vorgaben für die Interna des Entschließungsprozesses macht. Ob die vielfach von *Gräns* verwendeten Formeln Rezeptionsgrenzen gerade in der Praxis überwinden können – eine Problematik, welche durchaus gesehen wird (S. 160 ff., 260) – scheint mir andererseits zweifelhaft zu sein.

Leider wird dem Leser die Lektüre durch die im Deutschen häufig nicht geglückte sprachliche Fassung stark erschwert. Aber darüber sollte man hinwegkommen, um an dem wissenschaftliche Engagement und dem Gedankenreichtum der Verf. teilhaben zu können.

Prof. Dr. Fritz Jost, Bielefeld

Wolfgang Madert: Die Honorarvereinbarung des Rechtsanwalts. 2. Auflage, Deutscher Anwaltsverlag, Bonn 2002, 231 S., kartoniert 49,- €.

Durch das nach zähem Ringen zum 1. 7. 2004 in Kraft getretene Rechtsanwaltsvergütungsgesetz wurden die gesetzlichen Gebühren für die anwaltliche Tätigkeit erstmals seit zehn Jahren angehoben. Das Gesetz gewährleistet eine angemessene Vergütung für den »Normalfall«, ändert aber nichts an der Zulässigkeit und häufig Notwendigkeit von Honorarvereinbarungen insbesondere bei schwierigen, zeitaufwendigen Mandaten.

7 Zur diesbezüglichen »literarischen Eruption« in den siebziger und achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts s. *Musielak*, ZfP 99 (1986), 217, 218.

8 MünchKomm-ZPO-Prütting, 2. Aufl., 2000, Rdnr. 2 zu § 286.

9 MünchKomm-ZPO-Prütting, 2. Aufl., 2000, Rdnr. 36 zu § 286.

10 Vgl. *Motsch*, NJW 2003, 274.

Die anzuzeigende Schrift soll Rechtsanwälte in die Lage versetzen, Honorarvereinbarungen zu treffen, die einer kritischen, die Vertragsfreiheit von Mandanten und Rechtsanwälten bisweilen stark einschränkenden Rechtsprechung standhalten. Der Autor *Wolfgang Madert*, ein seit über zwei Jahrzehnten auf das Gebührenrecht spezialisierter, durch eine Vielzahl an Publikationen und Vorträgen ausgewiesener Rechtsanwalt (zu Person und Wirken s. NJW 2001, 737), erteilt der Praxis eine Fülle wertvoller Hinweise.

Das Buch ist gegliedert in drei Teile. Im ersten, theoretischen Teil (S. 19–110) wird die vormalig zentrale gesetzliche Bestimmung zu Honorarvereinbarungen, § 3 BRAGO (vgl. nunmehr § 4 RVG), ausführlich erörtert. *Madert* geht detailliert auf das Formerfordernis ein und konkretisiert die Folgen eines Verstoßes, er verdeutlicht zulässige und unzulässige Inhalte, wendet sich Fragen der Gebührenunterschreitung wie der Herabsetzung einer vereinbarten überhöhten Vergütung zu und bespricht zahlreiche Sonderprobleme. Dabei verfolgt *Madert* das Ziel einer »möglichst umfassenden Darstellung dessen, was Schrifttum und Rechtsprechung zusammengetragen haben« (Vorwort). Die Nachweise sind sinnvoll begrenzt und aktuell.

Das Werk beschränkt sich nicht auf die bloße Wiedergabe des Meinungsstands, es soll zugleich Literatur und Judikatur zur anwaltlichen Honorarvereinbarung kritisch würdigen. Im Interesse der Fortentwicklung des geltenden Rechts (und auch anschaulicheren Präsentation dieser doch recht spröden Materie) ist es ausdrücklich zu begrüßen, daß *Madert* seinen Erfahrungsschatz einbringt und seine Ansicht begründet, welche überkommenen Vorstellungen aufgegeben werden sollten, sowie Vorschläge unterbreitet, welche Vorschriften der Gesetzgeber streichen, ergänzen oder neu schaffen sollte. Der Autor tritt etwa für die Formwirksamkeit von Honorarversprechen durch Telefax oder e-mail ein (Rdnr. A 13), er äußert Zweifel, ob das nunmehr in § 49 b I BRAO normierte Verbot der Gebührenunterschreitung, durch das ein Preiswettbewerb um Mandate verhindert werden soll, verfassungsgemäß ist (Rdnr. A 31), und er meint, vieles spreche für eine Verfassungswidrigkeit des § 49 b II BRAO, wonach Erfolgshonorar- oder quota litis – Vereinbarungen unzulässig sind (Rdnr. A 46). Gerade im letzten Punkt hätte der interessierte Leser freilich eine nähere Begründung des Standpunktes und Auseinandersetzung mit dem inzwischen reichhaltigen Schrifttum gewünscht (vgl. dazu etwa *Dittmann*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl. 2004, § 49 b, Rn. 15 ff.; eingehend *Schepke*, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, 1998; *Michalski/Römermann*, AnwBl. 1996, 241 ff.; auch zur Frage der erfolgshonorierten Prozeßfinanzierung *A. Bruns*, JZ 2000, 232 ff.; *Dethloff*, NJW 2000, 2225 ff.; *Grunewald*, AnwBl. 2001, 540 ff.).

Der zweite Teil (S. 111–182) gilt praktischen Fragen. Zu Beginn betont *Madert* nachdrücklich, daß ein Mandant, der zu einer höheren Vergütung des Anwalts bereit ist, eine besondere Leistung, eine »Vorzugsbehandlung« erwarten darf. Sodann führt er eine ganze Reihe von Angelegenheiten auf, in denen eine Honorarvereinbarung typischerweise notwendig ist: im Zivilrecht etwa bei Teilklagen, Musterprozessen, dem Entwurf von Musterverträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Ehescheidungssachen, Vertretung des Schuldners im Insolvenzverfahren, außergerichtlicher Schuldenbereinigung u. a. m. Angerissen werden auch die Unsicherheiten hinsichtlich der Vergütung eines Rechtsanwalts als Mediator, weswegen der Abschluß einer Honorarvereinbarung »nicht nur empfehlenswert, sondern dringend notwendig (ist), am besten auf der Basis eines Stundenhonorars« (Rdnr. B 26), vgl. dazu nunmehr § 34 RVG. Offen spricht *Madert* die Möglichkeit an, unangenehme Mandate über den Vorschlag eines »gesalzenen« Honorars entweder loszuwerden, oder die Bearbeitung doch etwas zu »versüßen« (Rdnr. A 28) – dies aber wohl nur um den Preis einer Vorzugsbehandlung des »Ungeliebten«.

Hinsichtlich des Zeitpunkts wird angeraten, Honorarvereinbarungen möglichst früh, entweder bei Mandatsannahme oder kurz danach zu treffen. Das unmittelbar vor einem Beweisaufnahme- oder Verhandlungstermin gestellte Ansinnen, verbunden mit der Ankündigung, sonst das Mandat niederzulegen, kann den Tatbestand der widerrechtlichen Drohung nach § 123 I BGB oder

der Nötigung nach § 240 StGB erfüllen (Rdnr. B 29). Hingewiesen sei an dieser Stelle auf ein Urteil des BGH in Zivilsachen, wonach die Drohung eines Anwalts mit Mandatskündigung, um den Klienten nachträglich zu einer Honorarvereinbarung zu bewegen, nicht ohne weiteres rechtswidrig ist, da die gesetzlichen Gebühren »nicht immer den mit der anwaltlichen Tätigkeit verbundenen Aufwand angemessen abdecken«, es vielmehr auf die jeweilige Mittel-Zweck-Relation ankommt (BGH, Urteil vom 4. 7. 2002, IX ZR 153/01).

Der praktische Teil enthält weiter ausführliche Hinweise zu den unterschiedlichen Möglichkeiten einer Honorarvereinbarung und auf häufig gemachte Fehler, eine Checkliste notwendiger und wesentlicher Teile, Ausführungen zur Praxis der Gebührenteilung (wie sie zwischen Verkehrs- und Prozeßanwalt gängige Praxis ist, mit Aufhebung der Postulationsbeschränkungen aber voraussichtlich an Bedeutung verlieren wird), schließlich zur – notfalls gerichtlichen – Geltendmachung des vereinbarten Honorars (für das die vereinfachte Festsetzung gem. § 11 RVG, vormalig § 19 BRAGO, nicht zur Verfügung steht).

Im dritten Teil des Buches (S. 183–223) finden sich insgesamt 35 Muster für Honorarvereinbarungen abgedruckt, welche vom Anwalt nicht einfach zu übernehmen, vielmehr nur als Denkgerüste gedacht, den individuellen Gegebenheiten anzupassen sind.

Das Buch von *Madert* stellt ein nützliches Hilfsmittel für die Praxis dar, die bereits die Vorauflage dankbar aufnahm. Die Diktion ist einfach, durchgehend klar und präzise. Wissenschaftliche Ambitionen hegt die Schrift nicht. Das Buch behält seinen Wert, auch nachdem das längst überfällige Rechtsanwaltsvergütungsgesetz endlich verabschiedet wurde und damit die gesetzlichen Gebühren wenigstens für den Regelfall wieder ein angemessenes Entgelt anwaltlicher Tätigkeit darstellen.

Prof. Dr. Christian Katzenmeier, Köln

Till Schemmann: Parteifähigkeit im Zivilprozeß. Situative Parteifähigkeit, Parteifähigkeits- und Existenzmängel. Münchener Universitätschriften, Band 166, Verlag C. H. Beck, München 2002, XIV, 174 S., kartoniert 41,- €.

Die von *Rimmelspacher* betreute Dissertation soll dem Erfordernis der Parteifähigkeit sichtlich klarere dogmatische Konturen geben. Wie auch immer man zu den Ergebnissen der Arbeit steht, allem schon wegen der durchgehenden, nicht selten lakonischen Scharfsinnigkeit ist die Lektüre ein Genuß.

I. Bereits der Begriff *Parteifähigkeit* birgt *Schemmann* zufolge die Gefahr der Irreführung. Anders als die Rechtsfähigkeit bezeichne er gerade keine Fähigkeit zur Trägerschaft von wie auch immer gearteten Rechten und Pflichten. Seine Deutung als Fähigkeit, Subjekt eines Prozeßrechtsverhältnisses zu sein, sei ebenfalls unzulänglich, könne doch auch mit der parteiunfähigen Partei ein Prozeß stattfinden (S. 5). Rechtssubjektivität beruhe auf ihrer Anerkennung durch das Recht, und diese werde auch Nicht-Parteifähigen zuteil; so »kriert das Verfahren seine Subjekte selbst« (S. 19). Da selbst die Nichtexistenz einer Partei erst feststehe, wenn sie Gegenstand eines Erkenntnisverfahrens gewesen sei (Zulassungstreit), sieht *Schemmann* entgegen verbreiteter Ansicht – zu Recht – auch keinen Anlaß, parteiunfähige und nichtexistente Gebilde unterschiedlich zu behandeln. Auch ein Sachurteil, das in Verneinung der Nichtexistenz ergehe, sei nicht wirkungslos (S. 6 ff.). Nach allem könne Parteifähigkeit nur eine »Eigenschaft« der Prozeßpartei sein (S. 22), die im Prozeß durch bloße Parteibeschriftung entstehe, damit aber auf ein externes »Substrat«: ein materielrechtliches Gebilde Bezug nehme. Gegenstand der Parteifähigkeitsprüfung sei beides, die Beschreibung und das Substrat (S. 23).

II. Der Funktion des Parteifähigkeitserfordernisses wird heute wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Die bisherigen Ansätze greifen laut *Schemmann* zu kurz: Eine Entlastung von der Begründetheitsprüfung (*Lindacher*) erfolge nicht in jedem Fall, in dem Rechtsfähigkeit fehle. Um das Vorhanden-