

Walter Fellmann und Stephan Weber (Hrsg.)

# **Haftpflichtprozess 2008**

**Dualistisches Haftungskonzept,  
Erfolgshonorar und Prozessfinanzierung,  
direktes Forderungsrecht, Opferhilfe  
sowie kantonales Verantwortlichkeitsrecht**

Beiträge zur Tagung vom 8. Mai 2008



Schulthess § 2008

Bibliografische Information <Der Deutschen Bibliothek>

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2008  
ISBN 978-3-7255-5647-2

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Hans Nater\*

# Das Verbot des Erfolgshonorars – Verhinderung des Zugangs zum Recht?

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Orientierung an der Verfassungsmässigkeit</b>	<b>27</b>
<b>II.</b>	<b>Das Erfolgshonorar in der Schweiz und in Deutschland</b>	<b>28</b>
	A. Schweiz: Erlaubnis des Erfolgshonorars mit Verbotsvorbehalt	28
	B. Deutschland: Verbot des Erfolgshonorars mit Erlaubnisvorbehalt	30
<b>III.</b>	<b>Das Erfolgshonorar gemäss Auftragsrecht</b>	<b>31</b>
<b>IV.</b>	<b>Das Erfolgshonorar nach BGFA</b>	<b>32</b>
	A. Beschränkung des Erfolgshonorarverbots auf Prozesse	32
	B. Zeitliche Beschränkung des Erfolgshonorars auf vorprozessuale Vereinbarungen	32
	C. Verbot des (reinen) Erfolgshonorars auf Prozessmandaten	33
	1. Rechtsprechung	33
	2. Legitimation	34
	D. Zulässigkeit der Vereinbarung einer Erfolgsprämie auf Prozessmandaten	35
	E. Zulässigkeit von Pauschalhonoraren	36
	F. Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten	37
	1. Grundsätzliches	37
	2. Erhöhte Anforderungen in Prozessmandaten	38
<b>V.</b>	<b>Ergebnis</b>	<b>39</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>41</b>
	<b>Materialien</b>	<b>41</b>

## I. Orientierung an der Verfassungsmässigkeit

Im Zuge der Kommerzialisierung und Globalisierung des Anwaltsberufs wird die Anwaltstätigkeit zunehmend als Dienstleistung verstanden. Als solche untersteht sie der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV und darf durch das (öffentlich-rechtliche) Berufsrecht nur reguliert werden, wenn die Kriterien von Art. 36 BV erfüllt sind: Die regulatorischen Eingriffe müssen auf gesetzlicher Grundlage beruhen, sich durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grund-

\* Dr. iur. Rechtsanwalt, LL.M., Zürich.

rechten Dritter rechtfertigen lassen und verhältnismässig sein<sup>1</sup>. In vorbildlicher Weise hat sich das Bundesgericht nach Inkrafttreten des BGFA<sup>2</sup> an der verfassungskonformen Auslegung der Voraussetzungen der Eintragung angestellter Anwälte in das Anwaltsregister orientiert<sup>3</sup> und damit den Grundstein gelegt für eine zeitgemässe Einordnung der Anwaltstätigkeit in die Wirtschafts- und Rechtsordnung. Die sich an der Verfassungsmässigkeit orientierende Auslegung des Berufsrechts bildet die Richtschnur für die Beurteilung regulatorischer Einschränkungen der Anwaltstätigkeit. Sie hat Orientierungshilfe geleistet für die Erwägungen in den kantonalen Entscheiden zur Zulassung der Anwaltskörperschaft<sup>4</sup>. Sie muss auch wegleitend sein für die Frage, ob im Einzelfall die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zulässig ist oder nicht.

## **II. Das Erfolgshonorar in der Schweiz und in Deutschland**

### **A. Schweiz: Erlaubnis des Erfolgshonorars mit Verbotsvorbehalt**

Das Verhältnis zwischen Anwalt und Klient und damit auch die Vergütung der anwaltlichen Tätigkeit richten sich primär nach Auftragsrecht. Für die Vereinbarung des Anwaltshonorars gilt Vertragsfreiheit, die anwaltsrechtlich durch folgende zwei Bestimmungen eingeschränkt wird:

<sup>1</sup> BGE 130 II 92.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), SR 935.61.

<sup>3</sup> Vgl. das bundesgerichtliche Leiturteil BGE 130 II 87, sowie: Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 28. April 1999, BBl 1999 6013 ff., Urteil 2A.101/2003 vom 13. Dezember 2003; Urteile 2A.111/2003, 2A.109/2003 und 2A.127/2003 vom 29. Januar 2004; Urteil 2A.255/2003 vom 30. März 2004; Urteile 2A.276/2003, 2A.260/2003 und 2A.285/2003 vom 7. April 2004 sowie Urteil 2A.126/2003 vom 13. April 2004. Vgl. auch Urteil 2A.529/2004 vom 9. März 2005, E. 2.3., zu den praktischen Auswirkungen der Praxis. Vgl. ferner STUDER NIKLAUS, Die Unabhängigkeit gemäss BGFA, Anwaltsrevue 4/2004, 140 f.; HESS BEAT, Unabhängigkeit angestellter Register-Anwälte, Anwaltsrevue 3/2004, 94 ff.; NATER HANS, Zum Leiturteil des Bundesgerichts betreffend Eintragung angestellter Anwälte in das Anwaltsregister, SJZ 100 (2004), 139 ff.; NATER HANS/BAUMBERGER XAVER Praktische Auswirkungen der neuen bundesgerichtlichen Praxis zur Unabhängigkeit angestellter Anwältinnen und Anwälte, SJZ 100 (2004), 390 ff.

<sup>4</sup> Verfügung der Anwaltskommission des Kantons Obwalden vom 29. Mai 2006; Beschluss der Aufsichtskommission des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2006, ZR 105 (2006), Nr. 71; Vgl. NATER HANS, Grünes Licht für die Anwaltskörperschaft, SJZ 101 (2005), 551.

## «BGFA Art. 12 Berufsregeln

Für Anwältinnen und Anwälte gelten folgende Berufsregeln:

[...]

e. Sie dürfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen; sie dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten.

[...]

i. Sie klären ihre Klientschaft bei Übernahme des Mandates über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung auf und informieren sie periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars.»

Gemäss Art. 12 lit. e BGFA<sup>5</sup> sind Vereinbarungen zwischen Anwalt und Klient über ein Erfolgshonorar zulässig, mit Ausnahme von Vereinbarungen vor Beendigung eines Rechtsstreits, die entweder eine Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar oder – im Fall eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens – einen Honorarverzicht beinhalten. Ein Verstoss gegen das Verbot von Art. 12 lit. e BGFA liegt bereits mit dem Abschluss einer unzulässigen Honorarvereinbarung vor. Anwaltliches Tätigwerden, Fälligkeit oder Leistung des Honorars sind dazu nicht erforderlich<sup>6</sup>.

Zwar fällt der Erwerb streitiger Forderungen («*pactum de redimenda lite*») nicht unter das Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars gemäss Art. 12 lit. e BGFA. Im Einzelfall ist allerdings sorgfältig zu prüfen, ob der Erwerb des Streitobjekts zu einem Interessenkonflikt gemäss Art. 12 lit. c BGFA führen kann<sup>7</sup>. Das Bundesgericht erachtet es nicht zum Vornherein als unzulässig, dass sich der Anwalt zur Sicherstellung seines Honorars eine Forderung seiner Klientin abtreten lässt<sup>8</sup>, erkannte aber im folgenden Zusammenhang auf eine Verletzung des Interessenkollisionsverbots: Ein Rechtsanwalt liess sich zweimal Ansprüche seiner Klientin auf Krankentaggelder gegenüber dem Krankentaggeldversicherer zum Zwecke der Sicherstellung seines Honorars zedieren. Die Krankentaggeldansprüche der Klägerin gegen die Versicherung bildeten das einzige Einkommen der Klientin. Das Bundesgericht befand, mit der Abtretung dieser Ansprüche, die zur Deckung des Notbedarfs der Klientin dien-

<sup>5</sup> Vgl. auch Art. 19 der Schweizerischen Standesregeln SAV.

<sup>6</sup> SCHILLER, 357.

<sup>7</sup> FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 128.

<sup>8</sup> Urteil des Bundesgerichts 2P.318/2006 vom 27. Juli 2007.

ten, habe der Anwalt seine persönlichen Interessen vor jene seiner Klientin gestellt und damit gegen das Verbot der Interessenkollision gemäss Art. 12 lit. c BGFA verstossen<sup>9</sup>.

## **B. Deutschland: Verbot des Erfolgshonorars mit Erlaubnisvorbehalt**

Mit Beschluss vom 12. Dezember 2006 hat das Deutsche Bundesverfassungsgericht entschieden, das in der Anwaltsordnung vorgesehene uneingeschränkte Verbot der Vereinbarung des anwaltlichen Erfolgshonorars verstosse gegen die in Art. 12 des Grundgesetzes verankerte Berufsfreiheit<sup>10</sup>. Eine Ausnahme sei dann geboten, wenn besondere Umstände in der Person des Mandanten vorliegen, die diesen ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars davon abhalten, seine Rechte zu verfolgen. Für den Erlass einer verfassungsgemässen Neuregelung setzte das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 30. Juni 2008 mit der Massgabe, dass bis zur Neuregelung das ausnahmslose Verbot des anwaltlichen Erfolgshonorars in Kraft bleibt.

Gegenstand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bildete eine Beschwerde einer Rechtsanwältin, gegen die eine Geldbusse in Höhe von EUR 5'000 festgesetzt worden war. Zur Beschwerde war es gekommen, nachdem eine mittellose Klientin beabsichtigt hatte, Ansprüche wegen eines in Dresden gelegenen, von den Nationalsozialisten enteigneten Grundstücks ihrer Familie geltend zu machen. Die in den USA lebende Mandantin bot der Anwältin eine Gewinnbeteiligung in Höhe von EUR 52'000 entsprechend einem Drittel des Streitwertes an.

Das Bundesverfassungsgericht erwog, das strikte Verbot einer erfolgsbasierten Vergütung beeinträchtige nicht nur die Vertragsfreiheit der Rechtsanwälte und ihrer Auftraggeber, es führe aufgrund seines umfassenden Geltungsanspruchs vielmehr auch zu nachteiligen Folgen für die Wahrnehmung und Durchsetzung der Rechte des Einzelnen<sup>11</sup>. Das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare erweise sich als Hindernis für den Zugang zum Recht, wenn ein Rechtssuchender aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse das Risiko im Misserfolgsfall 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. Dabei gebe es keinen überzeugenden Grund, die Vereinba-

<sup>9</sup> Besprechung des Entscheids durch STUDER, 454 f.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 – 1BvR 2576 / 04 (NJW 2007, 979).

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 – 1BvR 2576 / 04, E. 99.

rungen eines Erfolgshonorars in Form einer Streitanteilsvergütung («*pactum de quota litis*») auszuschliessen<sup>12</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber Frist 30. Juni 2008 gesetzt, um eine verfassungsmässige Neuregelung zu treffen. Gemäss dem Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren vom 18. Oktober 2007<sup>13</sup> darf ein Erfolgshonorar nur für den Einzelfall und nur dann vereinbart werden, wenn der Mandant aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde. Vorgehen ist, dass das Verbot integral für die forensische und beratende Anwaltstätigkeit gilt und Vereinbarungen über ein Erfolgshonorar zum Schutze der Vertragspartner schriftlich abgeschlossen werden müssen. Die deutsche Bundesregierung hat am 19. Dezember 2007 das «*Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren*» in die parlamentarischen Beratungen gebracht<sup>14</sup>. Der Deutsche Anwaltverein und die Bundesrechtsanwaltskammer haben zum Regierungsentwurf kritisch Stellung genommen<sup>15</sup>.

### III. Das Erfolgshonorar gemäss Auftragsrecht

Die Anwaltstätigkeit untersteht dem Auftragsrecht<sup>16</sup>. Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR hat der Beauftragte das ihm übertragene Geschäft getreu (und sorgfältig) auszuführen<sup>17</sup>. Die Treuepflicht des Beauftragten ist für das ausgeprägte Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient von grundsätzlicher Bedeutung<sup>18</sup> und auferlegt dem Anwalt Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten<sup>19</sup>.

Die Vereinbarung der Anwaltsentschädigung unterliegt – unter Vorbehalt der berufsrechtlichen Einschränkungen gemäss Art. 12 lit. e und i BGFA – der Vertragsfreiheit<sup>20</sup>. Zivilrechtlich kann eine Honorarvereinbarung wegen Übervorteilung und Willensmangel überprüft werden<sup>21</sup>. Die Vereinbarung eines gegen Art.

<sup>12</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 – 1BvR 2576 / 04, E. 102.

<sup>13</sup> Internetbeilage zu AnwBlatt 1/2008.

<sup>14</sup> BR-Drs. 6/08 vom 4.01.2008; vgl. HENKE UDO, Was plant die Bundesregierung zum Erfolgshonorar?, AnwBl 3/2008, 187.

<sup>15</sup> <<http://www.anwaltverein.de>> <Interessenvertretung/Erfolgshonorar>.

<sup>16</sup> BK-FELLMANN, N 140 zu Art. 394 OR; SCHILLER, 355.

<sup>17</sup> BK-FELLMANN, N 25 zu Art. 394 OR.

<sup>18</sup> BK-FELLMANN, N 25 zu Art. 394 OR.

<sup>19</sup> BK-FELLMANN, N 29 und 164 zu Art. 394 OR.

<sup>20</sup> SCHILLER, 353.

<sup>21</sup> SCHILLER, 353; BK-FELLMANN, N 450 zu Art. 394 OR.

12 lit. e BGFA verstossenden Erfolgshonorars ist widerrechtlich und damit zivilrechtlich ungültig<sup>22</sup>.

## **IV. Das Erfolgshonorar nach BGFA**

### **A. Beschränkung des Erfolgshonorarverbots auf Prozesse**

Das Verbot des Erfolgshonorars gemäss Art. 12 lit. e BGFA gilt nur für die forensische Anwaltstätigkeit und für anwaltliche Bemühungen in Verwaltungsverfahren<sup>23</sup>. Es ist auf den förmlichen Prozess beschränkt, mithin auf rechtlich geordnete Verfahren vor einer Behörde, sei es vor einem Zivil- oder Strafgericht, einer Strafuntersuchungs-, Vollstreckungs- oder Verwaltungsbehörde<sup>24</sup>. Wenn in einer strittigen Angelegenheit nicht mit einem Prozess gerechnet wird, dieser aber doch eintritt, ist das Verbot des Erfolgshonorars zu beachten und muss eine neue Honorarvereinbarung abgeschlossen werden<sup>25</sup>. Abzulehnen ist eine Zweiteilung des Mandats in eine «vorprozessuale Abklärungsphase» und eine «prozessuale Durchführungsphase»<sup>26</sup>.

Ausserhalb der forensischen Tätigkeit, namentlich auf die beratende Anwaltstätigkeit, findet das Verbot des Erfolgshonorars keine Anwendung<sup>27</sup>. Demnach ist es beispielsweise gestattet, die Honorierung anwaltlicher Leistungen in einer M&A-Transaktion ausschliesslich vom Erfolg einer Akquisition abhängig zu machen.

### **B. Zeitliche Beschränkung des Erfolgshonorars auf vorprozessuale Vereinbarungen**

Gemäss Wortlaut von Art. 12 lit. e BGFA sind nur Vereinbarungen über ein Erfolgshonorar (als Ersatz für das Honorar) verpönt, die vor Beendigung eines Rechtsstreits zwischen Klient und Anwalt abgeschlossen werden. Nach Abschluss des Prozesses steht es den Parteien frei, ein Erfolgshonorar zu vereinbaren<sup>28</sup>. Abgeschlossen ist ein Prozess, wenn ein rechtskräftiges Urteil vorliegt.

<sup>22</sup> FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 127; differenziert mit Bezug auf die Folgen Ungültigkeit, Schiller, 359.

<sup>23</sup> FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 125.

<sup>24</sup> FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 125 m.w.H.

<sup>25</sup> FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 12; vgl. das Beispiel unter Ziff. IV.F.2.

<sup>26</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006, E.3.2.2.

<sup>27</sup> SCHILLER, 359.

<sup>28</sup> FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 124.

Zulässig ist zum Beispiel, dass der Klient nach einem für ihn günstig verlaufenen Prozess der Anwältin eine Belohnung (*succes fee*)<sup>29</sup> ausrichtet.

## C. Verbot des (reinen) Erfolgshonorars auf Prozessmandaten

### 1. Rechtsprechung

Art. 12 lit. e BGFA verbietet die Vereinbarung einer Erfolgsbeteiligung als Ersatz für das Honorar. Verpönt sind nur Vereinbarungen, die das Anwaltshonorar dem Grunde (und nicht nur der Höhe) nach vom Erfolg abhängig machen. Art. 19 der Schweizerischen Standesregeln SAV (SSR) sprechen vom Verbot des «*pactum de quota litis*»<sup>30</sup>. Gängig ist auch der Ausdruck Verbot des reinen Erfolgshonorars, womit man dieses vom «*unreinen*», aus erfolgsunabhängigen und erfolgsabhängigen Komponenten bestehenden Anwaltshonorar abgrenzen will.

Die Vereinbarung über die Bezahlung des Anwalts für prozessuale Bemühungen darf nicht ausschliesslich vom Erfolg abhängen<sup>31</sup>. Der Rechtsanwalt muss unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ein Honorar erzielen, welches nicht nur seine Selbstkosten deckt, sondern ihm auch einen angemessenen Gewinn ermöglicht<sup>32</sup>. An einem angemessenen Grundhonorar fehlte es im Sachverhalt, der vom Bundesgericht in Sachen Dieter Behring zu beurteilen war<sup>33</sup>. In dieser Sache hatte Advokat X in Chiffre-Inseraten seine Dienste angeboten. Die Inserate waren mit der Frage «*Geldanlage verloren?*» überschrieben, und es wurde eine «*diskrete Einbringung durch Anwaltsbüro in BS*» in Aussicht gestellt. Die Inserate enthielten folgenden Hinweis auf die Kosten für die Dienstleistung: «*Einschreibebühr CHF 1'000. Anwaltshonorar nur im Erfolgsfall gemäss Vereinbarung*». Nach seinen Angaben vermochte X durch die Inserate keine Mandate zu akquirieren. Mit der kantonalen Aufsichtskommission und der Vorinstanz ging das Bundesgericht davon aus, dass die vom Anwalt gesuchten Klienten meist grössere Geldbeträge verloren hatten, was angesichts der hohen Streitwerte zu beträchtlichen Honorarforderungen hätte führen müssen. Dementsprechend hätte gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts die Einschreibebühr von CHF 1'000 nur einem Bruchteil des normalerweise geschuldeten Anwaltshonorars entsprochen, weshalb die Bemessung des Honorars von X grösstenteils vom

<sup>29</sup> HARARI / CURMINBOEUF, 260.

<sup>30</sup> Art. 19 Abs. 2 SSR; im internationalen Verhältnis gilt für Schweizer Anwältinnen und Anwälte das Verbot der *quota-litis*-Vereinbarung gemäss Art. 3.3. der Berufsregeln der Rechtsanwälte der EU und des EWR.

<sup>31</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006, E.2.1.

<sup>32</sup> Fn. 30, E.2.2.

<sup>33</sup> Fn. 30. Vgl. die Besprechungen des Entscheids durch NATER/GÖTZ, 473 und NATER HANS, *Anwaltspraxis* 2007, 940 f.

Verfahrensausgang abhing. Gemäss Auffassung des Bundesgerichts war der erfolgsabhängige Teil des Honorars wesentlich grösser als der erfolgsunabhängige Teil und habe somit weit über dem gelegen, was im Rahmen von Art. 12 lit. e BGFA noch zulässig sei.

Wegen der zwingenden Natur der Berufspflichten ist eine Wegbedingung des Erfolgshonorarverbots gemäss Art. 12 lit. e BGFA ausgeschlossen.

## 2. Legitimation

Der Grund für die Aufnahme des Verbots des Erfolgshonorars in den Katalog der Berufspflichten des BGFA liegt darin, dass die kantonalen Anwaltsordnungen das Verbot in der einen oder anderen Form bei Erlass des BGFA vorsahen. Die Legitimation für das Verbot wird meist mit folgenden Stichworten umschrieben: Gefahr des Verlusts der Unabhängigkeit des Anwalts<sup>34</sup>, Konflikt mit Eigeninteressen des Anwalts, Gefahr der Übervorteilung des Klienten<sup>35</sup> und Stärkung des Vertrauens des Publikums in die Integrität der Anwaltschaft<sup>36</sup>.

Überwiegt das Eigeninteresse des Anwalts, ist das Konfliktverbot von Art. 12 lit. c BGFA verletzt<sup>37</sup>. In diesem Fall spezifiziert Art. 12 lit. e BGFA betreffend Erfolgshonorarverbot, was sich bereits aus dem Konfliktverbot gemäss Art. 12 lit. e BFA ergibt.

Die Legitimation für das Verbot des reinen Erfolgshonorars gemäss BGFA fällt nicht leicht<sup>38</sup>. Das Argument, es ermögliche dem mittellosen Klienten den Zugang zum Recht, zieht deshalb nicht, weil der mittellose Klient das Recht auf unentgeltliche Prozessführung beanspruchen kann. Schon eher lässt sich zugunsten des im BGFA enthaltenen (reinen) Verbots des Erfolgshonorars argumentieren, ausschliesslich auf Erfolg basierende Prozessvertretungen würden die Führung von Prozessen aus Eigeninteressen des Anwaltes oder der Anwältin fördern. Die Zürcher Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte sieht den Sinn von Art. 12 lit. e BGFA darin, dass ein Anwalt weder finanziell noch sonst in persönlicher Weise am Prozess interessiert sei und ihn so zur eigenen Sache machen soll<sup>39</sup>. Im Entscheid Behring erzog das Bundesgericht, das Verbot solle

<sup>34</sup> FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 127; SCHENKER, 146; HARARI / CURMINBOEUF, 258.

<sup>35</sup> FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 120; SCHENKER, 129; Fn. 30, E.2.1.

<sup>36</sup> FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 121; SCHENKER, 129.

<sup>37</sup> Urteil des Bundesgerichts 2P.318/2006 vom 27. Juli 2007.

<sup>38</sup> Nach sorgfältiger Analyse kommt SCHENKER, 155, zum Schluss, dass kein schutzwürdiges öffentliches Interesse am Verbot des Erfolgshonorars besteht.

<sup>39</sup> Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 2. März 2006, ZR 105 (2006) Nr. 46, 220.

verhindern, dass der Rechtsanwalt seine Unabhängigkeit verliert, weil er wegen der Erfolgsabrede am Prozessergebnis persönlich interessiert ist<sup>40</sup>.

Zugunsten des Erfolgshonorars werden auch wirtschaftliche Gründe ins Feld geführt. BONER vertritt die Auffassung, mit der Vereinbarung einer Erfolgsprämie könne ein zusätzlicher Ansporn für eine noch bessere anwaltliche Leistung zugunsten des Klienten gesetzt werden<sup>41</sup>. Nach SCHENKER spricht für das System des Erfolgshonorars, dass der Anwalt eben unmittelbar am Erfolg des Klienten interessiert ist und den – richtigen – Anreiz hat, dem Klienten zum Erfolg zu verhelfen<sup>42</sup>.

#### D. Zulässigkeit der Vereinbarung einer Erfolgsprämie auf Prozessmandaten

Gemäss einem Entscheid der Aufsichtskommission des Kantons Zürich<sup>43</sup> verbietet Art. 12 lit. e BGFA nur die Verabredung eines reinen Erfolgshonorars in Form der reinen Beteiligung am Prozessgewinn (*«pactum de quota litis»*). Hingegen erachtet sie die Verabredung einer (zusätzlichen) Sieges-/Erfolgsprämie (*«pactum de palmario»*) als zulässig. Vereinbart war ein Stundenhonorar von CHF 200 sowie folgende Erfolgsbeteiligung je nach Ausgang des Verfahrens: 15% für eine Zahlung bis CHF 100'000; für höhere Zahlungen, zusätzlich 10% für den CHF 100'000 übersteigenden Betrag. Diese Vereinbarung hielt die Zürcher Aufsichtskommission mit einleuchtender Begründung für zulässig.

Die Berücksichtigung des Erfolges kann sehr unterschiedlich ausgestaltet werden<sup>44</sup>. Ob dies in Form eines Prozentsatzes des Prozessgewinnes/Streitwertes/Interessenwertes geschieht<sup>45</sup>, in Form eines erhöhten Stundensatzes je nach Prozessgewinn oder in Form einer anderen Festsetzung des Honorars (höhere Prozessentschädigung statt Stundenaufwand<sup>46</sup>) spielt keine Rolle. Es gilt zu unterstreichen, dass der Anwalt unabhängig vom Ausgang des Verfahrens Anspruch auf ein kostendeckendes Honorar mit angemessenem Gewinnanteil haben soll. Mit einem Stundenhonorar von CHF 200, was dem Ansatz für amtliche Mandate (amtliche Verteidigung, unentgeltliche Geschädigtenver-

<sup>40</sup> Fn. 30, E.2.1.

<sup>41</sup> BONER, 161.

<sup>42</sup> SCHENKER, 154.

<sup>43</sup> ZR 105 (2006) Nr. 46.

<sup>44</sup> ZR 105 (2006) Nr. 46, 220.

<sup>45</sup> SCHILLER, 359, 1 f.

<sup>46</sup> FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 119; SCHILLER, 359.

tretung) entspricht, ist gemäss dem Zürcher Entscheid – und jedenfalls für Zürcher Verhältnisse – in aller Regel ein angemessenes Grundhonorar gegeben<sup>47</sup>.

Eine Obergrenze für eine gültig vereinbarte Erfolgsprämie auf Prozessmandaten ist in Art. 12 lit. e BGFA nicht vorgesehen. Enthält das Grundhonorar einen angemessenen Gewinnanteil, soll es den Parteien unter Beachtung der zivilrechtlichen Grenzen der Übervorteilung und Sittenwidrigkeit freistehen, die Erfolgsprämie festzusetzen. Bei der Prüfung der Angemessenheit des Grundhonorars kann hilfsweise auf die kantonalen Gebührenverordnungen abgestellt werden<sup>48</sup>. Damit wird jedenfalls sichergestellt, dass das Verbot des (reinen) Erfolgshonorars nicht durch eine geringe erfolgsunabhängige Entschädigung unterlaufen wird<sup>49</sup>. Kann es umgekehrt durch eine überrissen hohe Erfolgsprämie unterlaufen werden, was nur in Frage käme, wenn ein öffentliches Interesse daran bestände, die Vereinbarung einer Erfolgsprämie trotz angemessenem Grundhonorar wegen Überrissenheit für unzulässig zu erklären? Nach Meinung des Verfassers ist dies zu verneinen. Es muss beispielsweise zulässig sein, dass der Angeklagte seinem Strafverteidiger für den Fall eines Freispruchs eine Erfolgsprämie in Höhe der gerichtlich zugesprochenen Prozessentschädigung verspricht, womit der Strafverteidiger eine doppelte Prozessentschädigung kassiert.

## E. Zulässigkeit von Pauschalhonoraren

Die Vereinbarung eines Pauschalhonorars stellt keine unzulässige Beteiligung am Prozesserverfolg dar<sup>50</sup>. Das Pauschalhonorar ist keine Beteiligung am Prozesserverfolg<sup>51</sup>. Das Bundesgericht sah die Abgrenzung des verbotenen (reinen) Erfolgshonorars vom Pauschalhonorar im Fall Behring darin, dass beim Pauschalhonorar die zu bezahlende Entschädigung im Voraus festgesetzt wird, während beim (reinen) Erfolgshonorar die geschuldete Entschädigung weder bestimmt noch bestimmbar sei, weil sie vom Verfahrensausgang abhängig gemacht werde<sup>52</sup>.

Art. 19 Abs. 1 der Schweizerischen Standesregeln SAV (SSR) gestattet Anwältinnen und Anwälten ausdrücklich, Pauschalhonorare zu vereinbaren, schränkt

<sup>47</sup> ZR 105 (2006) Nr. 46., 221. Ein grosser Spielraum unterhalb von CHF 200 besteht gemäss Bundesgericht allerdings nicht: Mit Urteil 2P. 326/2006 vom 10. Juli 2007 hat es ein Honorar von CHF 150 für amtliche Verteidigungen als zu tief beurteilt und CHF 180 als angemessen erachtet.

<sup>48</sup> In Anlehnung an FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 123, hält das Bundesgericht die Bandbreite für die Berücksichtigung des Erfolges bei der Honorarbemessung für relativ schmal (Fn. 30, E.2.2).

<sup>49</sup> SCHILLER, 357.

<sup>50</sup> FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 125.

<sup>51</sup> SCHILLER, 359.

<sup>52</sup> Fn. 30, E.3.2.3.

aber die Parteiautonomie im Nachsatz ein: «*Sie (die Pauschalhonorare) sollen ihrer voraussichtlichen Leistung entsprechen*». Gemeint ist damit wohl, dass keine überrissenen Pauschalhonorare vereinbart werden dürfen. Der Tatbestand überrissener Honorare wird jedoch zivilrechtlich bereits vom Verbot der Übervorteilung und berufsrechtlich durch das Gebot der Vermeidung jedes Konflikts mit Eigeninteressen abgedeckt, weshalb Satz 2 von Art. 19 Abs. 1 der Schweizerischen Standesregeln eigentlich überflüssig ist.

## F. Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten

### 1. Grundsätzliches

Anwältinnen und Anwälten haben nicht nur die auftragsrechtlichen Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht zu beachten<sup>53</sup>. Sie sind gemäss Art. 12 lit. i BGFA verpflichtet, ihre Klientschaft bei Mandatsübernahme und später auf Verlangen über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufzuklären und sie über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren. Von ganz besonderer Bedeutung im Kontext der Honorargestaltung ist die aus der Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung gemäss Art. 12 lit. a BGFA abzuleitende Pflicht zur Schaffung klarer Verhältnisse. Gefragt ist Transparenz und zwar während der ganzen Dauer des Mandats.

Im Rahmen der vorvertraglichen Aufklärungspflichten<sup>54</sup> ist der Anwalt gehalten, den potentiellen Klienten über die zu erwartenden Kosten zu orientieren. Bei geschäftsunerfahrenen Klienten genügt eine blossе Orientierung nicht und ist eine eigentliche Beratung angezeigt<sup>55</sup>. Je geschäftsunerfahrener ein Klient ist, desto höhere Anforderungen sind an die anwaltlichen Aufklärungspflichten zu stellen.

Heutzutage ist jedem Anwalt und jeder Anwältin zu empfehlen, mit dem Mandanten oder der Mandantin ein gründliches vorprozessuales Gespräch zu führen und das Ergebnis in einem Auftragsbrief, «*Engagement-Letter*» oder zumindest in einer Aktennotiz festzuhalten. Eine solche Aufzeichnung dient nicht nur defensiven Zwecken, zum Beispiel im Hinblick auf einen Honorarprozess, sondern der Schaffung klarer Verhältnisse. Im Auftragsbrief ist je nach Mandat folgendes festzuhalten: Ausgangslage/Sachverhalt; Auftrag; Instanzenweg; Zeitverhältnisse; Kosten und Honorare. Eventuell ist es angezeigt, bereits rechtliche Parameter

<sup>53</sup> BK-FELLMANN, N 143 ff. zu Art. 398 OR.

<sup>54</sup> BK-FELLMANN, N 150 zu Art. 398 OR.

<sup>55</sup> BK-FELLMANN, N 167 zu Art. 398 OR.

aufzuzeigen, zum Beispiel auf Urteile hinzuweisen. In der vorprozessualen Phase des Klientenkontaktes geht es um die Schaffung von Vertrauen, die Grundlage der Zusammenarbeit zwischen Anwalt und Klient<sup>56</sup>.

Die Klientschaft erwartet heutzutage, dass Anwältinnen und Anwälte über das Honorar sprechen<sup>57</sup>. Die meisten Mandanten wünschen eine Prognose über die Kosten der anwaltlichen Bemühungen. Transparenz schafft Vertrauen und Flexibilität<sup>58</sup>.

## 2. Erhöhte Anforderungen in Prozessmandaten

Besondere Aufmerksamkeit und Vorsicht ist bei der Vereinbarung einer Erfolgsprämie in Prozessmandaten geboten. Der Klient oder die Klientin ist darüber aufzuklären, was der Prozess ohne Vereinbarung einer Erfolgsprämie kostet. Die Erfolgsprämie muss bestimmt oder jedenfalls in einer für die Klientschaft mühelos nachvollziehbaren Form bestimmbar sein. Vorzugsweise ist mit Zahlen zu operieren.

Empfehlenswert ist, dass sich Anwälte und Anwältinnen bei der Aufklärung der Klienten und Klientinnen über die Kosten eines Prozesses an den kantonalen Gebührenordnungen orientieren. Gestützt darauf nehmen sie eine Honorar- und Kostenschätzung vor, wobei sie nötigenfalls unterscheiden zwischen ganzem und teilweisem Obsiegen bzw. Unterliegen. Geschäftskundigen Klienten ist häufig gedient, wenn ihnen der Anwalt ein Budget vorgibt, zum Beispiel für das schriftliche Verfahren den Betrag X. Geschäftsunkundige Klienten sollten eingeladen werden, einen Vorschuss zu leisten.

Ein Beispiel aus dem Alltag des Haftpflichtrechtlers: Anwältin A vertritt ein Verkehrsoffer und vereinbart mit dem Mandanten für die Phase der Verhandlungen mit dem Haftpflichtversicherer ein Mindesthonorar von CHF 20'000 zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer und alternativ für den Fall einer Einigung mit dem Haftpflichtversicherer des Schädigers ein Erfolgshonorar von 15% auf der CHF 500'000 übersteigenden Entschädigung. Im Rahmen ihrer Aufklärungspflichten ist die Anwältin gehalten, eine Schätzung des mutmasslichen Schadenersatzbetrages oder mindestens des von ihr erwarteten Rahmens der Entschädigung zu unterbreiten. Sie sollte dem Mandanten auch eröffnen, dass die Versicherung möglicherweise nur das üblicherweise geschuldete, nach Aufwand berechnete Honorar vergütet. Für den Fall, dass die erhoffte vorprozessuale

<sup>56</sup> HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses – Einführung in die Kunst des Prozessierens, Zürich 2004, 33 ff., 453 ff.

<sup>57</sup> FRUHT/ZANK, 434.

<sup>58</sup> FRUHT/ZANK, 434.

Einigung nicht erzielt wird, entfällt die ursprüngliche Vereinbarung über das Erfolgshonorar. Wollen die Parteien für die prozessualen Bemühungen an einem erfolgsabhängigen Honorar festhalten, müssen sie eine neue Vereinbarung treffen, die sich auf eine das angemessene Grundhonorar übersteigende Erfolgsprämie beschränkt. Zu den Aufklärungspflichten der Anwältin gehört die Erteilung von Auskünften darüber, mit welchen Kosten der Mandant ohne Vereinbarung einer Erfolgsprämie zu rechnen hätte.

Zu Recht nimmt es das Bundesgericht genau mit den Informationspflichten des Anwalts und der Anwältin gemäss Art. 12 lit. i BGFA. In einem Rechtsmittelverfahren vor der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen, in welchem die Anordnung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung Verfahrensgegenstand war, vereinbarte der Rechtsanwalt mit der Klientin ein Honorar von CHF 300 pro Stunde. Der Rechtsanwalt verletzte die kantonale rechtliche Pflicht, seine Klientin, deren einziges Einkommen aus dem Krankentaggeld bestand, über den nach dem Recht des Kantons St. Gallen geltenden Prozesstarif bzw. den mittleren Ansatz von CHF 200 pro Stunde zu informieren. Die Aufsichtskommission beurteilte diese Unterlassung als Verstoß gegen Art. 12 lit. i BGFA und das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab<sup>59</sup>. Das Bundesgericht monierte nur die fehlende Aufklärung über die kantonale Norm und beanstandete die vereinbarte Entschädigung von CHF 300 nicht.

Der Klient muss informiert werden über die Möglichkeit der unentgeltlichen Prozessführung und die Finanzierung des Anwaltshonorars gemäss Opferhilfegesetz<sup>60</sup>.

## V. Ergebnis

Das schweizerische Berufsrecht lässt die Verabredung eines Erfolgshonorars zwischen Anwalt und Klient zu, mit Ausnahme von Vereinbarungen vor Beendigung eines Rechtsstreits, die entweder eine Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar oder einen Honorarverzicht beinhalten. Verpönt sind nur Vereinbarungen mit Bezug auf Prozessmandate, die das Anwaltshonorar dem Grunde (und nicht nur der Höhe) nach vom Erfolg abhängig machen. Unzulässig ist somit das ausschliesslich vom Erfolg eines Prozesses abhängige, reine Erfolgshonorar. Zulässig ist hingegen die vor Beendigung eines Rechtsstreits ver-

<sup>59</sup> Urteil des Bundesgerichts 2P.318/2006 vom 10. Juli 2007; vgl. Die Besprechung des Entscheids durch STUDER, 454 f.

<sup>60</sup> STUDER, 454.

einbarte Verabredung einer Erfolgsprämie in Kombination mit einem angemessenen Grundhonorar. Im Sinne einer Faustregel gilt das Grundhonorar dann als angemessen, wenn es dem kantonalen Ansatz für die amtliche Verteidigung entspricht.

Auf die Verabredung eines Erfolgshonorars auf Mandaten ausserhalb der forensischen Tätigkeiten findet Art. 12 lit. e BGFA keine Anwendung. Die Vereinbarung eines Erfolgshonorars insbesondere auf Beratungsmandaten ist somit zulässig, selbstverständlich unter Beachtung der für die gesamte Anwaltstätigkeit massgeblichen Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten gemäss Art. 12 lit. i BGFA.

Die liberale Regelung mit Bezug auf das Erfolgshonorar gemäss BGFA hat ihren Preis in Form von umfassenden Aufklärungs- und Informationspflichten gemäss Art. 12 lit. i BGFA. Zwischen der Verabredung eines Erfolgshonorars und den Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten besteht ein Konnex<sup>61</sup>. Namentlich den Aspekten des Konsumentenschutzes ist dadurch Beachtung zu schenken, dass die Anforderungen an die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten desto höher angesetzt werden müssen, je geschäftsunererfahrener die Klientschaft ist.

Die im Titel dieses Aufsatzes gestellte provokative Frage, ob das Verbot des Erfolgshonorars gemäss BGFA den Zugang zum Recht verhindert, ist klar zu verneinen. Das Gegenteil ist der Fall: Mit der Möglichkeit zur Zulassung von Erfolgsprämien wird das Erfolgshonorarverbot auf die Fälle beschränkt, in denen das Eigeninteresse des Anwalts mit dem Klienteninteresse in Konflikt gerät. Der mittellose Klient findet den Zugang zum Recht über die Möglichkeiten der unentgeltlichen Prozessführung und amtlichen Verteidigung. Der Klient, der zwar nicht mittellos ist, aber das Honorarrisiko nicht voll mittragen kann, hat die Möglichkeit zur Vereinbarung eines aus Grundhonorar und Erfolgsprämien gemischten Anwaltshonorars. Damit dürfte eine Lösung bestehen, die unter den schweizerischen sozio-ökonomischen Verhältnissen befriedigt.

<sup>61</sup> GRÜNEWALD, 470.

## Literaturverzeichnis

BONER WILHELM W., Die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Anwalts nach BGFA, ZZZ 2007, 161.

FELLMAN WALTER, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Art. 394–406 OR, Bern 1992.

FELLMANN WALTER/ZINDEL GAUDENZ G. (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zürich 2005, (zit. FELLMANN, Anwaltsgesetz).

FRUHT CHRISTIANE/ZANK EGON, Wie bekomme ich, was ich verdiene? Wie führe ich Mandatsgespräche?, *Anwaltsrevue* 10/2007, 431 ff.

GRÜNEWALD BARBARA, Die Zukunft des Erfolgshonorars, *Anwaltsblatt* 2007, 469 ff.

HARARI MAURICE/CURMINBOEUF CORINNE, les honoraires de l'avocat, in: *Défi de l'avocat au XXI<sup>e</sup> siècle* (Genève, 2008), 245 ff.

NATER HANS, Anwaltsrecht, in: Fellmann Walter/Poledna Tomas (Hrsg.), *Aktuelle Anwaltspraxis* 2007, Bern 2007.

NATER HANS, Die Anwältin und der Anwalt als Dienstleistende mit Rechtspflegefunktion, in: Schindler Benjamin/Sutter Patrick (Hrsg.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich 2007.

NATER HANS/GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA, Zur Ausgestaltung der Honorarvereinbarung – Das Problem des «Windfalls» und des Erfolgshonorars, *SJZ* 2007, 471 ff. (zit. NATER/GÖTZ).

SCHENKER FRANZ, Gedanken zum Anwaltshonorar, in: Fellmann Walter/Huguenin Jacobs Claire/Poledna Tomas/Schwarz Jörg (Hrsg.), *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Bern 1998, 143 ff.

SCHILLER KASPAR, Das Erfolgshonorar nach BGFA, *SJZ* 2004, 353 ff.

STUDER NIKLAUS, Das Anwaltshonorar/Informationspflicht und Sicherstellung, *Anwaltsrevue* 10/2007, 454 f.

## Materialien

Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), BBl Nr. 34, 31. August 1999, 6013.