Walter Fellmann und Stephan Weber (Hrsg.)

Haftpflichtprozess 2008

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

Beitrage zurTagung vom 8. Mai 2008



Schulthess ^ 2008

Bibliografische Information <Der Deutschen Bibliothek>

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Ausziigen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulassig. Dies gilt insbesondere fur Vervielfaltigun- gen, Ubersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zurich • Basel ■ Genf 2008 ISBN 978-3-7255-5647-2

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

Hans Nater[[1]](#footnote-1)

Das Verbot des Erfolgshonorars - Verhinderung des Zugangs zum Recht?

Inhaltsverzeichnis

1. Orientierung an der VerfassungsmSssigkeit

27

28

28

30

31

32

32

32

33

33

34

35

36

37

37

38

1. 41 41
2. Das Erfolgshonorar in der Schweiz und in Deutschland
3. Schweiz: Erlaubnis des Erfolgshonorars mit Verbotsvorbehalt
4. Deutschland: Verbot des Erfolgshonorars mit Erlaubnisvorbehalt
5. Das Erfolgshonorar gemSss Auftragsrecht
6. Das Erfolgshonorar nach BGFA
7. Beschrankung des Erfolgshonorarverbots auf Prozesse
8. Zeitliche Beschrankung des Erfolgshonorars auf vorprozessuale Vereinbarungen
9. Verbot des (reinen) Erfolgshonorars auf Prozessmandaten
10. Rechtsprechung
11. Legitimation
12. ZulSssigkeit der Vereinbarung einer Erfolgspramie auf Prozessmandaten
13. Zulassigkeit von Pauschalhonoraren
14. Aufklarungs- und Benachrichtigimgspflichten
15. Grundsatzliches
16. Erhohte Anfordemngen in Prozessmandaten
17. Ergebnis Literaturverzeichnis Materialien
18. Orientierung an der Verfassungsmassigkeit

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

rechten Dritter rechtfertigen lassen und verhSltnism&ssig sein[[2]](#footnote-2). In vorbildlicher Weise hat sich das Bundesgericht nach Inkrafttreten des BGFA[[3]](#footnote-3) [[4]](#footnote-4) [[5]](#footnote-5) an der verfas- sungskonformen Auslegung der Voraussetzungen der Eintragung angestellter Anwalte in das Anwaltsregister orientiert? und damit den Grundstein gelegt fur eine zeitgemMsse Einordnung der AnwaltstMtigkeit in die Wirtschafts- und Rechtsordnung. Die sich an der Verfassungsmassigkeit orientierende Auslegung des Berufsrechts bildet die Richtschnur fiir die Beurteilung regulatorischer Ein- schrankungen der Anwaltstatigkeit. Sie hat Orientierungshilfe geleistet fur die Erwagungen in den kantonalen Entscheiden zur Zulassung der AnwaltskQrper- schafH Sie muss auch wegleitend sein fur die Frage, ob im Einzelfall die Ver- einbarung eines Erfolgshonorars zulassig ist oder nicht.

1. Das Erfolgshonorar in der Schweiz und in Deutschland
2. Schweiz: Erlaubnis des Erfolgshonorars mit Verbotsvorbehalt

Das Verhaltnis zwischen Anwalt und Klient und damit auch die Vergiitung der anwaltlichen Tatigkeit richten sich primar nach Auftragsrecht. Fiir die Vereinba- rung des Anwaltshonorars gilt Vertragsfreiheit, die anwaltsrechtlich durch fol- gende zwei Bestimmungen eingeschrankt wird: «BGFA Art. 12 Berufsregeln

Fflr Anwaltinnen und AnwSlte gelten folgende Berufsregeln:

[...] e. Sie dUrfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung Uber die Beteiligimg am Prozessgewinn als Ersatz ftlr das Honorar abschlies- sen; sie diirfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungtlns ti gen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten.

[...]

i. Sie klaren ihre Klientschaft bei Obemahme des Mandates Uber die Grundsatze ihrer Rechnungsstellung auf und informieren sie periodisch oder auf Verlangen Uber die HOhe des geschuldeten Honorars.»

Gemass Art. 12 lit. e BGFA[[6]](#footnote-6) [[7]](#footnote-7) [[8]](#footnote-8) [[9]](#footnote-9) sind Vereinbarungen zwischen Anwalt und Klient uber ein Erfolgshonorar zulassig, mit Ausnahme von Vereinbarungen vor Been- digung eines Rechtsstreits, die entweder eine Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz flir das Honorar oder - im Fall eines ungunstigen Abschlusses des Verfah- rens - einen Honorarverzicht beinhalten. Ein Verstoss gegen das Verbot von Art. 12 lit. e BGFA liegt bereits mit dem Abschluss einer unzulassigen Honorarver- einbarung vor. Anwaltliches Tatigwerden, Falligkeit oder Leistung des Honorars sind dazu nicht erforderlich®.

Zwar fallt der Erwerb streitiger Forderungen («pactum de redimenda lite») nicht unter das Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars gemass Art. 12 lit. e BGFA. Im Einzelfall ist allerdings sorgfaltig zu prufen, ob der Erwerb des Streitobjekts zu einem Interessenkonflikt gemass Art. 12 lit. c BGFA fiihren kann׳’. Das Bundesgericht erachtet es nicht zum Vomherein als unzulassig, dass sich der Anwalt zur Sicherstellung seines Honorars eine Forderung seiner Klien- tin abtreten lasst8, erkannte aber im folgenden Zusammenhang auf eine Verlet- zung des Interessenkollisionsverbots: Ein Rechtsanwalt Hess sich zweimal An- spriiche seiner Klientin auf Krankentaggelder gegenuber dem Krankentaggeldversicherer zum Zwecke der Sicherstellung seines Honorars zedieren. Die Krankentaggeldanspriiche der Klagerin gegen die Versicherung bildeten das einzige Einkommen der Klientin. Das Bundesgericht befand, mit der Abtretung dieser Anspruche, die zur Deckung des Notbedarfs der Klientin dien- ten, habe der Anwalt seine perstmlichen Interessen vor jene seiner Klientin ge- stellt und damit gegen das Verbot der Interessenkollision gemfiss Art. 12 lit. c BGFA verstossen[[10]](#footnote-10) [[11]](#footnote-11) [[12]](#footnote-12).

1. Deutschland: Verbot des Erfolgshonorars mit Erlaubnisvorbehalt

Mit Beschluss vom 12. Dezember 2006 hat das Deutsche Bundesverfassungsge- richt entschieden, das in der Anwaltsordnung vorgesehene uneingeschrankte Verbot der Vereinbarung des anwaltlichen Erfolgshonorars verstosse gegen die in Art. 12 des Grundgesetzes verankerte Berufsfreiheit'0. Eine Ausnahme sei dann geboten, wenn besondere Umst&nde in der Person des Mandanten vorlie- gen, die diesen ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars davon abhalten, seine Rechte zu verfolgen. Fur den Erlass einer verfassungsgemassen Neurege- lung 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 Be- schwerde einer Rechtsanwaltin, gegen die eine Geldbusse in Hohe von EUR 5’000 festgesetzt worden war. Zur Beschwerde war es gekommen, nachdem eine mittellose Klientin beabsichtigt hatte, Anspriiche wegen eines in Dresden gele- genen, von den Nationalsozialisten enteigneten Grundstiicks ihrer Familie gel- tend zu machen. Die in den USA lebende Mandantin bot der Anwaltin eine Ge- winnbeteiligung in Hohe von EUR 52'000 entsprechend einem Drittel des Streitwertes an.

Das Bundesverfassungsgericht erwog, das strikte Verbot einer erfolgsbasierten Vergiitung beeintrachtige nicht nur die Vertragsffeiheit der Rechtsanwalte und ihrer Auftraggeber, es fuhre aufgrund seines umfassenden Geltungsanspruchs vielmehr auch zu nachteiligen Folgen fur die Wahmehmung und Durchsetzung der Rechte des Einzelnen'1. Das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare erweise sich als Hindemis fur den Zugang zum Recht, wenn ein Rechtsuchender auf- grand seiner wirtschaftlichen Verhaltnisse das Risiko im Misserfolgsfall mit den Kosten qualifizierter anwaltlicher Unterstiitzung belastet zu bleiben, nicht oder zumindest nicht vollstandig zu tragen vermag, imd ihn dies davon abhalt, seine Rechte zu verfolgen. Dabei gebe es keinen iiberzeugenden Grand, die Vereinba- rungen eines Erfolgshonorars in Fonn einer Streitanteilsvergiitung («pactum de quota litis») auszuschliessen'2.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber Frist 30. Juni 2008 gesetzt, um eine verfassimgsmSssige Neuregelung zu treffen. Gemass dem Referenten- entwurf des Bundesministeriums der Justiz fiir ein Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren vom 18. Oktober 200713 darf ein Erfolgshonorar nur fiir den Einzelfall und nur dann vereinbart werden, wenn der Mandant aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhaltnisse ohne die Vereinba- rung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten wtlrde. Vorge- sehen ist, dass das Verbot integral fur die forensische und beratende Anwaltsta- tigkeit gilt und Vereinbarungen iiber ein Erfolgshonorar zum Schutze der Vertragspartner schriftlich abgeschlossen werden miissen. Die deutsche Bundes- regierung hat am 19. Dezember 2007 das «Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren» in die parlamentarischen Beratungen gebrachtu. Der Deutsche Anwaltverein und die Bundesrechtsanwaltskammer haben zum Regierungsentwurf kritisch Stellung genommen13.

1. Das Erfolgshonorar gemass Auftragsrecht

Die Anwaltstatigkeit untersteht dem Auftragsrecht!8. Gemass Art. 398 Abs. 2 OR hat der Beauftragte das ihm iibertragene Geschaft getreu (und sorgfaltig) auszu- flihren״. Die Treuepflicht des Beauftragten ist fiir das ausgepragte Vertrauens- verhaltnis zwischen Anwalt und Klient von grundsatzlicher Bedeutung13 und auferlegt dem Anwalt Aufklarungs- und Benachrichtigungspflichten19.

Die Vereinbarung der Anwaltsentschadigung unterliegt - imter Vorbehalt der berufsrechtlichen Einschrankungen gemass Art. 12 lit. e und i BGFA - der Ver- tragsfreiheipo. Zivilrechtlich kann eine Honorarvereinbarung wegen Ubervortei- lung und Willensmangel uberpriift werden21. Die Vereinbarung eines gegen Art.

'2 BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 - 1BvR 2576 / 04, E. 102.

13 I nternetbellage zu AnwBlatt 1/2008.

4י BR-Drs. 6/08 vom 4.01.2008; vgl. Henke Udo, Was plant die Bundesregierung zum Erfolgshonorar?, AnwBI 3/2008,187.

5י <<http://www.anwaltverein.de>> <lnteressenvertretung/Erfolgshonorar>.

16 BK-Fellmann, N 140 zu Art. 394 OR; Schiller, 355.

7י BK-Fellmann, N 25 zu Art. 394 OR.

13 BK-Fellmann, N 25 zu Art. 394 OR.

1. BK-Fellmann, N 29 und 164 zu Art. 394 OR.
2. Schiller, 353.
3. Schiller, 353; BK-Fellmann, N 450 zu Art. 394 OR.

12 lit. e BGFA verstossenden Erfolgshonorars ist widerrechtlich und damit zivil- rechtlich ung(iltig22.

1. Das Erfolgshonorar nach BGFA

A. Beschrankung des Erfolgshonorarverbots auf Prozesse

Das Verbot des Erfolgshonorars gemSss Art. 12 lit. e BGFA gilt nur fiir die fo- rensische Anwaltstatigkeit und fiir anwaltliche Bemtihungen in Verwaltungsver- fahren23. Es ist auf den fSrmlichen Prozess beschrankt, mithin auf rechtlich ge- ordnete Verfahren vor einer Behbrde, sei es vor einem Zivil- oder Strafgericht, einer Strafuntersuchungs-, Vollstreckungs- oder VerwaltungsbehSrde[[13]](#footnote-13) [[14]](#footnote-14) [[15]](#footnote-15) [[16]](#footnote-16) [[17]](#footnote-17). Wenn in einer strittigen Angelegenheit nicht mit einem Prozess gerechnet wird, dieser aber doch eintritt, ist das Verbot des Erfolgshonorars zu beachten und muss eifie neue Honorarvereinbarung abgeschlossen werden25. Abzulehnen ist eine Zweitei- lung des Mandats in eine «vorprozessuale Abklarungsphase» und eine «prozes- suale Durchjuhrungsphase»2®.

Ausserhalb der forensischen Tatigkeit, namentlich auf die beratende Anwaltsta- tigkeit, findet das Verbot des Erfolgshonorars keine Anwendung[[18]](#footnote-18) [[19]](#footnote-19). Demnach ist es beispielsweise gestattet, die Honorierung anwaltlicher Leistungen in einer M&A-Transaktion ausschliesslich vom Erfolg einer Akquisition abhangig zu machen.

B. Zeitliche Beschrankung des Erfolgshonorars auf vorprozessuale Vereinbarungen

Gemass Wortlaut von Art. 12 lit. e BGFA sind nur Vereinbarungen iiber ein Erfolgshonorar (als Ersatz fiir das Honorar) verpont, die vor Beendigung eines Rechtsstreits zwischen Klient imd Anwalt abgeschlossen werden. Nach Ab- schluss des Prozesses steht es den Parteien ffei, ein Erfolgshonorar zu vereinba- ren28. Abgeschlossen ist ein Prozess, wenn ein rechtskraftiges Urteil vorliegt.

Zul&ssig ist zum Beispiel, dass der Klient nach einem ftir ihn gttnstig verlaufenen Prozess der AnwSltin eine Belohnung (succes fee)® ausrichtet.

1. Verbot des (reinen) Erfolgshonorars auf Prozessmandaten

1. Rechtsprechung

Art. 12 lit. e BGFA verbietet die Vereinbarung einer Erfolgsbeteiligung als Er- satz fur das Honorar. VerpQnt sind nur Vereinbarungen, die das Anwaltshonorar dem Grunde (und nicht nur der H8he) nach vom Erfolg abhangig machen. Art. 19 der Schweizerischen Standesregeln SAV (SSR) sprechen vom Verbot des «pactum de quota litis»®. Gangig ist auch der Ausdruck Verbot des reinen Er- folgshonorars, womit man dieses vom «unreinen», aus erfolgsunabhangigen und erfolgsabhangigen Komponenten bestehenden Anwaltshonorar abgrenzen will.

Die Vereinbarung fiber die Bezahlung des Anwalts fur prozessuale Bemiihungen darf nicht ausschliesslich vom Erfolg abhangen31. Der Rechtsanwalt muss unab- hangig vom Ausgang des Verfahrens ein Honorar erzielen, welches nicht nur seine Selbstkosten deckt, sondem ihm auch einen angemessenen Gewinn ermog- licht32. An einem angemessenen Grundhonorar fehlte es im Sachverhalt, der vom Bundesgericht in Sachen Dieter Behring zu beurteilen war33. In dieser Sache hatte Advokat X in Chiffre-Inseraten seine Dienste angeboten. Die Inserate wa- ren mit der Frage «Geldanlage verloren?» iiberschrieben, und es wurde eine «diskrete Einbringung durch Anwaltsbiiro in BS» in Aussicht gestellt. Die Inse- rate enthielten folgenden Hinweis auf die Kosten fur die Dienstleistung: «Ein- schreibegebiihr CHF 1 ’000. Anwaltshonorar nur im Erfolgsfall gemdss Verein- barung». 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 grossere Geldbetrage verloren hatten, was angesichts der hohen Streitwerte zu betrachtlichen Honorarforderungen hatte fuhren miissen. Dementsprechend hatte gemass den Erwagungen des Bundesgerichts die Einschreibegebtihr von CHF 1 ’000 nur einem Bruchteil des normalerweise geschuldeten Anwaltshono- rars entsprochen, weshalb die Bemessung des Honorars von X grosstenteils vom [[20]](#footnote-20) [[21]](#footnote-21) [[22]](#footnote-22) [[23]](#footnote-23) [[24]](#footnote-24) [[25]](#footnote-25) [[26]](#footnote-26)

Verfahrensausgang abhing. Gemfiss Auffassung des Bundesgerichts war der erfolgsabhfingige Teil des Honorars wesentlich grosser als der erfolgsunabhfingi- ge Teil und habe somit weit fiber dem gelegen, was im Rahmen von Art. 12 lit. e BGFA noch zulfissig sei.

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

2. Legitimation

Der Grand ffir die Aufhahme des Verbots des Erfolgshonorars in den Katalog der Berufspflichten des BGFA liegt darin, dass die kantonalen Anwaltsordnun- gen das Verbot in der einen oder anderen Form bei Erlass des BGFA vorsahen. Die Legitimation ffir das Verbot wird meist mit folgenden Stichworten um- schrieben: Gefahr des Verlusts der Unabhfingigkeit des Anwalts^, Konflikt mit Eigeninteressen des Anwalts, Gefahr der Ubervorteilung des Klienten35 und Starkung des Vertrauens des Publikums in die Integrity der Anwaltschaft[[27]](#footnote-27) [[28]](#footnote-28) [[29]](#footnote-29) [[30]](#footnote-30) [[31]](#footnote-31).

Uberwiegt das Eigeninteresse des Anwalts, ist das Konfliktsverbot von Art. 12 lit. c BGFA verletzt״. In diesem Fall spezifiziert Art. 12 lit. e BGFA betreffend Erfolgshonorarverbot, was sich bereits aus dem Konfliktsverbot gemfiss Art. 12 lit. e BFA ergibt.

Die Legitimation ffir das Verbot des reinen Erfolgshonorars gemfiss BGFA ffillt nicht leichtM. Das Argument, es ermogliche dem mittellosen Klienten den Zu- gang zum Recht, zieht deshalb nicht, weil der mittellose Klient das Recht auf unentgeltliche Prozessffihrung beanspruchen kann. Schon eher lfisst sich zuguns- ten des im BGFA enthaltenen (reinen) Verbots des Erfolgshonorars argumentie- ren, ausschliesslich auf Erfolg basierende Prozessvertretungen wfirden die Ffih- rung von Prozessen aus Eigeninteressen des Anwaltes oder der Anwaltin fordem. Die Ztircher Aufsichtskommission fiber die Anwaltinnen und Anwfilte sieht den Sinn von Art. 12 lit. e BGFA darin, das ein Anwalt weder finanziell noch sonst in personlicher Weise am Prozess interessiert sei und ihn so zur eigenen Sache machen soil[[32]](#footnote-32). Im Entscheid Behring erwog das Bundesgericht, das Verbot solle

verhindem, dass der Rechtsanwalt seine UnabhMngigkeit verliert, weil er wegen der Erfolgsabrede am Prozessergebnis persdnlich interessiert ist«.

Zugunsten des Erfolgshonorars werden auch wirtschaftliche Grdnde ins Feld gefiihrt. Boner vertritt die Auffassung, mit der Vereinbarung einer ErfolgsprS- mie kOnne ein zusfltzlicher Anspom ftir eine noch bessere anwaltliche Leistung zugunsten des Klienten gesetzt werden^'. Nach Schenker spricht fiir 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«.

1. Zulassigkeit der Vereinbarung einer Erfolgspramie auf Prozessmandaten

GemSss einem Entscheid der Aufsichtskommission des Kantons Zurich43 verbie- tet Art. 12 lit. e BGFA nur die Verabredung eines reinen Erfolgshonorars in Form der reinen Beteiligung am Prozessgewinn («pactum de quota litis»). Hin- gegen erachtet sie die Verabredung einer (zusatzlichen) Sieges-/Erfolgspramie («pactum de palmario») als zulassig. Vereinbart war ein Stundenhonorar von CHF 200 sowie folgende Erfolgsbeteiligung je nach Ausgang des Verfahrens: 15% fur eine Zahlung bis CHF lOO'OOO; fUr hohere Zahlungen, zusatzlich 10% fur den CHF lOO'OOO ubersteigenden Betrag. Diese Vereinbarung hielt die Ziir- cher Aufsichtskommission mit einleuchtender Begriindung fur zulassig.

Die Berucksichtigung des Erfolges kann sehr unterschiedlich ausgestaltet wer- den44. Ob dies in Form eines Prozentsatzes des Prozessgewin- nes/Streitwertes/Interessenwertes geschieht«, in Form eines erhohten Stunden- satzes je nach Prozessgewinn oder in Form einer anderen Festsetzung des Honorars (hohere Prozessentschadigung statt Stundenaufwand46) spielt keine Rolle. Es gilt zu unterstreichen, dass der Anwalt unabhangig vom Ausgang des Verfahrens Anspruch auf ein kostendeckendes Honorar mit angemessenem Ge- winnanteil haben soli. Mit einem Stundenhonorar von CHF 200, was dem Ansatz fur amtliche Mandate (amtliche Verteidigung, unentgeltliche Geschadigtenver- 4״ Fn. 30, E.2.1.

1. Boner, 161.
2. Schenker, 154.
3. ZR105 (2006) Nr. 46.
4. ZR 105 (2006) Nr. 46,220.
5. Schiller, 359,1 f.
6. Fellmann, Anwaltsgesetz, N119; Schiller, 359.

tretung) entspricht, ist gemMss dem Ziircher Entscheid - und jedenfalls fllr Ziir- cher Verhaltnisse - in aller Regel ein angemessenes Grundhonorar gegeben♦?.

Eine Obergrenze fllr eine gtiltig vereinbarte Erfolgspramie auf Prozessmandaten ist in Art. 12 lit. e BGFA nicht vorgesehen. Enthalt das Grundhonorar einen angemessenen Gewinnanteil, soli es den Parteien unter Beachtung der zivilrecht- lichen Grenzen der Obervorteilung und Sittenwidrigkeit ffeistehen, die Erfolgs- prSmie festzusetzen. Bei der Priifung der Angemessenheit des Grundhonorars kann hilfsweise auf die kantonalen Gebiihrenverordnungen abgestellt werden«. Damit wird jedenfalls sichergestellt, dass das Verbot des (reinen) Erfolgshono- rars nicht durch eine geringe erfolgsunabhSngige Entschadigung unterlaufen wird«. Kann es umgekehrt durch eine iiberrissen hohe Erfolgspramie unterlaufen werden, was nur in Frage kame, wenn ein dffentliches Interesse daran bestande, die Vereinbarung einer Erfolgspramie trotz angemessenem Grundhonorar wegen Uberrissenheit flir unzulSssig zu erklaren? Nach Meinimg des Verfassers ist dies zu vemeinen. Es muss beispielsweise zulassig sein, dass der Angeklagte seinem StrafVerteidiger fllr den Fall eines Freispruchs eine Erfolgspramie in Hohe der gerichtlich zugesprochenen Prozessentschadigung verspricht, womit der Straf- verteidiger eine doppelte Prozessentschadigung kassiert.

1. Zulassigkeit von Pauschalhonoraren

Die Vereinbarung eines Pauschalhonorars stellt keine unzulassige Beteiligung am Prozesserfolg dar«. Das Pauschalhonorar ist keine Beteiligung am Prozesser- folg[[33]](#footnote-33) [[34]](#footnote-34) [[35]](#footnote-35) [[36]](#footnote-36) [[37]](#footnote-37). Das Bundesgericht sah die Abgrenzung des verbotenen (reinen) Erfolgs- honorars vom Pauschalhonorar im Fall Behring darin, dass beim Pauschalhono- rar die zu bezahlende Entschadigung im Voraus festgesetzt wird, wahrend beim (reinen) Erfolgshonorar die geschuldete Entschadigung weder bestimmt noch bestiminbar sei, weil sie vom Verfahrensausgang abhangig gemacht werde[[38]](#footnote-38).

Art. 19 Abs. 1 der Schweizerischen Standesregeln SAV (SSR) gestattet Anwal- tinnen und Anwalten ausdriicklich, Pauschalhonorare zu vereinbaren, schrankt aber die Parteiautonomie im Nachsatz ein: «Sie (die Pauschalhonorare) sollen ihrer voraussichtlichen Leistung entsprechem. Gemeint ist damit wohl, dass keine ilberrissenen Pauschalhonorare vereinbart werden diirfen. Der Tatbestand flberrissener Honorare wird jedoch zivilrechtlich bereits vom Verbot der Uber- vorteilung und berufsrechtlich durch das Gebot der Vermeidung jedes Konflikts mit Eigeninteressen abgedeckt, weshalb Satz 2 von Art. 19 Abs. 1 der Schweize- rischen Standesregeln eigentlich tiberflussig ist.

1. Aufklarungs- und Benachrichtigungspflichten

1. Grundsatzliches

Anwaltinnen und Anwalten haben nicht nur die auftragsrechtlichen Aufklarungs- und Benachrichtigungspflicht zu beachten53. Sie sind gemass Art. 12 lit. i BGFA verpflichtet, ihre Klientschaft bei Mandatsubemahme und spater auf Verlangen aber die Grundsatze ihrer Rechnungsstellung aufzuklaren und sie uber die H6he des geschuldeten Honorars zu informieren. Von ganz besonderer Bedeutung im Kontext der Honorargestaltung ist die aus der Pflicht zur sorgfaitigen und gewis- senhaften Berufsausubung gemass Art. 12 lit. a BGFA abzuleitende Pflicht zur Schaffung klarer Verhaltnisse. Gefragt ist Transparenz und zwar wahrend der ganzen Dauer des Mandats.

Im Rahmen der vorvertraglichen AufklarungspflichtenM ist der Anwalt gehalten, den potentiellen Klienten uber die zu erwartenden Kosten zu orientieren. Bei geschaftsunerfahrenen Klienten genugt eine blosse Orientierung nicht und ist eine eigentliche Beratung angezeigt®. Je geschaftsunerfahrener ein Klient ist, desto hohere Anforderungen sind an die anwaltlichen Aufklarungspflichten zu stellen.

Heutzutage ist jedem Anwalt und jeder Anwaltin zu empfehlen, mit dem Man- danten oder der Mandantin ein grundliches vorprozessuales Gesprach zu fuhren und das Ergebnis in einem Auftragsbrief, «Engagement-Letter» oder zumindest in einer Aktennotiz festzuhalten. Eine solche Aufzeichnung dient nicht nur de- fensiven Zwecken, zum Beispiel im Hinblick auf einen Honorarprozess, sondem der Schaffung klarer Verhaltnisse. Im Auftragsbrief ist je nach Mandat folgendes festzuhalten: Ausgangslage/Sachverhalt; Auftrag; Instanzenweg; Zeitverhaltnis- se; Kosten und Honorare. Eventuell ist es angezeigt, bereits rechtliche Parameter

1. BK-Fellmann, N 143 ff. zu Art. 398 OR.
2. BK-Fellmann, N 150 zu Art. 398 OR.
3. BK-Fellmann, N167 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 Klientse.

Die Klientschaft erwartet heutzutage, dass AnwSltinnen und AnwSlte fiber das Honorar sprechen57. Die meisten Mandanten wfinschen eine Prognose fiber die Kosten der anwaltlichen Bemfihungen. Transparenz schafft Vertrauen und Flexi- bilitatss.

2. Erhohte Anfordarungen in Prozessmandaten

Besondere Aufmerksamkeit und Vorsicht ist bei der Vereinbarung einer Erfolgs- prfimie in Prozessmandaten geboten. Der Klient oder die Klientin ist darfiber aufzuklfiren, was der Prozess ohne Vereinbarung einer Erfolgspramie kostet. Die Erfolgspramie muss bestimmt oder jedenfalls in einer ffir die Klientschaft mfihe- 10s nachvollziehbaren Form bestimmbar sein. Vorzugsweise ist mit Zahlen zu operieren.

Empfehlenswert ist, dass sich Anwalte und Anwfiltinnen bei der Aufklfirung der Klienten und Klientinnen fiber die Kosten eines Prozesses an den kantonalen Gebtihrenordnungen orientieren. Gestfitzt darauf nehmen sie eine Honorar- und Kostenschatzung vor, wobei sie ndtigenfalls unterscheiden zwischen ganzem und teilweisem Obsiegen bzw. Unterliegen. Geschaftskundigen Klienten ist haufig gedient, wenn ihnen der Anwalt ein Budget vorgibt, zum Beispiel fur das schrift- liche Verfahren den Betrag X. Geschaftsunkundige Klienten sollten eingeladen werden, einen Vorschuss zu leisten.

Ein Beispiel aus dem Alltag des Haftpflichtrechtlers: Anwaltin A vertritt ein Verkehrsopfer und vereinbart mit dem Mandanten fur die Phase der Verhand- lungen mit dem Haftpflichtversicherer ein Mindesthonorar von CHF 20'000 zuzuglich Auslagen und Mehrwertsteuer und altemativ ffir den Fall einer Eini- gung mit dem Haftpflichtversicherer des Schfidigers ein Erfolgshonorar von 15% auf der CHF 500'000 ttbersteigenden Entschadigung. Im Rahmen ihrer Aufklfi- rungspflichten ist die Anwaltin gehalten, eine Schatzung des mutmasslichen Schadenersatzbetrages oder mindestens des von ihr erwarteten Rahmens der Entschadigung zu unterbreiten. Sie sollte dem Mandanten auch eroffnen, dass die Versicherung moglicherweise nur das Ublicherweise geschuldete, nach Auf- wand berechnete Honorar vergtttet. Ffir den Fall, dass die erhoffte vorprozessuale

56 Hafter Peter, Strategic und Technik des Zivilprozesses - Einfiihwng in die Kunst des Prozessierens, Zurich 2004,33 ff453 ״ ff.

5ז Fruht/Zank, 434.

58 Fruht/Zank, 434.

Einigung nicht erzielt wird, entfSllt die urspriingliche Vereinbarung flber das Erfolgshonorar. Wollen die Parteien flir die prozessualen Bemtihungen an einem erfolgsabhangigen Honorar festhalten, miissen sie eine neue Vereinbarung tref- fen, die sich auf eine das angemessene Grundhonorar tibersteigende Erfolgspra- mie beschrankt. Zu den AufklSrungspflichten der Anwaltin gehdrt die Erteilung von Auskitaften dartiber, mit welchen Kosten der Mandant ohne Vereinbarung einer ErfolgsprSmie zu rechnen hatte.

Zu Recht nimmt es das Bundesgericht genau mit den Informationspflichten des Anwalts und der Anwaltin gemass Art. 12 lit. i BGFA. In einem Rechtsmittelver- fahren vor der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen, in wel- chem die Anordftung einer fdrsorgerischen Freiheitsentziehung Verfahrensge- genstand war, vereinbarte der Rechtsanwalt mit der Klientin ein Honorar von CHF 300 pro Stunde. Der Rechtsanwalt verletzte die kantonalrechtliche Pflicht, seine Klientin, deren einziges Einkommen aus dem Krankentaggeld bestand, tiber den nach dem Recht des Kantons St. Gallen geltenden Prozesstarif bzw. den mittleren Ansatz von CHF 200 pro Stunde zu informieren. Die Aufsichtskom- mission beurteilte diese Unterlassung als Verstoss gegen Art. 12 lit. i BGFA und das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab". Das Bundesge- richt monierte nur die fehlende Aufklarung uber die kantonale Norm und bean- standete die vereinbarte Entschadigung von CHF 300 nicht.

Der Klient muss informiert werden uber die Moglichkeit der unentgeltlichen Prozessfuhrung und die Finanzierung des Anwaltshonorars gemass Opferhilfege- setz^o.

1. Ergebnis

Das schweizerische Berufsrecht lasst die Verabredimg eines Erfolghonorars zwischen Anwalt und Klient zu, mit Ausnahme von Vereinbarungen vor Beendi- gung eines Rechtsstreits, die entweder eine Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz fur das Honorar oder einen Honorarverzicht beinhalten. Verpont sind nur Vereinbarungen mit Bezug auf Prozessmandate, die das Anwaltshonorar dem Grande (und nicht nur der Hohe) nach vom Erfolg abhangig machen. Unzulassig ist somit das ausschliesslich vom Erfolg eines Prozesses abhangige, reine Er- folgshonorar. Zulassig ist hingegen die vor Beendigung eines Rechtsstreits ver-

1. Urteil des Bundesgerichts 2P.318/2006 vom 10. Juli 2007; vgl. Die Besprechung des Entscheids durch Studer, 454 f.
2. Studer, 454.

einbarte Verabredung einer Erfolgspramie in !Combination mit einem angemes- senen Grundhonorar. Im Sinne einer Faustregel gilt das Grundhonorar dann als angemessen, wenn es dem kantonalen Ansatz fiir die amtliche Verteidigung entspricht.

Auf die Verabredung eines Erfolgshonorars auf Mandaten ausserhalb der foren- sischen Tatigkeiten findet Art. 12 lit. e BGFA keine Anwendung. Die Vereinba- rung eines Erfolgshonorars insbesondere auf Beratungsmandaten ist somit zulds- sig, selbstverstfindlich unter Beachtung der fiir die gesamte Anwaltstatigkeit massgeblichen Aufklarungs- und Benachrichtigungspflichten gemass Art. 12 lit. i BGFA.

Die liberale Regelung mit Bezug auf das Erfolgshonorar gemass BGFA hat ihren Preis in Form von umfassenden Aufklarungs- und Informationspflichten gemass Art. 12 lit. i BGFA. Zwischen der Verabredung eines Erfolgshonorars und den Aufklarungs- und Benachrichtigungspflichten besteht ein Konnex®'. Namentlich den Aspekten des Konsumentenschutzes ist dadurch Beachtung zu schenken, dass die Anforderungen an die Aufklarungs- und Benachrichtigungspflichten desto hfiher angesetzt werden mussen, je geschaftsunerfahrener die Klientschaft ist.

Die im Titel dieses Aufsatzes gestellte provokative Frage, ob das Verbot des Erfolgshonorars gemass BGFA den Zugang zum Recht verhindert, ist klar zu vemeinen. Das Gegenteil ist der Fall: Mit der Moglichkeit zur Zulassung von Erfolgspramien wird das Erfolgshonorarverbot auf die Falle beschrankt, in denen das Eigeninteresse des Anwalts mit dem Klienteninteresse in Konflikt gerat. Der mittellose Klient findet den Zugang zum Recht fiber die Moglichkeiten der un- entgeltlichen Prozessfuhrung und amtlichen Verteidigung. Der Klient, der zwar nicht mittellos ist, aber das Honorarrisiko nicht voll mittragen kann, hat die Moglichkeit zur Vereinbarung eines aus Grundhonorar und Erfolgspramien ge- mischten Anwaltshonorars. Damit dtirfte eine Losung bestehen, die unter den schweizerischen sozio-okonomischen Verhaltnissen befriedigt.

81 Grunewald, 470.

1. Dr. iur. Rechtsanwalt, LL.M., Zurich. [↑](#footnote-ref-1)
2. BGE130II92. [↑](#footnote-ref-2)
3. Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 iiber die Freizfigigkeit der Anwaltinnen und Anwalte (Anwaltsgesetz, BGFA), SR 935.61. [↑](#footnote-ref-3)
4. Vgl. das bundesgerichtliche Leiturteil BGE 130 II 87, sowie: Botschaft zum Bundesgesetz fiber die Freizfi- gigkeit der Anwaltinnen und Anwalte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 28. April 1999, BB11999 6013 ft., Urteil 2A.101/2003 vom 13. Dezember 2003; Urteile 2A.111/2003, 2A.109/2003 und 2A.127/2003 vom 29. Janu- ar 2004; Urteil 2A.255/2003 vom 30. Marz 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. Marz 2005, E. 2.3., zu den praktischen Auswirkungen der Praxis. Vgl. femer Studer Niklaus, Die Unabhangigkeit ge- mass BGFA, Anwaltsrevue 4/2004,140 f.; Hess Beat, Unabhangigkeit angestellter Register-Anwalte, An- waltsrevue 3/2004,94 ff.; Nater FIans, Zum Leiturteil des Bundesgerichts betreffend Eintragung angestell- ter Anwalte in das Anwaltsregister, SJZ 100 (2004), 139 ff.; Nater Hans/Baumberger Xaver Praktische Auswirkungen der neuen bundesgerichtlichen Praxis zur Unabhangigkeit angestellter Anwaltinnen und Anwalte, SJZ 100 (2004), 390 ff. [↑](#footnote-ref-4)
5. Verffigung der Anwaltskommission des Kantons Obwalden vom 29. Mai 2006; Beschluss der Aufsichts- kommission des Kantons Zurich vom 5. Oktober 2006, ZR 105 (2006), Nr. 71; Vgl. Nater Hans, Grimes Licht fiir die Anwaltskorperschaft, SJZ 101 (2005), 551. [↑](#footnote-ref-5)
6. Vgl. auch Art. 19 der Schweizerischen Standesregeln SAV. [↑](#footnote-ref-6)
7. Schiller, 357. [↑](#footnote-ref-7)
8. FELLMANN, Anwaltsgesetz, N 128. [↑](#footnote-ref-8)
9. Urteil des Bundesgerichts 2P.318/2006 vom 27. Juli 2007. [↑](#footnote-ref-9)
10. Besprechung des Entscheids durch Studer, 454 f. [↑](#footnote-ref-10)
11. BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 - 1BvR 2576 / 04 (NJW 2007,979). [↑](#footnote-ref-11)
12. BVerfG, Beschl. v. 12.12.2006 - 1BvR 2576 / 04, E. 99. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fellmann, Anwaltsgesetz, N127; differenziert mit Bezug auf die Folgen Ungiiltigkeit, Schiller, 359. [↑](#footnote-ref-13)
14. Fellmann, Anwaltsgesetz, N125. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fellmann, Anwaltsgesetz, N125 m.w.H. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fellmann, Anwaltsgesetz, N 12; vgl. das Beispiel unter Ziff. IV.F.2. [↑](#footnote-ref-16)
17. Urteil des Bundesgerichts 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006, E.3.2.2. [↑](#footnote-ref-17)
18. 77 Schiller, 359. [↑](#footnote-ref-18)
19. Fellmann, Anwaltsgesetz, N124. [↑](#footnote-ref-19)
20. HARARI / CURMINBOEUF, 260. [↑](#footnote-ref-20)
21. Art. 19 Abs. 2 SSR; im internationalen Verhaltnis gilt fur Schweizer Anwaltinnen und Anwalte das Verbot [↑](#footnote-ref-21)
22. der quota-litis-Vereinbarung gemass Art. 3.3. der Beruferegeln der Rechtsanwalte der EU und des EWR. [↑](#footnote-ref-22)
23. Urteil des Bundesgerichts 2A.98/2006 vom 24. Juii 2006, E.2.1. [↑](#footnote-ref-23)
24. Fn. 30, E.2.2. [↑](#footnote-ref-24)
25. Fn. 30. Vgl. die Besprechungen des Entscheids durch Nater/Gotz, 473 und Nater Hans, Anwaltspraxis [↑](#footnote-ref-25)
26. 2007,940 f. [↑](#footnote-ref-26)
27. Fellmann, Anwaltsgesetz, N127, Schenker, 146, Harari / curminboeuf, 258. [↑](#footnote-ref-27)
28. Fellmann, Anwaltsgesetz, N120; Schenker, 129; Fn. 30, E.2.1. [↑](#footnote-ref-28)
29. Fellmann, Anwaltsgesetz, N121; Schenker, 129. [↑](#footnote-ref-29)
30. Urteil des Bundesgerichts 2P.318/2006 vom 27. Juli 2007. [↑](#footnote-ref-30)
31. Nach sorgfaltiger Analyse kommt Schenker, 155, zum Schluss, dass kein schutzwurdiges offentliches Interesse am Verbot des Erlblgshonorars besteht. [↑](#footnote-ref-31)
32. Beschluss der Aufsichtskommission iiber die Anwaltinnen und Anwalte des Kantons Zurich vom 2. Marz 2006, ZR105 (2006) Nr. 46,220. [↑](#footnote-ref-32)
33. ZR105 (2006) Nr. 46., 221. Ein grosser Spielraum unterhalb von CHF 200 besteht gemass Bundesgericht allerdings nicht: Mit Urteil 2P. 326/2006 vom 10. Juli 2007 hat es ein Honorar von CHF 150 fur amtliche Verteidigungen als zu tief beurteilt und CHF 180 ais angemessen erachtet. [↑](#footnote-ref-33)
34. « In Anlehnung an Fellmann, Anwaltsgesetz, N 123, halt das Bundesgericht die Bandbreite fur die Beriick- sichtigung des Erfolges bei der Honorarbemessung fur relativ schmal (Fn. 30, E.2.2). [↑](#footnote-ref-34)
35. Schiller, 357. [↑](#footnote-ref-35)
36. Fellmann, Anwaltsgesetz, N125. [↑](#footnote-ref-36)
37. 5! Schiller, 359. [↑](#footnote-ref-37)
38. Fn. 30, E.3.2.3. [↑](#footnote-ref-38)