

DAS ERFOLGSHONORAR AUS RECHTS- ÖKONOMISCHER PERSPEKTIVE

FRANCO STRUB

M. A. HSG in Law and Economics

Junior Associate bei Wartmann Merker in Zürich

Stichworte: Anwaltshonorar, Erfolgshonorar, Rechtsdurchsetzungskosten

Im Lichte der hohen Rechtsdurchsetzungskosten untersucht Franco Strub das anwaltliche Erfolgshonorar mit den Mitteln der ökonomischen Analyse des Rechts. Das Resultat seiner Untersuchung bringt neue Erkenntnisse und stellt die bestehende Regulierung des Erfolgshonorars infrage.

I. Einleitung

Das Honorar des eigenen Anwalts bildet ein zentrales Kostenrisiko im Zivilprozess.¹ Vereinbart der Anwalt mit seinem Klienten ein Erfolgshonorar, bietet dies Letzterem die Sicherheit, dass im Fall des Unterliegens nebst den Gerichtskosten und der Parteientschädigung nicht auch noch der eigene Rechtsvertreter bezahlt werden muss. Damit mildert das erfolgsabhängige Anwaltshonorar ein wesentliches Klagehindernis und birgt das Potenzial, den Zugang zur Justiz zu erleichtern.²

Die Erleichterung des Zugangs zur Justiz bildet eines der Hauptziele der laufenden Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO).³ Obwohl das anwaltliche Erfolgshonorar einen wichtigen Beitrag zur Erreichung dieses Ziels leisten könnte, bleibt es in der im Frühjahr veröffentlichten Botschaft zur Änderung der ZPO gänzlich unerwähnt.⁴ Dies dient als Anlass, sich im Rahmen des vorliegenden Artikels mit dem erfolgsabhängigen Anwaltshonorar vertieft auseinanderzusetzen.

1. Schweizerische Rechtslage

Nach geltendem Recht sind erfolgsabhängige Anwaltshonorare in der Schweiz nur in engen Grenzen zulässig. Eingeschränkt wird die Vereinbarung eines Erfolgshonorars in erster Linie durch Art. 12 lit. e des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA). Verboten sind sämtliche Honorarvereinbarungen, bei denen das Honorar des Anwalts ausschliesslich vom Prozesserverfolg abhängig gemacht wird. Unreine Erfolgshonorare, die sich bloss teilweise anhand des Erfolgs der anwaltlichen Tätigkeit bemessen, können nach der Praxis des Bundesgerichts unter Beachtung der folgenden drei Schranken vereinbart werden:

– Erstens darf das Verbot des reinen Erfolgshonorars nicht mit einer geringfügigen erfolgsunabhängigen Entschädigung unterlaufen werden. Der Anwalt muss des-

halb unabhängig vom Verfahrensausgang einen angemessenen Gewinn erzielen.⁵

- Zweitens darf das Erfolgshonorar im Verhältnis zum erfolgsunabhängigen Honorarbestandteil nicht so hoch sein, dass die Unabhängigkeit des Anwalts beeinträchtigt wird. Klar überschritten ist die zulässige Grenze, wenn die erfolgsabhängige Honorarkomponente mehr als die Hälfte des Gesamthonorars ausmacht.⁶
- Drittens darf das Erfolgshonorar nur zu Beginn des Mandatsverhältnisses oder nach Beendigung des Rechtsstreits, nicht aber während des laufenden Mandats vereinbart werden.⁷

2. Begründung des partiellen Erfolgshonorarverbots

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird das partielle Erfolgshonorarverbot mit dem Gebot der anwaltlichen Unabhängigkeit und dem Schutz der Klienten vor

- 1 Vgl. SCHUMACHER, Prozessfinanzierung, Erfolgshonorarisierte Fremdfinanzierung von Zivilverfahren, 2015, Rz. 35; SCHUMACHER/DALLAFIOR, Die Vereinbarung von Erfolgsprämien für den Anwalt, AJP 11/2017, S. 1284 f.; HABERBECK, Zum Verbot des reinen Erfolgshonorars für Prozessanwälte, Jusletter vom 13. 8. 2018, Rz. 2.
- 2 Vgl. SCHUMACHER/DALLAFIOR (Fn. 1), S. 1284 f.; SCHILLER, Das Erfolgshonorar nach BGFA, SJZ 100/2004, S. 354; FELLMANN/HÄFLIGER, Siegesprämie für Anwälte – BGer 4A_240/2016 und seine Bedeutung, Anwaltsrevue 11-12/2017, S. 504.
- 3 Botschaft vom 26. 2. 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, S. 2 (noch nicht im Bundesblatt veröffentlicht).
- 4 Vgl. in Bezug auf den Vorentwurf HABERBECK (Fn. 1), Rz. 2.
- 5 Urteil 2A.98/2006 vom 24. 7. 2006 E. 2.2; bestätigt in BGE 143 III 600 E. 2.7.5; Urteil 2C_205/2019 vom 26. 11. 2019 E. 3.2.
- 6 Urteil 2A.98/2006 vom 24. 7. 2006 E. 3; präzisiert in BGE 143 III 600 E. 2.7.5; bestätigt in Urteil 2C_205/2019 vom 26. 11. 2019 E. 3.2.
- 7 BGE 143 III 600 E. 2.7.5 unter Berufung auf Urteil 5P.111/1999 vom 18. 6. 1999 E. 2; bestätigt in Urteil 2C_205/2019 vom 26. 11. 2019 E. 3.2.

einer Übervorteilung begründet.⁸ Konkret soll der finanzielle Anreiz einer Erfolgshonorarvereinbarung dazu führen, dass der auf Erfolgsbasis arbeitende Anwalt tendenziell zur Annahme mittelmässiger Vergleichsangebote, anstatt mit zusätzlichem Aufwand auf ein aus Klientensicht besseres Gesamtergebnis hinzuwirken.⁹ Überdies könne ein Anwalt aufgrund seiner Fachkenntnisse die Un erfahrenheit der Rechtsuchenden ausnutzen und den Abschluss unangemessener Erfolgshonorarvereinbarungen herbeiführen.¹⁰

3. Methodik

Die schweizerische Rechtslehre hat sich in juristischer Hinsicht bereits wiederholt mit dem erfolgsabhängigen Anwaltshonorar auseinandergesetzt.¹¹ Eine rechtsökonomische Analyse der anwaltsrechtlichen Regulierung des Erfolgshonorars sucht man hierzulande hingegen vergebens. Dies ist bemerkenswert, weil die Unabhängigkeits- und Übervorteilungsargumente, die zur Legitimation des partiellen Erfolgshonorarverbots angebracht werden, im Wesentlichen auf den ökonomischen Anreizwirkungen des Erfolgshonorars basieren. In diesem Artikel soll das partielle Erfolgshonorarverbot deshalb mit den Instrumenten der ökonomischen Analyse des Rechts untersucht werden.

II. Rechtsökonomische Analyse des partiellen Erfolgshonorarverbots

1. Prinzipal-Agenten-Beziehung als Ausgangspunkt

Den Ausgangspunkt der nachfolgenden rechtsökonomischen Analyse bildet das Auftragsverhältnis zwischen Anwalt und Klient, das aus ökonomischer Sicht als klassische *Prinzipal-Agenten-Beziehung* einzustufen ist.¹² Der Klient als Prinzipal beauftragt den Anwalt als Agenten mit der Wahrung seiner rechtlichen Interessen und räumt ihm hierzu eine gewisse Entscheidungskompetenz ein.¹³ Der Klient kann die Tätigkeit des Anwalts bloss in beschränktem Masse überwachen. Verfügt der Klient überdies nur über eine begrenzte juristische Fachkunde, besteht in Bezug auf die Einschätzung der Prozesschancen und die Beurteilung des anwaltlichen Aufwands eine wesentliche Informationsasymmetrie zugunsten des Rechtsanwalts.¹⁴

2. Schutz der Unabhängigkeit des Anwalts

Hat der Anwalt aufgrund der finanziellen Anreize einer Honorarvereinbarung ein erhöhtes Interesse, seinen Informationsvorteil auf Kosten des Klienten auszunutzen, würde dadurch die anwaltliche Unabhängigkeit gefährdet. Für die rechtsökonomische Würdigung des Unabhängigkeitsarguments müssen somit die finanziellen Anreizwirkungen des Erfolgshonorars untersucht und mit denjenigen anderer Honorarformen verglichen werden.

Zentral hierfür ist die Höhe des erwarteten Prozessgewinns. Diese hängt unter anderem vom Zeitaufwand des Anwalts ab.¹⁵ Basierend auf dem *Gesetz des abnehmenden Grenzertrags* werden die ersten Arbeitsstunden den erwarteten Prozessgewinn besonders positiv beein-

flussen.¹⁶ Je mehr Arbeitszeit bereits investiert wurde, desto unbedeutender wird der durch eine zusätzliche Arbeitsstunde bewirkte Erfolgszuwachs (*Grenzertrag*). Ab einer gewissen Stundenanzahl wird gar ein Punkt erreicht sein, ab dem ein zusätzlicher Arbeitsaufwand auf den erwarteten Prozessgewinn keinen Einfluss mehr zeigt.¹⁷ Anschaulich lässt sich dies anhand eines Beispielfalls zeigen.¹⁸ Die dabei verwendeten Zahlenwerte wurden rein aus Gründen der Darstellungsfreundlichkeit gewählt.

A) Beispielfall

Ein Anwalt mit einem üblichen Stundenhonorar von CHF 300.– wird von einem Klienten beauftragt, eine Forderung von CHF 30 000.– durchzusetzen.

In der Folge macht sich der Anwalt ein Bild vom Sachverhalt und studiert während zweier Stunden die ihm zur Verfügung gestellten Akten. Danach erkundigt er sich bei der Gegenseite nach einem Vergleichsangebot. Für die rasche aussergerichtliche Erledigung der Streitigkeit offeriert die Gegenseite CHF 5000.–, womit für die ersten beiden Arbeitsstunden ein durchschnittlicher Prozessgewinn von CHF 2500.– generiert wird.

Nach Ablehnung dieses Vergleichsangebots investiert der Anwalt sechs weitere Stunden für die Recherche

⁸ BGE 113 Ia 279 E. 4a; Urteil 2A.98/2006 vom 24.7.2006 E. 2.1;

BGE 143 III 600 E. 2.7.4; Urteil 2C_205/2019 vom 26.11.2019 E. 3.1.

⁹ BGE 143 III 600 E. 2.7.4.

¹⁰ BGE 143 III 600 E. 2.7.4.

¹¹ Statt vieler sei auf die Dissertation von GATTIKER verwiesen, der sich bereits im Jahr 1975 mit der Thematik auseinandersetzte (GATTIKER, *Das Erfolgshonorar des Anwalts: Chancengleichheit im rechtlichen Konflikt? – Rechtsvergleichende Untersuchung*, 1975).

¹² Vgl. HALPERN/TURNBULL, *Legal Fees Contracts and Alternative Cost Rules: An Economic Analysis*, *International Review of Law and Economics* 1/1983, S. 15; SCHWAB, *Erfolgshonorare für Rechtsanwälte, die Allokation von Prozesskosten und der Zugang zum Rechtssystem – Ausgewählte Probleme der Rechtsökonomik*, 2011, S. 3; BAETGE, *Erfolgshonorare wirtschaftlich betrachtet, Eine ökonomische Analyse der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Zulässigkeit anwaltlicher Erfolgshonorare*, *RabelsZ* 4/2009, S. 674 f.

¹³ Vgl. COOTER/ULEN, *Law and Economics*, 6. Aufl. 2016, S. 427.

¹⁴ Vgl. SCHWAB (Fn. 12), S. 3; RUBINFELD/SCOTCHMER, *Contingent Fees for Attorneys: An Economic Analysis*, *RAND Journal of Economics* 3/1993, S. 343; BAETGE (Fn. 12), S. 674 f.

¹⁵ Vgl. WINTER, *Erfolgshonorare für Rechtsanwälte – Formen, Kalkulation und betriebswirtschaftliche Umsetzung*, 2008, S. 69; EMONS/GAROUA, *US-Style Contingent Fees and UK-Style Conditional Fees: Agency Problems and the Supply of Legal Services*, *Managerial and Decision Economics* 5/2006, S. 380; HALPERN/TURNBULL (Fn. 12), S. 8.

¹⁶ Vgl. EMONS/GAROUA (Fn. 15), S. 380; KILIAN, *Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, Eine rechtsvergleichende Studie zu spekulativen Vergütungsmodellen im deutschen und ausländischen Recht*, 2003, S. 349; CLERMONT/CURRIVAN, *Improving on the Contingent Fee*, *Cornell Law Review* 4/1978, S. 539 ff.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen WINTER (Fn. 15), S. 77; EMONS/GAROUA (Fn. 15), S. 380; CLERMONT/CURRIVAN (Fn. 16), S. 539 ff.; SCHWARTZ/MITCHELL, *An Economic Analysis of the Contingent Fee in Personal-Injury Litigation*, *Stanford Law Review* 6/1970, S. 1129.

¹⁸ Vgl. hierzu ähnliche Beispiele bei CLERMONT/CURRIVAN (Fn. 16), S. 539 f.; WINTER (Fn. 15), S. 79; SCHWARTZ/MITCHELL (Fn. 17), S. 1128 ff.

h	Prozessgewinn [CHF]	Grenzertrag [CHF]	h	Prozessgewinn [CHF]	Grenzertrag [CHF]	h	Prozessgewinn [CHF]	Grenzertrag [CHF]
1	2600.-	2600.-	18	21 520.-	480.-	35	26 897.-	263.-
2	5000.-	2400.-	19	21 970.-	450.-	36	27 157.-	260.-
3	7200.-	2200.-	20	22 370.-	400.-	37	27 412.-	255.-
4	9200.-	2000.-	21	22 750.-	380.-	38	27 662.-	250.-
5	11 000.-	1800.-	22	23 110.-	360.-	39	27 907.-	245.-
6	12 600.-	1600.-	23	23 450.-	340.-	40	28 147.-	240.-
7	14 000.-	1400.-	24	23 770.-	320.-	41	28 377.-	230.-
8	15 000.-	1000.-	25	24 085.-	315.-	42	28 602.-	225.-
9	15 900.-	900.-	26	24 395.-	310.-	43	28 822.-	220.-
10	16 750.-	850.-	27	24 700.-	305.-	44	29 037.-	215.-
11	17 550.-	800.-	28	25 000.-	300.-	45	29 247.-	210.-
12	18 250.-	700.-	29	25 280.-	280.-	46	29 452.-	205.-
13	18 900.-	650.-	30	25 555.-	275.-	47	29 652.-	200.-
14	19 500.-	600.-	31	25 828.-	273.-	48	29 847.-	195.-
15	20 050.-	550.-	32	26 099.-	271.-	49	29 947.-	100.-
16	20 550.-	500.-	33	26 369.-	270.-	50	30 000.-	53.-
17	21 040.-	490.-	34	26 634.-	265.-	51	30 000.-	0.-

einschlägiger Gerichtsentscheide. Unterbreitet er die entsprechenden Präjudizien der Gegenseite, wird diese nun bereits CHF 15 000.- offerieren. Damit wird der Prozessgewinn für jede dieser sechs zusätzlich investierten Stunden durchschnittlich um CHF 1667.- gesteigert.

Für eine Erhöhung des Vergleichsangebots um weitere CHF 10 000.- auf CHF 25 000.- muss zusätzlicher Druck auf die Gegenseite aufgebaut werden, was mit der Klageeinleitung erreicht wird. Das Verfassen der Klageschrift bedarf allerdings 20 weiterer Arbeitsstunden. Durchschnittlich steigert eine dieser zusätzlichen Stunden den Prozessgewinn somit bloss um CHF 500.-.

Erst wenn der Anwalt rund 50 Stunden gearbeitet hat, wird der höchstmögliche Prozessgewinn von CHF 30 000.- erreicht.

Das soeben erläuterte Gesetz des abnehmenden Grenzertrags muss für die Beurteilung der finanziellen Anreizwirkung einzelner Honorarformen noch weiter verfeinert werden. Aus diesem Grund soll hinsichtlich der Grenzerträge der einzelnen Arbeitsstunden des Anwalts von den in der oben stehenden Tabelle dargestellten Werten ausgegangen werden.

B) Reines Erfolgshonorar

Die klassische Form eines reinen Erfolgshonorars bildet die Streitanteilsvereinbarung, die auch als *pactum de quota litis* bezeichnet wird.¹⁹ Das Honorar des Anwalts bemisst sich dabei anhand eines prozentualen Anteils (*quota*) des erstrittenen Prozessgewinns (*litis*). Für den Beispielfall wird von einer *quota litis* in der Höhe von 33% ausgegangen. Dem Klienten bleiben nach Abzug der An-

waltskosten somit zwei Drittel des Prozessgewinns übrig. Der Gewinn des Klienten beträgt folglich nach zwei Arbeitsstunden 66% von CHF 5000.-, nach acht Arbeitsstunden 66% von CHF 15 000.-, nach 28 Arbeitsstunden 66% von CHF 25 000.- und nach 50 oder mehr Arbeitsstunden 66% von CHF 30 000.-. Aus Klientensicht ist es bei einer *quota litis* somit optimal, wenn vom Anwalt möglichst viel Arbeitszeit investiert wird, da dies für den Klienten grundsätzlich kostenneutral erfolgt.

In Anbetracht der aus der Prinzipal-Agenten-Beziehung resultierenden Informationsasymmetrie entscheidet allerdings nicht der Klient, sondern der Anwalt, wie viel Aufwand tatsächlich betrieben wird. Für jede Stunde, die der Anwalt am Erfolgshonorarmandat arbeitet, entgeht ihm das Stundenhonorar, das er verdient hätte, wenn er stattdessen an einem erfolgsunabhängigen Mandat gearbeitet hätte. In der ökonomischen Fachsprache bezeichnet man diesen entgangenen Ertrag, der mit der bestmöglichen alternativen Verwendung der Arbeitszeit erzielt worden wäre, als *Opportunitätskosten*.²⁰

¹⁹ Vgl. statt vieler FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. Aufl. 2017, Rz. 434; zur uneinheitlichen Begriffsverwendung in der Rechtslehre vgl. AMBAUEN, Das erfolgsabhängige Honorar des Anwalts in der Schweiz und in England, in: Von A wie Arbitration über T wie Transport bis Z wie Zivilprozess, Liber discipulorum für Professor Dr. Andreas Furrer zum 55. Geburtstag, 2018, S. 223.

²⁰ Vgl. WINTER (Fn. 15), S. 76; SCHWARTZ/MITCHELL (Fn. 17), S. 1134 f.; SCHÄFER/OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 53 f.

Wenn der Anwalt linear steigende Opportunitätskosten von CHF 300.– pro Stunde hat, muss er bei einer quota litis von 33% für jede zusätzlich investierte Stunde den Prozessgewinn um mindestens CHF 900.– erhöhen, damit er kostendeckend arbeitet. Die zehnte Arbeitsstunde erhöht den Prozessgewinn um CHF 850.–. Der dadurch erzielte Honorarzuwachs von CHF 284.– ($33\% \times \text{CHF } 850.–$) ist somit um CHF 16.– tiefer, als wenn der Anwalt die zehnte Arbeitsstunde in ein erfolgsunabhängiges Stundenmandat investiert hätte. Der gewinnmaximierende Anwalt wird deshalb bereits nach neun Arbeitsstunden zur Annahme des aussergerichtlichen Vergleichsangebots raten, anstatt im besten Interesse seines Klienten noch zusätzliche Stunden in die Rechtssache zu investieren.²¹

Damit bestätigt sich die von der Rechtsprechung geäusserte Befürchtung, dass ein reines Erfolgshonorar die Unabhängigkeit des Anwalts gefährden kann, auch aus ökonomischer Warte.

C) *Erfolgsunabhängiges Stundenhonorar*

Bei einem erfolgsunabhängigen Stundenhonorar wäre es aus Sicht des Klienten ideal, wenn der Anwalt so lange arbeitet, bis der Grenzertrag einer zusätzlichen Arbeitsstunde dem Stundensatz des Anwalts entspricht. Im erwähnten Beispielfall ist dies nach 28 Arbeitsstunden der Fall. Danach werden sich zusätzliche Aufwendungen aufgrund des abnehmenden Grenzertrags negativ auf den Gewinn des Klienten auswirken. Bereits aus der 29. Arbeitsstunde resultiert ein Verlust von CHF 20.–, da die damit erzielte Erhöhung des Prozessgewinns um CHF 280.– das Stundenhonorar des Anwalts nicht mehr zu decken vermag.

Der Gewinn des Anwalts steigt bei einem Stundenhonorar grundsätzlich linear mit der Anzahl Arbeitsstunden. Damit erscheint das erfolgsunabhängige Stundenhonorar auf den ersten Blick wesentlich unproblematischer als die Vereinbarung einer quota litis.

Im Gegensatz zum Erfolgshonorar entschädigt das Stundenhonorar den Anwalt allerdings nicht für seine Leistung, sondern für seinen Aufwand. Folglich hat der Anwalt keinen finanziellen Anreiz, im gewinnmaximierenden Zeitpunkt des Klienten seine Bemühungen einzustellen. Vor allem wenn die Auftragslage schlecht ist, wird ein gewinnmaximierender Anwalt, der auf Stundenbasis bezahlt wird, seinem Klienten deshalb tendenziell zur Ablehnung von Vergleichsangeboten und zur Führung aussichtsloser Rechtsprozesse raten.²² Damit besteht auch beim Stundenhonorar ein nicht zu vernachlässigendes Risiko der Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit.

D) *Erfolgsunabhängiges Pauschalhonorar*

Vereinbart der Anwalt mit seinem Klienten ein erfolgsunabhängiges Pauschalhonorar, erreicht der Klient im Beispielfall sein Gewinnmaximum nach einer Mindestarbeitszeit von 50 Arbeitsstunden. Der Anwalt möchte demgegenüber seinen Aufwand so gering wie möglich halten. Mit jeder Arbeitsstunde, die er in die Rechtsstreitigkeit investiert, schmälert er seinen Gewinn um CHF 300.–. Das Pauschalhonorar setzt somit einen extremen Anreiz zur

Aufwandsminimierung.²³ Ausserdem besteht für den Anwalt, wie auch beim Stundenhonorar, kein besonderes finanzielles Interesse, eine qualitativ hochstehende Leistung zu erbringen.²⁴ Folglich wird seine Unabhängigkeit bei der Vereinbarung eines Pauschalhonorars noch wesentlich stärker als bei der Abrede einer reinen quota litis gefährdet.

E) *Besondere Formen des reinen Erfolgshonorars*

Einzel betrachtet können sämtliche der bisher dargestellten Honorarformen die anwaltliche Unabhängigkeit gefährden. Die ökonomische Literatur empfiehlt deshalb, mit einer Kombination mehrerer Bemessungsgrundlagen den individuell suboptimalen Anreizwirkungen zu begegnen. Konkret wird vorgeschlagen, bei der Bemessung eines reinen Erfolgshonorars nicht nur auf die Höhe des Prozessgewinns, sondern auch auf die vom Anwalt investierte Arbeitszeit abzustellen. Die Idee hinter dieser besonderen Form des Erfolgshonorars ist es, dem Auseinanderfallen von Kostentragungspflicht und Erfolgsaneignungsrecht entgegenzuwirken.²⁵

Anschaulich lässt sich dies wiederum anhand des Beispielfalls zeigen. Bei einer quota litis von 33% trägt der Anwalt zwar die vollen Kosten einer zusätzlichen Arbeitsstunde, partizipiert jedoch bloss zu einem Drittel am dadurch erzielten Zuwachs des Prozessgewinns. Der gewinnmaximierende Anwalt wird deshalb seine Bemühungen nach der neunten Arbeitsstunde einstellen. Dieses aus Klientensicht suboptimale Resultat soll nun verhindert werden, indem die quota litis von 33% durch ein (ebenfalls erfolgsabhängiges) Stundenhonorar mit einem Stundensatz in der Höhe von 66% des üblichen Stundensatzes von CHF 300.–, also CHF 200.–, ergänzt wird.

Der Grenzertrag des Anwalts wird in diesem Fall erst nach 28 Arbeitsstunden unter CHF 300.– fallen. Grund dafür ist, dass der Anwalt für die 28. Arbeitsstunde, die den Prozessgewinn um CHF 300.– erhöht, nebst der marginalen quota litis von CHF 100.– ($33\% \times \text{CHF } 300.–$) nun auch ein Stundenhonorar von CHF 200.– verdienen wird. Gesamthaft resultiert für ihn ein Grenzertrag von CHF 300.–, der exakt seinen Grenzkosten entspricht.

Auch der Gewinn des Klienten wird nach der 28. Arbeitsstunde maximiert. Durch den Grenzertrag dieser letz-

²¹ Vgl. zum Ganzen CLERMONT/CURRIVAN (Fn. 16), S. 536; KILIAN (Fn. 16), S. 348 f.; vgl. auch POLINSKY/RUBINFELD, *Aligning the Interests of Lawyers and Clients*, *American Law and Economics Review* 1/2003, S. 166 f.; POSNER, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 802.

²² Vgl. SCHWAB (Fn. 12), S. 3; WINTER (Fn. 15), S. 94; vgl. auch SCHENKER, *Gedanken zum Anwaltshonorar*, in: *Schweizerisches Anwaltsrecht*, 1998, S. 153; HABERBECK (Fn. 1), Rz. 51; SCHUMACHER/DALLAFIOR (Fn. 1), S. 1287.

²³ Vgl. HALPERN/TURNBULL (Fn. 12), S. 17 f.; KILIAN (Fn. 16), S. 350; vgl. auch SCHENKER, (Fn. 22), S. 153; HABERBECK (Fn. 1), Rz. 51.

²⁴ KRÄMER, *Alternative Honorarmodelle im Anwaltsgeschäft*, in: *Management von Anwaltskanzleien, Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen*, 2012, Rz. 12.

²⁵ Zum Ganzen POLINSKY/RUBINFELD (Fn. 21), S. 165 ff.; vgl. auch CLERMONT/CURRIVAN (Fn. 16), S. 578 ff.; Winter (Fn. 15), S. 91 f.

ten Stunde von CHF 200.– (66% × CHF 300.–) kann er gerade noch das Stundenhonorar des Anwalts (CHF 200.–) bezahlen. Zusätzliche Stunden hätten den Klienten ebenfalls CHF 200.– gekostet, ihm aufgrund des abnehmenden Grenzertrags aber weniger als CHF 200.– eingebracht. Der Anwalt optimiert somit seinen Gewinn, wenn er den Gewinn des Klienten optimiert. Insofern herrscht in Bezug auf die Anzahl der Arbeitsstunden zwischen Anwalt und Klient eine vollkommene Interessenparallelität.

Problematisch an diesem kombinierten Vergütungsmodell ist, dass es bei einer schlechten Auftragslage des Anwalts dieselben Anreizprobleme wie das klassische Stundenhonorar mit sich bringt.²⁶ Da der stundenbasierte Honoraranteil im Vergleich zum üblichen Stundensatz allerdings reduziert ist, werden diese negativen Anreizwirkungen weniger stark zutage treten, als beim traditionellen Stundenhonorar.

Bedenkenswert wäre indessen die Kombination von Stunden- und Erfolgshonorar wie sie bei der englischen *conditional fee* erfolgt. Die *conditional fee*, die üblicherweise in der Form des reinen Erfolgshonorars vereinbart wird, berechnet sich anhand des üblichen erfolgsunabhängigen Stundenhonorars zusätzlich eines prozentualen Aufschlags für die anwaltliche Risikoübernahme.²⁷ Tritt der Erfolg ein, wird der Anwalt für jede seiner investierten Stunden einen Gewinn realisieren, der über dem Gewinn liegt, den er mit seinem normalen Stundensatz erzielt hätte. Bei der Vereinbarung einer *conditional fee* hat der Anwalt somit einen noch wesentlich stärkeren Anreiz zur Übererfüllung als beim erfolgsunabhängigen Stundenhonorar.

F) *Unreines Erfolgshonorar*

Hinsichtlich der Vereinbarung eines unreinen Erfolgshonorars (*pactum de palmario*)²⁸ ist es vorstellbar, dass ein Anwalt seinen normalen Stundensatz beim Ausbleiben des Erfolgs reduziert, während er ihn bei Erfolgseintritt erhöht. Bei einem regulären Stundenhonorar von CHF 300.– könnte etwa ein erfolgsunabhängiger Stundensatz von CHF 250.– im Erfolgsfall auf CHF 350.– erhöht werden.

Geht man davon aus, dass die Wahrscheinlichkeit des prozessualen Obsiegens zumindest teilweise von den anwaltlichen Bemühungen abhängt, wird rasch ersichtlich, dass der Anwalt seinen Gewinn mit zunehmender Stundenzahl maximiert. Grund dafür ist, dass die Prozesschancen stetig ansteigen und der Anwalt mit jeder zusätzlich gearbeiteten Stunde die Wahrscheinlichkeit erhöht, ein Stundenhonorar von CHF 350.– und damit einen konstanten Grenzgewinn von CHF 50.– zu realisieren.

Mit Blick auf die anwaltliche Unabhängigkeit ist ein derartiges variables Stundenhonorar somit wesentlich problematischer als die vorne diskutierte besondere Bemessungsart des reinen Erfolgshonorars.

G) *Zwischenfazit*

Die ökonomische Analyse der Anreizwirkungen unterschiedlicher Honorarformen zeigt, dass sämtliche der untersuchten Honorarvereinbarungen zu finanziellen Inter-

essenkonflikten zwischen Anwalt und Klient führen und somit die anwaltliche Unabhängigkeit gefährden können.

Bei idealer Ausgestaltung kommt dem Erfolgshonorar eine Interessenangleichungsfunktion zu. Damit birgt das erfolgsbasierte Anwaltshonorar ein nicht zu unterschätzendes Potenzial, um der Prinzipal-Agenten-Problematik zwischen Anwalt und Klient entgegenzuwirken.

Bedenklich sind Erfolgshonorarvereinbarungen vor allem dann, wenn sie im Erfolgsfall zur Abrechnung mit einem erhöhten Stundensatz berechtigen. Derartige Honorarvereinbarungen akzentuieren die aus Klientensicht problematischen Anreizwirkungen des Stundenhonorars, bergen ein inhärentes Risiko einer Übererfüllung und setzen einen extremen Anreiz zur Verursachung unnötiger Kosten.

Vom Bundesgericht wird dieses mit dem Erfolgshonorar einhergehende Risiko einer Übererfüllung nicht erkannt. Stattdessen wird die Gefährdung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts im finanziellen Anreiz zur Minimierung des anwaltlichen Aufwands gesehen.²⁹ Das Pauschalhonorar setzt allerdings noch einen wesentlich ausgeprägteren Anreiz zur Aufwandminimierung als das Erfolgshonorar. Dennoch ist das Pauschalhonorar in der Schweiz zugelassen.³⁰ Die Befürchtung, dass der Anwalt bei einem Erfolgshonorar zu wenig Arbeitszeit investiert und deshalb zur frühen Annahme mittelmässiger Vergleichsangebote rät, taugt deshalb nicht zur Begründung der rechtlichen Einschränkung des Erfolgshonorars.

Gleichwohl kann das Argument, wonach Erfolgshonorare die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts gefährden und deshalb rechtlich eingeschränkt werden müssen, auch aus ökonomischer Warte geführt werden. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts muss sich dieses Argument aus rechtsökonomischer Sicht aber nicht auf die Gefahr der Unter-, sondern der Übererfüllung stützen.

3. *Schutz der Klienten vor einer Übervorteilung*

Das zweite Argument zur Begründung des Erfolgshonorarverbots – der Schutz der Klienten vor einer Übervorteilung – beruht ebenfalls auf der Prinzipal-Agenten-Problematik. Aufgrund seines Informationsvorsprungs könnte der Anwalt den zu erwartenden Aufwand und die Prozessrisiken übertrieben darstellen, um unwissende Recht-

²⁶ Vgl. zum Ganzen WINTER (Fn. 15), S. 94; CLERMONT/CURRIVAN (Fn. 16), S. 580; POLINSKY/RUBINFELD (Fn. 21), S. 184.

²⁷ Sec. 58(2)(b) Courts and Legal Services Act 1990 vom 1. 11. 1990; vgl. auch ROŠ, Fédération des Barreaux d'Europe (FBE): Der Erfolg und das Honorar des Anwalts – Entwicklungen zu erfolgsorientierter Vergütung des Rechtsanwalts, *Anwaltsrevue* 8/2006, S. 299; WIDMER LÜCHINGER, Die zivilrechtliche Beurteilung von anwaltlichen Erfolgshonorarvereinbarungen, *AJP* 11/2011, S. 1449.

²⁸ Statt vieler FELLMANN (Fn. 19), Rz. 444; zur uneinheitlichen Begriffsverwendung in der Rechtslehre vgl. AMBAUEN (Fn. 19), S. 223.

²⁹ BGE 143 III 600 E. 2.7.4.

³⁰ Urteil 2C_247/2010 vom 16. 2. 2011 E. 5.4; bestätigt in BGE 143 III 600 E. 2.7.4.

suchende von der vermeintlichen Angemessenheit exzessiver Erfolgshonorarvereinbarungen zu überzeugen.³¹

A) Vergleich mit anderen Honorarformen

Die Gefahr einer unrichtigen Einschätzung der Prozesschancen und des Zeitaufwands besteht unabhängig von der Art der Honorarvereinbarung.³² In Anbetracht des finanziellen Interesses, auch aussichtslose Gerichtsprozesse auf Kosten seiner Klienten zu führen, könnte der Anwalt beim Stundenhonorar dazu neigen, die Prozessrisiken zu verharmlosen.³³ Beim Pauschalhonorar hat er demgegenüber einen Anreiz, den zu erwartenden Arbeitsaufwand zu übertreiben und so das Pauschalhonorar in die Höhe zu treiben. Überdies könnte ein Anwalt bei einem Stundenhonorar seinen Klienten theoretisch auch durch die Verrechnung nicht erbrachter Arbeitsstunden übervorteilen.³⁴

Bei einer reinen *quota litis* haben unnötige oder vermeintlich erbrachte Stunden demgegenüber keinen nachteiligen Einfluss auf die vom Klienten zu bezahlende Anwaltsrechnung.³⁵ Demzufolge birgt die erfolgshonorierte Anwaltsvergütung, entgegen aller Befürchtungen, gar das Potenzial, den Klienten vor einer Übervorteilung zu schützen.

Wird bei der Bemessung eines Erfolgshonorars allerdings auf die vom Anwalt investierte Arbeitszeit abgestellt, tritt das Risiko des Behauptens nicht erbrachter Arbeitsstunden auch bei Erfolgshonoraren auf. Besonders kritisch sind Erfolgshonorare, die es im Erfolgsfall erlauben, Stundenhonorare zu verrechnen, die über dem normalen Stundensatz des Anwalts liegen.

B) Beschränkter Preiswettbewerb

Das aus ökonomischer Sicht wichtigste Instrument zum Schutz vor derartigen Übervorteilungen bildet ein funktionierender Preiswettbewerb. Der Klient macht vom Wettbewerb im Anwaltsmarkt Gebrauch, indem er bei verschiedenen Anwälten Honorarofferten einholt und diese miteinander vergleicht. Da die Vereinbarung eines Erfolgshonorars aber einer umfassenden Prüfung der Prozesschancen und aufwendigen Schätzung des anwaltlichen Aufwands bedarf, ist die Erstellung einer Offerte mit verhältnismässig hohen Kosten verbunden, die auf den Klienten abgewälzt werden dürften.³⁶ Diese Kosten könnten die Rechtsuchenden davon abhalten, von ihrer potenziellen Marktmacht tatsächlich Gebrauch zu machen. Überdies bestehen durch die berufsrechtliche Regulierung bedeutende Zutrittschürden und starke Werberestriktionen, die den Preiswettbewerb im Anwaltsmarkt behindern.³⁷ Insofern ist vom Wettbewerb im Anwaltsmarkt nur eine beschränkt korrigierende Funktion in Bezug auf überhöhte Erfolgshonorare zu erwarten.³⁸

C) Weitere Schutzmechanismen

Nebst den Wettbewerbskräften können sich aber auch andere ökonomische Mechanismen zugunsten des Schutzes des Klienten vor einer Übervorteilung auswirken. Ein entscheidender Faktor hierzu ist die Reputation des Rechtsanwalts. Wird die anwaltliche Tätigkeit nicht im besten In-

teresse des Klienten geführt, wird dieser Umstand mit der Zeit öffentlich bekannt, der Ruf des Anwalts geschädigt und sein zukünftiges Einkommen gefährdet.³⁹ Eine ähnliche Wirkung zeigt der Wiederholungseffekt. Besteht die Möglichkeit, dass sich derselbe Klient mit wiederkehrenden Aufträgen an denselben Rechtsanwalt wendet, hat der Anwalt ebenfalls einen Anreiz zur Kooperation. Ansonsten geht er das Risiko ein, wirtschaftlich interessante Folgeaufträge nicht zu erhalten.⁴⁰ Schliesslich dienen auch die Sanktionen der selbst auferlegten Standesregeln sowie die Disziplinar massnahmen des Anwaltsrechts dem Schutz der Klientenschaft vor einer Übervorteilung.⁴¹

Die Wirkung dieser Schutzmechanismen darf allerdings nicht überschätzt werden. So dürfte es juristisch unerfahrenen Klienten oft sehr schwerfallen, die Angemessenheit des Anwalts honorars zu beurteilen. Unter Umständen stellen sie deshalb eine Übervorteilung durch ihren Anwalt gar nicht fest. Des Weiteren könnte solchen Klienten oft die Möglichkeit und die Glaubwürdigkeit fehlen, um die Reputation des Anwalts nachhaltig zu schädigen.⁴²

D) Angemessenheit amerikanischer Erfolgshonorare

Vor diesem Hintergrund wird im kontinentaleuropäischen Raum unter Verweis auf die amerikanischen Verhältnisse regelmässig befürchtet, dass die Zulassung des reinen Erfolgshonorars, insbesondere in der Form der *quota litis*, exorbitante Anwalts honorare begünstigen würde.⁴³ Die ökonomische Empirie zeigt sich allerdings uneinig hinsichtlich der Angemessenheit der US-amerikanischen *contingent fees*.⁴⁴ Vermittelnd ist für die USA wohl

31 Vgl. BAETGE (Fn. 12), S. 676; BRICKMAN, *Contingent Fees without contingencies: Hamlet without the Prince of Denmark?*, University of California Law Review 1/1989, S. 53.

32 Vgl. SCHENKER (Fn. 22), S. 150 ff.; HABERBECK (Fn. 1), Rz. 59; SCHUMACHER/DALLAFIORI (Fn. 1), S. 1287.

33 Vgl. zum Ganzen DANA/SPIER, *Expertise and Contingent Fees: The Role of Asymmetric Information in Attorney Compensation*, The Journal of Law, Economics, and Organization 2/1993, S. 349 f.; COOTER/ULEN (Fn. 13), S. 427; POLINSKY/RUBINFELD (Fn. 21), S. 166.

34 Vgl. WINTER (Fn. 15), S. 73, 94; HALPERN/TURNBULL (Fn. 12), S. 6; CLERMONT/CURRIVAN (Fn. 16), S. 568.

35 WINTER (Fn. 15), S. 73.

36 Vgl. zum Ganzen WINTER (Fn. 15), S. 96.

37 Vgl. zum Ganzen KILIAN (Fn. 16), S. 350; BRICKMAN (Fn. 31), S. 104.

38 Vgl. WINTER (Fn. 15), S. 52; BAETGE (Fn. 12), S. 677; a. M. HABERBECK (Fn. 1), Rz. 43 ff.

39 Zum Ganzen SHAJNFELD, *A Critical Survey of the Law, Ethics, and Economics of Attorney Contingent Fee Arrangements*, New York Law School Law Review 10/2009, S. 777; KILIAN (Fn. 16), S. 350; COOTER/ULEN (Fn. 13), S. 428; BAETGE (Fn. 12), S. 675 f.; HABERBECK (Fn. 1), Rz. 58.

40 Vgl. SCHWAB (Fn. 12), S. 3 f.; COOTER/ULEN (Fn. 13), S. 428; WINTER (Fn. 15), S. 71.

41 Vgl. NOLL, *Rechtsökonomie, Eine anwendungsorientierte Einführung*, 2005, S. 27.

42 Vgl. zum Ganzen SHAJNFELD (Fn. 39), S. 777; KILIAN (Fn. 16), S. 350; COOTER/ULEN (Fn. 13), S. 428; HALPERN/TURNBULL (Fn. 12), S. 14.

43 Vgl. etwa die Wortmeldung des ehemaligen Nationalrats Jutzet bei der parlamentarischen Beratung des BGFA (AB 1999 N 1563).

44 Für eine Übersicht vgl. SHAJNFELD (Fn. 39), S. 777, und BRICKMAN (Fn. 31), S. 110.

davon auszugehen, dass durchaus ein gewisser Wettbewerb in Bezug auf die Höhe anwaltlicher Erfolgshonorare herrscht.⁴⁵

Überdies wäre es ein voreiliger Trugschluss, aus vergleichsweise hohen effektiven Stundensätzen auf eine generell unangemessene Höhe erfolgsabhängiger Anwalts-honorare zu schliessen. Aus ökonomischer Warte ist es durchaus angezeigt, dass ein Erfolgshonorar höher ist als ein erfolgsunabhängiges Honorar. Ist das Honorar des Anwalts vom Erfolg seiner Tätigkeit abhängig, ist er nicht nur für seine anwaltliche Dienstleistung, sondern auch für seine Risikoübernahme zu entschädigen.⁴⁶ Grund dafür ist, dass ein risikoaverses Individuum aus einer erfolgsorientierten Vergütung im Vergleich zu einem Fixgehalt derselben Höhe weniger Nutzen zieht. Bei einem Erfolgshonorar muss deshalb die Gesamtvergütung erhöht werden, wenn der Beauftragte der entsprechenden Honorarvereinbarung zustimmen soll.⁴⁷

E) Zwischenfazit

Das Risiko einer Übervorteilung des Klienten erweist sich aus ökonomischer Sicht als bedeutend weniger problematisch, als es von der Rechtsprechung dargestellt wird. Vor allem, wenn der Klient die Angemessenheit der vom Anwalt investierten Arbeitszeit nicht beurteilen kann, bietet ihm das Erfolgshonorar geradezu eine gewisse Sicherheit, dass der Anwalt in seinem besten Interesse handelt. Vollkommen unbedenklich sind Erfolgshonorare dennoch nicht. Insbesondere bei sehr hohen Streitwerten besteht bei der quota litis ein Übervorteilungsrisiko, indem sie etwa mit Verweis auf eine branchenübliche Standardquote unabhängig von Aufwand und Risiko des Anwalts festgesetzt werden könnte.

III. Empfehlungen an den Gesetzgeber

1. Liberalisierung des reinen Erfolgshonorars

Gesamthaft betrachtet können die Bedenken, die hinsichtlich des erfolgsabhängigen Anwaltshonorars geäussert werden, bloss teilweise ausgeräumt werden. Allerdings gefährden auch andere Honorarformen wie das Stunden- oder Pauschalhonorar die Unabhängigkeit des Anwalts und bergen das Risiko einer Übervorteilung. Im Gegensatz zum Erfolgshonorar wird in diesen Fällen der Schutz der Rechtsuchenden einzig durch die allgemeinen Grenzen des Zivil-, Anwalts- und Standesrechts sichergestellt. Ein Verbot wird hingegen nicht als erforderlich betrachtet.

Ein Teil der juristischen Literatur schlägt deshalb vor, die anwaltsrechtliche Regulierung des Erfolgshonorars in Analogie zur Rechtslage in Deutschland zu liberalisieren.⁴⁸ In Deutschland ist die erfolgsbasierte Anwaltstätigkeit grundsätzlich verboten. Einzig für den Fall, in dem ein Klient «aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde», ist die Vereinbarung anwaltlicher Erfolgshonorare ausnahmsweise zugelassen.⁴⁹

Die Erfahrungen aus Deutschland zeigen, dass die Frage, wann dieser Ausnahmetatbestand erfüllt ist, in der Praxis grosse Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich bringt.⁵⁰ Insofern würde das Potenzial des erfolgsabhängigen Anwaltshonorars durch die Übernahme der deutschen Regelung kaum ausgeschöpft werden. Zielführender erscheint es, die Vereinbarung reiner Erfolgshonorare grundsätzlich zu erlauben und den besonderen Risiken des Erfolgshonorars mit partiellen gesetzgeberischen Eingriffen in die Vertragsfreiheit zu begegnen.

2. Partielle gesetzgeberische Eingriffe in die Vertragsfreiheit

Hinsichtlich der Begrenzung der Übervorteilungsgefahr fällt insbesondere die Möglichkeit gesetzlicher Honorarobergrenzen in Betracht.⁵¹ Für die Schweiz wäre es beispielsweise denkbar, die maximale Höhe eines Erfolgshonorars auf ein Vielfaches der vom Gericht ohnehin festzusetzenden Parteientschädigung oder der Entschädigung bei unentgeltlicher Rechtspflege zu begrenzen.

Unter Umständen verhindert eine Honorarobergrenze aber auch wünschenswerte Honorarvereinbarungen, die besonderen Prozessrisiken Rechnung tragen. Dies könnte als Nebeneffekt den Zugang zur Justiz behindern.⁵² Allfällige gesetzgeberische Bestrebungen sollten deshalb in erster Linie darauf abzielen, die Informationsasymmetrie zwischen Anwalt und Klient zu verringern.

Reduziert werden kann die Informationsasymmetrie durch eine besonders umfassende Informations- und Aufklärungspflicht über die Bemessung und die Höhe des voraussichtlich geschuldeten Erfolgshonorars.⁵³ Damit diese Aufklärungspflicht vom Anwalt korrekt wahrgenommen wird, böte es sich etwa an, für die Vereinbarung von Er-

⁴⁵ MOORHEAD/HURST, Improving Access to Justice, Contingency Fees, A Study of their Operation in the United States of America, A Research Paper Informing the Review of Costs, 2008, Rz. 34; BAETGE (Fn. 12), S. 677.

⁴⁶ Vgl. zum Ganzen POSNER (Fn. 21), S. 801; HALPERN/TURNBULL (Fn. 12), S. 23; SHAJNFELD (Fn. 39), S. 787 f.

⁴⁷ Vgl. BEBCHUCK/FRIED, Pay without Performance, The Unfulfilled Promise of Executive Compensation 2004, S. 19 f.

⁴⁸ So z. B. FISCHBACHER/RUSCH, Der Bruno Steiner-Fall, AJP 4/2013, S. 532; FELLMANN (Fn. 19), Rz. 440.

⁴⁹ § 4a Abs. 1 des Gesetzes über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vom 5. Mai 2004 (BGBl I 718) i. V. m. § 49b Abs. 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. August 1959 (BGBl I 565).

⁵⁰ Vgl. zum Ganzen SCHONS, Wohl und Wehe des Erfolgshonorars in Deutschland, Zum Spannungsverhältnis Prozesskostenhilfe/ Erfolgshonorar, AnwBI 10/2017, S. 967; SCHNEIDER, Die Vergütungsvereinbarung des Rechtsanwalts – was Anwälte wissen sollten, Stolpersteine in der Anwaltspraxis und wie sie leicht umgangen werden können, AnwBI 3/2016, S. 182.

⁵¹ So z. B. bei MOORHEAD/HURST (Fn. 45), Rz. 35; WINTER (Fn. 15), S. 170 ff.; BAETGE (Fn. 12), S. 677.

⁵² Vgl. MOORHEAD/HURST (Fn. 45), Rz. 37; BAETGE (Fn. 12), S. 677.

⁵³ Vgl. auch NATER, Das Verbot des Erfolgshonorars – Verhinderung des Zugangs zum Recht?, in: Haftpflichtprozess 2008, Dualistisches Haftungskonzept, Erfolgshonorar und Prozessfinanzierung, direktes Forderungsrecht, Opferhilfe sowie kantonales Verantwortlichkeitsrecht, 2008, S. 38; FELLMANN (Fn. 18), Rz. 446; SCHUMACHER/DALLAFIORI (Fn. 1), S. 1296 f.

folgshonoraren die obligatorische Verwendung eines standardisierten Formulars vorzuschreiben.⁵⁴ Anzugeben wären in einem solchen Formular namentlich der zu erwartende Aufwand, eine Einschätzung der Prozesschancen und das Vorgehen zur Anfechtung einer Honorarvereinbarung.

Des Weiteren sollte der Anwalt verpflichtet werden, die voraussichtliche Höhe des Erfolgshonorars in ein Verhältnis zum üblichen erfolgsunabhängigen Honorar zu setzen, seine Stunden zu dokumentieren und diese nach Abschluss der Rechtsstreitigkeit dem Klienten offenzulegen. Durch diese zwingend anzugebenden Informationen würde eine sachgemässe transparente Bemessung des Erfolgshonorars gefördert und so der Schutz der Rechtssuchenden verbessert.

Die ökonomische Analyse unterschiedlicher Erfolgshonorarvereinbarungen hat gezeigt, dass vor allem Erfolgshonorare problematisch sind, die sich anhand der vom Anwalt aufgewendeten Arbeitszeit bemessen und über dem normalen Stundenhonorar liegende Gewinne ermöglichen. Damit stellt sich die Frage, ob nebst der Erhöhung der Informationspflichten diese besondere Bemessungsart des Erfolgshonorars gesetzlich zu verbieten ist.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein derartiger gesetzgeberischer Schritt abzulehnen. Honorarvereinbarungen, die auf die Arbeitszeit und das Prozessrisiko abstellen, fördern eine sachgerechte Bemessung und damit indirekt die Angemessenheit anwaltlicher Erfolgshonorare. Bei in Rechtsangelegenheiten versierten Klienten, die den anwaltlichen Aufwand und die Prozesschancen angemessen beurteilen können, müssen solche Honorarvereinbarungen deshalb geradezu als Idealform des Erfolgshonorars erachtet werden.

Ganz allgemein erscheint das breite Publikum wesentlich schutzbedürftiger als professionelle Klienten, wie etwa international tätige Grosskonzerne. Vor diesem Hintergrund wäre vom Gesetzgeber etwa zu prüfen, ob die Liberalisierung des Erfolgshonorars für juristisch unerfahrene Privatpersonen mit einem befristeten Rücktrittsrecht in Analogie zu den konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen von Art. 40a OR ff. zu verbinden wäre.

3. Keine Unterscheidung zwischen reinen und unreinen Erfolgshonoraren

Die ökonomische Analyse hat ergeben, dass primär nicht der Reinheitsgrad, sondern die Bemessungsart eines Erfolgshonorars ausschlaggebend für seine Anreizwirkungen ist. Die oben beschriebenen gesetzgeberischen Einschränkungen sollten deshalb nicht nur hinsichtlich der Vereinbarung reiner, sondern auch unreiner Erfolgshonorare gelten.

Die vom Bundesgericht entwickelten Schranken, die es bei der Vereinbarung unreiner Erfolgshonorare zu be-

achten gilt, wären indessen aufzugeben. So hat die Untersuchung verschiedener Honorarvereinbarungen gezeigt, dass es hinsichtlich des Schutzes der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts keines erfolgsunabhängigen Mindesthonorars bedarf (erste Schranke), um eine vollkommene Interessenparallelität zwischen Anwalt und Klient zu erreichen.⁵⁵ Eine Höchstgrenze von Erfolgshonoraren ist zwar diskutabel, nach hier vertretener Meinung jedoch abzulehnen. Auf jeden Fall ist ein starres Verhältnis zwischen erfolgsabhängigem und erfolgsunabhängigem Honorarbestandteil (zweite Schranke) nicht geeignet, um zum Schutz vor einer Übervorteilung beizutragen.⁵⁶ Schliesslich ist auch die zeitliche Einschränkung, wonach Erfolgshonorarvereinbarungen bloss zu Beginn des Mandatsverhältnisses oder nach Beendigung der Rechtsstreitigkeit abgeschlossen werden dürfen (dritte Schranke), nicht erforderlich, da der Anwalt die Zwangslage des Klienten während eines laufenden Mandats völlig unabhängig vom Vorliegen einer Erfolgshonorarvereinbarung ausnützen könnte. Überdies kann die Vereinbarung eines Erfolgshonorars während eines laufenden Mandats durchaus im Interesse des Klienten liegen und ihm überhaupt erst den Gerichtszugang ermöglichen.⁵⁷

IV. Fazit

Im Lichte dieser Erkenntnisse ist zu folgern, dass die durch Art. 12 lit. e BGFA eingeschränkte Zulässigkeit des anwaltlichen Erfolgshonorars aus rechtsökonomischen Gesichtspunkten zu überdenken ist. Die in diesem Artikel formulierten Empfehlungen an den Gesetzgeber sollen als Denkanstoss für eine solche gesetzgeberische Neuüberlegung des erfolgsabhängigen Anwaltshonorars dienen. Gerade in Anbetracht der Prozesskostenproblematik wäre es für den schweizerischen Gesetzgeber an der Zeit, auch ausserhalb der Zivilprozessordnung nach Lösungen zu suchen und sich unter Berücksichtigung rechtsökonomischer Überlegungen mit dem anwaltlichen Erfolgshonorar sachlich differenziert auseinanderzusetzen.

⁵⁴ Vgl. zu einem konkreten Vorschlag eines solchen Formulars BRICKMAN (Fn. 31), S. 129 ff.; vgl. ferner HALPERN/TURNBULL (Fn. 12), S. 23.

⁵⁵ Vgl. auch die Kritik von AMBAUEN (Fn. 19), S. 244.

⁵⁶ Vgl. auch die Kritik von SCHUMACHER/DALLAFIOR (Fn. 1), S. 1289 ff.; AMBAUEN (Fn. 19), S. 243; BOHNET, TF 4A_240/2016 ou les limites du pactum de palmario, Anwaltsrevue 11-12/2017, S. 507; RAUBER/NATER, Das pactum de palmario ist gültig – jedoch nur mit Einschränkungen, SJZ 24/2017, S. 605.

⁵⁷ Vgl. auch die Kritik von SCHUMACHER/DALLAFIOR (Fn. 1), S. 1293; BOHNET (Fn. 56), S. 507; FELLMANN/HÄFLIGER (Fn. 2), S. 502 f.; RAUBER/NATER (Fn. 56), S. 605 f.; AMBAUEN (Fn. 19), S. 230.