

SIEGESPRÄMIE FÜR ANWÄLTE – BGER 4A_240/2016 UND SEINE BEDEUTUNG

WALTER FELLMANN

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Luzern, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Rechtsanwalt bei der Fellmann Tschümperlin Lötscher AG in Luzern

MANUELA HÄFLIGER

MLaw, Rechtsanwältin bei der Fellmann Tschümperlin Lötscher AG in Luzern

Stichworte: Erfolgshonorar, pactum de palmario, Übervorteilung

Die Vereinbarung einer Erfolgsprämie verstösst nicht gegen Art. 12 lit. e BGFA. Der Rechtsanwalt muss aber unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ein Honorar erzielen, welches nicht nur seine Selbstkosten deckt, sondern ihm auch einen angemessenen Gewinn ermöglicht. Weiter darf die vom Erfolg abhängige Honorarkomponente im Verhältnis zum in jedem Fall geschuldeten Honorar nicht so hoch sein, dass die Unabhängigkeit des Anwalts beeinträchtigt wird und die Gefahr einer Übervorteilung besteht. Und schliesslich darf die Erfolgsprämie nur zu Beginn des Mandatsverhältnisses (oder nach Beendigung eines Prozesses) verabredet werden.

I. Sachverhalt

In einer erbrechtlichen Auseinandersetzung beauftragte A. am 20.5.2008 Rechtsanwalt B. mit der Wahrung seiner Interessen. Es ging um zwei letztwillige Verfügungen, in denen A. mit einem Barlegat von CHF 500 000.– und mit 3855 Aktien bedacht worden war. Am 18.6.2009 schlossen die Parteien einen schriftlichen Mandatsvertrag, worin sie einen Stundenansatz von CHF 700.– und eine Erfolgsbeteiligung von 6 Prozent vereinbarten. Nach Abschluss des Mandats stellte B. A. ein Stundenhonorar im Betrag von CHF 585 116.40 und eine Erfolgsbeteiligung von CHF 468 937.50 in Rechnung, total CHF 1 054 053.90. Da A. nur CHF 560 000.– bezahlte, reichte B. im Mai 2012 beim Bezirksgericht Zürich gegen A. Klage ein und beantragte, dieser habe ihm als Resthonorar CHF 494 053.90 nebst Zins zu bezahlen.

Mit Urteil vom 1.6.2015 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage ab. Es qualifizierte die Honorarvereinbarung als sittenwidrig nach Art. 20 OR, reduzierte das Honorar auf ein aus seiner Sicht erlaubtes Mass und kam nach verschiedenen Honorarkürzungen zum Schluss, B. stehe aus dem Mandat nichts mehr zu. Gegen dieses Urteil erhob B. beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung und beantragte die Gutheissung seiner Klage. Mit Urteil vom 25.2.2016 verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich A. zur Zahlung von CHF 294 127.40 nebst Zins; im Übrigen wies es die Klage ab. Es kam zum Schluss, die Honorarvereinbarung sei gültig, der Stundenansatz von

CHF 700.– gelte für die ganze Mandatsdauer. Nach Vornahme diverser Kürzungen verurteilte das Obergericht A., B. noch CHF 294 127.40 zu bezahlen.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 21.4.2016 beantragt A. dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen; eventuell sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In dieser Beschwerde rügte A. eine Verletzung von Art. 12 lit. e BGFA. Danach dürfen Anwältinnen und Anwälte bekanntlich 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. A. machte geltend, diese Bestimmung bezwecke den Schutz der Klienten vor Übervorteilung. Seine Vereinbarung mit B. lasse diesen ohne Risiko dastehen, indem er seinen Gewinn im Erfolgsfall maximiere. Die Berücksichtigung des Verfahrenserfolgs in erheblichem Umfang laufe auf ein verpöntes Erfolgshonorar hinaus. Ein Erfolgshonorar liege nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹ jedenfalls dann vor, wenn die Bezahlung des Rechtsanwal-

¹ Urteil (des Bundesgerichts) 2A.98/2006 vom 24.7.2006 E. 2.

tes vom Ausgang des ihm übertragenen Mandates abhängen und das endgültige Honorar im Zeitpunkt der Mandatserteilung noch nicht feststehe. Auch der vorinstanzliche Minderheitsantrag gehe davon aus, dass ein Anwalt mit einer solchen Honorarabstimmung seine Unabhängigkeit gegenüber dem Klienten und seine Unbefangenheit gegenüber dem Verfahren verliere und der Prozess zu seiner eigenen Sache werde. Bei einem Erfolgshonorar von CHF 350'312.95 (ohne MWSt.) und einem Stundenhonorar von CHF 441'782.– habe B. ein grosses persönliches Interesse am Verfahrensausgang gehabt. Die Verabredung des Erfolgshonorars in der Vereinbarung vom 18. 6. 2009 verstosse somit gegen Art. 12 lit. e BGFA; sie sei widerrechtlich und nach Art. 20 OR nichtig. Der Beschwerdegegner habe keinen Anspruch auf das geltend gemachte Erfolgshonorar.

II. Erwägungen

Einleitend rekapituliert das Bundesgericht unter Verweis auf die entsprechenden Ausführungen des Obergerichts, nach seiner Rechtsprechung² könne ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung keine Sittenwidrigkeit im Sinn von Art. 20 OR begründen, wonach ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, nichtig ist. Es sei nicht das Ziel der in Art. 20 OR erwähnten Grundwerte unserer Rechtsordnung, eine Wertdisparität der Vertragsleistungen zu verbieten. Dieser Problembereich werde vielmehr abschliessend vom Übervorteilungstatbestand des Art. 21 OR erfasst. Danach kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte und das Geleistete zurückverlangen, wenn durch einen Vertrag ein offenkundiges Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung begründet wird, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist. Nachdem es zwischen den Parteien unbestritten war, dass A. den Übervorteilungstatbestand (Art. 21 OR) nicht innert Jahresfrist angerufen hatte, musste sich das Bundesgericht damit nicht weiter befassen.

Zur Honorarvereinbarung zwischen A. und B. führte das Bundesgericht dann aus (E. 2.4.), die Parteien hätten mit Mandatsvertrag vom 18. 6. 2009 einen Stundenansatz von CHF 700.– und eine Erfolgsbeteiligung von 6 Prozent vereinbart. Die Vorinstanz habe diese Vereinbarung zu Recht als sogenanntes *pactum de palmario* qualifiziert, mit welchem das (in jedem Fall geschuldete) Honorar bei erfolgreicher Mandatsführung erhöht werde. Es stelle sich damit die Frage, ob ein solches *pactum de palmario* gegen Art. 12 lit. e BGFA verstosse.

Zur Beantwortung dieser Frage resümiert das Bundesgericht vorerst seine eigene Rechtsprechung (E. 2.5.). Danach habe es vor Inkrafttreten des BGFA das *pactum de palmario* unterschiedlich beurteilt. Während es in einem Urteil vom 9. 1. 1995³ ein *pactum de palmario* als nicht *Ordre-public-widrig* qualifiziert habe, habe es ein solches in einem Urteil vom 26. 8. 1997⁴ als unzulässig erachtet. In

einem Urteil vom 18. 6. 1999⁵ habe es schliesslich die von der Disziplinarkommission der Anwaltskammer des Kantons Tessin festgelegten Voraussetzungen⁶ referiert, unter welchen ein *pactum de palmario* als zulässig erachtet worden sei, wenn die Höchstarife nicht überschritten worden seien, die Parteien die Vereinbarung zu Beginn des Mandats abgeschlossen und ein Stundenhonorar vereinbart hätten, das nicht tiefer gelegen habe als jenes, das normalerweise angewendet worden sei. In Anwendung dieser kantonalen Rechtsprechung sei das Bundesgericht im konkreten Fall von der Zulässigkeit des *pactum de palmario* ausgegangen. Nach Inkrafttreten des BGFA habe das Bundesgericht dann nicht ausgeschlossen, dass bei Rechnungsstellung unter anderem auch der Prozessausgang berücksichtigt werde. Das Verbot des Erfolgshonorars könne aber nicht schon mit einer geringfügigen erfolgsunabhängigen Entschädigung unterlaufen werden. Der Rechtsanwalt müsse vielmehr unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ein Honorar erzielen, welches nicht nur seine Selbstkosten decke, sondern ihm auch einen angemessenen Gewinn ermögliche. Die Bandbreite für die Berücksichtigung des Erfolgs bleibe deshalb relativ schmal.⁷ In der Folge habe das Gericht in zwei obiter dicta erwogen, Art. 12 lit. e BGFA verbiete das *pactum de palmario* nicht⁸ und in einem weiteren Urteil festgestellt, das *pactum de quota litis* verstosse nicht gegen den *Ordre public*.⁹

Nach diesem Überblick über seine eigene Rechtsprechung und vor einer erneuten Auslegung von Art. 12 lit. e BGFA (mit voller Kognition) referiert das Gericht (E. 2.6.1.) sodann die Stellungnahmen der Doktrin und kommt zum Schluss, die herrschende Lehre spreche sich für die Zulässigkeit des *pactum de palmario* aus, wenn der Anwalt unabhängig vom Verfahrensausgang ein Honorar erhalte, das nicht nur seine Selbstkosten decke, sondern ihm auch einen angemessenen Gewinn ermögliche; Art. 12 lit. e BGFA untersage nur die reine Beteiligung am Prozessgewinn.¹⁰ Nur eine Minderheit vertrete die Meinung, das

² BGE 115 II 232 E. 4c S. 236.

³ Urteil (des Bundesgerichts) 5P.201/1994 vom 9. 1. 1995 E. 7.

⁴ Urteil (des Bundesgerichts) 1A.130/1997 vom 26. 8. 1997 E. 4c/bb und cc.

⁵ Urteil (des Bundesgerichts) 5P.111/1999 vom 18. 6. 1999 E. 2 und 6a.

⁶ Entscheid (der Disziplinarkommission) Nr. 141 vom 12. 9. 1994, in: Bollettino a cura dell'Ordine degli avvocati del cantone Ticino Nr. 8 S. 5 ff.

⁷ Urteil (des Bundesgerichts) 2A.98/2006 vom 24. 7. 2006 E. 2.2.

⁸ BGE 135 III 259 E. 2.3 S. 262 f.; Urteil (des Bundesgerichts) 4A_2/2013 vom 12. 6. 2013 E. 3.1.1; vgl. auch Urteil (des Bundesgerichts) 5A_582/2012 vom 11. 2. 2013 E. 5.5.

⁹ Urteil (des Bundesgerichts) 5A_409/2014 vom 15. 9. 2014 E. 7.2.2.1 und 7.3; vgl. auch Urteil (des Bundesgerichts) 5P.128/2005 vom 11. 7. 2005 E. 2.3.

¹⁰ Vgl. BERNHART, Die professionellen Standards des Rechtsanwalts, 2. Aufl. 2011, S. 130; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, N. 1597; BONER, Die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Anwalts nach BGFA, ZZZ 2007 S. 161; BRUNNER/HENN/KRIESI, Anwaltsrecht, 2015, N. 253; CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I: Le cadre légal et les principes essentiels, 2. Aufl. 2016, S. 79; DE MADDALENA, Litis causa malo more pecuniam promittere, Sulla contrarietà ai boni mores del «patto di quota lite», 2015, S. 25 und 28 f.; FELLMANN, Kommentar

pactum de palmario verstosse gegen Art. 12 lit. e BGFA.¹¹ Auch der Schweizerische Anwaltsverband (E. 2.6.2.) gehe aber von der Zulässigkeit des pactum de palmario aus.¹² Schliesslich bestehe auch international (E. 2.6.3.) eine Tendenz, Erfolgshonorare zuzulassen.¹³

Vor diesem Hintergrund wendet sich das Bundesgericht dann der eigenen Auslegung zu, der es die Überlegung voranstellt (E. 2.7.), das Gesetz müsse in erster Linie aus sich selbst heraus, d. h. nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Diese Auslegung habe sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstelle, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert sei die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolge es einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehne es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen.¹⁴

Bei der Analyse des (deutschen, französischen und italienischen) Wortlauts (E. 2.7.1.–2.7.3.) kommt das Gericht zum Schluss, dieser spreche für die Zulässigkeit eines pactum de palmario. Im Rahmen einer teleologischen Auslegung (E. 2.7.4.) wägt das Bundesgericht sodann ab, zentral sei der Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und die Erhaltung der Vertrauenswürdigkeit und der Unabhängigkeit der Anwaltschaft.¹⁵ Bei Abschluss eines pactum de palmario könnte ein Anwalt, dem für den Fall eines Obsiegens im Prozess eine Erfolgsprämie versprochen worden sei, etwa versucht sein, einen bei neutraler Betrachtung vorteilhaften Vorschlag auf Abschluss eines Vergleichs zur Ablehnung zu empfehlen. Auf der anderen Seite schaffe eine im Verhältnis zum Stundenhonorar attraktivere Erfolgsprämie den Anreiz, den Rechtsstreit möglichst bald mit einem – neutral betrachtet – mittelmässigen Vergleich zu beenden, obwohl mit mehr Aufwand ein für den Klienten insgesamt besseres Resultat erreicht werden könnte. Freilich lasse sich auch bei einer zulässigen Honorarvereinbarung ein Interessengegensatz zwischen Anwalt und Klient nicht verhindern. Der Anwalt werde stets an einem möglichst hohen Honorar interessiert sein, während der Klient Interesse an einem möglichst tiefen Honorar habe. Ein Anreiz zu einem möglichst raschen und ohne viel Aufwand erreichten Abschluss der Sache bestehe für den Anwalt auch bei Vereinbarung eines (zulässigen)¹⁶ Pauschalhonorars. Im Gegensatz zum unzulässigen pactum de quota litis biete das beim pactum de palmario in jedem Fall geschuldete Honorar dem Anwalt schliesslich einen gewissen wirtschaftlichen Schutz, der sich zugunsten seiner Unabhängigkeit auswirkt.¹⁷ Zur Wahrung der Unabhängigkeit des Anwalts erscheine somit ein Verbot des pactum de palmario nicht erforderlich, wohl aber das Setzen gewisser Schranken für dessen Zulässigkeit. Das grundsätzlich zulässige pactum de palmario müsse sich daher in gewissen Grenzen bewegen (E. 2.7.5.). In diesem Zusammenhang sieht das Bundesgericht drei Schranken, wobei es den Eingriff in die Wirt-

schaftsfreiheit durch diese drei Einschränkungen als geeignet, erforderlich und zumutbar erachtet, um der Gefahr einer Übervorteilung und des Verlusts der Unabhängigkeit des Anwalts entgegenzuwirken.

Erstens habe es bereits in seinem Urteil vom 24. 6. 2006 festgehalten, das Verbot des (reinen) Erfolgshonorars dürfe nicht mit einer geringfügigen erfolgsunabhängigen Entschädigung unterlaufen werden; der Rechtsanwalt müsse unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ein Honorar erzielen, welches nicht nur seine Selbstkosten decke, sondern ihm auch einen angemessenen Gewinn ermögliche.¹⁸ Zweitens dürfe die vom Erfolg abhängige Honorarkomponente im Verhältnis zum in jedem Fall geschuldeten Honorar nicht so hoch sein, dass die Unabhängigkeit des Anwalts beeinträchtigt sei und die Gefahr einer Übervorteilung bestehe. Zwar werde auf die Festlegung einer fixen Obergrenze verzichtet. Klar überschritten sei die Grenze aber jedenfalls, wenn das erfolgsabhängige Honorar höher sei als das erfolgsunabhängige Honorar. Drittens bestehe schliesslich eine zeitliche Grenze für den

zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, N 120 und 122 zu Art. 12 BGFA; DERS., Anwaltsrecht, 2. Aufl. 2017, N. 444 ff.; HEIM, Les honoraires d'avocat en Suisse, in: Der Erfolg und das Honorar des Anwalts, 2007, S. 148; NATER, Das Verbot des Erfolgshonorars – Verhinderung des Zugangs zum Recht?, in: Haftpflichtprozess 2008 S. 35 f.; NATER/GÖTZ/STAEHELIN, Zur Ausgestaltung der Honorarvereinbarung – Das Problem des «Windfalls» und des Erfolgshonorars, SJZ 103/2007 S. 473; PFEIFER, Übersicht und Überlegungen zum Erfolgshonorar von Rechtsanwälten, in: Das künftige Berufsbild des Anwalts in Europa, 2000, S. 75 f.; SCHILLER, Das Erfolgshonorar nach BGFA, SJZ 100/2004 S. 355 f.; DERS., Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, N. 1620; DERS., Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozessgewinn ist verboten, Anwaltsrevue 1/2010 S. 42; SCHUMACHER, Prozessfinanzierung – Erfolgshonorarisierte Fremdfinanzierung von Zivilverfahren, 2015, N. 248; VALTICOS, Commentaire romand, Loi sur les avocats, 2010, N 217 zu Art. 12 BGFA; WIDMER LÜCHINGER, Die zivilrechtliche Beurteilung von anwaltlichen Erfolgshonorarvereinbarungen, AJP 2011 S. 1446; DOMEJ, Finanzierung von Verbands- und Gruppenklagen, in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, 2016, S. 72.

- 11 SCHWANDER, Erfolgshonorar ohne Zustimmung des Klienten?, ZBJV 145/2009 590 ff.; HESS, Umsetzung des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte [BGFA] durch die Kantone, SJZ 98/2002 S. 488; (offen gelassen dann in: HESS, Das Anwaltsgesetz des Bundes [BGFA] und seine Umsetzung durch die Kantone am Beispiel des Kantons Bern, ZBJV 140/2004 S. 112); TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, 2001, S. 216 ff. und S. 229 ff., FISCHBACHER/RUSCH, Der Bruno Steiner-Fall, AJP 2013 S. 529 f.
- 12 Art. 19 der Schweizerischen Standesregeln: «Zulässig ist jedoch die Vereinbarung einer Erfolgsprämie, welche zusätzlich zum Honorar geschuldet ist (pactum de palmario).»
- 13 Vgl. BERNHART, a. a. O., S. 130; KILIAN, Die erfolgsbasierte Vergütung des Rechtsanwaltes, in: Der Erfolg und das Honorar des Anwalts, 2007, S. 15 f.; WIDMER LÜCHINGER, a. a. O., S. 1447 ff.
- 14 Vgl. BGE 141 III 195 E. 2.4 S. 198 f.; 140 III 206 E. 3.5.4 S. 214; 140 IV 1 E. 3.1 S. 5, je mit Hinweisen.
- 15 BGE 123 I 193 E. 4a S. 195; Urteil (des Bundesgerichts) 2A.255/2003 vom 30. 3. 2004 E. 3.2; vgl. auch BGE 130 II 87 E. 4.1 S. 93.
- 16 Urteil (des Bundesgerichts) 2C_247/2010 vom 16. 2. 2011 E. 5.4.
- 17 Vgl. BGE 113 Ia 279 E. 4a S. 184 f.
- 18 Urteil (des Bundesgerichts) 2A.98/2006 vom 24. 7. 2006 E. 2.2.

Abschluss eines *pactum de palmario*. Es dürfe zu Beginn des Mandatsverhältnisses oder nach Beendigung des Rechtsstreits abgeschlossen werden, nicht aber während des laufenden Mandats.¹⁹ Dies ergebe sich einerseits aus Art. 12 lit. i BGFA, wonach die Anwälte ihre Klienten bei Übernahme des Mandats über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufklären müssten.²⁰ Andererseits sei diese Einschränkung erforderlich, um die Gefahr einer Übervorteilung einzudämmen. Denn ein Anwaltswechsel während eines laufenden Mandats sei für den Mandanten mit Kosten und Verzögerungen verbunden, womit er sich in einer gewissen Zwangslage befinde, wenn sein Anwalt zu diesem Zeitpunkt die Zustimmung zu einer Erfolgsprämie verlange.

III. Bemerkungen

Art. 12 lit. e BGFA verbietet nur die Verabredung eines reinen Erfolgshonorars. Wie die Erwägungen des Bundesgerichts belegen, schloss es schon vor Inkrafttreten dieses Gesetzes nicht aus, bei der Rechnungsstellung auch den Prozessausgang zu berücksichtigen, sofern der Prozess Erfolg nicht das einzige Honorarbemessungskriterium blieb. Auch in der Lehre überwog die Meinung, es sei nicht zu beanstanden, wenn der Ausgang eines streitigen Verfahrens bei der Honorarbemessung neben anderen Kriterien berücksichtigt werde. Das Urteil zeigt nun, dass Art. 12 lit. e BGFA daran nichts geändert hat. Auch diese Regelung verbietet nur, den Honoraranspruch des Anwalts derart mit dem Erfolg seiner Tätigkeit zu verknüpfen, dass er ohne dessen Eintritt gar nicht entsteht. Der Ausgang des Verfahrens darf auch nicht Hauptbemessungsfaktor für die Höhe des Honorars sein. Dem Anwalt und seinem Klienten ist es aber nicht untersagt, neben anderen Kriterien auch den Erfolg oder Misserfolg eines streitigen Verfahrens zu berücksichtigen und beispielsweise eine Erfolgsprämie (*pactum de palmario*) zu vereinbaren.²¹

Auch die ersten zwei Bedingungen, welche das Bundesgericht an die Zulässigkeit der Verabredung einer Erfolgsprämie knüpft, sind nicht neu: Der Rechtsanwalt muss unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ein Honorar erzielen, welches nicht nur seine Selbstkosten deckt, sondern ihm auch einen angemessenen Gewinn ermöglicht. Und die vom Erfolg abhängige Honorarkomponente darf im Verhältnis zum in jedem Fall geschuldeten Honorar nicht so hoch sein, dass die Unabhängigkeit des Anwalts beeinträchtigt wird und die Gefahr einer Übervorteilung besteht.²² Die dritte Bedingung ist hingegen neu. Die Verabredung einer Erfolgsprämie soll nur zu Beginn des Mandatsverhältnisses oder nach Beendigung des Rechtsstreits zulässig sein, nicht aber während des laufenden Mandats. Die Begründung dieser Einschränkung vermag aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen:

Dass eine Erfolgsprämie nur zu Beginn des Mandatsverhältnisses (oder nach Beendigung eines Prozesses) soll verabredet werden können, ergibt sich nach Meinung des Bundesgerichts schon aus Art. 12 lit. i BGFA, wonach die Anwälte ihre Klienten bei Übernahme des Mandats über

die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufklären müssten. Richtig daran ist, dass schon bisher eine umfassende Aufklärung des Klienten als unabdingbar erachtet wurde.²³ HANS NATER fordert beispielsweise, der Anwalt müsse den Klienten vorab darüber informieren, was der Prozess ohne Vereinbarung einer Erfolgsprämie koste. Die Erfolgsprämie müsse sodann bestimmt oder jedenfalls in einer für die Klienten mühelos nachvollziehbaren Form bestimmbar sein. Vorzugsweise sei mit Zahlen zu operieren.²⁴ Es leuchtet aber nicht ein, dass eine solche Information nur zu Beginn des Mandatsverhältnisses oder nach Beendigung des Rechtsstreits möglich sein soll, nicht aber während des laufenden Mandats. Zwar entspricht dies *prima vista* dem Wortlaut von Art. 12 lit. i BGFA. Dass der Gesetzgeber die Information über die Grundsätze der Rechnungsstellung zu Beginn des Mandats verlangt, dürfte jedoch ausschliesslich daran liegen, dass das Honorar in der Regel in diesem Zeitpunkt festgelegt wird. Art. 12 lit. i BGFA schliesst jedoch eine Änderung der Honorarvereinbarung im Verlauf des Mandats nicht aus – vorausgesetzt, der Anwalt informiert den Klienten rückhaltlos über die Folgen dieser Änderung. Dass die Informationspflicht zeitlich nicht auf den Beginn des Mandats beschränkt ist, belegt auch die Pflicht zur periodischen Information über die Höhe des geschuldeten Honorars im Verlauf der Ausführung des Auftrags (Art. 12 lit. i BGFA).²⁵ Aus Art. 12 lit. i BGFA kann daher nicht abgeleitet werden, eine Erfolgsprämie dürfe nur zu Beginn des Mandats vereinbart werden.

Ebenso wenig nachvollziehbar ist die Begründung, die zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit eines *pactum de palmario* sei zur Eindämmung der Gefahr einer Übervorteilung des Klienten erforderlich (E. 2.7.5.). Das Bundesgericht führt dafür das Argument ins Feld, ein Anwaltswechsel während eines laufenden Mandats sei für den Mandanten mit Kosten und Verzögerungen verbunden. Er befinde sich daher in einer gewissen Zwangslage, wenn sein Anwalt zu diesem Zeitpunkt die Zustimmung zu einer Erfolgsprämie verlange. Dem ist zum einen entgegenzuhalten, dass eine solche Zwangslage im zu beurteilenden Fall gar nicht zur Diskussion stand. Im Sachverhalt findet sich jedenfalls kein Hinweis, B. habe A. die Niederlegung des Mandats angedroht oder A. habe mindestens damit rechnen müssen, wenn er ihm die Erfolgsprämie nicht gewähre. Und würde sie zum ändern – in einem neuen Fall – zur Diskussion stehen, wäre sie ein klassischer Anwendungsfall von Art. 21 OR, nämlich der Ausbeutung einer Notlage. Der Klient könnte daher «innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte» (Art. 21 Abs. 1 OR).

¹⁹ Vgl. auch Urteil (des Bundesgerichts) 5P.111/1999 vom 18. 6. 1999 E. 2.

²⁰ Vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 2C_247/2010 vom 16. 2. 2011 E. 5 (Pauschalhonorar).

²¹ FELLMANN, Anwaltsrecht, a. a. O., N 444.

²² Vgl. FELLMANN, Anwaltsrecht, a. a. O., N 444 ff. m. w. H.

²³ FELLMANN, Anwaltsrecht, a. a. O., N 446 m. w. H.

²⁴ NATER, a. a. O., S. 38.

²⁵ Vgl. dazu FELLMANN, Anwaltsrecht, a. a. O., N 503 ff. m. w. H.

Wie vorne bereits ausgeführt wurde, wird die Problematik der Wertdisparität der Vertragsleistungen nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts abschliessend von Art. 21 OR erfasst.²⁶ Eine Nichtigkeit des Vertrags im Sinn von Art. 20 Abs. 1 OR könnte nur zur Diskussion stehen, wenn zusätzlich die qualifizierten Tatbestandsvoraussetzungen der Sittenwidrigkeit erfüllt wären.²⁷ Indem das Bundesgericht die Vereinbarkeit einer Erfolgsprämie mit dem Verbot des Erfolgshonorars nach Art. 12 lit. e BGFA zum Schutz vor einer Übervorteilung des Klienten vom Zeitpunkt des Abschlusses der Honorarvereinbarung abhängig macht und als Rechtsfolge einer Verletzung dieser Vorgabe deren Nichtigkeit annimmt, setzt es sich in Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung, von der es angeblich gar nicht abweichen wollte (E. 2.7.4.). Dieser Ansatz ist umso weniger gerechtfertigt, als sich die Gefahr der Übervorteilung ganz einfach durch Beschränkung der Höhe der Erfolgsbeteiligung bannen lässt – wie das Bundesgericht in E. 2.7.4. selbst darlegt.

Hinzu kommt, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur eintritt, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen wird oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt.²⁸ Nicht jede Missachtung einer öffentlich-rechtlichen Norm führt zur Nichtigkeit der davon betroffenen Vereinbarung.²⁹ Davon geht im hier zu besprechenden Urteil auch das Bundesgericht aus, wenn es ausführt, Art. 12 lit. e i. V. m. lit. i BGFA sehe die Nichtigkeit zwar nicht ausdrücklich vor, diese Rechtsfolge ergebe sich aber aus dem Sinn und Zweck von Art. 12 lit. e BGFA, der u. a. den Schutz der Klienten bezwecke (E. 2.8.1.). Für die Vereinbarung eines (reinen) Erfolgshonorars mag dies zutreffen.³⁰ Im vorliegenden Fall ging es aber gerade nicht um die Vereinbarung eines (reinen) Erfolgshonorars, sondern um eine Erfolgsprämie, welche zusätzlich zum Honorar geschuldet sein sollte (pactum de palmario). Es stellt sich somit die Frage, ob es Sinn und Zweck der eingeschränkten Zulässigkeit von Erfolgsprämien ist, dass ein Verstoss gegen diese Schranken zur Nichtigkeit der Honorarvereinbarung führt. Das Bundesgericht begründet die von ihm gesetzten Schranken einerseits mit der Unabhängigkeit des Anwalts, andererseits mit dem Schutz der Klienten vor Übervorteilung. Dem Schutz der Unabhängigkeit des Anwalts ist indessen bereits mit den ersten beiden Bedingungen (ausreichendes erfolgsunabhängiges Honorar, Begrenzung der zulässigen Höhe der Erfolgsprämie) Genüge getan. Die Begrenzung der Höhe des Erfolgshonorars dient gleichzeitig dem Schutz der Klienten vor Übervorteilung (E. 2.7.4.). Ein weitergehender Schutz der Klienten wäre nur erforderlich, wenn die Erfolgsprämie tatsächlich zu einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung führen würde. Für diesen Fall steht dem Klienten aber Art. 21 OR zur Verfügung. Zusätzlich die Rechtsfolge der Nichtigkeit anzunehmen, ist nicht erforderlich.³¹ Gerade die vom Bundesgericht erwähnte Zwangslage des Klienten bei einem Anwaltswechsel zeigt, dass eine andere Lösung zu unhaltbaren Ergebnissen führte. Dem bisherigen Anwalt des Klienten wäre es verboten, nachträglich eine

Erfolgsprämie zu vereinbaren. Sein Nachfolger hingegen wäre – bei Einhaltung der beiden anderen Schranken – ohne Weiteres befugt, sich eine Erfolgsprämie versprechen zu lassen. Warum in diesem Fall die Gefahr einer Übervorteilung geringer sein soll, ist beim besten Willen nicht ersichtlich. Dazu kommt, dass eine solche zusätzliche Einschränkung des pactum de palmario mit Art. 36 BV (E. 2.7.5.) nicht zu vereinbaren wäre. Sie ist nach dem Gesagten weder erforderlich noch verhältnismässig.

Diese Kritik redet keiner Liberalisierung des pactum de palmario das Wort. Es erscheint vielmehr richtig, der Gefahr der Übervorteilung durch Beschränkung der Höhe der Erfolgsbeteiligung und rigide Aufklärungspflichten zu begegnen. Was beim Verweis auf Art. 12 lit. e BGFA nämlich regelmässig vergessen geht, ist das Interesse, das hinter der Verabredung der Erfolgsprämie steht. Muss sie – wie es das Bundesgericht auch im hier besprochenen Entscheid verlangt – gewährleisten, dass der Anwalt unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ein Honorar erzielt, das nicht nur seine Selbstkosten deckt, sondern ihm auch einen angemessenen Gewinn ermöglicht, liegt die Erfolgsprämie primär im Interesse des Anwalts an der Maximierung seines Honorars. Anders das Erfolgshonorar, das das Risiko des Misserfolgs dem Anwalt überbindet und somit im Interesse des Klienten liegt.³² Zwar kann man einwenden, ohne das pactum de palmario wäre der Anwalt auch im Fall eines Misserfolgs sehr teuer, was nicht im Interesse des Klienten liege. Eine solche Beweisführung übersieht

²⁶ BGE 115 II 232 E. 4c S.236; ebenso KRAMER, Berner Kommentar, 1991, N 62 zu Art. 21 OR.

²⁷ Vgl. KRAMER, a. a. O., N 62 zu Art. 21 OR; vgl. auch HUGUENIN/MEISE, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, N 54 zu Art. 19/20 OR, wonach für den Fall, dass neben einer strafrechtlichen Verbotsnorm (z. B. Wucher i. S. v. Art. 157 Ziff. 1 StGB) ein korrelierendes zivilrechtliches Ausgleichsinstrument besteht, das als Rechtsfolge keine Nichtigkeit vorsieht, diese nicht über Art. 20 Abs. 1 OR angeordnet werden darf; ebenso BGE 134 III 52 E. 1.3.3 ff. S. 56 ff., wonach die zivilrechtlichen Rechtsfolgen des Verstosses gegen Art. 164 StGB durch Art. 285 ff. SchKG abschliessend geregelt werden und keine Nichtigkeit i. S. v. Art. 20 OR vorliegt.

²⁸ Statt vieler BGE 134 III 438 E. 2.2 S. 442; ebenso bereits KRAMER, a. a. O., N 322 zu Art. 19–20 OR. Nach KRAMER kann insbesondere dann, wenn sich das Verbot lediglich gegen die äusseren (vor allem zeitlichen) Umstände des Vertragsschlusses richtet, nicht von Widerrechtlichkeit i. S. v. Art. 20 OR gesprochen werden und auch Sinn und Zweck der Verbotsnorm rechtfertigen in solchen Fällen im Allgemeinen nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit (KRAMER, a. a. O., N 141 zu Art. 19–20 OR).

²⁹ Vgl. BGE 122 III 166, wonach das Fehlen der vom öffentlichen Recht vorgeschriebene Arbeitsbewilligung nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages führt oder BGE 117 III 286, wonach der Vertrag mit einem Makler, welcher nicht über die erforderliche kantonale Berufsausübungsbewilligung verfügt, grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit des Vertrages führt (dazu auch HUGUENIN/MEISE, a. a. O., N 21 zu Art. 19/20 OR).

³⁰ Zur Rechtsfolge der Nichtigkeit bei Verstoss gegen ein kantonales Verbot des Erfolgshonorars BGE 41 II 474 E. 1d S. 484 f.; betreffend Art. 12 lit. e BGFA FELLMANN, Kommentar Anwaltsgesetz, a. a. O., N 127 zu Art. 12 BGFA.

³¹ Vgl. zum Verhältnis von Art. 20 und 21 OR auch die bereits erfolgten Ausführungen, insb. Fn. 26 und 27.

³² SCHENKER, Gedanken zum Anwalts Honorar, in: Schweizerisches Anwaltsrecht, 1998, S. 148 f.; vgl. auch FELLMANN, Anwaltsrecht, a. a. O., N 443.

indessen die Wandlung des Rechtsmarkts.³³ Der Rechtsmarkt hat sich zu einem Käufermarkt entwickelt!³⁴ Wie BRUNO MASCELLO zutreffend feststellt, steigt die Zahl der Anbieter, auch der alternativen, konstant und schafft damit einen grossen und wachsenden Wettbewerb.³⁵ Zwar werde der Rechtsdienstleistungsmarkt ebenfalls weiterwachsen. Diese Expansion erfolge jedoch nicht so schnell wie der Zuwachs der Anwälte, was eine Senkung der durchschnittlichen Umsätze pro Anwalt erwarten lasse.³⁶ Auch LEO STAUB konstatiert einen enormen Druck auf die Honoraransätze.³⁷ Die Zeiten stetig steigender Honorare sind also vorbei. Klienten werden in Zukunft auch ohne Verabredung einer Erfolgsprämie (und nicht nur für den Fall des Unterliegens) angemessene Honorare aushandeln können. Dazu brauchen sie das pactum de palmario nicht.

Sich für den Fall eines Misserfolgs abzusichern, wird aber ein Anliegen bleiben. Wie ISAAK MEIER und RICCARDA SCHINDLER zutreffend feststellen, haben die Prozesskosten in der Schweiz eine Höhe erreicht, die es dem Grossteil der Bevölkerung faktisch verunmöglicht, einen Prozess mit hohem Streitwert zu führen.³⁸ Gerade für den Mittelstand ist das Kostenrisiko eines Prozesses ein augenfälliges Hindernis, sein Recht vor Gericht durchzusetzen. Während unbemittelte Personen nach Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, läuft der Mittelstand Gefahr, im Prozess finanziell zu verbluten.³⁹ Dies zerstört das Fundament unseres Rechtsstaats. Jeder Bürger muss nämlich die Möglichkeit haben, einen Anspruch vor Gericht durchzusetzen.⁴⁰ Es besteht daher die dringende Gefahr, dass das Verbot des Erfolgshonorars in naher Zukunft auf dem Altar der kantonalen Gerichtskostenhöhe geopfert werden muss – Unabhängigkeit und Vertrauen in die Anwaltschaft hin oder her. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat jedenfalls schon 2006 entschieden, ein generelles Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren müsse als unzulässig betrachtet werden.⁴¹ Dies veranlasste den deutschen Gesetzgeber zu einer Neuregelung der Rechtsanwaltsvergütungsverordnung (RVG). Zwar geht § 49b Abs. 2 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) immer noch von einem grundsätzlichen Verbot derartiger Vereinbarungen aus, doch ist dessen

Geltung durch das RVG weitgehend aufgehoben.⁴² So ist nun die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zulässig, sofern sie für den Einzelfall vereinbart wird und der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ohne eine solche Lösung von der Rechtsverfolgung abgehalten würde.⁴³ Dies ist der Fall, wenn der Mandant mittellos ist und sich keinen Rechtsanwalt leisten kann. Von einem Prozess abhalten lassen könne sich nach Meinung von MICHAEL KLEINE-COSACK aber auch ein zahlungsfähiger Rechtsuchender, dem die Prozess- und Gegnerkosten einfach zu hoch seien. Aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs der «wirtschaftlichen Verhältnisse» müsse auch in einer solchen Situation die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zulässig sein.⁴⁴ Nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts kann sogar der Wunsch nach einer Risikoteilung den Abschluss einer Erfolgshonorarvereinbarung legitimieren, sofern sich der Mandant ansonsten gegen einen Prozess entscheiden würde.⁴⁵ Armut ist also nur noch eines der Kriterien zur Rechtfertigung eines Erfolgshonorars und muss nicht zwingend vorliegen.

³³ Vgl. dazu eingehend FELLMANN, Anwaltsrecht, a. a. O., N 2060 ff. m. w. H.

³⁴ HARTUNG, Game over? Zum Stand der Dinge, in: Die Kanzlei als erfolgreiche Marke, 2015, IX; vgl. auch eingehend FELLMANN, Anwaltsrecht, a. a. O., N 2085 ff. m. w. H.

³⁵ MASCELLO, Anwalt 2020: Megatrends, Auswirkungen und Reaktionen, Anwaltsrevue 2015 S. 402.

³⁶ MASCELLO, a. a. O., S. 404.

³⁷ STAUB, Festlegung der Kanzleistrategie – Einführung und Übersicht, in: Management von Anwaltskanzleien, Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen, 2012, S. 5 f.; DERS., Strategieentwicklung in der Anwaltskanzlei, Anwaltsrevue 2009 S. 300.

³⁸ MEIER/SCHINDLER, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht?, in: Haftpflichtprozess 2015 S. 71.

³⁹ FELLMANN, Anwaltsrecht, a. a. O., N 2112.

⁴⁰ FELLMANN, Anwaltsrecht, a. a. O., N 1731.

⁴¹ Urteil (des deutschen Bundesverfassungsgerichts) vom 12. 12. 2006, in: NJW 2007 S. 979.

⁴² KLEINE-COSACK, Bundesrechtsanwaltsordnung mit BORA und FAO, 7. Aufl. 2015, N 2 zu § 49b BRAO.

⁴³ FEUERICH/WEYLAND, Bundesrechtsanwaltsordnung, 9. Aufl. 2016, N 16 zu § 49b BRAO; vgl. auch § 41 RVG.

⁴⁴ Vgl. KLEINE-COSACK, a. a. O., N 41 ff. zu § 49b BRAO.

⁴⁵ KLEINE-COSACK, a. a. O., N 42 f. zu § 49b BRAO.

Internationale Briefmarken-Auktion



Nächste öffentliche Schwarzenbach-Auktion: April 2018

Wertvolle Sammlungen und seltene Einzelstücke der Sammelgebiete SCHWEIZ, EUROPA, ÜBERSEE und Thematik **jetzt einliefern!** Musterkatalog gratis.

Annahmeschluss: Ende Januar 2018

Kostenlose und unverbindliche Schätzung und Beratung an unserem Domizil. Jederzeit **Direktankauf** von grossen SAMMLUNGEN GANZE WELT, alten Archiven, Nachlässen und Erbschaften (inkl. Briefen, Ganzsachen, Ansichtskarten usf.) gegen **Barzahlung**. Parkplätze vorhanden. Besuche nach Vereinbarung.

Schwarzenbach Auktion Zürich, Internat. Briefmarken-Auktionen, 8032 Zürich, Merkurstrasse 64, Tel. 043 244 89 00, Fax 043 244 89 01, www.schwarzenbach-auktion.ch, info@schwarzenbach-auktion.ch

Stämpfli

Buchhandlung

Alles was Recht ist!
Und noch viel mehr auf

www.staempflishop.com