

Kaspar Schiller\*

## Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozessgewinn ist verboten

**Stichworte:** Erfolgshonorare, Honorarvereinbarung, Honorarbemessung, Honorarverzicht, Vertragsfreiheit, Zugang zum Recht, unbeeinflusste Interessenwahrung, Aufklärungspflicht

Anwaltshonorare sind ein süffiges Thema. Den Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema ist im Publikum und in der Anwaltschaft immer eine hohe Aufmerksamkeit gewiss, die weit über deren rechtliche und praktische Bedeutung hinausgeht. Die durch Honorarentscheide angefachten Diskussionen sind häufig nicht frei von Neid oder Häme, je nachdem ob der Entscheid für den betroffenen Anwalt gut oder ungünstig ausgefallen ist. Es liegt in der Natur der Sache, dass den Gerichten nur Fälle vorgelegt werden, bei denen ein Klient die Anwaltsrechnung als zu hoch beanstandet. Einige dieser beurteilten Honorarrechnungen erscheinen tatsächlich überrissen. Sie werfen ein schlechtes Licht auf die gesamte Anwaltschaft, obwohl die meisten Anwälte und Anwältinnen für ihre Leistungen anständig und angemessen Rechnung stellen. Bad cases make bad law.

Das zeigt sich auch bei einem Fall, den das Bundesgericht kürzlich publiziert hat.<sup>1</sup> Das Gericht hat ein wahrhaft fürstliches Honorar geschützt, was zu Kommentaren geführt hat, die zum Teil berechnete Fragen aufwerfen, die zum Teil aber auch weit über das Ziel hinausschiessen.

Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Genfer Anwalt war beauftragt, eine Forderung von rund CHF 90 Mio. einzutreiben. Während des sich über mehrere Jahre hinziehenden Mandats hatte der Anwalt jeweils quartalsweise nach Stundenaufwand Zwischenrechnungen gestellt, die alle diskussionslos bezahlt wurden. Nach erfolgreichem Abschluss des Mandats stellte der Anwalt Schlussrechnung und verrechnete dabei ohne Vorinformationen und ohne entsprechende Vereinbarung mit dem Klienten einen Erfolgzuschlag, der den zuvor durchschnittlich in Rechnung gestellten Stundenansatz auf nahezu das Vierfache emporschnellen liess.<sup>2</sup> Gestützt auf Art. 34 des Genfer Anwaltsgesetzes, der die Möglichkeit eines Erfolgzuschlags vorsieht, reduzierte das Bundesgericht die Schlussrechnung geringfügig, erachtete aber den nachträglich geltend gemachten Erfolgzuschlag grundsätzlich als zulässig. Die Begründung kann durchaus hinterfragt werden.<sup>3</sup>

Obwohl im konkreten Fall *kein Erfolgshonorar vereinbart* war, und obwohl das Bundesgericht das BGFA *nicht angewendet* hat, nimmt *Daniel Schwander* den Entscheid zum Anlass,<sup>4</sup> mit einem Rundumschlag die Vereinbarung von Erfolgshonoraren unter BGFA generell in Frage zu stellen, also auch Vereinbarungen, nach denen der Erfolg lediglich eines von mehreren Elementen der Honorarbestimmung ist. Dieses extensive Verständnis des Verbots von Erfolgshonoraren geht deutlich zu weit und verlangt eine Klarstellung. Dabei wird zunächst auf die Vertragsfreiheit (I.) und auf deren berufsrechtliche Einschränkungen (II.) eingegangen, die verwendete Terminologie (III.) und die herkömmliche kantonale Ordnung zum Anwaltshonorar dargestellt (IV.). Sodann wird die Regelung des BGFA erläutert (V.), insbesondere die Verbote der Beteiligung am Prozessgewinn (VI.) und des Honorarverzichts bei Prozessverlust (VII.). Schliesslich folgen einige Schlussbemerkungen (VIII.).

### I. Vertragsfreiheit

Das Anwaltsmandat ist ein privatrechtlicher Vertrag, nach schweizerischer Auffassung ein Auftrag im Sinn von Art. 394 ff. OR. Aufgrund der Vertragsautonomie können die Parteien den Vertragsinhalt im Rahmen der Rechtsordnung frei gestalten. Das gilt zunächst für den Umfang der Leistungspflichten des Anwalts. Klient und Anwalt können aber auch die *Entschädigung*, deren Bemessung und Modalitäten grundsätzlich *frei vereinbaren*.

Hat der Klient mit seinem Anwalt *keine Vereinbarung* zum Honorar getroffen, ist die *übliche Entschädigung* geschuldet, also das allgemein *Branchen- und Ortsübliche*.<sup>5</sup> Besteht weder eine Vereinbarung noch eine Übung, wird die Entschädigung aufgrund sämtlicher relevanter Umstände des *Einzelfalls* festgesetzt.<sup>6</sup> Für Anwaltshonorare kann jedoch in der Regel auf eine Übung zurückgegriffen werden.<sup>7</sup>

\* Rechtsanwalt in Winterthur.

1 BGE 135 III 259 ff.

2 Für die insgesamt 1289 verrechneten Stunden von Partnern, angestellten Anwälten und Praktikanten ergab sich mit dem Zuschlag ein durchschnittlicher Stundensatz von CHF 1 650(!).

3 Z.B. welches die Tragweite kantonaler Honorarvorschriften ist; ob der vorliegend angewendete Art. 34 des Genfer Anwaltsgesetzes bundesrechtskonform ist, insbesondere die einseitige Festlegung des Honorars durch den Anwalt; ob im konkreten Fall eine Honorarabsprache auf reiner Stundenbasis getroffen wurde; ob der Anwalt seinen Aufklärungs- und Informationspflichten gehörig nachgekommen war, etc.

4 SCHWANDER, Erfolgshonorar ohne Zustimmung des Klienten? Kritische Gedanken aus Anlass von BGE 135 III 259 betreffend Anwaltshonorar, ZBJV 2009, S. 582 ff.

5 Art. 394 Abs. 3 OR. Die vom Gesetz vorgesehene Üblichkeit betrifft nach heute wohl unbestrittener Auffassung nicht nur den Grundsatz der Entgeltlichkeit, sondern auch die Höhe der Entschädigung (BGE 135 III 261 f.; BK FELLMANN, zu Art. 394 OR N 395 ff.; BSK OR I – WEBER, Art. 394 N 39 je mit Hinweisen).

6 BGE 135 III 262; 117 II 284; 101 II 111; BK FELLMANN zu Art. 394 OR N 395 ff.; BSK OR I – WEBER, Art. 394 N 35 ff.

7 Hinten IV.1.

## II. Berufsrechtliche Einschränkungen und deren Legitimation

Die Anwaltstätigkeit ist von jeher reglementiert. Dadurch wird auch die *Vertragsfreiheit der Parteien eingeschränkt*. Solche Einschränkungen sind Eingriffe in die von der Verfassung garantierte Wirtschaftsfreiheit und bedürfen einer ausreichenden *Legitimation*. Es ist ein Grundprinzip des demokratischen Rechtsstaats, dass solche Eingriffe im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen, auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen, verhältnismässig sein und den Kerngehalt des Grundrechts unangetastet lassen müssen.<sup>8</sup> Die Legitimation anwaltsrechtlicher Vorschriften ist von unterschiedlicher Intensität:

### 1. Notwendige Eingriffe

Im Rechtsstaat muss jedem Bürger der *Zugang zum Recht* offen stehen. Nun war und ist der Bürger zu keiner Zeit in der Lage, seine Rechte selber zu kennen und schon gar nicht, diese selber wahrnehmen zu können. Ohne fachmännische Unterstützung kann er sich weder gegen die Willkür des Staats oder von Dritten ausreichend wehren noch seine Rechte durchsetzen. Ohne fachmännische Unterstützung ist der Zugang zum Recht nicht gewährleistet. Im Rechtsstaat ist es deshalb notwendig, dass dem Bürger *Rechtsbeistände* zur Verfügung stehen, die ihn beim Zugang zum Recht unterstützen. Diese Rolle wird üblicherweise den *Anwälten* zugewiesen.

Damit die rechtsstaatlich notwendige Funktion der Anwälte erfüllt werden kann, muss der Klient die Gewissheit haben, dass nichts zu seinem Nachteil verwendet wird, was er seinem Anwalt anvertraut, und dass der Anwalt die Interessen des Klienten ohne jede mandatsfremde Beeinflussung wahrnimmt. Das ist für die Tätigkeit der Anwälte und Anwältinnen deshalb von ganz besonderer Bedeutung, weil diese – anders als andere Dienstleister – in aller Regel ihre Klienten im Rechtskonflikt *gegen* die Interessen Dritter beraten und vertreten. *Vertraulichkeit* und *unbeeinflusste Interessenwahrung* der Anwälte sind im Rechtsstaat unabdingbar. Zudem müssen die *Rechtskosten tragbar* sein, wenn der Zugang zum Recht jedem Bürger offen stehen soll.

Der Zugang zum Recht wird im freien Markt nicht erreicht, insbesondere nicht die Vertraulichkeit und die unbeeinflusste Interessenwahrung. Deshalb ist im Rechtsstaat eine *Regulierung der Anwaltstätigkeit notwendig*, welche dies sicherstellt. Dementsprechend auferlegen die meisten Rechtsstaaten den Anwälten eine *Geheimhaltungspflicht* und ein *Verbot von Interessenkonflikten*. Angesichts der Bedeutung des Zugangs zum Recht kann die Legitimation dieser Eingriffsnormen im Rechtsstaat nicht zur Diskussion stehen. Die Geheimhaltungspflicht und das Verbot von Interessenkonflikten haben Verfassungsrang.<sup>9</sup> Zum Schutz des Klienten sind sie streng anzuwenden.<sup>10</sup>

8 Art. 36 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2008, Rz 302 ff., 324 ff.

9 BÖCKLI, Anwaltsgeheimnis und Fiskus im Rechtsstaat, SJZ 1980, S. 105 ff., S. 108 f.; PFEIFER, Die zentrale Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses (in der Schweiz), in: Professional Legal Services: Vom Monopol zum Wettbewerb, Zürich 2000, S. 73 ff.; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen

Auch das Postulat der *Tragbarkeit der Rechtskosten* für weniger bemittelte Rechtsuchende kann im Markt nicht erreicht werden und bedarf daher einer Regulierung. Anders als die Vertraulichkeit und die unbeeinflusste Interessenwahrung betrifft jedoch die Tragbarkeit der Rechtskosten die Anwaltstätigkeit kaum und erfordert somit keine besonderen Verhaltenspflichten der Anwälte und Anwältinnen. Die meisten Rechtsordnungen stellen denn auch die Tragbarkeit der Rechtskosten ausserhalb des Anwaltsrechts sicher.<sup>11</sup>

### 2. Wünschbare Eingriffe

Je nach Rechtskultur kann es sinnvoll scheinen, ausser der Vertraulichkeit und der unbeeinflussten Interessenwahrung auch weitere Bereiche der Anwaltstätigkeit zu regeln. Im Vordergrund stehen dabei das Verhältnis des Anwalts zum Staat und seine *Rolle im Justizsystem* oder aber wirtschaftspolizeiliche Anliegen zum *Verkehrs- und Konsumentenschutz*. Die Regelung solcher Fragen ist zwar rechtsstaatlich nicht zwingend, kann aber aus sonstigen Gründen des öffentlichen Interesses als wünschbar angesehen werden. Die meisten Rechtsordnungen haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und sehen ausser dem Berufsgeheimnis und dem Konfliktverbot weitere anwaltsrechtliche Regeln in unterschiedlicher Weise und in unterschiedlicher Dichte vor.<sup>12</sup>

Soweit *Vorschriften zur Entschädigung der Anwälte* im anwaltlichen Berufsrecht geregelt sind, gehören sie zu diesen rechtsstaatlich nicht unbedingt zwingenden, aber allenfalls als im öffentlichen Interesse liegenden Regeln.<sup>13</sup> Die Legitimation der Verbote zum Anwaltshonorar ist in jedem Fall schwächer, und ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung liegt nicht von vornherein auf der Hand. Namentlich das Erfordernis der *Verhältnismässigkeit*<sup>14</sup> kann hinterfragt werden: Ist das Verbot geeignet, um das im öffentlichen Interesse verfolgte Ziel herbeizuführen? Ist ein milderer Eingriff möglich? Die Verhältnismässigkeit und die Legitimation von Verboten einzelner Honorarabsprachen werden denn auch zum Teil gänzlich verneint.<sup>15</sup>

### 3. Berufsrecht und Vertragsfreiheit

Soweit das anwaltliche Berufsrecht die Vertragsfreiheit nicht einschränkt, bleiben der Klient und der Anwalt bei der Ausgestaltung des Mandats und bei der Bestimmung des Anwaltshonorars im Rahmen des Vertragsrechts frei.<sup>16</sup>

und Kernbereich (Anwaltsrecht), Zürich 2009, Rz 101, 382, 781; SCHLUEP, Über Sinn und Funktion des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zürich, 1994, S. 38 f., S. 63.

10 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 207.

11 Vgl. hinten VI.1 a bb).

12 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 110 ff.

13 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 100, 150; hinten VI.1, VII.1 b.

14 HÄFELIN/MÜLLER/KELLER (Fn. 8), Rz 320 ff.

15 Z.B. HÖCHLI, Das Anwaltshonorar, Zürich 1991, S. 84, S. 90; SCHENKER, Gedanken zum Anwaltshonorar, in: Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 155.

16 Vorn I.

### III. Terminologisches zum Erfolgshonorar

Die Terminologie zum Erfolgshonorar ist nicht immer einheitlich. Vorliegend wird unter dem Oberbegriff des *Erfolgshonorars* jedes Honorar verstanden, das ganz oder teilweise in irgendeiner Weise vom Erfolg abhängig ist. Das *reine* Erfolgshonorar bestimmt sich im Grundsatz und Umfang einzig und allein aufgrund des Erfolgs. Es unterscheidet sich vom *nicht reinen* Erfolgshonorar, bei dem der Erfolg nicht das einzige, sondern nur *eines von mehreren Elementen* zur Ermittlung der Entschädigung ist.

Die *Erfolgskomponente* kann sowohl beim reinen als auch beim nicht reinen Erfolgshonorar in unterschiedlicher Weise ausgestaltet sein und zwar sowohl hinsichtlich der Definition des Erfolgs als auch hinsichtlich dessen Auswirkungen auf das Honorar. So kann ein fixer Betrag vereinbart werden, der bei Eintritt eines bestimmten Erfolgs allein oder zusätzlich zu anderen Honorarbestandteilen geschuldet wird. Der erfolgsabhängige Honorarteil kann auch in einem Prozentsatz des Erfolgs oder Misserfolgs bestehen. Als Spezialfall davon ist ferner eine bestimmte Beteiligung am Prozessgewinn oder eine Mittragung am Verlust denkbar.<sup>17</sup>

### IV. Kantonale Regeln zum Anwaltshonorar

Ursprünglich wurde der Anwalt als Teil des Justizsystems, als eine Art Halbbeamter angesehen.<sup>18</sup> Dementsprechend war die Anwaltsentschädigung häufig in eigentlichen Tarifen angeordnet. Die traditionell verbreitete Bezeichnung «Anwaltsgebühr» zeugt von diesem Verständnis. Je mehr sich der Anwalt zum Dienstleister in einem liberalisierten Markt der Rechtsberatung und -vertretung entwickelte, desto weniger rechtfertigte sich eine Regulierung des Honorarwesens.

#### 1. Vorschriften zur Honorarbemessung

In der Schweiz war das Anwaltsrecht vor Inkrafttreten des BGFA kantonal geregelt. Ursprünglich waren Tarifordnungen verbreitet, primär für die prozessuale Tätigkeit der Anwälte. Vereinzelt waren Erfolgskomponenten erlaubt oder vorgesehen, überwiegend jedoch ausgeschlossen. Zum Teil handelte es sich um *Zwangstarife*, von denen auch mit dem Einverständnis des Klienten nicht abgewichen werden durfte, die somit die Vertragsfreiheit einschränkten. Andere kantonale Tarife und Bestimmungen hatten lediglich den Charakter von *Empfehlungen* und *Richtlinien*, welche die Vertragsfreiheit zwar nicht rechtlich einschränken, ihr aber faktisch doch gewisse Grenzen setzen. Zudem haben auch die Anwaltsverbände für ihre Mitglieder Honorarordnungen erlassen. Diese privatrechtlichen Verbandsvorschriften sind jedoch aufgrund einer Intervention der Wettbewerbskommission aufgehoben worden.<sup>19</sup>

17 Vgl. BGE 135 III 262 f.; SCHENKER (Fn. 15), S. 145; SCHILLER, Das Erfolgshonorar nach BGFA (Erfolgshonorar), SJZ 2004, S. 353 ff., 355 f.; SCHWANDER (Fn. 4), S. 591.

18 Vgl. SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 49 ff., 224 f.

19 Der Nutzen dieser Intervention der Weko für den Konsumenten ist jedoch mehr als fraglich. Jedenfalls sind die Anwaltshonorare seitdem nicht ge-

staatliche Vorschriften oder Empfehlungen zu den Anwaltshonoraren können einerseits die freie *Vereinbarung* des Honorars rechtlich oder faktisch *einschränken* und andererseits als Ausdruck des *Üblichen* gelten,<sup>20</sup> so z.B. die Ordnungen betr. Prozessentschädigung. Wenn Erfolgskomponenten in Honorarordnungen vorgesehen sind, können sie somit bei der Honorarbemessung als Übung berücksichtigt werden. In abnehmendem Mass dürfte auch den aufgehobenen Verbandsregeln nach wie vor eine gewisse praktische Bedeutung zukommen, namentlich soweit sie die Methode der Honorarermittlung umschreiben.

#### 2. Verbote zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren

Während die Möglichkeit der Vereinbarung von Erfolgshonoraren in der angloamerikanischen Rechtskultur von jeher selbstverständlich war, standen die kontinentaleuropäischen Länder den erfolgsabhängigen Honoraren skeptisch gegenüber. Wie in den umliegenden Ländern<sup>21</sup> war die Vereinbarung erfolgsabhängiger Honorare auch in der Schweiz verpönt. Ursprünglich hatten die meisten Kantone generell alle Vereinbarungen *verboten*, die das Honorar ganz oder teilweise *vom Erfolg abhängig* machen. Insbesondere waren Beteiligungen des Anwalts an der Streitsache unzulässig.

In den vergangenen Jahrzehnten war eine deutliche Tendenz zur Liberalisierung und zur Lockerung der Verbote von erfolgsabhängigen Honoraren festzustellen. Das Bundesgericht hatte schon unter kantonalem Recht Honorarvereinbarungen zugelassen, bei welchen der Erfolg als eines von mehreren Elementen berücksichtigt wird. Unzulässig blieb jedoch die Absprache der reinen Beteiligung am Prozessgewinn, bei der sich das Honorar *ausschliesslich* aufgrund des Prozessersfolgs bemisst.<sup>22</sup> Dies war die *landesweit geltende Situation* vor Inkrafttreten des BGFA.<sup>23</sup>

### V. Regeln des BGFA zum Honorar

Für die *Bemessung der Honorarhöhe* enthält das BGFA *keine Vorschrift*. Aufgrund der grundlegend divergierenden Meinungen im Vernehmlassungsverfahren hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, den Kantonen eine einheitliche Honorarordnung aufzuerlegen.<sup>24</sup> Kantonal vorgesehene Tarife und Richt-

sinken, und auch die Markttransparenz hat sich nicht erhöht. Nachdem keine Honorarrichtlinien mehr bestehen, ist aber dem Klienten die Möglichkeit genommen, die Vorschläge des Anwalts mit diesen langjährigen Erfahrungswerten zu vergleichen.

20 Art. 394 Abs. 3 OR; BK FELLMANN, zu Art. 394 OR N 409 ff.; BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 38 je mit Hinweisen; vorn I; vgl. auch BGE 135 III 262.

21 Vgl. die Darstellung bei BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, Rz 1564 ff.

22 Vgl. schon BGE 93 I 122; Bundesgerichtsurtel vom 13. April 1983, publ. in ZR 83 Nr. 7, S. 22 ff.; BOHNET/MARTENET (Fn. 20), Rz 1596 f.; FELLMANN in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Anwaltsgesetz, Zürich 2005, zu Art. 12 BGFA N 122; HÖCHLI (Fn. 15), S. 81 ff.; SCHENKER (Fn. 15), S. 154 f. je mit weiteren Hinweisen.

23 Dieser im vorliegenden Zusammenhang wesentliche Umstand wird von SCHWANDER (Fn. 4, S. 593 f.) und den von ihm zitierten Autoren übersehen.

24 Botschaft, BBl 1999, 6040 f.

linien bleiben anwendbar, sofern sie der bundesrechtlichen Regelung nicht widersprechen.<sup>25</sup>

Die berufsrechtlichen *Verhaltenspflichten* der Anwälte und Anwältinnen werden als *Berufsregeln* bezeichnet. Das BGFA hat die Berufsregeln auf Bundesebene in Art. 12 und 13 vereinheitlicht und abschliessend geregelt.<sup>26</sup> Im Geltungsbereich des BGFA besteht somit kein Raum für eigenständige kantonale Berufsregeln. Zum Honorar sieht das BGFA Berufsregeln in zwei Richtungen vor, einerseits *Gebote* zur Aufklärung und andererseits Verbote bestimmter *Honorarvereinbarungen*.

### 1. Gebote zur Aufklärung und Information

Die Gebote, die den Anwalt zu Beginn des Mandats verpflichten, den Klienten über die Grundsätze der Rechnungsstellung aufzuklären und während des laufenden Mandats über die Höhe des Honorars zu informieren (Art. 12 lit. i BGFA), konkretisieren und verstärken die allgemeine vertragliche und berufsrechtliche Sorgfaltspflicht.<sup>27</sup> Sie schränken die Vertragsfreiheit nicht ein und werden im vorliegenden Beitrag nicht weiter behandelt.

### 2. Verbote zur Honorarvereinbarung

In Bezug auf Honorarvereinbarungen enthält das BGFA jedoch Einschränkungen der Vertragsfreiheit. Allerdings hat der Gesetzgeber bewusst keine neue materielle Regelung getroffen. Vielmehr war es die erklärte Absicht, lediglich die bisherige Praxis zu vereinheitlichen und auf Bundesebene zu kodifizieren.<sup>28</sup> Er hat dies mit zwei Verboten getan:

- *Verbot A, reine Beteiligung am Prozessgewinn*: Die Anwälte und Anwältinnen «dürfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen» (Art. 12 lit. e, erster Halbsatz).
- *Verbot B, Honorarverzicht bei Prozessverlust*: Die Anwälte und Anwältinnen «dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten» (Art. 12 lit. e, zweiter Halbsatz).

Während sich das Verbot A einigermaßen deutlich eingrenzen lässt (hinten VI.), ist die Tragweite von Verbot B nicht von vornherein klar (hinten VII.).

## VI. Verbot A: Reine Beteiligung am Prozessgewinn

### 1. Legitimation des Verbots

Als Begründung für ein Verbot von Erfolgshonoraren wird in erster Linie angeführt, dies schütze den Klienten vor *Übervorteilung* durch seinen Anwalt. Im Weiteren wird hervorgehoben, das Verbot schütze die anwaltliche *Unabhängigkeit*, die bei einem persönlichen Interesse des Anwalts am Prozessergebnis gefährdet sei. Ferner seien Verbote nötig, um das *Vertrauen des Publikums in die Integrität* der Anwaltschaft zu bewahren. Schliesslich sei der Anwalt nicht nur Dienstleister, sondern *Mitarbeiter der Rechtspflege*. Der Anwalt dürfe nicht zum Financier seines Klienten werden, die Mandatsübernahme nicht zum Investitionsentscheid, das Recht nicht zur Ware.<sup>29</sup>

Damit werden teilweise schlagwortartige Begriffe ins Feld geführt, die nicht ohne weiteres erkennen lassen, welches das öffentliche Interesse sein soll und wie das angestrebte Ziel mit einem Verbot von Erfolgshonoraren, insbesondere einer Beteiligung am Prozessgewinn, erreicht wird.

#### a) Keine rechtsstaatliche Notwendigkeit

Rechtsstaatlich notwendig sind regulatorische Eingriffe, welche die unbeeinflusste Interessenwahrung und die Vertraulichkeit für die Anwaltstätigkeit sowie tragbare Rechtskosten für jedermann sicherstellen.<sup>30</sup>

aa) Wie die für die Anwaltstätigkeit unverzichtbare *Vertraulichkeit* mit einem Verbot der Beteiligung am Prozessergebnis erreicht oder verbessert werden kann, ist nicht ersichtlich.

bb) Auch zur *Tragbarkeit der Rechtskosten* trägt ein solches Verbot nichts bei. Wenn schon, spricht dieser Gedanke nicht gegen, sondern vielmehr für die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren. In anderen Rechtskreisen wird denn auch die Berechtigung der Erfolgshonorare gerade mit der Erleichterung des Zugangs zum Recht begründet. Diese Begründung tritt aber in Kontinentaleuropa in den Hintergrund, weil die Tragbarkeit der Rechtskosten regelmässig mit Instrumenten ausserhalb des Anwaltsrechts sichergestellt wird, z.B. mit der Übernahme der Rechtskosten durch den Staat, mit gestaffelten Rechtskosten entsprechend dem Interessenwert, mit der Tragung der Gerichtskosten durch die unterliegende Partei, mit der Parteientschädigung bei Obsiegen, mit der Qualifizierung der Anwaltskosten als Schadenbestandteil etc.<sup>31</sup> Jedenfalls ist ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn keine Voraussetzung, um die Tragbarkeit der Rechtskosten und damit den Zugang zum Recht sicherstellen zu können.

25 Im konkreten Fall von BGE 135 III 259 hatte das Bundesgericht auf eine Bestimmung des Genfer Anwaltsgesetzes abgestellt. Ob diese mit Bundesrecht vereinbar ist, scheint allerdings fraglich (vgl. SCHWANDER (Fn. 4), S. 603, 607 ff.; vorn Fn. 3).

26 Botschaft, BBl 1999, 6039, 6054; BGE 131 I 228; 130 II 273, 275.

27 Art. 398 OR; Art. 12 lit. a BGFA.

28 Botschaft, BBl 1999, 6054, 6057; BGE 130 II 275; 131 I 228; BOHNET/MARTENET (Fn. 20) Rz 1597; SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 1452 f.; vgl. vorn IV.2.

29 Zum Ganzen BOHNET/MARTENET (Fn. 20) Rz 1575 ff.; NATER, Das Verbot des Erfolgshonorars – Verhinderung des Zugangs zum Recht?, HAVE, Haftpflichtprozess 2008, S. 27 ff., 34 f.; SCHWANDER (Fn. 4), S. 587, 597 f.

30 Vorn II.1.

31 Vgl. SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 149 f.; DERS. (Erfolgshonorar, Fn. 17), S. 356; SCHWANDER (Fn. 4), S. 599 f., 602.

cc) Die rechtsstaatliche Notwendigkeit eines Verbots der Beteiligung am Prozessergebnis müsste somit mit der *unbeeinflussten Interessenwahrung* begründet werden.

Als Hauptargument für das Verbot wird die Gefahr der *Übervorteilung* des Klienten genannt, wenn der Anwalt sich einen Anteil am Prozessgewinn oder allgemein am Erfolg des Mandats versprechen lässt. Der Klient sei vor dieser Gefahr zu schützen. Sicher trifft zu, dass der Anwalt die Chancen und Risiken einer Rechtssache in aller Regel besser beurteilen kann als sein Klient. Selbstverständlich darf er diesen Wissensvorsprung nicht zulasten des Klienten ausnützen. Die Art der Honorarermittlung hat jedoch mit der Mandatsführung, mit der unbeeinflussten Interessenwahrung, wenig zu tun. Überspitzt formuliert kann der Anwalt die Interessen des Klienten auch dann optimal wahren, wenn er den Klienten mit der Honorarvereinbarung übervorteilt hat. Der Schutz des Klienten vor Übervorteilung bei Honorarab-sprachen kann keine Voraussetzung für den Zugang zum Recht sein. Ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn ist deshalb aus rechtsstaatlichen Gründen nicht notwendig. Im Übrigen können auch andere Entschädigungsmodelle und -vereinbarun-gen zu übersetzten Honoraren führen. Ein Verbot der Beteiligung am Prozessergebnis kann deshalb die Übervorteilung des Klienten durch den Anwalt nicht verhindern.

Die pflichtgemässe *Aufklärung* des Klienten durch den Anwalt schützt diesen mindestens so gut vor Übervorteilung wie Verbote bestimmter Honorarab-sprachen. Wenn der Klient die Chancen und Risiken des Mandats, den voraussichtlichen Aufwand und den Stundenansatz des Anwalts kennt, kann er selber beurteilen und entscheiden, ob er ein erfolgsabhängiges Honorar wünscht oder ob er eine Entschädigung nach Aufwand vorzieht. Aufklärungspflichten obliegen dem Anwalt sowohl vertragsrechtlich als auch berufsrechtlich.<sup>32</sup> Ausserdem schützt das Vertragsrecht den Klienten spezifisch vor Übervorteilung.<sup>33</sup> In gravierenden Fällen hat der Anwalt zusätzlich berufsrechtliche Sanktionen zu gewärtigen.<sup>34</sup> Ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn ist nicht notwendig, um eine Übervorteilung des Klienten zu vermeiden. Ein Verbot könnte eine Übervorteilung auch gar nicht verhindern.

Im Weiteren wird die anwaltliche *Unabhängigkeit* als Argument für ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn ins Feld geführt. Die Unabhängigkeit der Anwälte als solche ist jedoch nicht schutzbedürftig. Im Gegenteil würde ihr Schutz den Anwaltsberuf in unzulässiger Weise begünstigen.<sup>35</sup> Unverzichtbar ist die anwaltliche Unabhängigkeit jedoch, soweit sie Klientenschutz ist und die unbeeinflusste Interessenwahrung gewährleistet. Eigene Interessen des Anwalts dürfen nicht dazu führen, dass die dem Klienten geschuldete Interessenwahrungspflicht beeinträchtigt wird.<sup>36</sup> Inwiefern eine Beteiligung am Prozessgewinn die erforderliche Unabhängigkeit des Anwalts und die un-

beeinflusste Interessenwahrung gefährden soll, ist jedoch nicht von vornherein klar.

Alle Anwälte und Anwältinnen haben ihre eigenen Interessen, an denen sie auch ihr Handeln orientieren. Das ist trivial und an sich noch nicht problematisch. Heikel wird erst, wenn die Interessen des Anwalts in Bezug auf die Mandatsführung von denjenigen des Klienten *abweichen*.<sup>37</sup> Erfolgsabhängige Vergütungen führen indessen keineswegs immer zu abweichenden Eigeninteressen des Anwalts. Im Gegenteil, in aller Regel liegen die Interessen von Klient und Anwalt parallel. Der Klient und der Anwalt haben das gleiche Interesse an einem möglichst erfolgreichen Abschluss des Mandats. Mit einer Beteiligung am Prozessergebnis werden somit grundsätzlich die ökonomisch richtigen Anreize geschaffen. Allerdings lässt sich nicht immer vermeiden, dass im Lauf des Mandats die Interessen des Klienten und des Anwalts aufgrund einer Beteiligung am Prozessergebnis auseinander gehen und dadurch ein *Konflikt* entsteht. Das ist beispielsweise der Fall, wenn sich die Sache ungünstig entwickelt und der Anwalt vergleichen möchte, um sein Honorar zu retten, der Klient dagegen trotz hoher Risiken einen Prozess durchfechten will. Solche Konfliktsituationen werden aber bereits vom Verbot von Interessenkonflikten abgedeckt.<sup>38</sup> Das gilt allgemein für jede Honorarforderung, die immer einen Interessengegensatz zwischen Klient und Anwalt begründet. Jeder Honorarfranken, den der Klient zahlt, liegt im Interesse des Anwalts und widerspricht dem Interesse des Klienten. Diese divergierende Interessenlage berührt die Mandatsführung und die unbeeinflusste Interessenwahrung durch den Anwalt erst dann, wenn der Anwalt *aufgrund* der Honorarvereinbarung in ein Dilemma gerät, ob er die vereinbarten Klienteninteressen wahren oder sich an den eigenen Interessen orientieren soll. Dann greift jedoch das Konfliktverbot von Art. 12 lit. c BGFA ein.

Die *Unabhängigkeit* der Anwälte und Anwältinnen ist zwar von hoher rechtsstaatlicher Bedeutung. Inhaltlich geht sie aber nicht weiter als das Verbot von Interessenkonflikten. Eine über das Konfliktverbot hinausgehende Unabhängigkeit der Anwälte bringt dem Klienten nichts und ist keine Voraussetzung für die unbeeinflusste Interessenwahrung.<sup>39</sup> Aus rechtsstaatlicher Sicht genügt ein Konfliktverbot, das dann eingreift, wenn der Zugang zum Recht nicht mehr gewährleistet ist, d.h. wenn ein konkreter Konfliktfall eintritt.

Auch ein spezielles Verbot der *Beteiligung des Anwalts an der Sache des Klienten*, um die es im Mandat geht, bringt nichts Zusätzliches. Es konkretisiert ebenfalls die unbeeinflusste Interessenwahrung. Diese ist aber im Schweizer Recht bereits mit dem Konfliktverbot abgedeckt und gewährleistet. Damit die Anwälte und Anwältinnen ihre rechtsstaatliche Funktion erfüllen und die Interessen ihrer Klienten unbeeinflusst wahren können, ist ein zusätzliches Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn nicht erforderlich.

32 Art. 398 OR; Art. 12 lit. i BGFA.

33 Art. 21 OR.

34 Art. 17 BGFA.

35 BGE 131 I 231.

36 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 1005, 1008; vorn II.1.

37 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 796, 966.

38 Art. 12 lit. c BGFA; NATER (Fn. 28), S. 34.

39 SCHILLER (Anwaltsrecht Fn. 9), Rz 1003 ff., 1023 ff., 1028.

Schwer verständlich ist, wie ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn die *Integrität der Rechtspflege* sicherstellen soll. Es ist weder besonders integer, wenn der Anwalt nur nach Stundenaufwand oder pauschal entschädigt wird, noch ist es speziell unseriös, wenn er erfolgsabhängig arbeitet. Im Gegenteil, man wird gerade demjenigen Anwalt besondere Integrität zubilligen müssen, der für den Fall des Misserfolgs das Honorar reduziert oder ganz darauf verzichtet. Was mit der Integrität der Rechtspflege konkret gemeint ist und wie ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn eine solche sicherstellen soll, ist nicht ersichtlich.

In ähnlicher Richtung geht die Begründung, der Anwalt sei *Mitarbeiter der Rechtspflege*. Der Begriff ist undeutlich und nicht geeignet, um ein Verbot bestimmter Entschädigungsformen zu rechtfertigen. Gewiss kommt den Anwälten und Anwältinnen eine unverzichtbare Funktion im Rechtsstaat zu. Sie erfüllen diese aber gerade dadurch, dass sie ausschliesslich die mit dem Mandat umschriebenen Interessen des *Klienten* unbeeinflusst wahren, nicht diejenigen des Staats oder der Rechtspflege. Durch eine besondere Nähe oder durch Loyalitätspflichten gegenüber dem Staat würde diese Funktion gefährdet. Wer dem Anwalt mit dem Begriff «Mitarbeiter der Rechtspflege» die Rolle einer Art Halbbeamten zuweisen möchte, der auf irgendwelche Interessen der Rechtspflege Rücksicht nehmen müsse, verkennt die Aufgabe und die Funktion des Anwalts als Interessenwahrer seines Klienten.<sup>40</sup>

dd) Zusammengefasst: Zusätzlich zum Verbot von Interessenkonflikten und zusätzlich zur Aufklärungspflicht ist ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn nicht notwendig, um den Zugang zum Recht zu gewährleisten.

#### b) *Wünschbarkeit, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit*

Wenn auch die Beteiligung am Prozessgewinn aus rechtsstaatlichen Gründen nicht verboten werden muss, so kann ein solches Verbot doch als wünschbar, als im öffentlichen Interesse liegend und als verhältnismässig beurteilt werden.

Das gilt namentlich für Anliegen des *Konsumentenschutzes*, z.B. für den Schutz des Klienten vor Übervorteilung durch seinen Anwalt. In freiheitlichen Rechtsordnungen, die dem Bürger Eigenverantwortlichkeit zubilligen, wird der Gesetzgeber diesen Schutz zwar primär mit einer Aufklärungs- und Informationspflicht sicherstellen. Wo aber dem Rechtsuchenden eine eigene Beurteilung nicht zugemutet und dem Konsumentenschutz ein höheres Gewicht zugemessen wird, mag neben den Aufklärungspflichten des Anwalts auch ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn als ein wünschbares Instrument erscheinen, um die Gefahr einer Übervorteilung des Klienten zu verhindern.

Der Anwalt, der an der vertretenen Sache beteiligt ist, begibt sich auf heikles Terrain. Immer besteht die latente Gefahr, dass die Interessen von Klient und Anwalt im Lauf des Mandats auseinander gehen und ein *Konflikt* entsteht.<sup>41</sup> Allerdings ist der

Zugang zum Recht nicht schon mit der Möglichkeit des Risikos eines Konflikts beeinträchtigt, sondern erst, wenn eine konkrete Konfliktsituation eintritt.<sup>42</sup> Das Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn geht indessen weiter und soll bereits verhindern, dass ein Konflikt wegen einer vereinbarten Beteiligung des Anwalts am Prozessgewinn überhaupt erst entstehen kann. In diesem Sinn kann ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn als eine allenfalls erwünschte Ergänzung des Verbots von Konflikten mit Eigeninteressen angesehen werden.

Die *Rolle des Anwalts im Justizsystem* kann nahelegen, dass nur vollständig aussenstehende, an der Sache unbeteiligte Personen zur Rechtsvertretung vor den Gerichten zugelassen werden. Ein Verbot der Beteiligung der Anwälte am Prozessergebnis kann dieser Vorstellung entsprechen.

Ein Verbot der Beteiligung am Prozessergebnis mag sich auch mit dem *Charakter der Anwaltsdienstleistung* begründen lassen. Die kontinentaleuropäischen Rechtskulturen fassen das Anwaltsmandat nicht als gesellschaftsähnliches Verhältnis auf. Das gilt auch für die Schweiz, wo das Anwaltsmandat als einfacher Auftrag qualifiziert wird.<sup>43</sup> Der Beauftragte ist verpflichtet, die vereinbarten Handlungen sorgfältig zu besorgen. Er haftet für Sorgfalt, nicht für den Erfolg. Dementsprechend wird der beauftragte Anwalt typischerweise für seine Tätigkeit entschädigt, nicht für den Erfolg. Die Beteiligung an der Sache des Klienten entspricht nicht diesem Verständnis des Verhältnisses zwischen Klient und Anwalt.

Es kann wünschbar erscheinen, diese Gedanken auch mit berufsrechtlichen Vorschriften zum Ausdruck zu bringen und nicht erst die konkrete Konfliktsituation zu verbieten, sondern bereits die Beteiligung des Anwalts an der Prozesssache.<sup>44</sup> Rechtsstaatlich notwendig sind solche Verbote jedoch nicht. Auch das *öffentliche Interesse* und die *Verhältnismässigkeit* eines Verbots der Beteiligung am Prozessgewinn sind nicht ohne weiteres evident. Namentlich liegt nicht auf der Hand, weshalb es im öffentlichen Interesse liegen soll, zusätzlich zum Verbot von Interessenkonflikten und zusätzlich zur Aufklärungspflicht noch Regeln zur Entschädigung zu erlassen. Es ist nur schwer ersichtlich, wie ein Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn dem öffentlichen Interesse dienen soll, und warum sich ein solches Verbot besonders für Anwälte rechtfertigen soll, nicht aber für andere Dienstleister. So verwundert nicht, dass die Legitimation und die Verfassungsmässigkeit des Verbots von Erfolgshonoraren ernsthaft hinterfragt und teilweise sogar gänzlich verneint werden.<sup>45</sup>

#### c) *Restriktive Anwendung*

Der *Zugang zum Recht* wird mit einem Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn weder generell erleichtert noch erschwert.<sup>46</sup>

42 BGE 134 II 112; 131 I 237 f.; BOHNET/MARTENET (Fn. 20) Rz 1403; NATER, Theoretisches Konfliktrisiko genügt nicht, SJZ 2008, S. 171 f.

43 Art. 394 ff. OR; vorn I.

44 Vgl. SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 975.

45 So HÖCHLI (Fn. 15), S. 84, 90; NATER (Fn. 28), S. 34; SCHENKER (Fn. 15), S. 155; vorn II.2.

46 Vorn VI.1 a cc).

40 SCHILLER (Anwaltsrecht Fn. 9), Rz 1565 ff.; vgl. auch BGE 106 Ia 105.

41 SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9) Rz 975; vgl. vorn a cc).

Je nach Einzelfall ist beides möglich. Jedenfalls ist ein Verbot rechtsstaatlich nicht notwendig. Die Legitimation und Verfassungsmässigkeit eines Verbots sind unsicher.

In der Schweiz ist die Diskussion zur Legitimation der Verbote von Erfolgshonoraren weitgehend obsolet geworden. Art. 12 lit. e BGFA ist geltendes Recht und als *Bundesgesetz* anzuwenden, auch wenn die Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmung nicht über jeden Zweifel erhaben ist oder sogar fehlt.<sup>47</sup> Bundesgesetze sind jedoch *verfassungsmässig auszulegen*.<sup>48</sup> Die unsichere Legitimation verlangt deshalb, die Verbote zurückhaltend anzuwenden. Die Wirtschaftsfreiheit darf nur soweit tangiert werden, als es der Zweck der Verbotsnorm verlangt. Eine Ausdehnung des Verbots auf Sachverhalte, die das Gesetz nicht untersagt, ist unzulässig. Das Verbot muss auf die vom Gesetz vorgesehene Beteiligung am Prozessgewinn beschränkt bleiben.

## 2. Verbot nur bei «Beteiligung am Prozessgewinn»

Mit Blick auf die erforderliche restriktive Anwendung des Verbots muss eine Honorarvereinbarung insbesondere dann zulässig sein, wenn eine Beteiligung am Prozessgewinn gar nicht möglich ist. Das bedeutet:

- Das Verbot gilt nur für *Prozessmandate*, nicht aber für die Rechtsberatung. Das wird klargestellt mit dem Begriff «Prozessgewinn». Ohne Prozess ist ein Prozessgewinn unmöglich, also auch eine Beteiligung daran.
- Das Verbot gilt nur für Verfahren mit *vermögensrechtlichem* Streitgegenstand. An einem Streitgegenstand ohne Vermögenswert ist eine Beteiligung unmöglich.
- Das Verbot gilt nur, wenn der Klient *Kläger* (oder Widerkläger) ist.<sup>49</sup> Wenn der Klient sich als Beklagter einem Anspruch widersetzt, bedeutet sein Obsiegen, dass kein Anspruch gegen ihn besteht. Eine Beteiligung an einem nicht existierenden Anspruch ist unmöglich.<sup>50</sup>

Es ist nicht zu verkennen, dass diese Regelung *asymmetrisch* ist. Verboten ist nur die Beteiligung am Prozessgewinn, nicht auch am Verlust. Dem Anwalt aber verbieten zu wollen, einen Prozessverlust mitzutragen, kann nicht im Interesse des Klienten liegen und wäre unter dem Blickwinkel des Klientenschutzes ohne Weiteres entbehrlich. Diese Asymmetrie dürfte indessen in der Praxis kaum aktuell werden. Denn wo dem Anwalt verboten ist, eine Beteiligung am Prozessgewinn zu vereinbaren, wird er auch kaum bereit sein, einen Prozessverlust mitzutragen. Ein Verbot erübrigt sich somit nicht nur mit Blick auf den Konsumentenschutz, sondern auch aus praktischen Gründen. Asymmetrisch ist die Bestimmung auch insofern, als das Verbot nur für Prozessmandate gilt, nicht aber auch für die Rechtsberatung. Asymmetrisch ist ausserdem, dass das Verbot nur für vermögensrechtliche Streitgegen-

stände gilt, nicht aber für nicht-vermögensrechtliche. Die Asymmetrie ist jedoch aufgrund der unmissverständlichen Anordnung des Gesetzgebers hinzunehmen.

## 3. Verbot nur für die reine Beteiligung am Prozessgewinn

Schon unter altrechtlichem, kantonalem Regime war allgemein nur die Vereinbarung der *reinen* Beteiligung am Prozessgewinn unzulässig, d.h. die Vereinbarung, wonach sich das Honorar einzig aufgrund des Prozessserfolgs bemisst. Zulässig war dagegen die Vereinbarung, wonach der Erfolg als eines von verschiedenen Elementen der Honorarbemessung berücksichtigt wird.<sup>51</sup> Dieses Verständnis ist im BGFA mit der Formulierung «... als Ersatz für das Honorar...» («... anziché onorari...») mit aller wünschbaren Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht worden.<sup>52</sup>

Das Verbot der reinen Beteiligung am Prozessgewinn liesse sich nach dem Gesetzeswortlaut leicht umgehen, indem zusätzlich zur Beteiligung am Prozessgewinn ein vom Erfolg unabhängiger symbolischer Honorarbestandteil vereinbart würde (beispielsweise: «10% des Prozessserfolgs plus CHF 1.–»). Es ist deshalb verschiedentlich versucht worden zu umschreiben, wie hoch der erfolgsunabhängige Honorarbestandteil mindestens sein muss, damit die Absprache zulässig wird.<sup>53</sup> Dieser Versuch ist als anwaltlicher Heimatschutz kritisiert worden. Damit wolle den Anwälten in jedem Fall die günstigere Variante gewährleistet werden.<sup>54</sup> Der Versuch hat aber mit Berufspolitik oder Anwaltsschutz nichts zu tun, sehr viel aber mit dem Bemühen, dem Praktiker eine im Alltag brauchbare Richtlinie in die Hand zu geben, um den in der Tat wenig glücklichen Art. 12 lit. e BGFA zu konkretisieren. Im Übrigen machen die Abgrenzungsversuche deutlich, dass es nicht ganz einfach ist, dem Verbot einen sinnvollen, konsistenten Inhalt zu geben.

## 4. Fazit: Beschränkter Umfang des Verbots

Der erste Halbsatz von Art. 12 lit. e BGFA verbietet nur Honorare, die einerseits einer *Beteiligung am* Prozessgewinn entsprechen, und die andererseits *nur* vom Erfolg abhängig sind. Es ist ausgeschlossen, dass das BGFA die zuvor zulässigen nicht reinen Erfolgshonorare<sup>55</sup> wieder verbieten soll, nachdem es der erklärte Wille des Gesetzgebers war,

- die Berufsregeln auf das Wesentliche zu reduzieren, auf Bundesebene zu vereinheitlichen und abschliessend zu regeln;<sup>56</sup>
- im Bereich der Honorarvereinbarungen das bisherige Recht beizubehalten.<sup>57</sup>

51 Vorn IV.2.

52 Daran ändert nichts, dass der französische Text diese Präzisierung nicht enthält («... de faire dépendre les honoraires du résultat de l'affaire»); a.M. SCHWANDER (Fn. 4), S. 590 ff.

53 Vgl. BGE 135 III 262 f.; Bundesgerichtsentscheid 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006; ZR 105 Nr. 46; BOHNET/MARTENET (Fn. 20) Rz 1597; FELLMANN (Fn. 21), zu Art. 12 BGFA N 122; NATER (Fn. 28), S. 35 f.; STUDER, *Anwaltsrevue* 3/2005, S. 119.

54 SCHWANDER (Fn. 4), S. 599 ff.

55 Vorn IV.2.

56 Botschaft, BBl 1999, 6039, 6054; BGE 130 II 275; 131 I 228.

57 Botschaft, BBl 1999, 6054, 6057; vorn V.2.

47 Art. 190 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 8) Rz 2086.

48 HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 8) Rz 148 ff., 161.

49 Massgebend ist die materielle Situation, nicht die formelle (z.B. bei vertauschten Prozessrollen im Aberkennungsprozess).

50 Das deckt sich auch mit dem italienischen Wortlaut («... versargli parte dei proventi della causa...»); im Übrigen ausführlich SCHILLER (Erfolgshonorar, Fn. 17), S. 357 f.

Die gebotene restriktive Anwendung von berufsrechtlichen Verbotsnormen zu Honorarvereinbarungen<sup>58</sup> führt zu einem engen, auf den Text beschränkten Verständnis des ersten Halbsatzes von Art 12 lit. e BGFA.

## VII. Verbot B: Honorarverzicht bei Prozessverlust

### 1. Tragweite des Verbots

Wesentlich unklarer ist der Normgehalt des zweiten Halbsatzes von Art. 12 lit. e BGFA, des Verbots B (Honorarverzicht bei Prozessverlust).

#### a) Vermögensrechtliche Aktivprozesse

Eindeutig ist die Tragweite der Bestimmung immerhin für Mandate, die vom Verbot der reinen Beteiligung am Prozessgewinn erfasst sind, d.h. für Mandate, bei denen eine Beteiligung am Prozessgewinn möglich ist.<sup>59</sup> In solchen Fällen ist der Prozessgewinn bei vollständigem Unterliegen gleich null, also auch eine Beteiligung daran. Für diese Fälle ist das Verbot B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) bereits vom Verbot A (reine Beteiligung am Prozessgewinn) erfasst. Insoweit ist das Verbot B notwendigerweise redundant und ohne eigenständigen Normgehalt.

#### b) Nicht-vermögensrechtliche Verfahren, Passivprozesse

Fraglich ist dagegen die Tragweite des Verbots B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) in den übrigen Fällen, bei denen eine Beteiligung am Prozessgewinn nicht möglich ist, insbesondere bei nicht-vermögensrechtlichen Verfahren und bei Passivprozessen.

aa) Der *Wortlaut* scheint eindeutig: Das Verbot ist absolut und allgemein für alle Verfahren formuliert, also auch für solche, bei denen das Verbot der reinen Beteiligung am Prozessgewinn nicht gilt.<sup>60</sup> Vom Gesetzeswortlaut her ist somit der Anwendungsbereich des Verbots B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) weiter als derjenige des Verbots A (reine Beteiligung am Prozessgewinn).<sup>61</sup>

bb) Die *systematische* Einordnung dieses Halbsatzes spricht jedoch eher dafür, dass sich das Verbot B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) nur auf das unmittelbar vorangehende Verbot A (reine Beteiligung am Prozessgewinn) bezieht. Das Verbot B ist bei dieser Betrachtungsweise als blosse Verdeutlichung des Verbots A zu verstehen und auf vermögensrechtliche Aktivprozesse zu beschränken. Hätte der Gesetzgeber dem Verbot B (Honorarverzicht bei Unterliegen) einen weitergehenden Gehalt geben wollen, hätte er dieses als allgemeine Vorschrift dem engeren Verbot A vorangestellt.<sup>62</sup>

cc) Auch die *Entstehungsgeschichte* führt zu diesem Ergebnis. Zwar wird darauf hingewiesen, dass das Verbot B im Vorentwurf noch nicht enthalten war.<sup>63</sup> Was aber daraus abgeleitet werden soll, wird nicht deutlich. Die Materialien geben keinerlei Aufschluss über den Grund und den Zweck dieser Ergänzung. Die Bestimmung wurde dem Parlament in der heutigen Fassung vorgelegt und ohne materielle Diskussion in den Kommissionen und in den Räten verabschiedet. Offenbar hat sich niemand für das Thema interessiert.

Es war die erklärte Absicht, die bisherigen kantonalen Regeln zu übernehmen.<sup>64</sup> Ein eigenständiges Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust existierte jedoch soweit ersichtlich in keinem kantonalen Anwaltsgesetz.<sup>65</sup> Jedenfalls kann keine Rede davon sein, ein solches selbständiges, absolutes Verbot habe der Rechtslage in den Kantonen vor dem Inkrafttreten des BGFA entsprochen. Der Gesetzgeber konnte deshalb dem Verbot B keinen eigenständigen Inhalt beimessen wollen. Wäre dies gleichwohl die Meinung gewesen, müsste geradezu von einem gesetzgeberischen Irrtum gesprochen werden.

dd) Eindeutig gegen ein generelles, eigenständiges Verbot spricht die *teleologische* Auslegung. Ein sinnvolles Ziel, das mit dem Verbot des Honorarverzichts bei Verlust jedwelcher Verfahren erreicht werden soll, und welches das öffentliche Interesse an einem solchen Verbot wäre, lässt sich kaum ausmachen.<sup>66</sup> Die Vereinbarung, dass der Anwalt auf sein Honorar verzichtet, liegt naturgemäss immer im Interesse des Klienten und erleichtert diesem immer den Zugang zum Recht. Einen Honorarverzicht unter bestimmten Voraussetzungen verbieten zu wollen, hiesse den Klientenschutz und den Zugang zum Recht schwächen. Die Legitimation eines solchen Verbots wäre mehr als fragwürdig.<sup>67</sup>

Anführen liesse sich höchstens, es solle vermieden werden, dass der Anwalt sich nicht mehr für den Klienten einsetzt, wenn er im Lauf des Mandats erkennt, dass die Sache schlecht steht und er deshalb kein Honorar mehr erwarten kann. Dem ist zunächst die vertragliche und berufsrechtliche Sorgfaltspflicht entgegenzuhalten, der die Anwälte und Anwältinnen unabhängig von einer Entschädigung unterstehen. Vor allem aber richtet der Anwalt sein Verhalten nicht nur am zu erwartenden Honorar aus. Sein wichtigste Kapital ist sein Ruf.<sup>68</sup> Dieser wird durch einen verlorenen, aber sorgfältig geführten Prozess nicht beschädigt, sehr wohl aber durch eine unsorgfältige Mandatsführung. Ferner greift das Konfliktverbot von Art. 12 lit. c BGFA ein, sobald an-

63 Vgl. SCHWANDER (Fn. 4), S. 593.

64 Botschaft, BBl 1999, 6057; vorn V.2.

65 Immerhin war ein Verbot mit praktisch identischem Wortlaut in den privatrechtlichen Standesregeln des waadtändischen Anwaltsverbands enthalten.

66 A.M. BOHNET/MARTENET (Fn. 20) Rz 1592 f.; SCHWANDER (Fn. 4), S. 597 ff.

67 Schon gar nicht verständlich ist, weshalb verboten werden soll, dass der Anwalt ein Mandat unabhängig vom Verfahrensausgang unentgeltlich soll führen dürfen (wovon offenbar das Zürcher Obergericht ausgeht, wenn es einen Anwalt verzeigt, der die Vertretung für einen Lehrling übernommen und dabei im Voraus generell auf ein Honorar verzichtet hat, vgl. NZZ vom 13. August 2009, S. 41).

68 SCHWANDER (Fn. 4), S. 597.

58 Vorn VI.1 c.

59 Vorn VI.2.

60 Vorn VI.2, VI.3.

61 BOHNET/MARTENET (Fn. 20), Rz 1593.

62 Vgl. FELLMANN (Fn. 21), zu Art. 12 BGFA N 119; SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9) Rz 1619 f.; a.M. SCHWANDER (Fn. 4), S. 596.

zunehmen ist, dass der Anwalt wegen abweichender Eigeninteressen bei der Wahrung der Interessen seines Klienten beeinträchtigt ist. Im Weiteren gelten die allgemeinen Überlegungen zur unsicheren Legitimation des Verbots A (Beteiligung am Prozessgewinn) und allgemein von Erfolgshonoraren<sup>69</sup> sinngemäss auch hier.

Wenn dem Verbot B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) eine eigenständige Geltung zukäme, würde die Kombination der beiden Verbote des BGFA zu einer stossenden *Asymmetrie* zugunsten der Anwälte und zulasten der Klienten führen.<sup>70</sup> Einerseits ist die Beteiligung am Prozessgewinn zulässig, wenn sie nur eines von mehreren Elementen der Honorarbestimmung ist. Andererseits wäre der Verzicht auf ein Honorar beim Verfahrensverlust immer verboten. Chancen und Risiken wären nicht ausgewogen verteilt. Dieses Ungleichgewicht wird vermieden, wenn das Verbot B restriktiv und nur als Verdeutlichung des Verbots A verstanden wird. Konsequenz wäre es allenfalls gewesen, nicht den Verzicht auf das *Honorar*, sondern das *Mittragen* des Anwalts am Prozessverlust zu untersagen. Ein solches Verbot wäre ein eigentliches Korrelat zum Verbot A, der Beteiligung am Prozessverfolg.<sup>71</sup> Das BGFA statuiert aber eindeutig kein solches Verbot. Es läge auch kaum im öffentlichen Interesse. Ausser der Verbotssymmetrie gibt es kein Argument für eine derartige extensive Auslegung.

Ein Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust ist nur sinnvoll, wenn es als Korrelat oder als Verdeutlichung zu einem Verbot bei Prozessgewinn ausgestaltet ist, was wohl ursprünglich unter kantonalem Recht noch der Fall gewesen war. Bei der heutigen Zulässigkeit der nicht reinen Erfolgshonorare lässt sich jedoch ein isoliertes, absolutes Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust nicht mehr rechtfertigen.

## 2. Fazit: Kein eigenständiger Regelungsgehalt

Die verschiedenen Auslegungselemente führen nicht alle zum selben Ergebnis. Zwar legt der *Wortlaut* eine allgemeine, selbständige Bedeutung des Verbots B (Honorarverzicht bei Prozessverlust) nahe. Demgegenüber sprechen die *systematische* Betrachtungsweise eher, die *historische* und die *teleologische* Auslegung deutlich dagegen. Insgesamt überwiegen die Argumente gegen einen eigenständigen Normgehalt des Verbots B. Ausschlaggebend erscheint, dass ein allgemeines Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust weder im Interesse des Klienten noch im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen kann, und dass das bisherige kantonale Recht kodifiziert werden sollte, ein eigenständiges Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust aber keinesfalls der überwiegenden Rechtslage vor Inkrafttreten des BGFA entsprach. Ein restriktives Verständnis dieses zweiten Halbsatzes von Art. 12 lit. e BGFA muss sich deshalb geradezu aufdrängen.<sup>72</sup> Trotz seines Wortlauts ist das Verbot B als

Unterfall und Verdeutlichung des Verbots A (Beteiligung am Prozessgewinn) zu verstehen.<sup>73</sup> Für vermögensrechtliche Aktivprozesse ist es bereits vom Verbot A abgedeckt. Auf nicht-vermögensrechtliche Verfahren und Passivprozesse findet es keine Anwendung. Dem Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust kommt somit kein eigenständiger Regelungsgehalt zu.

Sollte dem Verbot B gleichwohl ein separater Inhalt beigemessen werden, müsste es auf seinen Wortlaut reduziert bleiben und könnte nur den Verzicht auf ein Honorar bei vollständigem Prozessverlust untersagen. Angesichts der gebotenen restriktiven Anwendung dieser Berufsregel darf die an sich schon problematische Bestimmung erst recht nicht auf ein allgemeines Verbot von Erfolgshonoraren ausgedehnt werden.<sup>74</sup>

## VIII. Schlussbemerkungen

Schon vor Inkrafttreten des BGFA waren Vereinbarungen von Erfolgshonoraren dann zulässig, wenn sie den Erfolg nur als eines von mehreren Elementen berücksichtigten. Verboten war jedoch durchwegs die *reine* Beteiligung am Prozessgewinn, bei der das Honorar ausschliesslich vom Erfolg abhängig ist. Es war die *erklärte Absicht des Gesetzgebers*, diese bisherige kantonale Regelung zu vereinheitlichen und im BGFA festzuschreiben.

Verbote der Vereinbarung erfolgsabhängiger Anwaltshonorare schränken die Vertragsfreiheit ein. Sie sind weder aus rechtsstaatlichen Gründen nötig noch allgemein geeignet, den Zugang zum Recht zu erleichtern. Die Verfassungsmässigkeit von Art. 12 lit. e BGFA lässt sich somit durchaus in Frage stellen. Die Bestimmung ist aber Gesetz und muss deshalb angewendet werden. Immerhin ist sie *nicht unnötig auszudehnen* und sollte auf den Gehalt beschränkt bleiben, der ihr klarerweise vom Gesetzgeber zgedacht worden ist: Auf das *Verbot der reinen Beteiligung am Prozessgewinn*. Der angefügte Halbsatz, das Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust, ist blosser Verdeutlichung. Ihm kommt kein eigenständiger Regelungsgehalt zu. Ein konsistenter Inhalt der Bestimmung von Art. 12 lit. e BGFA ergibt sich nur bei einer engen Anwendung.

Je freier Klient und Anwalt bei der Honorarvereinbarung sind, desto wichtiger ist die Pflicht des Anwalts, der Anwältin, den Klienten über die Elemente der Honorarbestimmung *aufzuklären und zu informieren*.<sup>75</sup> Der Klient muss in der Lage sein, die Vor- und Nachteile der verschiedenen Entschädigungsmodelle für das konkrete Mandat zu beurteilen und zu entscheiden, ob er einem erfolgsabhängigen Honorar zustimmt.

Gerade bei den Honoraren ist es nicht einfach, einen gangbaren Weg zwischen Regulierung und Vertragsfreiheit zu finden. Der Liberalisierungsprozess weg von der staatlich geregelten Gebühr hin zum frei vereinbarten Honorar ist noch nicht abgeschlossen. Er verlief und verläuft nicht konsequent, was biswei-

69 Vorn 6.1.

70 SCHWANDER (Fn. 4), S. 600 ff.

71 Allerdings wäre die praktische Bedeutung eines solchen Verbots gering (vgl. vorn VI.2 a.E.).

72 Vgl. auch vorn VI.1 c.

73 Vorn 7.1; SCHILLER (Erfolgshonorar, Fn. 17), S. 358.

74 A.M. SCHWANDER (Fn. 4), S. 589, 601 f.; FELLMANN (Fn. 21), Art. 12 BGFA N 118 ff., 121.

75 Art. 398 OR; Art. 12 lit. a und i BGFA; NATER (Fn. 28), S. 37 ff.; SCHILLER (Anwaltsrecht, Fn. 9), Rz 1622 f.

len zu inkonsistenten und fragwürdigen Regelungen geführt hat. Das zeigt sich auch bei Art. 12 lit. e BGFA. Es wäre wohl sinnvoll gewesen, im Zug der mit dem BGFA gewollten Liberalisierung auf Verbote bestimmter Honorarvereinbarungen ganz zu verzichten. Das würde jedoch eine umfassende Information des Klienten erfordern, damit dieser beurteilen und entscheiden kann,

welche Entschädigungsart für ihn vorteilhaft ist. Wenn übersetzte Honorare auf ungenügende Information und Aufklärung des Klienten zurückzuführen sind, sollten diese konsequent korrigiert werden. Die Anwälte sollten in diesen Fällen auch disziplinarische Sanktionen zu gewärtigen haben. ■