

Das Erfolgshonorar nach BGFA

Dr. iur. Kaspar Schiller, Rechtsanwalt (Winterthur)*

I. Vorbemerkungen

A. Honorarvereinbarung

Der Klient, der einen Anwalt bezieht, schliesst mit diesem einen privatrechtlichen Vertrag. Der Umfang der Leistungen der Anwälte und deren Entschädigung unterliegen der *Vertragsfreiheit*. Haben Klient und Anwalt eine Honorarvereinbarung getroffen, ist diese grundsätzlich *verbindlich*.

Zivilrechtlich kann eine getroffene Honorarvereinbarung nur im Rahmen der Übervorteilung und der Willensmängel überprüft werden¹. Ausserdem kann der Zivilrichter die gehörige Erfüllung überprüfen, insbesondere, ob die erbrachte Leistung und die Honorarrechnung dem Vereinbarten entsprechen. Eine allgemeine Überprüfung auf objektive Angemessenheit

von Leistung und Gegenleistung kann jedoch bei Vereinbarungen über Anwaltshonorare so wenig stattfinden wie bei anderen Verträgen.

Anwaltsrechtlich wird die Vertragsfreiheit durch Art. 12 lit. e BGFA eingeschränkt. Diese Bestimmung untersagt die Vereinbarung einer Beteiligung am Prozessgewinn².

Beim Abschluss einer Honorarvereinbarung ist der Klient so *aufzuklären*, dass ihm eine sachliche Beurteilung möglich ist³. Namentlich über den erwarteten, sinnvollen und erforderlichen Arbeitsaufwand und über sonstige Kosten⁴. Da der Anwaltsmarkt überaus intransparent ist⁵, kommt dieser Aufklärungspflicht eine besondere Bedeutung zu. Sie ergibt sich zunächst aus Zivilrecht⁶. In schwerwiegenden Fällen kann eine ungenügende Aufklärung auch unter dem Gesichtspunkt der anwaltlichen *Sorgfaltspflicht* (Art. 12 lit. a BGFA) relevant werden. Da jede Honorarvereinbarung naturgemäss einen (objektiven) Konflikt mit Eigeninteressen des Anwalts oder der Anwältin in sich birgt, ist auch denkbar, dass ungenügende Aufklärung das Verbot von Interessenkonflikten (Art. 12 lit. c BGFA) tangiert. Als Minimum verlangt das BGFA in Art. 12 lit. i BGFA die Aufklärung über die Grundsätze der Rechnungsstellung. Die Vorschrift der Richtlinien des SAV für die Berufs- und Standesregeln (SAV-RL)⁷, gegenüber der Klientschaft klare Verhältnisse zu schaffen (Art. 2 Abs. 1), bezieht sich auch auf eine Honorarvereinbarung.

Honorarvereinbarungen zu Beginn jedes Mandates sind im BGFA (Anwaltsgesetz) nicht ausdrücklich vorgeschrieben, aber zur Erzielung von Klarheit und Transparenz wünschenswert. Der Autor erörtert die drei klassischen Verbote der Honorarabsprachen, die Erfolgsprämie, die Beteiligung am Prozessgewinn und das Verbot, sich den Streitgegenstand abtreten zu lassen, und untersucht diese mit Blick auf das BGFA. Einzig das Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn ist in das BGFA aufgenommen worden. Auch dieses Verbot hat Grenzen und greift nur unter bestimmten Voraussetzungen. Im Beitrag werden sodann zulässige erfolgsabhängige Honorarabsprachen aufgezeigt, die dem Anwalt Spielraum für marktgerechte Lösungen lassen.

Zi.

La conclusion de conventions d'honoraires au début de chaque mandat n'est pas expressément imposée par la LLCA (Loi sur les avocats), mais est souhaitable pour améliorer la clarté et la transparence. L'auteur présente les trois interdictions classiques de conventions d'honoraires et les examine sous l'angle de la LLCA: la prime de victoire, la part au gain de l'affaire et l'interdiction de la cession de la prétention litigieuse. Seule l'interdiction de la part au gain a été intégrée à la LLCA. Cette interdiction a toutefois aussi des limites et ne s'impose qu'à certaines conditions. La contribution fait ensuite la liste des conventions licites d'honoraires dépendant du résultat, qui permettent à l'avocat de choisir des solutions compatibles avec le marché.

P.P.

* Ehemaliger Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbandes SAV.

¹ Art. 21, 23 ff. OR; *Fellmann*, Kommentar zu Art. 394 OR N 450.

² Im Einzelnen hinten IV.

³ Vgl. *Schenker*, Gedanken zum Anwaltshonorar, Festschrift SAV, Bern 1998, 156 f.

⁴ Z.B. allfällige Leistungen an Dritte für die Fallzuweisung, Provisionen.

⁵ Der Anwalt darf wegen seiner Schweigepflicht nicht offen informieren über seine Leistungen, seine Klienten und über seine Erfolge und Misserfolge. Der weniger versierte Klient ist nicht in der Lage, das Anwaltsangebot vergleichend auf Leistung und Preis auszutesten.

⁶ Z.B. *Fellmann*, Kommentar zu Art. 398 OR N 150 f.

⁷ www.swisslawyers.com/ge/04_sav/02_Sta-tuten_Richtlinien/Richtlinien (14. Juni 2004).

B. Ohne Honorarvereinbarung

Das BGFA verlangt den Abschluss einer Honorarvereinbarung nicht, sondern sieht lediglich eine *Informationspflicht* für Anwälte vor (Art. 12 lit. i BGFA). Ist *keine Vereinbarung* über das Entgelt des Beauftragten abgeschlossen worden, ermittelt es sich nach der *Übung*⁸. Die Übung verlangt objektive Angemessenheit der Entschädigung. Was im Einzelfall angemessen ist, beurteilt sich anhand der konkreten Umstände. Bemessungsfaktoren sind der Zeitaufwand, die Komplexität, die Verantwortung und der Interessewert der übernommenen Aufgabe, die fachliche Qualifikation und Erfahrung des Beauftragten sowie die Kosten der Infrastruktur⁹. Als Ausdruck eines vernünftigen Masses für Anwaltshonorare und das Übliche im Sinne des OR können die *Honoraransätze* der Anwaltsverbände angesehen werden¹⁰. Auch die *Verordnungen über die Prozessentschädigungen* können als Anhaltspunkt dafür dienen, was als angemessene und übliche Entschädigung für die Verfahrensführung oder vergleichbare Dienstleistungen von Anwälten erscheint. Die ehemals verbreiteten eigentlichen *Tarife* der Anwaltsverbände sind dagegen mit der Verschärfung des Kartellgesetzes von 1996¹¹ verschwunden.

C. Wünschbarkeit klarer Honorarabsprachen

Eine klare Vereinbarung über das Honorar ist der Ungewissheit einer nachträglichen Ermittlung des Angemessenen und Üblichen immer vorzuziehen. Es ist deshalb wünschbar, dass zu Beginn jedes Mandats eine *Vereinbarung* über das Honorar oder über die Grundsätze seiner Bemessung getroffen wird.

Wesentlich bei allen Honorarvereinbarungen ist die *Klarheit und Transparenz*¹². Der Klient soll durch die Höhe der Anwaltsrechnung nicht überrascht werden. Kurze Abrechnungsintervalle und spezifizierte, nachvollziehbare Leistungsbeschreibungen¹³ tragen dazu bei, Überraschungen zu vermeiden. Sinnvoll kann auch sein, die Vorstellungen und Möglichkeiten des Klienten *im Voraus* zu erfragen und das Honorar gemeinsam festzusetzen, anstatt die einseitige Anordnung des Anwalts zur Vereinbarung zu erheben.

Fehlt eine Vereinbarung, und erweist sich die Honorarrechnung gegenüber dem Üblichen als massiv übersetzt, kann dies auch die anwaltliche *Sorgfaltspflicht*¹⁴ verletzen und disziplinarisch geahndet werden.

D. Erfolgshonorare

Das *Erfolgshonorar*, dessen Höhe vom Erfolg abhängig ist, hat aus Klientensicht unbestreitbare Vorzüge. Leistung und Erfolg sollen entschädigt, Stundenschinden nicht belohnt werden. Eine Entschädigung, die bei positivem und negativem Ergebnis gleich bleibt, kann eine gewisse Gleichgültigkeit der Anwälte zur Folge haben¹⁵. Ausserdem kann das Erfolgshonorar einen Beitrag zur Finanzierbarkeit des Zugangs zum Recht leisten¹⁶. Damit kommt dem Erfolgshonorar auch eine rechtsstaatliche Tragweite zu. Es ermöglicht auch demjenigen Klienten den Beizug eines Anwalts oder einer Anwältin, der nicht über die finanziellen Mittel für einen Rechtsstreit verfügt^{17,18}. Das Erfolgshonorar kann im Weiteren zur Entlastung der Justiz beitragen, da Ansprüche mit wenig Erfolgsaussichten weniger durchgefochten werden.

Erfolgshonorare für Anwälte sind in etlichen Rechtsordnungen üblich. Na-

mentlich in den USA sind solche *contingency fees* nicht nur zugelassen, sondern mit Blick auf die Chancengleichheit und auf den Zugang zur Justiz sogar erwünscht¹⁹.

Der Erfolg des Mandats hängt indes nicht nur von der Leistung des Anwalts oder der Anwältin ab, son-

⁸ Art. 394 Abs. 3 OR.

⁹ BGE 117 II 284; 101 II 111 f.; 78 II 127; *Fellmann*, Kommentar zu Art. 394 N 395 ff.

¹⁰ *Fellmann*, Kommentar zu Art. 394 OR N 416 ff.; differenzierend Obergericht des Kantons Zürich, SJZ 72 (1976) 263.

¹¹ Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1985, SR 251.

¹² Vgl. Art. 12 lit. i BGFA und Art. 2 Abs. 1 SAV-RL.

¹³ Vgl. ZR 89 Nr. 52; 84 Nr. 85; 79 Nr. 62.

¹⁴ Art. 12 lit. a BGFA.

¹⁵ *Fellmann*, Kommentar zu Art. 394 OR N 456; siehe aber *Gautschi*, Kommentar zu Art. 395 N 87b: die Sorgfaltspflicht kann nicht wegbedungen werden.

¹⁶ *Schiller*, Funktion des Anwalts im Rechtsstaat, in *Professional Legal Services: Vom Monopol zum Wettbewerb*, Zürich 2000, 170.

¹⁷ *Gattiker*, Das Erfolgshonorar des Anwalts: Chancengleichheit im rechtlichen Konflikt?, Zürich 1975, 117, mit Hinweis auf das griffige Zitat, das Erfolgshonorar sei «the poor man's key to the courthouse»; *Schiller* (Fn. 16) 170.

¹⁸ Immerhin löst auch das Erfolgshonorar nicht alle Anliegen in diesem Zusammenhang: Für betragsmässig unbedeutende und für wenig Erfolg versprechende, aber doch mögliche Ansprüche finden sich mit einem Erfolgshonorar kaum Anwälte, eben so wenig für schwierige Verfahren, z.B. um eine sinnvolle Praxisänderung zu erreichen. Die Qualitätskontrolle staatlicher Tätigkeit findet tendenziell weniger statt; vgl. *Schiller* (Fn. 16) 162 ff.

¹⁹ Vgl. *Dörig*, Anwaltliche Erfolgshonorare in den USA und der Schweiz, AJP 1998 687 ff., 694; *Gattiker* (Fn. 17) 63 ff.; *Höchli*, Das Anwaltshonorar, Zürich 1991, 84.

dem auch von zahlreichen Faktoren ausserhalb seiner Kontrolle, oftmals auch von ausserrechtlichen. Der Anwalt, der auf reiner Erfolgsbasis arbeitet, nähert sich dem *Unternehmer* an, der die Chancen und Risiken des Geschäfts trägt. Das erhöht die Tendenz, dass Anwälte systematisch und gezielt nach Klienten mit möglichen Rechtsansprüchen suchen²⁰, um sich daran zu beteiligen, was allgemein als unerwünscht gilt.

Mit dem Erfolgshonorar wird der Anwalt, die Anwältin am Erfolg und Misserfolg der Angelegenheit beteiligt. Das Mandat wird in die Nähe des *Gesellschaftsverhältnisses* gerückt²¹, was Auswirkungen auf die Führung und auf die Beendigung des Mandats hat und heikle Situationen nach sich

ziehen kann. Als die fachkundige Partei wird dem Anwalt naturgemäss die Rolle des geschäftsführenden und entscheidenden Partners zukommen. Der Anwalt wird faktisch zum *Geschäftsherrn*, zum *master of the case*. Anwälte mögen auch versucht sein, rasch und mit möglichst wenig Aufwand ein unbefriedigendes Ergebnis anzustreben, obwohl ein besseres Resultat erreichbar ist, für den Anwalt, die Anwältin aber einen unverhältnismässigen Aufwand zur Folge hätte. Um sich vor vorzeitigem Abschluss oder Entzug des Mandats und Verlust des Honorars zu schützen, wird sich der Anwalt regelmässig Erschwerungen der Vertragsauflösung ausbedingen²². Der Klient, der den Konflikt beenden will und einen Vergleich wünscht, wird einen solchen ohne Einwilligung des mitbeteiligten Anwalts nicht mehr abschliessen dürfen. In solchen Situationen treten zur ursprünglich parallelen Interessenlage problematische Konflikte mit Eigeninteressen des Anwalts.

E. Das Anwaltshonorar in der Schweiz

Die kontinentaleuropäischen Rechtskreise stehen den Erfolgshonoraren für Anwälte von jeher skeptisch bis ablehnend gegenüber²³. Die Rechtsbeziehung zwischen Klient und Anwalt wird in diesen Rechtsordnungen weder als Gesellschaft noch als gesellschaftsähnliches Verhältnis aufgefasst. Der Klient soll die Chancen und die Risiken der Angelegenheit tragen und dementsprechend weisungsbehafteter *Geschäftsherr* bleiben. Das notwendige Vertrauensverhältnis, das beidseits eine sofortige Rücktrittsmöglichkeit erfordert, die Sorgfalts- und Treuepflicht des Anwalts, die persönliche Auftragsbefriedigung des An-

walts, das Weisungsrecht des Klienten, die kritische Distanz des Anwalts zur Angelegenheit und zum Klienten, die Rechenschaftspflicht und der Umstand, dass der Anwalt keine Erfolgsgarantie abgeben kann, haben dazu geführt, dass die Vereinbarung mit dem Anwalt oder der Anwältin in Europa als *Mandatsverhältnis* angesehen wird. In der Schweiz ist der *einfache Auftrag* im Sinn von Art. 394 ff. OR auf den Anwaltsvertrag zugeschnitten²⁴.

F. Die drei klassischen Verbote

Im Zusammenhang mit Anwaltshonoraren haben sich traditionell die *drei klassischen Verbote* herausgebildet: (1) das Verbot der *Erfolgssprämie* (*pactum de palmario*, oder kurz *palmarium*), (2) das Verbot der *Beteiligung am Prozessgewinn* (*pactum de quota litis*) und (3) das Verbot, sich den *Streitgegenstand abtreten* zu lassen (*pactum de redimenda lite*). Die Terminologie ist uneinheitlich.

Allgemein wird das *Erfolgshonorar* als Oberbegriff für jede Art eines Honorars verwendet, das ganz oder teilweise vom Erfolg abhängig ist²⁵. Das *palmarium* wird teils als Synonym für das Erfolgshonorar verstanden²⁶, teils wird es nur in einem engeren Sinn als Spezialfall des Erfolgshonorars verwendet, wo *zusätzlich* zu einem sonst vereinbarten Honorar eine «Siegesprämie» geschuldet ist für den Fall, dass eine bestimmte Bedingung eintritt²⁷. Das *palmarium* ist nicht auf den Prozess beschränkt und kann bei Erreichen irgend eines Ziels geschuldet sein. Die unterschiedlichen Definitionen des Erfolgshonorars und des *palmarium* sind allerdings für das schweizerische Recht ohne praktische Bedeutung, da das BGFA nur Rechtsfolgen an die *quota litis* anknüpft²⁸.

²⁰ Sog. ambulance chasing.

²¹ Fellmann, Kommentar zu Art. 394 OR N 454; Gautschi, Kommentar zu Art. 394 OR N 45c, vgl. auch ders., Kommentar zu Art. 395 N 98a, mit Differenzierung; Höchli (Fn. 19) 14, 91 ff.

²² Vgl. die Darstellung bei Gattiker (Fn. 17) 82 ff.

²³ Gattiker (Fn. 17) 44 ff.; Pfeifer, Übersicht und Überlegungen zum Erfolgshonorar von Anwälten, Das künftige Berufsbild des Anwalts in Europa, Köln, 2002, 72 ff.

²⁴ Fellmann, Kommentar zu Art. 394 OR N 140 ff.; Gautschi, Kommentar zu Art. 394 OR N 28; Höchli (Fn. 19) 9 f.; Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, 15; Wolffers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, 17 f.

²⁵ Gattiker (Fn. 17) 29; das reine Erfolgshonorar ist dementsprechend das Honorar, das nur im Erfolgsfall geschuldet ist und von keinen anderen Elementen abhängt.

²⁶ Höchli (Fn. 19) 79.

²⁷ Art. 19 Abs. 2 SAV-RL.

²⁸ Hinten III.

Der Begriff der *quota litis* wird etwas einheitlicher verwendet. Eine solche wird im Allgemeinen dann angenommen, wenn das Honorar in einem bestimmten Prozentsatz des erstrittenen Prozessersfolgs besteht. Typisch ist die Proportionalität, der partiarische Charakter²⁹. Die *quota litis* ist somit ein Unterfall des Erfolgshonorars und des *palmarium*³⁰. Sie ist auf den Prozess beschränkt. Ihre Höhe bemisst sich proportional zum Prozessersfolg³¹.

II. Legitimation

Die Verbote werden im Wesentlichen einerseits damit begründet, dass der Anwalt und die Anwältin die Distanz zum Klienten wahren müsse und an der Sache des Klienten kein eigenes finanzielles Interesse haben dürfe. Andererseits könne der Anwalt als Fachmann die Chancen und Risiken der übertragenen Sache weit besser beurteilen als der Klient, weshalb die Gefahr der Übervorteilung bestehe³². Die drei klassischen Verbote erweisen sich in den üblichen Begründungen als Spezialfälle des Verbots des Konfliktes mit *Eigeninteressen der Anwälte*.

Die Legitimation der klassischen drei Verbote ist seit längerer Zeit und mit guten Gründen *in Frage* gestellt. Namentlich wird darauf hingewiesen, dass erfolgsabhängige Anwalts-honorare in andern Rechtskreisen nicht nur toleriert, sondern mit Blick auf die Erleichterung des Zugangs zum Recht sogar als wünschbar erachtet werden³³.

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass sich in Europa *alternative Rechtsbehelfe* herausgebildet haben, die dem finanziell weniger starken Rechtssuchenden den Zugang zum Recht ermöglichen sollen³⁴. In Rechtskreisen, die Erfolgshonorare kennen, fehlen

solche alternative Finanzierungsinstrumente weitgehend. Auswüchse exzessiv hoher Klagesummen, die teilweise den anwaltlichen Erfolgshonoraren zugeschrieben werden, sind in Europa dadurch begrenzt, dass massives Überklagen ein erhebliches Kostenrisiko mit sich bringt³⁵.

Sowohl Honorarvereinbarungen auf reiner Aufwandbasis als auch reine Erfolgshonorare haben ihre Vor- und Nachteile. Keinem der beiden Systeme ist grundsätzlich der Vorzug zu geben. Die verschiedenen Rechtsordnungen haben die Frage verschieden gelöst. Ein Verbot in der einen oder in der andern Richtung dürfte sich aber nicht ohne weiteres rechtfertigen lassen³⁶.

III. Lösung des BGFA (Art. 12 lit. e)

Von den herkömmlichen drei Verboten zur Honorarvereinbarung hat das BGFA nur noch das *Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn*, das *pactum de quota litis*, übernommen (Art. 12 lit. e). Diese Regel war in den meisten kantonalen Berufsregeln vorgesehen³⁷. Sonstige Verbote erfolgsabhängiger Honorarvereinbarungen³⁸ sieht das BGFA nicht mehr vor, ebenso wenig wie das Verbot der Abtretung des Streitgegenstandes.

Das Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn ist eher technischer Natur und gehört sicherlich nicht zum rechtsstaatlich unverzichtbaren Kernbereich des anwaltlichen Berufsrechts³⁹. Es wäre für den rechtssuchenden Bürger ohne Nachteil entbehrlich und liegt damit kaum im überwiegenden öffentlichen Interesse. Zudem kann es als unverhältnismässiger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit angesehen werden können⁴⁰. Zwar ist das BGFA ein Bundesgesetz und als solches nicht auf seine Verfassungsmäs-

sigkeit überprüfbar⁴¹. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob das Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn ein zulässiger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit wäre. Im Rahmen der verfas-

²⁹ Gattiker (Fn. 17) 29, 83.

³⁰ Höchli (Fn. 19) 80; a.M. Sterchi, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, 71.

³¹ Dörig, AJP 1998 688; Gattiker (Fn. 17) 30.

³² BGE 113 Ia 284; vgl. die eingehenden Darstellungen bei Gattiker (Fn. 17) 35 ff. und Höchli (Fn. 19) 81 ff.; ferner Schenker (Fn. 3) 146; Sterchi (Fn. 30), 71; Testa (Fn. 24) 221 f.; Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1988, 153; Wolffers (Fn. 24) 165 ff.

³³ Gautschi, Kommentar, vgl. Kommentar zu Art. 305 N 87b; Baechli, SAV Bulletin 1983, Nr. 86, 7; Gattiker (Fn. 17) 40 f.; Höchli (Fn. 19) 90; Pfeifer (Fn. 23). 95 ff.; Testa (Fn. 24) 230 ff.; Wolffers (Fn. 24) 166.

³⁴ Unentgeltliche Rechtspflege, Prozessentschädigung beim Obsiegen, Anwaltskosten als Schadensbestandteil, Rechtsschutzversicherungen, Factoring, Prozessfinanzierung durch Dritte, etc.; vgl. Schiller (Fn. 16) 170. (Die gewerbsmässige Prozessfinanzierung durch Dritte ist im revidierten Zürcher Anwaltsgesetz ausgeschlossen: § 41 Abs. 1 lit. b AnwG-ZH, Amtsblatt 2003, Nr. 48 vom 28. November 2003 [Referendumsvorlage]; es wurde kein Referendum ergriffen [Amtsblatt 2004, Nr. 6 vom 6. Februar 2004].)

³⁵ Gerichtskosten, Prozessentschädigung.

³⁶ Die Problematik der Legitimation des Verbots wird durch die schwierigen und nicht immer leicht verständlichen Abgrenzungen von zulässigen zu unzulässigen Absprachen akzentuiert.

³⁷ Botschaft, BBl 1999 6057.

³⁸ Zu den zulässigen Honorarabsprachen hinten VI.

³⁹ Schiller (Fn. 16) 172; Wirth, Anwaltliche Berufsregeln im Spannungsfeld der Entwicklung vom Monopol zum Wettbewerb, Professional Legal Services: Vom Monopol zum Wettbewerb, Zürich 2000, 126.

⁴⁰ Art. 5, 27, 36 BV.

⁴¹ Art. 191 BV.

sungsmässigen Auslegung⁴² ist die unsichere verfassungsmässige Legitimation jedoch zu berücksichtigen und das Verbot restriktiv auszulegen, um den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit möglichst schonend zu halten.

IV. Das Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn

A. Vereinbarung

Ein Verstoss gegen das Verbot von Art. 12 lit. e BGFA liegt bereits mit dem

Abschluss einer unzulässigen Honorarvereinbarung vor. Anwaltliches Tätigwerden, Fälligkeit oder Leistung des Honorars ist nicht erforderlich.

B. Reine Erfolgsabhängigkeit

Art. 12 lit. e BGFA verbietet die Vereinbarung einer Erfolgsbeteiligung nur *als Ersatz* für das Honorar⁴³. Untersagt ist nur das reine, das ausschliesslich vom Erfolg abhängige Honorar⁴⁴. Kein reines Erfolgshonorar und deshalb grundsätzlich zulässig ist eine Entschädigung, die neben der Erfolgskomponente auch erfolgsunabhängige Bemessungskriterien aufweist⁴⁵.

Allerdings kann das Verbot nicht schon mit jeder noch so geringfügigen sonstigen Entschädigung unterlaufen werden. Abzustellen ist auf den konkreten Einzelfall. Anhaltspunkte für die Abgrenzung sind einerseits die Höhe der erfolgsunabhängigen Entschädigung und andererseits der Interessenwert, die Barauslagen, die Kostenstruktur und der zu erwartende Stundenaufwand. *Unbedenklich scheint in jedem Fall eine Vereinbarung, nach der die Barauslagen und die auf die aufgewendeten Stunden umgelegten Gemeinkosten gedeckt werden.*

Massgebend für die Beurteilung ist der Zeitpunkt der Honorarabrede.

C. Prozess

Schon unter kantonalem Recht war das Erfolgshonorar in der Regel auf die rein forensische Tätigkeit beschränkt⁴⁶. Zur Anknüpfung des Verbots verwendet der deutsche Wortlaut von Art. 12 lit. e BGFA nicht weniger als drei neue Begriffe: «Rechtsstreit», «Prozess(gewinn）」 und «Verfahren»⁴⁷. Ein Anhaltspunkt, diese Begriffe unterschiedlich zu verstehen, ist nicht ersichtlich. Ein

Rechtsstreit, Prozess, Verfahren im Sinn der Bestimmung liegt dann vor, wenn der Anspruch einer Partei in einem *förmlichen, rechtlich geordneten Verfahren*⁴⁸ beurteilt wird⁴⁹. Unbedenklich ist die Verfahrensart⁵⁰.

D. Beteiligung

Das Verbot greift nur ein, wenn der Honoraranspruch mit dem gutheissenden Urteil entsteht und dessen *Höhe* sich auf Grund des Prozessausgangs *bemisst*⁵¹. Die anteilmässige Bemessung des Honorars in Abhängigkeit des Prozessergebnisses ist charakteristisch für die unzulässige Absprache⁵².

Der deutsche Wortlaut «Beteiligung» könnte nahe legen, der Anwalt müsse zusammen mit dem Klienten anteilmässiger Gläubiger des Prozessgegners werden. Die Literatur spricht etwas unpräzise von direkter Beteiligung an der streitigen Forderung⁵³. Das Verbot verlangt jedoch keine teilweise Abtretung des Streitgegenstands. Es greift auch ein, wenn der Anwalt, die Anwältin nicht direkt Honorargläubiger des Prozessgegners wird, was der französische und der italienische Text klarstellen⁵⁴. Eine Abtretung des Streitgegenstandes nach Massgabe des Obsiegens wird indes vom Verbot ebenfalls erfasst.

E. Prozessgewinn

Der Prozessgewinn im Sinn von Art. 12 lit. e BGFA ist der Wert des Anspruchs, dem sich die Gegenpartei widersetzt und der *dem Klienten zugesprochen* wird⁵⁵. In Frage kommen Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsbegehren. Nicht unter das Verbot fallen dagegen alle Verfahren, mit denen kein Vermögenswert zugesprochen wird⁵⁶.

⁴² Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Rz. 148 ff., 161.

⁴³ Ebenso die italienische Fassung «anziché onorario»; etwas offener der französische Wortlaut «faire dépendre les honoraires du résultat de l'affaire».

⁴⁴ So schon unter kantonalem Recht BGE 93 I 121.

⁴⁵ Z.B. eine Mindestpauschale oder ein (tiefes) Stundenhonorar.

⁴⁶ Z.B. ZR 99 Nr. 13.

⁴⁷ Einheitlicher in den französischen und italienischen Fassungen: «Affaire», «procès», bzw. «causa».

⁴⁸ Vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht, vor einer Verwaltungs- oder Vollstreckungsbehörde; Dörig, AJP 1998, 687; Höchli (Fn. 19), 80; ZR 99 Nr. 13.

⁴⁹ Der «Prozess» im Sinn des Verbots deckt sich somit nicht mit dem Bereich der Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden gemäss Art. 2 Abs. 1.

⁵⁰ Z.B. ordentliches, summarisches oder beschleunigtes Verfahren.

⁵¹ Höchli (Fn. 19), 80; vgl. auch BGE 98 Ia 148.

⁵² Gattiker (Fn. 17), 29, 83.

⁵³ Gattiker (Fn. 17), 29; Höchli (Fn. 19), 80;

⁵⁴ Testa (Fn. 24), 217.

⁵⁵ «Faire dépendre les honoraires du résultat»; «il suo cliente ... a versargli parte dei proventi».

⁵⁶ Nicht relevant sind die Nebenfolgen, wie die Prozessentschädigung (Baechli, SAV Bulletin, 1983, Nr. 86, 7).

⁵⁷ Z.B. reine Untersuchungsverfahren; a.M. Höchli (Fn. 19), 80.

Das Urteil braucht dem Klienten keinen bestimmten Geldbetrag zuzusprechen. Es kann sich um irgend einen Vermögenswert handeln^{57, 58}. Besteht der eingeklagte Anspruch nicht in einem Forderungsbetrag⁵⁹, muss der Wert des Streitgegenstandes zwischen Klient und Anwalt ziffernmässig festgelegt werden. Andernfalls lässt sich das Honorar nicht als prozentualer Anteil des Prozessgewinns definieren⁶⁰. Wird für den Fall des ganzen oder teilweisen Obsiegens ein bestimmter Geldbetrag vereinbart, liegt keine Absprache über die Beteiligung am Prozessgewinn, sondern ein zulässiges *palmarium* vor⁶¹.

Die Beteiligung am Prozessgewinn soll dem Klienten ermöglichen, das Honorar *aus dem vom Gericht Zugeprochenen* zu leisten⁶². Das legt auch das allgemeine Wortverständnis des Gesetzes nahe⁶³. Damit ist das Verbot auf den *Aktivprozess* beschränkt⁶⁴. Obsiegt der Beklagte, stellt das Gericht fest, dass der eingeklagte Anspruch nicht besteht. Ein Anteil an einem nicht existierenden Anspruch würde zu keinem Honoraranspruch führen^{65, 66}.

Das Verbot ist demnach auf den Verteidiger im *Strafverfahren* nicht anwendbar⁶⁷, wohl aber auf den Geschädigtenvertreter.

F. Anwaltliche Dienstleistung

Das Verbot richtet sich nur gegen Vereinbarungen über die Entschädigung anwaltlicher Dienstleistungen⁶⁸, d.h. nur wenn der Anwalt, die Anwältin den fraglichen Prozess führt oder den Klienten in der streitigen Angelegenheit berät. Das Verbot greift auch ein, wenn die Prozessaussichten als sicher beurteilt werden und angenommen wird, der Prozess würde auch ohne anwaltliches Zutun gewonnen. Die

Kausalität zwischen Leistung und Erfolg ist keine Voraussetzung für das Verbot.

G. Vor Beendigung des Prozesses

Wenn der Streit entschieden ist, entfällt die Ungewissheit über dessen Ausgang. Eine problematische Nähe zum Klienten oder eine Übervorteilungsmöglichkeit besteht nicht mehr. Auch kann nicht mehr von einem gesellschaftsähnlichen Verhältnis gesprochen werden, wenn das Honorar aufgrund des bereits feststehenden Erfolgs oder Misserfolgs vereinbart wird. Da die für das Verbot angeführten Begründungen⁶⁹ nach Beendigung des Verfahrens entfallen, verbietet das Gesetz die Beteiligung am Prozessgewinn nicht, wenn sie im Nachhinein vereinbart wird. Nach Beendigung des Prozesses ist auch ein Honorarverzicht im Fall des Unterliegens zulässig⁷⁰. Beendigung des Prozesses im Sinn dieser Bestimmung ist die *rechtskräftige Erledigung* der Streitsache.

H. Prozessverlust

Bei einer unzulässigen Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn entsteht kein Honoraranspruch, wenn der Prozess verloren geht. Insofern ist das ausdrückliche Verbot des Honorarverzichts bei ungünstigem Verfahrensausgang gemäss Art. 12 lit. e, 2. Halbsatz BGFA, vom Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn bereits erfasst⁷¹. In Bezug auf die Voraussetzungen kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden⁷².

Immerhin fragt sich, ob dem Verbot im Fall des Prozessverlusts ein weiter gehender Geltungsbereich zukommen soll⁷³. Der Wortlaut würde dies zulassen. Gleichwohl ist eine solche extensive Auslegung abzulehnen⁷⁴. Es lässt

sich kaum begründen, weshalb das Verbot beim Unterliegen einen weiteren Anwendungsbereich haben soll

⁵⁷ Berufsregeln der Rechtsanwälte der EU und des EWR (CCBE), Ziff. 3.3.2. (http://www.swisslawyers.com/ge/04_sav/02_Statuten_Richtlinien/02_International/International [14. Juni 2004]).

⁵⁸ Da der Anspruch des Klägers schon vor dem Urteil besteht (*Guldener*, Schweizerischer Zivilprozess, Zürich 1979, 54 ff.), kann der Prozessgewinn streng genommen nicht als Vermögensvermehrung des Klienten definiert werden; missverständlich deshalb *Dörig*, AJP 1998, 688 und *Gattiker* (Fn. 17), 30.

⁵⁹ Z.B. Sachleistung.

⁶⁰ Das Honorar als Anteil einer erstrittenen Sache in natura ist zwar theoretisch nicht ausgeschlossen, wird aber aus praktischen Gründen ausser Betracht fallen.

⁶¹ Die undeutlichen Abgrenzungskonturen des Zulässigen vom Unzulässigen unterstreichen die problematische Legitimation des Verbots.

⁶² *Testa* (Fn. 24), 217; vgl. auch BGE 98 Ia 149.

⁶³ («Prozessgewinn», nicht allgemein Obsiegen; «proventi della causa»; etwas weiter die französische Fassung «résultat»).

⁶⁴ Massgebend ist die materielle Sicht, nicht die formelle Parteirolle im Prozess (z.B. Ab-erkennungsklage).

⁶⁵ Die Vereinbarung, dass sich das Honorar als Prozentsatz vom abgewiesenen Anspruch bemisst, ist ein *palmarium*.

⁶⁶ Obschon es wirtschaftlich keinen Unterschied macht, ob eine Partei obsiegt, weil sie mit ihrem Anspruch durchdringt oder weil die gegen sie eingeklagte Schuld nicht besteht, behandelt das Gesetz das Obsiegen des Klägers und des Beklagten im Prozess unterschiedlich.

⁶⁷ Die Vereinbarung einer bestimmten Honorarsumme im Fall eines Freispruchs ist ein zulässiges *palmarium*.

⁶⁸ *Dörig*, AJP 1998, 687; *Höchli* (Fn. 19), 80.

⁶⁹ *Vorn II*.

⁷⁰ *Höchli* (Fn. 19), 80; *Testa* (Fn. 24), 218.

⁷¹ *Höchli* (Fn. 19), 80.

⁷² *Vorn IV, A.-G.*

⁷³ Z.B. bei einer Verurteilung im Strafprozess, Unterliegen im Passivprozess.

⁷⁴ *Vorn II*.

als beim Obsiegen. Die ausdrückliche Erwähnung des Prozessverlusts weist keinen eigenen Normgehalt auf und wäre an sich entbehrlich.

V. Sanktionen bei Verletzung

Zivilrechtlich ist ein Vertrag mit widerrechtlichem Inhalt *nichtig*⁷⁵. Allerdings wird der Grundsatz der Nichtigkeitsfolge in verschiedener Hinsicht relativiert. Zunächst greift die Nichtigkeit nur ein, wenn die Verbotsnorm dies anordnet oder wenn es der Normzweck erfordert⁷⁶. Wenn ferner die Rechtswidrigkeit nur einen Teil der Vereinbarung betrifft, ist nur dieser Teil ungültig, ausser es ist anzunehmen, dass der Vertrag ohne diesen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre⁷⁷. Schliesslich ist auch der unzulässige Teil der Vereinbarung nicht

stets vollständig nichtig. Vielmehr ist er nur auf dasjenige zulässige Mass zu reduzieren, das am wenigsten in den Parteiwillen eingreift⁷⁸.

Eine unzulässige Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn kann von vornherein keine Nichtigkeit des gesamten Anwaltsmandats nach sich ziehen, sondern höchstens die Absprache über das Honorar unwirksam machen. Mit Blick auf die besondere Disziplinarordnung muss nach einem Teil der Lehre die Honorarvereinbarung sogar ganz aufrecht erhalten werden⁷⁹, d.h. sie ist nicht einmal teilweise nichtig. Sollte gleichwohl Teilnichtigkeit bejaht werden, könnte diese regelmässig nur eine Reduktion der unzulässigen Vereinbarung auf ein gültiges *palmarium* zur Folge haben. Angesichts des engen Verbotsbereichs und der oftmals tiefen Abgrenzungshürden dürften auch Vereinbarungen überleben, die gegen Art. 12 lit. e BGFA verstossen, entweder integral oder wenigstens in leicht reduzierter Form. Möglich ist allenfalls eine Anfechtung wegen *Täuschung* oder wegen *Willensmangels*⁸⁰.

Anwaltsrechtlich ist der Abschluss der unzulässigen Honorarvereinbarung nach Art. 17 BGFA zu disziplinieren.

VI. Zulässige erfolgsabhängige Honorarabsprachen

In internationalen Verhältnissen lassen sich erfolgsabhängige Honorarvereinbarungen oftmals kaum vermeiden. Angesichts des engen Anwendungsbereichs des Verbots besteht ein weiterer Gestaltungsspielraum für zulässige erfolgsabhängige Honorare. Zahlreiche Möglichkeiten und Kombinationen lassen sich finden, die

den Bedürfnissen des Klienten entgegenkommen.

Die Vereinbarung ist nur dann verboten, wenn *alle* Voraussetzungen der Beteiligung am Prozessgewinn kumulativ vorliegen⁸¹. Ausserhalb des Geltungsbereichs des Verbots ist auch die Vereinbarung eines *reinen* Erfolgshonorars zulässig.

Zulässig ist insbesondere jede Art von Vereinbarung eines Honorars, das *Erfolgskomponenten mitberücksichtigt*⁸². Es handelt sich um ein *palmarium* im engeren Sinn⁸³, um das sog. *premium billing*. Wenn bestimmte Ziele erreicht werden⁸⁴, berechtigt dies zum vereinbarten Honorarzuschlag. Wesentlich ist, das Ereignis genau zu definieren, das den Honorarzuschlag auslöst. Zu denken ist auch an die Regelung der Folgen einer vorzeitigen Beendigung des Mandats.

Das *Pauschalhonorar* ist keine Beteiligung am Prozesserfolg. Es war schon unter altem Recht zulässig⁸⁵. Die Problematik des Pauschalhonorars besteht darin, dass der Anwalt oder die Anwältin versucht sein kann, seinen Aufwand zu minimieren⁸⁶. Wesentlich ist, die Leistung präzise zu umschreiben und klar zu regeln, wie diese zu erfassen, zu spezifizieren und nachzuweisen ist.

Unbedenklich ist die Vereinbarung, das Honorar *alternativ* entweder *nach Stundenaufwand* oder einer *höheren Prozessentschädigung* festzusetzen. Unbedenklich sind auch Aufwandshonorare mit einem *Kostendach*, oder mit der Verpflichtung des Anwalts jeweils mitzuteilen, sobald das Honorar bestimmte Beträge erreicht.

Die Entschädigung als bestimmter *Prozentsatz vom Streit- oder Interessenwert* ist keine verpönte Beteiligung am Erfolg. In zahlreichen Dienstleistungsbereichen sind Pro-

⁷⁵ Art. 20 Abs. 1 OR.

⁷⁶ BGE 102 II 404; *Kramer*, Kommentar zu Art. 19-20 OR N 321 ff.

⁷⁷ Art. 20 Abs. 2 OR.

⁷⁸ *Kramer*, Kommentar zu Art. 19-20 OR N 354 ff., 357; BGE 123 III 298.

⁷⁹ Allgemein dann, wenn die verletzte öffentlichrechtliche Verbotsnorm eine öffentlichrechtliche Sanktion vorsieht, neben der eine zusätzliche Vertragsnichtigkeit nicht gefordert ist (*Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988, 254; ZR 91/92 Nr. 15).

⁸⁰ Art. 23 ff. OR.

⁸¹ Vorn IV. A.-G.

⁸² Vgl. BGE 93 I 121; *Höchli* (Fn. 19), 87 f.; *Sterchi* (Fn. 30), 71 f.; *Wolffers* (Fn. 24), 164 f.; vorn IV. B.

⁸³ Vorn I. F.

⁸⁴ Z.B. Erledigung in einem bestimmten Zeitrahmen, Verhandlungserfolg, Vermeidung eines Prozesses, Teilerfolg im Prozess, etc.

⁸⁵ BGE 113 Ia 285.

⁸⁶ *Schenker* (Fn. 3), 150.

zenthonorare bzw. deren Vereinbarung üblich⁸⁷. Die klare Vereinbarung des Umfangs der anwaltlichen Dienstleistung ist auch hier essenziell.

Denkbar ist auch die Vereinbarung von *Kombinationen* solcher Elemente.

Trotz grundsätzlicher Zulässigkeit erfolgsabhängiger Honorare liegt das *Bonitätsrisiko* grundsätzlich beim Klienten. Die Leistung der Anwälte und der Erfolg ihrer Tätigkeit liegt in der rechtlichen Durchsetzung des Anspruchs des Klienten, nicht in der Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei. Eine Vereinbarung, nach welcher das Honorar von der Einbringlichkeit eines

Guthabens abhängig gemacht wird, scheint zwar nicht von vornherein unzulässig, rückt die Absprache aber in die Nähe eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses⁸⁸. Die Absprache ist auf Grund der gesamten Umstände unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen.

VII. Zusammenfassung

Die drei herkömmlichen Verbote im Zusammenhang mit Anwaltshonoraren (Verbot des *palmarium*, der *quota litis* und der Abtretung des Prozess-

gewinns) sind mit dem neuen BGFA praktisch entfallen. Einzig das Verbot der Beteiligung am Prozessgewinn ist übernommen worden (Art. 12 lit. e BGFA). Auch dieses Verbot ist jedoch nur unter engen Voraussetzungen anwendbar. Die zahlreichen zulässigen Möglichkeiten werden den Anwalt und die Anwältin kaum daran hindern, marktgerechte Lösungen der Honorargestaltung zu finden.

⁸⁷ Z.B. Notare, Immobilienmakler, Banken, Vermögensverwalter, Architekten etc.

⁸⁸ Vorn I. A., E.

Entwicklungen im Arbeitsrecht / Le point sur le droit du travail

Prof. Thomas Geiser (St. Gallen/Bern) und lic. iur. et lic. oec. Benedikt Häfliger, Rechtsanwalt und Notar (Zug)

I. Gesetzgebung

Am 3. Oktober haben National- und Ständerat das Fusionsgesetz¹ (FusG) angenommen². Das Referendum gegen das FusG wurde nicht ergriffen. Das FusG tritt am 1. Juli 2004 in Kraft³.

Das FusG regelt neben der eigentlichen Fusion⁴ auch die Spaltung⁵, die Umwandlung⁶, sowie die Vermögensübertragungen⁷ von im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften und Einzelunternehmen. Unabhängig davon, aus welchen Gründen ein dem FusG unterstellter Vorgang durchgeführt wird, für die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hat dieser Vorgang Konsequenzen. Die Folge kann die Kündigung oder ein neuer Arbeitsvertrag sein, der eine Änderung der Arbeitstätigkeit, des

Lohns, der Arbeitszeit oder auch des Arbeitsorts bedeutet. Der Arbeitnehmende trägt auch das Bonitätsrisiko der neuen Arbeitgeberin. Das FusG berücksichtigt diese besonderen Interessen der Arbeitnehmenden.

Vor dem Beschluss zur Durchführung einer Fusion⁸ oder einer Spaltung⁹ muss die Konsultation der Arbeitnehmervertretung, gegebenenfalls auch jedes einzelnen Arbeitnehmers, erfolgt sein. Andernfalls besteht das Recht der Arbeitnehmervertretung, die notwendige Eintragung im Handelsregister gerichtlich untersagen zu lassen. Bei der Vermögensübertragung ist kein Beschluss der Generalversammlung oder der Gesellschafter notwendig, weshalb nur die Konsultation der Arbeitnehmervertretung vor der Übertragung zu erfolgen hat. Die Konsultationspflicht trifft im

Übrigen alle beteiligten Gesellschaften und Einzelunternehmen, unabhängig davon, ob sie Übertragene oder

¹ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003, vgl. BBl 2003 VI 6691ff.

² StenBull NR 2003 S. 1745 und StenBull StR 2003 1031.

³ Aktuelle Informationen zum FusG siehe: Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/ Franz J. Kessler/Martin Dietrich/ Claudia Fritsche/Katja Berlinger, www.fusg.ch – die Internetplattform zu Fragen des Transaktionsrechts 2003, besucht am 15. April 2004.

⁴ Art. 3 ff. FusG.

⁵ Art. 29 ff. FusG.

⁶ Art. 53 ff. FusG.

⁷ Art. 69 ff. FusG.

⁸ Art. 18 FusG und Art. 28 Abs. 1 und 2 FusG.

⁹ Art. 43 Abs. 2 i.V.m. Art. 18 FusG und Art. 50 i.V.m. Art. 28 FusG.