

Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht **Etudes de droit de procédure civile suisse**

Herausgegeben von / Editées par

François Bohnet, Tanja Domej, Ulrich Haas, Jacques Haldy, Nicolas Jeandin,
Ramon Mabillard, Alexander R. Markus, Paul Oberhammer, Ivo Schwander,
Daniel Staehelin, Thomas Sutter-Somm, Denis Tappy

Lorenz Lauer

Das Anwaltshonorar

DIKE 

Lorenz Lauer

Das Anwaltshonorar

Herausgegeben von / Editées par

Prof. Dr. François Bohnet, Université de Neuchâtel

Prof. Dr. Tanja Domej, Universität Zürich

Prof. Dr. Ulrich Haas, Universität Zürich

Prof. Dr. Jacques Haldy, Université de Lausanne

Prof. Dr. Nicolas Jeandin, Université de Genève

Prof. Dr. Ramon Mabillard, Universität Fribourg

Prof. Dr. Alexander R. Markus, Universität Bern

Prof. Dr. Paul Oberhammer, Universität Wien

Prof. Dr. Ivo Schwander, Universität St. Gallen

Prof. Dr. Daniel Staehelin, Universität Basel

Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm, Universität Basel

Prof. Dr. Denis Tappy, Université de Lausanne

Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
Etudes de droit de procédure civile suisse

Band / Volume 44

Lorenz Lauer

Dr. iur., Advokat

Das Anwaltshonorar

DIKE 

BASLER DISSERTATION

Open-Access-Gold

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

www.dike.ch

Text © Lorenz Lauer 2023

ISBN (Hardback): 978-3-03891-560-7

ISBN (PDF): 978-3-03929-032-1

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-032-1>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Frühjahrssemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Dezember 2021 abgeschlossen. Später erschienene Literatur und Rechtsprechung konnte nur noch punktuell berücksichtigt werden.

Mein grosser Dank gilt all jenen, die mich während der Entstehung meiner Dissertation begleitet und unterstützt haben, insbesondere meiner Familie sowie meinen Freundinnen und Freunden. Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm, bin ich für seine Betreuung auch während der schwierigen Zeit der Covid-19-Pandemie, die mir vertrauensvoll gewährte Freiheit bei der Bearbeitung des Themas sowie die Rücksichtnahme auf meine gleichzeitige Berufstätigkeit zu grossem Dank verpflichtet. Herzlich danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. iur. Daniel Staehelin, Advokat und Notar, für die Zweitbegutachtung sowie die wertvollen Anregungen aus seiner langen und erfolgreichen praktischen Tätigkeit, und Herrn Prof. Dr. iur. Walter Fellmann, Rechtsanwalt, der als externer Experte gewirkt hat.

Für die vielen wertvollen und durchaus auch kritischen Hinweise und Diskussionen möchte ich besonders Herrn Stefan Fasel, MLaw, und Herrn Daniel Alexander Freitag, MLaw, Advokat, meinen herzlichen Dank aussprechen. Für die sorgfältige Durchsicht meines Manuskripts danke ich Frau Sabine Nurnus Stucki.

Mein grösster Dank gebührt aber meinen Eltern, Herrn Urs Lauer und Frau Franziska Lauer, deren bedingungslose Unterstützung während meines gesamten Lebens mir den Abschluss dieser Ausbildung überhaupt erst ermöglicht hat. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Zu danken ist schliesslich dem Dike Verlag für die kompetente Begleitung bei der Drucklegung sowie dem Schweizerischen Nationalfonds SNF für den grosszügigen Beitrag an die Druckkosten dieser Arbeit.

Basel, im November 2022

Inhaltsübersicht

Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis	XLIX
Einleitung	1
1. Teil: Grundlagen und Bemessung des Honoraranspruchs	3
I. Qualifikation der Honorarvereinbarung	3
II. Das vereinbarte, das übliche und das angemessene Honorar	9
III. Honorarberechtigte Leistungen	37
IV. Modelle zur Honorarfestsetzung	50
V. Honorarzuschläge	115
2. Teil: Leistung und Finanzierung des Anwaltshonorars	127
I. Übersicht	127
II. Die Mandantschaft als Honorarschuldnerin	128
III. Die Parteientschädigung	161
IV. Die unentgeltliche Verbeiständung	169
3. Teil: Honorarstreitigkeiten und Durchsetzung des Honoraranspruchs	195
I. Honorarstreitigkeiten	195
II. Honorarinkasso und Berufsgeheimnis	253
4. Teil: Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	273
I. Grundlagen und Bemessung des Honoraranspruchs	273
II. Leistung und Finanzierung des Anwaltshonorars	282
III. Honorarstreitigkeiten und Durchsetzung des Honoraranspruchs	286
Stichwortverzeichnis	293

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Inhaltsübersicht	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis	XLIX

Einleitung	1
-------------------------	----------

1. Teil: Grundlagen und Bemessung des Honoraranspruchs	3
---	----------

I. Qualifikation der Honorarvereinbarung	3
A. Die Honorarvereinbarung als Teil des Anwaltsvertrages	3
B. Der Anwaltsvertrag: Auftrag oder Werkvertrag?	3
1. Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung zu geistigen Werken	3
2. Eigene Stellungnahme	5
II. Das vereinbarte, das übliche und das angemessene Honorar	9
A. Das vereinbarte Honorar	9
1. Ausdrückliche oder konkludente Honorarvereinbarung	9
2. Kantonalrechtliche Sondervorschriften	11
3. Nichtabschluss einer Honorarvereinbarung als Verletzung der Aufklärungspflicht?	14
B. Das übliche Honorar	16
1. Entgeltlichkeit als Regelfall	16
2. Festsetzung des üblichen Honorars	19
a. Honorarbemessung nach Üblichkeit?	19
b. Honorarbemessung nach kantonalen Tarifen?	21
aa. Kantonaltarife als Ausdruck der Verkehrsübung?	21
bb. Tarifliche Honorarbemessung im interkantonalen Verhältnis	23
cc. Notwendige Anpassungen	25
C. Das angemessene Honorar	28
1. Bedeutung des angemessenen Honorars	28
2. Rechtliche Grundlagen	29
a. Auftragsrecht	29
b. Eidgenössisches Berufsrecht	30
c. Kantonale Bestimmungen	31
d. Standesregeln	32

3.	Festsetzung des angemessenen Honorars	32
a.	Die Bemessungskriterien	32
b.	Vorgehen bei der Angemessenheitsprüfung	36
III.	Honorarberechtigte Leistungen	37
A.	Im Allgemeinen	37
B.	Einteilung der anwaltlichen Tätigkeit	39
1.	Forensische und nichtforensische Tätigkeit	39
2.	Typische und atypische Anwaltstätigkeit	41
C.	Einzelfragen	42
1.	Reisezeit	42
2.	Administrativ- und Sekretariatstätigkeiten	43
3.	Vermittlungsprovisionen und freie Anwaltswahl	44
D.	Schlechterbringung der Arbeit	48
IV.	Modelle zur Honorarfestsetzung	50
A.	Übersicht	50
B.	Das Zeithonorar	51
1.	Allgemeines	51
2.	(Fehl-)Anreize und Risikoverteilung	52
C.	Das Pauschalhonorar	53
1.	Begriff und Abgrenzung	53
2.	Zulässigkeit	55
3.	Chancen und Risiken	56
4.	Staffelung und Nachverhandlungen während des laufenden Mandats?	58
5.	Erhöhung oder Kürzung des Pauschalhonorars	62
a.	Unvorhersehbare Umstände	62
b.	Vorzeitige Mandatsbeendigung	62
D.	Erfolgshonorar und Beteiligung am Prozessgewinn	66
1.	Terminologie	66
a.	Erfolg und (reines) Erfolgshonorar	66
b.	<i>Pactum de quota litis</i> oder Beteiligung am Prozessgewinn	68
c.	<i>Pactum de palmario</i> oder Erfolgsprämie	69
d.	<i>Pactum de redimenda lite</i>	70
2.	Gründe für und gegen die Einschränkung erfolgsbezogener Honorar- abreden	71
a.	Anwaltliche Unabhängigkeit	71
b.	Übervorteilungspotenzial	72
c.	Verbesserter Zugang zum Recht	73
d.	Zivilprozessuale Waffengleichheit	74
e.	Vernachlässigung nicht lukrativer Streitigkeiten	75
f.	Kommerzialisierung und « <i>amerikanische Verhältnisse</i> »	75

3.	Die geltenden Einschränkungen von Erfolgshonoraren	77
a.	Forensische Mandate einschliesslich der Binnenschiedsgerichtsbarkeit	77
b.	Gemischte Erfolgshonorare	79
c.	Zeitpunkt der Vereinbarung	81
d.	Begehung des Verstosses	85
4.	Die Sanktionierung unerlaubter Erfolgshonorare	86
a.	Disziplinarrechtliche Sanktionen	86
b.	Zivilrechtliches Schicksal verbotener Erfolgshonorare	88
aa.	Nichtigkeit als Grundsatz	88
bb.	Umfang und Folgen der Nichtigkeit	89
5.	Ausgewählte Sonderfragen und -problematiken	93
a.	Erhöhte Aufklärungspflicht	93
b.	Bemessung der Erfolgsprämie	93
aa.	Keine unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen	93
bb.	Bei vorzeitiger Mandatsbeendigung	94
cc.	Bei frühzeitigem Vergleich	97
c.	Kostenvorschusspflicht bei finanziell angeschlagener Mandantschaft?	99
6.	Rechtsvergleichende Streiflichter	100
a.	Grossbritannien	100
b.	Vereinigte Staaten	101
c.	Deutschland	102
d.	Ergebnisse der Beobachtungen	104
E.	Kombinationen verschiedener Honorarmodelle	105
1.	Allgemeines	105
2.	Zeithonorar und Pauschalhonorar	106
a.	Kostendächer	106
b.	<i>Retainer</i> und verwandte Arrangements	107
3.	Zeithonorar mit variabler Komponente	109
4.	Zeithonorar und Erfolgshonorar	111
5.	Pauschalhonorar und Erfolgshonorar	112
6.	Wahlrecht?	113
a.	Zu Gunsten der Rechtsvertretung	113
b.	Zu Gunsten der Mandantschaft	115
V.	Honorarzuschläge	115
A.	Abgrenzung zum Honorar	115
B.	Auslagen und Verwendungen	116
1.	Terminologie und Abgrenzungen	116
2.	Barauslagen	119
a.	Allgemeines	119
b.	Kosten für den Beizug von Drittpersonen	119

3.	Kleinspesenpauschalen	121
4.	Befreiung von Verbindlichkeiten	123
C.	Mehrwertsteuer	124
2. Teil:	Leistung und Finanzierung des Anwaltshonorars	127
I.	Übersicht	127
II.	Die Mandantschaft als Honorarschuldnerin	128
A.	Leistungsgegenstand	128
1.	Allgemeines	128
a.	Geldzahlung als Regelfall	128
b.	Sach- und Dienstleistungen	130
2.	Verrechnung	132
3.	Abtretung von Forderungen	134
B.	Anwaltshonorare und Geldwäscherei	136
1.	Spezifische Anwaltstätigkeit und Finanzintermediation	136
2.	Der Geldwäschereitatbestand (Art. 305 ^{bis} StGB)	137
3.	Spezielle Probleme beim Anwaltshonorar	139
a.	Konflikt zwischen Geldwäschereibekämpfung und wirksamer Strafverteidigung	139
b.	Mögliche Massnahmen der Anwaltschaft	140
c.	Diskussion in Lehre und Rechtsprechung	143
4.	Ergebnisse	145
C.	Leistungszeitpunkt	146
1.	Entstehungszeitpunkt der Honorarforderung	146
2.	Fälligkeit	147
3.	Kostenvorschüsse	148
a.	Rechtsnatur	148
b.	Recht oder Pflicht zur Erhebung?	149
c.	Verbotene und problematische Kostenvorschüsse	151
aa.	Kostenvorschüsse bei amtlichen Mandaten	151
bb.	Kostenvorschüsse und Darlehen	153
d.	Abgrenzungsfragen	154
4.	Verjährung	155
D.	Rechnungsstellung	156
1.	Auftrags- und anwaltsrechtliche Abrechnungspflichten	156
2.	Abrechnungszeitpunkte und Abrechnungsintervalle	157
3.	Inhalt der Honorarrechnung	158
4.	Schranken der Abrechnungspflicht	159
III.	Die Parteientschädigung	161
A.	Allgemeines	161

B.	Gerichtliche Festsetzung nach kantonalem Tarif	162
C.	Verhältnis zum vereinbarten Honorar	165
1.	Zwei unabhängige Forderungen	165
2.	Unter- und Überentschädigungen	167
IV.	Die unentgeltliche Verbeiständung	169
A.	Die unentgeltliche Verbeiständung als Teil der unentgeltlichen Rechtspflege	169
1.	Verfassungs- und gesetzesrechtliche Anspruchsgrundlagen	169
2.	Anspruchsträgerinnen	170
3.	Keine echte Unentgeltlichkeit	171
B.	Voraussetzungen	172
C.	Anwaltliche Hinweis- und Annahmepflichten	175
1.	Berufspflicht zur Annahme unentgeltlicher Mandate	175
2.	Pflicht zum Hinweis auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Verbeiständung	178
D.	Verfahren	179
1.	Gesuchstellung und Entscheid	179
2.	Folgen eines abweisenden Entscheids	181
E.	Rechtsstellung der unentgeltlichen Vertretung	182
1.	Rechtsnatur des Mandatsverhältnisses	182
2.	Beaufsichtigung durch die Verfahrensleitung?	183
3.	Mandatsbeendigung und Substitution	184
F.	Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung	186
1.	Honorarschuldner und -gläubiger	186
2.	Verbot zusätzlicher Honorare	186
3.	Reduzierte Ansätze	188
4.	Zeitliche Aspekte	190
5.	Verhältnis zur Parteientschädigung	191
6.	Entscheid und Rechtsmittel	192
3. Teil: Honorarstreitigkeiten und Durchsetzung des Honoraranspruchs		195
I.	Honorarstreitigkeiten	195
A.	Allgemeines	195
B.	Das staatliche Moderationsverfahren	196
1.	Begriff und Anwendungsbereich	196
2.	Rechtsgrundlage	198
3.	Gegenstand und Abgrenzung zur Zuständigkeit der Zivilgerichte	201
a.	Prüfungsgegenstand	201
b.	Der Zeitpunkt des Moderationsverfahrens	204
4.	Verfahren, Entscheid und Rechtsmittel	206

a.	Massgebende Verfahrensbestimmungen	206
b.	Wirkungen des Entscheids	207
c.	Rechtsmittel	209
5.	Kritische Würdigung	211
a.	Rechtsunsicherheit	211
b.	Probleme beim Rechtsschutz	213
c.	Entbehrlichkeit des Moderationsverfahrens durch Schlichtungsobligatorium	215
C.	Verbandsinterne Moderationsverfahren	217
1.	Wesen und Funktion der Anwaltsverbände	217
2.	Verfahren und Entscheid	220
3.	Moderation als Mediation?	223
4.	Das Moderationsorgan als Schiedsgericht	225
a.	Zulässigkeit	225
b.	Zuständigkeit, Verfahren und Schiedsspruch	227
c.	Statutarische Schiedsklauseln	229
5.	Zwischenergebnis	231
D.	Honorarstreitigkeiten vor den Zivilgerichten	233
1.	Allgemeines	233
2.	Schlichtungsversuche vor dem Erkenntnisverfahren	233
3.	Zuständigkeit	235
4.	Parteientschädigung	237
a.	Problemstellung	237
b.	Die Umtriebsentschädigung	237
c.	Honorarprozesse in eigener Sache	238
d.	Von Organen einer Anwaltsgesellschaft geführte Honorarprozesse	240
e.	Prozessieren für die Arbeitgeberin	242
f.	Eigene Stellungnahme	244
E.	Honorarstreitigkeiten vor den Aufsichtsbehörden	249
1.	Interventionsschwelle	249
2.	Verfahren und Entscheid	251
3.	Zivilrechtliches Schicksal verbotener Honorarvereinbarungen	252
II.	Honorarinkasso und Berufsgeheimnis	253
A.	Das Berufsgeheimnis	253
1.	Bedeutung	253
2.	Sachlicher Anwendungsbereich	254
3.	Entbindung vom Berufsgeheimnis	255
a.	Durch die Mandantschaft	255
b.	Durch die Aufsichtsbehörde	256

B.	Das Problem: Verletzung des Berufsgeheimnisses durch Inkassomassnahmen	257
C.	Lösungsansätze	258
1.	Ausnahme bestimmter Informationen vom Berufsgeheimnis?	258
2.	Konkludente Einwilligung im Voraus?	261
3.	Ausdrückliche vorgängige Entbindung durch die Mandantschaft	262
4.	Einwilligung nach Fälligkeit der Honorarforderung	264
5.	Interessenabwägung der Aufsichtsbehörde	265
a.	Das Interesse der Anwältin	265
b.	Das Interesse der Mandantschaft	266
c.	Der Einbezug von Kostenvorschüssen in die Interessenabwägung	267
D.	Empfehlung zum Vorgehen beim Honorarinkasso	269
4. Teil:	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	273
I.	Grundlagen und Bemessung des Honoraranspruchs	273
A.	Vertragsqualifikation	273
B.	Das vereinbarte, das übliche und das angemessene Anwaltshonorar	273
1.	Das vereinbarte Honorar	273
2.	Das übliche Honorar	274
3.	Das angemessene Honorar	275
C.	Honorarberechtigte Leistungen	276
D.	Modelle zur Honorarbemessung	277
1.	Das Zeithonorar	277
2.	Das Pauschalhonorar	277
3.	Erfolgshonorar und Beteiligung am Prozessgewinn	279
4.	Kombinationen	281
5.	Honorarzuschläge	281
II.	Leistung und Finanzierung des Anwaltshonorars	282
A.	Die Mandantschaft als Honorarschuldnerin	282
1.	Leistungsgegenstand	282
2.	Geldwäschereirisiken	283
3.	Leistungszeitpunkt und Verjährung	283
4.	Rechnungsstellung	284
B.	Die Parteientschädigung	285
C.	Die unentgeltliche Verbeiständung	285
III.	Honorarstreitigkeiten und Durchsetzung des Honoraranspruchs	286
A.	Staatliche Moderationsverfahren	286
B.	Verbandsinterne Moderationsverfahren	287

Inhaltsverzeichnis

C.	Honorarstreitigkeiten vor den Zivilgerichten	288
1.	Allgemeines, Schlichtungsversuche und Zuständigkeit	288
2.	Parteientschädigung	289
D.	Honorarstreitigkeiten vor den Aufsichtsbehörden	289
E.	Honorarinkasso und Berufsgeheimnis	290
	Stichwortverzeichnis	293

Abkürzungsverzeichnis

a	alt (vor nicht mehr in Kraft stehenden Erlassen)
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
a.M.	am Main
aAnwG-ZH	(aufgehobenes) Gesetz über den Rechtsanwaltsberuf vom 3. Juli 1938 (aLS-ZH 215.3)
AAV	Aargauischer Anwaltsverband
AB (Jahr) N	Amtliches Bulletin des Nationalrates
AB (Jahr) S	Amtliches Bulletin des Ständerates
Abs.	Absatz
AdvG-BS	Advokaturgesetz vom 15. Mai 2002 (SG-BS 291.100)
aFG-BE	(aufgehobenes) Gesetz über die Fürsprecher vom 6. Februar 1984 (aBSG 168.11)
AG	(1) Kanton Aargau (2) Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
aGOG-BS	(aufgehobenes) Gesetz betreffend Wahl und Organisation der Gerichte sowie der Arbeitsverhältnisse des Gerichtspersonals und der Staatsanwaltschaft vom 27. Juni 1895 (Gerichtsorganisationsgesetz, aSG-BS 154.100)
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Aarau)
AI	Kanton Appenzell-Innerrhoden
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)
AKBS	Advokatenkammer Basel
<i>Am. Law Econ. Rev.</i>	<i>American Law and Economics Review</i> (Oxford/New Haven, Connecticut, USA)
Anm.	Anmerkung
AnV-UR	Anwaltsverordnung vom 13. Juni 2001 (RB-UR 9.2321)
Anwaltsrevue	Anwaltsrevue / <i>Revue de l'avocat</i> (Bern)
AnwG-AI	Anwaltsgesetz (AnwG) vom 28. April 2002 (GS-AI 177.000)
AnwG-AR	Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes (Anwaltsgesetz) vom 11. April 2005 (bGS-AR 145.52)
AnwG-BL	Anwaltsgesetz Basel-Landschaft vom 25. Oktober 2001 (SGS-BL 178)

AnwG-FR	Gesetz vom 12. Dezember 2002 über den Anwaltsberuf (SGF 137.1)
AnwG-GR	Anwaltsgesetz vom 14. Februar 2006 (BR 310.100)
AnwG-LU	Gesetz über das Anwaltspatent und die Parteivertretung vom 4. März 2002 (Anwaltsgesetz, SRL Nr. 280)
AnwG-NW	Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes vom 4. Februar 2004 (Kantonales Anwaltsgesetz, NG 267.1)
AnwG-OW	Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes vom 24. Mai 2002 (GDB-OW 134.4)
AnwG-SH	Gesetz über das Anwaltswesen vom 17. Mai 2004 (SHR 173.800)
AnwG-SO	Gesetz über die Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen (Anwaltsgesetz) vom 10. Mai 2000 (BGS-SO 127.10)
AnwG-TG	Anwaltsgesetz vom 19. Dezember 2001 (RB-TG 176.1)
AnwG-ZH	Anwaltsgesetz vom 17. November 2003 (LS-ZH 215.1)
AnwGebV-ZH	Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (LS-ZH 215.3)
AnwG-GL	Anwaltsgesetz des Kantons Glarus vom 5. Mai 2002 (GS III I/1)
AnwG-SG	Anwaltsgesetz vom 11. November 1993 (sGS-SG 963.70)
AnwHV-AI	Verordnung über die Honorare der Anwälte vom 7. Oktober 2002 (GS-AI 177.410)
AnwT-AG	Dekret über die Entschädigung der Anwälte (Anwaltstarif) vom 10. November 1987 (SAR 291.150)
AnwT-TG	Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen vom 9. Juli 1991 (RB-TG 176.31)
AnwT-ZG	Verordnung über den Anwaltstarif (BGS-ZG 163.4)
aOG	(aufgehobenes) BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz, aSR 173.110)
aOR	(aufgehobenes) BG über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881, BBl 1881 III 109 (altes OR)
AppGer	Appellationsgericht
AR	Kanton Appenzell-Ausserrhoden
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	<i>Association Suisse de l'arbitrage</i> / Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
ASA Bulletin	Bulletin der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (Alphen aan den Rijn)
AT	Allgemeiner Teil

ATSG	BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AVO	Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung, SR 961.011)
AVSZ	Anwaltsverband des Kantons Schwyz
AVZG	Advokatenverein des Kantons Zug
BAV/AAB	Bernischer Anwaltsverband / <i>Association des avocats bernois</i>
BBl	Bundesblatt
BE	Kanton Bern
BezGer	Bezirksgericht
BfS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Amtliche Sammlung)
BGer	(Urteil des) Bundesgericht(s)
BGFA	BG über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, SR 935.61)
BGG	BG über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGS-SO	Bereinigte Gesetzessammlung (SO)
BGS-ZG	Bereinigte Gesetzessammlung (ZG)
bGS-AR	Bereinigte Gesetzessammlung von Appenzell-Ausserrhoden
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BL	Kanton Basel-Landschaft
BLAV	Basellandschaftlicher Anwaltsverband
BR	Bündner Rechtsbuch
BS	Kanton Basel-Stadt
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BSK	Basler Kommentar
BStGer	Bundesstrafgericht
BT	(1) Besonderer Teil (2) Bundestag (Deutschland)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 20. April 1999 (SR 101)

BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BZP	BG über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273)
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung (Zürich)
CHF	Schweizerfranken
CHK	Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht
CO	<i>Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)</i>
CPC	(1) <i>Code de procédure civile (RS 272)</i> (2) <i>Codice di diritto processuale civile svizzero (RS 272)</i>
CR	<i>Commentaire Romand</i>
Cst.	<i>Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)</i>
D-BEG	(Deutsches) BG zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (BGBl 1953 I 1387 ff.)
d.h.	das heisst
D-BRAO	(Deutsche) Bundesrechtsanwaltsordnung (BGBl 1959 I 565 ff.)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/n
Diss.	Dissertation
D-ZPO	Deutsche Zivilprozessordnung (RGBl 1877 83 ff.)
E.	Erwägung
<i>e.c.</i>	<i>e contrario</i>
ebd.	ebenda
<i>éd.</i>	(1) <i>édition</i> (2) <i>éditeur(s)</i>
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG BGFA-ZG	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 25. April 2002 (BGS-ZG 163.1)
EG ZPO-AG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (SAR 221.200)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
et al.	<i>et alii/aliae/aliam</i> (und andere)
et seq.	<i>et sequitur</i> (und folgende)
f.	und folgende

ff.	und fortfolgende
FamPra.ch	FamPra.ch: die Praxis des Familienrechts / <i>la pratique du droit de la famille / la prassi del diritto di famiglia</i> (Bern)
FL	Fürstentum Liechtenstein
Fn.	Fussnote/n
FR	Kanton Freiburg
FS	Festschrift (für)
GDB-OW	Gesetzesdatenbank (OW)
GebO-OW	Gebührenordnung für die Rechtspflege vom 28. September 1973 (GDB-OW 134.15)
GebTRA-SZ	Gebührentarif für Rechtsanwälte vom 27. Januar 1975 (SRSZ 280.411)
GebV SchKG	Gebührenverordnung zum BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 22. Dezember 1999 (SR 281.35)
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich/St. Gallen)
GGR-UR	Reglement über die Gebühren und Entschädigungen vor Gerichtsbehörden vom 29. November 2005 (RB-UR 2.3232)
GGVO-UR	Verordnung über die Gebühren und Entschädigungen vor Gerichtsbehörden (RB-UR 2.3231)
GL	Kanton Glarus
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOG-BS	Gesetz betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft vom 3. Juni 2015 (SG-BS 154.100)
GR	Kanton Graubünden
GRAV	Bündnerischer Anwaltsverband
GS-AI	(Systematische) Gesetzessammlung (AI)
GS-GL	(Systematische) Gesetzessammlung (GL)
GT-SO	Gebührentarif vom 24. Oktober 1979 (BGS-SO 615.11)
GTar-VS	Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (SGS-VS 173.8)
GVP-SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (St. Gallen)
GwG	BG über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0)
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HGer	Handelsgericht
HonO-SG	Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten vom 22. April 1994 (sGS-SG 963.75)

HoR-BS	Reglement über das Honorar und die Entschädigung der berufsmässigen Vertretung im Gerichtsverfahren vom 16. Juni 2020 (SG-BS 291.400)
hrsg.	herausgegeben (von)
Hrsg.	Herausgeber, Herausgeberin, Herausgeberinnen
HV-GR	Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vom 17. März 2009 (BR 310.250)
i.Br.	im Breisgau
<i>i.c.</i>	<i>in casu</i>
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.Ue.	im Üechtland
i.V.m.	in Verbindung mit
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i> (Internationale Handelskammer)
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
ius.focus	ius.focus (Basel)
JdT	<i>Journal des Tribunaux (Lausanne)</i>
JG-FR	Justizgesetz vom 31. Mai 2010 (SGF 130.1)
JR-FR	Justizreglement vom 30.11.2010 (SGF 130.11)
JU	Kanton Jura
JusKV-LU	Verordnung über die Kosten in zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (SRL Nr. 265)
KAG-BE	Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (BSG 168.11)
KAnwG-SZ	Kantonales Anwaltsgesetz vom 29. Mai 2002 (SRSZ 280.110)
KassGer	Kassationsgericht
KGer	Kantonsgericht
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen (Singular oder Plural)
Komm.	Kommentar
KSG	(aufgehobenes) Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (aSR 279)
Kt.	Kanton/e
KuKo	Kurzkommentar
LAV	Luzerner Anwaltsverband

LAv-JU	<i>Loi concernant la profession d'avocat du 3 septembre 2003 (RSJU 188.11)</i>
LAv-NE	<i>Loi sur la profession d'avocat ou d'avocate du 19 juin 2002 (RSN 165.10)</i>
LAvv-TI	<i>Legge sull'avvocatura del 13 febbraio 2012 (rdl-TI 951.100)</i>
<i>Law Practice Management</i>	<i>Law Practice Management (Chicago, Illinois, USA)</i>
LG	Landgericht (Deutschland)
LGBL	Landesgesetzblatt (Liechtenstein)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
lit.	littera, Buchstabe
LLCA	<i>Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, RS 935.61)</i>
LModLOJ-GE	<i>Loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ, RSG E 2 05) du 27 mai 2011 (10761)</i>
LPA-VD	<i>Loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (RSV 173.36)</i>
LPAv-GE	<i>Loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (RSG E 6 10)</i>
LPav-VD	<i>Loi sur la profession d'avocat du 9 juin 2015 (RSV 177.11)</i>
LR	Systematische Rechtssammlung der liechtensteinischen Rechtsvorschriften
LS-ZH	Loseblattsammlung (ZH)
LTFrais-NE	<i>Loi fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative du 6 novembre 2019 (RSN 164.1)</i>
LTO	<i>Legal Tribune Online (Köln)</i>
LU	Kanton Luzern
m. Anm.	mit Anmerkung
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
M&A	<i>Mergers & Acquisitions</i>
MWST	Mehrwertsteuer
MWSTG	BG über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 (SR 641.20)
N	Note, Nummer, Randnummer
NE	Kanton Neuenburg
NG	Nidwaldner Gesetzessammlung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)

NW	Kanton Nidwalden
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
Ö-ZPO	(Österreichisches) Gesetz vom 1. August 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung, RGBl 113/1895)
OAF/FAV	<i>Ordre des avocats fribourgeois</i> / Freiburger Anwaltsverband
OAJ	<i>Ordre des avocats jurassiens</i> (Anwaltsverband des Kantons Jura)
OAN	<i>Ordre des avocats neuchâtelois</i> (Anwaltsverband des Kantons Neuenburg)
OATI	<i>Ordine degli avvocati del Cantone Ticino</i> (Anwaltsverband des Kantons Tessin)
OAV	<i>Ordre des avocats vaudois</i> (Anwaltsverband des Kantons Waadt)
OAVS/WAV	<i>Ordre des avocats valaisans</i> / Walliser Anwaltsverband
ODAGE	<i>Ordre des avocats de Genève</i> (Anwaltsverband des Kantons Genf)
OFK	Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch, Zürich)
OGer	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
OTar-JU	<i>Ordonnance fixant le tarif des honoraires d'avocat du 19 avril 2005 (RSJU 188.61)</i>
OW	Kanton Obwalden
PC	<i>Petit Commentaire</i>
PKoG-NW	Gesetz über die Kosten im Verfahren vor den Gerichten und den Justizbehörden vom 19. Oktober 2011 (NG 261.2)
PKV-BE	Verordnung über die Bemessung des Parteikostensatzes vom 17. Mai 2006 (Parteikostenverordnung, BSG 168.811)
plädoyer	plädoyer (Zürich)
plaidoyer	<i>plaidoyer (Zurich)</i>
Pra	Die Praxis (Basel)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen/Hamburg)
RB-TG	Rechtssbuch (TG)
RB-UR	Rechtssbuch des Kantons Uri; Urner Rechtssbuch
RBOG-TG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kanton Thurgau (Frauenfeld)
RDAF	<i>Revue de droit administratif et de droit fiscal</i> (Lausanne)
rdl-TI	<i>Raccolta delle leggi</i> (TI)

recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
Rep.	<i>Repertorio di Giurisprudenza Patria</i> (Lugano/Bellinzona, 1866–2003)
RGBL	(1) Reichsgesetzblatt (Österreich, 1849–1918) (2) Reichsgesetzblatt (Deutschland, 1871–1945)
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen (1880–1945)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Frankfurt a.M.)
RJN	<i>Recueil de jurisprudence neuchâteloise</i> (Neuchâtel)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (Bern)
RS	(1) <i>Recueil systématique du droit fédéral</i> (2) <i>Raccolta sistematica del diritto federale</i>
RSG	<i>Recueil systématique genevois</i>
RSJU	<i>Recueil systématique jurassien</i>
RSN	<i>Recueil systématique de la législation neuchâteloise</i>
Rspr.	Rechtsprechung
RSV	<i>Recueil systématique de la législation vaudoise</i>
RTar-TI	<i>Regolamento sulla tariffa per i casi di patrocinio d'ufficio e di assistenza giudiziaria e per la fissazione delle ripetibili</i> (rdl-TI 178.310)
RVG	(Deutsches) Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (BGBl 2004 I 718 ff.)
Rz.	Randziffer
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG	Kanton St. Gallen
SG-BS	Systematische Gesetzessammlung (BS)
SGAV	St. Galler Anwaltsverband
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
SGS-BL	Systematische Gesetzessammlung (BL)
SGS-VS	Systematische Gesetzessammlung (VS)
sGS-SG	Systematische Gesetzessammlung (SG)
SH	Kanton Schaffhausen
SHK	Stämpflis Handkommentar
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch

Abkürzungsverzeichnis

SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SJ	<i>La semaine judiciaire (Genève)</i>
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SK	Schulthess Kommentar
SNB	Schweizerische Nationalbank
SO	Kanton Solothurn
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis (Solothurn)
sog.	sogenannt/e
SOLAV	Solothurnischer Anwaltsverband
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
SRSZ	Systematische Gesetzessammlung (SZ)
SSR	Schweizerische Standesregeln vom 10. Juni 2005 (letztmals geändert am 22. Juni 2012), hrsg. vom SAV
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
sui generis	sui generis (Zeitschrift, Zürich)
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift (Bern, 1934–2000)
SZ	Kanton Schwyz
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel)
TA	<i>Tribunal administratif</i>
TAV	Thurgauischer Anwaltsverband
TDC-VD	<i>Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 (RSV 270.11.6)</i>
TG	Kanton Thurgau
TI	Kanton Tessin
TO-BL	Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (SGS-BL 178.112)
Tribune	Tribune (Zeitschrift, Basel)
UR	Kanton Uri
USA	<i>United States of America</i> (Vereinigte Staaten von Amerika)
VAnwT-AR	Verordnung über den Anwaltstarif vom 14. März 1995 (bGS-AR 145.53)
VAnwT-AI	Verordnung über den Anwaltstarif (GS-AI 145.53)
VD	Kanton Waadt

VE	Vorentwurf
VGer	Verwaltungsgericht
Vor	Vorbemerkungen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Bern)
VS	Kanton Wallis
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
<i>Wash. & Lee L. Rev.</i>	<i>Washington and Lee Law Review</i> (Lexington, Virginia, USA)
WEKO	Wettbewerbskommission
WZG	BG über die Währung und die Zahlungsmittel vom 22. Dezember 1999 (SR 941.10)
z.B.	zum Beispiel
ZAV	Zürcher Anwaltsverband
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZGRG	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (Chur)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZPO-FL	(Liechtensteinisches) Gesetz vom 10. Dezember 1912 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung, LGBl. Nr. 1912.009.001, LR-Nr. 271)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZWR/RVJ	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung / <i>Revue valaisanne de jurisprudence</i> (Sion)
ZZZ	Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich/St. Gallen)

Literaturverzeichnis

- ACHERMANN, BETTINA, Keine Rückzahlung eines bereits geleisteten Kostenvorschusses nach Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, *ius.focus* 6/2020, 20
- ACKERMANN, JÜRIG-BEAT, § 15, Geldwäschereistrafrecht, in Ackermann/Heine (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht, Hand- und Studienbuch*, Bern 2013, 407 ff. (zit. ACKERMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*)
- ACKERMANN, JÜRIG-BEAT, § 5, StGB 305^{bis}, in Schmid (Hrsg.), *Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I*, Zürich 1998 (zit. ACKERMANN, *Komm.*, Art. 305^{bis} N)
- ACKERMANN, JÜRIG-BEAT / ZEHNDER, STEPHANIE, § 11, Geldwäscherei, in Ackermann (Hrsg.), *Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisation, Band II*, Zürich 2018, 1061 ff.
- ALLEMANN, RICHARD G., Statutarische Schiedsklauseln in der Aktienrechtsrevision, *GesKR* 2018, 339 ff.
- ALVAREZ, CIPRIANO et al., *Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1–149 ZPO; Band II: Art. 150–352 ZPO / Art. 400–406 ZPO*, Bern 2012; *Band III: Art. 353–399 ZPO*, Bern 2014 (zit. BK-ZPO/BEARBEITERIN, Art. N)
- AMBAUEN, IRMA, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, Eine Gegenüberstellung im Kontext der Opting-out-Möglichkeiten, Unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen, der Schiedsfähigkeit und der Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen, *Diss. Luzern* 2016
- AMONN, KURT / WALTHER, FRIDOLIN, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Aufl., Bern 2013
- AMSTUTZ, MARC / WANG, MARKUS / GOHARI, RAMIN SILVAN, in Grolimund/Loacker/Schnyder (Hrsg.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., Basel 2020 (zit. AMSTUTZ/WANG/GOHARI, Art. N)
- ANTENEN, JACQUES / BURNAND, YVES / MOREILLON, LAURENT / TRECCANI, JEAN, *La rémunération du défenseur pénal par le produit de l'infraction*, *ZStrR* 2001, 71 ff.
- AUER, CHRISTOPH / MÜLLER, MARKUS / SCHINDLER, BENJAMIN (Hrsg.), *VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. AUER/MÜLLER/SCHINDLER/BEARBEITERIN, Art. N)
- AUER, MICHAEL, Was ist teurer als ein Rechtsanwalt? – Kein Rechtsanwalt!, in Roš (Hrsg.), *Der Erfolg und das Honorar des Anwalts / The success and remuneration of the lawyer / L'honoraire de l'avocat et le résultat*, Zürich/St. Gallen 2006, 39 ff.
- BÄCHLER, HANS, Über den Beizug eines Dritten durch den Beauftragten, *Diss. Bern* 1960
- BACHTLER, HEINZ, Das Moderationsverfahren nach § 34 des zürcherischen Anwaltsgesetzes, *SJZ* 1977, 313 ff.
- BAETGE, DIETMAR, Erfolgshonorare wirtschaftlich betrachtet, Eine ökonomische Analyse der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Zulässigkeit anwaltlicher Erfolgshonorare, *RabelsZ* 2009, 669 ff.

- BAILEY, STEPHEN H. / CHING, JANE P. L. / TAYLOR, NICK W., *Smith, Bailey & Gunn on the Modern English Legal System*, 5th ed., London 2007
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Bern 2010 (zit. SHK-ZPO/BEARBEITERIN, Art. N)
- BÄTTIG, HANS / GRABER, CHRISTOPH / SCHNYDER, ANTON K., *Vertretung von Haftpflichtigen und Versicherungen*, in Geiser/Münch (Hrsg.), *Schaden – Haftung – Versicherung*, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 1999, 357 ff.
- BAUMGARTNER, SAMUEL / DOLGE, ANNETTE / MARKUS, ALEXANDER R. / SPÜHLER, KARL, *Schweizerisches Zivilprozessrecht, mit Grundlagen des internationalen Zivilprozessrechts*, 10. Aufl., Bern 2018
- BECKER, HERMANN, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Art. 184–551 OR, Bern 1934 (zit. BECKER, Art. N)
- BERGER, BERNHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, 3. Aufl., Bern 2018 (zit. BERGER, Schuldrecht)
- BERGER, BERNHARD / GÜNGERICH, ANDREAS / HURNI, CHRISTOPH / STRITTMATTER, RETO, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Bern 2021
- BERGER, BERNHARD / KELLERHALS, FRANZ, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3rd ed., Bern 2015
- BERGER, MAX, *Der Geschädigte hat ein Recht auf Ersatz seiner Anwaltskosten*, HAVE 2003, 131 ff. (zit. BERGER, HAVE 2003)
- BERGMANN, HEIKO / NIETLISPACH, LUCCA, *Zentrale Ergebnisse der SAV-Studie Praxiskosten*, *Anwaltsrevue* 2019, 293 ff.
- BERNHART, CHRISTOF, *Die professionellen Standards des Rechtsanwalts*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2011
- BESSENICH, BALTHASAR, *125 Jahre Advokatenkammer*, *Tribune* 1/2008, 6 f.
- BIAGGINI, GIOVANNI, *Orell Füssli Kommentar BV, Schweizerische Bundesverfassung*, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, Art. N)
- BISCHOF, PIRMIN, *Die anwaltliche Kleinkanzlei: Chancen, Risiken und Nebenwirkungen*, in Ehrenzeller (Hrsg.), *Das Anwaltsrecht nach dem BGFA*, St. Gallen 2003, 21 ff.
- BLATTNER, JESSICA, *Die output-basierte Vergütung – worauf es beim Erfolgshonorar ankommt*, *AnwBl* 2012, 562 ff.
- BOESCH, KURT, *Prozesskosten*, in Fellmann/Weber (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2006*, Zürich 2006, 145 ff.
- BOHNET, FRANÇOIS, *Droit des professions judiciaires*, 4^e éd., Bâle 2021 (zit. BOHNET, *professions*)
- BOHNET, FRANÇOIS, *TF 4A_240/2016 ou les limites du pactum de palmario*, *Anwaltsrevue* 2017, 505 ff. (zit. BOHNET, *Anwaltsrevue* 2017)
- BOHNET, FRANÇOIS, *Procédure civile*, 2^e éd., Bâle 2014 (zit. BOHNET, *procédure*)
- BOHNET, FRANÇOIS, *La fixation et le recouvrement des honoraires de l'avocat*, in Bohnet (éd.), *Quelques actions en paiement*, Zurich 2009, 1 ff. (zit. BOHNET, *fixation*)

- BOHNET, FRANÇOIS / HALDY, JACQUES / JEANDIN, NICOLAS / SCHWEIZER, PHILIPPE / TAPPY, DENIS (éd.), *Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2018* (zit. CR-CPC/AUTEUR, Art. N)
- BOHNET, FRANÇOIS / MARTENET, VINCENT, *Droit de la profession d'avocat, Berne 2009*
- BOHNET, FRANÇOIS / MELCARNE, LUCA, *La levée du secret professionnel de l'avocat en vue du revouvement de ses créances d'honoraires*, SJ 2020 III 29 ff. (zit. BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II)
- BOHNET, FRANÇOIS / MELCARNE, LUCA, *Le secret professionnel du médecin, de l'avocat, du notaire et de l'agent d'affaires dans la poursuite des dettes: recouvrement des créances, devoir de renseigner et de remettre*, JdT 2020 II 31 ff. (zit. BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II)
- BOILLAT, EMMANUELLE / COLLART, JEAN-LOUIS, *La jurisprudence de la commission du barreau 2014–2018*, SJ 2021 II 315 ff.
- BONER, WILHELM G., Die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Anwalts nach BGFA, ZZZ 2007, 147 ff.
- BOOG, CHRISTOPHER / ESCHMENT, JÖRN, Der Auftrag nach Schweizer Recht, RIW 2015, 245 ff.
- BORLE, MARKUS, Vorprozessuale Anwaltskosten – es führt kein Weg an der Substanziierung vorbei, HAVE 2012, 3 ff.
- BREYER, MICHAEL, Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses, Diss. Freiburg i.Br. 2005
- BRINKMAN, LESTER, *Contingency Fee Abuses, Ethical Mandates, and the Disciplinary System: The Case Against Case-by-Case Enforcement*, Wash. & Lee L. Rev. 1996, 1339 et seq.
- BRÜGGEMANN, RÜDIGER, §§ 49b–49c, in Weyland (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 10. Aufl., München 2020 (zit. BRÜGGEMANN, § 49b D-BRAO N)
- BRUNNER, ALEXANDER / DAL MOLIN-KRÄNZLIN, ALEXANDRA, Neues aus der Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich, SJZ 2017, 477 ff.
- BRUNNER, ALEXANDER / GASSER, DOMINIK / SCHWANDER, IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/BEARBEITERIN, Art. N)
- BRUNNER, ALEXANDER / HENN, MATTHIAS-CHRISTOPH / KRIESI, KATHRIN, Anwaltsrecht, Zürich 2015
- BUCHER, EUGEN, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht, ZSR 1983, 257 ff. (zit. BUCHER, ZSR 1983)
- BUCHER, EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT)
- BUCHER, EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT)

- BÜCHLER, BENJAMIN / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln – Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009 i.S. X SA (Beschwerdeführerin) gegen A (Beschwerdegegnerin), SZW 2010, 258 ff.
- BÜHLER, ALFRED, Betreibungs- und prozessrechtliches Existenzminimum, AJP 2002, 644 ff. (zit. BÜHLER, AJP 2002)
- BÜHLER, JULIUS, Die modernen Anwaltstarife, ihre rechtliche Bedeutung und Tragweite, Diss. Zürich 1947 (zit. BÜHLER, Diss.)
- BÜHLER, THEODOR, Der fehlgeleitete Art. 404 OR, SJZ 2018, 489 ff. (zit. BÜHLER, SJZ 2018)
- BÜHLER, THEODOR, Zürcher Kommentar, Band V/2d – Das Obligationenrecht, Art. 363–379 OR, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. BÜHLER, ZK, Art. N)
- BÜHR, DANIEL LUCIEN, Straf- und standesrechtliche Absicherung des Anwaltsgeheimnisses, in Seitz/Wohlers (Hrsg.), Anwaltsgeheimnis, *Legal Privilege* im schweizerischen und internationalen Kontext, Basel 2019, 133 ff.
- BYDLINSKI, MICHAEL, §§ 63–73, in Fasching/Konecny (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 5 Bände, 3. Aufl., Wien 2015 (zit. BYDLINSKI, § N)
- CASANOVA, HUGO, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, Diss. Freiburg i.Ue. 1982
- CHABLOZ, ISABELLE / DIETSCHY-MARTENET, PATRICIA / HEINZMANN, MICHEL (éd.), *Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Bâle 2021* (zit. PC-CPC/AUTEUR, Art. N)
- CHAPPUIS, BENOÎT / BARTH, TANO, *Note d'honoraires et secret professionnel*, Anwaltsrevue 2021, 277 ff.
- CHAPPUIS, BENOÎT / GURTNER, JÉRÔME, *La profession d'avocat, Genève/Zürich/Bâle 2021*
- CHAPPUIS, BENOÎT, *Droit de la concurrence et droit des avocats: la fin des tabous*, in FS Tercier, Genf 2008, 571 ff.
- CHEVALIER, MARCO, Prozesskosten und Kostenerlass und deren Handhabung in der Praxis, HAVE 2014, 312 ff.
- CHRISTE, PIERRE, *Rôle et fonction de l'avocat dans la protection des droits*, ZSR 1988 II 463 ff.
- CORBOZ, BERNARD, *Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP*, SJ 1993, 77 ff.
- COURBAT, CÉLINE, *Profession d'avocat, Lettre d'engagement et taxation des honoraires*, JdT 2021 III 4 ff. (zit. COURBAT, JdT 2021 III)
- COURBAT, CÉLINE, *Profession d'avocat, Principes et jurisprudence de la Chambre des avocats du canton de Vaud*, JdT 2018 III 180 ff. (zit. COURBAT, JdT 2018 III)
- DAL MOLIN-KRÄNZLIN, ALEXANDRA, Entbindung vom Anwaltsgeheimnis und Kostenvorschuss, AJP 2017, 621 ff. (zit. DAL MOLIN-KRÄNZLIN, AJP 2017)
- DAL MOLIN-KRÄNZLIN, ALEXANDRA, Der Anwaltsvertrag – Berührungspunkte zwischen dem Privatrecht und dem Berufsrecht, FS Koller, Bern 2018, 109 ff. (zit. DAL MOLIN-KRÄNZLIN, FS Koller)
- DAVID, GJON, «Die Schweiz ist ein Piratenhafen», plädoyer 5/2019, 20 f.

- DE MADDALENA, LINDA, *Litis causa malo more pecuniam promittere, Sulla contrarietà ai boni mores del «patto di quota lite»*, Diss. Bern 2015
- DE TILLA, MAURIZIO, *Postface*, in Roš (Hrsg.), *Der Erfolg und das Honorar des Anwalts / The success and remuneration of the lawyer / L'honoraire de l'avocat et le résultat*, Zürich/St. Gallen 2006, 153 f.
- DENZLER, URS / MOLNAR, MONIKA / REHFISCH, BRITTA / ZBINDEN, ROGER, *Das Lehr- und Praxisbuch zur Schweizer Mehrwertsteuer*, Zürich 2018
- DERENDINGER PETER, *Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, Diss. Freiburg i.Ue. 1988, 2. Aufl., Freiburg i.Ue. 1990
- DESCHENAUX, HENRI, *Der Einleitungstitel*, in Gutzwiller (Hrsg.), *Einleitung und Personenrecht*, Basel 1967, 1 ff.
- DIAGNE, YERO, *La procédure de modération des honoraires de l'avocat*, Diss. Lausanne 2012
- DONATSCH, ANDREAS / LIEBER, VIKTOR / SUMMERS, SARAH / WOHLERS, WOLFGANG (Hrsg.), *Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Band I, 3. Aufl.*, Zürich 2020 (zit. SK-StPO/BEARBEITERIN, Art. N)
- DONATSCH, ANDREAS / THOMMEN, MARC / WOHLERS, WOLFGANG, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl.*, Zürich 2017
- DONZALLAZ, YVES, *Convention de Lugano (CL) et Loi fédérale sur les fors (LFors): comparaison et relations*, AJP 2000, 1259 ff.
- DÖRIG, ADRIAN, *Anwaltliche Erfolgshonorare in den USA und der Schweiz*, AJP 1998, 687 ff.
- DROZ, JOHAN, *La substitution dans le contrat de mandat*, Diss. Genf 2008
- DRUEY, JEAN NICOLAS / DRUEY JUST, EVA / GLANZMANN, LUKAS, *Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl.*, Zürich 2021
- DUBACH, WERNER, *Das Disziplinarrecht der freien Berufe*, ZSR 1951, 1a–135a
- DÜGGELIN, WALTER, *Das zivilprozessuale Armenrecht im Kanton Luzern*, Diss. Zürich 1986
- EGLI, ANTON, *Das Architektenhonorar*, in Gauch/Tercier (Hrsg.), *Das Architektenrecht, 3. Aufl.*, Zürich 1995, 295 ff.
- EGLI, DÉsirÉE / BODANEC, IVANA / MÜLLER, LUKAS, *Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 2C_1000/2020 vom 2. Juni 2021 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Luzern, Berufspflichten*, AJP 2021, 1196 ff.
- EGLI, DÉsirÉE / CVETOVIC, SAŠA / MÜLLER, LUKAS, *BGer 2C_985/2020: Ist ein Anwalts-honorar von CHF 500 krass übersetzt?*, AJP 2022, 284 ff.
- EHRENZELLER, BERNHARD / SCHINDLER, BENJAMIN / SCHWEIZER, RAINER J. / VALLENDER, KLAUS A. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl.*, Zürich 2014 (zit. SG-Komm.-BEARBEITERIN, Art. N)
- ERNI, LORENZ, *Anwaltsgeheimnis und Strafverfahren*, Zürich 1997
- FEIGENWINTER, ERNST, *Die Stellung des Anwaltsstandes zur Parteivertretung im Armenrecht*, ZSR 1903, 439 ff.

- FELLMANN, WALTER, Kostenvorschuss einer mittellosen Partei, *Anwaltsrevue* 2022, 42 ff. (zit. FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2022)
- FELLMANN, WALTER, Übersetztes Anwaltshonorar als Berufspflichtverletzung und das vermeintliche Recht der Kantone, das Anwaltshonorar zu regulieren, BGER 2C_205/2019 vom 26. November 2019, *Anwaltsrevue* 2020, 37 ff. (zit. FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2020)
- FELLMANN, WALTER, Multidisziplinäre Anwaltskörperschaften – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 144 II 147, ZSR 2019 I 225 ff. (zit. FELLMANN, ZSR 2019 I)
- FELLMANN, WALTER, *Anwaltsrecht*, 2. Aufl., Bern 2017 (zit. FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz.)
- FELLMANN, WALTER, Haftung des Anwaltes für unterlassene oder fehlerhafte Datenbank-Recherchen, in Koller/Koller (Hrsg.), *Recht und Rechtsdaten – Anspruch und Wirklichkeit*, Tagung 2003 für Informatikrecht, Bern 2004, 45 ff. (zit. FELLMANN, *Haftung*)
- FELLMANN, WALTER, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. FELLMANN, BK, Art. N)
- FELLMANN, WALTER / HÄFLIGER, MANUELA, Siegesprämie für Anwälte – BGER 4A_240/2016 und seine Bedeutung, *Anwaltsrevue* 2017, 499 ff.
- FELLMANN, WALTER / SIDLER, OLIVER, *Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes*, Hinweise und Erläuterungen, Bern 1996
- FELLMANN, WALTER / ZINDEL, GAUDENZ G. (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)*, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit. FELLMANN/ZINDEL/BEARBEITERIN, Art. N)
- FICK, FRIEDRICH, Die Festsetzung der Honorarforderung des Anwaltes durch das Bundesgericht, SJZ 1917, 21 ff.
- FICK, FRIEDRICH / VON MORLOT, ALFRED, *Das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, Titel 1–22*, mit leicht fasslichen Erläuterungen, Zürich 1915 (zit. FICK/MORLOT, Art. N)
- FINGERHUTH, THOMAS / ROOS, EVELYNE, Der Diener des Rechts ist gestorben – es lebe der Diener des Rechts, *Anwaltsrevue* 2019, 262 ff.
- FISCHBACHER, ADRIAN / RUSCH, ARNOLD F., Der Bruno-Steiner-Fall, AJP 2013, 525 ff. (zit. FISCHBACHER/RUSCH, AJP 2013)
- FORREST, JEFFREY, *The success and the Remuneration of the Lawyer – An English Perspective*, in Roš (Hrsg.), *Der Erfolg und das Honorar des Anwalts / The success and remuneration of the lawyer / L'honoraire de l'avocat et le résultat*, Zürich/St. Gallen 2006, 99 ff.
- FRANK, RICHARD / STRÄULI, HANS / MESSMER, GEORG, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976*, 3. Aufl., Zürich 1997 (zit. FRANK/STRÄULI/MESSMER, § N)
- FREI, BENNO, *Das Mehrwertsteuer-Gesetz*, 5. Aufl., Muri bei Bern 2012
- FREY, JAKOB, *Der Basler Anwaltsgebührentarif*, Basel 1985 (zit. FREY, *Anwaltsgebührentarif*)

- FREY, MICHAEL, Parteikosten in den verschiedenen Prozesskostensystemen, *Anwaltsrevue* 2019, 463 ff. (zit. FREY, *Anwaltsrevue* 2019)
- FRIEDLI, GEORG, *Anwalt und Geldwäscherei*, in Fellmann/Huguenin Jacobs/Poledna/Schwarz (Hrsg.), *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Bern 1998, 285 ff.
- FRIGERIO, MARCO, *La retribuzione dell'avvocato nel Cantone Ticino*, *SZZP* 2007, 213 ff.
- FURRER, ANDREAS / MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Zürich 2018
- GASSER, DOMINIK / RICKLI, BRIGITTE, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. GASSER/RICKLI, Art. N)
- GASSMANN, RUDOLF, *Geschichte und Recht der Advokatur im Kanton Solothurn*, Diss. Zürich 1931
- GATTIKER, HEINRICH, *Das Erfolgshonorar des Anwalts: Chancengleichheit im rechtlichen Konflikt?*, Diss. Zürich 1975
- GAUCH, PETER, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl., Zürich 2019 (zit. GAUCH, *Werkvertrag*, Rz.)
- GAUCH, PETER, *Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Ordnung 102*, in: Gauch/Tercier (Hrsg.), *Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte*, 3. Aufl., Freiburg i.Ue. 1995, 1 ff. (zit. GAUCH, *Architekturvertrag*, Rz.)
- GAUCH, PETER, *Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten*, *recht* 1994, 189 ff. (zit. GAUCH, *recht* 1994)
- GAUTSCHI, GEORG, *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Band VI: Das Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 4. Teilband: Der einfache Auftrag*, Art. 394–406 OR, 3. Aufl., Bern 1971 (zit. GAUTSCHI, *Auftrag*, Art. N)
- GAUTSCHI, GEORG, *Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen*, in FS Oftinger, Zürich 1969, 7 ff. (zit. GAUTSCHI, FS Oftinger)
- GAUTSCHI, GEORG, *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Band VI: Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 3. Teilband: Der Werkvertrag* Art. 363–379 OR, 2. Aufl., Bern 1967 (zit. GAUTSCHI, *Werkvertrag*, Art. N)
- GEHRI, MYRIAM A. / JENT-SØRENSEN, INGRID / SARBACH, MARTIN (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Zürich 2015 (zit. OFK-ZPO/BEARBEITERIN, Art. N)
- GEISER, THOMAS / MÜNCH, PETER / UHLMANN, FELIX / GELZER, PHILIPP S., *Prozessieren vor Bundesgericht*, 4. Aufl., Basel 2014
- GIANNINI, MARIO, *Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei*, Diss. Zürich 2005
- GIRSBERGER, ANDREAS, *Das Recht auf Ersatz der Anwaltskosten, die im Zusammenhang mit der Verfolgung begründeter oder der Abwehr unbegründeter Ansprüche entstehen*, *SJZ* 1962, 350 ff.
- GIRSBERGER, DANIEL / VOSER, NATHALIE, *International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives*, 4th ed., Zurich 2021
- GMÜR, PHILIPP, *Die Vergütung des Beauftragten*, Diss. Freiburg i.Ue. 1994

- GÖKSU, TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014
- GRIEDER, THOMAS, Schadenersatz und Honorarreduktion, Eine praktische Abgrenzungsproblematik im Auftragsrecht am Beispiel des Zahnarztvertrages, AJP 2008, 1509 ff.
- GROSS, JEAN-PIERRE, *Le secret professionnel de l'avocat*, in Frigerio/Gross/Rondi/Favre, *Il segreto professionale del avvocato e del notaio, atti del pomeriggio di studio del 24 marzo 2003*, Basel/Genf/Lugano 2003, 5 ff.
- GUGGENHEIM, CHARLES, Die unentgeltliche Verbeiständung in den kantonalen Zivilprozessrechten, Diss. Zürich 1944
- GUGGISBERG, JÜRIG, Kritische Betrachtung der neuen Vorschriften aus der Sicht des Anwaltes, in Schweizerischer Anwaltsverband (Hrsg.), *Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht*, Schriftenreihe SAV, Band 8, Zürich 1991, 55 ff.
- GUHL, THEO / KOLLER, ALFRED / SCHNYDER, ANTON K. / DRUEY, JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000
- GYGI, FRITZ, Der Beruf des Anwaltes, in FS Gygi, Bern 1986, 535 ff.
- HACKER, GEERT, Der Erfolg und das Honorar des Anwalts, in Roš (Hrsg.), *Der Erfolg und das Honorar des Anwalts / The success and remuneration of the lawyer / L'honoraire de l'avocat et le résultat*, Zürich/St. Gallen 2006, 129 ff.
- HÄFELIN, ULRICH / HALLER, WALTER / KELLER, HELEN / THURNHERR, DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020
- HÄFELIN, ULRICH / MÜLLER, GEORG / UHLMANN, FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020 (zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz.)
- HAMM, RAINER, Geldwäsche durch die Annahme von Strafverteidigerhonorar?, NJW 2000, 636 ff.
- HANDSCHIN, LUKAS / TRUNIGER, CHRISTOF, Die GmbH, 3. Aufl., Zürich 2019
- HÄNER, ISABELLE, Das veränderte Berufsbild des Anwaltes und der Anwältin, in Ehrenzeller (Hrsg.), *Das Anwaltsrecht nach dem BGFA*, St. Gallen 2003, 9 ff.
- HANGARTNER, YVO, Bundesgericht, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, 6.6.2006, A. und B. c. Grosser Rat und Regierungsrat des Kantons Aargau (2P.17/2004 und 2P.325/2003), Staatsrechtliche Beschwerden, AJP 2006, 1303 ff.
- HARTUNG, MARKUS, Wer schützt wen vor wem? – Oder: Muss der Mandant vor Erfolg geschützt werden?, *Anwaltsrevue* 2008, 452 ff.
- HAUSER, SILVAN, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Anwaltsrechts, Diss. Zürich 2008
- HAUSHEER, HEINZ / AEBI-MÜLLER, REGINA E., *Berner Kommentar*, Band I, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. N)
- HECKENDORN, LUKAS, Die Haftung freier Berufe zwischen Vertrag und Delikt, Diss. Freiburg i.Ue. 2006
- HEDINGER, MARTIN, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2011
- HEIM, JEAN, *Les honoraires d'avocat en Suisse*, in Roš (Hrsg.), *Der Erfolg und das Honorar des Anwalts / The success and remuneration of the lawyer / L'honoraire de l'avocat et le résultat*, Zürich/St. Gallen 2006, 147 ff.

- HELLER, HEINZ, *Value Billing* – vom erkennbaren Wert anwaltlicher Produktivität, *Anwaltsrevue* 2014, 287 ff.
- HESS, BEAT, Das Anwaltsgesetz des Bundes (BGFA) und seine Umsetzung durch die Kantone am Beispiel des Kantons Bern, *ZBJV* 2004, 89 ff. (zit. HESS, *ZBJV* 2004)
- HESS, BEAT, Umsetzung des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) durch die Kantone, *SJZ* 2002, 485 ff. (zit. HESS, *SJZ* 2002)
- HÖCHLI, LORENZ, Das Anwaltshonorar, Analyse der zivilrechtlichen Aspekte beim Anwaltshonorar, Diss. Zürich 1991
- HOFSTETTER, JOSEF, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Basel 2000
- HONSELL, HEINRICH (Hrsg.), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Basel 2014 (zit. *KuKo-OR/BEARBEITERIN*, Art. N)
- HONSELL, HEINRICH, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 10. Aufl., Bern 2017
- HUGUENIN, CLAIRE / MÜLLER-CHEN, MARKUS (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft*, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. *CHK-OR/BEARBEITERIN*, Art. N)
- HUGUENIN, CLAIRE, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich 2019
- HUNKELER, DANIEL (Hrsg.), *Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. *KuKo-SchKG/BEARBEITERIN*, Art. N)
- HÜPPI, MICHAEL, *Anwaltsberuf: Lagebeurteilung*, *Anwaltsrevue* 2012, 133 ff. (zit. HÜPPI, *Anwaltsrevue* 2012)
- HÜPPI, MICHAEL, Trends und Zukunft des Anwaltsgeschäfts in der Schweiz, in Staub/Hehli/Hidber (Hrsg.), *Management von Anwaltskanzleien, Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen*, Zürich/Basel/Genf 2012, 959 ff. (zit. HÜPPI, *Zukunft*)
- HÜRLIMANN, BRIGITTE, *Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit*, Diss. Freiburg i.Ue. 2004 (zit. HÜRLIMANN, *Diss.*)
- HÜRLIMANN, ROLAND, Der Anwalt als Gutachter, in Fellmann/Huguenin/Jacobs/Poledna/Schwarz (Hrsg.), *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Bern 1998, 389 ff. (zit. HÜRLIMANN, *Anwalt*)
- HÜRLIMANN, ROLAND, Der Experte – Schlüsselfigur des Bauprozesses, in FS Gauch, Freiburg i.Ue. 1989, 129 ff. (zit. HÜRLIMANN, *Experte*)
- JACOT, MARC ANDRÉ, *Die Kosten der Rechtsverfolgung als Schranke für den Rechtsuchenden*, Diss. Zürich 1978
- JACQUEMOUD-ROSSARI, LAURA, *La taxation des honoraires de l'avocat*, in FS Burger, Genf 2008, 291 ff.
- JÄGGI, PETER, *Rechtsgutachten zum Ersatz der vorprozessualen Vertretungskosten im Schadenfall*, abgedruckt in *SVZ* 1995, 267 ff.
- JÄGGI, PETER / GAUCH, PETER / HARTMANN, STEPHAN, *Zürcher Kommentar, Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Obligationenrecht*, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. JÄGGI/ GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N)

- JEANDIN, NICOLAS / PEYROT, AUDE, *Précis de procédure civile*, Zurich 2015
- JENT-SØRENSEN, INGRID / WEBER, PIETRO, Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO, SJZ 2018, 465 ff.
- JOZIC, CORNELIA / BOESCH, KURT, Die unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Praxis des Obergerichts des Kantons Luzern, 4. Aufl., Luzern 2012
- JUNG, PETER / KUNZ, PETER V. / BÄRTSCHI, HARALD, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021
- KELLERHALS, ANDREAS, Virtuell zusammengeschlossene Anwaltskanzleien – am Beispiel von *SwissLegal*, in Staub/Hehli Hidber (Hrsg.), Management von Anwaltskanzleien, Zürich 2012, 380 ff. (zit. KELLERHALS, Anwaltskanzleien)
- KELLERHALS, OTTO, Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag, Diss. Bern 1952 (zit. KELLERHALS, Diss.)
- KERN, MARTIN, Straffreie Geldwäscherei durch Anwälte – Demontage eines Mythos, Anwaltsrevue 2020, 103 ff.
- KIENER, REGINA, Zugang zur Justiz, ZSR 2019 II 1 ff.
- KIENER, REGINA / KÄLIN, WALTER / WYTTENBACH, JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KILIAN, MARTIN, Nur zehn Minuten für einen Angeklagten, plädoyer 2/2019, 25 ff. (zit. KILIAN, plädoyer 2/2019)
- KILIAN, MATTHIAS, Die erfolgsbasierte Vergütung des Rechtsanwaltes, in Roš (Hrsg.), Der Erfolg und das Honorar des Anwalts / *The success and remuneration of the lawyer / L'honoraire de l'avocat et le résultat*, Zürich/St. Gallen 2006, 5 ff. (zit. KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung)
- KILIAN, MATTHIAS, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, Diss. Köln 2003 (zit. KILIAN, Diss.)
- KINDLER, THOMAS / LANG, CHRISTOPH, Fällt bald ein altherwürdiges Kartell?, Anwaltsrevue 4/1998, 9 ff.
- KOCHER, JAN, Anwaltstarif und Kostenmoderation, in FS Aargauischer Juristenverein, Aarau 1986, 221 ff.
- KOLLER, ALFRED, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT)
- KOLLER, ALFRED, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband: Der Werkvertrag, 1. Unterteilband: Begriff und Wirkungen, Art. 363–366 OR, Bern 1998 (zit. KOLLER, BK, Art. N)
- KÖLZ, ALFRED / HÄNER, ISABELLE / BERTSCHI, MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013
- KRÄMER, ANDREAS, Alternative Honorarmodelle im Anwaltsgeschäft, in Staub/Hehli Hidber (Hrsg.), Management von Anwaltskanzleien, Zürich 2012, 581 ff.
- KRAMER, ERNST A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband:

- Unterteilband 1a Inhalt des Vertrages Unterteilband 1a, Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit. KRAMER, BK, Art. N)
- KRAMER, STEFAN, Rechtsprobleme des Interbanken-Zahlungsverkehrs, unter besonderer Berücksichtigung des Interbank Clearing (SIC und euroSIC), Diss. Zürich 2005 (zit. KRAMER, Diss.)
- KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA, Schuldbetriebs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018
- KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA / VOCK, DOMINIK, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetrieb und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK-SchKG/BEARBEITERIN, Art. N)
- KÜMIN, KARL, Anwälte zahlen bis zu 14 Prozent Provision, plädoyer 6/2019, 13 ff.
- LARDELLI, FLAVIO / VETTER, MEINRAD, Art. 6, in Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. LARDELLI/VETTER, Art. 6 N)
- LAUER, LORENZ, Kollektiver Rechtsschutz im Schweizerischen Privatrecht, BJM 2017, 173 ff.
- LEE, JOO-HEE, Die Beteiligung des Strafverteidigers an der Geldwäscherei, Diss. Basel 2005
- LENZ, RITA, Preiswettbewerb unter Rechtsanwälten, in rechtsvergleichender und europarechtlicher Hinsicht, Diss. Berlin 1998
- LEUENBERGER, CHRISTOPH / UFFER-TOBLER, BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016
- LEVIS, MADELINE-CLAIRE, Zivilrechtliche Anwaltshaftpflicht im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Diss. Zürich 1981
- LIPPUNER, CHRISTIAN, Das Anwaltsgeheimnis steht auf dem Spiel, plädoyer 4/2019, 16 ff. (zit. LIPPUNER, plädoyer 4/2019)
- LIPPUNER, CHRISTIAN, Risiken der Anwälte und Notare im Kampf gegen Geldwäscherei – eine Übersicht, Anwaltsrevue 2012, 337 ff. (zit. LIPPUNER, Übersicht)
- LIPPUNER, CHRISTIAN, Risiken der Anwälte und Notare im Kampf gegen Geldwäscherei – zwei besondere Fallen, Anwaltsrevue 2012, 397 ff. (zit. LIPPUNER, Fallen)
- LÜKE, WOLFGANG, Zivilprozessrecht I, 11. Aufl., München 2020
- LUTERBACHER, THIERRY, Rechtsschutzversicherung, Basel 2018 (zit. LUTERBACHER, Rechtsschutzversicherung)
- LUTERBACHER, THIERRY, Aspekte der Rechtsschutzversicherung in der Schweiz, in Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011, Zürich 2011, 215 ff. (zit. LUTERBACHER, HAVE 2011)
- MAIER, PHILIPP, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, FamPra.ch 2019, 819 ff.
- MAIER, PHILIPP / MÜHLEMANN, KIM, Entschädigung berufsmässiger Vertretung im Zivilprozess, Praxis der Gerichte im Kanton Zürich, AJP 2021, 754 ff.
- MARKUS, ALEXANDER R., Tendenzen beim materiellen Vertragserfüllungsort beim materiellrechtlichen Vertragserfüllungsort im internationalen Zivilverfahrensrecht, Basel 2009
- MARKUS, ALEXANDER R. / DROESE, LORENZ, Zivilprozessrecht, Zürich 2018

- MARRO, PIERRE-YVES, Art. 6, in Böhler/Jakob (Hrsg.), *Kurzkommentar Zivilgesetzbuch*, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. MARRO, Art. 6 N)
- MARTENET, VINCENT / DUBÉY, JACQUES (éd.), *Commentaire Romand, Constitution fédérale, 2 volumes, Bâle 2021* (zit. CR-Cst./AUTEUR, Art. N)
- MASCELLO, BRUNO, Vertrauensvorschuss vs. Kostenvorschuss – Trusted Advisor?, *Anwaltsrevue* 2019, 149 ff. (zit. MASCELLO, *Anwaltsrevue* 2019)
- MASCELLO, BRUNO, Alternative Honorarmodelle als Trend und Chance, *Anwaltsrevue* 2013, 477 ff. (zit. MASCELLO, *Anwaltsrevue* 2013)
- MASCELLO, BRUNO, Anwalt 2020: Megatrends, Auswirkungen und Reaktionen, *Anwaltsrevue* 2012, 402 ff. (zit. MASCELLO, *Anwaltsrevue* 2012)
- MAUERHOFER, MARC ANDRÉ, Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer Anordnung, *ZBJV* 2006, 375 ff.
- MEICHSSNER, STEFAN, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, *Jusletter* vom 7. Dezember 2009 (zit. MEICHSSNER, *Jusletter*, Rz.)
- MEICHSSNER, STEFAN, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), *Diss.* Basel 2008 (zit. MEICHSSNER, *Diss.*)
- MEIER, ISAAK / SCHINDLER, RICCARDA, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht, in Fellmann/Weber (Hrsg.), *Haftpflichtprozess* 2015, Zürich 2015, 29 ff.
- MEIER, ISAAK, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich/Basel/Genf 2010
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR / FORSTMOSER, PETER / SETHE, ROLF, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. Aufl., Bern 2018
- MONTANI, VALÉRIE / BARDE, CATHERINE, *La jurisprudence du Tribunal administratif relative au droit disciplinaire*, *RDAF* 1996, 345 ff.
- MÜLLER, JÖRG PAUL / SCHEFER, MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER, LUKAS / EIHOLZER, JULIA, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, A. gegen Anwaltskommission des Kantons Aargau, Beschwerdeverfahren betreffend Aufsichtsanzeige; Art. 12 lit. i BGFA, Art. 400 Abs. 1 OR, *AJP* 2020, 1472 ff.
- MÜLLER, LUKAS / OBRIST, SANDRO E. / ODERMATT, PATRICK, Streitpunkt Parteientschädigung, *AJP* 2018, 979 ff.
- MÜLLER, MARKUS, *Bernische Verwaltungsrechtspflege*, 3. Aufl., Bern 2021
- MÜLLER-CHEN, MARKUS / GIRSBERGER, DANIEL / DROESE, LORENZ, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 2. Aufl., Zürich 2017
- NADELHOFER DO CANTO, SIMONE, Geldwäscherei und Einziehung – Risiken für Anwälte, *SJZ* 2006, 345 ff.
- NATER, HANS / GÖTZ STAEHELIN, CLAUDIA, Zur Ausgestaltung der Honorarvereinbarung – Das Problem des «Windfalls» und des Erfolgshonorars, *SJZ* 2007, 471 ff.
- NATER, HANS / WULLSCHLEGER, PAOLA, Enger Spielraum für Landesregeln der Verbände, *SJZ* 2005, 320 f.

- NATER, HANS, Das Verbot des Erfolgshonorars – Verhinderung des Zugangs zum Recht?, in Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2008, Zürich 2008, 27 ff. (zit. NATER, Haftpflichtprozess 2008)
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER / HEER, MARIANNE / WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-StPO/BEARBEITERIN, Art. N)
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER / UEBERSAX, PETER / WIPRÄCHTIGER, HANS / KNEUBÜHLER, LORENZ (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-BGG/BEARBEITERIN, Art. N)
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-StGB II/BEARBEITERIN, Art. N)
- OBERHAMMER, PAUL / DOMEJ, TANJA / HAAS, ULRICH (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo-ZPO/BEARBEITERIN, Art. N)
- OBERHOLZER, NIKLAUS, Gerichts- und Parteikosten im Strafprozess, in Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung / *Frais de justice, frais d'avocats, cautions, sûretés, assistance juridique*, Bern 2001, 27 ff. (zit. OBERHOLZER, Gerichts- und Parteikosten)
- OBERHOLZER, NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. OBERHOLZER, Grundzüge)
- OETIKER, CHRISTIAN / REY, LAURA, Das Gerichtsstandsrecht auf dem Weg in die Schweizerische Zivilprozessordnung, AJP 2008, 1517 ff.
- OSER, HUGO / SCHÖNENBERGER, WILHELM, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1–183, 2. Aufl., Zürich 1929 (zit. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. N)
- PASQUIER, SUZANNE, *Le recouvrement des honoraires d'avocat se formalise*, in plaidoyer 2/2018, 10 f.
- PAYER, ANDRÉS / WEBER, MARIAN G., Spielräume und Grenzen für Internet-Rechtsdienstleister, Jusletter vom 2. März 2020 (zit. PAYER/WEBER, Rz.)
- PELET, ODILE / SCHLOSSER, RALPH, *TARMED et le secret médical*, in FS Stoudmann, Zürich/Genf 2005, 199 ff.
- PESENTI, FRANCESCA, Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Diss. Basel 2017
- PFEIFER, MICHAEL, Das Berufsgeheimnis, in Ehrenzeller (Hrsg.), Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, St. Gallen 2003, 103 ff. (zit. PFEIFER, Berufsgeheimnis)
- PFEIFER, MICHAEL, Übersicht und Überlegungen zum Erfolgshonorar von Rechtsanwälten, in DACH – Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Das künftige Berufsbild des Anwalts in Europa, Köln 2000, 69 ff. (zit. PFEIFER, Erfolgshonorar)
- PIETH, MARK, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. PIETH, Strafrecht BT)
- PIETH, MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016 (zit. PIETH, Strafprozessrecht)

- PLATTNER, MAX / SCHMID, JEAN-PIERRE, Gerichtskosten und Rechtsschutzversicherungen, in Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung / *Frais de justice, frais d'avocats, cautions, sûretés, assistance juridique*, Bern 2001, 59 ff.
- POLINSKY, MITCHELL / RUBINFELD, DANIEL L., *Aligning the Interests of Lawyers and Clients*, *Am. Law Econ. Rev.* 2003, 165 et seq.
- PRIBNOW, VOLKER, Die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege im Haftpflichtprozess, *AJP* 1997, 1205 ff.
- RAUBER, MARTIN / NATER, HANS, Das *pactum de palmario* ist gültig – jedoch nur mit Einschränkungen, *SJZ* 2017, 605 f.
- RECHBERGER, WALTER H. / SIMOTTA, DAPHNE-ARIANE, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, 9. Aufl., Wien 2017
- REED, RICHARD C., *The Fixed Fee: The Favorite Alternative Billing Method*, *Law Practice Management* May/June 1996, 22 et seq.
- REICHEL, HANS, Überschreitung des Anwaltstarifs, *ZSR* 1916, 99 ff.
- REYMOND, JEAN-MARC, *Honoraire et concurrence*, in FS OAV, Lausanne 1998, 21 ff.
- RHINOW, RENÉ / KOLLER, HEINRICH / KISS, CHRISTINA / THURNHERR, DANIELA / BRÜHLMOSER, DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. RHINOW/KOLLER et al.)
- RIEDI, DOROTHEA, Geschichte des Schweizerischen Anwaltsverbandes, in Fellmann/Huguenin Jacobs/Poledna/Schwarz (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, 143 ff.
- RIEDO, CHRISTOF / FIOLOKA, GERHARD / NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, Schweizerisches Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011
- RIEMER, HANS MICHAEL, Rechtsfragen um Rechtsgutachten (insbesondere Auftrags- und Prozessrecht, Urheberrecht), *recht* 2001, 148 ff.
- RIES, BEAT, Die unentgeltliche Rechtspflege nach der aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1984, Diss. Zürich 1990
- RIKLIN, FRANZ, StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. RIKLIN, Art. N)
- RONDI, RICCARDO, *Il segreto professionale e le norme deontologiche*, in Frigerio/Gross/Rondi/Favre, *il segreto professionale del avvocato e del notaio, atti del pomeriggio di studio del 24 marzo 2003*, Basel/Genf/Lugano 2003, 25 ff.
- ROŠ, MIRKO, Der Erfolg und das Honorar des Anwalts, Einführung, in Roš (Hrsg.), Der Erfolg und das Honorar des Anwalts / *The success and remuneration of the lawyer / L'honoraire de l'avocat et le résultat*, Zürich/St. Gallen 2006, 1 ff.
- ROSENBERG, LEO / SCHWAB, KARL HEINZ / GOTTWALD, PETER, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018
- RUCKSTUHL, NIKLAUS / DITTMANN, VOLKER / ARNOLD, JÖRG, Strafprozessrecht, unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich 2011

- RUCKSTUHL, NIKLAUS, Vertretung von Tatverdächtigen im Vorverfahren, in Niggli/Weissenberger (Hrsg.), Handbücher zur Anwaltspraxis, Band VII, Strafverteidigung, Basel 2002, 53 ff.
- RÜEDE, THOMAS / HADENFELDT, REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht: nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., Zürich 1993
- RUSCH, ARNOLD F. / FISCHBACHER, ADRIAN, Entschädigung des anwaltlichen Prozessierens in eigener Sache und verwandter Formen, AJP 2019, 686 ff. (zit. RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019)
- RUSCH, ARNOLD F., Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM 2013, 285 ff. (zit. RUSCH, BJM 2013)
- RUSCH, ARNOLD F., Kostenvoranschläge zum Anwaltshonorar, SJZ 2013, 541 ff. (zit. RUSCH, SJZ 2013)
- RUSCH, ARNOLD F., Will das Recht, dass man klagt?, in FS Meier, Zürich 2015, 569 ff. (zit. RUSCH, FS Meier)
- SALZMANN, WOLFGANG, Das besondere Verhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, Diss. Freiburg i.Ue. 1976
- SCHENKER, FRANZ, Gedanken zum Anwaltshonorar, in Fellmann/Huguenin Jacobs/Poledna/Schwarz (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, 143 ff.
- SCHEPKE, JAN, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, gegenläufige Gesetzgebung in England und Deutschland, Diss. Hamburg 1998
- SCHILLER, KASPAR / NATER, HANS, Die berufsrechtlichen Sorgfaltspflichten der Anwälte nach Art. 12 lit. a BGFA gehen nicht weiter als die auftragsrechtlichen, SJZ 2019, 42 ff.
- SCHILLER, KASPAR, Das Erfolgshonorar nach BGFA, SJZ 2004, 353 ff. (zit. SCHILLER, SJZ 2004)
- SCHILLER, KASPAR, Der Anwalt als Testamentsvollstrecker und Schweigepflicht, Anmerkungen zum Bundesgerichtsurteil 2C_586/2016 vom 9. Mai 2016, SJZ 2016, 501 ff. (zit. SCHILLER, SJZ 2016)
- SCHILLER, KASPAR, Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozessgewinn ist verboten, Anwaltsrevue 2010, 40 ff. (zit. SCHILLER, Anwaltsrevue 2010)
- SCHILLER, KASPAR, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009 (zit. SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz.)
- SCHLUCKEBIER, REGINE, Art. 10, in Geiger/Schluckebier (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar MWSTG, Schweizerisches Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. SCHLUCKEBIER, Art. 10 N)
- SCHLUEP, WALTER R., Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses, Zürich 1994
- SCHMID, MARKUS, Prozessieren oder Vergleichen?, in Weber (Hrsg.), Schlichten statt richten, Zürich 2012, 11 ff.
- SCHMID, NIKLAUS / JOSITSCH, DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch)

- SCHMID, NIKLAUS / JOSITSCH, DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. SCHMID/JOSITSCH, PraxKomm, Art. N)
- SCHNEEBERGER, THOMAS RENÉ, Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten, Diss. Bern 1992
- SCHNEUWLY, ANDREAS, Auslagenersatz des Rechtsanwalts, *ius.focus* 6/2019, 8 f.
- SCHNYDER, MATTHIAS, Überblick über den Deckungsbereich der Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, *Anwaltsrevue* 2007, 151 ff.
- SCHONS, HERBERT P., Erfolgshonorar in Deutschland – Zeitenwende oder «*same procedure as every year*»? , *Anwaltsrevue* 2008, 443 ff.
- SCHRANER, MARIUS, Zürcher Kommentar, Band V/1e – Das Obligationenrecht, Art. 68–96 OR, Die Erfüllung der Obligationen, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. SCHRANER, Art. N)
- SCHULER, CARLO, Anwälte zurückhaltend mit Erfolgsprämien, *plädoyer* 2019, 14 f.
- SCHUMACHER, BENJAMIN / DALLAFIOR, ROBERTO, Die Vereinbarung von Erfolgsprämien für den Anwalt, *AJP* 2017, 1284 ff.
- SCHUMACHER, BENJAMIN / NATER, HANS, Prozessfinanzierung und anwaltliche Aufklärungspflichten, *SJZ* 2016, 43 ff.
- SCHUMACHER, RAINER, Der Anwalt als Vertragsgestalter, in Fellmann/Huguenin Jacobs/Poledna/Schwarz (Hrsg.), *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Bern 1998, 413 ff.
- SCHWAB, CHRISTIAN, Erfolgshonorare für Rechtsanwälte, die Allokation von Prozesskosten und der Zugang zum Rechtssystem – Ausgewählte Probleme der Rechtsökonomik, Diss. Bochum 2011
- SCHWANDER, DANIEL, Erfolgshonorar ohne Zustimmung des Klienten?, *Kritische Gedanken aus Anlass von BGE 135 III 259 betreffend Anwaltshonorar*, *ZBJV* 2009, 582 ff. (zit. SCHWANDER, *ZBJV* 2009)
- SCHWANDER, IVO, Anwaltshonorar. Taxationsverfahren (Moderationsverfahren) (Kt. Genf). Beweislast: Besprechung des Bundesgerichtsentscheids vom 15.7.2008 (4A_212/2008), *ZZZ* 2009, 218 f. (zit. SCHWANDER, *ZZZ* 2009)
- SCHWARZ, JÖRG, Das Anwaltsgeheimnis – Einige Gedanken zur heutigen Rechtslage, in Fellmann/Huguenin Jacobs/Poledna/ Schwarz (Hrsg.), *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Bern 1998, 107 ff.
- SCHWENZER, INGEBORG / FOUNTOLAKIS, CHRISTIANA, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Bern 2020
- SEILER, BENEDIKT, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen und weitere Aspekte der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO, *BJM* 2018, 65 ff.
- SEILER, HANSJÖRG / VON WERDT, NICOLAS / GÜNGERICH, ANDREAS / OBERHOLZER, NIKLAUS (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, 2. Aufl., Bern 2015 (zit. SHK-BGG/BEARBEITERIN, Art. N)
- SPIESS, FABIA, *Prostitutionsverwaltung, Eine Analyse bestehender öffentlich-rechtlicher Mess- und Lenkungsinstrumente im Kanton Basel-Stadt in Bezug auf ihre Tauglichkeit zur Erreichung prostitutionsspezifischer Ziele und Überlegungen zu alternativen Regulierungsmechanismen*, Diss. Basel 2018

- SPIRA, VINCENT, *L'avocat au bénéfice de l'assistance juridique*, in FS Burger, Genf 2008, 313 ff.
- SPÜHLER, KARL / AEMISEGGER, HEINZ / DOLGE, ANNETTE / VOCK, DOMINIK, Praxis-kommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Art. N)
- SPÜHLER, KARL / TENCHIO, LUCA / INFANGER, DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK-ZPO/BEARBEITERIN, Art. N)
- SPÜHLER, KARL, Zur verfassungsmässigen Stellung des amtlichen Verteidigers, in Bolla/Rouillé (Hrsg.), Verfassungs- und Verwaltungsrechtsprechung, Zürich 1992, 251 ff.
- STAEHELIN, ADRIAN / STAEHELIN, DANIEL / GROLIMUND, PASCAL, Zivilprozessrecht, unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2019
- STAEHELIN, ADRIAN / SUTTER, THOMAS, Zivilprozessrecht, Basel 1992
- STAEHELIN, DANIEL / BAUER, THOMAS / LORANDI, FRANCO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I: Art. 1–158; Band II: Art. 159–352, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-SchKG/BEARBEITERIN, Art. N)
- STAEHELIN, ERNST, Ausreisser? Ausreisser!, Anwaltsrevue 2016, 393 ff. (zit. STAEHELIN, Anwaltsrevue 2016)
- STAEHELIN, ERNST, Der Rechtsanwalt im Wandel der Zeit, Anwaltsrevue 2009, 439 ff. (zit. STAEHELIN, Anwaltsrevue 2009)
- STÄHELIN, BEDA, Prozesskostenrisiko vs. Anspruch auf Zugang zum Recht, *sui generis* 2018, 20 ff. (zit. STÄHELIN, *sui generis* 2018)
- STÄHELIN, BEDA, Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit, Diss. Zürich 2017 (zit. STÄHELIN, Diss.)
- STAUB, LEO, Anwaltsmarkt im Umbruch, LTO vom 10. September 2017
- STEIN, PETER, Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall?, ZSR 1987, 635 ff.
- STEINER, JAKOB, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2019
- STERCHI, MARTIN H., Gerichts- und Parteikosten im Zivilprozess, in Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung / *Frais de justice, frais d'avocats, cautions, sûretés, assistance juridique*, Bern 2001, 11 ff. (zit. STERCHI, Gerichts- und Parteikosten)
- STERCHI, MARTIN H., Kollegiales Verhalten als anwaltliche Berufspflicht?, Anwaltsrevue 2009, 494 ff. (zit. STERCHI, Anwaltsrevue 2009)
- STERCHI, MARTIN H., Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz. Das Gesetz vom 6. Februar 1984 über die Fürsprecher des Kantons Bern, Bern 1992 (zit. STERCHI, Komm. aFG-BE)
- STRATENWERTH, GÜNTHER / BOMMER, FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013

- STRAUB, WOLFGANG, Mandatsvereinbarungen und IT – Was ist zu regeln?, *Anwaltsrevue* 2013, 124 ff.
- STRÄULI, PETER A., Das Berufsbild des Anwalts trägt das Markenzeichen «*realitätsfremd*», *plädoyer* 2013, 24 ff.
- STREIFF, ULLIN / VON KAENEL, ADRIAN / RUDOLPH, ROGER, Arbeitsvertrag, *Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 7. Aufl., Zürich 2012 (zit. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. N)
- STRUB, FRANCO, Das Erfolgshonorar aus rechtsökonomischer Perspektive, *Anwaltsrevue* 2020, 211 ff.
- SUTTER, PATRICK, Anwaltsgeheimnis und Honorarinkasso: Ein Zwischenstand, *Anwaltsrevue* 2018, 185 ff.
- SUTTER-SOMM, THOMAS, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. SUTTER-SOMM, Rz.)
- SUTTER-SOMM, THOMAS / HASENBÖHLER, FRANZ / LEUENBERGER, CHRISTOPH (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK-ZPO/BEARBEITERIN, Art. N)
- SUTTER-SOMM, THOMAS / SEILER, BENEDIKT, *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zürich 2021 (zit. CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. N)
- TARNUTZER-MÜNCH, ANDREA / SCHAUB, NATHALIE, *Die Advokatenkammer Basel*, *Anwaltsrevue* 2014, 151 ff.
- TERCIER, PIERRE / BIERI, LAURENT / CARRON, BLAISE, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Zurich 2016 (zit. TERCIER/BIERI/CARRON, Rz.)
- TERCIER, PIERRE, *L'indemnisation des frais d'avocat et l'assurance de protection juridique*, in *Strassenverkehrsrechts-Tagung*, Freiburg i.Ue. 1994, 5 ff. (zit. TERCIER, *Strassenverkehrsrechts-Tagung* 1994)
- TERCIER, PIERRE, *Les avocats et la concurrence*, *Der Schweizer Anwalt* 1996, 4 ff. (zit. TERCIER, *Schweizer Anwalt* 1996)
- TESTA, GIOVANNI, *Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber dem Klienten*, Diss. Zürich 2001
- TEUBEL, JOACHIM, § 4a, in *Maier/Kroiss (Hrsg.), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz: RVG, Handkommentar*, 6. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit. TEUBEL, Rz.)
- THÉVENOZ, LUC / WERRO, FRANZ (éd.), *Commentaire Romand, Code des Obligations I*, 3^e éd., Bâle 2021 (zit. CR-CO I/AUTEUR, Art. N)
- THOUVENIN, ANDRÉ, *Das Anwaltsbüro als Unternehmen*, in *Fellmann/Huguenin Jacobs/Poledna/Schwarz (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht*, Bern 1998, 71 ff. (zit. THOUVENIN, *Anwaltsbüro*)
- THOUVENIN, ANDRÉ, *Das künftige Berufsbild der Anwälte aus Schweizer Sicht – Abschied vom Einzelkämpfer, der Anwalt als Unternehmer, Mediation als neues Tätigkeitsgebiet, anwaltliche Werbung*, in *DACH – Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Das künftige Berufsbild des Anwalts in Europa*, Köln 2000, 111 ff. (zit. THOUVENIN, *Berufsbild*)

- TRECHSEL, STEFAN / PIETH, MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. TRECHSEL/PIETH/BEARBEITERIN, Art. N)
- TREZZINI, FRANCESCO / FORNARA, STEFANO / COCCHI, BRUNO / BERNASCONI, GIORGIO A. / VERDA CHIOCCETTI, FRANCESCA (edit.), *Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Volume I Parte prima: Disposizioni generali (Art. 1–196) / Volume II – parte seconda: Disposizioni speciali (art. 197–352) / Parte terza: Arbitrato (art. 353–399) / Parte quarte: Disposizioni finali (Art. 400–408), II^a ed., Lugano 2015* (zit. Commentario-CPC/AUTORE, Art. N)
- TSCHÜMPERLIN, GABRIELA / SUTTER, PATRICK, Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen für Anwältinnen und Anwälte, *Anwaltsrevue* 2019, 77 ff.
- UHLMANN, FELIX, § 40: Verfahrensgrundrechte, in Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), *Staatsrecht*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, 616 ff.
- USTERI, PAUL LEONHARD, Aus der Praxis der zürcherischen Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, *SJZ* 1942, 305 ff. und 321 ff.
- VALLONI, LUCIEN W. / STEINEGGER, MARCEL C., Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), Zürich 2002
- VALTICOS, MICHEL / JACQUEMOUD-ROSSARI, LAURA, *La jurisprudence de la commission du barreau 1998–2002*, *SJ* 2003 II 245 ff. (zit. VALTICOS/JACQUEMOUD-ROSSARI, *SJ* 2003 II)
- VALTICOS, MICHEL / JACQUEMOUD-ROSSARI, LAURA, *La jurisprudence de la commission du barreau 2002–2006*, *SJ* 2007 II 255 ff. (zit. VALTICOS/JACQUEMOUD-ROSSARI, *SJ* 2007 II)
- VALTICOS, MICHEL / REISER, CHRISTIAN M. / CHAPPUIS, BENOÎT (éd.), *Commentaire Romand, Loi sur les avocats, Bâle 2010* (zit. CR-LLCA/AUTEUR, Art. N)
- VEREIN ZÜRCHERISCHER RECHTSANWÄLTE (Hrsg.), *Handbuch der Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich*, Zürich 1988 (zit. HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN)
- VEST, HANS, Anwendungsprobleme im Bereich der Geldwäscherei, *SJZ* 2004, 53 ff.
- VETTER, MEINRAD / ALBERT, ELIANE, Wann ist die Einreichung einer Kostennote sinnvoll?, *SJZ* 2021, 310 ff.
- VIELI, LELIO, Der Anwalt als Partei im Zivilrecht, in *Das Anwaltsgeheimnis 2*, Zürich 1994, 33 ff.
- VISCHER, FRANK / MÜLLER, ROLAND M., *Der Arbeitsvertrag*, 4. Aufl., Basel 2014
- VOGT, HANS-UELI / HIRSIGER-MEIER, VALENTINA / HOFER, THOMAS, *Statutarische Schiedsklauseln nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht*, Zürich 2019
- VOGT, HANS-UELI / SCHMIDT, PATRICK, *Schiedsklauseln in Vereinsstatuten*, Teil I, *ASA Bulletin* 2020, 75 ff., Teil II, *ASA Bulletin* 2020, 315 ff.
- VON BÜREN, BRUNO, *Der Auftrag, Ein Beitrag zur Systematik des schweizerischen Auftragsrechts*, Diss. Zürich 1944 (zit. VON BÜREN, Diss.)
- VON BÜREN, BRUNO, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184–551)*, Zürich 1972 (zit. VON BÜREN, OR BT)
- WACHE, DANIEL, §§ 114–127a, in Krüger/Rauscher (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6. Aufl., München 2020 (zit. WACHE, § N)

- WALDER-RICHLI, HANS ULRICH / GROB-ANDERMACHER, BÉATRICE, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Zürich 2009
- WALDMANN, BERNHARD / BELSER, EVA MARIA / EPINEY, ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-BV/BEARBEITERIN, Art. N)
- WALDMANN, BERNHARD / WEISSENBERGER, PHILIPPE (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. WALDMANN/WEISSENBERGER/BEARBEITERIN, Art. N)
- WALSER, MANUEL, 12. Kapitel: Verfahrenshilfe, in Schumacher (Hrsg.), Handbuch Liechtensteinisches Zivilprozessrecht, Wien 2020, 275 ff.
- WEBER, ROLF H., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Artikel 68–96 OR, 2. Aufl., Bern 2004 (zit. WEBER, BK, Art. N)
- WEBER, ROLF H., Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990 (zit. WEBER, Praxis)
- WEBER, STEPHAN, Ungereimtheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten, SVZ 1993, 2 ff. (zit. WEBER, SVZ 1993)
- WEBER, WERNER C., Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1990 (zit. WEBER, Diss.)
- WEISSENBERGER, PHILIPPE, Zum Anspruch des amtlichen Rechtsbeistandes auf Parteient-schädigung im Beschwerdeverfahren gegen Honorarentscheide am Beispiel des basel-städtischen Rechts, BJM 2000, 221 ff.
- WIDMER LÜCHINGER, CORINNE / OSER, DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationen-recht I, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-OR I/BEARBEITERIN, Art. N)
- WIDMER LÜCHINGER, CORINNE, Die zivilrechtliche Beurteilung von anwaltlichen Erfolgshonoraren, AJP 2011, 1445 ff. (zit. WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011)
- WIDMER LÜCHINGER, CORINNE, *Lawyers' Success Fees in Swiss Conflict of Laws and International Arbitration*, in FS Schwenzer, Bern 2011, 1741 ff. (zit. WIDMER LÜCHINGER, FS Schwenzer)
- WIDMER, CORINNE, *A Civil Lawyer's Introduction to Anglo-American Law: Torts*, Bern 2008 (zit. WIDMER, *Introduction*)
- WIEDERKEHR, RENÉ / PLÜSS, KASPAR, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2020
- WIEGAND, WOLFGANG / HODEL, ANNETTE, Die bargeldlose Zahlung im schweizerischen Recht, in Wiegand (Hrsg.), Berner Bankrechtstag / BBT, Band 7, Bern 2000, 179 ff.
- WOHLERS, WOLFGANG / GODENZI, GUNHILD / SCHLEGEL, STEPHAN, Schweizerisches Straf-gesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. Handkommentar StGB/BEARBEI-TERIN, Art. N)
- WOHLERS, WOLFGANG, Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren – Art. 305^{bis} StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung, ZStrR 2002, 197 ff.
- WOLFFERS, FELIX, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Diss. Bern/Zürich 1986
- WUFFLI, DANIEL / FUHRER, DAVID, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2019

-
- WUFFLI, DANIEL, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2015 (zit. WUFFLI, Diss.)
- WUFFLI, DANIEL, Kostenhürde in der ZPO – Unding oder Segen? Unter besonderer Berücksichtigung der Prozessfinanzierung, in FS Kren Kostkiewicz, Bern 2018, 709 ff. (zit. WUFFLI, FS Kren Kostkiewicz)
- WYLER, SEBASTIAN, Auswirkungen von Prozessfinanzierungen auf die Tätigkeit des Anwalts, *Anwaltsrevue* 2020, 30 ff.
- ZANDER, HENNING, *Alternative Fee Arrangements: Das Ende der Billable Hour?*, *LTO* vom 16. Februar 2016
- ZEISS, WALTER / SCHREIBER, KLAUS, *Zivilprozessrecht*, 12. Aufl., Tübingen 2014
- ZELLWEGER-GUTKNECHT, CORINNE, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 7. Teilband, 2. Unterteilband: Verrechnung, Art. 120–126 OR, Bern 2012 (zit. ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. N)
- ZEN-RUFFINEN, PIERMARCO, *Article 4 Cst. féd.: le point sur l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'assistance judiciaire*, in FS Aubert, Basel 1996, 693 ff.
- ZINDEL, GAUDENZ G., *Entwicklungen im Anwaltsrecht*, *ZGRG* 2006, 36 ff.
- ZOTSANG, DHEDEN, *Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Diss. Zürich 2015
- ZÜRCHER, EMIL, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zürich 1920

Materialienverzeichnis

Schweiz

- Auswertung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), Bericht vom 12. Dezember 1997. Abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/anwaltsgesetz-freizuegigkeit/vn1-erg-d.pdf.download.pdf/vn1-erg-d.pdf> besucht am 9. April 2019 (zit. Vernehmlassungsbericht BGFA)
- Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12. Juni 1989, BBl 1989 II 1961 ff. (zit. Botschaft Geldwäscherei)
- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV)
- Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 28. April 1999, BBl 1999, 6013 ff. (zit. Botschaft BGFA)
- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (12. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 24. Oktober 2018, BBl 2018, 7163 ff. (zit. Botschaft Schiedsgerichtsbarkeit)
- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 399 ff. (zit. Botschaft Aktienrechtsrevision)
- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014, 235 ff. (zit. Botschaft Verjährungsrecht)
- Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO)
- Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, 4202 ff. (zit. Botschaft Justizreform)
- Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, 1085 ff. (zit. Botschaft StPO)
- Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), (undatierter) Erläuternder Bericht (zum Vorentwurf), der Vernehmlassung zugeführt am 16. April 1997 (zit. Erläuternder Bericht BGFA)
- Bundesamt für Statistik BfS, 03 Arbeit und Erwerb, Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2018, Medienmitteilung vom 21. April 2020. Abrufbar unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/11927344/master>, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Medienmitteilung BfS)
- Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, MWST-Branchen-Info 18, Rechtsanwälte und Notare, überarbeitete Broschüre ab 1. Januar 2018. Abrufbar unter: <https://www.gate.estv.admin.ch/mwst-webpublikationen/public/pages/sectorInfos/tableOfContent.xhtml?publicationId=1026363>, besucht am 7. August 2020 (zit. Branchen-Info MWST)

- Freie Berufe in der Schweiz, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Cina vom 19. Dezember 2003 (N 03.3663). Abrufbar unter https://www.sbf.admin.ch/dam/sbf/de/dokumente/bbt/bericht_des_bundesratesfreieberufeinderschweiz.pdf.download.pdf/bericht_des_bundesratesfreieberufeinderschweiz.pdf, besucht am 19. November 2021 (zit. Bericht freie Berufe)
- Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003. Abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/entw-zpo-d.pdf.download.pdf/entw-zpo-d.pdf>, besucht am 30. Oktober 2021 (zit. VE-ZPO)
- Statuten des Schweizerischen Anwaltsverbandes vom 22. Juni 2001, letztmals revidiert am 30. Mai 2008. Abrufbar unter: <https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/statuten.pdf>, besucht am 19. November 2021 (zit. Statuten SAV)
- Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2004. Abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/ve-ber-res.pdf.download.pdf/ve-ber-res.pdf>, besucht am 30. Oktober 2021 (zit. Vernehmlassungsbericht ZPO)

Kanton Zürich

- Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts an die Kammern des Obergerichts, das Handelsgericht, das Geschworenengericht, die Bezirksgerichte und die Friedensrichterämter über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006. Abrufbar unter https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Mitteilungen/Kreis_schreiben/2000-2009/17_05_2006.pdf, besucht am 7. August 2020 (zit. Kreisschreiben MWST-ZH)
- Leitfaden der Oberstaatsanwaltschaft und der Oberjugendanwaltschaft des Kantons Zürich für Amtliche Mandate, 3. Aufl., Zürich 2016. Abrufbar unter: https://staatsanwaltschaften.zh.ch/internet/justiz_inneres/staatsanwaltschaften/de/AmtMand/leitfaden_amtliche_mandate/_jcr_content/contentPar/form_0/formitem/kein_titel_gesetzt_/download.spooler.download.1475670139357.pdf/LeitfadenAM_2016.pdf, besucht am 10. Januar 2020 (zit. Leitfaden Amtliche Mandate ZH)
- Reglement betreffend das Verfahren vor der Honorarkommission vom 22. November 2013. Abrufbar unter: https://www.zav.ch/de/documents/pool/zav_statuten_und_reglemente_2018.pdf, besucht am 8. Dezember 2021 (zit. Reglement Honorarkommission ZAV)
- Schiedsordnung des Zürcher Anwaltsverbandes vom 21. August 2013. Abrufbar unter: https://www.zav.ch/de/documents/pool/zav_statuten_und_reglemente_2018.pdf, besucht am 8. Dezember 2021 (zit. Schiedsordnung ZAV)
- Statuten des Zürcher Anwaltsverbandes vom 25. November 2005, letztmals geändert am 22. November 2013. Abrufbar unter: https://www.zav.ch/de/documents/pool/zav_statuten_und_reglemente_2018.pdf, besucht am 8. Dezember 2021 (zit. Statuten ZAV)

Zürcher Anwaltsverband, Info 4/2003 vom Dezember 2003, SAV-Richtlinien – *pactum de palmario*. Abrufbar unter: [https://www.sav-fsa.ch/en/documents/dynamiccontent/1_ssr-19_pactum-de-palmario_zav_info_12_03-\(1\).pdf](https://www.sav-fsa.ch/en/documents/dynamiccontent/1_ssr-19_pactum-de-palmario_zav_info_12_03-(1).pdf), besucht am 23. Februar 2019 (zit. ZAV Info 4/2003)

Zürcher Anwaltsverband, Info 4/2004 vom Juni 2004, Standesrecht, Aktuelles zum *pactum de palmario*. Abrufbar unter: [https://www.sav-fsa.ch/en/documents/dynamiccontent/2_ssr-19_pactum-de-palmario_zav_info_06_04-\(1\).pdf](https://www.sav-fsa.ch/en/documents/dynamiccontent/2_ssr-19_pactum-de-palmario_zav_info_06_04-(1).pdf), besucht am 23. Februar 2019 (zit. ZAV Info 4/2004)

Zürcher Anwaltsverband, Info 4/2007 vom Dezember 2007, Auslegung und Anwendung von Art. 29 und Art. 30 SSR. Abrufbar unter: https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/8_ssr-29-und-30_auslegung-und-anwendung_zav_info_03_07.pdf, besucht am 12. November 2021 (zit. ZAV Info 4/2007)

Kanton Bern

Reglement der Schlichtungsstelle für Honorarstreitigkeiten zwischen Anwälten und Klienten vom 14. Mai 2009. Abrufbar unter: https://www.bav-aab.ch/de/documents/dynamiccontent/reglement_der_schlichtungsstelle_fuer_honorarstreitigkeiten-1.pdf, besucht am 8. Dezember 2021 (zit. Reglement Honorarschlichtungsstelle BAV/AAB)

Statuten des Bernischen Anwaltsverbandes vom 14. Mai 2009. Abrufbar unter: <https://www.bav-aab.ch/de/documents/dynamiccontent/statuten-bav-stand-2012.pdf>, besucht am 8. Dezember 2021. (zit. Statuten BAV/AAB)

Kanton Luzern

Statuten des Luzerner Anwaltsverbands, letztmals geändert am 17. Mai 2013. Abrufbar unter: https://www.lav.ch/download_file/view/105/186, besucht am 8. Dezember 2021 (zit. Statuten LAV)

Kanton Schwyz

Statuten des Anwaltsverbandes des Kantons Schwyz (AVSZ) vom 1. Mai 1993, Stand 19. Mai 2006. Abrufbar unter: https://www.avsz.ch/fileadmin/_migrated/content_uploads/statuten.pdf, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Statuten AVSZ)

Kanton Glarus

Anwaltskommission, Entbindung vom Berufsgeheimnis – Praxis im Kanton Glarus, 7. Januar 2019. Abrufbar unter: https://www.gl.ch/public/upload/assets/18542/2019_01_07_Entbindung%20vom%20Berufsgeheimnis.pdf?fp=1, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Weisung Anwaltskommission GL)

Kanton Zug

Statuten des Anwaltsvereins des Kantons Zug vom 31. März 1995. Abrufbar unter <https://www.advokatenverein-zug.ch/userdata/filemanager/data/Statuten-Advokatenverein-des-Kantons-Zug.pdf>, besucht am 18. Dezember 2021 (zit. Statuten AVZG)

Kanton Freiburg

Botschaft Nr. 175 vom 14. Dezember 2009 des Staatsrats an den Grossen Rat zum Entwurf für ein Justizgesetz (JG) (zit. Botschaft JG-FR)

Statuten des Freiburger Anwaltsverbandes vom 26. September 1988, Stand 22. Mai 2020. Abrufbar unter https://www.oaf.ch/images/docs/2020/200522Statuten_FAV_d_Website_Fassung.pdf, besucht am 18. Dezember 2021 (zit. Statuten OAF/FAV)

Kanton Solothurn

Statuten des Solothurnischen Anwaltsverbandes vom 14. März 2008. Abrufbar unter https://www.solav.ch/download/download/statuten_solav_neu.pdf, besucht am 18. Dezember 2021 (zit. Statuten SOLAV)

Reglement über die Standeskommission des Solothurnischen Anwaltsverbandes vom 14. März 2008. Abrufbar unter <https://www.solav.ch/download/download/Reglement%20Standeskommission.pdf>, besucht am 18. Dezember 2021 (zit. Reglement Standeskommission SOLAV)

Kanton Basel-Stadt

Ratschlag und Entwurf zum Advokaturgesetz (Vollzug des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2001), vom 29. Mai 2001 / 010849 / JD (zit. Ratschlag AdvG-BS)

Statuten der Advokatenkammer Basel vom 6. Juni 2019. Abrufbar unter <http://akbs.ch/de/kt/advokatenkammer-basel?part658>, besucht am 9. Januar 2019 (zit. Statuten AKBS)

Verfahrensreglement des Moderationsausschusses der Advokatenkammer Basel vom 29. Mai 2008 (zit. Reglement Moderationsausschuss AKBS)

Kanton Basel-Landschaft

Statuten des Basellandschaftlichen Anwaltsverbandes vom 29. September 2016. Abrufbar unter: <https://blav.ch/de/kt/anwaltsverband-baselland?part664>, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Statuten BLAV)

Kanton St. Gallen

Richtlinien des Kantonsgerichts zur unentgeltlichen Rechtspflege im Zivilprozess und für die Privatklägerschaft im Strafprozess vom Mai 2011, abrufbar unter: [https://www.sg.ch/content/dam/sgch/recht/gerichte/weisungen_kreisschreiben_reglemente/kantonsgericht/Richtlinien%20zur%20unentgeltliche%20Rechtspflege%20im%20Zivilprozess%20und%20f%C3%BCr%20die%20Privatkl%C3%A4gerschaft%20im%20Strafprozess%20\(Stand%2005-2011\).pdf](https://www.sg.ch/content/dam/sgch/recht/gerichte/weisungen_kreisschreiben_reglemente/kantonsgericht/Richtlinien%20zur%20unentgeltliche%20Rechtspflege%20im%20Zivilprozess%20und%20f%C3%BCr%20die%20Privatkl%C3%A4gerschaft%20im%20Strafprozess%20(Stand%2005-2011).pdf), besucht am 29. Oktober 2021 (zit. Richtlinien SG)

Statuten des St. Galler Anwaltsverbandes vom 24. Mai 2013. Abrufbar unter: <http://www.anwaltsverbandsg.ch/documents/files/statuten-sgav-2013-fuer-web-ohne-unterschrift.pdf>, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Statuten SGAV)

Kanton Graubünden

Statuten des Bündnerischen Anwaltsverbandes vom 30. Mai 1997, letztmals geändert am 2. November 2012. Abrufbar unter: https://28e6aed2-004f-4c9c-9584-ad6b249fafbd.filesusr.com/ugd/dfea1a_ada48dae2af0460db5f124395a1d34e6.pdf, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Statuten GRAV)

Kanton Aargau

Statuten des Aargauischen Anwaltsverbandes vom 14. Oktober 1963, letztmals geändert am 21. Mai 2015. Abrufbar unter: https://www.anwaltsverband-ag.ch/download/download/Statuten_AAV_20150521.pdf, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Statuten AAV)

Kanton Thurgau

Reglement über die Prüfung der Anwaltshonorare vom 29. November 2003, letztmals geändert am 28. November 2008. Abrufbar unter: <https://tav.ch/userdata/uploads/reglement-pruefung-anwaltshonorar.pdf>, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Reglement Honorarkommission TAV)

Statuten des Thurgauischen Anwaltsverbandes vom 29. November 2003, letztmals geändert am 28. November 2008. Abrufbar unter: <https://tav.ch/userdata/uploads/statuten-tav.pdf>, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Statuten TAV)

Kanton Tessin

Statuto dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino del 17 maggio 2018. Abrufbar unter: https://www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahU-KEwiwqc6Vkuz7AhVli_0HHXTbCaQQFnoECBEQAQ&url=https%3A%2F%2Fm3.ti.ch%2FCAN%2FRLeggi%2Fpublic%2Findex.php%2Ffraccolta-leggi%2Fpdfat

to%2Fatto%2F145&usg=AOvVaw0SPyiipfXIHsrsvn3D4dip, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Statuten OATI)

Kanton Wallis

Statuten des Walliser Anwaltsverbandes vom 23. Mai 2003, letztmals geändert am 10. Juni 2009. Abrufbar unter: <http://www.oavs.ch/images/stories/pdf/statuten.pdf>, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Statuten OAVS/WAV)

Kanton Neuenburg

Statuts de l'Ordre des avocats neuchâtelois du 14 juin 1994, modifiés le 7 juin 2017.
Abrufbar unter: https://www.oan.ch/documents-publics/statuts/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&g=0&t=1670665431&hash=112c41649abb9c94e9b8be7150b1811cda3ab5d2&file=/fileadmin/documents/Statuts_OAN_2017_signes.pdf, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Statuten OAN)

Kanton Genf

Ordre des avocats de Genève, Lettre du Bâtonnier du 21 juin 2018 concernant la levée du secret professionnel en cas de recouvrement d'honoraires et les modèles de procuration de l'Ordre. Abrufbar unter: https://www.odage.ch/medias/documents/procurations/2018/L_membres_procuration_ODA_21.06.2018.pdf, besucht am 25. November 2021 (zit. Schreiben Berufsgeheimnis ODAGE)

Rapport de la Commission ad hoc Justice 2011 chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (RSG E 2 05), PL 10761-A, du 9 mai 2011. Abrufbar unter <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL10761A.pdf>, besucht am 24. Mai 2019 (zit. Rapport Justice GE 2011)

Statuts de l'Ordre des avocats de Genève du 5 avril 2019. Abrufbar unter: https://www.odage.ch/medias/documents/regles-profession/Statuts_2019.pdf, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Statuten ODAGE)

Kanton Jura

Statuts de l'Ordre des avocats jurassiens du 29 novembre 2003. Abrufbar unter: https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/statuten_ju_21_11_2003.pdf, besucht am 9. Dezember 2021 (zit. Statuten OAJ)

Ausländische und internationale Materialien und Dokumente

Deutscher Bundestag, Drucksache 16/8916 vom 23. April 2008, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 16/8384 – Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren (zit. BT-Drucks. 16/8916)

International Chamber of Commerce, International Court of Arbitration, Arbitration Rules, in force as from 1 January 2021. Abrufbar unter: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-english-version.pdf>, besucht am 11. Dezember 2021 (zit. *ICC Arbitration Rules*)

Swiss Arbitration Centre, Internationale Schweizerische Schiedsordnung (Swiss Rules) 2021. Abrufbar unter: <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/12/Swiss-Rules-2021-DE.pdf>, besucht am 11. Dezember 2021 (zit. *Swiss Rules of International Arbitration*)

Einleitung

Selbst die nicht zu Unrecht als eher konservativ geltende Anwaltsbranche konnte 1 sich den Veränderungen der letzten Jahre und Jahrzehnte nicht widersetzen. So soll es noch zu Beginn der 1990er-Jahre für Aufsehen gesorgt haben, wenn sich die Mandantschaft in einem Dossier fast täglich per Fax an ihre Rechtsvertretung gewandt habe.¹ Üblich soll damals eher ein Briefwechsel pro Woche gewesen sein.² Eine Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts schien damals in ebenso weiter Ferne zu liegen wie die Forderung nach einer ständigen Erreichbarkeit via E-Mail oder die landesweite Freizügigkeit der Anwältinnen. Die Vergütung der forensischen Anwaltstätigkeit regelten die Kantone noch vielfach mittels Zwangstarifen, und die Anwaltsverbände verpflichteten ihre Mitglieder bisweilen, nichtforensische Bemühungen nach ihren Konventionaltarifen abzurechnen.³ Aus dieser Zeit stammt die letzte und soweit ersichtlich auch einzige Monografie, die sich mit dem Anwaltshonorar befasst.⁴

Rund 30 Jahre später ist das enge Tarifkorsett im Wesentlichen der Vertragsfrei- 2 heit gewichen, welche auch die Entstehung mehr oder weniger innovativer Vergütungsmodelle ermöglicht hat. Nicht reduziert hat sich demgegenüber die wichtige Funktion der Advokatur im Rechtsstaat, weshalb auch das Anwaltshonorar in mancherlei Hinsicht noch von zwingenden Vorschriften des öffentlichen Rechts reglementiert ist. Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende Arbeit eine systematische Übersicht über die rechtlichen Rahmenbedingungen bieten, welchen die verschiedenen Aspekte des Anwaltshonorars unterworfen sind.

Diesem Bestreben folgend gliedert sich die vorliegende Arbeit in drei grosse 3 Teile. In einem ersten Teil sollen die Grundlagen und die Bemessung des Honoraranspruchs erarbeitet werden.⁵ Eine zentrale Rolle nehmen dabei die Honorarvereinbarung und, damit einhergehend, eine Auswahl verschiedener Modelle zur Honorargestaltung ein. Ebenfalls besprochen werden dort die Frage, wie das

¹ Wo in der vorliegenden Arbeit geschlechtsspezifische Ausdrücke verwendet werden, beziehen sich diese immer auf alle Geschlechter in gleicher Weise.

² Vgl. den Erfahrungsbericht von BESSENICH, 6.

³ FREY, Anwaltsgebührentarif, 29; HÖCHLI, 96; STERCHI, Komm. aFG-BE, 69 f.; TERCIER, Schweizer Anwalt 1996, 8; WOLFFERS, 162.

⁴ HÖCHLI, Das Anwaltshonorar, Diss. Zürich 1991.

⁵ Siehe Rz. 4 ff. hiernach.

Honorar in Ermangelung einer Vereinbarung festzusetzen ist, sowie die Grenzen der Vertragsfreiheit, sei es im Hinblick auf bestimmte Arten von Vergütungsabreden oder ganz allgemein auf die Korrektur unangemessener Honorarforderungen. Der zweite Teil beschäftigt sich mit der Frage nach der Finanzierung des Anwalts honorars durch die Mandantschaft selbst, den Prozessgegner und die öffentliche Hand.⁶ Abgeschlossen wird die Arbeit mit einer Reihe von Fragestellungen rund um Honorarstreitigkeiten und deren Beilegung sowie um die Durchsetzung der Honorarforderung.⁷

⁶ Siehe Rz. 237 ff. hiernach.

⁷ Siehe Rz. 353 ff. hiernach.

1. Teil: Grundlagen und Bemessung des Honoraranspruchs

I. Qualifikation der Honorarvereinbarung

A. Die Honorarvereinbarung als Teil des Anwaltsvertrages

Das Anwaltshonorar ist definiert als das Entgelt, das die Anwältin von der Mandantschaft für ihre Tätigkeit in deren Interesse entgegennimmt.⁸ Die Vereinbarung, mit welcher das Honorar von den Parteien festgelegt wird, bildet somit Teil des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses, welches neben der Honorarabrede auch weitere Teilvereinbarungen enthält, insbesondere die Verpflichtungen der Anwältin.⁹ Aus dieser Definition folgt, dass die Honorarvereinbarung als solche einer Vertragsqualifikation nicht zugänglich ist. Qualifiziert werden kann und muss nämlich stets das Vertragsverhältnis als Ganzes. Diese Qualifikation geschieht nicht (primär) anhand der Vergütungsabrede, sondern anhand der charakteristischen Leistung, d.h. derjenigen der Anwältin.¹⁰

B. Der Anwaltsvertrag: Auftrag oder Werkvertrag?

1. Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung zu geistigen Werken

Soweit die anwaltliche Tätigkeit die Prozessvertretung und die Rechtsberatung umfasst, wurde und wird das Rechtsverhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft in Lehre und Rechtsprechung einhellig als Auftragsverhältnis i.S.v.

⁸ Vgl. EGLI, 297; HÖCHLI, 5.

⁹ GMÜR, 77, verwendet für die Honorarvereinbarung den Begriff einer «*unselbständigen Vertragsabrede*», GAUTSCHI, Auftrag, Art. 394 N 74a, denjenigen des «*pactum adiectum*».

¹⁰ Vgl. BGE 145 III 190, 192, E. 2; HGer ZH, HG180070 vom 5. Oktober 2018, E. 1.2.1; AMSTUTZ/WANG/GOHARI, Art. 117 N 18; BSK-ZPO/KAISER JOB, Art. 31 N 13; KuKo-ZPO/HAAAS/STRUB, Art. 31 N 8; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 251 ff.

Art. 394 ff. OR qualifiziert.¹¹ Da die bundesgerichtliche Rechtsprechung zwischen den Jahren 1972 und 1983 ausschliesslich körperliche, nicht aber geistige Werke als mögliche Gegenstände eines Werkvertrages erachtete,¹² unterstand auch der Anwaltsvertrag auch dann uneingeschränkt und unbestrittenermassen dem Auftragsrecht, wenn dieser die Anfertigung von Schriftstücken zum Gegenstand hatte.

- 6 Nach einer neuerlichen bundesgerichtlichen Praxisänderung zu Beginn der 1980er-Jahre bildete sich in der Lehre eine Meinung, wonach das Vertragsverhältnis zwischen Rechtssuchender und Anwältin jedenfalls dann als Werkvertrag zu qualifizieren sei, wenn die Anwältin Schriftstücke wie Rechtsgutachten, Verträge, letztwillige Verfügungen oder dergleichen anfertigen soll.¹³ Zur Begründung wird jeweils angeführt, dass auch ein ausgearbeitetes Rechtsgutachten eben ein (unkörperliches) Werk sei.¹⁴ Verpflichtete sich eine Anwältin, ein solches zu erstatten, so sei eben das Gutachten als Ergebnis geschuldet, nicht bloss ein sorgfältiges Tätigwerden bei dessen Erstellung.¹⁵
- 7 Im Jahr 2001 präzisierte das Bundesgericht daraufhin, dass bei Gutachten die Abgrenzung zwischen Werkvertrags- und Auftragsrecht anhand der Frage vorzunehmen sei, ob das Ergebnis der Expertise objektiv garantiefähig ist oder nicht.¹⁶ Dies sei bei der *in casu* zu beurteilenden Liegenschaftsbewertung nicht der Fall, weshalb das entsprechende Vertragsverhältnis als Auftrag zu qualifizieren sei. Da

¹¹ BGE 127 III 357, 359, E. 1.a; BGE 117 II 563 = Pra 1992, Nr. 185, 683 ff., 684, E. 2.a; BÜHLER, ZK, Art. 363 N 161 (betreffend Erteilung von Ratschlägen); FELLMANN, BK, Art. 394 N 144; KELLERHALS, Diss., 11 ff.; KuKo-OR/SCHALLER, Art. 394 N 2; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 7. Vgl. auch GAUCH, Werkvertrag, Rz. 333, betreffend die Erteilung von Ratschlägen im Allgemeinen. Anders noch Art. 348 aOR, vgl. BÜHLER, SJZ 2018, 491.

¹² BGE 109 II 34, 37 = Pra 1983, Nr. 147, 399 ff., 400 f., E. 3.b; BGE 98 II 305, 311 f., E. 3.b. Zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. etwa BSK-OR I/ZINDEL/SCHOTT, Vor Art. 363–379 N 3, m.w.H.; FELLMANN, BK, Art. 394 N 323 ff. Zur früheren Rechtslage siehe GAUTSCHI, Werkvertrag, Vor Art. 363–379 N 2.

¹³ So etwa BUCHER, OR BT, 204; DIAGNE, 24 f.; HÖCHLI, 12 f.; HÜRLIMANN, Anwalt, 397 f.; implizit wohl auch KOLLER, BK, Art. 363 N 233, der den «Privatgutachtervertrag» stets als Werkvertrag qualifiziert.

¹⁴ BÜHLER, ZK, Art. 363 N 175; GMÜR, 11 f.; HÜRLIMANN, Experte, 136.

¹⁵ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 332; WERRO, in *Thévenoz/Werro (éd.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, 2^e éd., Bâle 2012*, Art. 394 N 25 (anders inzwischen in der 2021 erschienenen 3. Auflage des Kommentars, a.a.O.).

¹⁶ BGE 127 III 328, 330 f., E. 2.c, bestätigt in BGer 4A_51/2007 vom 11. September 2007, E. 4.3; HOFSTETTER, 19 f., 22; HONSELL, 303 f.; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, 266 f.

auch Rechtsgutachten objektiv nicht garantiefähig seien, bezeichnet namentlich FELLMANN den vorgenannten Lehrstreit damit als höchstrichterlich beigelegt.¹⁷ Demgegenüber lehnen manche Stimmen in der Lehre das vom Bundesgericht festgelegte Abgrenzungskriterium der objektiven Garantiefähigkeit ab.¹⁸ Andere wiederum halten juristische Gutachten durchaus für objektiv garantiefähig, denn der geschuldete, unmittelbare «Erfolg» liege in einem *lege artis* erstatteten Gutachten.¹⁹ Davon zu unterscheiden sei der «Erfolg des Erfolges»²⁰, der bei einem juristischen Gutachten beispielsweise darin bestehe, dass ein Gericht der im Rechtsgutachten vertretenen Auffassung auch folge. Da nicht geschuldet sein könne, was objektiv nicht feststellbar sei, bestehe in derartigen Fällen das geschuldete Werk einzig im Gutachten selbst.²¹ Dieses müsse etwa den aktuellen Stand der Lehre und der Rechtsprechung wiedergeben und sich gestützt darauf mit den Fragen des Bestellers auseinandersetzen, ansonsten das Gutachten mangelhaft sei.²²

2. Eigene Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt die objektive Garantiefähigkeit eines Gutachtens ein sachgerechtes Abgrenzungskriterium zwischen dem erfolgsorientierten Werkvertrag und dem tätigkeitsorientierten Auftrag dar. Abzulehnen ist daher namentlich eine werkvertragliche Gewährleistung für das Ausbleiben eines Erfolges, der objektiv nicht garantiert werden kann.²³ Zu klären bleibt somit die Frage, ob juristische Gutachten denn objektiv garantiefähig sind oder nicht.

¹⁷ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1140; a.A. BOHNET/MARTENET, 1033 f., wonach im Einzelfall auf die Absicht der Parteien abzustellen sei.

¹⁸ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 332a. Unklar BÜHLER, ZK, Art. 363 N 161, wonach es bei einem ärztlichen oder juristischen Gutachten darauf ankomme, ob es sich um eine «isolierte Leistung» handle, in welchem Falle sie unter das Werkvertragsrecht fielen.

¹⁹ RUSCH, BJM 2013, 297, mit dem Hinweis, dass ansonsten «die Bewertung juristischer Arbeiten an Universitäten als unmöglich» anzusehen sei. Vielmehr liege der Erfolg bei juristischen Gutachten darin, die Lehre und Rechtsprechung korrekt wiederzugeben und allenfalls abweichende Meinungen sorgfältig zu begründen, auch wenn das Gericht später letztlich anders entscheide. Allerdings führt ein Gutachten, das diese Kriterien nicht erfüllt, unter Berücksichtigung des Übernahmeverschuldens auch im Auftragsrecht zur Haftung der Gutachterin. Eine Unterstellung juristischer Gutachten unter das Werkvertragsrecht drängt sich daher nicht auf.

²⁰ Formulierung gemäss RUSCH, BJM 2013, 290.

²¹ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 46a (Fn. 120).

²² GAUCH, Werkvertrag, Rz. 332; HÜRLIMANN, Anwalt, 398.

²³ Vgl. DE TILLA, 153; a.M. wohl RUSCH, BJM 2013, 296.

- 9 Wie vorstehend erwähnt, wird die objektive Garantiefähigkeit von Rechtsgutachtens begründet mit der Unterscheidung zwischen dem «*Erfolg*» eines korrekt erstatteten Gutachtens einerseits und dem «*Erfolg des Erfolges*», dass sich etwa ein Gericht dessen Empfehlungen und Ansichten anschliesst, andererseits.²⁴ Obwohl diese Differenzierung auf den ersten Blick schlüssig scheinen mag, so erscheint doch die Qualifikation der Vereinbarung zur Erstellung von Rechtsgutachten und weiterer von Juristinnen angefertigter Schriftstücke als Werkverträge nicht sachgerecht. Denn bei Lichte besehen handelt es sich bei dem von RUSCH erwähnten (ersten, unmittelbaren) Erfolg eines *lege artis* angefertigten (Rechts-) Gutachtens letztlich um nicht mehr und nicht weniger als um ein Tätigwerden nach den Regeln der (juristischen) Kunst bzw. um einen Ausdruck davon. Dieses bildet jedoch genau den Leistungsinhalt eines Auftrags mit Angehörigen der «*freien Berufe*».²⁵
- 10 Sodann wird die auftragsrechtliche Qualifikation eines Vertragsverhältnisses insbesondere mit dessen höchstpersönlicher Natur und dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeberin und Beauftragter begründet.²⁶ In diesem Sinne hat das Bundesgericht etwa den Vertrag mit einem Zahnarzt als Auftrag und nicht als Werkvertrag qualifiziert, obwohl dieser auch die Herstellung einer Zahnprothese beinhaltete.²⁷ Da ein derartiges Vertrauen auch und gerade zwischen Anwältin und Mandantschaft vermutet wird, ist nicht einzusehen, weshalb dieses gerade nicht bestehen sollte, wenn die Anwältin mit der Erstattung eines Gutachtens betraut wird. Weiter scheinen die strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten nach Art. 367 Abs. 1 OR, die lediglich zweijährige Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche nach Art. 371 Abs. 1 OR sowie die im Vergleich zu Art. 404 OR deutlich eingeschränkten Rücktrittsmöglichkeiten nach Art. 366 und 377 OR weder für die Mandantschaft attraktiv zu sein noch der gelebten Praxis zu entsprechen.²⁸ Im Gegenzug dürfte die Mandantschaft durch die verschuldensun-

²⁴ BÜHLER, ZK, Art. 363 N 161; RUSCH, BJM 2013, 297.

²⁵ BGE 127 III 357, 359, E. 1.b; KuKo-OR/SCHALLER, Art. 394 N 2. Zur genaueren Definition der «*freien Berufe*» siehe Bericht freie Berufe, 5 ff.; DUBACH, 16a ff.

²⁶ BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 394 N 3; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 548, sowie, mit Bezug auf den ärztlichen Behandlungsvertrag GAUCH, Werkvertrag, Rz. 44. Differenzierend bis kritisch SCHNEEBERGER, 112 ff.; a.A. CR-CO I/CHAIX, Art. 363 N 21; KOLLER, BK, Art. 363 N 142.

²⁷ BGE 110 II 375, 378 f., E. 1.b = Pra 1985, Nr. 59, 165 ff., 167; OGer AG, Urteil vom 5. November 1981, AGVE 1981, Nr. 4, 24, E. 1; BÜHLER, ZK, Art. 363 N 163; KuKo-OR/LEHMANN, Art. 363 N 6, m.w.H.; dazu kritisch HONSELL, 304.

²⁸ FELLMANN, BK, Art. 394 N 328 ff.; HAUSER, 72 f.; TESTA, 4 f.

abhängige Gewährleistungspflicht der Werkunternehmerin nach Art. 368 Abs. 1²⁹ und 2 OR im Vergleich zur Haftung der Beauftragten nach Art. 398 Abs. 1 und 2 OR keinen Mehrwert erhalten. Wenn nämlich eine Anwältin ein Gutachten vorlegt, das nicht *lege artis* erstellt wurde, wird sie sich unter Berücksichtigung eines allfälligen Übernahmeverschuldens ohnehin kaum exkulpieren können.³⁰

Nicht zuletzt würde eine teilweise Qualifikation des Anwaltsvertrages als Werkvertrag zu komplexen und – nach der hier vertretenen Auffassung – unnötigen Abgrenzungsproblemen³¹ führen.³² Da die Erteilung von Ratschlägen (soweit diese nicht ohnehin aus reiner Gefälligkeit erfolgt³³) unbestrittenermassen dem Auftragsrecht zuzuordnen ist, würde sich etwa die Frage stellen, wo der Ratschlag endet und das Gutachten beginnt.³⁴ Dabei erscheint das Kriterium einer «*gewissen Körperlichkeit*» des Gutachtens infolge «*dauernde[r] Gestalt in einer Sache (z.B. in einem Schriftstück [...] oder einem elektronischen Datenspeicher)*»³⁵ zur Abgrenzung zwischen Werkvertrags- und Auftragsrecht wenig tauglich, ansonsten wohl jede in einem Klientenbrief enthaltene Einschätzung der Rechtslage als

²⁹ In Verbindung mit Art. 321e OR.

³⁰ Vgl. zum Übernahmeverschulden BGE 124 III 155, 162, E. 3; BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 398 N 28; DERENDINGER, 127 ff.; FELLMANN, BK, Art. 398 N 358; GAUTSCHI, FS Oftinger, 34 f.; WEBER, Praxis, 101.

³¹ So fordert etwa auch RUSCH (BJM 2013, 286), dass es «*[i]m Alltag nicht viel Zeit benötigen [sollte], um die Rechtsnatur eines Vertrages zu bestimmen, da lange Abklärungen ineffizient sind*».

³² GMÜR (19 f.) versucht, diesen Problemen auszuweichen, indem er den Anwaltsvertrag wiederum dem Auftragsrecht unterstellen möchte, «*wenn sich die Tätigkeit des Anwalts gerade nicht in der Erarbeitung eines Gutachtens erschöpft, sondern im Gegenteil nur einen Teilbereich eines Gesamtauftrages darstellt, und der Anwalt nach dem Willen der Parteien grundsätzlich auch dann einen Vergütungsanspruch hat, wenn er das Gutachten nicht abliefern*». Dieser Ansatz beantwortet jedoch die Frage nicht, wann das Gutachten der «*Hauptteil*» der Arbeit sein und diesem alle weiteren Tätigkeiten, etwa Sachverhaltsabklärung oder Instruktion, lediglich der Erstattung des Gutachtens dienen sollen, und wann das Gutachten in gewissermassen Teil eines grösseren Ganzen sein soll. Dadurch wird ein weiteres Abgrenzungsproblem hinzugefügt.

³³ Zur Abgrenzung zwischen Rechtsgeschäft und Gefälligkeit vgl. BGE 116 II 695, 699, E. 4; BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 394 N 16; HOFSTETTER, 13 f.; HUGUENIN, 23 f., 1075; KOLLER, OR AT, 44 f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 38, sowie die Kasuistik bei WEBER, Praxis, 52 ff.

³⁴ BGE 128 III 22, 24, E. 2.a; BGer 4C.186/1999 vom 20. Juli 2000, E. 2.a; GAUCH, Werkvertrag, Rz. 333. Vgl. insbesondere FELLMANN, BK, Art. 394 N 330, der in einem Gutachten eine Art verschriftlichten Ratschlag zu erblicken scheint.

³⁵ GAUCH, Werkvertrag, Rz. 45.

Gutachten dem Werkvertragsrecht zu unterstellen wäre, während die wortgleiche, mündlich erteilte Rechtsauskunft in Erfüllung eines Auftrags erfolgte.³⁶ Noch weniger plausibel erschiene diese Abgrenzung mit Blick auf die in zunehmendem Ausmass digitalisierte Kommunikation zwischen Anwältin und Mandantschaft. So erscheint es jedenfalls nicht sachgerecht, einen im PDF-Format via E-Mail versendeten Text als (werkvertragliches) Gutachten zu qualifizieren, während wiederum ein Auftrag vorläge, wenn genau derselbe Text in die E-Mail selbst hereinkopiert würde und diese Nachricht wiederum zum Gutachten mutierte, wenn die Mandantschaft die E-Mail ausdrückte.

- 12 Weitere Unschärfen und folglich Rechtsunsicherheit würden sich ergeben, wenn nicht nur das Rechtsgutachten, sondern auch der von einer Anwältin gestaltete Vertragsentwurf als Werk im Sinne von Art. 363 OR qualifiziert würde.³⁷ In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass ein Vertragswerk oftmals das Resultat mehr oder weniger umfangreicher Verhandlungen zwischen den Parteien ist. Gerade wenn beide Seiten anwaltlich unterstützt werden, bleibt es oft dem Zufall (oder wiederum einem Verhandlungsprozess) überlassen, wer den Erstentwurf anfertigt und wer gestützt darauf im Sinne seiner Mandantschaft Modifikationen vorschlägt. In einem solchen Fall dürfte die von der Anwältin geschuldete Leistung jedenfalls nicht nur oder nicht primär in der Anfertigung des in einem Schriftstück verkörperten Vertrages liegen, sondern vielmehr in der Begleitung und/oder Führung der Verhandlungen mit der Gegenseite. Deren vorteilhafter Abschluss (was auch immer darunter zu verstehen sein möge) ist objektiv selbst als «*Zwischenerfolg*» nicht garantiefähig und somit klar dem Auftragsrecht zuzuordnen. Schliesslich kann es durchaus vorkommen, dass sich die Gegenseite auch von den besten Argumenten und der geschicktesten Verhandlungstaktik schlichtweg nicht überzeugen lässt. Somit müsste die Trennlinie zwischen Werkvertrag und Auftrag dort gezogen werden, wo die dem Vertragsschluss vorangehenden Verhandlungen gänzlich ohne die Mitwirkung derjenigen Anwältin stattgefunden hätten, die schliesslich den Vertragstext verfasst (was in der Praxis eher unrealistisch erscheint). Deshalb wäre im Streitfall gerichtlich zu entscheiden, ob die Parteien der Anwältin anlässlich der

³⁶ A.A. GAUCH, Werkvertrag, Rz. 331 (Fn. 808), wonach der Vertrag über die Herstellung eines nicht in einem Schriftstück verkörperten Gutachtens einen werkvertragsähnlichen Innominatkontrakt handle.

³⁷ So etwa HÖCHLI, 13, a.A. TESTA, 5 (Fn. 15), mit Hinweis auf LEVIS, 11, und SCHUMACHER, 425.

Vorbesprechung lediglich die bereits getroffene Vereinbarung mit Bitte um Verschriftlichung mitteilen oder ob die Anwältin etwa mittels gezielter Fragen einen (erneuten) Verhandlungsprozess initiiert oder fortsetzt.

Nach dem Gesagten erscheint eine wie auch immer geartete «Zweiteilung» des 13
Anwaltsvertrages in Auftrags- und Werkvertragsrecht nach der hier vertretenen
Auffassung nicht sinnvoll. Der Verfasser schliesst sich somit der von FELLMANN
und anderen in Auslegung der vorstehend dargelegten bundesgerichtlichen Recht-
sprechung an und qualifiziert den Anwaltsvertrag *in toto* als einfachen Auftrag im
Sinne von Art. 394 ff. OR.³⁸

II. Das vereinbarte, das übliche und das angemessene Honorar

A. Das vereinbarte Honorar

1. Ausdrückliche oder konkludente Honorarvereinbarung

Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt, dass Mandantschaft und Anwältin 14
grundsätzlich frei sind, die Höhe des Honorars sowie das Entschädigungsmodell
miteinander zu vereinbaren.³⁹ Dabei gilt – unabhängig von der Qualifikation des
Vertragsverhältnisses zwischen Anwältin und Mandantschaft⁴⁰ – in Anwendung
von Art. 11 Abs. 1 OR Formfreiheit. Deshalb ist auch der konkludente Abschluss
einer Honorarvereinbarung möglich.⁴¹

³⁸ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1140; KuKo-OR/LEHMANN, Art. 363 N 6; RIEMER, 148.

³⁹ BGer 2C_1000/2020 vom 2. Juni 2021, E. 4.1, m. Anm. EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1197; BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.1; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 4.2, m. Anm. FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 39 f.; BORLE, 7; COURBAT, JdT 2021 III 4; MÜLLER/EIHOZLER, 1473. Für einen Überblick über einige in der Praxis mehr oder weniger verbreitete Honorarmodelle siehe Rz. 90 ff. hiernach.

⁴⁰ Siehe zu dieser Diskussion Rz. 4 ff. hiervor.

⁴¹ BOHNET/MARTENET, 1061; COURBAT, JdT 2021 III 8; GMÜR, 78; HÖCHLI, 35. Anders noch GAUTSCHI, Auftrag, Art. 394 N 74a, wonach die Vermutung von Art. 394 Abs. 3 OR stillschweigende Honorarvereinbarungen ausschliesse, andernfalls für das klassische unentgeltliche Mandat kein Raum mehr bliebe. Da beim Anwaltsvertrag ein Entgelt ohnehin üblich ist (N 74c, dazu eingehend Rz. 27 ff. hiernach), braucht auf diesen Lehrstreit hier nicht weiter eingegangen zu werden.

- 15 In aller Regel informiert die Anwältin die Mandantschaft bei der Erstkonsultation oder allenfalls bereits im Rahmen vorgängiger Telefonate oder E-Mails insbesondere über den geltenden Stundensatz sowie die im Allgemeinen zusätzlich geschuldeten Auslagen und Mehrwertsteuer.⁴² Dazu ist sie gemäss Art. 12 lit. i BGFA bei Mandatsantritt auch gehalten.⁴³ Nach herrschender Lehre und Praxis ist die Anwältin darüber hinaus auch verpflichtet, der Mandantschaft über die Höhe des zu erwartenden Gesamthonorars eine Prognose zu stellen.⁴⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung dürfen an diese Verpflichtung gerade zu Beginn des Mandats keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, denn bevor sich die Anwältin über den relevanten Sachverhalt, die rechtlichen Probleme und Unklarheiten sowie die Haltung der Gegenpartei nicht ein Bild hat machen können, sind zuverlässige Prognosen nahezu unmöglich.⁴⁵ Richtig ist jedenfalls, dass die Anwältin die Mandantschaft auf das Risiko aufmerksam machen sollte, dass die anfallenden Honorarkosten in einem Missverhältnis zu dem erwartbaren wirtschaftlichen Nutzen stehen könnten, sofern Anhaltspunkte für einen derartigen «*Pyrrhussieg*» bestehen.⁴⁶
- 16 Nach erfolgter Aufklärung der Mandantschaft wird diese ihre Zustimmung regelmässig durch Unterzeichnung einer Honorarvereinbarung zum Ausdruck bringen. Diese wird oftmals auf der Rückseite der Vollmachtsurkunde aufgedruckt, wenn nicht der Stundensatz samt einer allfälligen Spesenpauschale bereits im Text der

⁴² Siehe zu den Honorarzuschlägen Rz. 216 ff. hiernach.

⁴³ Zum Umfang der Aufklärungspflicht vgl. etwa FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 157; HESS, ZBJV 2004, 118, sowie Rz. 24 ff. hiernach.

⁴⁴ VGer GL, VG.2019.67 vom 5. September 2019, E. II.3.2.1; Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte LU, 13. Dezember 2001, LGVE 2002 I Nr. 49, 105 ff., 106; BOHNET/MARTENET, 731; DIAGNE, 39 (Fn. 205); EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1199; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 170; HESS, ZBJV 2004, 118; RUSCH, SJZ 2013, 541; TESTA, 233 f.; relativierend BRUNNER/HENN/KRIESI, 174, wonach Anwälte nicht verpflichtet seien, «*eine verbindliche Zusage über das Honorar zu machen*».

⁴⁵ VGer GL, a.a.O.; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 275; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN Art. 12 N 170a; TESTA, 233 ff., die von einer «*vernünftigen Grössenordnung*» sprechen. STÄHELIN (Diss., 99) betont derweil, dass selbst «*eine einigermaßen exakte Berechnung der Kosten des Prozesses [...] weder dem juristischen Laien noch dem Fachmann möglich*» sei. A.A. FREY, Anwaltsrevue 2019, 464.

⁴⁶ *Chambre des avocats VD*, Nr. 5 vom 8. März 2010, zit. bei COURBAT, JdT 2018 III 211; TA GE, A/393/03 vom 18. Mai 2004, zit. bei VALTICOS/JACQUEMOUD-ROSSARI, SJ 2007 II 287; Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte LU, 13. Dezember 2001, LGVE 2002 I Nr. 49, 105 ff., 106; BORLE, 5; EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1199; FELLMANN, BK, Art. 398 N 151; TESTA, 234.

Vollmacht enthalten ist.⁴⁷ Die Mandantschaft kann die von der Anwältin angebotene Honorarvereinbarung jedoch auch konkludent annehmen, indem sie nach Bekanntgabe des Stundensatzes deren Dienstleistungen vorbehaltlos weiter in Anspruch nimmt, namentlich indem sie darum bittet, weitere Schritte an die Hand zu nehmen.⁴⁸

Beweisprobleme können sich jedoch ergeben, wenn weder eine schriftliche Honorarvereinbarung unterzeichnet noch die Bemessungsgrundlage für die Vergütung in einer reproduzierbaren Form (etwa via SMS, Kurznachrichtendienste oder E-Mail) bekannt gegeben wurde. In einem solchen Fall ist die Anwältin für die Höhe der von ihr geforderten Vergütung nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB beweissbelastet.⁴⁹ Ihrer Beweispflicht kommt sie etwa durch den Nachweis nach, dass die Mandantschaft eine Zwischen- oder Kostenvorschussrechnung, aus welcher der geforderte Stundensatz hervorgeht, vorbehaltlos bezahlt hat.⁵⁰ 17

2. Kantonalrechtliche Sondervorschriften

Manche Kantone kennen bezüglich Honorarvereinbarungen zwischen Anwältin und Mandantschaft zusätzliche Vorschriften. So sieht etwa der Kanton St. Gallen⁵¹ in seiner Honorarordnung vor, dass nur *«unter Hinweis auf die Bestimmungen dieser Honorarordnung eine andere Bemessung»* des Honorars vereinbart werden dürfe.⁵² Einen Schritt weiter geht der Tarif des Kantons Appenzell Innerrhoden, der nebst dem Hinweis auf die Honorarordnung *«die Bemessung des Honorars nach Zeitaufwand zu einem bestimmten Stundenansatz»* vorschreibt.⁵³ Das Advokaturgesetz des Kantons Basel-Stadt bestimmt demgegenüber, dass bei Verein- 18

⁴⁷ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1384; HÖCHLI, 21.

⁴⁸ BOHNET, *fixation*, 21. Vgl. ferner DIAGNE, 38 (Fn. 200). Anders die Situation im Kanton Basel-Stadt, dessen Advokaturgesetz in § 15 Abs. 3 für den Ausschluss des Tarifs Schriftform vorschreibt. Siehe dazu Rz. 22 hiernach.

⁴⁹ FELLMANN, BK, Art. 394 N 372; GMÜR, 86.

⁵⁰ So etwa das OGer OW im vorinstanzlichen Verfahren zu BGer 4A_380/2016 vom 1. November 2016. Das BGer schützte in jenem Fall die obergerichtlichen Erwägungen mangels substantzierter Rüge, bezeichnete diese jedoch *obiter* als zutreffend (BGer, a.a.O., E. 3.2.1).

⁵¹ Art. 2 Abs. 3 HonO-SG.

⁵² Zur Tragweite dieser Bestimmung vgl. BGer 2C_985/2020 vom 5. November 2021, E. 4.

⁵³ Art. 2 Abs. 3 AnwHV-AI.

barung eines die kantonale Honorarordnung übersteigenden Honorars anzugeben sei, um wie viel das vereinbarte Honorar maximal höher sein kann.⁵⁴ Darüber hinaus müssen Honorarvereinbarungen schriftlich abgeschlossen werden.⁵⁵

- 19 Solche Vorschriften berühren bzw. konkretisieren die bundesrechtlich geregelten anwaltlichen Berufspflichten, namentlich die Pflicht zur Aufklärung über das Honorar nach Art. 12 lit. i BGFA.⁵⁶ Da diese abschliessend aufgezählt und darüber hinaus schweizweit einheitlich auszulegen sind,⁵⁷ erscheinen kantonale Sondervorschriften problematisch.⁵⁸ Weil das Honorarwesen allerdings auch nach Erlass des BGFA in der Kompetenz der Kantone verblieb,⁵⁹ wies das Bundesgericht eine gegen Art. 2 Abs. 3 HonO-SG gerichtete Beschwerde ab.⁶⁰
- 20 Mit überzeugenden Argumenten wendet FELLMANN dagegen ein, dass der kantonale Verordnungsgeber nicht etwa (primär) in den Anwendungsbereich des BGFA eingegriffen habe, sondern in denjenigen des Bundesprivatrechts, namentlich Art. 394 Abs. 3 OR.⁶¹ Deshalb müsse sich die kantonale Gesetzgebungstätigkeit an den Standards von Art. 6 ZGB messen lassen, wonach *«eine Ergänzung des Bundesprivatrechts nur zulässig»* sei, *«wenn der Bundesgesetzgeber keine abschliessende Ordnung geschaffen hat, der kantonale Erlass einem schutzwürdigen öffent-*

⁵⁴ § 15 Abs. 1 AdvG-BS.

⁵⁵ § 15 Abs. 3 AdvG-BS.

⁵⁶ BGer 2C_985/2020 vom 5. November 2021, E. 4.2; BGer 2P.318/2006 vom 27. Juli 2007, E. 8.2.

⁵⁷ BGE 140 III 6, 9, E. 3.1 = Pra 2014, Nr. 81, 597 ff., 602; BGE 136 III 296, 300 f., E. 2.2 = Pra 2011, Nr. 5, 35 ff., 38; NATER/WULLSCHLEGER, 320; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 643.

⁵⁸ Gemäss FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 43, seien die vorerwähnten Vorschriften der Kantone Basel-Stadt und St. Gallen deshalb wegen Verstosses gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts unzulässig.

⁵⁹ Botschaft BGFA, 6040 f.; BGE 135 III 259 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff.; BGer 2C_985/2020 vom 5. November 2021, E. 4.2; BGer 4A_11/2008 vom 22. Mai 2008, E. 4; BOHNET, *fixation*, 4, m.w.H.; BOHNET/MARTENET, 1160.

⁶⁰ BGer 2P.318/2006 vom 27. Juli 2007, E. 8.3.1. Der damalige Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 HonO-SG deckte sich mit Art. 2 Abs. 3 AnwHV-AI und beschränkte somit die zulässigen Honorarabrede auf das Zeithonorar. Der Kanton St. Gallen hat die Bestimmung inzwischen revidiert.

⁶¹ FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 42.

lichen Interesse entspricht und nicht gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstösst».⁶² Da andere Kantone einen entsprechenden Regelungsbedarf nicht sähen, erscheine es fraglich, ob ein solches öffentliches Interesse überhaupt bestehe.⁶³

Nach einhelliger Auffassung schliesst die anwaltliche Aufklärungspflicht eine möglichst vollständige Information über das Kostenrisiko klar mit ein.⁶⁴ Dazu gehört auch der Hinweis, dass auch bei vollständigem Obsiegen vor Gericht zu Lasten der Mandantschaft eine Differenz zwischen der zugesprochenen Parteientschädigung und dem vereinbarten, in der Regel nach Stundenaufwand abgerechneten Anwaltshonorar verbleiben kann.⁶⁵ Da die Parteientschädigung nach dem auf das Verfahren anwendbaren Tarif berechnet wird, beinhaltet die Erfüllung der Aufklärungspflicht auch einen Hinweis darauf.⁶⁶ Insoweit erweisen sich sowohl die baselstädtische als auch die beiden ostschweizerischen Regelungen als redundant, aber unschädlich. 21

Problematischer erscheint die Pflicht zur Angabe, um wieviel das vereinbarte Honorar das tarifliche übersteigen kann. Insbesondere sehen die §§ 5–7 HoR-BS in vermögensrechtlichen Zivilsachen streitwertabhängige Pauschalen mit Zu- und Abschlägen vor.⁶⁷ Diese – relativ weit gefassten – Beträge zu Beginn des Mandats mit dem effektiven Gesamt-Stundenaufwand zu vergleichen, erscheint geradezu unmöglich. Mit Blick auf das Schriftformerfordernis in § 15 Abs. 3 AdvG-BS kann dem Ratschlag des Regierungsrates vom 29. Mai 2001 lediglich entnommen werden, dass im Zweifel die staatliche Honorarordnung gelte, wenn die Anwältin den Abschluss einer Honorarvereinbarung nicht nachweisen könne.⁶⁸ Diese Regel gilt aber bereits von Bundesrechts wegen, denn gerade wenn das angeblich vereinbarte Honorar den kantonalen Tarif übersteigt, trifft die Anwältin ohnehin die volle Beweislast.⁶⁹ Ein über die allgemeine Aufklärungspflicht hinausgehendes 22

⁶² FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1404, mit Hinweis auf BGE 119 Ia 59, 61, E. 2.b, und die dort zitierte Rechtsprechung. Ebenso BGer 4A_512/2019 vom 12. November 2020, E. 5.3.

⁶³ FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 43; DERS., Anwaltsrecht, Rz. 1404.

⁶⁴ Vgl. BÄTTIG/GRABER/SCHNYDER, 359 f.; HESS, ZBJV 2004, 118; TESTA, 234, sowie die Hinweise in Rz. 15 (Fn. 46) hiervor.

⁶⁵ Zum Verhältnis zwischen dem vereinbarten Honorar und der Parteientschädigung siehe Rz. 309 ff. hiernach.

⁶⁶ BOHNET/MARTENET, 730 f.; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 277.

⁶⁷ Vgl. § 3 Abs. 1 HoR-BS.

⁶⁸ Ratschlag AdvG-BS, 14.

⁶⁹ Siehe dazu Rz. 17 hiervor.

öffentliches Interesse, welches ein den Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 394 Abs. 3 OR widersprechendes Schriftformerfordernis rechtfertigen würde, ist daher nicht ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als gemäss Art. 13 Abs. 1 OR die Schriftform grundsätzlich nur mit eigenhändiger Unterzeichnung gewahrt ist. Da sich die elektronische Signatur erst langsam durchsetzt, erweist sich das Schriftformerfordernis als Hindernis für die heutzutage längst vorherrschende Kommunikation via E-Mail.⁷⁰

- 23 In einem ähnlichen Sinne problematisch erscheint die Vorschrift des appenzell-innerrhodischen Tarifs, welcher die Abrechnung nach Stundenaufwand zum einzig zulässigen Honorarmodell erklärt.⁷¹ Wenngleich das Stundenhonorar nach wie vor den absoluten Normalfall darstellt,⁷² besteht auch hier kein nachvollziehbares öffentliches Interesse, den vom Bundeszivilrecht und vom anwaltlichen Berufsrecht abgesteckten Rahmen weiter zu verengen. Dennoch hat das Bundesgericht wie bereits erwähnt die damals identisch lautende Bestimmung des St. Galler Tarifs geschützt.⁷³

3. Nichtabschluss einer Honorarvereinbarung als Verletzung der Aufklärungspflicht?

- 24 Wie bereits vorstehend erwähnt, ist die Anwältin verpflichtet, die Mandantschaft bei Mandatsübernahme über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufzuklären (Art. 12 lit. i BGFA).⁷⁴ Da zu diesen Grundsätzen bei einem Zeithonorar auch der Stundensatz zählt, erscheint es schwer denkbar, dass eine Anwältin ihre Mandantschaft bei Mandatsantritt genügend aufklärt und gleichzeitig ein übliches Honorar – nötigenfalls gerichtlich – festgesetzt werden muss.⁷⁵

⁷⁰ Vgl. zu dieser Problematik BSK-OR I/SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 13 N 14d ff., m.w.H.

⁷¹ Siehe zu den verschiedenen Honorarmodellen eingehend Rz. 90 ff. hiernach.

⁷² Siehe Rz. 91 hiernach.

⁷³ BGer 2P.318/2006 vom 27. Juli 2007, E. 8.3.2. Dazu mit berechtigter Kritik FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1404.

⁷⁴ Siehe Rz. 15 hiervor.

⁷⁵ Vgl. *Commission du barreau GE*, Dossier 50/18 vom 19. November 2018, zit. bei BOLLAT/COLLARD, 320; Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte des Kantons Luzern, 13. Dezember 2001, LGVE 2002 I Nr. 49, 105 ff., 106; BORLE, 8; EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1197; FRIGERIO, 221.

Dies ist insofern bemerkenswert, als zumindest in Kantonen, in welchen auch nach Inkrafttreten des BGFA weiterhin Zwangstarife galten,⁷⁶ ausdrückliche Honorarvereinbarungen jedoch bis vor Kurzem keine allzu weite Verbreitung fanden.⁷⁷ Darüber hinaus erklären einige Kantone ihre staatlichen Honorarordnungen zu sogenannten Dispositionstarifen,⁷⁸ die im Verhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft gelten, wenn nichts anderes vereinbart ist.⁷⁹ Das Bundesgericht hat eine diesbezügliche Regelung im Kanton St. Gallen im Jahr 2007 ausdrücklich als zulässig erachtet.⁸⁰ Da der betroffene Anwalt *in casu* jedoch ohne einen Hinweis auf die kantonale Tarifordnung einen übertariflichen Stundensatz vereinbart hatte, musste sich das Bundesgericht nicht mit der Frage befassen, ob die Nichtbekanntgabe des Stundensatzes bereits die Aufklärung verletzt. Da es nach dem Gesagten in der Tat nicht vorstellbar ist, den Stundensatz nicht zu den «*Grundsätzen der Rechnungsstellung*» zu zählen, ist diese zu bejahen. Wurde der Mandantschaft aber der Stundensatz nachweislich mitgeteilt, so wird, wie vorstehend erörtert, eine zumindest konkludente Honorarvereinbarung vorliegen.⁸¹ Für ein «*übliches Honorar*» verbleibt in einem solchen Fall damit gar kein Raum. Die dispositiven kantonalen Auffangregeln gelten also für den Fall, dass die Anwältin ihre Berufspflichten verletzt hat.

Immerhin gilt es zwischen dem anwaltlichen Berufsrecht einerseits und dem Privatrecht andererseits zu unterscheiden. Zwar bedeutet dies nicht, dass berufsrechtliche Pflichten bzw. deren Verletzung für Wirksamkeit und Inhalt der Mandats-

⁷⁶ Vgl. dazu BOHNET/MARTENET, 1163; FRIGERIO, *passim*; HEIM, 149.

⁷⁷ COURBAT, JdT 2021 III 8, für den Kanton Waadt; HESS, ZBJV 2004, 117 ff., für den Kanton Bern, sowie SCHWANDER, ZBJV 2009, 606 f., für den Kanton Genf. Zur Rechtslage vor Aufhebung der Zwangstarife vgl. HÖCHLI, 45 f. Vgl. zur früheren Rechtslage im Kanton Luzern den Entscheid der dortigen Aufsichtsbehörde vom 13. Dezember 2001, LGVE 2002 I Nr. 49, 105, wonach «*es den Parteien im Rahmen des Auftrages grundsätzlich frei steht, eine Honorarvereinbarung zu treffen oder nicht*».

⁷⁸ Begriff gemäss HÖCHLI, 45 ff., zwecks Unterscheidung von den damals noch verbreiteten Zwangstarifen.

⁷⁹ Vgl. § 15 Abs. 3 AnwG-BL; § 40 Abs. 2 KAG-BE; Art. 1 Abs. 3 lit. b GTar-VS; Art. 31 Abs. 3 GebO-OW; § 10 Abs. 2 EG BGFA-ZG; § 2 Abs. 3 HonO-SG; Art. 2 Abs. 3 AnHV-AI. Demgegenüber erklärt sich der neuenburgische Gebührentarif (LTFrais-NE) in Art. 65 im Verhältnis zwischen Anwalt und Mandantschaft ausdrücklich für nicht anwendbar, während Honorarvereinbarungen gemäss § 15 Abs. 3 AdvG-BS der Schriftform bedürfen.

⁸⁰ BGer 2P.318/2006 vom 27. Juli 2007, E. 8.3.2.

⁸¹ Siehe dazu Rz. 15 hiervor.

vereinbarung stets wirkungslos bleiben würden.⁸² Ebenso wenig führt aber eine derartige Pflichtverletzung stets und unumgänglich zum Verlust der Honorarforderung oder zur Nichtigkeit der Honorarvereinbarung.⁸³ So ist es durchaus möglich, dass die Verletzung der Aufklärungspflicht zwar disziplinarrechtliche Sanktionen nach sich zieht, den zivilrechtlichen Anspruch auf das übliche Honorar jedoch unberührt lässt.⁸⁴

B. Das übliche Honorar

1. Entgeltlichkeit als Regelfall

- 27 Kann selbst das Vorliegen oder der wesentliche Inhalt einer konkludenten Honorarvereinbarung nicht nachgewiesen werden, so darf die Mandantschaft dennoch nicht ohne Weiteres darauf vertrauen, dass sie die Rechtsdienstleistungen kostenlos in Anspruch nehmen darf bzw. durfte. Vielmehr ist, soweit der Anwaltsvertrag als Auftrag qualifiziert wird, gemäss Art. 394 Abs. 3 OR ein Honorar auch dann geschuldet, wenn ein solches üblich ist. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ist dies immer dann der Fall, wenn die Dienstleistung berufsmässig erbracht wird,⁸⁵ so auch bei Dienstleistungen der freien Berufe wie demjenigen der Rechtsanwältin.⁸⁶ Darüber hinaus bestehen zwar inzwischen keine zwingenden Tarife mehr, doch ist die Entschädigung einer Anwältin jedenfalls im forensischen Be-

⁸² Vgl. aber TESTA, 236, wonach die Aufklärungspflicht oft verletzt werde, dies für den Anwalt jedoch selten haftungsrechtliche Folgen habe; a.A. COURBAT, JdT 2021 III 7 (Fn. 20, mit Verweis auf die Praxis der waadtländischen Moderationsbehörden); EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1199. Zu den zivilrechtlichen Folgen verbotener Erfolgshonorare und Honorarüberforderungen siehe Rz. 164 ff. und 463 f. hiernach.

⁸³ So ausdrücklich BGer 4A_561/2008 vom 9. Februar 2009 = Pra 2009, 592 ff., 599 f., E. 2.6.5 (nicht publiziert in BGE 135 III 259), Differenzierend SCHWANDER, ZBJV 2009, 609 f.

⁸⁴ BGer 4A_561/2008 vom 9. Februar 2009 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff., 599 (nicht publiziert in BGE 135 III 259): «[L]a loi fédérale ne fait pas de lien entre l'obligation de renseignement et le montant dû.»; BOHNET/MARTENET, 734; a.A. SCHWANDER, ZBJV 2009, 607.

⁸⁵ BGE 82 IV 145, 147, E. 2; OGer AG, Urteil vom 5. November 1981, AGVE 1981, Nr. 4, 24 f., 25, E. 2, betreffend ärztliche Dienstleistungen; BECKER, Art. 394 N 18; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 394 N 17; FELLMANN, BK, Art. 394 N 380, m.w.H.; GMÜR, 81 ff., HOFSTETTER, 78.

⁸⁶ BOHNET, *fixation*, 1; COURBAT, JdT 2018 III 228; DIAGNE, 36; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1384; HÖCHLI, 21; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 7.

reich und im Verhältnis zur kostenpflichtigen Gegenpartei und zum Staat in den kantonalen Tarifen geregelt. Auch darauf lässt sich die Üblichkeit eines Entgelts stützen.⁸⁷

Die Üblichkeit einer Vergütung bedeutet jedoch nicht, dass der Verzicht auf ein Honorar, etwa im Rahmen sogenannter *pro bono*-Mandate, verboten wäre, solange nicht ausschliesslich im Falle eines ungünstigen Prozessausgangs auf das Honorar verzichtet wird.⁸⁸ Allerdings bewirkt die Regelung von Art. 394 Abs. 3 OR, dass die Mandantschaft, die sich auf einen Honorarverzicht der Anwältin zu berufen sucht, eine dahingehende ausdrückliche oder konkludente Willenserklärung oder Vereinbarung nachzuweisen hat.⁸⁹

Fraglich erscheint, unter welchen Voraussetzungen die Mandantschaft auf einen konkludenten Honorarverzicht der Anwältin vertrauen darf. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte ein solcher nicht leichthin angenommen werden. Da die Einholung von Kostenvorschüssen zwar mehr oder weniger verbreitet, aber nicht obligatorisch ist, sollte der Verzicht darauf nicht *per se* als Honorarverzicht qualifiziert werden.⁹⁰ In Fällen, in welchen die Mandantschaft darum bittet, wegen eines temporären Liquiditätsengpasses mit der Stellung einer Kostenvorschussrechnung zuzuwarten, verhielte sie sich ohnehin rechtsmissbräuchlich, wenn sie einen angeblichen Honorarverzicht damit begründen wollte, dass die Anwältin ebendieser Bitte entsprochen habe.

Auch der Hinweis der Mandantschaft, dass sie zahlungsunfähig sei oder sich in einer angespannten finanziellen Lage befinde, sollte mangels weiterer Umstände nicht als Honorarverzicht gewertet werden. Gerade wenn nämlich die Stellung eines Gesuchs um unentgeltliche Verbeiständung zur Debatte steht, wird die Anwältin in der Regel gerade nicht auf ein Honorar verzichten, sondern sich dieses

⁸⁷ GMÜR, 83; NATER/GÖTZ STAEHELIN, 471.

⁸⁸ Art. 12 lit. e BGFA. Vgl. dazu Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. Dezember 2010, ZR 2011, Nr. 16, 28 ff., 29, E. 5; Aufsichtskommission für Anwälte und Rechtsagenten SG, 11. September 1989, GVP-SG 1989, Nr. 66, 135 ff., 137; BRUNNER/HENN/KRIESI, 147; HESS, ZBJV 2004, 119. Zur Abgrenzung vom verbotenen Erfolgshonorar vgl. FISCHBACHER/RUSCH, AJP 2013. Zum Erfolgshonorar siehe im Detail Rz. 118 ff. hiernach.

⁸⁹ COURBAT, JdT 2018 III 228, GMÜR, 86. Vgl. auch GAUCH, Architekturvertrag, Rz. 17; HOFSTETTER, 79.

⁹⁰ VGer SO, VWBES.2004.214 vom 18. Oktober 2004, SOG 2004, Nr. 28, E. 3.b; SCHILLER, SJZ 2016, 503. Siehe zu diesem Thema Rz. 186 ff. und 283 ff. hiernach.

von der öffentlichen Hand erstatten lassen wollen.⁹¹ Aus dem Verzicht, einen Kostenvorschuss zu erheben, kann jedenfalls kein Honorarverzicht konstruiert werden. Ob nämlich bedingte Kostenvorschüsse für den Fall, dass die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt wird, überhaupt zulässig sind, ist umstritten.⁹² Oft wird jedoch die Erhebung eines solchen Kostenvorschusses ohnehin nicht möglich sein. Selbst wenn ein derartiger Vorschuss verlangt werden dürfte und geleistet werden könnte, müsste er bei Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege von der Anwältin zurückerstattet werden.⁹³

- 31 Ein konkludenter Honorarverzicht könnte allenfalls angenommen werden, wenn das Mandat trotz rechtskräftiger Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Verbeiständung weitergeführt wird, jedenfalls wenn das Gesuch nicht wegen fehlender Mittellosigkeit abgelehnt wurde.⁹⁴ In einem solchen Fall erbringt bzw. offeriert die Anwältin ihre Dienstleistungen weiterhin, obwohl sie weiss, dass die Mandantschaft sie nicht bezahlen kann und der Staat sie nicht bezahlen wird. Da die Vereinbarung einer *quota litis* nach geltendem Recht (Art. 12 lit. e BGFA) verboten ist,⁹⁵ wäre eine solche infolge Rechtswidrigkeit allenfalls nichtig⁹⁶ und darüber hinaus disziplinarrechtlich zu ahnden.⁹⁷ Ohnehin ist einer Anwältin (oder einer anderen Berufsperson) nicht ohne Weiteres zu unterstellen, dass sie ihre Berufspflichten verletze. Somit bleibt als einzig denkbare Möglichkeit, dass ein Mandat, welches trotz abgewiesenen Verbeiständungsgesuchs weitergeführt wird, eben *pro bono* geführt wird. Ob diese Konsequenz angemessen oder wünschenswert ist, ist jedoch eine andere Frage.

⁹¹ Siehe zur Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung Rz. 340 ff. hiernach.

⁹² Bejahend MEICHSSNER, Jusletter, Rz. 60 (Fn. 125); WUFFLI, Diss., 198 verneinend JOZIC/BOESCH, 54. Zur Problematik von Kostenvorschüssen bei amtlichen Mandaten siehe im Detail Rz. 287 ff. hiernach.

⁹³ BGer 1C_452/2011 vom 25. August 2011, E. 5.1; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 478; HÖCHLI, 77; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 268; WUFFLI, Diss., 198. Anders BGE 122 I 203, 209, E. 2.g; KGer SG, KES.2018.7 vom 17. Mai 2018, in CAN 2019, Nr. 6, 18 f., 19, E. 4. Vgl. zum Verbot des zusätzlichen Honorars bei unentgeltlicher Rechtspflege bereits USTERI, 309.

⁹⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung führt die Abweisung des Gesuchs mangels Mittellosigkeit dazu, dass das Mandat, wenn überhaupt, dann als freies Mandat mit voller Honorarpflicht weitergeführt wird, siehe hierzu Rz. 332 f. hiernach.

⁹⁵ Vgl. dazu im Detail Rz. 164 ff. hiernach.

⁹⁶ So BGE 143 III 600, 615, E. 2.8.2. A.A. WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1453 ff. Siehe dazu Rz. 164 ff. hiernach.

⁹⁷ Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 lit. e BGFA, vgl. zum Disziplinarverfahren FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 704 ff., sowie Rz. 160 ff. hiernach.

Unterlässt es eine Anwältin trotz gegebener Voraussetzungen, ein Gesuch um 32 unentgeltliche Rechtspflege genügend zu substantizieren oder überhaupt erst zu stellen, so liegt nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich kein Honorarverzicht vor, sondern eine Verletzung von Art. 12 lit. a und/oder g BGFA sowie möglicherweise von Art. 17 Abs. 1 SSR.⁹⁸ Deshalb sollte dieser Fall zivilrechtlich im Grundsatz nicht anders behandelt werden als jede andere Sorgfaltspflichtverletzung bei der Prozessführung. Somit wird die Anwältin nach den Regeln von Art. 398 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig.⁹⁹ Dafür, dass die unentgeltliche Verbeiständung infolge einer Sorgfaltspflichtverletzung nicht gewährt wurde, ist und bleibt die Mandantschaft beweispflichtig. Wurde jedoch ein entsprechendes Gesuch gar nicht erst gestellt und lässt sich dies auch nicht mehr nachholen, so sind an den Beweis der Pflichtverletzung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Im Zweifel sollte das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung nämlich gestellt werden.¹⁰⁰

2. Festsetzung des üblichen Honorars

a. Honorarbemessung nach Üblichkeit?

Nach dem Wortlaut von Art. 394 Abs. 3 OR beantwortet dieser nur die Frage, ob 33 eine Vergütung geschuldet ist, nicht jedoch, in welcher Höhe.¹⁰¹ Fest steht, dass wenn die Üblichkeit einer Vergütung bejaht wird, diese auch ihrer Höhe nach festgesetzt werden muss. Hinsichtlich der Bemessungskriterien besteht in der Lehre Uneinigkeit. Die wohl herrschende Lehre und das Bundesgericht wollen den Wortlaut von Art. 394 Abs. 3 OR auf dem Wege der Auslegung dahingehend ausdehnen, dass sich die Üblichkeit nicht nur auf das «*Ob*», sondern auch auf das «*Wieviel*» beziehe. Demnach schreibe die Bestimmung auch die Leistung eines

⁹⁸ Siehe zur Abgrenzung dieser beiden Berufspflichten Rz. 327 hiernach.

⁹⁹ Siehe zu den Wirkungen der Schlechterfüllung auf den Honoraranspruch Rz. 85 ff. hiernach.

¹⁰⁰ KGer SG, AW.2019.28 vom 19. September 2019, E. II.2.a.; BRUNNER/HENN/KRIESI, 160; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 477.

¹⁰¹ FELLMANN, BK, Art. 394 N 397; HONSELL, 359 f.; HUGUENIN, 1095 f.

üblichen Honorars vor.¹⁰² Der Gegenansicht zufolge bestehe hingegen betreffend die Höhe des mangels einer Vereinbarung geschuldeten Honorars eine echte Lücke, die das Gericht *modo legislatoris* zu füllen habe.¹⁰³

- 34 Begründet wird letztere Auffassung nebst dem Gesetzeswortlaut mit der Entstehungsgeschichte von Art. 394 Abs. 3 OR, da im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zwar die Frage, ob eine Vergütung vermutet werden sollte oder nicht, kontrovers diskutiert, diejenige einer dispositiven gesetzlichen Regelung der Vergütungsbemessung bzw. deren Grundlagen jedoch nicht angesprochen wurde.¹⁰⁴ Ferner könne es nicht angehen, dass ein Gericht gezwungen wäre, ein zwar übliches, aber unangemessenes Honorar zuzusprechen. Diese Gefahr bestehe insbesondere dort, wo als Ausdruck der Üblichkeit Verbandstarife bestünden, die von den jeweiligen, einseitig interessierten Berufsverbänden festgelegt würden.¹⁰⁵
- 35 Der Gegenansicht zufolge bestehe für ein Gericht, das gestützt auf eine Übung eine Vergütung zuspricht, kein Anlass, auf eine unübliche Vergütung zu erkennen.¹⁰⁶ Soweit ein Verbandstarif im Einzelfall eine Partei in sittenwidriger Weise benachteilige, sei ein solcher ohnehin unbeachtlich.¹⁰⁷ Somit erübrigten sich die von der Gegenansicht geäusserten Bedenken der richterlichen Absegnung einer «*ingelebten Unsitte*».

¹⁰² BGE 117 II 282, 283, E. 4; BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 394 N 39; DERENDINGER, 195 f.; FICK/MORLOT, Art. 394 N 93; GAUCH, Architekturvertrag, Rz. 18 und insb. Fn. 19; GMÜR, 66 f.; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 8; WEBER, SVZ 1993, 8.

¹⁰³ FELLMANN, BK, Art. 394 N 398 f.; HOFSTETTER, 80 f.; SCHNEEBERGER, 118; ähnlich wohl GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 547. Vermittelnd GAUTSCHI, Auftrag, Art. 394 N 75.

¹⁰⁴ FELLMANN, BK, Art. 394 N 397.

¹⁰⁵ FELLMANN, BK, Art. 394 N 419 ff.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 547; WEBER, SVZ 1993, 8 f. Vgl. auch BGE 117 II 282, 283 f., E. 4.b., sowie OGer LU, Urteil vom 21. Mai 1987, LGVE 1987 I Nr. 21, 57 ff., 60 ff., E. 4 (betreffend die SIA-Norm 102). Gemäss HOFSTETTER, 80, soll der Umfang der Vergütung nur von der Übung bestimmt werden, wenn sich auch die Parteien dieser Übung unterworfen haben.

¹⁰⁶ GAUCH, Architekturvertrag, Rz. 18 (Fn. 19); HÖCHLI, 37 (Fn. 39); WEBER, SVZ 1993, 8. Vgl. zudem GAUTSCHI, Auftrag, Art. 394 N 75, wonach dort, wo über das Mass der Vergütung eine Übung bestehe, eine tatsächliche Vermutung bestehe, dass das übliche Honorar auch angemessen sei. Daran sei der Richter aber nicht gebunden.

¹⁰⁷ GAUCH, a.a.O.; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 596.

b. Honorarbemessung nach kantonalen Tarifen?

aa. Kantonaltarife als Ausdruck der Verkehrsübung?

Im Umfeld des geltenden Anwaltsrechts scheint die vorstehend angeschnittene 36
dogmatische Kontroverse von geringer praktischer Bedeutung zu sein.¹⁰⁸ Die ehe-
maligen Konventionaltarife der kantonalen Anwaltsverbände wurden abgeschafft,
weshalb für die Bestimmung eines nicht vereinbarten Anwaltshonorars einzig die
vom kantonalen Gesetzgeber (und nicht etwa von der Advokatur selbst) erlasse-
nen Tarifordnungen verbleiben.¹⁰⁹ Diese beanspruchen vielfach ausdrücklich Gel-
tung, soweit nichts anderes vereinbart ist.¹¹⁰ Allerdings dürfte ein Gericht auch
ohne eine solche Vorschrift auf die jeweilige Tarifordnung zurückgreifen, sei es
als Ausdruck einer (scheinbar) herrschenden Verkehrsübung, sei es auf dem Wege
der gerichtlichen Vertragsergänzung.¹¹¹

In diesem Zusammenhang ist aber zu bemerken, dass die vereinbarten Anwaltsho- 37
nорare oftmals über den kantonalen Tarifen liegen und insofern von einer eigent-
lich gelebten Verkehrsübung kaum gesprochen werden kann.¹¹² In Anwendung der
Argumentation von HOFSTETTER müsste ein Gericht den staatlichen Tarifen des-
halb die Anwendung versagen.¹¹³ Stattdessen soll das Gericht «*nach seinem Er-
messen [...] den Zeitaufwand, die erforderliche Ausbildung, das besondere Kön-
nen sowie die Berufserfahrung des Beauftragten, das Mass der übernommenen
Verantwortung, die objektive Schwierigkeit der Aufgabe und deren Dringlichkeit*»
berücksichtigen.¹¹⁴

¹⁰⁸ DIAGNE, 41 f.; HUGUENIN, 1095 f. (für das Auftragsrecht insgesamt).

¹⁰⁹ Die Konventionaltarife im Sinne einer üblichen Vergütung galten immer dann, wenn weder ein staatlicher (Zwangs-)Tarif anwendbar noch eine anderslautende Honorarvereinbarung zulässigerweise abgeschlossen worden war (HÖCHLI, 98; WOLFFERS, 162).

¹¹⁰ § 15 Abs. 3 AdvG-BS; § 15 Abs. 3 AnwG-BL; § 40 Abs. 2 KAG-BE; Art. 1 Abs. 3 lit. b GTar-VS; Art. 31 Abs. 3 GebO-OW; § 10 Abs. 2 EG BGFA-ZG; § 2 Abs. 3 HonO-SG; Art. 2 Abs. 3 AnwHV-AI.

¹¹¹ BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 4.3, m. Anm. FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 39; vgl. sodann BÜHLER, Diss., 129; DIAGNE, 42. Gemäss HUGUENIN, 1095 f., ist bei der gerichtlichen Vertragsergänzung die Übung ohnehin zu berücksichtigen.

¹¹² Vgl. FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 44; WEBER, SVZ 1993, 8; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 547.

¹¹³ HOFSTETTER, 80.

¹¹⁴ HOFSTETTER, 82.

- 38 Ein solcher Ermessensentscheid wäre jedoch erstens der Rechtssicherheit in höchstem Masse abträglich und könnte zweitens ebenfalls nicht im luftleeren Raum ohne Bezug irgendwie gearteter Referenzgrössen erfolgen. Würden die öffentlich einsehbaren staatlichen Tarife – mangels effektiver Anwendung in der freien Advokatur – als Referenzgrösse verworfen, müsste wohl auf die effektiv vereinbarten Stundensätze in einer Vielzahl vergleichbarer Mandate, resp. auf statistische Erhebungen, zurückgegriffen werden.¹¹⁵ Allerdings erweist sich die Preisgestaltung in der Anwaltsbranche als äusserst intransparent. Die meisten Kanzleien verweisen, soweit sie sich überhaupt öffentlich zum Honorar äussern, auf die – dem Berufsgeheimnis unterstehende¹¹⁶ – individuelle Vereinbarung mit der Mandantschaft und nennen keinen Regelstundensatz. Unter diesen Umständen hat insbesondere die branchenunkundige Mandantschaft auch beim besten Willen keine Möglichkeit, sich verbindlich über die entstandenen Anwaltskosten zu informieren.
- 39 Die Anwältin sollte sich deshalb auf einen in ihrer Kanzlei geltenden Regelstundensatz wenn überhaupt, dann nur berufen können, wenn sie nachweisen kann, dass dieser der Mandantschaft bei Mandatsantritt bekannt war (womit aber nach der hier vertretenen Auffassung wiederum eine konkludente Honorarvereinbarung vorliegt).¹¹⁷ Dieser Beweis wird bei Erstmandaten für die betreffende Mandantschaft aufgrund des Berufsgeheimnisses in aller Regel scheitern. Ein Abstellen auf *«üblicherweise vereinbarte»* Honoraransätze, die in der Regel über den kantonalen Tarifen liegen, würde sodann dazu führen, dass die Mandantschaft finanziell zumindest teilweise für die Unklarheit in der Honorarhöhe einzustehen hätte. Die Schaffung von Transparenz in Honorarfragen liegt aber gemäss Art. 12 lit. i BGEA wie auch Art. 18 Abs. 3 SSR klar in der Verantwortung der Anwaltschaft.¹¹⁸ In diesem Sinne wäre es zudem nicht hinnehmbar, wenn die Mandantschaft auch

¹¹⁵ Einen ersten Anhaltspunkt für die Plafonierung eines üblichen Ansatzes nach unten kann hier die immer wieder vom Schweizerischen Institut für Klein- und Mittelunternehmen der Universität St. Gallen im Auftrag des SAV durchgeführte Studie über die Praxiskosten liefern. Der jüngsten dieser Studien zufolge lag das rein kostendeckende Stundenhonorar durchschnittlich zwischen CHF 121.00 und CHF 148.00 (BERGMANN/NIETLISPACH, 296). Unter der naheliegenden Annahme, dass ein übliches Honorar mindestens kostendeckend ist, kann ein Honorar unter diesen Ansätzen keinesfalls als üblich gelten.

¹¹⁶ Siehe zum Schutzbereich des Berufsgeheimnisses Rz. 467 hiernach.

¹¹⁷ Siehe Rz. 16 hiervor.

¹¹⁸ Vgl. BGer 2C_1000/2020 vom 2. Juni 2021, E. 4.1, m. Anm. EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1197; BOHNET/MARTENET, 114; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 490; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 157; MÜLLER/EIHZOLZER, 1473 f.; TESTA, 233 f.

nach gewonnenem Prozess mit voller Parteientschädigung auf der Differenz zwischen dem effektiven und dem von der Gegenseite erstatteten Anwaltshonorar sitzen bliebe, zumal ohne irgendeine Absprache über das Honorar in der Regel auch nicht über dieses Kostenrisiko informiert worden sein dürfte. Aus diesen Gründen sind die von HOFSTETTER¹¹⁹ aufgezeigten dogmatischen Unschärfen nach der hier vertretenen Auffassung in Kauf zu nehmen und die üblichen Anwaltshonorare anhand der kantonalen Tarife zu bemessen.¹²⁰

Eine Unterstellung des Vertragsverhältnisses zwischen Anwältin und Mandantschaft unter das Werkvertragsrecht (entgegen der hier vertretenen Auffassung¹²¹) würde übrigens kein anderes Ergebnis liefern, denn der Werkvertrag ist kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung in Art. 363 OR notwendigerweise entgeltlich.¹²² Mangels einer (ausdrücklichen oder konkludenten) Vereinbarung betreffend die Höhe des Werklohnes wird dieser nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen der Unternehmerin festgesetzt (Art. 374 OR). Zur Bestimmung dieses Wertes wird ein mit der Honorarfestsetzung befasstes Gericht aus ähnlichen Überlegungen wie im Auftragsrecht vorgehen und letztlich den gesetzlichen Tarif anwenden.¹²³

bb. Tarifliche Honorarbemessung im interkantonalen Verhältnis

Im interkantonalen Verhältnis kann sich die Frage stellen, auf welchen Kantonaltarif abzustellen sei. In früheren Zeiten galt der Tarif eines Kantons auch im Verhältnis ausserkantonomaler Anwältinnen im Verhältnis zu ihrer (inner- oder ausserkantonomalen) Mandantschaft, sofern diese in jenem Kanton ein Verfahren führten, auf welches der entsprechende Tarif anwendbar war.¹²⁴ Dafür, dass dies für forensische Mandate noch immer gelten soll, spricht der Umstand, dass der Tarif

¹¹⁹ HOFSTETTER, 80 ff.

¹²⁰ So auch NATER/GÖTZ STAEHELIN, 471; sowie FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz 1388, für forensische Mandate. Dieser bezeichnet die Kantonaltarife jedoch als «*Ausdruck der im Verkehr herrschenden Übung*», was m.E. allerdings wie gesehen nicht unbedingt zutrifft.

¹²¹ Siehe hierzu Rz. 4 ff. hiervor.

¹²² BSK-OR I/ZINDEL/SCHOTT, Art. 363 N 4; HAUSER, 72 f.; GMÜR, 12.

¹²³ Vgl. hierzu HÖCHLI, 93, wonach die Vertragsqualifikation auf die Honorarbemessung keinen Einfluss habe.

¹²⁴ BACHTLER, 313; FREY, Anwaltsgebührentarif, 35 f. In diesem Sinne können in denjenigen Kantonen, die noch staatliche Moderationsverfahren kennen, auch Honorarrechnungen ausserkantonomaler Anwälte moderiert werden (vgl. dazu BOHNET, *fixation*, 27 f.; COURBAT, JdT 2018 III 225, sowie Rz. 354 ff. hiernach).

des Prozesskantons für die Mandantschaft insofern am vorteilhaftesten ist, als die ihr bei Obsiegen zugesprochene Parteientschädigung ebenfalls nach diesem Tarif berechnet wird und sie so keine darüber hinausgehenden Kosten zu tragen hat.¹²⁵

- 42 Die nicht unter die staatlichen Tarife fallenden (d.h. in erster Linie beratenden¹²⁶) Anwaltstätigkeiten unterstanden früher in der Regel dem Konventionaltarif desjenigen Verbandes, dessen Mitglied die betreffende Anwältin war.¹²⁷ In diesem Sinne sah Ziffer 13 der von den SSR abgelösten Richtlinien des SAV vor, dass «*der Anwalt im Rahmen der in seinem Kanton geltenden Verkehrsübung Rechnung*» stelle (Hervorhebung beigefügt).¹²⁸ Diese Bestimmung findet in den SSR von 2005 keine Entsprechung mehr, möglicherweise weil der SAV davon ausging, dass mit Einhaltung der Aufklärungspflicht nach Art. 12 lit. i BGFA sowie Art. 18 Abs. 3 SSR zumindest eine konkludente Honorarvereinbarung grundsätzlich immer anzunehmen sei.¹²⁹
- 43 Nach der hier vertretenen Auffassung sollte jedenfalls in nichtforensischen Angelegenheiten auch heute noch auf den Tarif im Registerkanton der Anwältin abgestellt werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Zweck des Anwaltshonorars, nämlich der Deckung der durch den Kanzleibetrieb verursachten Sach- und Personalkosten sowie der Realisierung eines angemessenen Erwerbseinkommens für die Inhaberschaft der Kanzlei.¹³⁰ Da die Praxiskosten in demjenigen Kanton anfallen, in welchem sich die Kanzlei befindet, ist auch bei der Honorarbemessung auf die dortigen Verhältnisse abzustellen. Darüber hinaus handelt es sich bei Geldschulden wie der Honorarverbindlichkeit um Bringschulden, weshalb auch

¹²⁵ Anders jedoch BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 5.2.5, in welchem das BGer das vorinstanzliche Abstellen auf die Honorarordnung des Kantons St. Gallen für ein Gerichtsverfahren im Kanton Aargau schützte. Dazu kritisch FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2020, 44.

¹²⁶ HÖCHLI, 93 ff. Zur Einteilung der verschiedenen anwaltlichen Tätigkeiten siehe Rz. 67 ff. hiernach.

¹²⁷ BESSENICH, 7; FREY, *Anwaltsgebührentarif*, 29; HÖCHLI, 98; STERCHI, *Komm. aFG-BE*, 69 f.; WOLFFERS, 162.

¹²⁸ TESTA, 196.

¹²⁹ Dieser Gedanke wird in Rz. 24 ff. hiernach nochmals aufgegriffen und eingehender behandelt.

¹³⁰ Vgl. dazu eingehend BERGMANN/NIETLISPACH. Die dort erläuterte Studie geht von einem angemessenen Brutto-Unternehmerlohn von ca. CHF 150'000.00 pro Jahr im Landesdurchschnitt aus (S. 295 f.). Zur Abgrenzung zwischen Auslagen und Generalunkosten siehe Rz. 218 ff. hiernach.

deren Erfüllungsort am Standort der Anwaltskanzlei liegt.¹³¹ Verfügt das Büro, wie dies insbesondere bei Grosskanzleien öfter vorkommt, über mehrere Standorte, so soll derjenige Kanton massgebend sein, in dessen Anwaltsregister die mandatsführende Anwältin eingetragen ist. Erst wenn all diese Anknüpfungspunkte kein eindeutiges Ergebnis liefern und die Anwaltskanzlei auch im Wohnsitzkanton der Mandantschaft über einen Standort verfügt, sollte auf jenen Kanton abgestellt werden.¹³²

cc. Notwendige Anpassungen

Die kantonalen Tarifordnungen gelten grundsätzlich nur für Entschädigungen im Zusammenhang mit der Vertretung vor Gerichten oder Behörden des jeweiligen Kantons, nicht aber für die ausserforensische Tätigkeit.¹³³ Obwohl nach der hier vertretenen Auffassung die kantonalen Tarife grundsätzlich nach den lokalen Gepflogenheiten angewandt werden sollen, ist bei deren analoger Anwendung der Tatsache Rechnung zu tragen, dass es eben um ein vertragliches Honorar und nicht um eine behördlich festgesetzte Entschädigung zu Lasten der Gegenpartei oder der Staatskasse geht. Dies gilt insbesondere für nichtforensische Tätigkeiten, für welche die kantonalen Tarife nicht gemacht sind. Solche Angelegenheiten sind zwar auch oft vermögensrechtlicher Natur, jedoch ohne dass dafür (in Ermangelung eines Streits) ein Streitwert nach Art. 91 ff. ZPO ermittelt werden könnte. In solchen Fällen sollte die Honorarfestsetzung daher auf Stundenbasis erfolgen, da dieses Honorarmodell nach wie vor am häufigsten vereinbart wird, was auch ausserhalb der Anwaltsbranche allgemein bekannt sein dürfte.¹³⁴

Bei vermögensrechtlichen Zivilstreitigkeiten gehen dementsprechend die tatsächlich gelebte Verkehrsübung und die kantonalen Tarife nicht nur betreffend die Höhe des Honorars, sondern auch hinsichtlich des Berechnungsmodells auseinander, denn nach den kantonalen Tarifen entspricht die Parteientschädigung

¹³¹ Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR. Dazu BERGER, Schuldrecht, 434; BSK-OR-I/SCHROETER, Art. 74 N 39; CR-CO I/HOHL, Art. 74 N 7; HUGUENIN, 229; KOLLER, OR AT, 658 f.; KuKo-OR/GROSS, Art. 74 N 11 ff.

¹³² Zwar ist keine in der Schweiz registrierte Anwältin in mehr als einem kantonalen Register eingetragen (FELLMANN/ZINDEL/STAEHELIN/OETIKER, Art. 6 N 12). Gerade grössere Mandate können jedoch auch von mehreren Anwältinnen gemeinsam betreut werden, die unter Umständen an mehreren Standorten tätig sind.

¹³³ Vgl. etwa § 1 Abs. 1 AnwGebV-ZH, Art. 1 PKV-BE oder § 1 Abs. 1 HoR-BS, sowie STERCHI, Komm. aFG-BE, 70; TESTA, 194.

¹³⁴ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1386; GMÜR, 64; HESS, ZBJV 2004, 120 f. Vgl. im Detail zum Zeithonorar Rz. 91 ff. hiernach.

regelmässig einer anhand des Streitwerts berechneten Pauschale, allenfalls mit Zu- und Abschlägen für die Besonderheiten des Einzelfalles.¹³⁵ Angelegenheiten ohne bestimmbareren Streitwert werden gemäss den kantonalen Tarifen vielfach ebenfalls nach (angemessenem) Stundenaufwand vergütet. Dafür sehen die Tarife regelmässig Höchst- und Mindestsätze vor, von welchen bei Vorliegen besonderer Umstände abgewichen werden kann.¹³⁶ Die Stundensätze liegen zwischen CHF 150.00¹³⁷ und CHF 400.00.¹³⁸ Da Pauschalhonorare nach wie vor unüblich sind und nach Auffassung des Bundesgerichts einer spezifischen Vereinbarung bedürfen,¹³⁹ sollte die Festsetzung des üblichen Honorars auch dort auf Stundenbasis erfolgen, wo der kantonale Tarif für die Parteientschädigung eine Pauschale vorsieht.¹⁴⁰

- 46 In denjenigen Kantonen, deren Tarifordnungen Stundensätze bezeichnen, kann grundsätzlich auf diese abgestellt werden. Dabei sollte jedoch darauf geachtet werden, für welche (Rechts-)Gebiete der betreffende Kanton die jeweiligen Stundensätze vorsieht. Insbesondere sollte nicht unbesehen auf die meist auf einen festen Satz bestimmten Honorare für unentgeltliche Rechtsvertretungen oder Officialverteidigungen abgestellt werden, insbesondere dann nicht, wenn dieser wie regel-

¹³⁵ FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2020, 44; HAUSER, 77; SUTTER-SOMM, Rz. 629. Vgl. z.B. Art. 28 Abs. 1 GTar-VS. Anders etwa § 160 Abs. 1 und 2 GT-SO, wonach stets nach Aufwand zu tarifieren ist. Siehe zur gerichtlichen Festsetzung der Parteientschädigung Rz. 305 ff. hiernach.

¹³⁶ Vgl. z.B. §§ 3 und 5 Abs. 1 AnwGebV-ZH oder § 11 Abs. 1 HoR-BS. Manche Kantone sehen jedoch auch in anderen Angelegenheiten keine Abrechnung nach Zeitaufwand vor, sondern setzen auch hier Pauschalen fest (vgl. z.B. Art. 5 Abs. 2, 11 Abs. 1 und 17 Abs. 1 PKV-BE).

¹³⁷ Mindestansatz gemäss § 3 AnwGebV-ZH. Nach dieser Bestimmung beträgt das Honorar bei nach Zeitaufwand abgerechneten unentgeltlichen Mandaten aber in der Regel CHF 220.00. In den beiden Appenzell beträgt das mittlere Honorar CHF 200.00 pro Stunde, kann in besonderen Fällen aber um bis zu einem Viertel erhöht oder reduziert werden (§ 19 Abs. 1 VANWT-AR und § 20 Abs. 1 AnwHV-AI).

¹³⁸ Höchstansatz gemäss § 19 Abs. 1 HoR-BS. Bei Dringlichkeit des Auftrages, Arbeit ausserhalb der üblichen Bürozeit, Inanspruchnahme von Spezialkenntnissen insbesondere in rechtlicher, tatsächlicher und sprachlicher Hinsicht sowie bei sehr hohem Interessenwert kann der Stundensatz sogar bis auf CHF 800.00 erhöht werden (Abs. 2).

¹³⁹ BGer 2C_247/2010 vom 16. Februar 2011, E. 5.4. Vgl. zum (vereinbarten) Pauschalhonorar im Einzelnen Rz. 94 ff. hiernach.

¹⁴⁰ FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 1386. So basierte etwa der auf ausserforensische Tätigkeiten anwendbare Konventionaltarif des Berner Anwaltsverbandes ebenfalls auf einem Stundenhonorar (STERCHI, *Komm. aFG-BE*, 70).

mässig unter den Ansätzen für freie Mandate liegt.¹⁴¹ Die unentgeltliche Rechtspflege und die amtliche Verteidigung unterliegen anderen Regeln als die freie Mandatsstätigkeit, weshalb in diesem Bereich nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung reduzierte Ansätze zulässig sind.¹⁴² Auszugehen ist vielmehr vom Kostenrahmen für private Mandate, welcher in Anwendung der kantonalen Praxis zu konkretisieren ist. Im Vergleich zur Tarifierung der Parteientschädigung sollte sich das Gericht im Verhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft aber bei der Beurteilung, ob der in Rechnung gestellte Aufwand auch gerechtfertigt war, eine grössere Zurückhaltung auferlegen. Jedenfalls wenn die Anwältin ihrer Rechenschaftspflicht nachgekommen ist und die Mandantschaft deren Leistungen vorbehaltlos angenommen hat, so liegt es an Letzterer, den ihrer Ansicht nach zu Unrecht verrechneten Aufwand genau zu bezeichnen und zu bestreiten.¹⁴³

In denjenigen Kantonen, deren Tarife keine Stundensätze festlegen, wird an einem gerichtlichen Ermessensentscheid wohl kein Weg vorbeiführen, wobei natürlich zunächst die vom Bundesrecht aufgestellten Schranken zu beachten sind. So darf nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Entschädigung für amtlich-forensische Tätigkeiten (d.h. solche im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege und der amtlichen Verteidigung) einen Stundensatz von CHF 180.00 nicht unterschreiten.¹⁴⁴ Gewiss bestehen für freie Mandate keine verfassungsrechtlichen Mindestansätze,¹⁴⁵ doch wäre nicht einzusehen, dass ein Honorar, welches sogar den Mindestansatz für amtliche Mandate unterschreitet, als verkehrsblich angesehen werden könnte. Weitere Anhaltspunkte können einerseits Vergleiche mit anderen, vorzugsweise strukturell ähnlich beschaffenen Kantonen liefern, deren Tarife Stundensätze vorsehen, andererseits kann auch die bereits erwähnte SAV-Studie

¹⁴¹ Siehe zur reduzierten Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung Rz. 344 f. hiernach.

¹⁴² BGE 132 I 201, 206, E. 7.3, mit kritischer Anmerkung HANGARTNER, 1305 ff., zustimmend dagegen WUFFLI, Diss., 190 ff. Vgl. zu diesem Themenkomplex eingehend Rz. 344 f. hiernach.

¹⁴³ BGer 4A_459/2013 vom 22. Januar 2014, E. 5.2.2; AppGer BS, ZB.2018.15 vom 26. November 2019, E. 4.2; TESTA, 202.

¹⁴⁴ BGE 132 I 201, 217 f., E. 8.7, trotz der seitherigen Teuerung bestätigt in BGE 137 III 185 = Pra 2011, Nr. 89, 632 ff., 639 f., E. 5.4.

¹⁴⁵ Wie in Rz. 28 hiervor erwähnt, sind auch gratis geführte, sog. *pro bono*-Mandate zivil- wie auch berufsrechtlich nicht verboten.

zu den Praxiskosten herangezogen werden.¹⁴⁶ In Anwendung dieser Grundsätze dürfte sich das gerichtlich festgesetzte übliche Honorar mutmasslich in einem Bereich zwischen CHF 200.00 und CHF 350.00 bewegen.

C. Das angemessene Honorar

1. Bedeutung des angemessenen Honorars

- 48 Wenn zwischen Rechtsvertretung und Mandantschaft keine Vereinbarung betreffend die Höhe des Honorars nachgewiesen werden kann und der Umfang der Honorarforderung bestritten ist, so wird das Honorar nach der hier vertretenen Auffassung auf der Grundlage des kantonalen Tarifs bestimmt.¹⁴⁷ Wird dieser korrekt angewendet, dürfte er auch als angemessen gelten.¹⁴⁸ Immerhin wird derselbe Tarif auch der unterliegenden Gegenpartei bei Festsetzung der Parteientschädigung zugemutet.¹⁴⁹ Eine separate Angemessenheitsprüfung erübrigt sich damit. Ob eine Honorarrechnung angemessen ist, fragt sich deshalb in erster Linie in Fällen, in welchen zwar eine Honorarvereinbarung besteht, die Mandantschaft aber die Höhe des in Rechnung gestellten Honorars bestreitet.¹⁵⁰ Im Nachfolgenden soll deshalb untersucht werden, worauf sich eine anwaltliche Verpflichtung, bei der Honorarfestsetzung den Bereich des Angemessenen nicht zu verlassen, allenfalls stützen könnte.¹⁵¹ Anschliessend ist auf die Frage einzugehen, was ein angemessenes Honorar von einem unangemessenen unterscheidet.¹⁵²

¹⁴⁶ Dazu BERGMANN/NIETLISPACH, 296 und *passim*.

¹⁴⁷ Siehe Rz. 36 ff. hiervor. Ebenso FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1386 und 1404; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 8. Das vom Bundesgericht aufgestellte Angemessenheitserfordernis bezieht sich stets auf Fälle ohne ausdrückliche Honorarvereinbarung (BGE 135 III 259 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff., 595, E. 2.2; BGer 4A_322/2014 vom 28. November 2014, E. 3.2; BGer 4A_333/2013 vom 11. Oktober 2013, E. 4.3.4).

¹⁴⁸ WOLFFERS, 159. Vgl. ferner SCHILLER, SJZ 2004, 354, wonach das bei Fehlen einer Vereinbarung nach Übung zu ermittelnde Honorar objektive Angemessenheit verlange.

¹⁴⁹ Art. 105 Abs. 2 ZPO. Vgl. OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 183, E. 3.3.1. Siehe zur gerichtlichen Festsetzung der Parteientschädigung Rz. 305 ff. hiernach.

¹⁵⁰ Wobei das Bundesgericht in seinem Entscheid 2C_985/2020 vom 5. November 2021, E. 5.6, präzisiert hat, dass die Angemessenheit nicht nur des in Rechnung gestellten, sondern auch des vereinbarten Honorars zu prüfen sei.

¹⁵¹ Siehe Rz. 49 ff. hiernach.

¹⁵² Siehe Rz. 55 ff. hiernach.

2. Rechtliche Grundlagen

a. Auftragsrecht

Im Auftragsrecht finden sich keine ausdrücklichen Vorschriften, die dem Beauftragten verbieten, ein unangemessenes Entgelt zu vereinbaren oder entgegenzunehmen. Vielmehr gilt in Bezug auf die Honorarvereinbarung aus zivilrechtlicher Perspektive grundsätzlich Vertragsfreiheit, wobei die üblichen Schranken der Sittenwidrigkeit, der Willensmängel und der Übervorteilung zu beachten sind.¹⁵³ Nach konstanter, wenngleich nicht unbestrittener Bundesgerichtspraxis sind alle Fälle eines Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung durch den Tatbestand der Übervorteilung abschliessend geregelt, weshalb für eine Anwendung von Art. 19/20 OR kein Raum verbleibt.¹⁵⁴

Verschiedentlich wird in Lehre und Rechtsprechung festgehalten, grundsätzlich sei «*der Richter*» dafür zuständig, die Angemessenheit des Anwaltshonorars zu überprüfen.¹⁵⁵ Dabei wird jedoch nicht danach differenziert, ob eine Honorarvereinbarung vorliegt oder ob in Ermangelung einer solchen ein übliches Honorar festzusetzen ist.¹⁵⁶ Der Unterschied ist gewichtig, denn im einen Fall geht es darum, den hypothetischen Parteiwillen festzustellen, während im anderen gerichtliches Ermessen an die Stelle des tatsächlichen Parteiwillens gesetzt wird.¹⁵⁷ Eine

¹⁵³ BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.2; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 4.2; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 1390; DERS., BK, Art. 394 N 428; NATER, *Haftpflichtprozess* 2008, 37, betreffend Pauschalhonorare.

¹⁵⁴ BGE 143 III 600, 602, E. 2.2, m. Anm. FELLMANN/HÄFLIGER, 500; BGE 115 II 232, 236, E. 4.c; BGer 4A_542/2012 vom 24. Januar 2013, E. 2.5; 4A_21/2009 vom 11. März 2009, E. 5.2; BSK-OR I/MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 40. Dazu kritisch HUGUENIN, 133; KRAMER, BK, Art. 19/20 N 205; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, 282.

¹⁵⁵ Vgl. VGer GL, VG.2019.67 vom 5. September 2019, E. II.4.2; FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2020, 40; DERS., *Anwaltsrecht*, Rz. 500, m.w.H.; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 168 f.; HAUSER, 75 (Fn. 352).

¹⁵⁶ Vgl. hierzu grundsätzlich die Hinweise in der vorhergehenden Fussnote. Die Ausführungen bei FELLMANN, BK, Art. 394 N 413, scheinen sich nach der Systematik jedenfalls auf die Festsetzung des üblichen Honorars zu beziehen. Siehe dazu im Detail Rz. 33 ff. hiervor.

¹⁵⁷ Vgl. CHAPPUIS/GURTNER, 255.

ausdrückliche Gesetzesgrundlage ist im Bundesprivatrecht nicht auszumachen.¹⁵⁸ Ohne eine solche erscheint es aber problematisch, den vereinbarten Stundensatz als solchen auf seine Angemessenheit zu überprüfen.¹⁵⁹

- 51 Von diesem Thema zu unterscheiden ist die Frage der Vertragserfüllung, welche die Zivilgerichte mit voller Kognition prüfen können und müssen. Schlechterfüllung liegt unter anderem vor, wenn unnötiger oder unangemessener Aufwand betrieben wird, oder wenn gar Stunden verrechnet werden, die in Wahrheit nicht geleistet wurden.¹⁶⁰ Unter dem Titel der Vertragserfüllung zu prüfen sind daher nur noch die Fragen, ob die Rechtsvertretung die fakturierten Stunden tatsächlich geleistet und ob sie damit zu viel Aufwand betrieben hat. Auf dem Weg der Vertragserfüllung kann eine eigentliche Angemessenheitsprüfung daher nur mit Blick auf die Anzahl der fakturierten Stunden erfolgen.¹⁶¹

b. Eidgenössisches Berufsrecht

- 52 Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte enthält bloss zwei Vorschriften hinsichtlich des Honorars: Einerseits ist die Mandantschaft über die Grundsätze der Rechnungsstellung aufzuklären und periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren.¹⁶² Andererseits sind Erfolgshonorare nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt.¹⁶³ Auf eine weitergehende Regelung von Honorarfragen hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet.¹⁶⁴ Obwohl damit gerade keine Gesetzeslücke vorliegt, sind krasse Honorarüberforderungen nach Lehre und Rechtsprechung als Sorgfaltswidrigkeiten

¹⁵⁸ Vgl. bereits REICHEL, 126 ff.

¹⁵⁹ Vgl. DERENDINGER, 197 ff.; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 1393; DERS., BK, Art. 394 N 451; GMÜR, 65; TESTA, 215.

¹⁶⁰ BGER 4A_380/2016 vom 1. November 2016, E. 3.3.3. Siehe zu den Wirkungen der Schlechterfüllung auf den Honoraranspruch Rz. 85 ff. hiernach.

¹⁶¹ AppGer BS, ZB.2018.15 vom 26. November 2019, E. 4.2.

¹⁶² Art. 12 lit. i BGFA. Zur Frage einer Pflichtverletzung durch Nichtabschluss einer Honorarvereinbarung siehe Rz. 24 ff. hiervor. Zur Rechnungsstellung siehe Rz. 295 ff. hiernach.

¹⁶³ Art. 12 lit. e BGFA. Siehe dazu im Detail Rz. 118 ff. hiernach.

¹⁶⁴ Botschaft BGFA, 6040 f.; BGER 2P.318/2006 vom 27. Juli 2007, E. 8.3.1; CHAPPUIS/GURTNER, 253; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 1402. Vgl. dagegen noch Art. 19 VE-BGFA, dazu EB-BGFA, 42.

nach Art. 12 lit. a BGFA disziplinarrechtlich zu sanktionieren.¹⁶⁵ Die Frage, wo diese Interventionsschwelle liegt, wird in einem nachstehenden Kapitel eingehender behandelt.¹⁶⁶ An dieser Stelle sei jedoch festgehalten, dass das BGFA einem Zivilgericht keine Instrumente in die Hand legt, Anwaltshonorare herabzusetzen, welche diesen Schwellenwert nicht erreichen.

c. Kantonale Bestimmungen

Nach konstanter, wenn auch bisweilen kritischer Praxis des Bundesgerichts sind die Kantone auch nach Inkrafttreten des BGFA noch befugt, Vorschriften über die Bemessung des Anwaltshonorars zu erlassen, die bei der Angemessenheitsprüfung zu beachten seien.¹⁶⁷ Diese haben zwar Tarife erlassen, die im Verhältnis zwischen Rechtsvertretung und Mandantschaft unter Umständen Geltung beanspruchen, wenn keine anderweitige Vereinbarung getroffen wurde.¹⁶⁸ Überdies zählen manche Tarifordnungen eine Reihe von Kriterien auf, nach welchen Anwaltshonorare zu bemessen seien.¹⁶⁹ Keiner dieser dispositiven Tarife enthält jedoch eine ausdrückliche Verpflichtung, eine Honorarvereinbarung «angemessen» auszugestalten. Umso weniger findet sich eine Regel, um wie viel von diesen abgewichen werden darf.

¹⁶⁵ BGer 2C_985/2020 vom 5. November 2021, E. 5.3; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 4.2, m. Anm. FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2020, 39; KGer SG, AW.2019.28 vom 19. September 2019, E. II.4.a; VGer GL, VG.2019.67 vom 5. September 2019, E. II.4.2; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte BS, 27. August 2007, BJM 2010, 157 ff., 160; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 500; MÜLLER/EIHLZER, 1473.

¹⁶⁶ Siehe Rz. 458 ff. hiernach.

¹⁶⁷ BGE 135 III 259 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff., 595, E. 2.2; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 4.3; dazu kritisch FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2020, 42 ff.; DERS., *Anwaltsrecht*, Rz. 1403 f.; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 3c.

¹⁶⁸ Siehe dazu eingehend Rz. 36 ff. hiervor.

¹⁶⁹ Vgl. z.B. Art. 33 PKoG-NW; § 16 Abs. 2 AdvG-BS; § 16 Abs. 2 AnwG-BL Art. 31 Abs. 1 AnwG-SG; Art. 21 Abs. 2 LAVv-TI; Art. 46 LPav-VD; Art. 40 Abs. 2 LAV-NE.

d. Standesregeln

- 54 Die einzige ausdrückliche Verpflichtung, das Honorar angemessen auszugestalten, findet sich in Art. 18 Abs. 1 SSR. Im Gegensatz zu den Bestimmungen des Auftragsrechts oder des anwaltlichen Berufsrechts handelt es sich hierbei allerdings nicht um eine Vorschrift mit Gesetzesrang. Vielmehr unterstehen den SSR ausschliesslich die Mitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbandes,¹⁷⁰ d.h. zwar weitaus die meisten, aber eben nicht alle in der Schweiz praktizierenden Anwältinnen und Anwälte.¹⁷¹ Darüber hinaus kommt den SSR bei der Auslegung der (für alle in der Schweiz praktizierenden Anwältinnen verbindlichen) Berufspflichten nach Art. 12 und 13 BGFA Bedeutung zu, soweit sie als Ausdruck einer landesweiten Übung angesehen werden können.¹⁷² Dieses Kriterium dürfte das allgemeine Gebot, die Honorare angemessen auszugestalten, zwar erfüllen. Fraglich erscheint indes, ob das so interpretierte Berufsrecht unterhalb der disziplinarrechtlichen Interventionsschwelle auf der zivilrechtlichen Ebene zwischen Anwältin und Mandantschaft Auswirkungen zeitigen kann.

3. Festsetzung des angemessenen Honorars

a. Die Bemessungskriterien

- 55 Nach dem vorstehend Ausgeführten rechtfertigt es sich, für die Angemessenheitsprüfung zunächst auf Art. 18 Abs. 1 SSR abzustellen. Nach dieser Bestimmung hat sich das Honorar *«nach den konkreten Umständen, der Schwierigkeit und Bedeutung der Angelegenheit, der Interessenlage des Mandanten, der eigenen Berufserfahrung, der geltenden Verkehrsübung und dem Verfahrensausgang»* zu

¹⁷⁰ BRUNNER/HENN/KRIESI, 257 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1065. Siehe zu Wesen und Funktion der Anwaltsverbände ferner Rz. 400 ff. hiernach.

¹⁷¹ Der SAV nennt auf seiner Website (<https://www.sav-fsa.ch/de/portrait/wer-wir-sind.html>, besucht am 2. Dezember 2021) die absolute Zahl von 11'448 Mitgliedern. Nach einer dem Verfasser am 25. Juli 2019 erteilten Auskunft führt der SAV keine Statistik darüber, wie hoch der Anteil der SAV-Mitglieder unter den registrierten Anwältinnen ist. Geschätzt betrage dieser Anteil jedoch rund 90%. Auch STAEHELIN (Anwaltsrevue 2009, 439) geht *«von einem Organisationsgrad von 90 bis 95%»* aus.

¹⁷² BGE 140 III 6, 9, E. 3.1 = Pra 2014, Nr. 81, 597 ff., 602; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 4; DIAGNE, 23; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 1471. Vgl. auch BGer 2C_247/2010 vom 16. Februar 2011, E. 5.1 und 5.4. Relativierend BRUNNER/HENN/KRIESI, 259; MÜLLER/EIHOZLER, 1474, mit Hinweis auf BGE 130 II 270, 275, E. 3.1.1.

bemessen.¹⁷³ Insbesondere die Schwierigkeit und die Bedeutung der Angelegenheit finden sich neben den Stadesregeln auch in insgesamt 19¹⁷⁴ bzw. 10¹⁷⁵ kantonalen Anwaltsgesetzen oder Tarifordnungen wieder.

Besondere Schwierigkeiten können sich in rechtlicher oder in tatsächlicher Hinsicht stellen.¹⁷⁶ Ein in tatsächlicher Hinsicht schwieriger Fall kann etwa vorliegen, wenn grosse Mengen oder fremdsprachiges Aktenmaterial¹⁷⁷ vorhanden oder technische Spezialkenntnisse erforderlich sind. Als in rechtlicher Hinsicht schwierig dürften etwa Fälle gelten, in welchen internationales oder ausländisches Recht mit zu berücksichtigen ist, oder wenn zu einer bestimmten Frage keine oder sich widersprechende Lehre oder Rechtsprechung vorliegt.¹⁷⁸ 56

Insbesondere in den nicht deutschsprachigen Landesteilen häufig als Bemessungskriterium genannt werden persönliche Eigenschaften der Anwältin wie Ausbildung, Spezialisierung und Berufserfahrung.¹⁷⁹ Dies ist insofern bemerkenswert, 57

¹⁷³ Ähnlich BGer 4A_512/2019 vom 12. November 2020, E. 5.1.1; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 4.3, m. Anm. FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 39.

¹⁷⁴ § 2 Abs. 1 lit. e AnwGebV-ZH; § 2 Abs. 1 und 2 JusKV-LU; Art. 19 Abs. 1 GGVO-UR; § 2 Abs. 1 GebTRA-SZ; Art. 32 Abs. 1 GebO-OW; Art. 33 PKoG-NW; Art. 63 Abs. 2 JR-FR (für die Bemessung der Parteientschädigung); § 2 Abs. 1 lit. c HoR-BS; § 3 Abs. 1 TO-BL; Art. 11 Abs. 2 lit. a VAnwT-AR; Art. 17 HonO-SG; § 3 Abs. 1 lit. b AnwT-AG; § 1 Abs. 2 AnwT-TG; Art. 11 Abs. 5 RTar-TI; Art. 3 Abs. 4 TDC-VD; Art. 27 Abs. 1 GTar-VS; Art. 58 Abs. 2 LTFrais-NE; Art. 34 LPav-GE (wobei hier der Begriff «*complexité*» verwendet wird); Art. 8 Abs. 1 OTar-JU.

¹⁷⁵ § 2 Abs. 1 lit. b AnwGebV-ZH (im Strafrecht); § 2 Abs. 1 und 2 JusKV-LU; Art. 19 Abs. 1 GGVO-UR; Art. 32 Abs. 1 GebO-OW; Art. 33 PKoG-NW; § 2 Abs. 1 lit. b HoR-BS; § 3 Abs. 1 TO-BL; Art. 11 Abs. 2 lit. a VAnwT-AR; § 3 Abs. 1 lit. b AnwT-AG; § 1 Abs. 2 AnwT-TG; Art. 3 Abs. 4 TDC-VD; Art. 27 Abs. 1 GTar-VS.

¹⁷⁶ DIAGNE, 122. Vgl. zudem BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 5.2.1, m. Anm. FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 39.

¹⁷⁷ Differenzierend *Commission en matière d'honoraires d'avocats GE*, ATAX/5/2006 vom 18. Januar 2006, zit. bei JACQUEMOUD-ROSSARI, 306, wonach jedenfalls die Kommunikation mit der Mandantschaft in englischer Sprache für sich genommen nicht genüge, um eine besondere Komplexität des Falles zu begründen.

¹⁷⁸ Vgl. *Commission en matière d'honoraires d'avocats GE*, ATAX/54/2008 vom 31. Oktober 2008, zit. bei DIAGNE, 123.

¹⁷⁹ Art. 21 Abs. 2 LAVV-TI; Art. 46 LPav-VD; Art. 18 Abs. 1 SSR; BGer 2C_985/2020 vom 5. November 2021, E. 6.2; *Commission en matière d'honoraires d'avocats GE*, ATAX/3/2006 vom 18. Januar 2006, zit. bei JACQUEMOUD-ROSSARI, 306; DIAGNE, 123, mit Hinweisen auf die Genfer und Waadtländer Rechtsprechung; FELLMANN, BK, Art. 394 N 413; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 168; GMÜR, 123 f.

als es der Anwaltschaft vor nicht allzu langer Zeit verboten war, Spezialgebiete überhaupt anzugeben,¹⁸⁰ während heutzutage der SAV verschiedene Fachanwaltsausbildungen anbietet. Diese persönlichen Kriterien weisen einen Konnex zur Schwierigkeit des Falles auf, da an das Vorliegen eines besonders schwierigen Falles umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je höher die persönlichen Fähigkeiten der Anwältin eingestuft werden. In diesem Sinne sollte dasselbe Kriterium nicht mehrfach berücksichtigt werden.¹⁸¹ So sollte etwa auch ein komplexes baurechtliches Mandat nicht ohne Weiteres einen besonderen «*Schwierigkeitszuschlag*» erhalten, wenn die Mandatsführerin über eine Zusatzqualifikation als Fachanwältin SAV für Bau- und Immobilienrecht verfügt.¹⁸²

- 58 Die Bedeutung bzw. Wichtigkeit der Angelegenheit wird – wie bereits vorstehend erwähnt – sowohl in Literatur und Rechtsprechung als auch in verschiedenen kantonalen Tarifen relativ häufig genannt.¹⁸³ Damit korrelieren auch die Verantwortung, welche die Anwältin gegenüber der Mandantschaft übernimmt, sowie das mit einem Fehler in der Mandatsführung verbundene Risiko.¹⁸⁴ In vermögensrechtlichen Zivilsachen besteht eine gewisse Tendenz, die Bedeutung bzw. Wichtigkeit mit dem nach Art. 91 ff. ZPO ermittelten Streitwert gleichzusetzen.¹⁸⁵ Diese Sichtweise greift nach der hier vertretenen Auffassung allerdings zu kurz.¹⁸⁶ Vielmehr sollten die Begriffe «*Bedeutung*» und «*Wichtigkeit*» auch subjektive Be-

¹⁸⁰ Dazu THOUVENIN, Berufsbild, 116 f.; DERS., Anwaltsbüro, 74 f.

¹⁸¹ HOFSTETTER, 82 (Fn. 18).

¹⁸² BORLE, 5 (Fn. 17), mit Hinweis auf die Vereinigung der Fachanwälte SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht (<https://versicherungsfachanwalt.ch/was-kosten-fachanwaelte/>, besucht am 25. Juni 2021). In gewisser Weise mit umgekehrten Vorzeichen zu einer analogen Schlussfolgerung gelangt GMÜR, 127, indem er festhält: «*Ein Bauabrechnungsprozess ist nicht einfach deshalb schwierig, weil der beauftragte Anwalt noch nie einen solchen geführt hat und sich deshalb zuerst in die Materie einarbeiten muss.*»

¹⁸³ BGE 114 V 83, 87, E. 4.b; BGer 4P.116/2006 vom 6. Juli 2006, E. 3.3; vgl. ferner BGE 93 I 116, 122, E. 5.a; DIAGNE, 120 f.; HÖCHLI, 35; TESTA, 215; siehe Rz. 55 (Fn. 175) hiervor.

¹⁸⁴ Vgl. FELLMANN, BK, Art. 394 N 413.

¹⁸⁵ Vgl. etwa § 2 Abs. 1, wonach der Streit- bzw. Interesseswert im Zivilverfahren (lit. a) und die Bedeutung der Sache im Strafverfahren (lit. b) die Grundlage der Honorarbemessung bilde.

¹⁸⁶ HOFSTETTER, 83. Vgl. ferner BGE 119 III 68, 69, E. 3.b: «*Angemessen entschädigt ist der Anwalt dann, wenn (...) die mit dem Fall verbundene Verantwortung, die sich auch in der Höhe des Streitwertes zeigen kann, berücksichtigt wird.*» (Hervorhebung beigelegt)

findlichkeiten insbesondere der Mandantschaft einbeziehen. In Betracht kommt hierbei insbesondere die wirtschaftliche Situation der Mandantschaft. So hat beispielsweise ein Betrag von CHF 30'000.00 für eine normal verdienende Privatperson eine ganz andere Bedeutung als für ein Grossunternehmen.¹⁸⁷ Zudem muss sich die Bedeutung einer Angelegenheit nicht in einem bestimmten Verfahren erschöpfen. Weiter ist etwa bei der Einsprache gegen einen wegen eines Strassenverkehrsdelikts ausgestellten Strafbefehl nicht bloss (resp. oft nicht einmal primär) die Höhe der verhängten Busse von Belang, sondern der in einem anschliessenden Administrativverfahren aufgrund des Strafurteils angeordnete Führerausweiszug. Dieser wiederum hat für einen Aussendienstmitarbeitenden eine wesentlich grössere Bedeutung als für eine in der Stadt wohnhafte Büroangestellte. Weiter sollte sich von selbst verstehen, dass auch dem Verhalten der Mandantschaft Rechnung zu tragen ist. Hat etwa die Anwältin vor Einleitung des Prozesses mit Blick auf die Kosten ausdrücklich zu einem Vergleich geraten und hat die Mandantschaft einen solchen dennoch abgelehnt, so ist das Anwaltshonorar nicht wegen geringer Bedeutung zu kürzen.

Gewisse kantonale Tarife sehen sodann generell die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Mandantschaft vor, was teilweise auch in der Lehre gefordert wird.¹⁸⁸ Der Gegenansicht zufolge verbiete sich dies, weil es dem Wesen des Auftrags als zweiseitigem Vertrag inhärent sei, dass die Leistung des Beauftragten ausschliesslich nach deren objektivem Wert zu vergüten sei.¹⁸⁹ Dieser Einwand erscheint in der Theorie zwar berechtigt, zumal bedürftigen Parteien in gerichtlichen Verfahren regelmässig die unentgeltliche Rechtspflege zur Verfügung steht. Allerdings wird in der Realität die Höhe des frei vereinbarten Honorars durch das Spiel von Angebot und Nachfrage bestimmt. Dabei spielt die Frage, welches Honorar die Mandantschaft überhaupt bezahlen kann, eine entscheidende Rolle. Zudem sei die Frage gestattet, ob etwa die Vertretung in einem handelsgerichtlichen Verfahren mit hohem Streitwert tatsächlich einen um das Vielfache grösseren objektiven Wert aufweist als die gleich kompetente Vertretung in einer familienrechtlichen Angelegenheit in bescheidenen bis normalen wirtschaftlichen

¹⁸⁷ So lag gemäss Erhebungen des Bundesamtes für Statistik der Schweizerische Medianlohn im Jahr 2018 bei CHF 6538.00 brutto pro Monat (vgl. Medienmitteilung BfS). Der als Beispiel genannte Streitwert würde den monatlichen Netto-Medianlohn also wohl mindestens um das Fünffache übersteigen.

¹⁸⁸ Art. 11 Abs. 2 lit. b VAnwT-AR; Art. 13 AnwHV-AI; Art. 17 HonO-SG; Art. 21 Abs. 2 LAVv-TI; Art. 27 Abs. 1 GTar-VS. Art. 34 LPAv-GE spricht in allgemeiner Weise von der «*situation de son client*». DIAGNE, 125 f.; SALZMANN, 293; TESTA, 215.

¹⁸⁹ GMÜR, 131.

Verhältnissen. An der unterschiedlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Zielmandantschaft wird sich zudem in aller Regel auch die Kostenstruktur einer Anwaltskanzlei orientieren, welche wiederum geradezu zwangsläufig die Honorarhöhe mit beeinflusst.¹⁹⁰

b. Vorgehen bei der Angemessenheitsprüfung

- 60 Wie vorstehend angesprochen besteht soweit ersichtlich keine gesetzliche Grundlage für eine offene Inhaltskontrolle einer wirksam abgeschlossenen Honorarvereinbarung zwischen Anwalt und Mandantschaft, sofern nicht eine Übervorteilung nach Art. 21 OR geltend gemacht wurde.¹⁹¹ Beim Zeithonorar kann ein korrigierender gerichtlicher Eingriff folglich kaum die Höhe des Stundensatzes selbst, sondern die Anzahl der geltend gemachten Stunden beschlagen, denn wer in Erfüllung eines Auftrags unangemessenen Aufwand betreibt, erfüllt den Vertrag schlecht.¹⁹²
- 61 Allerdings sollte die Höhe des Stundensatzes insofern mitberücksichtigt werden, als sie auch der Erfahrung und Ausbildung der Anwältin Rechnung tragen sollte.¹⁹³ Je erfahrener und je besser ausgebildet diese in dem in Frage stehenden Rechtsgebiet ist, desto weniger Stunden sind ihr zur Erfüllung des Mandats zuzugestehen, was sich wiederum auf die Höhe der Honorarforderung als Gesamtgrösse auswirkt. Als Referenzpunkt für die gesamte Honorarhöhe kann hilfsweise auf den kantonalen Tarif sowie die Praxis dazu zurückgegriffen werden. Allerdings ist dabei nicht in gleicher Weise vorzugehen wie bei der Festsetzung einer Parteientschädigung, *«sondern um die Angemessenheit in Bezug auf die korrekte Erfüllung des erteilten Auftrags»*.¹⁹⁴
- 62 Wie dabei genau vorzugehen ist, führt das Bundesgericht im zitierten Entscheid allerdings nicht aus. Klar sollte jedenfalls sein, dass etwa von der Mandantschaft zu vertretende Kommunikationsschwierigkeiten oder dergleichen nicht zu einer Honorarkürzung führen dürfen.¹⁹⁵ Sodann ist das Verhalten der Mandantschaft nach

¹⁹⁰ Vgl. dazu die bei BERGMANN/NIETLISPACH zusammengefasste SAV-Studie Praxiskosten.

¹⁹¹ Vgl. FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 40.

¹⁹² Siehe dazu Rz. 51 hiervor und die dortigen Hinweise.

¹⁹³ Vgl. KGer SG, AW.2019.28 vom 19. September 2019, E. II.4.d. Siehe dazu ferner Rz. 57 hiervor.

¹⁹⁴ BGer 4A_380/2016 vom 1. November 2016, E. 3.3.3. Siehe dazu Rz. 49 ff. hiervor.

¹⁹⁵ Anders offenbar das dem Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG150004 vom 5. Februar 2015 (zit. bei BRUNNER/HENN/

dem Erhalt von Zwischen- oder Schlussabrechnungen zu berücksichtigen. Sind diese nämlich genügend detailliert und hat die Mandantschaft die anwaltlichen Leistungen weiterhin vorbehaltlos entgegengenommen, so wird die Angemessenheit der darin geltend gemachten Leistungen vermutet.¹⁹⁶ In diesem Fall obliegt es der Mandantschaft, die ihrer Ansicht nach zu Unrecht in Rechnung gestellten Aufwendungen zu bezeichnen und zu bestreiten, wobei sie im Prozess auch angeben muss, wie viel Aufwand aus ihrer Sicht angemessen gewesen wäre.¹⁹⁷

III. Honorarberechtigte Leistungen

A. Im Allgemeinen

Die genauen Tätigkeiten, welche die Anwältin für die Mandantschaft auszuführen hat, richten sich nach der Mandatsvereinbarung bzw. nach dem Erfolg, den die Mandantschaft mit Unterstützung der Anwältin zu erreichen sucht. Grundsätzlich hat diese alles zu tun, was dem Mandatserfolg dienlich sein kann, und alles zu unterlassen, was den Mandatserfolg gefährdet.¹⁹⁸ Ihre Schranken findet die Interessensvertretung jedoch in der Pflicht zur Befolgung der allgemeinen Rechtsordnung, an welche sich Anwältinnen, wie alle anderen Personen auch, zu halten haben.¹⁹⁹

KRIESI, 94), vorangegangene Zivilurteil, bei welchem im Gegensatz zum Disziplinarverfahren «*das fordernde und komplizierte Verhalten der Klientin [...], welche den Anwalt mit ihren Ansprüchen selbst zu übermässigem Aufwand veranlasste*», nicht berücksichtigt worden war.

¹⁹⁶ AppGer BS, ZB.2018.15 vom 26. November 2019, E. 4.2. Anders offenbar die bei COURBAT, JdT 2018 III 228, zitierte Praxis im Kanton Waadt, wonach im dortigen Moderationsverfahren einer detaillierten Abrechnung keine besondere Beweiskraft zukomme.

¹⁹⁷ AppGer BS, a.a.O.; BUCHER, OR AT, 314 f.; FELLMANN, BK, Art. 394 N 490 ff.; HUGUENIN, 226 f.

¹⁹⁸ Vgl. BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 398 N 8; FELLMANN, BK, Art. 398 N 24; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 132; SCHILLER/NATER, 43.

¹⁹⁹ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 261; GYGI, 537; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 40; SCHILLER/NATER, a.a.O.

- 64 Sodann schuldet die Anwältin ihrer Mandantschaft zwar getreue und sorgfältige Interessenwahrung, aber keine Gefolgschaft.²⁰⁰ So können und sollen solche Instruktionen der Mandantschaft nicht befolgt werden, welche nach Beurteilung der Anwältin zur Erreichung des von der Mandantschaft angestrebten Ziels nicht möglich oder nicht zweckmässig erscheinen.²⁰¹ In einem solchen Fall trifft die Anwältin aber eine Pflicht zur Aufklärung der Mandantschaft, weshalb das von ihr gewünschte Vorgehen nicht empfehlenswert erscheint und – soweit möglich – welche alternative Vorgehensweise dem von der Mandantschaft definierten Ziel dienlicher erscheint.²⁰²
- 65 Gemäss einem Teil der Lehre soll die Anwältin die Interessen der Mandantschaft nur insoweit vertreten dürfen, als dies mit ihrer eigenen Rechtsauffassung noch zu vereinbaren ist.²⁰³ Diesbezüglich gilt es nach der hier vertretenen Auffassung zu differenzieren. Besteht etwa in einer für das Mandat relevanten Rechtsfrage ein Lehrstreit, so soll die Anwältin nach aussen grundsätzlich die für die Mandantschaft vorteilhaftere Position vertreten. Hat sie allerdings selbst in der Öffentlichkeit – etwa in ihren Publikationen – die Gegenansicht vertreten, so könnte sie in einer solchen Situation aber unglaubwürdig wirken, was wiederum der Mandantschaft schaden kann. Besteht hingegen zur entsprechenden Frage eine gefestigte Rechtsprechung, so sollte sich die Anwältin zu Gunsten der Mandantschaft auch dann darauf berufen können, wenn sie die in der Lehre daran geäusserte Kritik für berechtigt hält. In jedem Fall – und unabhängig von der eigenen Meinung – hat die Anwältin die Mandantschaft auf Lehre oder Rechtsprechung hinzuweisen, die dem im Rahmen des Mandats eingenommenen Standpunkt widerspricht.²⁰⁴
- 66 Schwierigkeiten können auftreten, wenn von der Mandantschaft nicht oder nicht rechtzeitig die erforderlichen Instruktionen eingeholt werden können. In diesem Fall hat die Anwältin nach bestem Wissen und Gewissen nach dem mutmasslichen Willen der Mandantschaft zu handeln.²⁰⁵ Handlungen ohne vorgängige Zustimmung der Mandantschaft sind nach der hier vertretenen Auffassung auf das Nö-

²⁰⁰ BGE 130 II 87, 95, E. 4.2; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 27; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 254; GYGI, 539.

²⁰¹ FELLMANN, a.a.O.; STERCHI, Komm. aFG-BE, 49. Differenzierend SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 16 f.

²⁰² SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 12.

²⁰³ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 254; STERCHI, Komm. aFG-BE, 49.

²⁰⁴ FELLMANN, Haftung, 56 f.

²⁰⁵ SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 11.

tigste bzw. unaufschiebbare zu beschränken. Ist etwa eine Frist zu wahren, so ist nach Möglichkeit um deren Erstreckung nachzusuchen und nicht ohne Absprache eine Eingabe in der Sache einzureichen. Anders verhält es sich, wenn eine Fristerstreckung nicht möglich ist.

B. Einteilung der anwaltlichen Tätigkeit

1. Forensische und nichtforensische Tätigkeit

Als forensische Tätigkeit wird primär die berufsmässige Vertretung von Mandantschaft in gerichtlichen Verfahren verstanden.²⁰⁶ Diese Tätigkeit ist – vorbehaltlich der Bestimmungen über die Freizügigkeit der Anwältinnen im EU/EFTA-Raum²⁰⁷ – den in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälten vorbehalten.²⁰⁸ Etwas unpräzise spricht Art. 2 Abs. 1 BGFA in diesem Zusammenhang vom «*Anwaltsmonopol*», obwohl es sich beim Anwaltspatent nicht um ein Monopol im Rechtssinne, sondern um eine Polizeibewilligung handelt.²⁰⁹ Der Auftrag an eine Anwältin, einen Prozess zu führen, wird bisweilen auch unter die Kategorie der Rechtshandlungsaufträge subsumiert, da in dessen Rahmen für die Mandantschaft Rechtshandlungen im Rahmen eines Prozesses ausgeübt werden.²¹⁰ 67

Die nichtforensische anwaltliche Tätigkeit wird teilweise als Tathandlungsauftrag qualifiziert, da die Erteilung von Ratschlägen keine rechtsgeschäftliche Handlung darstellt.²¹¹ Allerdings umfasst auch die nichtforensische Anwaltstätigkeit Rechtshandlungen, etwa wenn die Anwältin in Vertretung der Mandant- 68

²⁰⁶ BRUNNER/HENN/KRIESI, 16; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 21. Zum Begriff der Berufsmässigkeit vgl. BGE 140 III 155.

²⁰⁷ Vgl. hierzu BRUNNER/HENN/KRIESI, 18 ff.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 168 ff.; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 307 f., sowie die Kommentierungen der Art. 21 ff. BGFA bei FELLMANN/ZINDEL.

²⁰⁸ CR-LLCA/BOHNET/OTHENIN-GIRARD/SCHWEIZER, Art. 2 N 25 ff.; SCHILLER, a.a.O.

²⁰⁹ BGE 130 II 87, 92, E. 3; BGER 2C_897/2015 vom 25. Mai 2016, E. 7.2; BRUNNER/HENN/KRIESI, 16; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 806; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2652. Ungeachtet der sprachlichen Ungenauigkeit wird der Begriff des Anwaltsmonopols aufgrund seiner Gebräuchlichkeit auch im weiteren Verlauf der vorliegenden Arbeit verwendet.

²¹⁰ FELLMANN, BK, Art. 394 N 50; GMÜR, 7.

²¹¹ Ebd.; a.A. BSK-OR I/OSER/WEBER, wonach alle Anwaltsverträge als Tathandlungsaufträge zu qualifizieren seien.

schaft aussergerichtliche Vergleiche oder sonstige Vereinbarungen abschliesst.²¹² Die Vertretung vor nichtgerichtlichen Behörden untersteht regelmässig nicht dem Anwaltsmonopol.²¹³ So kann etwa eine Architektin in Vertretung der Bauherrschaft eine Baueingabe einreichen oder eine Steuerexpertin ihre Kundschaft in einem Steuerrekursverfahren vertreten.²¹⁴

- 69 Eine strikte Anwendung der Aufteilung zwischen forensischer und nichtforensischer Tätigkeit würde zur Erkenntnis führen, dass es in der Schweiz grundsätzlich keine rein forensisch tätigen Anwältinnen gebe, denn die Vorbereitung eines gerichtlichen Verfahrens umfasst namentlich die Beratung der sowie die Instruktion durch die Mandantschaft. Anders als etwa in Grossbritannien ist dem schweizerischen Rechtsverständnis eine Einteilung zwischen dem rein prozessierenden *barrister*, der grundsätzlich nur indirekt über den rein beratenden *solicitor* mit der Mandantschaft interagiert, fremd.²¹⁵ Demgegenüber sollen gemäss einer im Auftrag des SAV durchgeführten Studie mehr als die Hälfte der in der Schweiz eingetragenen Anwältinnen rein beratend, also nichtforensisch, tätig sein.²¹⁶ Obwohl diese nicht prozessieren, unterstehen sie den Berufsregeln des BGFA sowie der Aufsicht der kantonalen Behörde.²¹⁷ In diesem Sinne kommt dem Registereintrag rein beratend tätiger Anwältinnen und Anwälte auch die Funktion eines Qualitätssiegels zu.
- 70 Im Zusammenhang mit dem Honorar kann sich die Unterscheidung zwischen forensischer und nichtforensischer Anwaltstätigkeit im Verhältnis zum Prozessgegner oder dem Staat als wichtig erweisen, denn eine Parteientschädigung kann grundsätzlich nur für prozessuale Bemühungen zugesprochen werden.²¹⁸ Im Innenverhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft gilt hingegen in aller Regel

²¹² FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1201; DERS., BK, Art. 394 N 50.

²¹³ MEIER, 540. So untersteht etwa das Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden einschliesslich des Bundesverwaltungsgerichts nicht dem Anwaltsmonopol (WALDMANN/WEISSENBERGER/MARANTELLI/HUBER, Art. 11 N 13). Vgl. ferner für den Kanton Zürich BRUNNER/HENN/KRIESI, 17.

²¹⁴ Vgl. RHINOW/KOLLER et al., 134 f.

²¹⁵ Dazu BAILEY/CHING/TAYLOR, 146 f.; WIDMER, *Introduction*, 36, wonach diese Unterscheidung jedoch in jüngerer Zeit verschwinde.

²¹⁶ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 12, mit Hinweis auf STRÄULI, 24 f.

²¹⁷ BRUNNER/HENN/KRIESI, 23 f.; FELLMANN, a.a.O.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 644.

²¹⁸ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 199; BOESCH, 150; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 243; SUTTER-SOMM, Rz. 626. Siehe zur Parteientschädigung im Einzelnen Rz. 302 ff. hiernach.

der vereinbarte Stundensatz sowohl für die forensischen als auch für die nicht-forensischen Teilbereiche eines bestimmten Mandats, da inzwischen sämtliche Kantone Dispositions- und keine Zwangstarife mehr vorsehen.²¹⁹

2. Typische und atypische Anwaltstätigkeit

Als anwaltstypisch werden solche Tätigkeiten verstanden, welche sich darauf beziehen, der Mandantschaft den Zugang zum Recht zu gewähren.²²⁰ Dementsprechend ist der Begriff der anwaltstypischen Tätigkeit deutlich weiter gefasst als der Anwendungsbereich des Anwaltsmonopols.²²¹ Er umfasst insbesondere auch die Rechtsberatung, die Ausübung eines Willensvollstreckungsmandats²²², das Forderungsinkasso²²³ sowie die Tätigkeit in einem Gläubigerausschuss nach Art. 237 Abs. 3 oder Art. 317 Abs. 2 SchKG.²²⁴

Auf atypische Anwaltstätigkeiten sind die Berufsregeln des BGFA, einschliesslich des Berufsgeheimnisses, nicht anwendbar.²²⁵ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll das Berufsgeheimnis nicht gelten für eine Tätigkeit, *«bei der nicht das anwaltliche, sondern das kaufmännische Element überwiegt und die auch regelmässig von Banken und Treuhandbüros wahrgenommen wird»*.²²⁶ In diesem

²¹⁹ Vgl. BGer 4A_343/2007 vom 26. März 2009, E. 2.2.2; BGer 4P.94/2003 vom 11. Juli 2003, E. 1.1; BOHNET, *fixation*, 5; sowie FRIGERIO, 218 f., betreffend die Situation im Kanton Tessin.

²²⁰ BGer 8G.9/2004 vom 23. März 2004, E. 9.6.4; BOHNET/MARTENET, 750; BRUNNER/HENN/KRIESI, 25; GROSS, 12; SCHILLER, *Anwaltsrecht*, Rz. 330.

²²¹ CHAPPUIS/GURTNER, 31 ff.; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 200; FELLMANN/ZINDEL/NATER, Art. 2 N 8; MEIER, 540.

²²² BGer 2C_586/2015 vom 9. Mai 2016, E. 3.3.2 (nicht publiziert in BGE 142 II 307); BGer 2P.139/2001 vom 3. September 2001, E. 3, jedenfalls soweit die Anwältin mit Blick auf ihre besonderen Fähigkeiten mandatiert wurde; SCHILLER, SJZ 2016, 501. Differenzierend jedoch Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte BS, 27. August 2007, BJM 2010, 157 ff., 158.

²²³ BGer 2A.79/2005 vom 22. Juli 2005, E. 3.2. Anders noch BGE 120 Ib 112, 118 f., E. 4.

²²⁴ BRUNNER/HENN/KRIESI, 26; MEIER, 551; SCHILLER, *Anwaltsrecht*, Rz. 342.

²²⁵ BOHNET/MARTENET, 751 ff.; BRUNNER/HENN/KRIESI, a.a.O.; FELLMANN/ZINDEL/NATER, Art. 2 N 8a; SCHILLER, *Anwaltsrecht*, Rz. 327. Etwas unpräzise MEIER, 540. Differenzierend CHAPPUIS/GURTNER, 31.

²²⁶ BGE 120 Ib 112, 119, E. 4, bestätigt in BGE 132 II 103 = Pra 2007, Nr. 4, 14 ff., 15 f., E. 2.1; SCHILLER, *Anwaltsrecht*, Rz. 329.

Sinne wurden etwa die Finanzintermediation,²²⁷ die Tätigkeit als Schiedsrichter²²⁸ oder fiduziarischer Verwaltungsrat²²⁹ sowie die Vermögensverwaltung²³⁰ als nicht anwaltstypisch qualifiziert.²³¹ Selbstredend ebenfalls nicht unter die anwaltstypische Tätigkeit fällt das Privatleben der Anwältinnen.²³²

C. Einzelfragen

1. Reisezeit

- 73 Reisezeit wird grundsätzlich zu denselben Ansätzen verrechnet wie Arbeitszeit.²³³ Dies gilt allerdings nur, soweit die Anwältin auf der Reise keine anderen Arbeiten verrichten kann.²³⁴ Als Paradebeispiel fällt hier die Fahrtzeit im eigenen Auto ein, wobei diese infolge der immer weiteren Verbreitung von Freisprechanlagen möglicherweise für Telefonate genutzt werden könnte. Jedenfalls kann davon ausgegangen werden, dass die Verrichtung anderer Arbeiten auf einer längeren Bahn- oder Flugreise grundsätzlich möglich ist, insbesondere in der ersten bzw. Business-Klasse.²³⁵
- 74 Werden auf der Reise Arbeiten für dasjenige Mandat verrichtet, für welches die Reise durchgeführt wird, so ist diese Zeit selbstverständlich nicht doppelt (als Reise- und als Arbeitszeit), sondern nur einmal in Rechnung zu stellen. Unklar erscheint demgegenüber, ob gerade bei längeren Reisen auch die unproduktiven Zeiten (etwa für Schlafen, Verpflegung oder sonstigen Zeitvertreib) verrechnet werden dürfen.²³⁶ Wie vorstehend dargelegt, ist grundsätzlich nur diejenige Zeit vergütungsfähig, in welcher die Anwältin im Interesse der Mandantschaft tätig

²²⁷ BGE 132 II 103 = Pra 2007, Nr. 4, 14 ff., 16 f., E. 2.2 f.

²²⁸ BRUNNER/HENN/KRIESI, 26, mit Hinweis auf die unveröffentlichte Praxis der Zürcher Aufsichtskommission.

²²⁹ BGer 4A_267/2007 vom 24. Oktober 2007, E. 11.1.

²³⁰ BGE 112 Ib 606, 608 f., E. b–c.

²³¹ HÖCHLI, 3, nennt weiter das Verfassen journalistischer Beiträge in Zeitungen sowie die Erteilung von Rechtsunterricht als Beispiele nicht anwaltstypischer Tätigkeiten.

²³² BRUNNER/HENN/KRIESI, 25; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 7; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 353.

²³³ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1395; HESS, ZBJV 2004, 121.

²³⁴ VGer GL, VG.2019.67 vom 5. September 2019, E. 3.2.2; BOHNET/MARTENET, 1170; COURBAT, JdT 2021 III 16; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 164.

²³⁵ Ebd.

²³⁶ Offen gelassen in VGer GL, VG.2019.67 vom 5. September 2019, E. 3.2.2.

ist.²³⁷ Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass eine Anwältin, wenn sie auf Reisen ist, in ihrer Fähigkeit eingeschränkt ist, auf anderen Mandaten zu arbeiten. So werden etwa der Zugriff auf die Büroinfrastruktur und die relevanten Akten beschränkt und etwa Telefonate aufgrund der fehlenden Privatsphäre in öffentlichen Verkehrsmitteln kaum möglich sein. Da eine mandatsbezogene Geschäftsreise im Interesse der Mandantschaft liegt, sollte diese die Anwältin für die so entgangenen Einnahmen entschädigen. Allerdings ist die Mandantschaft jedenfalls dann vor der Abreise über die Kostenfolgen zu informieren, wenn die Reise den für ein normales Mandat üblichen Rahmen übersteigt.²³⁸ Darüber hinaus sind m.E. auch die sich mit der Digitalisierung neu eröffneten und im Zuge der Covid-19-Pandemie stark gewachsenen Alternativen, etwa Telefon- oder Videokonferenzen, vor dem Antritt einer Reise zu prüfen und mit der Mandantschaft zu besprechen.

Streng zu trennen ist die Frage der Vergütung von Reisezeiten von derjenigen der Kosten für die Reise selbst. Die Reisekosten sind als Auslagen im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR zu qualifizieren und daher zusätzlich zum Honorar von der Mandantschaft zu tragen.²³⁹ 75

2. Administrativ- und Sekretariatstätigkeiten

Grundsätzlich sind Sekretariatsarbeiten oder Hilfstätigkeiten wie etwa die Anfertigung von Fotokopien nicht separat verrechenbar, jedenfalls wenn nichts anderes besonders vereinbart wurde.²⁴⁰ So werden der Mandantschaft teilweise zusätzlich zum eigentlichen Honorar Sekretariatspauschalen in Rechnung gestellt, was von den Aufsichtsbehörden als solches offenbar nicht beanstandet wird.²⁴¹ Demgegenüber soll gemäss FELLMANN «*eigentlicher Sachbearbeitungsaufwand*» stets separat in Rechnung gestellt werden können.²⁴² 76

²³⁷ Siehe Rz. 63 ff. hiervor.

²³⁸ VGer GL, a.a.O.

²³⁹ Zu den Auslagen und Spesen im Detail vgl. Rz. 216 ff. hiernach.

²⁴⁰ KGer SG, AW.2019.28 vom 19. September 2019, E. II.3.d; BORLE, 5; BREYER, 53; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 164. HESS, ZBJV 2004, 121. Vgl. ferner im Zusammenhang mit einer Parteientschädigung nach Art. 115 EntG: BVGer, A-330/2013 vom 26. Juli 2013, E. 9.4.2, sowie für amtliche Mandate den Leitfaden Amtliche Mandate ZH, 55, 66; dazu kritisch GMÜR, 46 (Fn. 82).

²⁴¹ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG140026-O vom 7. Mai 2015, E. 6.5, zit. bei BRUNNER/DAL MOLIN-KRÄNZLIN, 485 (Fn. 37).

²⁴² FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1395; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, a.a.O.

- 77 Schwierigkeiten kann die fehlende Vergütung von Administrativ-, bzw. Sekretariatsaufwand bereiten, wenn dieser ein sehr hohes Ausmass erreicht. Wird etwa eine umfangreiche Eingabe mit vielen Beilagen verfasst, so wird die Anwältin versucht sein, diese selbst zusammenzustellen und zu der für das Erstellen der Eingabe aufgewendeten Zeit hinzuzurechnen. Mit Blick auf die Transparenz in der Rechnungsstellung erscheint daher GMÜRS Forderung berechtigt, der Anwältin zu gestatten, Sekretariatsarbeiten zu einem tieferen Stundensatz als dem eigenen in Rechnung zu stellen.²⁴³ Allerdings ist diesbezüglich klarzustellen, dass die nicht mandatsbezogene allgemeine Bürotätigkeit keinesfalls von der Mandantschaft zu entschädigen ist.²⁴⁴

3. Vermittlungsprovisionen und freie Anwaltswahl

- 78 Dritten für die Vermittlung von Mandaten eine Vergütung zu leisten oder eine solche für ihre eigene Vermittlungstätigkeit entgegenzunehmen, ist standesrechtlich verpönt.²⁴⁵ Ein Verstoß dagegen wird zudem als Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach Art. 12 lit. a BGFA qualifiziert.²⁴⁶ Dieses Verbot wird mit der Notwendigkeit der freien Anwaltswahl für die Mandantschaft begründet.²⁴⁷ Dagegen führt SCHILLER an, dass die freie Anwaltswahl einzig erfordere, dass eine genügende Anzahl «*ungebundener*» Anwältinnen zur Verfügung stehe, was hierzulande der Fall sei.²⁴⁸ Ansonsten genüge es, wenn die Anwältin offenlege, von wem sie welche Vermittlungsprovisionen erhalte.²⁴⁹ Ohnehin seien diese Provisionen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend Retrozessionen der Mandantschaft auszuzahlen.²⁵⁰

²⁴³ GMÜR, 46 (Fn. 82). Vgl. zudem die Muster-Mandatsvereinbarung bei STRAUB, 127.

²⁴⁴ Vgl. zur analogen Unterscheidung hinsichtlich Auslagen und Verwendungen HÖCHLI, 6 f.

²⁴⁵ Art. 22 SSR; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 1624 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 644 f.

²⁴⁶ BOHNET/MARTENET, 505 f.; FELLMANN/SIDLER, 26; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 20, 81; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 209 f.; HAUSER, 83.

²⁴⁷ HAUSER, 79; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 20.

²⁴⁸ SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 1625.

²⁴⁹ SCHILLER, a.a.O., Rz. 1626.

²⁵⁰ SCHILLER, a.a.O., mit Hinweis auf BGE 132 III 460, 464, E. 4.1.

Eine verbotene Vergütung liegt immer dann vor, wenn aus der Vermittlung des Mandats selbst ein materieller Vorteil entsteht.²⁵¹ Umgekehrt ist nach der hier vertretenen Auffassung das vermittelte Mandat als solches nicht als materieller Vorteil zu qualifizieren. Erstens verdient nämlich die Anwältin mit der Annahme des Mandats selbst kein Geld, sondern erst mit der Arbeit für die entsprechende Mandantschaft. Zweitens würde eine andere Auslegung des Verbots von Vermittlungsprovisionen einem generellen Vermittlungs- bzw. Empfehlungsverbot gleichkommen, was den Interessen der Mandantschaft widerspräche.

Die Vermittlung von Anwaltsmandaten erfolgt nämlich keineswegs ausschliesslich im Interesse der Anwältinnen, sondern entspricht auch einem zunehmenden Bedürfnis der Mandantschaft.²⁵² Seit geraumer Zeit ist in der Anwaltsbranche ein Trend zur zunehmenden fachlichen Spezialisierung zu beobachten.²⁵³ Insbesondere ausserhalb von Grosskanzleien können Anwältinnen daher immer weniger sämtliche juristischen Anliegen ihrer Mandantschaft selbst bedienen.²⁵⁴ Damit einhergehend wandelt sich das Berufsbild der Anwältin weg von der eng vertrauten Ansprechpartnerin für alle Rechtsfragen hin zur Erbringerin spezifischer und spezialisierter Dienstleistungen.²⁵⁵ Grossunternehmen reagieren auf diese Entwicklungen bisweilen durch die Schaffung von Anwaltsnetzwerken, weshalb auch für eine Anwaltskanzlei ein eigenes Netzwerk als Wettbewerbsvorteil dienen kann.²⁵⁶ Demgegenüber wird eine Privatperson, die nach wie vor «ihre» Anwältin als Vertrauensperson schätzt,²⁵⁷ froh sein, wenn ihr diese für jede sich stellende Rechtsfrage sofort eine ihr bekannte, entsprechend spezialisierte Kollegin nennen kann.

²⁵¹ Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, 26. März 1947, ZR 1947, Nr. 95, 158 ff., 159; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 225; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 209 f.; HAUSER, 79.

²⁵² Vgl. KELLERHALS, Anwaltskanzleien, 383.

²⁵³ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 2107; MASCELLO, Anwaltsrevue 2012, 405; THOUVENIN, Berufsbild, 116.

²⁵⁴ HÄNER, 10 (Fn. 1), schätzte 2002, dass die «kritische Grösse für eine umfassende Beratung [...] im Raum Zürich bei ca. 20 Anwältinnen und Anwälten» angesetzt sei.

²⁵⁵ MASCELLO, Anwaltsrevue 2012, 405, bezeichnet dieses neue Anforderungsprofil als «Problemlöser mit juristischem Sachverstand». Vgl. auch HÄNER, 12; HÜPPI, Anwaltsrevue 2012, 133 f.

²⁵⁶ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 2106; MASCELLO, a.a.O.

²⁵⁷ Vgl. dazu BISCHOF, 26, 30; HÜPPI, Zukunft, 961.

- 81 Die Anwaltschaft versucht ihrerseits, diesem Bedürfnis ihrer Mandantschaft gerecht zu werden, indem sie sich entweder zu immer grösseren Büros zusammenschliesst²⁵⁸ oder sich intensiver mit Kolleginnen vernetzt.²⁵⁹ Im Hinblick auf die Berufspflichten ist eine Kanzlei stets gleich zu behandeln wie eine einzelne Anwältin,²⁶⁰ sodass die interne Zuteilung auf einzelne Partnerinnen oder *Associates* selbst dann nicht als standeswidrige «*Vermittlungstätigkeit*» zu qualifizieren sein dürfte, wenn für die akquirierten Umsätze ein Bonus entrichtet wird. Aus demselben Grund muss es zulässig sein, innerhalb einer als einfache oder als Kollektivgesellschaft organisierten Kanzlei die Gewinne proportional zum (für die ganze Kanzlei) akquirierten Umsatz zu verteilen.
- 82 Bei an sich unabhängigen, aber in einem Netzwerk verbundenen Kanzleien, stellt sich jedoch die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich die Mitglieder gegenseitig bei der Akquisition von Mandaten unterstützen dürfen. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese Netzwerke nach aussen hin unter einem eigenen Namen auftreten.²⁶¹ Da nicht die Vermittlung von Mandaten als solche verboten ist, sondern nur die Entgegennahme oder Leistung von Vergütungen dafür, spricht nichts dagegen, dass eine einem solchen Netzwerk angehörende Kanzlei ihr dem Anliegen der Mandantschaft fachlich oder geografisch besser entsprechendes Partnerbüro desselben Netzwerks empfiehlt.²⁶² Heikel kann die Abgrenzung jedoch mit Blick auf die an das Netzwerk zu leistenden Beiträge werden. Gewiss generieren etwa der einheitliche Auftritt gegen aussen sowie allenfalls gemeinsam genutzte

²⁵⁸ HÜPPI, *Anwaltsrevue* 2012, 133, mit Hinweis auf die damalige Mitgliederstatistik des SAV. In diesem Zusammenhang ist auch die in den 2000er-Jahren von einigen kantonalen Aufsichtsbehörden begonnene und mit BGE 138 II 440 bundesgerichtlich bestätigte Praxis zu sehen, die Organisation von Anwaltskanzleien als Kapitalgesellschaften zuzulassen. Dazu FELLMANN, ZSR 2019 I 226 f.

²⁵⁹ HÄNER, 17 f.

²⁶⁰ Betreffend Interessenkonflikte vgl. BGer 5A_967/2014 vom 27. März 2015, E. 3.3.2; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 358.

²⁶¹ Als Beispiele für solche Netzwerke genannt seien etwa das weltweit tätige *Lex Mundi*-Netzwerk (https://www.lexmundi.com/lexmundi/About_Lex_Mundi.asp, besucht am 6. März 2020) oder die mit mehreren unabhängigen Büros in der Schweiz präsente *Swiss-Legal*-Gruppe (<https://www.swisslegal.ch/de/ueber-die-gruppe/unsere-gruppenstruktur.html>, besucht am 6. März 2020).

²⁶² KELLERHALS, *Anwaltskanzleien*, 383 f., stellt demgegenüber die direkte Kooperation verschiedener Netzwerkkanzleien bei der Mandatsbearbeitung in den Vordergrund. Dies hat nichts mit Mandatsvermittlung zu tun und ist unter den allgemeinen auftragsrechtlichen Rahmenbedingungen zulässig, sofern nicht im Einzelfall ein Interessenkonflikt besteht.

Infrastruktur gewisse Unkosten. Diese sind nicht anders zu decken als durch die Beiträge der Mitglieder, die zu erheben somit nicht grundsätzlich verboten sein können. Nach der hier vertretenen Auffassung unzulässig wäre jedoch beispielsweise eine Staffelung der Beitragshöhe, je nachdem, wie viele Mandate (oder wie viel Umsatz) das betreffende Mitglied an die Partnerbüros vermittelt hat.²⁶³ Ebenso verboten wäre m.E. sodann eine Verpflichtung der einzelnen Kanzlei, der Mandantschaft ausschliesslich Kanzleien des eigenen Netzwerks zu empfehlen. Derartige Vereinbarungen wären mit dem Grundsatz der freien Anwaltswahl nicht mehr zu vereinbaren.²⁶⁴

Grundsätzlich erlaubt ist es Anwältinnen, auch regelmässig mit Rechtsschutzorganisationen wie Gewerkschaften oder anderen Interessenverbänden (z.B. Mieter- oder Hauseigentümerverbänden) zusammenzuarbeiten.²⁶⁵ Auch diese Arrangements dürfen jedoch den Grundsatz der freien Anwaltswahl nicht verletzen, was etwa der Fall wäre, wenn ein Anwalt einer bestimmten Organisation Provisionen für die Vermittlung von Mandaten entrichten würde.²⁶⁶ In der Praxis relativ weit verbreitet ist die mehr oder weniger regelmässige Zusammenarbeit registrierter Anwältinnen mit Rechtsschutzversicherungen.²⁶⁷ 83

Eine relativ junge und soweit ersichtlich in Lehre und Rechtsprechung noch nicht gross behandelte Art der Mandatsakquisition stellen Online-Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen dar.²⁶⁸ Bei diesen Angeboten können sich Rechtssuchende in der Regel kostenlos auf der Website des jeweiligen Anbieters registrieren und ihre Rechtsfrage stellen. Die Plattform vermittelt sodann den Rechtssuchenden eine passende, ebenfalls bei ihr registrierte Anwältin, welche die Rechtssuchende für die Beantwortung der Frage durch eine Zahlung an die Platt- 84

²⁶³ In diesem Sinne stehe etwa bei *SwissLegal* gemäss KELLERHALS, Anwaltskanzleien, 383, auch nicht die Mandatsvermittlung, sondern der gemeinsame Auftritt sowie die Bündelung der Fachkompetenzen im Vordergrund des Netzwerks.

²⁶⁴ Ähnlich HAUSER, 131.

²⁶⁵ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 226; HAUSER, 127.

²⁶⁶ FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 21.

²⁶⁷ Zum Verhältnis zwischen Anwältinnen und Rechtsschutzversicherungen und der freien Anwaltswahl in diesem Zusammenhang vgl. Art. 167 AVO sowie z.B. BOHNET/MARTENET, 505 f.; LUTERBACHER, Rechtsschutzversicherung, 144 f.; DERS., HAVE 2011, 309 ff.

²⁶⁸ Vgl. TSCHÜMPERLIN/SUTTER, 78.

form vergütet.²⁶⁹ Ergibt sich dadurch ein Mandat, so verpflichtet sich die Anwältin in der Regel, für Interaktion, Zeiterfassung und Rechnungsstellung ausschliesslich die kostenpflichtigen Tools der jeweiligen Plattform zu verwenden.²⁷⁰ Der SAV sowie die Autorinnen der wenigen bisher dazu erschienenen Publikationen sehen darin einen Verstoß gegen Berufs- und Standesrecht,²⁷¹ obwohl die entsprechenden Dienstleisterinnen bisweilen mit kantonalen Anwaltsverbänden zusammenarbeiten.²⁷²

D. Schlechterbringung der Arbeit

- 85 Nach dem Wortlaut des Gesetzes führt die schlechte Erfüllung eines Auftrags zur Schadenersatzpflicht der Beauftragten (Art. 398 Abs. 2 OR), wobei sie der Auftraggeberin gleich einer Arbeitnehmerin für jedes Verschulden haftet (Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 321e Abs. 1 OR).²⁷³ Dem Gesetzeswortlaut lässt sich jedoch keine Antwort auf die Frage entnehmen, welche Auswirkungen die schlechte Auftragserfüllung auf den Honoraranspruch der Beauftragten hat. Anders als etwa im Kauf- oder im Werkvertragsrecht kennt das Auftragsrecht keine ausdrücklich geregelte Minderung.²⁷⁴
- 86 Nach der älteren Lehre und Praxis bestand ein Anspruch auf Vergütung nur, wenn der Auftrag gehörig erfüllt worden war. Dementsprechend würde jede Schlechterfüllung des Auftrags zu einem vollständigen Untergang der Honorarforderung führen.²⁷⁵ Die neuere Bundesgerichtspraxis und Literatur geht hingegen diffe-

²⁶⁹ Vgl. etwa Ziff. 3.1 der AGB des Angebots «Swiss.Anwalt» (abrufbar unter https://www.swissanwalt.ch/App_Sites/AGB/NbAllone.aspx, besucht am 2. Mai 2020). Dazu TSCHÜMPERLIN/SUTTER, 77.

²⁷⁰ Vgl. Ziff. 7 der AGB der vormalig unter digitalCounsels AG firmierenden GetYourLawyer AG (abrufbar unter <https://www.getyourlawyer.ch/agb/>, besucht am 2. Mai 2020). Dazu TSCHÜMPERLIN/SUTTER, 77.

²⁷¹ KÜMIN, 14 f.; TSCHÜMPERLIN/SUTTER, 80, a.A. offenbar FELLMANN in einem nicht veröffentlichten Gutachten für den Ringier-Verlag.

²⁷² So nennt etwa die unter dem Namen «Advonaut Service» auftretende Bluenaut Matching Services AG als «Fachpartner» den Zürcher Anwaltsverband (<https://www.advonaut.ch/>, besucht am 2. Dezember 2021).

²⁷³ BOOG/ESCHMENT, 252.

²⁷⁴ GRIEDER, 1511. Vgl. für den Kaufvertrag Art. 205 Abs. 1 OR und für den Werkvertrag Art. 368 Abs. 2 OR.

²⁷⁵ BECKER, Art. 394 N 21 GAUTSCHI, Auftrag, Art. 395 N 71b; VON BÜREN, OR BT, 138.

renzierter vor: Erweist sich die Gesamtleistung infolge der Sorgfaltspflichtverletzung der Beauftragten als unbrauchbar, so hat diese keinen Honoraranspruch. In weniger gravierenden Fällen ist das durch die Schlechterfüllung geschaffene Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung mittels Honorarkürzung auszugleichen.²⁷⁶

Von der Honorarreduktion gedanklich streng zu trennen ist der Schadenersatzanspruch.²⁷⁷ Diese Unterscheidung ist nicht nur aus dogmatischen Gründen wichtig, sondern etwa auch wegen der unterschiedlichen Verjährungsfristen.²⁷⁸ Ausserdem decken die meisten Berufshaftpflichtversicherungen zwar Schadenersatzforderungen wegen «Kunstfehlern» Honorarkürzungen jedoch nicht.²⁷⁹ Zu beachten ist ferner, dass die Honorarkürzung einzig an die Vertragsverletzung anknüpft, nicht jedoch einen Schaden im Sinne der Differenzhypothese oder ein Verschulden.²⁸⁰ Sind die Voraussetzungen sowohl des Schadenersatz- als auch des Reduktionsanspruchs erfüllt, so herrscht nach den allgemeinen Regeln Anspruchskonkurrenz samt Bereicherungsverbot.²⁸¹ 87

Die Vorgehensweise bei der Honorarkürzung wurde in der Rechtsprechung uneinheitlich gehandhabt. Teilweise wurde der Honoraranspruch um den Wert der unsorgfältigen Arbeit reduziert, d.h. nur diejenige Arbeit vergütet, welche für die Auftrag- 88

²⁷⁶ BGE 124 III 423 = Pra 1999, Nr. 22, 115 ff., 119, E. 3.c; BGer 4A_190/2019 vom 8. Oktober 2019 = Pra 2021, Nr. 18, 172 ff., 185, E. 6.1 (nicht publiziert in BGE 145 III 506); BGer 4A_444/2019 vom 21. April 2020, E. 3.3.2; DERENDINGER, 173, 207 f.; FELLMANN, BK, Art. 394 N 497 f.; GRIEDER, 1511; HOFSTETTER, 84, TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 4589 ff.; WEBER, Praxis, 71; WEBER, SVZ 1993, 9.

²⁷⁷ Vgl. EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1199; GMÜR, 177; GRIEDER, 1514.

²⁷⁸ Vertragliche Schadenersatzansprüche unterstehen der zehnjährigen Verjährungsfrist nach Art. 127 OR, solche auf Reduktion oder Rückerstattung des Honorars der fünfjährigen nach Art. 128 Ziff. 3 OR (GRIEDER, 1514, m.w.H.). Zur Verjährung des Honoraranspruchs siehe Rz. 294 hiernach.

²⁷⁹ GRIEDER, a.a.O.; RUSCH, SJZ 2013, 545; vgl. z.B. Ziff. B2.17 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der Berufshaftpflichtversicherung Rechtsanwälte, Berater, Treuhänder, Revisions- und weitere Dienstleister der AXA Versicherungen AG, Ausgabe 04.2021.

²⁸⁰ FELLMANN, BK, Art. 394 N 551; GRIEDER, 1514. Da es sich jedoch beim Auftrag um eine «*obligation de moyens*» ohne Erfolgsversprechen handelt, erscheint eine Sorgfaltspflichtverletzung ohne Verschulden nur schwer vorstellbar.

²⁸¹ GRIEDER, 1515. Siehe zur Anspruchskonkurrenz im Allgemeinen BGE 137 III 311 = Pra 2011, Nr. 129, 949 ff., 955 f., E. 5.2.1; BERGER, Schuldrecht, 75 ff.; HUGUENIN, 1376 f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 40 ff.

geberin auch brauchbar war.²⁸² In anderen Fällen wurden vertragswidrig ausgeführte Teilleistungen nicht vergütet, indem etwa ein Architekt, der seinem Auftraggeber die Überschreitung des Kostendaches nicht angezeigt hatte, nur für seine Projektierungsleistungen bis zu dieser pflichtwidrigen Unterlassung vergütet wurde.²⁸³

- 89 Eine gegen Anwältinnen vergleichsweise häufig vorgebrachte und im Zusammenhang mit dem Zeithonorar besonders bedeutsame Vorhaltung ist diejenige des unnötigen Mehraufwandes. Nach Lehre und Rechtsprechung erfüllt die Anwältin ihren Auftrag schlecht, wenn sie unnötige Aufwendungen tätigt, weshalb solche auch nicht entschädigungsfähig sind.²⁸⁴ Zu beachten ist jedoch, dass nicht jede zu einer Honorarkürzung führende Unsorgfalt auch zu einer disziplinarrechtlichen Sanktionierung der betroffenen Anwältin führt.²⁸⁵

IV. Modelle zur Honorarfestsetzung

A. Übersicht

- 90 Aus der zwischen Anwältin und Mandantschaft geltenden Vertragsfreiheit folgt, dass es den Parteien grundsätzlich freisteht, nach welchen Massstäben sie die Leistung der Anwältin, und somit auch deren Honorar, messen wollen.²⁸⁶ In der Praxis standen und stehen dabei aber nach wie vor die für das in Frage stehende Mandat eingesetzten Arbeitsstunden im Vordergrund, weshalb nachfolgend als

²⁸² BGE 110 II 375 = Pra 1985, Nr. 59, 165 ff., 167, E. 2 *in fine*; BGer, 13. Oktober 1970, i.S. *Klauser / Giba S.A.*, Rep. 1970, 210 ff., 213, E. 3; dazu DERENDINGER, 177 f.

²⁸³ BGE 108 II 197, 199, E. 2.c; dazu DERENDINGER, 178 f.

²⁸⁴ BGE 117 II 282, 285, E. 4.c; BGer vom 8. Mai 1985 = Pra 1985, Nr. 179, 518 ff., 524, E. 4 (nicht publiziert in BGE 111 II 72); BGer 4A_380/2016 vom 1. November 2016, E. 3.3.3; BORLE, 5; DERENDINGER, 197 ff.; FELLMANN, BK, Art. 394 N 532; GMÜR, 151; STERCHI, Komm. aFG-BE, 187 f.; WEBER, SVZ 1993, 9.

²⁸⁵ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG150004 vom 5. Februar 2015, zit. bei BRUNNER/HENN/KRIESI, 94: Keine Disziplinierung trotz vorgängiger gerichtlicher Honorarkürzung um 70 %.

²⁸⁶ BGer 2C_1000/2020 vom 2. Juni 2021, E. 4.1, m. Anm. EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1197; BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.1; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 4.2, m. Anm. FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2020, 39 f.; BORLE, 7; COURBAT, *JdT* 2021 III 4. Siehe ferner bereits Rz. 14 hiervor.

Erstes auf das Zeithonorar einzugehen ist.²⁸⁷ Anschliessend wird das Pauschalhonorar behandelt, welches trotz einer noch immer herrschenden Skepsis in Lehre und Rechtsprechung inzwischen ausdrücklich erlaubt ist.²⁸⁸ Besonderer Aufmerksamkeit bedarf sodann das im Anwaltsrecht traditionell gänzlich verbotene und noch immer stark eingeschränkte Erfolgshonorar.²⁸⁹ Schliesslich sind auch die zwischen diesen drei Honorarmodellen möglichen Mischformen anzusprechen.²⁹⁰

B. Das Zeithonorar

1. Allgemeines

Bei freien Anwaltsmandaten wie auch generell im Auftragsrecht stellt die Vergütung nach Zeitaufwand den absoluten Regelfall dar.²⁹¹ Wenn der Zeitanatz – in der Anwaltstätigkeit in der Regel nach Stunden bemessen – klar definiert ist, besteht die Honorarberechnung aus einer einfachen Multiplikation, woraus sich eine scheinbare Kostentransparenz ergibt.²⁹² Nur scheinbar ist diese Transparenz, weil die Anzahl der für die Führung des Mandats erforderlichen Stunden nicht nur für eine «*normal rechtskundige*» Mandantschaft kaum abschätzbar ist.²⁹³ Vielmehr bereitet insbesondere zu Beginn des Mandatsverhältnisses eine Prognose über den bis zum Mandatsabschluss getätigten Aufwand bisweilen auch einer erfahrenen Anwältin Mühe, zumal unvorhergesehene Entwicklungen keine seltene Erscheinung sind.

²⁸⁷ Siehe Rz. 91 ff. hiernach.

²⁸⁸ Siehe Rz. 94 ff. hiernach.

²⁸⁹ Siehe Rz. 118 ff. hiernach.

²⁹⁰ Siehe Rz. 197 ff. hiernach.

²⁹¹ BOHNET/MARTENET, 1168; CHAPPUIS/GURTNER, 259; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1386; GMÜR, 64; HAUSER, 62; HESS, ZBJV 2004,120 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 651.

²⁹² GMÜR, 64 f.

²⁹³ CHAPPUIS/GURTNER, 260; KRÄMER, 582.

2. (Fehl-)Anreize und Risikoverteilung

- 92 Aus Sicht der Anwaltskanzlei sorgt das Stundenhonorar für einen linearen Anstieg des Gewinns, während aus Sicht der Mandantschaft der Nutzen pro investierte Arbeitsstunde mit zunehmender Stundenzahl sinkt.²⁹⁴ Dementsprechend führt das Zeithonorar zu einer im Vergleich zu anderen Honorarmodellen höheren Rentabilität des Büros.²⁹⁵ Aus Sicht der Mandantschaft finanziell vorteilhaft wäre es somit, wenn die Anwältin ihre Tätigkeit einstellen würde, sobald sich der Zuwachs im (Prozess-)Gewinn auf einen Betrag reduziert, der unter dem Stundensatz der Anwältin liegt.²⁹⁶ Demgegenüber fehlt dieser ein finanzieller Anreiz, der Mandantschaft zu einem Vergleich zu raten statt einen hochriskanten Prozess zu führen, insbesondere wenn die Auftragslage schlecht ist.²⁹⁷ Ausserdem belohnt das Zeithonorar (insbesondere im Zusammenhang mit den relativ strengen Sorgfalts- und Haftungsregeln²⁹⁸) eine Übererfüllung der Dienstleistungsaufträge und bestraft Effizienzsteigerungen jedenfalls kurzfristig mit Umsatzeinbussen.²⁹⁹ Aufgrund dieser wirtschaftlichen Ausgangslage kann auch das Zeithonorar die anwaltliche Unabhängigkeit gefährden, was jedoch im Gegensatz zu den erfolgsabhängigen Honorarmodellen kaum diskutiert wird.³⁰⁰
- 93 Beim Zeithonorar trägt das Risiko aufwandsintensiver Entwicklungen ausschliesslich die Mandantschaft.³⁰¹ Diese kann jedoch einwenden, die Anwältin habe unnötigen Mehraufwand betrieben und damit ihren Auftrag schlecht erfüllt.³⁰² Die Frage, ob unnötiger (Mehr-)Aufwand betrieben wurde, lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung nur schwer in allgemein gültiger Weise beantworten. Entscheidend ist dabei regelmässig eine Vielzahl individueller Faktoren wie etwa die

²⁹⁴ Vgl. CHAPPUIS/GURTNER, 259; STRUB, 214.

²⁹⁵ KRÄMER, 582.

²⁹⁶ STRUB, a.a.O.

²⁹⁷ SCHENKER, 153; STRUB, a.a.O.

²⁹⁸ Vgl. dazu HELLER, 288.

²⁹⁹ KRÄMER, 583. Vgl. in diesem Sinne CHAPPUIS/GURTNER, 260, mit dem anschaulichen Vergleich, dass ein Stundentarif in der Luftfahrtbranche dazu führen würde, dass die Passagiere umso mehr bezahlten, je mehr der Flug verspätet wäre!

³⁰⁰ CHAPPUIS/GURTNER, 260; SCHENKER, a.a.O.; SCHUMACHER/DALLAFIORI, 1287. Als Beispiele ausländischer rechtsökonomischer Untersuchungen dieses Themas seien etwa die Aufsätze von BAETGE (RabelsZ 2009, 669 ff.), POLINSKY/RUBINFELD (*Am. Law Econ. Rev.* 2003, 165 ff.) sowie die Dissertation von SCHWAB (Bochum 2011) genannt.

³⁰¹ CHAPPUIS/GURTNER, a.a.O.; GMÜR, 65.

³⁰² Siehe dazu ferner Rz. 51 hiervor sowie die Hinweise in Fn. 160.

Wünsche der Mandantschaft, Umfang und Qualität der Kommunikation zwischen den Parteien sowie die der Mandantschaft zu erkennen gegebene Spezialisierung der Anwältin. Einer auf das in Frage stehende Rechtsgebiet spezialisierten und erfahrenen Anwältin wird man eine geringere Stundenzahl zugestehen als ihrem erst kürzlich patentierten oder auf ein anderes Rechtsgebiet spezialisierten Kollegen. Aus Sicht der Mandantschaft erweist es sich daher oft als günstiger, eine Spezialistin mit einem höheren Stundensatz zu konsultieren als einen vermeintlich «billigeren» nicht spezialisierten Kollegen.³⁰³

C. Das Pauschalhonorar

1. Begriff und Abgrenzung

Das Pauschalhonorar ist das wohl am weitesten verbreitete und akzeptierte sogenannte «*alternative Honorarmodell*», worunter bisweilen sämtliche anderen Honorarabreden als das klassische Stundenhonorar verstanden werden.³⁰⁴ Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird von einer eher weiten Definition des Pauschalhonorars ausgegangen, die sämtliche Honorarabreden erfassen soll, bei welchen die endgültige Höhe des Honorars schon bei Abschluss der Honorarvereinbarung und unabhängig von später hinzutretenden Faktoren (wie dem effektiven Aufwand oder dem Prozesserfolg) bestimmt ist.³⁰⁵ Das Pauschalhonorar kann aufgrund verschiedener Faktoren bemessen werden, wie etwa dem zu erwartenden Aufwand oder dem Streit- bzw. Interessenwert der Angelegenheit.³⁰⁶ Auf die in

³⁰³ BORLE, 5 (Fn. 17), mit Hinweis auf die Vereinigung der Fachanwälte SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht (<https://versicherungsfachanwalt.ch/was-kosten-fachanwaelte/>, besucht am 25. Juni 2021). Vgl. ferner FORREST, 104, betreffend die Unterscheidung zwischen dem geschaffenen Wert und der eingesetzten Zeit, sowie STRUB, 212 f., 214, zur Problematik des abnehmenden Grenzertrags.

³⁰⁴ KRÄMER, 584; REED, 24.

³⁰⁵ So auch BRUNNER/HENN/KRIESI, 147; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 162; GMÜR, 62; MÜLLER/EIHZOLZER, 1474; PFEIFER, Erfolgshonorar, 74 (Fn. 25).

³⁰⁶ BOHNET, *fixation*, 22; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 165 f.; PFEIFER, a.a.O. A.A. GAUTSCHI, Auftrag, Art. 394 N 76a, wonach sich der Auftraggeber beim Pauschalhonorar stets «*ohne Rücksicht auf den erforderlichen Zeitaufwand, die Sachkenntnis, die wirtschaftliche Bedeutung, die übernommene Verantwortung und den eingetretenen Erfolg*» zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme verpflichtet.

Lehre³⁰⁷ und Rechtsprechung³⁰⁸ bisweilen anzutreffende Unterscheidung zwischen einem Honorar nach Streitwert oder der (wie auch immer definierten) Bedeutung des Geschäfts wird somit im Rahmen der vorliegenden Arbeit verzichtet.³⁰⁹ Ein Pauschalhonorar ist dementsprechend zu definieren als eine von vornherein festgelegte Vergütung, die unabhängig von weiteren Faktoren für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen geschuldet ist.³¹⁰

- 95 Vom Kostenvorschuss unterscheidet sich das Pauschalhonorar dadurch, dass die Anwältin bei Vereinbarung einer Pauschale auch dann keine Erhöhung fordern kann, wenn sie mehr Arbeit leisten musste, als sie ursprünglich prognostizierte.³¹¹ Handkehrum hat die Mandantschaft die volle Vergütung auch zu entrichten, wenn die Führung des Mandats weniger Arbeit verursachte als anfangs erwartet.³¹² Ein Kostenvorschuss stellt demgegenüber lediglich eine Vorleistung der Mandantschaft dar, weshalb sie bei Ausschöpfung des Kostenvorschusses zur Nachzahlung verpflichtet ist und am Ende des Mandats nicht ausgeschöpfte Vorschüsse zurückverlangen darf.³¹³ Ob im Einzelfall ein Kostenvorschuss oder ein Pauschalhonorar vereinbart bzw. entrichtet wurde, ist durch Auslegung zu ermitteln. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung spreche eine natürliche Vermutung aber für die Annahme einer Vergütung nach Stundenaufwand, womit die in Frage stehende Zahlung als Kostenvorschuss zu qualifizieren sei. Ein Pauschalhonorar bedürfe vielmehr einer ausdrücklichen Vereinbarung, da es keine übliche Form des Honorars darstelle.³¹⁴

³⁰⁷ TESTA, 215 f.

³⁰⁸ Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte LU, 13. Dezember 2001, LGVE 2002 I Nr. 49, 105.

³⁰⁹ So auch BOHNET/MARTENET, 1170 f., anders etwa BORLE, 7.

³¹⁰ Vgl. auch BGer 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006, E. 3.2.3.

³¹¹ BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.2; BOHNET/MARTENET, 658; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1396; GMÜR, 63 f.; MASCELLO, Anwaltsrevue 2013, 483; MÜLLER/EIHZOLZER, 1474 f. Vgl. ferner BREYER, 16 f.

³¹² BGer, a.a.O.; BOHNET, *professions*, 69; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 165.

³¹³ BOHNET/MARTENET, 1177 f. Siehe zum Thema Kostenvorschüsse eingehend Rz. 280 ff. hiernach.

³¹⁴ BGer 2C_247/2010 vom 16. Februar 2011, E. 5.4; a.A. GMÜR, 66 f. Ebenfalls anders wohl BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.4 (Frage *i.c.* ausdrücklich offengelassen).

2. Zulässigkeit

Sowohl nach der ausdrücklichen Regelung in Art. 19 Abs. 1 SSR als auch nach 96
 einhelliger Ansicht in Lehre und Rechtsprechung ist die Vereinbarung eines Pauschalhonorars zulässig.³¹⁵ Allerdings müssen Pauschalhonorare nicht nur, wie anders berechnete Honorare auch, angemessen sein,³¹⁶ sondern nach dem zweiten Satz von Art. 19 Abs. 1 SSR der «*voraussichtlichen Leistung*» der Anwältin entsprechen.³¹⁷ Ob dieser Vorschrift eine eigenständige, über das allgemein geltende Gebot der Angemessenheit hinausgehende Bedeutung zukommt, erscheint unklar. Da der voraussichtliche Stundenaufwand nicht die einzige zulässige Bemessungsgrundlage für ein Pauschalhonorar darstellt,³¹⁸ dürfte der zweite Satz von Art. 19 Abs. 1 SSR eher auf das nach wie vor bestehende prinzipielle Misstrauen gegenüber dem Pauschalhonorar wie auch sämtlichen anderen Honorarmodellen als dem Zeithonorar schliessen lassen.³¹⁹ Jedenfalls muss auch das Pauschalhonorar auf seine Angemessenheit überprüfbar sein, weshalb auch hier eine genaue Erfassung des Zeitaufwands erforderlich ist.³²⁰ Deshalb empfiehlt es sich gerade bei einer solch (angeblich oder tatsächlich) unüblichen Vergütungsform dringend, die Bemessungsgrundlage des Pauschalhonorars bei Abschluss der Vereinbarung schriftlich festzuhalten, nicht zuletzt, um die Einhaltung der Aufklärungspflicht zu dokumentieren.³²¹

³¹⁵ Vgl. BGE 113 Ia 279, 283 ff., E. 2.b ff.; BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.2; BGer 2C_247/2010 vom 16. Februar 2011, a.a.O.; BOHNET/MARTENET, 1170 f.; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 165; PFEIFER, Erfolgshonorar, 74 (jedenfalls für Beratungsleistungen); SCHENKER, 150; TESTA, 216; ZINDEL, 43.

³¹⁶ Art. 18 Abs. 1 SSR. Vgl. zur Angemessenheit eingehend Rz. 49 ff. hiervor.

³¹⁷ Vgl. TA GE A/226/1999 vom 31. August 1999, zit. bei VALTICOS/JACQUEMOUD-ROSSARI, SJ 2003 II 264 f.; BOHNET/MARTENET, 522; GMÜR, 64.

³¹⁸ BOHNET/MARTENET, 658; COURBAT, JdT 2021 III 15 f.

³¹⁹ Vgl. BGE 101 II 109, 111 f., E. 2; BGE 78 II 123, 127, E. 2; BOESCH, 156; GAUTSCHI, Auftrag, Art. 394 N 76g; WEBER, SVZ 1993, 10 f.

³²⁰ BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.5.1; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 5.2.2; HESS, ZBJV 2004, 120; a.A. GMÜR, 134.

³²¹ Vgl. BGer 2C_247/2010 vom 16. Februar 2011, E. 5.4, sowie den Sachverhalt von BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, wo die Vereinbarung eines Pauschalhonorars unklar war (vgl. dazu die dortige E. 4.4); EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1199.

3. Chancen und Risiken

- 97 Wer sich trotz der in Lehre und Rechtsprechung vorherrschenden Skepsis auf das Wagnis eines Pauschalhonorars einlässt, wird in aller Regel mit einem geringeren administrativen Aufwand auf Seiten der Rechtsvertretung belohnt.³²² Dieser wird der Mandantschaft zwar nicht direkt in Rechnung gestellt,³²³ aber von dieser über das Honorar der eigentlichen anwaltlichen Tätigkeit indirekt mitfinanziert. Darüber hinaus beugt ein Pauschalhonorar, zumindest in der Theorie, umfangreichen Diskussionen über die Notwendigkeit oder Angemessenheit einzelner Aufwandspositionen vor.³²⁴ Die Mandantschaft kommt sodann in den Genuss voller Kostentransparenz, indem sie im Voraus weiss, was sie die vereinbarte Leistung kosten wird.³²⁵ Ein weiterer Vorteil des Pauschalhonorars kann darin liegen, dass die Anwältin im Gegensatz zum Zeithonorar nicht den Anreiz hat, möglichst viel Zeit in Anspruch zu nehmen, sondern möglichst effizient zu arbeiten.³²⁶ Eine dadurch unter Umständen effizientere Arbeitsweise kann sich daher in Form einer zügigeren und gezielteren Mandatsbearbeitung manifestieren.
- 98 Demgegenüber kann sich ebendieser Vorteil auch nachteilig auswirken, denn der (unmittelbare) finanzielle Anreiz der Anwältin beim Pauschalhonorar besteht eben gerade darin, den eigenen Aufwand möglichst gering zu halten.³²⁷ Die Anwältin kann daher in Versuchung geraten, unsorgfältig zu arbeiten oder voreilig zu einem Vergleich zu raten, insbesondere wenn sie die Pauschale im Voraus zu tief angesetzt hat. Weiter weist das Pauschalhonorar, da es zu Beginn des Mandats festgesetzt wird und dadurch immer auf gewissen Prognosen basiert, stets ein aleatorisches Moment auf: Wird für die Bearbeitung des Mandats weniger Zeit benötigt

³²² Wobei nach Lehre und Rechtsprechung auch bei Pauschalhonoraren detailliert und unter Angabe des Zeitaufwands über jede einzelne Tätigkeit abzurechnen ist (BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.3; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 5.2.2; BORLE, 8; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 506; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 145 f.; MÜLLER/EIHLER, 1474 f.; TESTA, 201).

³²³ Siehe dazu im Einzelnen Rz. 76 ff. hiervor.

³²⁴ Allerdings können sich diese indirekt bei der Frage manifestieren, ob das Pauschalhonorar der «*voraussichtlichen Leistung*» entspricht (dazu Rz. 96 hiervor) oder ob die Pauschale infolge unvorhergesehener Umstände angepasst werden muss (dazu Rz. 109 hiernach).

³²⁵ TESTA, 233. Vgl. auch KRÄMER, 583, der das klassische Zeithonorar genau aufgrund der zwischen Anwalt und Mandantschaft herrschenden Informationsasymmetrie über den künftig anfallenden Aufwand kritisiert.

³²⁶ Siehe zur analogen Überlegung beim Zeithonorar Rz. 92 hiervor.

³²⁷ STRUB, 214.

als zuvor angenommen, bezahlt die Mandantschaft mehr als bei Vereinbarung eines Zeithonorars. Demgegenüber muss die Anwältin einen Verlust hinnehmen, falls die Angelegenheit mehr Arbeit erfordert als erwartet.³²⁸ Aufgrund dieser Faktoren hat die Rechtsvertretung in gewisser Hinsicht nicht nur beim Erfolgshonorar, sondern auch beim Pauschalhonorar ein eigenes finanzielles Interesse am Fall, was hier wie dort ihre Unabhängigkeit in der Mandatsführung gefährden kann.³²⁹ Ein weiteres Risiko des Pauschalhonorars liegt in der Informations- bzw. Wissensasymmetrie zu Gunsten der Anwältin begründet. Bei der Aushandlung der Pauschale kann eine Anwältin in Versuchung geraten, die Schwierigkeiten des Falles übertrieben darzustellen, um sich so eine unangemessen hohe Pauschale versprechen zu lassen.³³⁰

Darüber hinaus besteht ein Potenzial für Streitigkeiten darüber, welche Leistungen von der Pauschale abgedeckt sowie ob und allenfalls welche zusätzlichen Bemühungen separat zu vergüten sind.³³¹ In der Lehre wird das Pauschalhonorar deshalb bisweilen als Gesamthonorar beschrieben, das stets alle mit dem definierten Rechtsfall verbundenen Rechtsdienstleistungen abgelte.³³² Die Debatte wird damit jedoch genau genommen nur zur Frage hin verlagert, was mit dem definierten Rechtsfall gemeint ist und welche Leistungen damit «*verbunden*» sind.³³³

Diese Frage kann sich gerade bei langfristigen und/oder vielfältigen Geschäftsbeziehungen zwischen Anwältin und Mandantschaft als schwierig erweisen. So kann es etwa vorkommen, dass ein Unternehmen, das sich um ein Projekt bewirbt, bereits zu Beginn der Bewerbungsphase eine Anwaltskanzlei bezieht, die in der Folge auch die Aushandlung und Gestaltung des Vertrages übernimmt und bei der

³²⁸ Vgl. BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.2; BOHNET/MARTENET, 658; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1396; GMÜR, 63 f.

³²⁹ TESTA, 231. STRUB, 214, kommt daher zum Schluss, dass ein erfolgsunabhängiges Pauschalhonorar die anwaltliche Unabhängigkeit noch mehr gefährde als das *pactum de quota litis*. Zur entsprechenden Diskussion beim Erfolgshonorar siehe Rz. 128 ff. hiernach.

³³⁰ Vgl. das Beispiel TA GE A/226/1999 vom 31. August 1999, zit. bei VALTICOS/JACQUEMOUD-ROSSARI, SJ 2003 II 264 f., sowie FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 124; TESTA, 231.

³³¹ Vgl. BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.5.2.

³³² PFEIFER, Erfolgshonorar, 74 (Fn. 25).

³³³ Gemäss GMÜR, 63, stellt sich in solchen Fällen die Frage, ob Mehr- oder Minderaufwände Folge einer Vertragsänderung sind. Treffe dies zu, sei der Beauftragte mit einem im Vergleich zur Pauschale entsprechend verminderten oder erhöhten Honorar zu entschädigen.

Ausführung mit Rat und Tat zur Seite steht. Kommt es alsdann zum Streit, wird das Unternehmen regelmässig dasselbe Büro mandatieren, einerseits aufgrund des bestehenden Vertrauensverhältnisses und andererseits, weil eine aufwändige und kostspielige Einarbeitung in das Dossier entfällt. Wird in einem solchen Fall ein Pauschallhonorar vereinbart, fragt sich, etwa mit Blick auf allfällige Streitigkeiten, die zu Beginn der Bewerbungsphase in der Regel noch gar nicht absehbar sind, welche Leistungen noch in der Pauschale enthalten und welche separat vergütet werden müssen.

- 101 Viele Unternehmen, insbesondere KMU, verfügen zudem oftmals gar nicht über eine eigene Rechtsabteilung, weshalb sie bei Bedarf ebenfalls auf externe Anwaltskanzleien zurückgreifen. Derartige Klientenbeziehungen sind in der Regel durch eine Vielzahl kleinerer, mehr oder weniger isolierter «Mandate» gekennzeichnet, sodass sich diesbezüglich besondere Vergütungsabreden anbieten, sei es in Form einer regelmässigen (etwa quartalsweisen) Abrechnung nach Stundenaufwand ohne Unterscheidung nach einzelnen Dossiers, oder eben durch eine Monats-, Quartals- oder Jahrespauschale, die im Idealfall beiden Seiten die Budgetplanung erleichtert und mühevoll Einzelabrechnungen erspart.³³⁴ Ist die Mandantschaft in einem solchen Fall mit einer grösseren Angelegenheit, etwa einem Gerichtsverfahren oder einer Transaktion, konfrontiert, stellt sich die Frage, in welchem Umfang die dabei anfallenden Bemühungen von der Pauschale gedeckt sind.

4. Staffelung und Nachverhandlungen während des laufenden Mandats?

- 102 Solche und weitere Beispiele zeigen, dass es unabdingbar und im Rahmen der anwaltlichen Aufklärungspflicht regelmässig auch obligatorisch ist, in der Honorarvereinbarung genau zu definieren, welche Leistungen von der Pauschale abgegolten werden.³³⁵ Denkbar wäre es etwa, Pauschallonorare zeitlich resp. mit Blick auf bestimmte Verfahrensstadien bzw. Verfahrenshandlungen zu staffeln.³³⁶ Ist die Mandantschaft etwa bereit oder in der Lage, mit Blick auf eine bestimmte

³³⁴ Eine weitere Möglichkeit bieten in solchen Fällen beispielsweise auch Vereinbarungen, wonach sich eine Anwältin verpflichtet, eine bestimmte Anzahl Arbeitstage zu einer im Voraus bestimmten Vergütung für die Mandantschaft zu arbeiten. Bei regelmässigem Arbeitsanfall kann sich überdies auch eine Retainer-Vereinbarung als vorteilhaft erweisen (siehe dazu Rz. 200 ff. hiernach).

³³⁵ FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 165; SCHILLER, SJZ 2004, 359.

³³⁶ Pauschale Gebühren für einzelne Verfahrenshandlungen werden in den USA bisweilen als «*task-based fees*» bezeichnet, dazu BREYER, 17 (Fn. 28).

(potenzielle) Streitigkeit für eine erste Abklärung der Prozesschancen nur einen bestimmten Betrag zu investieren, so kann dieser beispielsweise als Pauschale für eine solche Ersteinschätzung festgelegt werden, die in einem Klientenbrief enthalten sein soll. Entscheidet sich die Mandantschaft alsdann aufgrund dieser Einschätzung, die Sache weiterzuverfolgen, so können etwa weitere Pauschalen für die Vergleichsbemühungen bis einschliesslich des Schlichtungsverfahrens, bis Abschluss des ersten Schriftenwechsels, bis zur Beendigung des erstinstanzlichen Verfahrens sowie für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren vereinbart werden.

Dieses Vorgehen würde die Möglichkeit bieten, die Pauschalen nach Erreichen des jeweiligen «Meilensteins» unter Berücksichtigung der neu gewonnenen Erkenntnisse über den Fall und seine Entwicklung jeweils neu auszuhandeln und so das Risiko einer letztlich unangemessenen Pauschale zu reduzieren. Zudem verringert sich mit einem solchen Vorgehen die Gefahr, dass die Anwältin der Mandantschaft gegenüber ein übertriebenes Risiko geltend macht, um eine höhere Pauschale zu rechtfertigen. Erachtet die Mandantschaft nämlich die Gefahren des nächsten Schrittes grösser als den potenziellen Nutzen, so wird sie eine Weiterführung des Mandats gegen Entrichtung einer weiteren Pauschale verweigern. Nicht zuletzt kann die Aufteilung der Pauschale in verschiedene Verfahrensabschnitte Anhaltspunkte zur Frage liefern, wie sich etwa ein frühzeitiger Mandatsabschluss durch Vergleich auf das Honorar auswirkt.³³⁷ 103

Angesichts eines jüngeren bundesgerichtlichen Leitentscheids fragt sich jedoch, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Vereinbarungen zulässig sind.³³⁸ 104 Diesem Entscheid lag eine Streitigkeit über eine Erfolgsprämie zugrunde, die auf einer etwa ein Jahr nach Mandatsübernahme geschlossenen Honorarvereinbarung beruhte. Neben den grundlegenden Erwägungen über die Zulässigkeit solcher Erfolgsprämien (*pacta de palmario*), auf welche nachstehend zurückzukommen sein wird,³³⁹ hielt das Bundesgericht fest:

«Drittens besteht schliesslich eine zeitliche Grenze für den Abschluss eines pactum de palmario: Es darf zu Beginn des Mandatsverhältnisses oder nach Beendigung des Rechtsstreits abgeschlossen werden, nicht aber während des laufenden Mandats (...). Dies ergibt sich einerseits aus Art. 12 lit. i BGFA, wonach die Anwälte ihre Klientschaft bei Übernahme des Mandats über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung aufklären (vgl. zum Pauschalhonorar Urteil 2C_247/2010 vom 16. Februar 2011 E. 5). Andererseits ist diese Einschränkung erforderlich, um die

³³⁷ Siehe zur vorzeitigen Mandatsbeendigung Rz. 110 ff. hiernach.

³³⁸ BGE 143 III 600, 614, E. 2.7.5.

³³⁹ Siehe Rz. 144 ff. hiernach.

Gefahr einer Übervorteilung einzudämmen. Denn ein Anwaltswechsel während laufendem Mandat ist für den Mandanten mit Kosten und Verzögerungen verbunden, womit er sich in einer gewissen Zwangslage befindet, wenn sein Anwalt zu diesem Zeitpunkt die Zustimmung zu einer Erfolgsprämie verlangt.»³⁴⁰

- 105 In dieser Passage wird zwar nur in einer Klammerbemerkung auf das Pauschalhonorar Bezug genommen, wobei das zitierte Urteil 2C_247/2010 vom 16. Februar 2011 einen Fall betraf, bei welchem bei Mandatsantritt gar keine Aufklärung über das Honorarmodell stattgefunden hatte.³⁴¹ Allerdings findet die vom Bundesgericht angerufene Aufklärungspflicht bei Mandatsübernahme nicht nur auf Erfolgsprämien Anwendung, sondern gilt unabhängig vom gewählten Honorarmodell.³⁴² Ebenso wenig haben die mit einem Anwaltswechsel auf Seiten der Mandantschaft anfallenden Kosten und Mühen direkt etwas mit der Problematik rund um das Erfolgshonorar (oder das Pauschalhonorar) zu tun. Deshalb befindet sich bei der vorgenannten zeitlichen Staffelung von Pauschalhonoraren die Mandantschaft jedenfalls dann in einer dem BGE 143 III 600 zugrunde liegenden Fall entsprechenden Zwangslage, wenn die einzelnen Pauschalen nicht schon zu Beginn des Mandats festgesetzt, sondern bei Erreichen der jeweiligen «Meilensteine» neu ausgehandelt werden.³⁴³
- 106 Obwohl die vom Bundesgericht angerufenen Interessen der Mandantschaft nicht von der Hand zu weisen sind, würde ein Verbot, Pauschalhonorare zwischen der Mandatsübernahme und dem Mandatsende zu vereinbaren, wohl zu weit gehen.³⁴⁴ Es versteht sich von selbst, dass einerseits eine Anwältin die Mandantschaft nur so weit über die voraussichtlichen Kosten sowie die Chancen und Risiken des Falles aufklären kann, als sie zum fraglichen Zeitpunkt überhaupt über die erforderlichen Informationen verfügt. Andererseits ist ebenso selbstverständlich, dass die Anwältin bei der Erstkonsultation über deutlich weniger Information verfügt als zu einem späteren Zeitpunkt. Soll ein Pauschalhonorar vereinbart werden, müssen die vorhandenen Wissenslücken mit Annahmen und Prognosen aufgefüllt und die Vergütung gestützt darauf festgelegt werden. Je weniger die Anwältin über den
-
- ³⁴⁰ BGE 143 III 600, 614, E. 2.7.5, Hervorhebung beigegefügt.
- ³⁴¹ BGER, a.a.O., E. 5.4.
- ³⁴² Vgl. BGER 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.5; BGER 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 5.2.2; MÜLLER/EIHLZER, 1474 f.
- ³⁴³ Wohl anders jedoch BGER 4A_380/2016 vom 1. November 2016, E. 3.2.2, wonach es durchaus möglich sei, «für einen Verfahrensschritt einen besonderen Stundenansatz zu vereinbaren».
- ³⁴⁴ Noch weitergehend SCHUMACHER/DALLAFIOR, 1292 f., wonach keine irgendwie geartete zeitliche Grenze eine Grundlage im Aufsichtsrecht habe.

Fall weiss, desto höher ist das Risiko, dass sich die festgesetzte Pauschale im Nachhinein als unangemessen erweist. Da die Anwältin im Zweifel dazu tendieren wird, die Pauschale eher zu hoch statt zu tief anzusetzen, wird sich die bei Mandatsübernahme bestehende Unsicherheit in aller Regel zu Lasten der Mandantschaft auswirken.

Mit Blick auf die durch einen drohenden Anwaltswechsel bestehende Zwangslage der Mandantschaft besteht tatsächlich das Problem, dass die Anwältin frei ist, ihr Mandat jederzeit niederzulegen, soweit die Auflösung des Mandatsverhältnisses nicht zur Unzeit erfolgt. Zur Unzeit erfolgt die Mandatsniederlegung im Wesentlichen, wenn die Mandantschaft nicht in der Lage ist, rechtzeitig eine andere Rechtsvertretung zu beauftragen.³⁴⁵ Die durch einen Anwaltswechsel drohenden Kosten für die Mandantschaft stehen daher grundsätzlich immer im Raum, und zwar unabhängig vom Honorarmodell.³⁴⁶ Durch ein Verbot, bestehende Honorarvereinbarungen während des laufenden Mandats zu ändern, soll deshalb wohl verhindert werden, dass Anwältinnen mittels «*Änderungskündigung*» eine Honorarerhöhung durchdrücken und so die durch die Aufklärungspflicht bei Mandatsübernahme bezweckte Transparenz nachträglich wieder beseitigen. Zudem wird die Mandantschaft einer so «*vorgeschlagenen*» Honorarerhöhung in der Regel zustimmen, wenn sie annimmt, dass das so entstehende Zusatzhonorar nicht höher ausfällt als die bei einem Anwaltswechsel zu erwartenden Kosten.

Die Festsetzung zeitlich gestaffelter Pauschalen nach Erreichen bestimmter, zum Voraus definierter Ereignisse kann sich, wie vorstehend aufgeführt, in Form angemessenerer Pauschalhonorare jedoch auch zum Vorteil der Mandantschaft auswirken. Es fragt sich daher, ob den berechtigten Schutzbedürfnissen der Mandantschaft auch Rechnung getragen werden kann ohne ein kategorisches Verbot, während des laufenden Mandats die Höhe der Pauschalen festzulegen. Um dem gesetzlich verankerten Anspruch der Mandantschaft auf Aufklärung Rechnung zu tragen, sollte die Anwältin diese bei der Festsetzung der jeweiligen Pauschalhonorare auf jeden Fall umfassend und nachweislich über die Bemessungsgrundlagen informieren. Der Gefahr einer «*Änderungskündigung*» durch die Anwältin könnte beispielsweise begegnet werden, wenn der Mandantschaft zu Beginn des Mandats die Wahl eingeräumt wird, sich anstelle des vor Beginn eines neuen «*Rechnungsabschnitts*» vorgeschlagenen Pauschalhonorars für ein Zeithonorar nach einem

³⁴⁵ Vgl. FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 32a; TESTA, 253 f.; anders wohl BRUNNER/HENN/KRIESI, 104.

³⁴⁶ WOLFFERS, 144.

bei Mandatsbeginn festgelegten Stundensatz zu entscheiden.³⁴⁷ Freilich löst dieser Ansatz das Grundproblem nicht, dass das Mandatsverhältnis eben trotzdem kündbar ist, ebenso wenig wie das vom Bundesgericht offenbar aufgestellte Verbot, das Honorar während eines laufenden Mandats neu auszuhandeln.

5. Erhöhung oder Kürzung des Pauschalhonorars

a. Unvorhersehbare Umstände

- 109 Einige Stimmen in der Lehre sprechen sich für eine analoge Anwendung des aus dem Werkvertragsrecht stammenden Art. 373 Abs. 2 OR aus. Demnach soll das Gericht das Pauschalhonorar nach oben oder unten anpassen können, wenn Umstände eintreten, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren.³⁴⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte diese Ausnahmebestimmung restriktiv ausgelegt werden, denn die mit einem Pauschalhonorar einhergehenden beidseitigen Kostenrisiken sind von den Parteien in einer gewissen Bandbreite ausdrücklich gewollt.

b. Vorzeitige Mandatsbeendigung

- 110 Bei Vereinbarung einer Pauschale stellt sich sodann die Frage, was bei vorzeitiger Beendigung des Mandatsverhältnisses geschehen soll. Da das Vertragsverhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft (nach der hier vertretenen Auffassung in jedem Fall) dem Auftragsrecht untersteht, findet auch Art. 404 OR Anwendung. Dieser erlaubt jeder Partei jederzeit den freien Widerruf bzw. die freie Kündigung des Auftrags; selbst eine Kündigung zur Unzeit ist wirksam.³⁴⁹ Da mit einer vorzeitigen Beendigung des Mandatsverhältnisses somit grundsätzlich immer zu rechnen ist, kann eine solche kaum als unvorhergesehener Umstand gelten, der die analoge Anwendung von Art. 373 Abs. 2 OR rechtfertigen würde.

³⁴⁷ Siehe zum Wahlrecht der Mandantschaft betreffend das Honorarmodell Rz. 215 hier-nach.

³⁴⁸ EGLI, 299 f.; FELLMANN, BK, Art. 394 N 445; GMÜR, 64.

³⁴⁹ Vgl. HONSELL, 360 ff.; HUGUENIN, 1102 ff.; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, 292 ff.; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 4616 ff. Zur Vertragsqualifikation siehe Rz. 4 ff. hiervor.

Dennoch wird die Mandatschaft deswegen bei Niederlegung oder Entzug des Mandats nicht stets das volle, für das bis zum ordentlichen Abschluss geschuldete Pauschalhonorar entrichten müssen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts darf nämlich das in Art. 404 Abs. 1 OR verankerte jederzeitige und beidseitige Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht nicht nur vertraglich nicht ausgeschlossen, sondern dessen Ausübung auch nicht durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe erschwert werden.³⁵⁰ Entsprechende Abreden sind nichtig und stellen darüber hinaus auch eine Sorgfaltspflichtverletzung der Anwältin dar.³⁵¹ Nach der hier vertretenen Auffassung betrifft dies auch eine Vereinbarung, wonach das Pauschalhonorar bei vorzeitiger Mandatsbeendigung im vollen Umfang geschuldet wäre.³⁵² Daraus folgt, dass bei vorzeitigem Ende des Mandatsverhältnisses die Pauschale anteilmässig zu kürzen ist.

Hinsichtlich der Bemessung gilt wie auch bei anderen Auftragsverhältnissen der Grundsatz, wonach die Entschädigung im Verhältnis zum bereits geleisteten Arbeitsaufwand stehen muss.³⁵³ Zwar kann der von der Anwältin betriebene zeitliche Aufwand auf den (zeitlichen) Umfang der bisherigen Bemühungen hinweisen. Anders als beim Zeithonorar sollte jedoch beim Pauschalhonorar nicht unbesehen oder ausschliesslich auf die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden abgestellt werden, denn die Parteien haben sich mit der Vereinbarung eines Pauschalhonorars eben gerade gegen eine ausschliesslich durch Zeitaufwand definierte Vergütung entschieden.

Ein «Umwandlung» des Pauschalhonorars in ein Zeithonorar könnte überdies Fehlanreize schaffen. So könnte die Anwältin versucht sein, das Mandat eher niederzulegen als gratis weiterzuarbeiten, wenn sie bemerkt, dass sie für den Fall deutlich länger benötigt als bei Mandatsantritt vermutet. Eine solche Umwandlung des Vergütungsmodells bei Mandatsniederlegung durch die Anwältin erscheint zudem auch im Lichte der berufsrechtlichen Aufklärungspflicht höchst problematisch.

³⁵⁰ BGE 115 II 464, 467 f., E. 2.a.dd; BGE 104 II 108, 116, E. 4; Kritisch BÜHLER, SJZ 2018, 489.

³⁵¹ BOHNET/MARTENET, 506.

³⁵² BOHNET/MARTENET, a.a.O.; BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 404 N 13, mit Hinweis auf die ältere Rechtsprechung; HONSELL, 361.

³⁵³ FELLMANN, BK, Art. 404 N 30; HÖCHLI, 129; SCHNEEBERGER, 199 f. Vgl. ferner für den Frachtvertrag BGE 109 II 231 = Pra 1984, Nr. 12, 33 ff., 34, E. 3.c.aa.

tisch. Nach Lehre und Rechtsprechung ist es nämlich (jedenfalls ausserhalb des Kantons Genf³⁵⁴) nicht zulässig, zu vereinbaren, dass eine Anwältin nach Mandatsabschluss eigenmächtig über das Honorarmodell entscheidet.³⁵⁵

- 114 Problematisch erschiene es sodann, auch bei Mandaten mit einer mehr oder weniger fest definierten Zeitdauer den Anteil der geleisteten Arbeit an der Pauschale allein nach Zeitablauf zu definieren. Schliesslich ist der blosser Zeitablauf keine Leistung der Anwältin. Wird etwa in einem Zivilprozess die Klägerin vertreten und während dreier Monate nach Erteilung der Klagebewilligung intensiv an der Klageschrift gearbeitet, so wird die honorarberechtigte Leistung zwischen der Einreichung der Klage und dem Erhalt der Klageantwort kaum ansteigen. Es wäre daher unangemessen, der Anwältin bei einer Mandatsbeendigung kurz vor Erhalt der Klageantwort deutlich mehr Honorar zuzugestehen als bei einer Kündigung gleich nach Versand der Klage.
- 115 Wenn nun also nicht nur auf die geleisteten Arbeitsstunden abgestellt werden darf, kann sich bei vorzeitiger Beendigung eines pauschal honorierten Mandats fragen, welchen Anteil ihrer Arbeit die Anwältin im Beendigungszeitpunkt bereits geleistet hat und auf welchen Anteil der Honorarpauschale sie damit Anspruch hat. Da diese Frage in einer Honorarvereinbarung in aller Regel nicht beantwortet sein wird, dürfte auch hier im Streitfall eine gerichtliche Vertragsergänzung erforderlich werden.³⁵⁶ Dabei ist – wie üblich – primär vom tatsächlichen und sekundär vom hypothetischen Parteiwillen auszugehen.³⁵⁷ Falls die Parteien vereinbart haben, die Gesamtpauschale in verschiedene, nach «Meilensteinen» definierte Teilpauschalen aufzuteilen, so sollte in erster Linie darauf abgestellt werden. So wäre es zum Beispiel denkbar, dass die Parteien für einen aktiven Forderungsprozess eine Gesamtpauschale vereinbaren, wovon je 25 % nach Einreichung des Schlichtungsbegehrens, nach dem ersten und zweiten Schriftenwechsel sowie nach Eröffnung des Urteils zu entrichten sind. Würde das Mandatsverhältnis in diesem

³⁵⁴ BGE 135 III 259 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff., mit kritischer Anmerkung SCHWANDER, ZBJV 2009.

³⁵⁵ Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte LU, 13. Dezember 2001, LGVE 2002, Nr. 49, 105 ff., 108; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1392; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 162a; SCHWANDER, ZBJV 2009, 605.

³⁵⁶ Dem Verfasser liegen diesbezüglich keine Zahlen oder sonstigen Angaben vor. Es erschiene jedoch erstens befremdlich, würde das Szenario einer Mandatsniederlegung vorgängig so detailliert angesprochen. Zweitens scheint es auch kaum möglich, von Anfang an eine angemessene Lösung für jeden beliebigen Zeitpunkt im Verlauf des Mandats vorzusehen.

³⁵⁷ Vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 559 ff.

Beispiel gleich nach Beendigung des ersten Schriftenwechsels beendet, so erhalte die Anwältin die Hälfte der Gesamtpauschale. Zu berücksichtigen ist jedoch auch der Fortschritt im jeweils pendenden Mandatsstadium.³⁵⁸ So könnte es etwa nicht angehen, dass die Anwältin im vorgenannten Beispiel lediglich 25 % des Gesamthonorars erhalte, wenn ihr das Mandat entzogen wird, während die fertige Klageschrift bereits versandfertig beim Sekretariat liegt.

Mangels einer solchen Regelung kann unter Umständen im Sinne einer Orientierungshilfe auf die kantonalen Tarife abgestellt werden.³⁵⁹ Diese definieren bei ihren Pauschalen regelmässig, welche Verfahrenshandlungen dabei inbegriffen sind und welche Zuschläge und Abzüge für zusätzliche bzw. unterbliebene Verhandlungen oder Eingaben vorgesehen sind. So deckt beispielsweise das Grundhonorar nach baselstädtischem Honorarreglement eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer Verhandlung.³⁶⁰ Für jede zusätzliche Verhandlung oder Rechtsschrift wird ein Zuschlag von maximal 30 % berechnet.³⁶¹ 116

Sehr schwierig kann sich die Nachkalkulation des Pauschalhonorars insbesondere bei vorzeitig beendeten nichtforensischen Mandaten erweisen, oder aber bei solchen, in deren Rahmen mehrere verschiedene Verfahren zu führen sind. Aufgrund der grossen Vielfalt der anwaltlichen Tätigkeit fällt es in der Tat schwer, hierfür allgemeine Berechnungsmodi zu definieren. Im Sinne einer Faustregel sollte jedoch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass es sich beim Pauschalhonorar letztlich um ein *Output*-orientiertes Vergütungsmodell handelt: Die Anwältin erhält unabhängig von ihrem Stundenaufwand (und in aller Regel auch unabhängig von der Mandatsdauer) einen festen Betrag für die Erbringung der in der Honorarvereinbarung definierten Leistungen. Der ihr bei vorzeitiger Mandatsbeendigung zustehende Anteil der Pauschale sollte sich daher danach bemessen, 117

³⁵⁸ Vgl. HÖCHLI, 129 f., mit Verweis auf den damals geltenden Zürcher Anwaltstarif.

³⁵⁹ Manche kantonalen Tarife kennen auch ausdrückliche Regelungen für nicht vollständig durchgeführte Verfahren oder Anwaltswechsel, vgl. z.B. § 12 Abs. 1 i.V.m. § 11 AnwGebV-ZH; § 6 Abs. 2 AnwT-AG.

³⁶⁰ § 8 Abs. 1 HoR-BS. Ähnliche Regelungen finden sich etwa in § 11 Abs. 1 AnwGebV-ZH, § 7 Abs. 1 TO-BL und § 6 Abs. 1 AnwT-AG. Dazu VETTER/ALBERT, 311 f.

³⁶¹ Vgl. § 8 Abs. 2 lit. d Ziff. 2 und 3 HoR-BS. Ähnliche Regelungen finden sich etwa in § 11 Abs. 2 AnwGebV-ZH (max. 50 %), § 8 Abs. 1 lit. b TO-BL (max. 30 %).

wie viel vom vereinbarten Leistungsumfang bereits erbracht ist, und nicht danach, wie viel Zeit dafür investiert wurde. Die bedeutet jedoch nicht, dass alle vereinbarten Leistungen gleich zu gewichten wären.³⁶²

D. Erfolgshonorar und Beteiligung am Prozessgewinn

1. Terminologie

- 118 Die Begriffe «*Erfolgshonorar*», «*(pactum de) quota litis*» und «*Beteiligung am Prozessgewinn*» werden teilweise synonym verwendet und unpräzise als generell verpönt oder verboten bezeichnet.³⁶³ Für die anstehende Analyse über zulässige und unzulässige Erfolgshonorarabreden drängt sich an dieser Stelle deshalb eine terminologische Klärung hinsichtlich aller Honorarabreden mit Erfolgsbezug auf.

a. Erfolg und (reines) Erfolgshonorar

- 119 Der Begriff des Erfolgshonorars hat als solcher keine Legaldefinition erfahren, und wird in Lehre und Rechtsprechung wie auch in der vorliegenden Arbeit als Oberbegriff verstanden, der sämtliche in irgendeiner Weise vom Erfolg abhängigen Entschädigungsmodelle umfasst.³⁶⁴ Besteht das einzige Bemessungskriterium für den Honoraranspruch im Erfolg, so kann von einem reinen Erfolgshonorar gesprochen werden.³⁶⁵ Mit anderen Worten liegt ein reines Erfolgshonorar dann

³⁶² Wohl ähnlich SCHNEEBERGER, 199 f., wonach aber vom Teilhonorar der «*Gewinnanteil*» nicht zu entrichten sei, da das jederzeitige Kündigungsrecht «*nicht nur de facto, sondern auch de iure*» eingeschränkt würde, wenn «*der Auftraggeber dem Beauftragten mehr als nur die geleistete Arbeit bezahlen müsste*».

³⁶³ Vgl. SCHILLER, *Anwaltsrecht*, Rz. 1619; WIDMER LÜCHINGER, *AJP* 2011, 1446.

³⁶⁴ BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 3.2, m. Anm. FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2020, 38; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. März 2006, ZR 2006, Nr. 46, 219 ff., 220, E. 9.3; KILIAN, *erfolgsbasierte Vergütung*, 9; SCHEPKE, 3; SCHILLER, *Anwaltsrevue* 2010, 42; WIDMER LÜCHINGER, *AJP* 2011, 1445.

³⁶⁵ HAUSER, 74; NATER, *Haftpflichtprozess* 2008, 33; WIDMER LÜCHINGER, a.a.O.; GMÜR, 69 f., verwendet hierfür den Begriff des «*absoluten Erfolgshonorars*».

vor, wenn der Anspruch der Anwältin auf Vergütung einer Suspensivbedingung unterstellt ist, deren Eintritt (nur)³⁶⁶ teilweise von der Aussenwirkung ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit abhängt.³⁶⁷

So klar diese Definition auf den ersten Blick erscheinen mag, so schwierig erweist sich eine allgemein gültige Antwort auf die Frage, was denn überhaupt als Erfolg anzusehen ist. Primär spiegelt der zu erzielende Erfolg das Motiv, beziehungsweise den (wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen) Mehrwert, zwecks dessen Erreichung die Mandantschaft überhaupt anwaltliche Unterstützung sucht.³⁶⁸ 120

Am greifbarsten erscheint dieses Motiv in vermögensrechtlichen Zivilverfahren, bei welchen die Honorarschuldnerin sich in der Klägerrolle befindet. Hier kann grundsätzlich auf die Definition des Streitwerts nach Art. 91 ff. ZPO abgestellt und der erreichte Erfolg gemessen und (entweder in Geld oder in Prozenten) beziffert werden.³⁶⁹ Allerdings bestehen selbst in solchen Verfahren je nach den Wünschen und der Ausdauer der Mandantschaft Nuancen. In manchen Fällen erscheint die rasche Realisierung von Liquidität oder ein einvernehmlicher Verfahrensabschluss wichtiger oder wünschenswerter als das Erstreiten des gesamten Streitgegenstandes. 121

Bei Strafverteidigungen kann – allerdings erst ab einem gewissen Verfahrensstadium – möglicherweise auf die Anträge der Staatsanwaltschaft bei der Strafzumessung abgestellt werden. Allerdings gilt im Strafverfahren die *Offizialmaxime*, d.h. das Gericht kann durchaus mehr oder andere Sanktionen aussprechen als von den Parteien beantragt.³⁷⁰ Sehr schwierig und in allgemeiner Weise kaum möglich erscheint eine allgemeine Definition des Erfolges in anderen Fällen. So kann etwa je nach Ausgangslage bei einem Eheschutz- oder Scheidungsverfahren die Zuspreehung oder Nichtzuspreehung eines auf einen bestimmten Betrag festgelegten Ehegattenunterhalts als Erfolg gewertet werden. Allerdings ist hier gerade bei Abschluss einer Trennungs- oder Scheidungsvereinbarung mit zu berücksichtigen, inwiefern 122

³⁶⁶ Wie PFEIFER, Erfolgshonorar, 96, treffend feststellt, liegt der Erfolg im Gegensatz zur aufgewendeten Zeit nicht ausschliesslich in der Verfügungsmacht des Anwalts.

³⁶⁷ HÖCHLI, 79. Vgl. für das deutsche Recht BLATTNER, 562.

³⁶⁸ PFEIFER, Erfolgshonorar, 71 f., 96 f. Vgl. auch GMÜR, 26, wonach ein Erfolg im Auftragsrecht zwar nicht geschuldet sei, der Beauftragte aber dennoch in dessen «*Richtung*» tätig zu werden habe.

³⁶⁹ Vgl. zum Streitwert im Allgemeinen Botschaft ZPO, 7290 ff.; MEIER, 479 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 229 ff.; SUTTER-SOMM, Rz. 610 ff., sowie die einschlägigen Kommentierungen zu Art. 91 ff. ZPO.

³⁷⁰ SCHMID/JOSITSCH, PraxKomm, Art. 350 N 1.

die Mandantschaft in anderen Belangen, etwa bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung, Zugeständnisse machen musste. Ähnlich kann allenfalls bei (Unternehmens-)Kaufverträgen die Festlegung eines möglichst vorteilhaften Preises als Erfolg qualifiziert werden. Doch ist auch dieser im Kontext der gesamten Vertragsgestaltung, etwa der Gewährleistungsbestimmungen, zu sehen.³⁷¹ Kaum mehr messbar sein dürfte der Erfolg hingegen bei allgemeinen Beratungsmandaten, etwa in der Nachlassplanung, oder bei der Anfertigung standardisierter Formulare wie etwa Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder Datenschutzerklärungen.

- 123 Vor diesem Hintergrund erweist sich eine allgemeine, über einen Verweis auf die konkrete Vereinbarung hinausgehende Definition des «*Erfolges*» als schwierig. Ein Ansatzpunkt könnte sich aus einem Umkehrschluss ergeben: Wenn die Beauftragte ihre Tätigkeit fortzusetzen hat, bis der Leistungserfolg entweder eingetreten oder (nachträglich) unmöglich geworden ist,³⁷² so ist unter dem Leistungserfolg dasjenige künftige und (bei Vertragsschluss) ungewisse Ereignis zu verstehen, bei dessen Eintritt oder beim Eintritt von dessen Unmöglichkeit die Anwältin ihre Tätigkeit einstellen kann. So gesehen könnte eine allgemeine Definition des Erfolges etwa in demjenigen von der Mandantschaft gewünschten künftigen, (mehr oder weniger) ungewissen Ereignis gesehen werden, auf welches die Anwältin kraft Instruktion der Mandantschaft hinzuwirken hat.³⁷³

b. *Pactum de quota litis* oder Beteiligung am Prozessgewinn

- 124 Der lateinische Ausdruck des *pactum de quota litis* bezeichnet die Vereinbarung, wonach die Anwältin an dem für die Mandantschaft errungenen Prozesserlös in einem zuvor festgelegten Umfang beteiligt wird.³⁷⁴ Das *pactum de quota litis* beinhaltet in seiner klassischen Konzeption somit einerseits die Vereinbarung eines «*Prozessgewinns*» als einzige Bemessungsgrundlage für das Honorar. Andererseits wird ein Honorarverzicht der Anwältin für den Fall vereinbart, dass überhaupt kein Prozessgewinn anfällt.³⁷⁵ Das *pactum de quota litis* stellt somit einen

³⁷¹ Noch einen Schritt weiter geht HARTUNG, 452, der auch eine M&A-Transaktion unter Umständen als erfolgreich bezeichnet, die gescheitert ist, weil der Anwalt die Mandantschaft im Rahmen einer *Due Diligence* auf vorhandene Gefahren aufmerksam gemacht hat.

³⁷² FELLMANN, BK, Art. 394 N 101.

³⁷³ In diesem Sinne auch TESTA, 10 f., wonach der Klient meist nicht nur ein Tätigwerden, sondern das Hinwirken auf ein «*bestimmtes, für ihn günstiges Resultat*» wünscht.

³⁷⁴ KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 10; TESTA, 217.

³⁷⁵ WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1445. Vgl. ferner SCHEPKE, 3.

Unterfall des (reinen) Erfolgshonorars dar³⁷⁶ und ist insofern doppelt spekulativ, als der erstrittene Prozessgewinn nicht nur das «Ob», sondern auch das «Wieviel» des Anwaltshonorars bestimmt.³⁷⁷

Die Beteiligung am Prozessgewinn bezeichnet auf den ersten Blick somit das deutschsprachige Synonym der *quota litis*³⁷⁸. Dabei sollte jedoch nicht vergessen werden, dass auch in Fällen, in welchen keine erfolgsabhängige Honorarvereinbarung getroffen wurde, das Anwaltshonorar letztlich aus dem Prozessgewinn finanziert werden kann.³⁷⁹ Der Begriff der Beteiligung am Prozessgewinn lädt deshalb insofern zu gewissen Missverständnissen ein, als auch in solchen Fällen die Anwältin wirtschaftlich gesehen am Prozessgewinn beteiligt wird. Problematisch kann diese Art der Beteiligung am Prozessgewinn werden, wenn die Mandantschaft trotz geringer Liquidität keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat und die Anwältin in Vorleistung gegangen ist. Obwohl in solchen Fällen keine *quota litis* vereinbart ist, kann sich die Anwältin in einer ähnlichen Interessenlage wiederfinden, in welchem sie ihr Honorar nur erhältlich machen kann, wenn sie den Prozess gewinnt.³⁸⁰ Bei Prozessverlust hat sie dann zwar Anspruch auf das vereinbarte Honorar, doch wird sie diese Forderung gegen eine zahlungsunfähige Mandantschaft gerichtlich kaum durchsetzen können oder wollen.

c. *Pactum de palmario* oder Erfolgsprämie

Im Gegensatz zu einem rein erfolgsbasierten Honorar ist es auch möglich, das Honorar als Mischung zwischen erfolgsabhängigen und erfolgsunabhängigen Anteilen zusammenzusetzen. Haben Anwältin und Mandantschaft eine derartige Honorarvereinbarung getroffen, so erhält die Anwältin weniger Honorar, wenn sie den Prozess verliert, als wenn sie ihn gewinnt («*no win, less fee*»³⁸¹). Das Honorar, welches in

³⁷⁶ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 435; SCHILLER, SJZ 2004, 355 f.

³⁷⁷ KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 10; WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1445 f.

³⁷⁸ Wobei der lateinische Begriff «*lis, litis (f.)*» jedenfalls nach einem von TESTA (223) zitierten Schreiben der Zürcher Aufsichtskommission vom 31. Mai 1941 nicht nur die beim Gericht anhängige Streitsache, sondern den gesamten Streit umfasse.

³⁷⁹ Vgl. HÖCHLI, 80; PFEIFER, Erfolgshonorar, 80; USTERI, 311.

³⁸⁰ BRUNNER/HENN/KRIESI, 134, bezeichnen dieses Szenario als «*finanzielle Verflechtung*» und sehen darin einen Konflikt mit Eigeninteressen i.S.v. Art. 12 lit. c BGFA. Siehe zu dieser Problematik eingehend Rz. 186 f. sowie 283 ff. hiernach.

³⁸¹ WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1446.

seiner Bemessung neben dem Erfolg auch von anderen Parametern abhängt, kann in seiner Gesamtheit auch als gemischtes Erfolgshonorar bezeichnet werden,³⁸² dessen erfolgsabhängiger Teil die Erfolgsprämie oder das *palmarium* bildet.³⁸³

d. *Pactum de redimenda lite*

- 127 Das *pactum de redimenda lite*³⁸⁴ bezeichnet die Übertragung der Berechtigung am Streitobjekt von der Mandantschaft an die Anwältin, etwa durch Abtretung einer streitigen Forderung nach Art. 164 OR.³⁸⁵ Bei dieser Abrede ist der Erfolgsbezug dementsprechend indirekter Natur, denn die Anwältin erhält unabhängig vom Prozessausgang stets dasselbe, nämlich das Streitobjekt. Vom Ausgang des Prozesses, den die Anwältin nach erfolgter Abtretung nunmehr in eigenem Namen führt, hängt jedoch ab, ob und welchen Wert das Streitobjekt für sie hat. Wertlos ist der Streitgegenstand etwa dann, wenn die erworbene Forderung nach verlorenem Prozess nicht durchsetzbar ist oder der im Streit liegende Gegenstand einer Drittperson herausgegeben werden muss. Da das *pactum de redimenda lite* somit streng genommen nicht zu den Modellen der Honorarfestsetzung zählt,³⁸⁶ sondern letztlich eine Zahlungsmodalität darstellt, wird darauf an der entsprechenden Stelle zurückzukommen sein.³⁸⁷ An dieser Stelle sei jedoch festgehalten, dass ein *pactum de redimenda lite* dazu missbraucht werden könnte, ansonsten unzulässige Erfolgshonorare zu vereinbaren.

³⁸² PFEIFER, Erfolgshonorar, 97, spricht von einem zusätzlichen Erfolgshonorar, GMÜR, 70, von einem relativen Erfolgshonorar.

³⁸³ Vgl. KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 9.

³⁸⁴ Von KILIAN (erfolgsbasierte Vergütung, 10) als «*redemptio lite*» bezeichnet.

³⁸⁵ DÖRIG, 688; HAUSER, 74; NATER, Haftpflichtprozess 2008, 29; TESTA, 219.

³⁸⁶ Anderer Ansicht offenbar SCHWANDER, ZBJV 2009, 591.

³⁸⁷ So auch NATER, Haftpflichtprozess 2008, 29. Siehe Rz. 251 ff. hiernach.

2. Gründe für und gegen die Einschränkung erfolgsbezogener Honorarabreden

a. Anwaltliche Unabhängigkeit

Der wohl meistgenannte Grund für die Einschränkung von Erfolgshonoraren dürfte im Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit liegen.³⁸⁸ Jedenfalls wenn eine pauschale Erfolgsprämie oder eine *quota litis* vereinbart wurde,³⁸⁹ kann eine Anwältin einerseits in Versuchung geraten, einen Fall schnell zu einem Vergleich zu bringen, wenn sie nur wenig Arbeit investieren muss, um einen Teil der Erfolgsprämie zu erhalten.³⁹⁰ Andererseits kann die Anwältin, der eine stattliche Siegesprämie in Aussicht steht, versucht sein, der Mandantschaft einen Vergleich auszureden, zu welchem sie in neutraler Position geraten hätte.³⁹¹ Im Übrigen bestehe die Gefahr, dass eine wirtschaftlich starke Mandantschaft die Anwaltschaft unter Druck setzen könnte, indem sie ihr Mandate «zu normalen Konditionen» (d.h. auf Zeithonorarbasis) nur zuhielte, wenn daneben auch unsichere Fälle auf Erfolgsbasis übernommen würden.³⁹² Weiter sei die anwaltliche Unabhängigkeit auch dadurch gefährdet, dass eine Anwältin, der ein Erfolgshonorar in Aussicht steht, versucht sein könnte, sich im Rahmen der Interessenwahrung für die Mandantschaft unlauterer Mittel zu bedienen.³⁹³

³⁸⁸ BGE 143 III 600, 611, E. 2.7.4; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. März 2006, ZR 2006, Nr. 46, 219, E. 9.2; Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 17. Dezember 1926, RGZ 115, Nr. 25, 141 ff., 142; BERNHART, 129 f.; BRUNNER/HENN/KRIESI, 145; DÖRIG, 693; DUBACH, 55a; GMÜR, 71; HACKER, 131; PFEIFER, Erfolgshonorar, 72, mit Verweis auf DUBACH; REYMOND, 37; SCHWANDER, ZBJV 2009, 587, 597; STAEHELIN/SUTTER, 82; STRUB, 214; WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1446 f., sowie die bei SCHULER zitierten Stimmen aus der Praxis; a.A. BAETGE, 676. HÖCHLI, 85, sieht die anwaltliche Unabhängigkeit interessanterweise gerade nicht gefährdet, wenn die Anwältin für den Fall des Unterliegens die Reduktion des sonst üblichen Honorars verspricht.

³⁸⁹ Gemäss KILIAN (erfolgsbasierte Vergütung, 10) gefährdet eine *quota litis* die anwaltliche Unabhängigkeit in einem höheren Ausmass als andere erfolgsbasierte Vergütungsformen.

³⁹⁰ BGE 143 III 600, 612, E. 2.7.4, m. Anm. FELLMANN/HÄFLIGER, 501; DÖRIG, 690; vgl. zudem KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 30; STRUB, 212; WEBER, SVZ 1993, 11 (Fn. 58).

³⁹¹ BGE, a.a.O., m. Anm. FELLMANN/HÄFLIGER, a.a.O.; SCHWANDER, ZBJV 2009, 597.

³⁹² LENZ, 129. Bei diesem Argument steht also ausnahmsweise nicht der Schutz der Mandantschaft, sondern derjenige der Anwaltschaft im Vordergrund. Die meisten anderen Berufsgruppen kommen nicht in den Genuss solcher Schutzvorschriften.

³⁹³ BERNHART, 130; SCHEPKE, 120, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs.

- 129 Der Gegenansicht zufolge sei die anwaltliche Unabhängigkeit in jedem Fall bloss eine scheinbare bzw. beschränkte. Die Anwältin habe nämlich auch ohne Erfolgshonorar Interesse an einem positiven Prozessausgang, sei es zur Steigerung ihrer Reputation oder weil die Mandantschaft bei einem erfolgreichen Prozessausgang in der Tendenz eher willig bzw. überhaupt in der Lage sei, ihr ein höheres Honorar zu entrichten.³⁹⁴ Das Erfolgshonorar biete jedoch im Gegensatz zu anderen Honorarmodellen den entscheidenden Vorteil, dass die Interessen von Anwältin und Mandantschaft in dieselbe Richtung gingen.³⁹⁵ Kann die Anwältin nämlich den von der Mandantschaft gewünschten Erfolg herbeiführen, haben sowohl sie als auch die Mandantschaft gewonnen, andernfalls wird zumindest das Kostenrisiko für die Mandantschaft reduziert.³⁹⁶ Weiter würde ein Erfolgshonorar die Anwältin zu höherer Sorgfalt motivieren und sie davon abhalten, aussichtslose Prozesse anzustrengen.³⁹⁷ Ohnehin hat die Anwältin jedenfalls beim *pactum de quota litis* auch ein Interesse daran, die Angelegenheit schnell zu erledigen, da ihr Mehraufwendungen als solche kein zusätzliches Honorar einbringen.³⁹⁸

b. Übervorteilungspotenzial

- 130 Häufig genannt wird ausserdem die Gefahr einer Übervorteilung, da die Anwältin die Prozesschancen in der Regel besser einschätzen kann als die Mandantschaft.³⁹⁹ Das Verbot der Übervorteilung nach Art. 21 OR gilt auch ausserhalb des Bereichs von Erfolgshonoraren und führt bei fristgerechter Anfechtung zur Unverbindlichkeit des Vertrages für den Übervorteilten.⁴⁰⁰ Eine Anwältin, die ihre Mandantschaft übervorteilt, begeht zudem in aller Regel (weitere) Berufspflichtverletzungen.⁴⁰¹ Allerdings hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Verhältnis zwischen Leis-

³⁹⁴ BAETGE, 675 f.; GMÜR, a.a.O.

³⁹⁵ DÖRIG, 690; LENZ, 130; SCHUMACHER/DALLAFIOR, 1287.

³⁹⁶ STRUB, 211.

³⁹⁷ GMÜR, 72. Will die Anwältin aber mit einem aussichtslosen Prozess Geld verdienen, so wird sie im betreffenden Mandat ohnehin gerade kein Erfolgshonorar vereinbaren wollen.

³⁹⁸ LENZ, 130.

³⁹⁹ BGE 143 III 600, 611, E. 2.7.4; BERNHART, 129 f.; DÖRIG, 693; DUBACH, 55a F.; GMÜR, 71; LENZ, 130; PFEIFER, Erfolgshonorar, 72 f.; SCHWANDER, ZBJV 2009, 587.

⁴⁰⁰ BRUNNER/HENN/KRIESI, 145; GMÜR, 72; LENZ, 129. Vgl. dagegen AUER, 40, der trefenderweise von «*Ausbeutung*» und «*unlauteren Spekulationen*» spricht.

⁴⁰¹ Siehe zum Thema disziplinarrechtlich relevanter Honorarüberforderungen Rz. 458 ff. hiernach.

tung und Gegenleistung in Art. 21 OR grundsätzlich abschliessend geregelt ist.⁴⁰² Die mit dem Teilverbot von Erfolgshonoraren bekämpfte «Übervorteilung» ist somit in einem weiteren Sinne zu verstehen als in Art. 21 OR. Mithin geht es also darum, zu verhindern, dass die Anwältin, welche zwar keine umfassende, aber doch die bessere Kenntnis über die Prozesschancen und -risiken haben wird als die Mandantschaft, das Risiko im Vorfeld der Honorarvereinbarung überbewertet, um eine höhere Erfolgsprämie als Kompensation dieses Risikos zu rechtfertigen.⁴⁰³

Diesem Argument begegnen die Befürworterinnen von Erfolgshonoraren mit dem Einwand, die Mandantschaft könne ein unverhältnismässig hohes Erfolgshonorar gestützt auf Art. 21 OR beim Zivilgericht anfechten, genauso wie wenn die Anwältin ein Zeithonorar zu einem unverhältnismässig hohen Stundensatz in Rechnung gestellt hätte.⁴⁰⁴ Sodann sei die Anwältin auch ohne Erfolgshonorar in der Lage, ihre Stellung zu missbrauchen. So könne etwa die Mandantschaft kaum überprüfen, ob die in Rechnung gestellten Stunden wirklich geleistet wurden und sachlich gerechtfertigt waren.⁴⁰⁵ 131

c. Verbesserter Zugang zum Recht

Einem Teil der Lehre zufolge könne die anwaltliche Vorfinanzierung Parteien den Zugang zum Recht eröffnen, die sich sonst einen Prozess gar nicht leisten könnten oder vernünftigerweise leisten würden.⁴⁰⁶ Dies betrifft neben juristischen Personen⁴⁰⁷ insbesondere die in diesem Zusammenhang in Grossbritannien als «*MINE-LA*» (*Middle Income No Entitlement to Legal Aid*) bezeichnete Mittelschicht, die 132

⁴⁰² Vgl. BGE 143 III 600, 613, E. 2.7.4; a.A. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 282. Siehe dazu Rz. 49 hiervor sowie die Hinweise in Fn. 154.

⁴⁰³ KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 23; WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1447.

⁴⁰⁴ GMÜR, 72. Siehe zur berufsrechtlichen Behandlung überhöhter Anwaltshonorare Rz. 458 ff. hiernach.

⁴⁰⁵ CHAPPUIS/GURTNER, 260; WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1455. Zur Prüfung der Angemessenheit mit Blick auf die Vertragserfüllung siehe Rz. 51 und 60 ff. hiervor.

⁴⁰⁶ DÖRIG, 690; HÖCHLI, 86; RUSCH, FS Meier, 574 f.; SCHWANDER, ZBJV 2009, 599 f.; STRUB, a.a.O. Zur analogen Diskussion im England der 1970er- und 1980er-Jahre SCHEPKE, 49 ff.

⁴⁰⁷ Diese haben in der Schweiz grundsätzlich keinen verfassungsmässigen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Vgl. dazu MEICHSSNER, Diss., 40 ff.; WUFFLI, Diss., 36 f., sowie Rz. 316 hiernach.

zwar über zu viel Einkommen verfügt, um noch unentgeltliche Rechtspflege in Anspruch nehmen zu können, aber für welche die Anwaltskosten dennoch faktisch unerschwinglich sind.⁴⁰⁸

- 133 Der Gegenansicht zufolge lasse sich auch mit der schrankenlosen Zulassung von Erfolgshonoraren das Kostenrisiko für die Mandantschaft im Gegensatz etwa zu den USA nicht ausschalten, da diese der Gegenseite bei Unterliegen eine Parteientschädigung auszurichten hat.⁴⁰⁹ Mit Blick auf den Zugang zum Recht seien Erfolgshonorare überdies gar nicht notwendig, da die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweiz gut ausgebaut, Rechtsschutzversicherungen weit verbreitet und erschwinglich sowie – wenngleich erst seit relativ kurzer Zeit – Prozessfinanzierungen durch entsprechende Gesellschaften erlaubt sind.⁴¹⁰

d. Zivilprozessuale Waffengleichheit

- 134 Ein interessantes, hierzulande aber eher selten gehörtes Argument gegen das Erfolgshonorar liegt in einer möglichen Gefährdung der zivilprozessualen Waffengleichheit.⁴¹¹ Das klassische *pactum de quota litis* ist auf vermögensrechtliche Aktivprozesse zugeschnitten.⁴¹² Andere Verfahren eignen sich weniger oder gar nicht für erfolgsbezogene Honorarabreden. Zwar sind auch für nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten erfolgsbezogene Abreden denkbar, etwa in Form eines erhöhten Stundensatzes oder einer pauschalen Siegesprämie bei erfolgreichem Prozessausgang.⁴¹³ Bei vermögensrechtlichen Passivprozessen besteht darüber hinaus die Möglichkeit einer umgekehrten *quota litis*-Vereinbarung («*reverse contingent fee*»), bei welcher der Anwältin ein Prozentsatz der Differenz zwischen dem von der Gegenseite eingeklagten und dem effektiv zugesprochenen Betrag zusteht.⁴¹⁴ Allerdings stehen diese Vergütungsformen dort, wo sie überhaupt zu-

⁴⁰⁸ WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1455. Vgl. auch CHEVALIER, 314 f.; FELLMANN/HÄFLIGER, 504; JACOT, 63 f.; MEIER/SCHINDLER, 31 ff.; SCHENKER, 148 f.; STÄHELIN, Diss., 123 ff.; TESTA, 237 f.

⁴⁰⁹ GATTIKER, 129 f.; SCHWANDER, a.a.O., 602.

⁴¹⁰ DÖRIG, 695; vgl. auch SCHWANDER, ZBJV 2009, 599 f.; a.A. jedoch CHAPPUIS/GURTNER, 80, wonach das geltende Erfolgshonorarverbot die Anwaltschaft gegenüber den Prozessfinanzierungsgesellschaften ungerechtfertigt benachteilige.

⁴¹¹ BERNHART, 129; TEUBEL, Rz. 2.

⁴¹² Vgl. SCHWANDER, ZBJV 2009, 591 f.

⁴¹³ Zu den Möglichkeiten der Bemessung des Erfolgshonorars siehe Rz. 174 ff. hiernach.

⁴¹⁴ Vgl. das Beispiel aus der französischen Rechtsprechung bei WIDMER LÜCHINGER, FS Schwenzer, 1755.

lässig sind, regelmässig nur wohlhabenden Prozessparteien offen, da in solchen Fällen der Prozessgewinn nicht mit einem Vermögens- bzw. Liquiditätszuwachs verbunden ist.⁴¹⁵ Zu einer Verbesserung des Zugangs Gering- bzw. Normalverdienender zum Recht führen derartige Vereinbarungen somit nicht.

e. Vernachlässigung nicht lukrativer Streitigkeiten

In der Schweiz relativ selten gehört wird das Argument, wonach sich bei einer *quota litis* kaum Anwältinnen finden dürften, wenn es sich um eine Angelegenheit mit geringem Streitwert handelt.⁴¹⁶ Dieses geht allerdings von der Prämisse aus, dass eine Aufhebung des bestehenden Verbots dazu führen würde, dass die Anwaltschaft sich regelrecht auf die neuen *quota-litis*-Mandate stürzen und die übrigen Fälle vernachlässigen würde. Soweit ersichtlich ist diese Annahme jedoch empirisch nicht abgestützt. Vielmehr zeigen die wenigen überhaupt vorhandenen Umfragen, dass Erfolgsprämien relativ selten vereinbart werden.⁴¹⁷ Zwar trifft es zu, dass bei einer streitwertabhängigen Vergütung wie bei dem *pactum de quota litis* ein höherer Streitwert mehr Honorar nach sich zieht. Allerdings sind Mandate mit höherem Streitwert oft auch aufwändiger zu führen, womit sich dieser Effekt wieder relativiert. So verlangen Mandate ab einer bestimmten Grösse regelmässig derart grosse Ressourcen an Personal und Fachwissen, dass sie von einer sehr kleinen Anwaltskanzlei kaum zu führen sind. Deshalb richtet sich das Angebot der grossen Wirtschaftskanzleien völlig unabhängig von Erfolgshonoraren bereits heute regelmässig an eine andere Klientel als dasjenige eines Ein-Personen-Büros.

f. Kommerzialisierung und «amerikanische Verhältnisse»

Andere Begründungen für die Einschränkung der Vertragsfreiheit muten aus der heutigen Optik eher befremdlich an, so etwa die Befürchtung einer «übermässigen Kommerzialisierung der Advokatur».⁴¹⁸ Tatsache ist jedoch, dass eine Anwältin als selbstständig Erwerbende, bzw. indirekt als Mitarbeiterin einer Kanzlei, berechtigterweise daran interessiert ist, mit ihrer Arbeit Geld zu verdienen. In dieser

⁴¹⁵ HACKER, 134; SCHWANDER, ZBJV 2009, 600.

⁴¹⁶ WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1447. Vgl. ferner den bei WIDMER, *Introduction*, 349 ff., zitierten Gerichtsentscheid aus den USA (S. 354).

⁴¹⁷ SCHULER, 14 f.

⁴¹⁸ DÖRIG, 693, mit Hinweis auf GAUTSCHI, Werkvertrag, Art. 364 N 29c. Vgl. auch SCHWANDER, ZBJV 2009, 598, mit der Befürchtung, dass «Recht zur Ware» werde.

Hinsicht unterscheidet sie sich kaum von anderen selbstständig Erwerbenden.⁴¹⁹ Fremd ist den hiesigen Gepflogenheiten jedoch das Denken, eine Anwältin fungiere als *«Investorin»*, die sich eine vielversprechende Klage *«kaufe»*.⁴²⁰ Derartige Geschäftsstrategien, die in den USA offenbar verbreitet seien, dürften sich jedoch hierzulande auch weit weniger lohnen, da die erstreitbaren (Schadenersatz-) Forderungen in aller Regel keine amerikanischen Grössenordnungen erreichen dürften.⁴²¹

- 137 Sodann wird, oft mit Blick auf die auch in dieser Hinsicht berüchtigten *«amerikanischen Verhältnisse»*, immer wieder die Befürchtung ins Feld geführt, auf Erfolg basierende Prozessvertretungen würden zu einer Flut von aus Eigeninteressen der Anwaltschaft getriebenen Prozessen führen.⁴²² In der Tat kann eine Anwältin umso mehr erfolglose Mandate querfinanzieren, je höher ihre Vergütung im Erfolgsfall ausfällt.⁴²³ Hierzu gilt es jedoch zu bedenken, dass keine Anwältin gerne gratis arbeiten dürfte, auch wenn sie ihre Kosten und ihren Lebensunterhalt mit einigen wenigen Mandaten bestreiten kann. Zudem sind der Querfinanzierung erfolgloser Prozesse wiederum durch die im Vergleich zu den USA moderaten Prozesslöhne in gewissermassen natürliche Schranken gesetzt. Zu guter Letzt sei die Frage gestattet, ob die Verhinderung von Prozessen das Ziel berufsrechtlicher Vorschriften darstellen sollte.⁴²⁴

⁴¹⁹ PFEIFER, Erfolgshonorar, 96; differenzierend hingegen DIAGNE, 10 f. Vgl. ferner HÜPPI, Zukunft, 960, der 2012 festhielt, keine Anwaltskanzlei könne es sich *«leisten, sich dem Drang der Kommerzialisierung zu entziehen.»*

⁴²⁰ DÖRIG, 694.

⁴²¹ BAETGE, 675; DÖRIG, 694 f.

⁴²² NÄTER, Haftpflichtprozess 2008, 34.

⁴²³ KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 25 f.

⁴²⁴ Vgl. hierzu das deutsche BVerfG, 1 BVR 2576/04 vom 12. Dezember 2006 = NJW 2007, 979 ff., 981, Rz. 71; RUSCH, FS Meier, *passim* und insb. 574 f.; ferner GATTIKER, 129 f., der in einer derartigen Abschreckung bereits in den 1970er-Jahren eine Diskriminierung wirtschaftlich Schwächerer erblickte.

3. Die geltenden Einschränkungen von Erfolgshonoraren

a. Forensische Mandate einschliesslich der Binnenschiedsgerichtsbarkeit

Gerade das *pactum de quota litis* ist in seiner Konzeption zugeschnitten auf eine vor Gericht hängige vermögensrechtliche Zivilsache, in welcher die den Anteil am Prozessgewinn versprechende Mandantschaft als Klägerin auftritt. Sowohl die früheren kantonalen Anwaltsgesetze als auch die dazu bestehende ältere Praxis verboten jedoch darüber hinaus die Vereinbarung jeglicher Beteiligung von Anwältinnen aus dem aus ihrer Tätigkeit erzielten Gewinn.⁴²⁵ Bereits lange vor dem Inkrafttreten des BGFA lockerte jedoch etwa die Aufsichtsbehörde des Kantons Zürich ihre Praxis, indem sie das Verbot von Erfolgshonoraren auf die Anwaltstätigkeit in einem rechtlich geordneten Verfahren vor einer Behörde beschränkte.⁴²⁶ 138

Nach dem Wortlaut von Art. 12 lit. e BGFA dürfen Anwältinnen «vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen». Ebenso wenig dürfen sie sich «dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten». Beide Tatbestandsvarianten enthalten somit eine Bezugnahme auf einen Prozess (denn ohne Prozess kein Prozessgewinn) oder ein Verfahren,⁴²⁷ d.h. ein rechtlich geordnetes Prozedere vor einer Behörde.⁴²⁸ Die Einschränkung auf die forensische Anwaltstätigkeit ist auch sachgerecht, denn ausserhalb des Monopolbereichs stehen Anwältinnen in direkter Konkurrenz mit Banken, Versicherungen, Treuhandgesellschaften und weiteren Akteuren, denen Erfolgshonorare ohne Einschränkungen erlaubt sind.⁴²⁹ Diese Beschränkung ist insofern von Bedeutung, als gemäss einer Studie im Kanton Zürich 55,8% der Anwältinnen rein beratend tätig seien.⁴³⁰ Bei der ganzen 139

⁴²⁵ TESTA, 223 f., unter Hinweis auf die von USTERI, 311, zitierte Rechtsprechung der 1930er- und 1940er-Jahre.

⁴²⁶ Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte ZH, 13. Oktober 1982, ZR 1984, Nr. 7, 16 ff.

⁴²⁷ CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 214; ZINDEL, 43.

⁴²⁸ Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte ZH, Beschluss vom 7. Oktober 1999, ZR 2000, Nr. 13, 35 ff., 38, nach konziser Darstellung der bisherigen Lehre und Rechtsprechung auf den vorangehenden Seiten. Siehe ferner BERNHART, 130; BRUNNER/HENN/KRIESI, 149; NATER, Haftpflichtprozess 2008, 32; TESTA, 225

⁴²⁹ GMÜR, 72; STAEHELIN, Anwaltsrevue 2009, 439.

⁴³⁰ Die Studie ist zitiert bei FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 12, sowie bei STRÄULI, 24 f. Ebenso ZINDEL, 36. Vgl. ferner bereits Rz. 69 hiervor.

Aufmerksamkeit, welche die Einschränkung von Erfolgshonoraren in Lehre und Rechtsprechung erhalten hat, gilt es daher zu bedenken, dass diese einen Grossteil der Anwaltschaft gar nicht betrifft.

- 140 In der Lehre ist umstritten, ob das Verbot von Erfolgshonoraren auch für Schiedsverfahren gilt.⁴³¹ Bei einem Schiedsgericht handelt es sich um einen von den Parteien des Verfahrens kraft Vereinbarung zur Beilegung einer bestimmten Streitigkeit eingesetzten Spruchkörper.⁴³² Einem Schiedsgericht fehlt damit der hoheitliche Charakter einer Behörde,⁴³³ denn sowohl seine Kompetenz als auch die Verfahrensregeln gründen primär auf der Schiedsabrede, nur beschränkt auf objektivem Recht.⁴³⁴ Da die Befugnisse des staatlichen Justizapparates grundsätzlich durch das Schiedsgericht ersetzt werden, nimmt dieser im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit bloss eine Nebenrolle ein und entscheidet grundsätzlich nicht selbst über die Streitsache.⁴³⁵
- 141 Allerdings sind die Interessen der Mandantschaft gegenüber ihrer Rechtsvertretung bei einem Schiedsverfahren ähnlich gelagert wie bei einem Prozess vor staatlichen Gerichten. Die (mutmassliche) Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit sowie die Gefahr einer Übervorteilung, womit das Verbot von Erfolgshonoraren begründet wird,⁴³⁶ bestehen in einem Schiedsverfahren ebenso wie in einem staatlichen Gerichtsverfahren. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte daher betreffend Erfolgshonorare für Verfahren der Binnenschiedsgerichtsbarkeit dasselbe gelten wie für ein Verfahren vor einem staatlichen Schweizer Gericht.
- 142 Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit hingegen ist gemäss WIDMER LÜCHINGER vom territorialen Anwendungsbereich von Art. 12 lit. e BGFA nicht erfasst.⁴³⁷ Diese Ansicht überzeugt sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis, nicht

⁴³¹ Befürwortend: BOHNET/MARTENET, 659; SCHILLER, SJZ 2004, 357; WIDMER LÜCHINGER, FS Schwenzer, 1745, und *passim*. Noch weitergehend MEIER, 565. Für eine Einschränkung auf Verfahren vor Behörden: FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 125; HESS, ZBJV 2004, 112; NATER, Haftpflichtprozess 2008, 32.

⁴³² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 592; SUTTER-SOMM, Rz. 1584.

⁴³³ Vgl. SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 290.

⁴³⁴ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 595.

⁴³⁵ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 596; SUTTER-SOMM, Rz. 1586, sowie die beschränkte Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen nach Art. 389 ff. ZPO und Art. 190 ff. IPRG.

⁴³⁶ Vgl. hierzu FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 436 ff., sowie Rz. 128 ff. hiavor.

⁴³⁷ WIDMER LÜCHINGER, FS Schwenzer, 1756 ff., mit Hinweis auf die französische Rechtsprechung. Das BGer hat im Entscheid 4A_125/2018 vom 26. Juli 2018, E. 3, eine

zuletzt weil in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit auch der Anwaltsmarkt global ist und allzu rigide Berufsregeln Schweizer Anwältinnen einen nicht zu rechtfertigenden Wettbewerbsnachteil verschaffen würden.

b. Gemischte Erfolgshonorare

Nach dem Wortlaut von Art. 12 lit. e BGFA untersagt sind vor dem Abschluss des Verfahrens getroffene Abreden über eine Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar oder über einen Honorarverzicht bei ungünstigem Prozessausgang. Verboten ist somit die Vereinbarung eines reinen Erfolgshonorars, bei welchem der Erfolg das einzige Bemessungskriterium des Honorars darstellt.⁴³⁸ Die Aussage, in der Schweiz seien Erfolgshonorare verboten, erweist sich deshalb mit Blick auf die vorstehend dargelegte Terminologie als unpräzise.⁴³⁹ Da der Zweck des geltenden Verbots jedoch ausgehöhlt würde, wenn alle Arten gemischter Erfolgshonorare erlaubt wären, haben Lehre und Rechtsprechung eine Reihe von Kriterien entwickelt, um «verbotene Erfolgshonorare» von «erlaubten Erfolgshonoraren» abzugrenzen, die es im Nachfolgenden zu untersuchen gilt.

Während in vielen Kantonen jede Berücksichtigung eines Prozessersfolgs bis vor Kurzem verboten war,⁴⁴⁰ besteht heutzutage weitestgehend Einigkeit, dass eine Prämie für erfolgreiches Prozessieren (nur, aber immerhin) in einem gewissen Ausmass honoriert werden darf.⁴⁴¹ Daraus ergibt sich, dass reine Erfolgshonorare verboten sind, während erfolgsunabhängige Honorare erlaubt sind. Die Trennlinie zwischen dem zulässigen und dem nicht zulässigen Bereich verläuft daher durch die heterogene Gruppe der gemischten Erfolgshonorare, bei welchen der Erfolg eines von mehreren Bemessungskriterien für das Anwaltshonorar bildet.⁴⁴² Wie gross die Bandbreite ist, in welcher der Erfolg berücksichtigt werden darf, wurde

seiner Praxis widersprechende Honorarvereinbarung für ein internationales Schiedsverfahren jedenfalls als nicht *ordre public*-widrig qualifiziert.

⁴³⁸ Vgl. etwa BRUNNER/HENN/KRIESI, 146; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 444, sowie die dortigen Hinweise.

⁴³⁹ Siehe Rz. 119 ff. hiervor.

⁴⁴⁰ Vgl. für den Kanton Zürich etwa ZAV Info 4/2003 und ZAV Info 4/2004 und für den Kanton Genf JACQUEMOUD-ROSSARI, 296 f.

⁴⁴¹ Art. 19 Abs. 3 SSR; BGE 143 III 600, 603 ff., E. 2.5; BGer 4A_125/2018 vom 26. Juli 2018, E. 3.1.1; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. März 2006, ZR 2006, Nr. 46, 219 ff., 220, E. 9.3; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 444; SCHILLER, Anwaltsrevue 2010, 48; a.A. HESS, SJZ 2002, 488; SCHWANDER, ZBJV 2009, 590 ff.

⁴⁴² Zur Terminologie siehe Rz. 126 hiervor.

und wird von Lehre und Rechtsprechung immer wieder neu ausgehandelt, wobei über die letzten Jahre und Jahrzehnte eine gewisse Liberalisierungstendenz festzustellen ist. Die nachfolgenden Ausführungen sollen daher einen Überblick über die aktuell geltenden Abgrenzungskriterien vermitteln.

- 145 Mit der *ratio legis* nicht vereinbar ist es, den Erfolg zum einzigen oder zum primären Bemessungskriterium zu erheben.⁴⁴³ Deshalb wäre es unzulässig, wenn die erfolgsunabhängige Honorarkomponente auf einen symbolischen Betrag beschränkt wäre, mit welchem die Anwältin bei Prozessverlust nicht einmal ihre Kosten decken könnte.⁴⁴⁴ Darüber hinaus fordern Lehre und Rechtsprechung einen erfolgsunabhängigen «*angemessenen*» Gewinnanteil.⁴⁴⁵ Gemäss einem Entscheid der Zürcher Aufsichtskommission könne von einem kostendeckenden und angemessen gewinnbringenden Honorar ausgegangen werden, wenn dieses dem kantonalen Ansatz für amtliche Verteidigungen bzw. unentgeltliche Rechtsvertretungen entspreche (*in casu* CHF 200.00 pro Stunde für den Platz Zürich).⁴⁴⁶
- 146 Unabhängig von der Höhe des Grundhonorars dürfe die Erfolgsprämie zudem nicht so hoch ausfallen, dass die anwaltliche Unabhängigkeit gefährdet sei und eine Übervorteilung der Mandantschaft drohe. Wann dies der Fall sei, liess das Bundesgericht in einem jüngeren Leitentscheid bewusst offen, hielt aber fest, dass Erfolgsprämien, die das Grundhonorar übersteigen, das Mass des Zulässigen jedenfalls überschreiten.⁴⁴⁷
- 147 Gewiss stellt das Bundesgericht mit dieser Regelung sicher, dass die geltenden Einschränkungen des Erfolgshonorars nicht einfach umgangen werden können. Dagegen wird jedoch angeführt, insbesondere das Erfordernis eines kosten-

⁴⁴³ FELLMANN/HÄFLIGER, 502; PFEIFER, Erfolgshonorar, 97.

⁴⁴⁴ BGE 143 III 600, 614, E. 2.7.5, m. Anm. FELLMANN/HÄFLIGER, 500; BGer 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006, E. 2.2; vgl. zudem bereits ZAV Info 4/2003; BGer 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006, E. 2.2; BERNHART, 131; BOHNET, Anwaltsrevue 2017, 506; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 445.

⁴⁴⁵ BGE 143 III 600, 613 f., E. 2.7.5; BERNHART, 130 f.; BOHNET, *fixation*, 21; BOHNET/MARTENET, 657; DE MADDALENA, 25; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 123; HEIM, 150; NATER, Haftpflichtprozess 2008, 33; NATER/GÖTZ STAEHELIN, 472; ZINDEL, 43; kritisch SCHWANDER, ZBJV 2009, 601.

⁴⁴⁶ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. März 2006, ZR 2006, Nr. 46, 219 ff., 221, E. 9.5. BOHNET (*fixation*, 21) nennt gestützt auf dieselben Überlegungen einen Betrag von CHF 180.00 pro Stunde.

⁴⁴⁷ BGE 143 III 600, 614, E. 2.7.5, m. Anm. FELLMANN/HÄFLIGER, 501 f. Dazu kritisch BOHNET, Anwaltsrevue 2017, 507; RAUBER/NATER, 605; SCHUMACHER/DALLAFIORI, 1289 f.

deckenden und (zumindest minimal) gewinnbringenden Grundhonorars bringe keine Reduktion des Kostenrisikos für die Mandantschaft, sondern führe für das Publikum lediglich zu einer Verteuerung anwaltlicher Dienstleistungen und damit zu einer Einschränkung des Zugangs zum Recht.⁴⁴⁸

c. Zeitpunkt der Vereinbarung

Nach Ansicht des Bundesgerichts dürfen Anwältinnen mit ihrer Mandantschaft Erfolgsprämien nur entweder «zu Beginn des Mandatsverhältnisses oder nach Beendigung des Rechtsstreits [...], nicht aber während des laufenden Mandats» vereinbaren.⁴⁴⁹ Wie bereits im Zusammenhang mit dem Pauschalhonorar dargelegt,⁴⁵⁰ wird diese zeitliche Begrenzung einerseits mit der berufsrechtlichen Aufklärungspflicht begründet und andererseits mit der Zwangslage, in welcher sich die Mandantschaft während des laufenden Mandats befindet, weil ein Anwaltswechsel zeit- und kostenaufwendig ist.⁴⁵¹ 148

Dass Erfolgshonorare nach Abschluss des Mandats vereinbart werden dürfen, ergibt sich bereits *e contrario* aus dem Wortlaut von Art. 12 lit. e BGFA.⁴⁵² Der Grund für die Beschränkung des Verbots auf die Zeit vor Mandatsabschluss liegt darin, dass sich die Vereinbarung des Erfolgshonorars nicht mehr auf die Mandatsführung auswirken kann, da nach Beendigung des Rechtsstreits keine Mandatsführung mehr erfolgt. Somit ist auch die anwaltliche Unabhängigkeit nicht gefährdet.⁴⁵³ Allerdings kommen so natürlich auch mögliche positive Effekte der durch eine Erfolgsprämie geschaffenen Anreize in der Mandatsführung nicht zum Tragen. Ohnehin wird die Mandantschaft, die nach erfolgreichem Verfahrensausgang ihr Ziel erreicht hat, nur in den seltensten Fällen geneigt sein, ihrer Anwältin im Sinne eines «Trinkgeldes» mehr zu bezahlen als vorgängig vereinbart. 149

⁴⁴⁸ SCHWANDER, a.a.O., 603 f.

⁴⁴⁹ BGE 143 III 600, 614, E. 2.7.5, ungeachtet der vorzitierten Kritik in der Lehre bestätigt in BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 3.2, und in BGer 4A_512/2019 vom 12. November 2020, E. 5.1.3.

⁴⁵⁰ Siehe Rz. 104 ff. hiervor.

⁴⁵¹ BGE, a.a.O., mit Hinweis auf den nicht veröffentlichten Entscheid BGer 5P.111/1999 vom 18. Juni 1999, E. 2.

⁴⁵² BOHNET/MARTENET, 658 f.; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 124; HÖCHLI, 80; NATER, Haftpflichtprozess 2008, 33; WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1446.

⁴⁵³ Vgl. BGE 143 III 600, 608, E. 2.7.1; CHAPPUIS/GURTNER, 81; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 213; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 448; HÖCHLI, 80; TESTA, 218.

- 150 Demgegenüber kann sich ein Verbot, eine (aus inhaltlicher Sicht erlaubte) Erfolgsprämie während des laufenden Mandats statt zu dessen Beginn zu vereinbaren, nicht direkt auf den Wortlaut von Art. 12 lit. e BGFA oder einer anderen anwaltlichen Berufspflicht stützen, sofern die Anwältin gehörig über die Kostenfolgen der beabsichtigten Vertragsänderung informiert.⁴⁵⁴ Nach den privatrechtlichen Vorschriften über den einfachen Auftrag ist es den Parteien unbenommen, eine Honorarvereinbarung auch nach Begründung des eigentlichen Auftragsverhältnisses abzuschliessen.⁴⁵⁵ Wie im Zusammenhang mit dem Pauschalhonorar ausgeführt, erscheinen indes die vom Bundesgericht angerufenen Interessen der Mandantschaft berechtigt. Das Problem mangelnder Informationen zu Beginn des Mandats dürfte beim *pactum de palmario* im Vergleich zum Pauschalhonorar vielleicht sogar noch in grösserem Ausmass bestehen. Insbesondere muss nicht nur abgeklärt werden, ob eine Erfolgsprämie im jeweiligen Fall überhaupt sinnvoll erscheint und wie diese zu bemessen ist, sondern vielmehr muss in einem ersten Schritt überhaupt definiert werden, worin der Erfolg bestehen soll.⁴⁵⁶ Entsprechend hoch erscheint das Risiko einer unangemessenen oder sogar verbotenen Erfolgshonorarabrede.
- 151 Unklar erscheint vor diesem Hintergrund sodann, wie der Zeitraum «zu Beginn des Mandats» einzugrenzen ist. Die Honorarabrede ist kein *essentiale negotii* des einfachen Auftrags⁴⁵⁷ und damit auch nicht des Anwaltsvertrages, weshalb das Mandatsverhältnis auch ohne eine solche zustande kommt. Da Anwältinnen nach der wohl herrschenden Auffassung ihre Dienstleistungen im Sinne von Art. 395 OR kraft obrigkeitlicher Bestellung gewerbsmässig anbieten,⁴⁵⁸ gilt der Auftrag als angenommen, wenn die Anfrage nicht sofort abgelehnt wird. Eine Anwältin dürfte zu diesem Zeitpunkt ihrer Aufklärungspflicht in der Regel noch gar nicht nachgekommen sein, geschweige denn eine Honorarvereinbarung abgeschlossen haben können. Da das Bundesgericht aber eine (auch) zu Beginn des Mandats vereinbarte Erfolgsprämie ausdrücklich als zulässig erachtet, muss dieser Zeitraum auslegungsweise über die «*juristische Sekunde*» der (gegebenenfalls konkludent durch Nichtablehnung erfolgten) Annahme ausgedehnt werden.

⁴⁵⁴ FELLMANN/HÄFLIGER, 502; SCHUMACHER/DALLAFIOR, 1292 f.

⁴⁵⁵ GMÜR, 80.

⁴⁵⁶ Siehe zu dieser Frage eingehend Rz. 119 ff. hiavor.

⁴⁵⁷ FELLMANN, BK, Art. 395 N 18; GMÜR, 78.

⁴⁵⁸ FELLMANN, BK, Art. 395 N 102; GAUTSCHI, Auftrag, Art. 395 N 6c; TSCHÜMPERLIN/SUTTER, 79. Differenzierend betreffend die obrigkeitliche Bestellung BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 395 N 4.

Wie gross dieses Zeitfenster ist, in welchem eine Erfolgsprämie noch vereinbart werden kann, erscheint völlig unklar. Im vorzitierten BGE 143 III 600 wurde die Erfolgsprämie erst rund ein Jahr nach Mandatsantritt vereinbart, was das Bundesgericht als zu spät erachtete.⁴⁵⁹ Zur Abgrenzung auf den Zeitpunkt abzustellen, ab welchem der Mandantschaft durch einen Anwaltswechsel Mehrkosten entstehen würden, erscheint wenig sinnvoll, denn diese entstehen insbesondere durch das doppelte Aktenstudium und die doppelte Instruktion. Diese Tätigkeiten fallen in aller Regel am Anfang des Mandatsverhältnisses an und bilden die Grundlage, auf welcher eine Erfolgsprämie zu bemessen ist. Eine denkbare Lösung läge darin, Erfolgshonorarvereinbarungen zuzulassen, bis der Entscheid getroffen wird, ein Verfahren einzuleiten.⁴⁶⁰ Ebenfalls möglich wäre es, das Zeitfenster bis zur Einleitung des ersten Verfahrensschrittes zu erstrecken. Liegt dieser – wie regelmässig – in der Einreichung einer Rechtschrift, so fielen die Kosten für dessen Erstellung bei einem Anwaltswechsel nicht oder nur in einem reduzierten Umfang an, denn die neue Rechtsvertretung kann auf die in Schriftform festgehaltene Vorarbeit ihrer Mandatsvorgängerin zurückgreifen.

Nebst den – soweit ersichtlich ohnehin kaum vermeidbaren – Kosten für das doppelte Aktenstudium und die doppelte Instruktion läge der Nachteil einer solchen Lösung jedoch darin, dass der Zeitpunkt, in welchem die Anwältin die Mandantschaft über die Grundsätze der Rechnungsstellung informieren muss, entweder weit nach hinten verschoben würde oder sich nicht mehr mit demjenigen Moment deckte, in welchem eine Erfolgsprämie noch vereinbart werden kann. Beides ist dem nachvollziehbaren Bedürfnis der Mandantschaft abträglich, nicht mit einem drohenden Anwaltswechsel unter Druck gesetzt zu werden, und würde der Gefahr einer Übervorteilung durch den Anwalt kaum abhelfen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die vom Bundesgericht aufgestellte «*Sperrfrist*» zwischen dem Beginn des Mandatsverhältnisses und dem Abschluss des Verfahrens nicht sinnvoll umsetzbar.⁴⁶¹ Ebenso wenig angebracht erschiene es

⁴⁵⁹ BGE 143 III 600, 614, E. 2.7.5.

⁴⁶⁰ Diese Idee wurde von Dr. ERNST STAEHELIN im Rahmen eines Vortrags der Advokatenkammer Basel-Stadt vom 16. September 2019 geäussert. Anders RAUBER/NATER, 605 f.

⁴⁶¹ Ebenfalls kritisch BOHNET, *Anwaltsrevue* 2017, 507 f.; FELLMANN/HÄFLIGER, 502 ff.; SCHUMACHER/DALLAFIORI, 1292 f.

m.E. jedoch, *pacta de palmario* wieder zu verbieten, zumal die Problematik von Aufklärungspflicht und Übervorteilungsgefahr wie vorstehend dargelegt auch bei anderen Honorarmodellen besteht.⁴⁶²

- 155 Der Gefahr einer von der Anwältin ausgesprochenen missbräuchlichen «*Änderungskündigung*» könnte möglicherweise durch die Annahme einer Kündigung zur Unzeit begegnet werden. Grundsätzlich wird eine solche angenommen, wenn sie in einem Zeitpunkt ausgesprochen wird, in welchem es der Mandantschaft nicht mehr möglich ist, die Ausführung des Auftrags auf andere Weise vornehmen zu lassen.⁴⁶³ Das Paradebeispiel hierfür stellt die Kündigung während einer laufenden gesetzlichen Frist oder kurz vor einer bereits terminierten Verhandlung dar. Dies muss bei der Vereinbarung eines Erfolgshonorars während eines laufenden Mandatsverhältnisses nicht zwangsläufig der Fall sein, denn die bei einem Anwaltswechsel praktisch immer anfallenden Mehrkosten vermögen für sich genommen kaum eine Kündigung zur Unzeit zu rechtfertigen. Wohl aus diesem Grund machte das Bundesgericht einen Bedarf aus, die Vereinbarung von Erfolgshonoraren während des laufenden Mandats generell zu verbieten. Das auftragsrechtliche jederzeitige Kündigungsrecht ist bei anwaltlichen Mandaten indes durch eine besondere Treuepflicht des Anwalts eingeschränkt.⁴⁶⁴ Diese dürfte kaum gewahrt sein, wenn die Anwältin das Mandat niederlegt, weil sich die Mandantschaft weigert, ihr noch mehr Honorar zu entrichten als ursprünglich vereinbart.
- 156 Der Vorteil eines Vorgehens über die Kündigung zur Unzeit gegenüber der gesetzlich nicht vorgesehenen Sperrfrist läge zunächst darin, dass sie auf alle Honorarmodelle gleichermassen angewandt werden könnte und so den Schutz der Mandantschaft verbessern würde. Weiter bleibt eine Kündigung zur Unzeit wirksam, löst aber einen Schadenersatzanspruch aus, der den durch die Kündigung angefallenen Mehrkosten entspricht.⁴⁶⁵ Bei einer missbräuchlichen Änderungskündigung könnten so die Kosten des dadurch erforderlich gewordenen Anwaltswechsels auf die kündigende Anwältin abgewälzt werden.
- 157 Eine weitere rein privatrechtliche Möglichkeit, derartigen Änderungskündigungen zu begegnen, könnte im Übervorteilungstatbestand von Art. 21 OR liegen. Die durch einen Anwaltswechsel während des laufenden Verfahrens drohenden Mehr-

⁴⁶² KRÄMER, 583; SCHUMACHER/DALLAFIOR, 1287; WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1454 f.; Siehe ferner Rz. 104 ff. hiervor, hinsichtlich des Pauschalhonorars.

⁴⁶³ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1434.

⁴⁶⁴ FELLMANN, a.a.O., Rz. 1439.

⁴⁶⁵ BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 404 N 16; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1440 ff.; DERS., BK, Art. 404 N 66 ff.

kosten sollen jedenfalls gemäss FELLMANN und HÄFLIGER geradezu ein Paradebeispiel einer Notlage im Sinne von Art. 21 Abs. 1 OR darstellen.⁴⁶⁶ Ob jedoch nebst dieser Notlage durch die vorgeschlagene Änderung auch ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung begründet wird, müsste anhand der Umstände des Einzelfalles geklärt werden. Bewegt sich die Änderung innerhalb des vom Bundesgericht abgesteckten Rahmens (d.h. ermöglicht das Grundhonorar der Anwältin über die blosser Kostendeckung hinaus einen Gewinn und übersteigt dieses die Erfolgsprämie), so erscheint es zunächst schwierig, ein derartiges Missverhältnis anzunehmen. Anders läge der Fall jedoch, wenn das Gesamthonorar anschliessend bei einem Vielfachen dessen läge, was noch als angemessen gelten könnte.⁴⁶⁷

d. Begehung des Verstosses

Der Wortlaut von Art. 12 lit. e BGFA verbietet nur (aber immerhin) die Vereinbarung der vorgenannten Erfolgshonorare. Dies bedeutet einerseits, dass die Bestimmung auch dann verletzt ist, wenn die Anwältin noch nicht für die Mandantschaft tätig geworden, geschweige denn das Honorar gefordert oder bezahlt worden wäre.⁴⁶⁸ Über den Gesetzeswortlaut hinaus hat das Bundesgericht auch das blosser Angebot eines Erfolgshonorars in einer Zeitungsannonce als unzulässig erachtet, ohne dies jedoch näher zu begründen.⁴⁶⁹ Diese Auslegung ist in der Lehre auf Kritik gestossen.⁴⁷⁰ 158

Nach der hier vertretenen Auffassung erscheint die in der Lehre geäusserte Kritik 159 berechtigt. Weder der Gesetzeswortlaut an sich noch die Entstehungsgeschichte des BGFA liefern irgendwelche Hinweise, die dessen Ausdehnung auf blosser Angebote oder Inserate nahelegen würden.⁴⁷¹ Da ein Verstoss gegen die Berufsregeln nach Art. 12 BGFA ausserdem empfindliche Disziplinar-massnahmen nach sich ziehen kann, erscheint eine extensive Auslegung dieser Bestimmungen problematisch. Gewiss zeitigen Annoncen für verbotene Erfolgshonorare, wie sie im vor-

⁴⁶⁶ FELLMANN/HÄFLIGER, 502.

⁴⁶⁷ Siehe dazu BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 4.3, m. Anm. FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 40. Siehe zur Frage des angemessenen Honorars eingehend Rz. 48 ff. hiervor.

⁴⁶⁸ BRUNNER/HENN/KRIESI, 148.

⁴⁶⁹ BGer 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006, E. 3.

⁴⁷⁰ SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 1621. Zustimmend aber BRUNNER/HENN/KRIESI, 148; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 123c (Fn. 826).

⁴⁷¹ Vgl. AB 1999 S 1710.

zitierten Bundesgerichtsentscheid zur Debatte standen, eine «falsche Signalwirkung».⁴⁷² Derartigem Geschäftsgebaren kann jedoch auch in (ausschliesslicher) Anwendung von Art. 12 lit. d BGFA Einhaltung geboten werden. Wie das Bundesgericht in genannter Entscheidung richtig erkannte, ist Werbung für ein Honorarmodell, das, wenn vereinbart, verboten wäre, weder als objektiv zu bezeichnen, noch deckt sie ein Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit.⁴⁷³ Der von der Aufsichtsbehörde verhängte Verweis hätte sich somit ohne Weiteres auch nur gestützt auf einen Verstoß gegen Art. 12 lit. d BGFA aufrechterhalten lassen.

4. Die Sanktionierung unerlaubter Erfolgshonorare

a. Disziplinarrechtliche Sanktionen

160 Die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen bei Vereinbarung eines verbotenen Erfolgshonorars unterscheiden sich nicht von denjenigen bei Verletzung anderer Berufsregeln des BGFA.⁴⁷⁴ Eine solche zieht die in Art. 17 BGFA aufgezählten Disziplinarmaßnahmen nach sich, die von der kantonalen Aufsichtsbehörde ausgesprochen werden. Die mildeste dieser Massnahmen besteht in einer Verwarnung,⁴⁷⁵ die grundsätzlich bei erstmaligen, leichten Verstößen verhängt wird.⁴⁷⁶ Etwas schwerere Verstöße werden mit einem Verweis geahndet.⁴⁷⁷ Für noch schwerere Verstöße, die mit der weiteren Berufsausübung aber nicht unvereinbar sind, kann eine Busse von bis zu CHF 20'000.00 verhängt werden.⁴⁷⁸ Gravierende Verstöße, die sich mit der weiteren Berufsausübung als vorübergehend oder dauernd unvereinbar erweisen, ziehen ein auf maximal zwei Jahre befristetes oder ein dauerndes Berufsausübungsverbot nach sich.⁴⁷⁹

⁴⁷² BRUNNER/HENN/KRIESI, 148.

⁴⁷³ BGer 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006, E. 4; BOHNET/MARTENET, 618 f.; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 117a.

⁴⁷⁴ Vgl. FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 721.

⁴⁷⁵ Art. 17 Abs. 1 lit. a BGFA. Vgl. dazu FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 725.

⁴⁷⁶ BOHNET/MARTENET, 879; COURBAT, JdT 2018 III 212; CR-LLCA/BAUER/BAUER, Art. 17 N 59; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 727.

⁴⁷⁷ Art. 17 Abs. 1 lit. b BGFA. Vgl. BOHNET/MARTENET, 880; COURBAT, JdT 2018 III 212; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 728.

⁴⁷⁸ COURBAT, JdT 2018 III 212; CR-LLCA/BAUER/BAUER, Art. 17 N 63.

⁴⁷⁹ Art. 17 Abs. 1 lit. c und d BGFA. Vgl. COURBAT, JdT 2018 III 213.

Die Disziplinar massnahmen unterliegen dem Verhältnismässigkeitsprinzip und sollen nicht primär punitiven Charakter haben, sondern die künftige Verhaltensänderung der fehlbaren Anwältin und so den Schutz des Publikums bezwecken.⁴⁸⁰ Bemerkenswerterweise gilt auch das Opportunitätsprinzip, weshalb die Aufsichtsbehörde nicht verpflichtet ist, ein Disziplinarverfahren einzuleiten, durchzuführen oder eine Sanktion auszusprechen.⁴⁸¹ Das Bundesgericht überprüft Art und Höhe der Disziplinar massnahmen nur mit grösster Zurückhaltung.⁴⁸² 161

Ausführungen über die Praxis bei der Bemessung der vom Gesetz zur Verfügung gestellten Sanktionen erweisen sich als schwierig, denn die meisten kantonalen Aufsichtsbehörden veröffentlichen ihre Entscheide nicht. Den einschlägigen Zusammenfassungen und Kommentaren können verschiedene Faustregeln entnommen werden. So rechtfertigen sich Bussen ab CHF 10'000.00 nur bei schweren oder wiederholten Verfehlungen,⁴⁸³ während das Bundesgericht eine Busse von CHF 7'000.00 als «*sanction disciplinaire d'importance moyenne*» bezeichnete.⁴⁸⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts seien darüber hinaus (auch befristete) Berufsausübungsverbote grundsätzlich erst im Wiederholungsfall auszusprechen, wenn sich gezeigt habe, dass mildere Massnahmen keine Wirkung zeitigen.⁴⁸⁵ 162

Im Zusammenhang mit verbotenen Erfolgshonoraren wurde einem baselstädtischen Advokaten ein Verweis auferlegt, der mittels Annonce gegen eine Einschreibgebühr von CHF 1'000.00 anbot, nur im Erfolgsfall Honorar zu verrechnen. Die Sanktion wurde vom Bundesgericht wegen Verstosses gegen Art. 12 lit. d und e BGFA geschützt und als mild bezeichnet.⁴⁸⁶ Dem Verfasser ist kein Fall bekannt, bei welchem die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zu einem vorübergehenden, 163

⁴⁸⁰ COURBAT, JdT 2018 III 214.

⁴⁸¹ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 716; COURBAT, JdT 2018 III 214; MONTANI/BARDE, 345 ff.

⁴⁸² BGer 2C_985/2020 vom 5. November 2021, E. 7.2; BGer 2C_1000/2020 vom 2. Juni 2021, E. 7.1; BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 5.1; BGer 2C_933/2018 vom 25. März 2019, E. 6; BGer 2C_783/2008 vom 4. Mai 2009, E. 3.1; BGer 2C_344/2007 vom 22. Mai 2008, E. 5.

⁴⁸³ COURBAT, JdT 2018 III 212; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 731.

⁴⁸⁴ BGer 2C_280/2017 vom 4. Dezember 2017, E. 6.

⁴⁸⁵ BGer 2A.499/2006 vom 11. Juni 2007, E. 5.1; BGer 2A.177/2005 vom 24. Februar 2006, E. 4.1.

⁴⁸⁶ BGer 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006, E. 5.

geschweige denn einem dauernden Berufsausübungsverbot geführt hätte. Alles in allem scheinen aus diesem Grund geführte Disziplinarverfahren soweit ersichtlich ohnehin selten vorzukommen.⁴⁸⁷

b. Zivilrechtliches Schicksal verbotener Erfolgshonorare

aa. Nichtigkeit als Grundsatz

- 164 Eine Anwältin, die ein verbotenes Erfolgshonorar vereinbart, verstösst wie gesehen gegen eine Vorschrift des eidgenössischen öffentlichen Rechts (Art. 12 lit. e BGFA), welche namentlich den Schutz der Mandantschaft vor Übervorteilung sowie einer nicht unabhängigen Rechtsvertretung bezweckt.⁴⁸⁸ Das Gesetz äussert sich jedoch nicht zur Frage, wie eine disziplinarrechtlich verbotene Honorarvereinbarung zivilrechtlich zu behandeln ist.
- 165 Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, der einen widerrechtlichen oder sittenwidrigen Inhalt hat, nichtig. Allerdings setzt die Nichtigkeit einer Vereinbarung nebst der Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit nach langjähriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung voraus, dass diese entweder im Gesetz vorgesehen ist oder aber sich aus Sinn und Zweck der verletzten Gesetzesbestimmung ergibt.⁴⁸⁹ Unbestrittenermassen äussert sich Art. 12 lit. e BGFA nicht zur zivilrechtlichen Behandlung einer verbotenen Erfolgshonorarvereinbarung, und auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes liefert keinerlei entsprechende Hinweise.⁴⁹⁰ Mit überzeugenden Argumenten spricht sich vor diesem Hintergrund WIDMER LÜCHINGER gegen die Nichtigkeit verbotener Erfolgshonorarvereinbarungen aus.⁴⁹¹ Nebst einer generellen Argumentation zu Gunsten des Erfolgshonorars bringt sie namentlich vor, dass das Erfolgshonorarverbot nur eine abstrakte Gefährdung der Übervorteilung sanktioniere.⁴⁹² Deshalb sei es stossend, diese mit Nichtigkeit zu sanktionieren, während eine effektiv erfolgte Übervorteilung nach Art. 21

⁴⁸⁷ Dafür spricht auch die von SCHULER zitierte Umfrage der Zeitschrift plädoyer, wonach Erfolgshonorare ohnehin selten vereinbart würden.

⁴⁸⁸ Siehe zum Schutzzweck des teilweisen Erfolgshonorarverbots Rz. 128 ff. hiavor.

⁴⁸⁹ BGE 134 III 438, 442, E. 2.2; 134 III 52, 54, E. 1.1, jeweils m.w.H.; SCHILLER, SJZ 2004, 359.

⁴⁹⁰ KGer VS, C1 12 238 vom 12. Juni 2014, ZWR/RVJ 2015, 183 ff., 184, E. 5.1; DAL MOLIN-KRÄNZLIN, FS Koller, 114; WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1454, mit Hinweis auf die Botschaft BGFA, 6057.

⁴⁹¹ WIDMER LÜCHINGER, a.a.O.

⁴⁹² Siehe zu den Argumenten für und gegen Erfolgshonorare Rz. 128 ff. hiavor.

Abs. 1 OR nur zur Anfechtbarkeit des betreffenden Vertrags führt.⁴⁹³ Die mit Art. 12 lit. e BGFA ebenfalls geschützte anwaltliche Unabhängigkeit stelle zwar das Kerngebot anwaltlicher Tätigkeit dar, doch führe deren Verletzung in anderen Konstellationen, etwa beim Vorliegen eines Interessenkonflikts, nicht etwa zur ganzen oder teilweisen Nichtigkeit des Mandatsvertrages, sondern allenfalls zu dessen Anfechtbarkeit wegen Willensmängeln und/oder zu einer Schadenersatzpflicht der Anwältin.⁴⁹⁴

Demgegenüber gehen die herrschende Auffassung und das Bundesgericht davon aus, dass Vereinbarungen über verbotene Erfolgshonorare zivilrechtlich als nichtig zu qualifizieren seien.⁴⁹⁵ Leider lassen die vorzitierten Quellen, einschliesslich des Bundesgerichts, eine in ihrer dogmatischen Präzision auch nur ansatzweise mit der Argumentation von WIDMER LÜCHINGER vergleichbare Begründung vermissen. Vielmehr wird mehr oder weniger pauschal auf den Wortlaut von Art. 20 OR, die «*öffentliche Ordnung*» sowie den Schutz der Mandantschaft verwiesen.⁴⁹⁶ 166

bb. Umfang und Folgen der Nichtigkeit

Einigkeit besteht in der Lehre hingegen darin, dass ein verbotenes Honorar nicht zur Nichtigkeit des gesamten Auftragsverhältnisses zwischen Anwältin und Mandantschaft führt.⁴⁹⁷ Dieser Auffassung ist zuzustimmen, denn Art. 20 Abs. 2 OR bestimmt, dass die Nichtigkeit nur dann den gesamten Vertrag beschlägt, wenn dieser ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Die durch das Verbot von Art. 12 lit. e BGFA geschützte Mandantschaft beauftragt ihre Rechtsvertretung in der Regel nicht, um ihr ein verbotenes Erfolgshonorar entrichten zu können, sondern weil sie in einem Verfahren anwaltlich vertreten werden möchte. Dieses Bedürfnis besteht ungeachtet des gewählten Honorarmodells. 167

⁴⁹³ WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1454.

⁴⁹⁴ Ebd.

⁴⁹⁵ BGE 143 III 600, 615, E. 2.8.1; BOHNET/MARTENET, 663 f.; DE MADDALENA, 33; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 451; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 127; HÖCHLI, 82 f. Von der Nichtigkeit von Erfolgshonorarvereinbarungen wurde jedenfalls vor Einführung des § 4a RVG auch in Deutschland ausgegangen (HACKER, 132). So auch bereits das Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 17. Dezember 1926, RGZ 115, Nr. 25, 141 ff., 144 f., jedoch unter Berufung auf die Sittenwidrigkeit.

⁴⁹⁶ BGE 143 III 600, a.a.O.; DE MADDALENA, a.a.O.; FELLMANN, a.a.O.; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, a.a.O.; HÖCHLI, a.a.O.

⁴⁹⁷ DAL MOLIN-KRÄNZLIN, FS Koller, 118; HÖCHLI, 46; SCHILLER, SJZ 2004, 359.

- 168 Fraglich erscheint vor diesem Hintergrund, wie denn das um das verbotene Erfolgshonorar «gekürzte» Anwaltshonorar festzulegen ist. Wird in Deutschland ein Erfolgshonorar vereinbart, ohne dass die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind, darf die Anwältin auch im Erfolgsfall keine höhere als die gesetzliche Vergütung fordern.⁴⁹⁸ Ob diese Lösung auch für die Schweiz angebracht wäre, erscheint insofern fraglich, als hierzulande kein allgemeinverbindlicher gesetzlicher Tarif und somit auch keine «gesetzliche Vergütung» im eigentlichen Sinne gilt.⁴⁹⁹ In BGE 143 III 600 hat das Bundesgericht die Frage offengelassen, ob ein verbotenes Erfolgshonorar die Nichtigkeit der gesamten Honorarvereinbarung, des erfolgsabhängigen Honoraranteils oder aber gar nur die teleologische Reduktion der Erfolgshonorarvereinbarung auf ein gültiges *palmarium* nach sich zieht.
- 169 Mit Verweis auf den vorerwähnten Art. 20 Abs. 2 OR fordert namentlich SCHILLER die teleologische Reduktion der verbotenen Erfolgshonorarvereinbarung auf ein gültiges *palmarium*.⁵⁰⁰ Dieser Ansatz erscheint in denjenigen Fällen zielführend, in welchen das erfolgsunabhängige Grundhonorar nicht zu tief angesetzt, aber die Erfolgsprämie im Vergleich dazu zu hoch ausgefallen ist. Im vorzitierten BGE 143 III 600 war ein erfolgsunabhängiges Stundenhonorar von CHF 700.00 vereinbart worden.⁵⁰¹ Soweit dieses nicht bereits aufgrund seiner Höhe unzulässig wäre, könnte die darüber hinaus vereinbarte Erfolgsprämie von *in casu* 6% des Streitwertes auf einen Betrag reduziert werden, der das Grundhonorar nicht übersteigt.⁵⁰² Anders verhielte es sich jedoch, wenn der erfolgsunabhängige Honoraranteil (in absoluten Beträgen) zu gering ausgefallen wäre, denn in diesem Fall verbleiben nur zwei zulässige Optionen: Entweder wird das erfolgsunabhängige Grundhonorar auf einen gewinnbringenden Ansatz (d.h. grundsätzlich mindestens CHF 180.00/Std.)⁵⁰³ erhöht, oder aber die Erfolgsprämie wird gänzlich gestrichen.

⁴⁹⁸ SCHONS, 448.

⁴⁹⁹ Betreffend die Rolle der kantonalen Tarife bei der Bemessung des mangels Vereinbarung geltenden üblichen Honorars siehe Rz. 36 ff. hiervor.

⁵⁰⁰ SCHILLER, SJZ 2004, 359.

⁵⁰¹ BGE 143 III 600, 604, E. 2.4.

⁵⁰² In BGE 143 III 600 wurde auf die Höhe des Stundensatzes jedenfalls nicht weiter eingegangen. Zum Thema einer disziplinarrechtlich relevanten Honorarüberforderung siehe Rz. 458 ff. hiernach.

⁵⁰³ BGE 123 I 201, 217 f., E. 8.7; BGer 5A_157/2015 vom 12. November 2015, E. 3.2.2; BGer 5D_213/2015 vom 8. März 2016, E. 7.1; BGer 5D_62/2016 vom 1. Juli 2016, E. 4.2; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 186, E. 3.3.3; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. März 2006, ZR 2006, Nr. 46, 219 ff., 221, E. 9.5.

Die erste dieser beiden Varianten ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen, da die Anwältin dadurch insbesondere im Misserfolgsfall für ihren Rechtsbruch noch mit einem höheren Honorar als dem vereinbarten belohnt würde.

Einen Schritt weiter geht die Idee, bei Vorliegen einer verbotenen Erfolgshonorarvereinbarung die Erfolgsprämie gänzlich zu streichen, aber das vereinbarte erfolgsunabhängige Basishonorar zu belassen. Diese Rechtsfolge wäre etwa denkbar, wenn die Erfolgshonorarvereinbarung nur deshalb unzulässig wäre, weil sie zum falschen Zeitpunkt abgeschlossen wurde. Wie vorstehend aufgezeigt, dürfen während des laufenden Mandatsverhältnisses gar keine Erfolgsprämien vereinbart werden. Deshalb ist eine teleologische Reduktion auf ein erlaubtes *palmarium* gar nicht möglich.⁵⁰⁴ Auch hier kann es jedoch zu problematischen Fallkonstellationen kommen: Hat die Anwältin für den Misserfolgsfall auf das gesamte Honorar verzichtet und ist der Erfolg ausgeblieben, so würde eine Streichung des erfolgsabhängigen Honorarteils zum selben Ergebnis führen wie die Aufrechterhaltung der verbotenen Vereinbarung.⁵⁰⁵ Da dies gerade nicht beabsichtigt ist, müsste der Anwältin daher im Misserfolgsfall ein irgendwie geartetes Honorar zugesprochen werden. Bei Eintritt des Erfolges hätte die Anwältin bei Streichung des erfolgsabhängigen Honorarteils in dieser Konstellation ebenfalls keine Honorarforderung, sondern im Ergebnis ein *pro bono*-Mandat geführt, was berufsrechtlich wie gesehen zulässig ist.⁵⁰⁶ Die Anwältin wird sich dagegen zwar mit dem Argument wehren, ein unentgeltliches Mandat habe sie weder vereinbart noch gewollt, weshalb eine Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR nicht vorliegen könne. Allerdings würde die Anwältin erstens von einer daraus allenfalls folgenden Vollnichtigkeit des gesamten Auftrags nichts gewinnen, denn geleistete Arbeit kann nicht zurückerstattet werden. Zweitens wäre die vorgenannte Argumentation angesichts des von der Anwältin verschuldeten Rechtsbruchs ohnehin als rechtsmissbräuchlich anzusehen.⁵⁰⁷ Dennoch hätte in einem solchen Fall eine Nichtigkeit des erfolgsabhängigen Honorarteils unter Belassung der restlichen Honorarvereinbarung die absurde Konsequenz, dass der Anwältin im Misserfolgsfall ein Honorar zu entrichten wäre und im Erfolgsfall nicht.

⁵⁰⁴ Siehe dazu Rz. 148 ff. hiervor.

⁵⁰⁵ Anders offenbar die Rechtslage in England und Wales: Dort hat der Anwalt, der eine unzulässige Honorarvereinbarung abgeschlossen hat, weder im Erfolgs- noch im Misserfolgsfall Anspruch auf ein Honorar (SCHEPKE, 39 f.).

⁵⁰⁶ Siehe Rz. 28 hiervor.

⁵⁰⁷ So kann etwa auch die ihre Gegenseite übervorteilende Partei nicht geltend machen, sie hätte den auf ein zulässiges Mass reduzierten Vertrag nicht geschlossen (BGE 123 III 292, 300, E. 3; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 290, jeweils m.w.H.).

- 171 Um derartige Ergebnisse zu verhindern, wäre es denkbar, die gesamte Honorarvereinbarung hinfällig werden zu lassen und ein auf der Grundlage des kantonalen Tarifs zu ermittelndes übliches Honorar zuzusprechen.⁵⁰⁸ Da die Vergütung des Beauftragten wie gesehen kein *essentiale negotii* darstellt,⁵⁰⁹ wäre dieses Vorgehen aus dogmatischer Sicht nicht weiter problematisch. Würde aber gegen das Erfolgshonorarverbot verstossen, indem der erfolgsunabhängige Honorarteil der Anwältin keinen angemessenen Gewinn ermöglichte, und ist der Erfolg nicht eingetreten, so müsste die Mandantschaft bei Nichtigkeit der Vereinbarung mehr bezahlen als bei Einhaltung der Erfolgshonorarvereinbarung. So würde eine Vorschrift zum Schutz der Mandantschaft letztlich zu deren Bestrafung führen. Ein ähnliches Ergebnis würde dann eintreten, wenn auch das für den Erfolgsfall vereinbarte Honorar unter dem üblichen Honorar läge.
- 172 Nach dem Gesagten müssten verbotene Erfolgshonorare also je nach Art des Verstosses unterschiedlich behandelt werden: Liegt die Widerhandlung in einer zu hohen Erfolgsprämie und ist das erfolgsunabhängige Basishonorar genügend hoch, so erscheint eine teleologische Reduktion der Erfolgsprämie auf ein erlaubtes Mass sachgerecht. Ebenfalls logisch erscheint es, eine inhaltlich zulässige, aber zum falschen Zeitpunkt getroffene Erfolgshonorarvereinbarung gänzlich als nichtig zu qualifizieren und somit eine allenfalls ursprünglich geschlossene Honorarvereinbarung ohne Erfolgsprämie weitergelten zu lassen. Deutlich unklarer zeigt sich die Situation demgegenüber, wenn kein oder ein zu tiefes Basishonorar vereinbart wurde. Wenn in einem solchen Fall die gemäss der Honorarvereinbarung geschuldete Honorarsumme unter dem gerichtlich festgesetzten üblichen Honorar zu liegen käme, so wäre die Mandantschaft dem Gericht, das die verbotene Vereinbarung für nichtig erklärt hat, wohl kaum dafür dankbar, dass es auf deren Kosten die anwaltliche Unabhängigkeit geschützt hat (zumal das Mandatsverhältnis zu diesem Zeitpunkt in der Regel schon beendet sein dürfte). Allerdings erscheint es in einem solchen Fall auch nicht konsequent, das Honorar gestützt auf eine nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung nichtige (wenngleich für die Mandantschaft günstigere) Honorarvereinbarung abzustützen. Die in einer solchen Konstellation eintretende faktische Bestrafung der Mandantschaft ist wohl leider bei gleichbleibender Gesetzeslage und Praxis so hinzunehmen.

⁵⁰⁸ Siehe dazu ausführlich Rz. 36 ff. hiervor.

⁵⁰⁹ Siehe Rz. 151 hiervor.

5. Ausgewählte Sonderfragen und -problematiken

a. Erhöhte Aufklärungspflicht

Auch zulässige Erfolgshonorarabreden stellen heutzutage die absolute Ausnahme dar.⁵¹⁰ Je ungewöhnlicher das Honorierungsmodell ist, desto höher sind die Anforderungen an die vorvertragliche Aufklärung der Mandantschaft.⁵¹¹ Gerade beim Erfolgshonorar erweist sich eine gründliche Aufklärung daher als unabdingbar.⁵¹² Insbesondere ist zu fordern, dass die Anwältin der Mandantschaft genau erklärt, bei welchem Prozessausgang welche Erfolgsprämie zu entrichten ist und wie sich das erfolgsunabhängige Grundhonorar bemisst.⁵¹³ Kommt die Anwältin dieser Pflicht nicht nach, so sollte nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass die Mandantschaft sie auch in Kenntnis der Erfolgsprämie zu diesen Konditionen beauftragt hätte.⁵¹⁴ Kann daher die Anwältin eine genügende Aufklärung nicht nachweisen, so ist ihr die Erfolgsprämie grundsätzlich zu verweigern.

b. Bemessung der Erfolgsprämie

aa. Keine unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen

Auch der jüngste bundesgerichtliche Leitentscheid hat keine Vorschriften über den konkreten Berechnungsmodus der Erfolgsprämie aufgestellt. Insofern bestätigt es eine Praxis der Zürcher Aufsichtsbehörde, wonach selbst die Bemessung der Erfolgsprämie anhand des Streitwertes oder des erstrittenen Betrages zulässig sei.⁵¹⁵ Allerdings hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Erfolgsprämie das erfolgsunabhängige Grundhonorar jedenfalls nicht übersteigen dürfe.⁵¹⁶

⁵¹⁰ SCHULER, 14 f.

⁵¹¹ Vgl. NATER, Haftpflichtprozess 2008, 38 f.

⁵¹² BRUNNER/HENN/KRIESI, 146; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 123a; SCHWANDER, ZBJV 2009, 610.

⁵¹³ BGer 4A_512/2019 vom 12. November 2020, E. 5.3 f.; NATER, Haftpflichtprozess 2008, 38.

⁵¹⁴ So aber im Ergebnis BGer 4A_561/2008 vom 9. Februar 2009 = Pra 2009, 592 ff., 599 f., E. 2.6.5 (nicht publiziert in BGE 135 III 259); a.A. SCHWANDER, ZBJV 2009, 610.

⁵¹⁵ BRUNNER/HENN/KRIESI, 146. Ebenso SCHUMACHER/DALLAFIOR, 1286.

⁵¹⁶ BGE 143 III 600, 614, E. 2.7.5. Siehe dazu Rz. 146 hiavor.

- 175 Bei einem vorteilhaften frühzeitigen Vergleich⁵¹⁷ oder bei vorzeitiger Mandatsbeendigung⁵¹⁸ mit anschließendem Erfolg kann allerdings der Fall eintreten, dass ein nach Arbeitszeit berechnetes Grundhonorar aufgrund des geringen Aufwands geringer ausfällt als die nach der im Vergleich vereinbarten Zahlung definierte Erfolgsprämie. Damit wird die Erfolgshonorarvereinbarung unzulässig. Dies ist insofern unbefriedigend, als sich so bei Abschluss der Honorarvereinbarung unter Umständen noch gar nicht bestimmen lässt, ob die Vereinbarung widerrechtlich ist. Unter dem Vorbehalt einer Anpassung der bundesgerichtlichen Praxis erscheint es daher wenig empfehlenswert, für das Grundhonorar und die Erfolgsprämie unterschiedliche Bemessungsgrundlagen zu vereinbaren. Vielmehr müsste, wenn die Erfolgsprämie einem Fixbetrag entsprechen soll, auch für das Grundhonorar eine Pauschale vereinbart werden. Soll das Grundhonorar nach Stundenaufwand berechnet werden, so müsste die Erfolgsprämie in einem entsprechenden Zuschlag pro Arbeitsstunde bestehen. Dieser dürfte dann 100 % des Basisstundensatzes nicht übersteigen.

bb. Bei vorzeitiger Mandatsbeendigung

- 176 Selbst in Staaten, die erfolgsabhängige Honorarmodelle kennen und diese einer Regelung unterworfen haben, fehlen oftmals ausdrückliche Vorschriften über das Schicksal des Honoraranspruchs für den Fall, dass das Mandatsverhältnis endet, bevor der Erfolg eingetreten oder definitiv ausgeblieben ist.⁵¹⁹ In den USA hat die Rechtsprechung differenzierte Regelungen entwickelt, die unter dem Stichwort *«quantum meruit»* zusammengefasst werden.⁵²⁰ Das Honorar ist in diesen Fällen geschuldet, wenn die Mandantschaft durch die geleisteten Dienste einen Mehrwert erfahren hat und entspricht in diesen Fällen der von der Anwältin angegebenen Stundenzahl, die vom Gericht jedoch auf ihre Angemessenheit überprüft wird.⁵²¹ Die Bemessung des Honorars basiert somit auf dem *Input* der Anwältin (d.h. der von ihr angemessenerweise aufgewendeten Zeit), während sich die Fra-

⁵¹⁷ Siehe dazu eingehend Rz. 183 ff. hiervor.

⁵¹⁸ Siehe dazu eingehend Rz. 176 ff. hiervor.

⁵¹⁹ KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 31.

⁵²⁰ KILIAN, a.a.O., 31 f.

⁵²¹ KILIAN, a.a.O., 32.

ge, ob überhaupt ein Honorar zu entrichten ist, nach dem (wie auch immer zu definierenden) «*wirtschaftlichen Mehrwert*» der Mandantschaft (also dem *Output*) beantwortet.⁵²²

Hierzulande ist aufgrund der auftragsrechtlichen Natur des Vertragsverhältnisses zwischen Anwältin und Mandantschaft Art. 404 OR uneingeschränkt anwendbar.⁵²³ Nach dieser Bestimmung muss es beiden Parteien möglich sein, den Vertrag jederzeit zu widerrufen bzw. zu kündigen. Die Beendigung des Vertragsverhältnisses wirkt *ex nunc*, d.h. bereits erbrachte Leistungen sind wie bis anhin zu den vereinbarten oder üblichen Konditionen zu vergüten.⁵²⁴ Negative Konsequenzen in Form einer Schadenersatzpflicht hat die Beendigung des Mandatsverhältnisses grundsätzlich nur, wenn sie zur Unzeit erfolgt (Art. 404 Abs. 2 OR).⁵²⁵ Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ist Art. 404 OR nicht nur zwingend, sondern darf das jederzeitige Rücktrittsrecht auch nicht durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe erschwert werden.⁵²⁶ Eine solche wird auch angenommen, wenn vereinbart wird, dass auch bei vorzeitiger Vertragsbeendigung das Honorar für den gesamten Auftrag geschuldet sei.⁵²⁷

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht das zwingende jederzeitige Kündigungsrecht und wird dieses auch dann nicht umgangen, wenn ein Erfolgshonorar vereinbart ist.⁵²⁸ In diesem Zusammenhang hält das Bundesgericht fest, dass das Auftragsverhältnis ohnehin beendet sei, wenn der Erfolg eingetreten ist. Deshalb sei eine Vertragsbeendigung nach Art. 404 OR in diesem Fall gegen-

⁵²² Vgl. zu *input*- und *output*-basierten Vergütungsformen allgemein KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 7 f. Zur Definition des Erfolges siehe Rz. 119 ff. hiernach.

⁵²³ BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 404 N 9, m.w.H. Siehe zu den analogen Überlegungen beim Pauschalhonorar Rz. 110 ff. hiervor, und zur Vertragsqualifikation Rz. 4 ff. hiervor.

⁵²⁴ BGE 109 II 231 = Pra 1984, Nr. 12, 33 ff., 34, E. 3.c.aa; GMÜR, 148 f.; HONSELL, 362.

⁵²⁵ FELLMANN, BK, Art. 404 N 9; HUGUENIN, 1193 f.; HOFSTETTER, 57, nennt darüber hinaus das Beispiel einer Partei, die von vornherein gar nicht vorhat, am Vertrag festzuhalten und dementsprechend aus *culpa in contrahendo* haftet.

⁵²⁶ BGE 109 II 462, 467, E. 4; BGer 4A_294/2012 vom 8. Oktober 2012, E. 7.1; HUGUENIN, 1104.

⁵²⁷ BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 404 N 13, m.w.H.; HONSELL, 361. Siehe ferner Rz. 111 hiervor.

⁵²⁸ BGE 144 III 43, 51, E. 3.4.4; HUGUENIN, 1105.

standslos. Ist der Erfolg hingegen noch nicht eingetreten, so sei der Anspruch auf das Erfolgshonorar mangels Eintritts der entsprechenden Bedingung eben noch nicht entstanden.⁵²⁹

- 179 Unter diesen Umständen könnte die Mandatschaft versucht sein, von ihrem jederzeitigen Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen, nachdem die Anwältin die Voraussetzungen für den Erfolg geschaffen hat, um so die Bezahlung der Erfolgsprämie zu umgehen. In diesem Zusammenhang hält der vorzitierte BGE 144 III 43 fest, dass die Voraussetzung für das Erfolgshonorar *«freilich auch erfüllt sein [könne], wenn die von der Beauftragten vorbereitete Transaktion nach Beendigung des Mandats durch die Auftraggeber so abgeschlossen wird, wie sie vorbereitet wurde»*.⁵³⁰ Der entgangene Gewinn aus dem gekündigten Auftrag (d.h. im Wesentlichen das Erfolgshonorar abzüglich der eingesparten Kosten) sei jedoch nur dann ersatzfähig, wenn *«sämtliche Vorbereitungen für den erfolgreichen Abschluss geleistet sind und nur noch der erfolgreiche Abschluss aussteht»*, da nur in einem solchen Fall angenommen werden könne, dass die Mandatschaft den Bedingungseintritt im Sinne von Art. 156 OR treuwidrig verhindert habe.⁵³¹
- 180 Wie diese Voraussetzung im Zusammenhang mit der Anwaltstätigkeit auszulegen ist, erscheint fraglich. Gewiss wäre eine treuwidrige Vereitelung der Erfolgsprämie anzunehmen, wenn das Prozessmandat nach dem Ende der Hauptverhandlung, aber vor Bezahlung des Prozessgewinns oder (ungenutztem) Ablauf der Rechtsmittelfrist beendet wird. Allerdings werden die Voraussetzungen für den erfolgreichen Prozessausgang gerade in einem Zivilprozess nicht ausschliesslich und oft sogar nicht einmal vornehmlich anlässlich der Hauptverhandlung geschaffen. Besteht der Erfolg daher in einem erfolgreich geführten Zivilprozess, so dürften die Voraussetzungen hierfür in der Regel spätestens bei Aktenschluss nach Art. 229 ZPO geschaffen sein.
- 181 Nach der hier vertretenen Auffassung ist somit nicht darauf abzustellen, ob das Mandatsverhältnis bei Eintritt des Erfolges noch besteht, sondern darauf, inwiefern die Bemühungen der Anwältin für den Erfolgseintritt kausal waren.⁵³² Dabei ist wie bei einem Maklervertrag nicht auf eine strenge natürliche, sondern auf

⁵²⁹ Ebd.

⁵³⁰ BGE 144 III 43, 51, E. 3.4.4.

⁵³¹ BGE 144 III 43, 52, E. 3.4.4.

⁵³² Vgl. dazu mit Blick auf den Maklervertrag BSK-OR I/AMMANN, Art. 413 N 8.

einen «*psychologischen*» Kausalzusammenhang abzustellen.⁵³³ Ob es nämlich das Verhandlungs- bzw. Prozessführungsgeschick der Anwältin bzw. der Maklerin war, das die Kundschaft bzw. das Gericht überzeugte, oder aber der dem Rechtsstreit zugrunde liegende Sachverhalt bzw. das Verkaufsobjekt als solches, lässt sich im Nachhinein kaum mehr feststellen oder gar beweisen.

Ist ein derartiger psychologischer Zusammenhang erstellt, so drängt sich nach der hier vertretenen Auffassung eine Kürzung der Erfolgsprämie infolge des geringeren Aufwandes nicht auf. Wird die Erfolgsprämie nämlich in Abhängigkeit des erfolgsunabhängigen Grundhonorars berechnet, so erfolgt eine Anpassung an den geringeren Aufwand in gewissermassen automatisch. Andernfalls, etwa wenn die Erfolgsprämie als Pauschale definiert ist,⁵³⁴ soll diese nach dem Parteiwillen gerade nicht die Bemühungen der Anwältin, sondern ausschliesslich deren Ergebnis berücksichtigen. Eine Kürzung kann sich jedoch als erforderlich erweisen, wenn die Pauschale im Vergleich zum – infolge vorzeitiger Mandatsbeendigung geringer als erwartet ausgefallenen – Grundhonorar höher ist als die bundesgerichtliche Rechtsprechung erlaubt. In einem solchen Fall die gesamte Erfolgsprämie für nichtig zu erklären, erscheint nicht sachgerecht, denn im Zeitpunkt des Vertragschlusses bestehen regelmässig keine Anhaltspunkte, dass sich die Vereinbarung infolge zu geringen Aufwandes später als unzulässig erweisen würde.

cc. Bei frühzeitigem Vergleich

Ein analoges Problem stellt sich, wenn eine Erfolgsprämie vereinbart wurde und sich der Fall anschliessend mit wenig Aufwand durch einen frühzeitigen Vergleich erledigen lässt. Ist in der Honorarvereinbarung klar definiert oder gar beziffert, was «*Erfolg*» im konkreten Fall bedeutet,⁵³⁵ so kann relativ einfach ermittelt werden, bis zu welchem Grad der Erfolg mit dem Vergleich erzielt wurde. Problematisch kann sich jedoch unter Umständen das Verbot von Erfolgsprämien erweisen, die das Grundhonorar übersteigen.

Gewiss kann zu Gunsten der bundesgerichtlichen Vorgaben angeführt werden, dass die Anwältin, der mit einem frühzeitigen Vergleich eine hohe Erfolgsprämie winkt, ein Eigeninteresse daran haben wird, die Mandantschaft zur Zustimmung

⁵³³ Zum psychologischen Kausalzusammenhang vgl. etwa BGE 84 II 542, 548 f., E. 5; BGer 4A_155/2008 vom 24. April 2008, E. 3.1.

⁵³⁴ Dies ist nicht *per se* unzulässig: Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich, Beschluss vom 2. März 2006, ZR 2006, Nr. 46, 219 ff., 221, E. 9.5; BRUNNER/HENN/KRIESI, 146; SCHUMACHER/DALLAFIOR, 1286.

⁵³⁵ Siehe zur Definition des Erfolgsbegriffs Rz. 119 ff. hiavor.

zu diesem Vergleich zu bewegen, womit ihre Unabhängigkeit allenfalls gefährdet sein könnte. Allerdings sollte dabei nicht vergessen werden, dass auch die Mandantschaft ein Eigeninteresse an einem solchen Vergleich haben dürfte.⁵³⁶ Wird nämlich in einem Gerichtsverfahren derselbe Betrag erstritten, der auch in einem frühzeitigen Vergleich angeboten worden ist, so verbleibt der Mandantschaft aufgrund des höheren Grundhonorars unter dem Strich weniger. Daran dürfte auch der Umstand wenig ändern, dass bei einem siegreichen Prozessausgang in der Regel eine Parteientschädigung entrichtet wird und bei einem Vergleich in der Regel nicht. Diese berücksichtigt erstens eine vereinbarte Erfolgsprämie ohnehin nicht und genügt zweitens möglicherweise nicht einmal zur Deckung des vereinbarten Grundhonorars.⁵³⁷ Hinzu kommen die in eine Parteientschädigung von vornherein nicht eingepreisten eigenen Aufwendungen und Umtriebe der Mandantschaft sowie der mit einem Prozess einhergehende, bisweilen beträchtliche Verlust an Zeit und Nerven.

- 185 Nach der hier vertretenen Auffassung sollte zwischen Grundhonorar und Erfolgsprämie eindeutig unterschieden werden dürfen, können und müssen. Das Grundhonorar stellt eine rein *Input*-basierte Vergütungsform dar, bei welcher eben einzig die im Hinblick auf die Erreichung des Erfolges von der Anwältin geleistete Investition (in der Regel in Form von Arbeitszeit) gemessen wird.⁵³⁸ Demgegenüber sollte die Erfolgsprämie eben nur den *Output* betrachten können, nämlich den Nutzen, den die anwaltliche Tätigkeit der Mandantschaft einbringt.⁵³⁹ Folglich sollte die Erfolgsprämie in Bestand und Höhe eben nur von diesem Nutzen abhängig gemacht werden dürfen, zumal der Aufwand der Anwältin bereits mit dem – nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits zwingend gewinnbringenden – Grundhonorar abgegolten werden sollte. Wird die Erfolgsprämie als Zuschlag auf den Stundensatz ausgestaltet, so ist dies gerade nicht der Fall, denn bei einer solchen Abrede ist auch die Höhe der Erfolgsprämie abhängig vom Umfang des erbrachten Aufwands. Dieser wird so in gewissermassen doppelt verrechnet.

⁵³⁶ So bezeichnet LENZ (130) den Umstand, dass der Anwalt beim (reinen) Erfolgshonorar an einer schnellen Erledigung des Falles interessiert ist, weil er mit Mehraufwendungen kein zusätzliches Honorar erzielt, ausdrücklich als Vorteil dieses Vergütungsmodells.

⁵³⁷ Zur gerichtlichen Feststellung der Parteientschädigung siehe Rz. 305 ff. hiernach.

⁵³⁸ Siehe dazu KILIAN, Diss., 14.

⁵³⁹ Ebd.

c. **Kostenvorschusspflicht bei finanziell angeschlagener Mandantschaft?**

Wie nachstehend noch im Detail aufzuzeigen sein wird, besteht nach herrschender Auffassung keine eigentliche berufs- oder standesrechtliche Pflicht mehr, Kostenvorschüsse zu fordern.⁵⁴⁰ Als problematisch kann sich der Verzicht auf einen Kostenvorschuss jedoch erweisen, wenn die Mandantschaft zwar keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, aber die voraussichtlichen Prozesskosten dennoch nicht oder nur mit Mühe selbst finanzieren kann. Besteht mithin das wichtigste Aktivum der Mandantschaft in einer Forderung, welche die Anwältin eintreiben soll, so liegen die Interessen ähnlich wie bei einem verbotenen Erfolgshonorar.⁵⁴¹ Zwar hat die Anwältin in einem solchen Fall unabhängig vom Prozessausgang Anspruch auf das angefallene Honorar, doch wird dieser bei einer Prozessniederlage nur schwer durchzusetzen sein. Mit Verweis auf einen nicht veröffentlichten Entscheid der Zürcher Aufsichtscommission nehmen BRUNNER, HENN und KRIESI in einer solchen Konstellation einen Interessenkonflikt an, wenn vereinbart wird, dass der Anwalt aus dem Prozesserrlös entschädigt werden soll.⁵⁴² 186

Diese Praxis überzeugt nach der hier vertretenen Auffassung nicht. Ein Interessenkonflikt nach Art. 12 lit. c BGFA ist dadurch gekennzeichnet, dass entweder die Eigeninteressen der Anwältin oder Drittinteressen, zu deren Wahrung diese beauftragt oder aus anderen Gründen motiviert ist, den Interessen der Mandantschaft entgegenstehen.⁵⁴³ Demgegenüber liegen die Interessen von Rechtsvertretung und Mandantschaft in der vorstehend beschriebenen Konstellation gleich: Die Anwältin ist – ebenso wie die Mandantschaft – am Prozesserrfolg interessiert, weil sie so ihre Vergütung sicherstellt. Könnte zudem immer dann ein Interessenkonflikt angenommen werden, wenn die Vergütung vom Prozessausgang abhängt, wäre eine separate Regelung von Erfolgshonoraren wie Art. 12 lit. e BGFA gar nicht erforderlich: Das Verbot von Interessenkonflikten würde genügen. Da jedoch Art. 12 lit. e BGFA eben nur die Vereinbarung bestimmter Erfolgshonorare verbietet, kann daraus keine Verpflichtung abgeleitet werden, die Zahlungsfähigkeit der Mandant- 187

⁵⁴⁰ Vgl. dazu *Autorité de surveillance des avocats et des avocats NE*, 26. Oktober 2007, RJN 2008, 401 f.; VGer SO, VWBES.2004.214 vom 18. Oktober 2004, SOG 2004, Nr. 28, E. 3.b; BOHNET/MARTENET, 732; DAL MOLIN-KRÄNZLIN, AJP 2017, 626 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 495, 1081, 1399; MASCELLO, Anwaltsrevue 2019, 156, sowie Rz. 283 ff. hiernach.

⁵⁴¹ Siehe dazu Rz. 127 hiervor.

⁵⁴² BRUNNER/HENN/KRIESI, 134, mit Hinweis auf OGer ZH, KG080018 vom 4. Dezember 2008, E. IV.3.

⁵⁴³ FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 84; TESTA, 93.

schaft auch im Misserfolgsfall sicherzustellen. Nicht zuletzt sei daran erinnert, dass sich eine allzu extensive Auslegung der Berufsregeln nach Art. 12 BGFA verbietet, weil diese mit Disziplinarsanktionen belegt sind.⁵⁴⁴

6. Rechtsvergleichende Streiflichter

188 Die vorgenannten Chancen, Risiken und wohl auch Kontroversen erfolgsorientierter Vergütungsmodelle sind nicht auf die Schweiz beschränkt, sondern bestehen in praktisch allen Rechtsstaaten der Welt. Mit Blick auf die Diskussion in der Schweiz lohnt sich daher ein kursorischer Streifzug durch einige ausgewählte Rechtsordnungen und Rechtskreise und deren Haltung zu erfolgsbasierten Vergütungen.

a. Grossbritannien

189 In den *common law*-Staaten des angelsächsischen Rechtskreises war ursprünglich die Finanzierung fremder Prozesse,⁵⁴⁵ und so auch anwaltliche Erfolgshonorare, verboten.⁵⁴⁶ In England und Wales hielt sich diese Regelung bis in die 1990er-Jahre, als sogenannte *conditional fees* unter gewissen Voraussetzungen und in bestimmten Rechtsgebieten legalisiert wurden.⁵⁴⁷ Das Ziel dieses Vorhabens lag in der Entlastung des Budgets für die staatliche Prozesskostenhilfe (*legal aid*),⁵⁴⁸ weshalb in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen *conditional fees* erlaubt sind, keine *legal aid* mehr zugesprochen wird.⁵⁴⁹ Eine *conditional fee* gewährt der Anwältin – ähnlich wie die hierzulande zulässige Erfolgsprämie – im Erfolgsfall einen Zuschlag zum Basishonorar («*percentage uplift*»). Allerdings sind auch «*no win, no fee*»-Vereinbarungen zulässig, welche die abgeschaffte *legal aid* ersetzen

⁵⁴⁴ Vgl. etwa BGE 130 II 270, 275 f., E. 3.1.2; CHAPPUIS/GURTNER, 50; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 13; WOLFFERS, 114 f.

⁵⁴⁵ Einen eingängigen historischen Überblick liefert SCHEPKE, 22 ff. Demnach mussten Gerichtsprozesse im Mittelalter insbesondere vor der Einflussnahme mächtiger Dritter geschützt werden, weil die Justiz damals noch nicht in der Lage war, von sich aus faire und unabhängige Verfahren zu gewährleisten.

⁵⁴⁶ FORREST, 100 f.; KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 12.

⁵⁴⁷ Dazu eingehend SCHEPKE, 70 ff.

⁵⁴⁸ Vgl. zum Zusammenhang zwischen schwacher Prozesskostenhilfe und Erfolgshonoraren die bei SCHEPKE (20, 59 f.) zitierte englische Rechtsprechung.

⁵⁴⁹ FORREST, 101; KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 12; WIDMER LÜCHINGER, AJP 2011, 1447, die eine ähnliche Entwicklung in osteuropäischen Staaten beobachtet.

sollen.⁵⁵⁰ *Quotal-itis*-Verbindungen (*contingency fees*) sind aber weiterhin verboten.⁵⁵¹ Verbotene Erfolgshonorare können gerichtlich nicht durchgesetzt werden, und die Anwältin kann auch nicht stattdessen ein übliches (Zeit-)Honorar einklagen. Ebenso wenig kann die Mandantschaft aber bereits geleistete Honorarzahlingen zurückfordern.⁵⁵²

b. Vereinigte Staaten

Obwohl auch die USA zu den *common law*-Staaten gehören, wird das vorerwähnte Verbot schon seit der industriellen Revolution im 19. Jahrhundert nicht mehr beachtet.⁵⁵³ So sind *pacta de quota litis* unter dem Begriff «(*percentage*) *contingency fees*» in allen Bundesstaaten grundsätzlich erlaubt und in bestimmten Rechtsgebieten sogar relativ weit verbreitet.⁵⁵⁴ Insgesamt ist aber auch in den USA die Abrechnung nach Zeitaufwand die vorherrschende Vergütungsform.⁵⁵⁵ Die schriftlich zu vereinbarenden Streitanteilsquoten bewegen sich in aller Regel zwischen 25 und 35 Prozent, Quoten über 50 % kommen sehr selten vor.⁵⁵⁶ Verboten sind, wie auch in vielen anderen Ländern,⁵⁵⁷ *contingency fees* regelmässig im Familienrecht, damit für die Advokatur kein wirtschaftlicher Anreiz geschaffen wird, den Familienzusammenhalt zu untergraben, sowie im Strafrecht zwecks Verhinderung «*skrupelloser Verteidigungen*».⁵⁵⁸ Da in der Regel bei Obsiegen keine Parteientschädigung ausgerichtet wird und die unentgeltliche Rechtspflege relativ

⁵⁵⁰ BAETGE, 671; FORREST, 101; STRUB, 215.

⁵⁵¹ FORREST, a.a.O. SCHEPKE (98 f.) sieht in dieser Entwicklung eine wesentliche Verbesserung des Zugangs nicht vermögenger Rechtssuchender zum gerichtlichen Rechtsschutz. Allerdings wurde in England und Wales das *legal aid*-System eingeschränkt, bevor Erfolgshonorare zulässig wurden.

⁵⁵² SCHEPKE, 40 f., m.w.H.

⁵⁵³ KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 12; SCHEPKE, 32.

⁵⁵⁴ BAETGE, 670 f.; DÖRIG, 688.

⁵⁵⁵ BREYER, 22; DÖRIG, a.a.O., Fn. 6; vgl. im Detail KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 34 f.

⁵⁵⁶ BAETGE, 671, 677, m.w.H.

⁵⁵⁷ KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 12, 14, 19, z.B. in Taiwan oder im australischen Bundesstaat Victoria.

⁵⁵⁸ CHAPPUIS/GURTNER, 78; DÖRIG, 689. Anders offenbar in Österreich, wo Erfolgsschläge gerade in Strafverfahren von den Allgemeinen Honorarkriterien sogar explizit vorgesehen seien, vgl. dazu AUER, 40.

schwach ausgebaut ist,⁵⁵⁹ stellen Erfolgshonorare in den USA regelmässig die einzige Möglichkeit nicht vermögender Personen dar, überhaupt Zugang zum Recht zu erhalten.⁵⁶⁰

c. Deutschland

- 191 In Deutschland waren Erfolgshonorare über lange Zeit hinweg kategorisch verboten, wenn auch nicht immer kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift.⁵⁶¹ Dies änderte sich im Dezember 2006 mit einem Entscheid des Bundesverfassungsgerichts. Anlass dazu lieferte der Prozess eines in den USA lebenden Opfers nationalsozialistischer Zwangsenteignungen, welches mit seiner Anwältin eine *quota litis*-Vereinbarung abgeschlossen hatte.⁵⁶² Da die Klägerin weder Anspruch auf Prozesskostenhilfe⁵⁶³ noch die Mittel gehabt hätte, den Prozess selbst zu finanzieren, hielt das Bundesverfassungsgericht fest, dass ein Verbot von Erfolgshonoraren dann gegen das Grundgesetz verstosse, wenn es im Einzelfall der betroffenen Person den Zugang zum Recht vereitle.⁵⁶⁴
- 192 Den verfassungsgerichtlichen Vorgaben ist der deutsche Gesetzgeber mit der per 1. Juli 2008 erfolgten Einführung von § 4a des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG) nachgekommen.⁵⁶⁵ Obwohl das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich auch eine ersatzlose Streichung des Erfolgshonorarverbots für zulässig erachtet hatte, beschränkte sich der deutsche Gesetzgeber auf die verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen.⁵⁶⁶ Im Sinne der gerichtlichen Erwägungen setzt § 4a RVG zweierlei voraus: Erstens muss die Vereinbarung eines Erfolgshonorars «*im Einzelfall*» erfolgen. Vereinbarungen, wonach alle Fälle einer bestimmten Mandantschaft auf Erfolgsbasis vergütet würden, oder Geschäftsgebaren, mit welchem

⁵⁵⁹ Vgl. KIENER, 12, m.w.H., wonach die Prozesskostenhilfe auf Strafverfahren beschränkt sei. Zu den teils unhaltbaren Arbeitsbedingungen der «*public defenders*» siehe KILIAN, plädoyer 2/2019, *passim*.

⁵⁶⁰ DÖRIG, 690.

⁵⁶¹ Vgl. § 49b Abs. 2 a.F. D-BRAO; LENZ, 37. Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. weitergehend HARTUNG, 452 f.; SCHEPKE, 102 ff.; SCHONS, 443 f.

⁵⁶² BverfG, 1 BVR 2576/04 vom 12. Dezember 2006 = NJW 2007, 979 ff.

⁵⁶³ Nach § 207 Abs. 1 D-BEG ist das Entschädigungsverfahren zwar kostenfrei, doch besteht gemäss Abs. 2 keinerlei Anspruch auf Erstattung von Gebühren oder Auslagen, also auch keine Prozesskostenhilfe. Vgl. dazu SCHEPKE, 10 f., m.w.H.

⁵⁶⁴ BverfG, a.a.O., 984, Rz. 102.

⁵⁶⁵ BGBl 2008 I 1000, dazu HARTUNG, 452; BRÜGGEMANN, § 49b D-BRAO N 17.

⁵⁶⁶ BT-Drucks. 16/8916, 14; BAETGE, 672; BLATTNER, 563; CHAPPUIS/GURTNER, 79 f.

sich eine Anwältin als besonders empfänglich für Erfolgshonorare zu erkennen gibt, sind also nicht zulässig.⁵⁶⁷ Ebenso soll es untersagt sein, Erfolgshonorare in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle für alle Einzelmandate zu vereinbaren, beispielsweise beim Vorgehen gegen einen betrügerischen Anlagefonds.⁵⁶⁸ Damit hat sich der deutsche Gesetzgeber – sei dies bewusst oder unbewusst – dagegen entschieden, den Rechtsspruch aus Karlsruhe auch zur Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes bei Streuschäden zu nutzen.⁵⁶⁹

Die zweite und entscheidende Voraussetzung einer zulässigen Erfolgshonorarvereinbarung liegt in der Ermöglichung der Rechtsverfolgung durch die Mandantschaft. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn, so der Gesetzeswortlaut, *«der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde»*. Bei der Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse gilt ein objektiver Massstab, d.h. das Erfolgshonorar bleibt etwa dann verboten, wenn die Mandantschaft das mit einem erfolgsunabhängigen Honorar einhergehende Kostenrisiko scheut, obwohl sie in der Lage wäre, dieses zu tragen.⁵⁷⁰ Sodann darf die Anwältin gemäss § 4a Abs. 3 RVG nur das Kostenrisiko ihres eigenen Honorars auf sich nehmen, nicht etwa auch dasjenige für Gerichtskosten oder Parteientschädigungen.⁵⁷¹ Umstritten ist die Frage, ob die Anwältin im Rahmen seiner Prüfung auch einen allfälligen Anspruch auf Prozesskostenhilfe zu prüfen hätte.⁵⁷² Im offenbar ersten publizierten Entscheid zu § 4a RVG ging das Landgericht Berlin davon aus, dass eine entsprechende Prüfungspflicht bestehe, womit das Erfolgshonorar nur subsidiär zur Prozesskostenhilfe Anwendung fände.⁵⁷³ Dementsprechend sind Erfolgshonorare wohl auch nach der Lockerung des strikten Verbots eine auf Einzelfälle beschränkte Randerscheinung geblieben.⁵⁷⁴

193

⁵⁶⁷ TEUBEL, Rz. 23 ff.

⁵⁶⁸ TEUBEL, Rz. 26.

⁵⁶⁹ Siehe zu dieser Problematik LAUER, 174, m.w.H.

⁵⁷⁰ TEUBEL, Rz. 30.

⁵⁷¹ BLATTNER, 563.

⁵⁷² TEUBEL, a.a.O.

⁵⁷³ LG Berlin, 10 O 238/10 vom 2. Dezember 2010, AnwBl 2011, 150 f.

⁵⁷⁴ HARTUNG, 456; TEUBEL, Rz. 33; BRÜGGEMANN, § 49b D-BRAO N 19, mit Hinweis auf eine Pressemitteilung des Soldan Instituts vom 14. Oktober 2014. Vgl. zudem BAETGE, 672.

d. Ergebnisse der Beobachtungen

- 194 Alle untersuchten Rechtsordnungen kennen hoheitliche Regelungen von Erfolgshonoraren. Dementsprechend scheinen bestimmte Bedenken gegen dieses Entschädigungsmodell in gewissermassen auf einem globalen Grundkonsens zu beruhen. Weiter ist eine allgemeine Tendenz zu beobachten, dass *quota litis*-Verbindungen vielfach eine eigene und zumeist restriktivere Regelung erfahren haben als andere Erscheinungsformen des Erfolgshonorars.⁵⁷⁵ Ebenso bestehen in Rechtsgebieten wie dem Strafrecht oder dem Familienrecht regelmässig grössere Einschränkungen als anderswo.⁵⁷⁶
- 195 Festzustellen ist sodann, dass Erfolgshonorare tendenziell in Rechtsordnungen erlaubt sind, in welchen bedürftigen Parteien keine oder nur eine schwach ausgebauten Prozesskostenhilfe zur Verfügung steht. In den USA war eine starke Prozesskostenhilfe nie vorhanden, und mit den dort weit verbreiteten Erfolgshonoraren übernimmt die Anwaltschaft die Aufgabe, Prozesse vorzufinanzieren, was in unseren Breitengraden vielfach dem Staat obliegt. In Grossbritannien fiel etwa die Liberalisierung bei den Erfolgshonoraren mit dem Abbau der *legal aid* zusammen, und in Deutschland begnügte sich der Gesetzgeber im Wesentlichen damit, die vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Lücken in der Prozesskostenhilfe mit einer eingeschränkten Zulassung von Erfolgshonoraren zu stopfen.
- 196 Wie DÖRIG bereits vor über 20 Jahren festgehalten hat, bewegen sich die US-amerikanische und die «europäische» Haltung betreffend Erfolgshonorare aufeinander zu.⁵⁷⁷ Während in den USA in den 1990er-Jahren begonnen wurde, *contingency fees* gesetzlich zu regulieren,⁵⁷⁸ begann zur selben Zeit in verschiedenen europäischen⁵⁷⁹ und aussereuropäischen⁵⁸⁰ Ländern eine mehr oder weniger schrittweise Liberalisierung des vormals äusserst rigiden Erfolgshonorarverbots Platz

⁵⁷⁵ KILIAN, Diss., 393; KRÄMER, 588; SCHEPKE, 15, 105, mit Hinweis auf die deutsche Rechtsprechung.

⁵⁷⁶ KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 12.

⁵⁷⁷ DÖRIG, 693 f.

⁵⁷⁸ DÖRIG, 690. Vgl. BRINKMAN, 1342 f., betreffend gesetzgeberische Projekte zur Missbrauchsbekämpfung bei Erfolgshonoraren in den 1990er-Jahren.

⁵⁷⁹ So nebst den bereits erwähnten auch in Spanien, Portugal, Italien und Luxemburg. Dazu KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 14 f.

⁵⁸⁰ So etwa Australien, Südafrika, Kanada und Nigeria. Dazu KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 14.

zu greifen.⁵⁸¹ In diesem Zusammenhang ist auch die Einführung des geltenden Art. 12 lit. e BGFA zu sehen, der gemeinsam mit dem Rest des Gesetzes auf den 1. Juni 2002 in Kraft gesetzt wurde und (jedenfalls in der von Rechtsprechung und herrschender Lehre vertretenen Auffassung) *pacta de palmario* in den meisten Kantonen erstmals erlaubte.⁵⁸² Sollte es in Zukunft zu einer (weiteren) Öffnung und Deregulierung des Anwaltsmarktes, insbesondere auch in den heutigen Monopolbereich hinein, kommen, dürften wohl auch die geltenden Verbote weiter unter Druck geraten, da ansonsten die dem BGFA unterstellten Anwältinnen gegenüber ihrer Konkurrenz benachteiligt würden.⁵⁸³

E. Kombinationen verschiedener Honorarmodelle

1. Allgemeines

Die vorstehend geschilderten Honorarmodelle sind als «*Idealtypen*» oder «*Extremformen*» zu sehen, die sich grundsätzlich miteinander kombinieren lassen,⁵⁸⁴ um die dem jeweiligen Modell inhärenten wirtschaftlichen Nachteile oder Risiken zu reduzieren, möglichst ohne der jeweiligen Vorteile verlustig zu gehen.⁵⁸⁵ Solche Mischformen sind im Auftragsrecht recht häufig anzutreffen.⁵⁸⁶ Das anwaltliche Erfolgshonorar ist, wie ebenfalls dargelegt, sogar überhaupt nur in Kombination mit anderen Modellen erlaubt.⁵⁸⁷ Die nachfolgenden Ausführungen sollen daher einen Überblick über verschiedene Mischformen der vorstehend erörterten «*reinen*» Honorarmodelle vermitteln.

⁵⁸¹ BGE 143 III 600, 607, E. 2.6.3; BERNHART, 130; ROŠ, 2 ff. Vgl. ferner betreffend die allgemeinen Liberalisierungstendenzen seit der Jahrtausendwende SCHILLER/NATER, 44.

⁵⁸² AS 2002 873. Vgl. dazu JACQUEMOUD-ROSSARI, 296 f., sowie zur früheren Rechtslage DUBACH, 55a ff.; WOLFFERS, 165 ff.

⁵⁸³ Vgl. CHAPPUIS/GURTNER, 80, sowie KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 17, mit Bezug auf die Situation in den nordeuropäischen Ländern.

⁵⁸⁴ BORLE, 7; GAUTSCHI, Auftrag, Art. 394 N 76e.

⁵⁸⁵ TESTA, 216; STRUB, 214. Vgl. auch GMÜR, 74; HOFSTETTER, 79.

⁵⁸⁶ GMÜR, 73; WEBER, SVZ 1993, 9, u.a. mit Hinweis auf verschiedene Konventionaltarife.

⁵⁸⁷ Vgl. Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. März 2006, ZR 2006, Nr. 46, 219 ff., 220, E. 9.3, sowie Rz. 144 ff. hiervor.

2. Zeithonorar und Pauschalhonorar

a. Kostendächer

- 198 Eine immer häufiger anzutreffende Kombination zweier verschiedener Honorarmodelle ist das sogenannte Kostendach,⁵⁸⁸ welches – wie viele sogenannte alternative Honorarmodelle – im angloamerikanischen Rechtskreis weite Verbreitung findet und dort als «*fee cap*» oder «*cap fee*» bezeichnet wird.⁵⁸⁹ Das Kostendach vereinigt Elemente des Zeit- und des Pauschalhonorars in sich, indem die Anwältin zwar nach Aufwand abrechnet, das Honorar aber in jedem Fall auf das vereinbarte Kostendach beschränkt ist. Genügt dieses nicht, um den wirklichen Aufwand der Anwältin zu decken, gehen die darüber hinausgehenden Aufwendungen zu deren Lasten und werden von der Mandantschaft nicht vergütet. Das Kostendach verstösst nicht gegen die Berufsregeln des BGFA und ist somit innerhalb der allgemeinen Schranken zulässig.⁵⁹⁰
- 199 Diese für die Anwältin im Vergleich zu den vorstehend besprochenen Honorarmodellen unvorteilhaftere Honorarabrede ist, wie auch das reine Pauschalhonorar, vom Kostenvorschuss abzugrenzen.⁵⁹¹ Statt eines Kostendachs kann nämlich auch einfach vereinbart werden, dass die Anwältin die Mandantschaft bei Erreichen eines bestimmten Aufwands zu benachrichtigen habe, bevor weitergearbeitet werden darf. In diesem Fall muss die Anwältin dann nicht etwa die weiteren Aufwendungen unentgeltlich auf sich nehmen, sondern darf die weitere Mandatsbearbeitung von der Leistung eines weiteren Kostenvorschusses oder zumindest der Zusicherung einer späteren Honorierung abhängig machen. Derartige Abreden sind nicht nur sinnvoll, weil sie die Kostentransparenz fördern. Vielmehr ist die Anwältin unter Umständen im Rahmen der Aufklärungspflicht nach Art. 12 lit. i BGFA sogar verpflichtet, die Mandantschaft entsprechend zu informieren, sei es aufgrund einer entsprechenden Weisung der Mandantschaft oder weil die Anwältin um deren angespannte finanzielle Situation weiss.⁵⁹²

⁵⁸⁸ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 2104; STAUB, 2.

⁵⁸⁹ Vgl. MASCELLO, Anwaltsrevue 2012, 405 (Fn. 16). Gemäss BREYER (22) seien solche Budgets in den USA insbesondere bei Grossmandantschaft verbreitet, fänden sich aber auch bei einzelnen Programmen der Prozesskostenhilfe (S. 198, Fn. 711).

⁵⁹⁰ BRUNNER/HENN/KRIESI, 174; ZINDEL, 43.

⁵⁹¹ Zur Abgrenzung zwischen Pauschalhonorar und Kostenvorschuss siehe Rz. 95 hiavor.

⁵⁹² Vgl. zur Aufklärungspflicht Rz. 15 sowie 24 ff. hiavor, sowie zu den Abrechnungsintervallen Rz. 297 hiernach.

b. *Retainer* und verwandte Arrangements

Eine vor allem in den USA verbreitete, in jüngerer Zeit aber bisweilen auch in 200
Kontinentaleuropa anzutreffende Sonderform des Pauschalhonorars stellt der so-
genannte *Retainer* dar. Obwohl dieser teilweise auch in der Fachliteratur mit dem
hierzulande bekannten Kostenvorschuss gleichgesetzt wird, bestehen zwischen
Retainer und Kostenvorschuss gewichtige Unterschiede. Wie vorstehend erwähnt,
handelt es sich beim Kostenvorschuss nach schweizerischem Verständnis nicht
um ein Berechnungsmodell für das Honorar, sondern um eine bloße Zahlungs-
modalität, wobei das Honorar in aller Regel nach dem reinen Stundenaufwand
berechnet wird.⁵⁹³ Demgegenüber bezeichnet der aus dem angelsächsischen Raum
stammende Begriff des *Retainer* eine Vereinbarung, wonach die Mandantschaft
der Anwältin pro Zeiteinheit (z.B. pro Monat) im Voraus einen festen Betrag be-
zahlt und dafür eine bestimmte Anzahl Stunden für vorher definierte Aufgaben
abrufen kann.⁵⁹⁴ Im Gegenzug ist die Kanzlei verpflichtet, Anfragen der Mandant-
schaft gegebenenfalls auch einigermaßen kurzfristig zu entsprechen. Deshalb ist
der Begriff des *Retainers* auch schon mit der Bezeichnung «ständiges Beratungs-
und Bereitschaftshonorar» ins Deutsche übersetzt worden.⁵⁹⁵

Dabei kann auch vereinbart werden, dass die nicht von dieser «Grundgebühr» 201
abgedeckten weiteren Arbeitsstunden zu einem reduzierten Ansatz abgerechnet
werden.⁵⁹⁶ Ein derartiges Modell vergleicht KRÄMER mit der Preisstruktur von
Mietwagen, bei welchen in der Regel einerseits eine Nutzungsgebühr pro Tag und
andererseits ein Preis pro gefahrenen Kilometer verrechnet wird.⁵⁹⁷ Diese Aussage
ist insofern zu präzisieren, als auch ein nicht gefahrener Mietwagen notwendi-
gerweise Opportunitätskosten generiert, weil er während der Mietdauer an keine
andere Person vermietet werden kann. Diese Opportunitätskosten werden mit der
pro Tag anfallenden Grundgebühr abgegolten, während der Kilometerpreis die
Amortisation sowie die sonstigen Fixkosten des Fahrzeugs deckt (der Treibstoff
ist in aller Regel ohnehin von der Kundschaft zu bezahlen). Im Gegensatz dazu
kann eine Anwaltskanzlei, jedenfalls wenn sie über genügend personelle Kapa-

⁵⁹³ Siehe etwa Rz. 94 ff. hiernach. Eine eingehendere Abhandlung zum Thema Kosten-
vorschüsse findet sich sodann in Rz. 280 ff. hiernach.

⁵⁹⁴ ZANDER, I.

⁵⁹⁵ So etwa bei DÖRIG, 688 (Fn. 6).

⁵⁹⁶ KRÄMER, 588; MASCELLO, *Anwaltsrevue* 2013, 483.

⁵⁹⁷ KRÄMER, 589.

zitäten für den Bereitschaftsdienst verfügt, uneingeschränkt andere Mandate bearbeiten und verrechnen, wenn die mit dem *Retainer* abgeholten Leistungen nicht abgerufen werden.

- 202 Das *Retainer*-Modell ist aufgrund seiner Struktur vor allem interessant, wenn die Mandantschaft die Leistungen einer Kanzlei regelmässig und in einem mehr oder weniger grossen Umfang beansprucht.⁵⁹⁸ Kann eine Kanzlei im englischsprachigen Raum von sich behaupten, sie habe eine prestigeträchtige Mandantin «*on retainer*», so bedeutet dies, dass sie diese zu ihrer Stammkundschaft zählen kann. Da der *Retainer* für die Dauer der Vereinbarung zu entrichten ist, ob Leistungen erbracht werden oder nicht, ähnelt er in dieser Hinsicht dem Pauschalhonorar und verschafft der Kanzlei einen garantierten Mindestumsatz. Für die Mandantschaft kann ein derartiges Arrangement attraktiv sein, weil der Kostenrahmen pro Zeiteinheit für die vordefinierten Aufgaben so abgeschätzt und budgetiert werden kann. Insbesondere Grossklientinnen, die einer Kanzlei über eine lange Zeit einen sicheren und substanziellen Mindestumsatz verschaffen können, werden sich zudem bei der Aushandlung des *Retainers* regelmässig Rabatte und sonstige vorteilhafte Konditionen ausbedingen können.
- 203 In der deutschen Literatur wurde ein derartiges, in der kontinentaleuropäischen Wahrnehmung doch eher exotisch wirkendes Honorarmodell nicht nur als «*vorstellbar*» bezeichnet.⁵⁹⁹ Vielmehr sei dieses «*viel häufiger*» zu finden als etwa reine Pauschalhonorare.⁶⁰⁰ Indes liegen dem Verfasser diesbezüglich keine genauen Zahlen vor. Aus der Perspektive des schweizerischen Anwaltsrechts dürfte das *Retainer*-Modell grundsätzlich und innerhalb der allgemein geltenden Schranken zulässig sein, wobei der *Retainer* soweit ersichtlich in Literatur und Rechtsprechung noch nicht gross behandelt wurde.⁶⁰¹ Dies könnte darauf hinweisen, dass sich der *Retainer* in der Schweiz noch nicht sehr weit verbreitet haben dürfte.

⁵⁹⁸ MASCELLO, a.a.O.

⁵⁹⁹ KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 7.

⁶⁰⁰ ZANDER, 1; anders jedoch die bei MASCELLO, Anwaltsrevue 2013, 478 f., zitierte Umfrage unter deutschen *General Counsels*, gemäss welcher die Pauschalen einen Anteil von 13% und *Retainer* einen solchen von 5% ausmachten.

⁶⁰¹ MASCELLO erklärt dieses Honorarmodell in seinem Aufsatz über alternative Honorarmodelle in der Anwaltsrevue 2013, geht diesbezüglich aber nicht auf spezifische Rechtsfragen ein und scheint die Zulässigkeit des *Retainers* implizit vorauszusetzen.

Wie vorstehend aufgezeigt, steht die schweizerische Rechtsprechung alternativen Honorarmodellen eher skeptisch, wenn nicht gar feindselig gegenüber.⁶⁰² Deshalb würde ein Gericht, wenn es eine Honorarvereinbarung auszulegen hätte, ein *Retainer*-Modell nur mit äusserster Zurückhaltung annehmen und dieses wohl auch sehr genau auf seine Angemessenheit prüfen. Wie die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Erfolgsprämie ausdrücklich anerkannt hat, könnte auch hier eine Übervorteilungsgefahr angenommen werden, wenn derartige Vereinbarungen während des laufenden Mandates getroffen werden.⁶⁰³ Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass *Retainer*-Vereinbarungen schon alleine aufgrund ihres Volumens für Privatpersonen in aller Regel nicht in Betracht kommen, sondern meist von Rechtsabteilungen grosser Unternehmungen vorgeschlagen werden.⁶⁰⁴ Diese haben regelmässig sehr genaue Vorstellungen davon, welche Arbeiten sie überhaupt externen Kanzleien übertragen möchten und was sie dabei zu welchem Preis erwarten. Das Bundesgericht nimmt in seiner Rechtsprechung zu Erfolgshonoraren aber bewusst keine Unterscheidung zwischen Gross- und Kleinmandantschaft, natürlichen und juristischen Personen vor. Deshalb ist auch beim *Retainer* zu fordern, dass in der entsprechenden Vereinbarung ganz genau definiert wird, welche Leistungen vom *Retainer* abgedeckt sind.⁶⁰⁵

3. Zeithonorar mit variabler Komponente

Unter den alternativen Honorarformen offenbar vergleichsweise häufig anzutreffen sind sogenannte gestufte oder gestaffelte Zeithonorare.⁶⁰⁶ Dabei wird, wie im klassischen Stundenhonorar, bei der Honorarberechnung auf keinen anderen Para-

⁶⁰² BGE 78 II 123, 127, E. 2; BGer 2C_247/2010 vom 16. Februar 2011, E. 5.4; siehe ferner Rz. 96 hiervor.

⁶⁰³ Siehe dazu Rz. 148 ff. hiervor.

⁶⁰⁴ Vgl. ZANDER, 2, wonach die Initiative bei allen alternativen Honorarmodellen weniger von der Anwaltschaft als von *General Counsels* ausgeht, die, beginnend in den USA, Alternativen zu den stetig steigenden Stundensätzen suchen.

⁶⁰⁵ Vgl. zur erhöhten Aufklärungspflicht bei alternativen Honorarmodellen BGer 4A_512/2019 vom 12. November 2020, E. 5.3; BGer 2C_247/2010 vom 16. Februar 2011, E. 5.4.

⁶⁰⁶ Gemäss einer von MASCELLO (Anwaltsrevue 2013, 478) zitierten Umfrage unter deutschen *General Counsels* habe der Anteil dieses Honorarmodells 2011/12 bei 15% der mit externen Anwaltskanzleien getroffenen Honorarvereinbarungen gelegen, und damit zwei Prozentpunkte über dem Pauschalhonorar.

meter als die gearbeiteten Stunden abgestellt. Allerdings wird der Stundensatz nach einer zuvor definierten Anzahl geleisteter Stunden reduziert. Die ab dieser Schwelle anfallende anwaltliche Arbeit wird für die Mandantschaft also günstiger. Streng genommen handelt es sich bei diesem Honorarmodell nicht um eine Mischform aus mehreren der drei vorstehend erörterten «*Idealtypen*» Pauschalhonorar, Zeithonorar und Erfolgshonorar. Da aufgrund der noch immer bestehenden Dominanz des klassischen Zeithonorars sämtliche anderen Honorarformen gemeinhin als «*alternative Honorarmodelle*» qualifiziert werden⁶⁰⁷ sowie aufgrund der thematischen Nähe zu den «*richtigen*» Mischformen, rechtfertigt es sich, das gestaffelte Zeithonorar dennoch unter diesem Titel abzuhandeln.

- 206 Eine Reduktion des Stundensatzes nach einer bestimmten Zahl geleisteter Stunden bewirkt zunächst zumindest eine Abschwächung der Anreize zu Ineffizienz und Übererfüllung auf Seiten der Rechtsvertretung.⁶⁰⁸ Anders als beim Pauschalhonorar oder bei einem vom Aufwand völlig unabhängigen Erfolgshonorar ist diese aber finanziell auch nicht daran interessiert, bloss ihren Aufwand möglichst gering zu halten und die Angelegenheit ungeachtet des Ausgangs möglichst schnell abzuschließen.⁶⁰⁹ Über die Häufigkeit gestaffelter Zeithonorare liegen für Deutschland widersprüchliche Angaben vor. So zitiert MASCELLO eine Umfrage unter deutschen *General Counsels*, wonach Volumenrabatte bei 15% der alternativen Honorarabreden vereinbart worden seien, d.h. häufiger als Pauschalhonorare.⁶¹⁰ Demgegenüber weiss KRÄMER aus seiner eigenen Praxis zu berichten, dass die Mandantschaft auf (von ihm selbst als intelligent bezeichnete) Zwei-Block-Tarife «*skeptisch bis ablehnend*» reagiere.⁶¹¹ Soweit ersichtlich existieren diesbezüglich keine Zahlen aus der Schweiz, doch ist hier wohl nicht von einer allzu weiten Verbreitung gestaffelter Zeithonorare auszugehen.

⁶⁰⁷ Vgl. etwa HELLER, 287.

⁶⁰⁸ KRÄMER, 583. Zur Anreizproblematik beim klassischen Zeithonorar siehe Rz. 92 hier vor.

⁶⁰⁹ BGE 143 III 600, 612, E. 2.7.4, m. Anm. FELLMANN/HÄFLIGER, 501; DÖRIG, 690; vgl. zudem KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 30; STRUB, 212. Siehe dazu ferner Rz. 98 und 128 hiervor.

⁶¹⁰ MASCELLO, 478 f.

⁶¹¹ KRÄMER, 583 f.

4. Zeithonorar und Erfolgshonorar

Wie vorstehend im Detail ausgeführt, darf das Erfolgshonorar nur in Kombination mit anderen Honorarmodellen vereinbart werden.⁶¹² Eine Möglichkeit, die Erfolgsprämie zu bemessen, besteht darin, den Stundensatz im Erfolgsfall zu erhöhen.⁶¹³ Dies ist zulässig, solange auch der im Falle eines Misserfolgs geschuldete Stundensatz der Anwältin die Deckung ihrer Kosten und die Erwirtschaftung eines angemessenen Gewinns ermöglicht und die Erhöhung des Stundensatzes maximal 100% beträgt.⁶¹⁴ Nach der bisherigen Rechtsprechung soll dies der Fall sein, wenn der erfolgsunabhängige Stundensatz etwa den Ansätzen für amtliche Verteidigungen entspricht, der etwa bei CHF 180.00 bis CHF 200.00 liegt.⁶¹⁵ Der Vorteil einer derartigen Abrede liegt darin, dass das Verhältnis zwischen erfolgsabhängigem und erfolgsunabhängigem Honoraranteil von vornherein feststeht. So kann verhindert werden, dass die Erfolgsprämie das Grundhonorar verbotenerweise übersteigt.⁶¹⁶ Allerdings besteht für die Anwältin bei diesem Modell mehr noch als beim erfolgsunabhängigen Zeithonorar ein finanzieller Anreiz, mehr Aufwand zu betreiben. Unter der Annahme, dass mehr Aufwand auch die Prozesschancen verbessert, erhöhen weitere Arbeitsstunden der Anwältin gleich beide Faktoren der Multiplikation von Stundensatz und Stundenzahl.⁶¹⁷

Den bei allen vorstehend dargestellten Honorarmodellen bestehenden wirtschaftlichen Interessenkonflikten könnten gemäss der rechtsökonomischen Literatur am besten mit der Kombination eines erfolgsabhängigen und tiefer als üblich angesetzten Stundenhonorars mit einer Beteiligung am Prozessgewinn begegnet werden.⁶¹⁸ Dieser Ansatz würde im Wesentlichen der *conditional fee* nach britischem Muster entsprechen und solle dafür sorgen, dass die Anwältin ihren Gewinn optimiert, wenn sie auch den Gewinn der Mandantschaft optimiert. Das beim reinen Zeithonorar bestehende Interesse an möglichst hohem Aufwand würde so also in

⁶¹² Siehe Rz. 144 ff. hiervor.

⁶¹³ Vgl. KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 9.

⁶¹⁴ Siehe dazu eingehend Rz. 144 ff. hiervor.

⁶¹⁵ BGE 143 III 600, 613 f., E. 2.7.5; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. März 2006, ZR 2006, Nr. 46, 219 ff., 221, E. 9.5; BRUNNER/HENN/KRIESI, 146. Zu den Voraussetzungen für *pacta de palmario* siehe Rz. 144 ff. hiervor, zu den Vergütungsansätzen in der unentgeltlichen Verbeiständung siehe Rz. 344 f. hiernach.

⁶¹⁶ Siehe dazu Rz. 146 hiervor.

⁶¹⁷ STRUB, 215, bezeichnet diese Honorarform deshalb als besonders problematisch.

⁶¹⁸ STRUB, 214 f.

gewissermassen ausgeglichen durch den mit steigender Stundenzahl sinkenden Grenzertrag der Anwältin beim Erfolgshonorar.⁶¹⁹ Wie vorstehend dargelegt wäre eine solche Honorarvereinbarung jedoch mangels eines erfolgsunabhängigen Grundhonorars nach geltendem Recht unzulässig.⁶²⁰

5. Pauschalhonorar und Erfolgshonorar

- 209 Nicht prinzipiell verboten ist die Vereinbarung eines Pauschalbetrages⁶²¹ als Erfolgsprämie,⁶²² etwa für den Fall, dass der erzielte Prozessgewinn einen bestimmten Betrag überschreitet. Dabei besteht jedoch, wie bei der «*quota litis*» die Gefahr, dass der erfolgsabhängige Pauschalbetrag das erfolgsunabhängige Zeithonorar überschreiten und die Honorarvereinbarung somit unzulässig werden könnte.⁶²³ Diesbezüglich sicherer und grundsätzlich erlaubt wäre demgegenüber wohl die Vereinbarung einer Pauschale sowohl für den erfolgsabhängigen als auch für den erfolgsunabhängigen Honoraranteil. Letzterer müsste (mindestens) der anhand der kantonalen Tarife zu berechnenden Parteientschädigung entsprechen, um dem Vorwurf einer zu geringen erfolgsunabhängigen Honorarkomponente zu entgehen.⁶²⁴
- 210 Wie vorstehend aufgezeigt, ist es nicht *per se* verboten, die Erfolgsprämie proportional zum erstrittenen Prozessgewinn zu definieren, obwohl dabei an sich eine «*quota litis*» (zumindest in ihrer wortwörtlichen lateinischen Bedeutung, nämlich

⁶¹⁹ STRUB, 215.

⁶²⁰ Siehe dazu Rz. 144 ff. hiervor.

⁶²¹ Gemäss der von PFEIFER (Erfolgshonorar, 74, Fn. 25) verwendeten Definition umfasst das Pauschalhonorar stets «*alle im Zusammenhang mit dem definierten Rechtsfall verbundenen Rechtsdienstleistungen*», weshalb sich Pauschal- und Erfolgshonorar gegenseitig ausschliessen. Da sich PFEIFER jedoch auf S. 95 ff. der vorgenannten Publikation aus dem Jahr 2000 für die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren in etwa nach den heutigen Massstäben ausspricht, scheint die Differenz zur hier vertretenen Auffassung rein terminologischer Natur zu sein.

⁶²² Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG130002 vom 7. November 2013, zit. bei BRUNNER/HENN/KRIESI, 147. Vgl. ferner KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 9. Gemäss KILIAN (erfolgsbasierte Vergütung, 19), sei dieses Vergütungsmodell in Japan vorherrschend.

⁶²³ Siehe dazu Rz. 146 hiervor.

⁶²⁴ Siehe dazu Rz. 145 hiervor.

als Anteil des Bestrittenen, nicht des Erstrittenen) vorliegt.⁶²⁵ Die Erfolgsprämie darf jedoch nicht höher sein als die Summe der erfolgsunabhängigen, d.h. in aller Regel nach Aufwand, bemessenen Honorare.⁶²⁶ Da beide Grössen im Vorfeld jedoch nicht feststehen, ist bei derartigen Abreden Vorsicht geboten.

6. Wahlrecht?

a. Zu Gunsten der Rechtsvertretung

Ebenfalls denkbar ist es, vor dem Prozess zu vereinbaren, dass eine Partei bei Abschluss des Mandats zwischen verschiedenen Vergütungsmodellen wählen kann. Problematisch erscheint dies in Fällen, in welchen die Anwältin zu dieser Wahl berechtigt ist, was die Luzerner Aufsichtskommission als Verstoss gegen die Pflicht zur Schaffung klarer Verhältnisse qualifiziert hat.⁶²⁷ Umso mehr erstaunt, dass das Bundesgericht im Februar 2009 in einem Leitentscheid betreffend den Kanton Genf ebendieses Wahlrecht eines Anwalts schützte, indem es diesem gestattete, sich nach Abschluss des Mandats selbst eine Erfolgsprämie auszurichten, ohne dass überhaupt eine Honorarvereinbarung abgeschlossen worden wäre.⁶²⁸ 211

Allerdings legte das Bundesgericht im Sommer 2017 in einem neuerlichen Leitentscheid die vorstehend erörterten Kriterien für die Zulässigkeit eines *pactum de palmario* fest.⁶²⁹ Das im Gesetz nicht ausdrücklich verankerte Verbot, ein solches während des laufenden Mandats zu vereinbaren, begründete das Bundesgericht einerseits mit der Zwangslage der Mandantschaft hinsichtlich eines drohenden Anwaltswechsels und andererseits mit der Aufklärungspflicht nach Art. 12 lit. i BGFA.⁶³⁰ Den vorstehend erwähnten BGE 135 III 259 zog das Bundesgericht in erster Linie heran, 212

⁶²⁵ Wie in Rz. 94 hiervor dargelegt, wird die Honorarbemessung nach Streitwert in der vorliegenden Arbeit als eine Erscheinungsform des Pauschalhonorars angesehen.

⁶²⁶ Siehe dazu Rz. 146 hiervor.

⁶²⁷ Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte LU, 13. Dezember 2001, LGVE 2002, Nr. 49, 105 ff., geschützt in BGer 2P.11/2002 vom 7. Februar 2002; MÜLLER/EIHLER, 1473 f.

⁶²⁸ BGE 135 III 259 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff., 596 f., E. 2.4, mit kritischer Anmerkung SCHWANDER, ZBJV 2009, u.a. bestätigt in BGer 5A_409/2014 vom 15. September 2014, E. 7.2.2.1; 4A_2/2013 vom 12. Juni 2013, E. 3 ff.; 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011, E. 12.4.

⁶²⁹ BGE 143 III 600, 613 f., E. 2.7.5. Siehe dazu eingehend Rz. 143 ff. hiervor.

⁶³⁰ BGE, a.a.O., S. 614, E. 2.7.5.

um die grundsätzliche Zulässigkeit des *pactum de palmario* zu begründen.⁶³¹ So sei es widersprüchlich, wenn der Anwalt nachträglich eigenmächtig eine Erfolgsprämie beanspruchen, eine solche aber nicht vorgängig mit der Mandantschaft vereinbaren dürfe.⁶³² Eine ausdrückliche Abkehr von der Praxis der eigenmächtig festgesetzten Erfolgsprämien findet sich in diesem Entscheid also nicht.

- 213 Vor Kurzem hat das Bundesgericht in einem nicht publizierten Entscheid jedoch immerhin festgehalten, dass die Rechtsvertretung die Mandantschaft bei Mandatsantritt genau darüber informieren muss, «*notamment quel élément (résultat) justifiera la perception de cette prime*».⁶³³ Dies erscheint insofern konsequent, als das Bundesgericht bereits in seinem Entscheid aus dem Jahr 2009 implizit von einer Verletzung der Aufklärungspflicht auszugehen schien.⁶³⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung muss diese Information allerdings nebst der Definition des Erfolges auch die Höhe einer allfälligen Erfolgsprämie beinhalten. Ist dies aber der Fall, so dürfte in der Regel eine konkludente Honorarvereinbarung abgeschlossen werden, wenn die Mandantschaft sich dazu entschliesst, die Dienste der Anwältin (weiter) in Anspruch zu nehmen.⁶³⁵ In diesem Fall liegt somit ein «*herkömmliches*» *pactum de palmario* vor, das sich an den in BGE 143 III 600 festgelegten Anforderungen messen lassen muss.⁶³⁶
- 214 Wie ausserdem bereits vorstehend erörtert, bestehen die Problematiken der Informationspflichtverletzung sowie der Zwangslage der Mandantschaft nicht nur beim *pactum de palmario*, sondern bei allen Honorarmodellen.⁶³⁷ Konsequenterweise müssten also für Anpassungen der Honorarvereinbarung während des laufenden Mandats unabhängig vom Honorarmodell dieselben Kriterien gelten.⁶³⁸ Eine Diskussion über ein Recht von Anwältinnen, einseitig über das anwendbare Honorarmodell zu entscheiden, sollte sich damit an sich erübrigen.

⁶³¹ BGE 143 III 600, E. 613 f., E. 2.7.5.

⁶³² Ebd.

⁶³³ BGER 4A_512/2019 vom 12. November 2020, E. 5.3.

⁶³⁴ BGER 4A_561/2008 vom 9. Februar 2009 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff., 599 f., E. 2.6.5 (nicht publiziert in BGE 135 III 259).

⁶³⁵ Siehe zum konkludenten Abschluss einer Honorarvereinbarung Rz. 14 ff. hiervor.

⁶³⁶ Siehe dazu im Einzelnen Rz. 143 ff. hiervor.

⁶³⁷ Siehe dazu Rz. 102 ff. und 148 ff. hiervor.

⁶³⁸ Zu möglichen Lösungsansätzen siehe Rz. 108 hiervor.

b. Zu Gunsten der Mandantschaft

Soweit ersichtlich noch nicht behandelt wurde der umgekehrte Fall eines Wahlrechts zu Gunsten der Mandantschaft. Wie vorstehend erörtert, wurde das Wahlrecht zu Gunsten der Rechtsvertretung als unzulässig erachtet, weil es die Aufklärungspflicht nach Art. 12 lit. i BGFA verletze. Da die Mandantschaft gegenüber der Rechtsvertretung keine Aufklärungspflichten treffen, ist nicht ersichtlich, weshalb eine derartige Vereinbarung nicht möglich sein sollte.⁶³⁹ Dem Verfasser ist allerdings kein Fall bekannt, in welchem ein Wahlrecht zu Gunsten der Mandantschaft vereinbart wurde. 215

V. Honorarzuschläge

A. Abgrenzung zum Honorar

Mit dem Honorar selbst wird nur die eigentliche Arbeit der Anwältin vergütet.⁶⁴⁰ 216 Darin nicht enthalten sind gemäss dispositiver Regelung nach Art. 402 Abs. 1 OR die bei der Erfüllung des Auftrags anfallenden Auslagen und Verwendungen⁶⁴¹ sowie, praxisgemäss, die Mehrwertsteuer.⁶⁴² Soweit Auslagen und Verwendungen anfallen, sind sie auch bei unentgeltlichen Aufträgen zu ersetzen.⁶⁴³

⁶³⁹ So ist Art. 400 OR nur auf die Beauftragte, nicht aber auf den Auftraggeber anwendbar (BGE 144 III 43, 53, E. 4.2; BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 400 N 2).

⁶⁴⁰ GMÜR, 34.

⁶⁴¹ Siehe dazu im Einzelnen Rz. 217 ff. hiernach.

⁶⁴² Siehe dazu im Einzelnen Rz. 233 ff. hiernach.

⁶⁴³ BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 402 N 1; FELLMANN, BK, Art. 402 N 57; HOFSTETTER, 85 f.; HUGUENIN, 1097. Mehrwertsteuer fällt beim unentgeltlichen Auftrag nicht an (vgl. Art. 18 Abs. 1 MWSTG).

B. Auslagen und Verwendungen

1. Terminologie und Abgrenzungen

- 217 Gemäss Art. 402 Abs. 1 OR hat die Auftraggeberin der Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, die diese in richtiger Ausführung des Auftrags gemacht hat, samt Zinsen zu ersetzen und sie von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien.⁶⁴⁴ Diese Bestimmung gilt auch für den Anwaltsvertrag. Unter Auslagen und Verwendungen werden freiwillige Vermögenseinbussen der Beauftragten verstanden, welche diese in Kauf genommen hat, um damit den Auftrag zu erfüllen.⁶⁴⁵ Der Begriff der Auslagen bezeichnet dabei Geldaufwand, während unter Verwendungen der Verbrauch von Sachen verstanden wird.⁶⁴⁶ Auslagen und Verwendungen sind auch dann ersatzfähig, wenn der damit bezweckte Erfolg nicht hat erreicht werden können, solange die Aufwendungen *ex ante* erforderlich erschienen.⁶⁴⁷
- 218 Abzugrenzen sind die in Erfüllung eines spezifischen Auftrages anfallenden Auslagen und Verwendungen von den Generalunkosten.⁶⁴⁸ Solche fallen unabhängig von einem bestimmten Auftrag an und versetzen eine (Berufs-)Beauftragte überhaupt in die Lage, bestimmte Arten von Aufträgen auszuführen.⁶⁴⁹ In der Anwaltsbranche umfassen diese Positionen etwa die Kosten für Personal, Büromiete, Inter-

⁶⁴⁴ BGer 4A_313/2018 vom 17. Dezember 2018, E. 4.2, in deutscher Sprache zusammengefasst und kommentiert von SCHNEUWLY; GMÜR, 30.

⁶⁴⁵ FELLMANN, BK, Art. 402 N 15; GMÜR, 40 f.; HOFSTETTER, 85; HONSELL, 358; HUGUENIN, 1096 f.

⁶⁴⁶ BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 402 N 4, m.w.H.

⁶⁴⁷ GMÜR, 47; GAUTSCHI, Auftrag, Art. 402 N 10a; FELLMANN, BK, Art. 402 N 75 ff.

⁶⁴⁸ BORLE, 5; FELLMANN, BK, Art. 402 N 26 ff.; HOFSTETTER, 86; KuKo-OR/SCHALLER, Art. 402 N 3; WEBER, Praxis, 66.

⁶⁴⁹ FELLMANN, BK, Art. 402 N 26; GMÜR, 42.

netzgang, EDV- und Kopiergeräte.⁶⁵⁰ Da die Generalunkosten über das Honorar finanziert werden, haben diese (deren grösster Teil regelmässig die Personalkosten darstellen dürften) einen Einfluss auf dessen Höhe.⁶⁵¹

Ebenfalls zu den Generalunkosten gehören die Kosten für die Anschaffung von Fachliteratur sowie Abonnementsgebühren für diejenigen Zeitschriften, welche die Tätigkeitsbereiche der Kanzlei betreffen.⁶⁵² In neuerer Zeit haben in diesem Zusammenhang auch juristische Fachdatenbanken wie insbesondere die Marktführerin *Swisslex* weite Verbreitung erfahren.⁶⁵³ Diese Datenbanken ermöglichen den Zugang zu vielen der wichtigsten Kommentare, Monografien und Fachzeitschriften und bieten zudem eine Suchfunktion an. Da jedoch die Nutzung dieser Datenbanken mit erheblichen Kosten verbunden ist,⁶⁵⁴ stellt sich die Frage, ob Datenbankrecherchen der Mandantschaft als Auslagen in Rechnung zu stellen oder zu den Generalunkosten zu zählen sind. Zu Beginn der 1990er-Jahre vertrat HÖCHLI die Auffassung, dass Datenbankabfragen nur dem jeweiligen Mandat dienen und im Gegensatz zu Literatur oder Zeitschriften «für die Kanzlei im übrigen wertlos» seien. Deshalb seien die Kosten dafür auch der Mandantschaft in Rechnung zu stellen.⁶⁵⁵

Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Haltung rund 30 Jahre später nicht mehr haltbar. Entscheidet sich etwa eine Kanzlei dafür, einen Kommentar nicht in Buchform zu erwerben, sondern stattdessen ein Abonnement bei der Datenbank

⁶⁵⁰ Vgl. BOESCH, 182. Genau genommen sind nur die Fixkosten des Kopiergeräts, also etwa Anschaffungs- oder Leasingkosten sowie Unterhalt und Service den Generalunkosten zuzuordnen. Verbrauchsmaterial wie Papier und Tonerkartuschen sind hingegen ersatzberechtigte Auslagen (MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, 279). Diese werden aber aus Praktikabilitätsgründen in aller Regel über die Kleinspesenpauschale vergütet, vgl. dazu Rz. 228 ff. hiernach.

⁶⁵¹ BGer 4A_446/2010 vom 14. Oktober 2010, E. 4.3.2; BOESCH, 156; BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 394 N 5; FELLMANN, Haftung, 61; GMÜR, 42; HÖCHLI, 6 f.; HOFSTETTER, 86; KuKo-OR/SCHALLER, Art. 402 N 3; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 4567; WEBER, Praxis, 66.

⁶⁵² BOESCH, a.a.O.

⁶⁵³ So bezeichnete FELLMANN (Haftung, 52), Datenbanken bereits 2003 als «nicht mehr wegzudenkende[n] Bestandteil der Aneignung des erforderlichen Wissens».

⁶⁵⁴ Die Abonnementsgebühren von *Swisslex* können auf der entsprechenden Website (<https://www.swisslex.ch/de/service/abofees>, besucht am 5. Juni 2020) abgerufen werden. Das Einstiegsabonnement kostet je nach Anzahl Nutzerinnen und Nutzer zwischen CHF 180.00 und CHF 660.00 pro Monat.

⁶⁵⁵ HÖCHLI, 7.

des herausgebenden Verlages zu lösen, so sollte sich von selbst verstehen, dass die Abonnementsgebühr ebenso wenig als Auslage gelten kann wie der Kaufpreis des Buches. In diesem Fall kann das Abonnement auch nicht als «völlig wertlos» qualifiziert werden, sondern trägt im Gegenteil zu einer Verbesserung der Kanzleinfrastruktur bei. Sodann lassen sich die Nutzungsgebühren für Datenbanken jedenfalls dann nicht einmal einem konkreten Mandat zuordnen, wenn diese pauschal und unabhängig von der effektiven Nutzung erhoben werden. Gleiches gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch für die Nutzung von *Swisslex*. Deren Preise berechnen sich zwar anhand des Nutzungsumfangs,⁶⁵⁶ doch wird bei der Preisfestsetzung immer auf die Nutzung in der vergangenen Referenzperiode abgestellt, sodass eine Zuordnung der Gebühren zu einem einzelnen Mandat wiederum unmöglich ist. Hinzu kommt, dass jedenfalls die grossen Datenbanken inzwischen einen Umfang erreicht haben, der auch die Kapazität einer grossen Kanzleibibliothek weit übersteigen dürfte, und dass die abgerufenen Beiträge heutzutage in PDF-Form heruntergeladen werden können.⁶⁵⁷ Gerade in Anbetracht einer solchen regelrechten Informationsflut stellt nach der hier vertretenen Auffassung die blosse Möglichkeit einer gezielten Suche schon für sich genommen eine deutliche Verbesserung der Kanzleinfrastruktur dar.⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ Nach Ablauf der ersten sechs Monate und anschliessend zu Beginn jedes Kalenderjahres werden die Gebühren anhand der effektiven Nutzung angepasst (<https://www.swisslex.ch/de/service/abofees>, besucht am 5. Juni 2020).

⁶⁵⁷ FELLMANN, Haftung, 52. Nach eigener Angabe verfügt *Swisslex* nebst der eidgenössischen und kantonalen Rechtsprechung der letzten gut 50 Jahre über «die jeweils neuesten Ausgaben und das Archiv von zur Zeit 79 Fachzeitschriften, mehr als 350 Gesetzeskommentare und über 3'000 Werke aus der Fachliteratur» (<https://www.swisslex.ch/de/product/overview>, besucht am 7. Dezember 2021).

⁶⁵⁸ Ebenso OGer TG, SBR.2013.86 vom 21. Oktober 2015, RBOG-TG 2015, Nr. 28, 233 ff., 234; a.A. FELLMANN, Haftung, 61 f., wonach nicht einzusehen sei, weshalb Telefonate, Fahrspesen, Porti und andere Auslagen der Mandantschaft verrechnet werden könnten und *Swisslex*-Recherchen nicht.

2. Barauslagen

a. Allgemeines

Während der Begriff der Barauslagen in der Literatur bisweilen als das Gegenteil der Generalunkosten verwendet wird,⁶⁵⁹ ist dieser Begriff in der vorliegenden Arbeit enger gefasst. Der Terminus soll alle Auslagen umfassen, welche der Mandantschaft im effektiven Betrag in Rechnung gestellt werden, also nicht Teil einer Spesenpauschale sind.⁶⁶⁰ 221

Ein klassisches Beispiel von Barauslagen sind etwa die bereits in Rz. 75 hiervoor erwähnten Reisekosten.⁶⁶¹ Muss eine Anwältin etwa mit dem Zug zu einer Gerichtsverhandlung reisen, so hat sie gegen die Mandantschaft, welche sie an dieser Verhandlung vertreten soll, zusätzlich zum Honoraranspruch eine Forderung auf Rückerstattung des Billettpreises.⁶⁶² Ebenso zu den Barauslagen gehören Gerichtskosten und sonstige amtliche Gebühren wie etwa die Kosten für Betreibungsregister- oder Grundbuchauszüge.⁶⁶³ Der Anspruch auf Auslagenersatz besteht gemäss Art. 402 Abs. 1 OR grundsätzlich auch dann, wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, und sogar dann, wenn das Mandat (ausnahmsweise) unentgeltlich geführt und auf einen Auslagenersatz nicht verzichtet wurde.⁶⁶⁴ Haben Anwältin und Mandantschaft ein Pauschalhonorar vereinbart, so ist zu ermitteln, ob darin auch die Auslagen inbegriffen sind.⁶⁶⁵ Dies ist im Zweifelsfall zu verneinen.⁶⁶⁶ 222

b. Kosten für den Beizug von Drittpersonen

Als fraglich kann sich bisweilen die Erstattungspflicht bei Kosten für den Beizug Dritter erweisen. Im Zusammenhang mit der Erbringung anwaltlicher Dienstleistungen werden sehr oft die Dienste von Drittpersonen in Anspruch genommen: So werden beispielsweise Administrativ- und Schreivarbeiten vielfach vom Sekretariat der Anwaltskanzlei besorgt oder es müssen Privatgutachten aus anderen 223

⁶⁵⁹ Vgl. z.B. HÖCHLI, 6 f.

⁶⁶⁰ Vgl. hierzu Rz. 228 ff. hiernach.

⁶⁶¹ FELLMANN, BK, Art. 402 N 15; GMÜR, 42.

⁶⁶² Demgegenüber stellen die Kosten für die Benutzung des eigenen Fahrzeugs Verwendungen dar, sind deshalb aber nicht weniger ersatzfähig (FELLMANN, BK, Art. 402 N 18).

⁶⁶³ Ebd.

⁶⁶⁴ FELLMANN, BK, Art. 402 N 57; HUGUENIN, 1097.

⁶⁶⁵ KuKo-OR/SCHALLER, Art. 402 N 3.

⁶⁶⁶ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1418.

Fachgebieten als der Rechtswissenschaft eingeholt werden, um den Sachverhalt erfahren und beweisen zu können. Bei grenzüberschreitenden Rechtsfällen kann sich zudem auch der Beizug einer Korrespondenzanwältin aus einem anderen Land rechtfertigen oder gar aufdrängen.

- 224 Ob die Mandantschaft die Kosten für den Beizug von Drittpersonen zu tragen hat, entscheidet sich zunächst daran, ob es sich bei der Drittperson um eine Substitutin oder um einen Erfüllungsgehilfen handelt.⁶⁶⁷ Die Substitution ist dadurch gekennzeichnet, dass die Substitutin von der ursprünglichen Beauftragten an deren Stelle gesetzt wird.⁶⁶⁸ Davon ist auszugehen, wenn die Drittperson wirtschaftlich und technisch selbstständig tätig ist.⁶⁶⁹ Zieht eine Anwältin also beispielsweise im Hinblick auf einen Bauprozess ein Architektur- oder Ingenieurbüro zur Erstattung eines Parteigutachtens bei, so ist dieses Büro als Substitut zu betrachten.
- 225 Im Auftragsrecht ist die Substitution gemäss Art. 398 Abs. 3 OR zulässig, wenn die Auftraggeberin den Beauftragten dazu ermächtigt hat oder wenn die Substitution durch die Umstände notwendig oder üblich ist. Bei zulässiger Substitution sind die Kosten für den Beizug der Substitutin von der Mandantschaft zu tragen, andernfalls nicht.⁶⁷⁰ Zudem haftet die (Erst-)Beauftragte nur für Auswahl und Instruktion der Substitutin.⁶⁷¹ Bei Anwaltsmandaten wird die Substitution regelmässig zulässig sein, da praktisch alle Anwaltsvollmachten eine Substitutionsbefugnis enthalten, womit eine Ermächtigung der Mandantschaft vorliegt.⁶⁷²
- 226 Im Gegensatz zur Substitutin werden dem Erfüllungsgehilfen lediglich untergeordnete Aufgaben übertragen, welche sodann unter Leitung und Aufsicht der (Erst-)Beauftragten ausgeführt werden. Klassische Beispiele hierfür stellen im anwaltlichen Kontext die Sekretariatsangestellten oder auch die teilweise missverständlich als «(Anwalts-)Substitutinnen» bezeichneten Rechtspraktikantinnen

⁶⁶⁷ FELLMANN, BK, Art. 402 N 120; GMÜR, 42 ff.

⁶⁶⁸ Vgl. BGE 103 II 59, 62, E. 1.a; CR-CO I/WERRO, Art. 398 N 6; FELLMANN, BK, Art. 398 N 542; GMÜR, 43; VON BÜREN, Diss., 83; WEBER, Praxis, 80.

⁶⁶⁹ FELLMANN, BK, Art. 398 N 539 ff.; HUGUENIN, 1080; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, 283.

⁶⁷⁰ FELLMANN, BK, Art. 402 N 120; GAUTSCHI, Art. 402 N 15b.

⁶⁷¹ Art. 399 Abs. 2 OR. Dazu CR-CO I/WERRO, Art. 399 N 4 f.; DERENDINGER, 135; DROZ, 14 ff.; HONSELL, 348; HUGUENIN, 1083; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, 284 f.

⁶⁷² Vgl. BGer 4P.317/2001 vom 28. Februar 2002, E. 5; HONSELL, a.a.O., wonach der Grundsatz der persönlichen Auftragsausführung mit der Zunahme von Arzt- und Anwaltsgesellschaften zunehmend obsolet werde. Ähnlich MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, 283.

dar.⁶⁷³ Im Gegensatz zur Substitution ist der Beizug von Erfüllungsgehilfen auch ohne eine Ermächtigung durch den Auftraggeber grundsätzlich zulässig.⁶⁷⁴ Die Beauftragte haftet jedoch für das Verhalten des Erfüllungsgehilfen nach den Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 1 OR grundsätzlich wie für ihr eigenes.⁶⁷⁵ Ist der Erfüllungsgehilfe Teil der «Erfüllungsorganisation» der Beauftragten, d.h. namentlich deren Angestellter, so hat der Auftraggeber für dessen Beizug keine Kosten zu tragen. Demgegenüber stellen die Dienste «externer» Erfüllungsgehilfen ersatzfähige Auslagen dar.⁶⁷⁶

Sowohl von der Substitution als auch vom Beizug von Erfüllungsgehilfen zu unterscheiden ist die Situation, in welcher die Mandantschaft selbst eine externe (Fach-)Person beauftragt. Dies kann die Mandantschaft entweder persönlich tun, oder aber sie ermächtigt ihre Rechtsvertretung (oder weist diese an), die Drittperson gestützt auf die Anwaltsvollmacht in Stellvertretung zu beauftragen. In diesem Falle entsteht ein weiteres Auftragsverhältnis zwischen der Mandantschaft und der Drittperson, an welchem die Anwältin nicht beteiligt ist. In diesem Falle haftet die Anwältin nicht für die Drittperson und ist dieser gegenüber auch nicht aus eigenem Recht weisungsbefugt.⁶⁷⁷ 227

3. Kleinspesenpauschalen

Grundsätzlich hat die Auftraggeberin nur diejenigen Auslagen zu ersetzen, welche die Beauftragte tatsächlich auf sich genommen hat, wofür diese beweisbelastet ist.⁶⁷⁸ Gerade kleine, aber im Laufe eines Mandates wiederkehrende Auslagen wie namentlich Porto-, Kopier- und Telefonspesen jeweils einzeln zu dokumentieren, 228

⁶⁷³ CHK-OR/CORDEY/GIGER, Art. 399 N 2; GMÜR, 44; HUGUENIN, 1080; KuKo-OR/SCHALLER, Art. 398 N 19; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, 284.

⁶⁷⁴ CHK-OR/CORDEY/GIGER, a.a.O.; FELLMANN, BK, Art. 398 N 529; GMÜR, 44 (Fn. 71); HOFSTETTER, 94.

⁶⁷⁵ BGE 112 II 347, 353, E. 2.a; BÄCHLER, 14 ff.; CR-CO I/WERRO, Art. 398 N 42; VON BÜREN, Diss., 83 ff.

⁶⁷⁶ GMÜR, 44. Für die Bemühungen der vorerwähnten «Anwaltssubstituten» ist zwar kein Auslagenersatz, aber praxismässig ein reduziertes Honorar zu entrichten (vgl. z.B. § 21 HoR-BS), für Sekretariatsarbeiten hingegen nicht (siehe dazu Rz. 76 f. hiervor).

⁶⁷⁷ BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 398 N 6 f.; FELLMANN, BK, Art. 398 N 555 ff.; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 4418; a.A. HOFSTETTER, 97.

⁶⁷⁸ COURBAT, JdT 2021 III 6, mit Hinweis auf die unveröffentlichte Praxis im Kanton Waadt; GMÜR, 41 f.

erweist sich jedoch in der Regel als kaum praktikabel. Deshalb haben sich gerade in der Anwaltsbranche sogenannte Kleinspesenpauschalen eingebürgert, die sich in der Regel in einem Bereich zwischen 1 % und 4 % der Honorarsumme bewegen.⁶⁷⁹

- 229 Auch wenn derartige Vereinbarungen dem Grundsatz nach ohne Weiteres zulässig sind, erscheint die Frage berechtigt, inwiefern diese in der heutigen Zeit noch einen Bezug zu den realen Kosten der Mandatsführung aufweisen. Dies hängt zunächst damit zusammen, dass gerade die Preise für die Festnetztelefonie in den letzten Jahrzehnten nicht nur stark gesunken sind. Vielmehr haben sich bei den Abonnenten der Telekommunikationsanbieterinnen vermehrt Flatrate-Tarife durchgesetzt, die jedenfalls bei Inlandtelefonaten unabhängig von der konkreten Gesprächsdauer immer gleich hoch sind. Analog verhält es sich mit dem Internet. Während etwa zu Beginn der 1990er-Jahre für eine Internet-Nutzung von drei Stunden pro Monat *«ca. 12 - 15.– Fr. Telekommunikationskosten»*⁶⁸⁰ anfielen, bildet ein unbegrenzt nutzbarer, pauschal verrechneter Internetzugang heutzutage einen Grundbestandteil einer jeden Büroinfrastruktur. Analog zu den vorstehenden Überlegungen im Zusammenhang mit der Nutzung von Rechtsdatenbanken dürften somit in aller Regel keine erstattungsfähigen Telekommunikationskosten mehr anfallen, da diese nicht mehr einem einzelnen Mandat zugeordnet werden können.⁶⁸¹
- 230 In einem ähnlichen Sinne dürfte sich in absehbarer Zukunft die Frage nach der Rechtfertigung einer Pauschale für Porto- und Kopierkosten stellen. Zwar versenden die meisten Anwaltskanzleien noch heute ihre Eingaben an Gerichte und Behörden noch physisch mit (eingeschriebener) Post und bedienen ihre Mandantschaft zudem regelmässig mit einer Orientierungskopie in Papierform. Allerdings hat sich bei den meisten Mandaten die E-Mail zur vorherrschenden Kommunikationsform entwickelt und den (physischen) Klientenbrief weitestgehend verdrängt. Zumeist erhält die Mandantschaft mindestens zusätzlich zur physischen Orientierungskopie auch noch am Tag der Eingabe selbst einen Scan des Schriftstücks per E-Mail. Da sich zudem die digital signierten elektronischen Eingaben zwar langsam, aber stetig verbreiten, ist es durchaus möglich, dass in naher Zukunft auch keine oder jedenfalls deutlich weniger erstattungsfähige Porto- und Kopierkosten anfallen dürften. Schon heute denkbar wäre es etwa, der Mandantschaft eine Re-

⁶⁷⁹ BORLE, 6 (Fn. 26); COURBAT, JdT 2021 III 10; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1418.

⁶⁸⁰ HÖCHLI, 7 (Fn. 47).

⁶⁸¹ Siehe Rz. 219 f. hiervor.

duktion oder einen Verzicht auf die Spesenpauschale anzubieten, wenn sie auf eine physische Zustellung von Orientierungskopien verzichtet und die Korrespondenz auf rein elektronischem Weg erfolgen kann.

Da es sich bei der Kleinspesenpauschale im Wesentlichen um eine Beweiserleichterung zu Gunsten der Anwältin handelt, ist auf jeden Fall zu fordern, dass die Mandantschaft darüber aufgeklärt wird, welche Auslagen in der Pauschale enthalten sind und welche sie zusätzlich effektiv zu erstatten hat. So können in der Honorarvereinbarung oder (spätestens) auf der Rechnung etwa die pauschalierten Auslagen namentlich genannt werden. Diese umfassen klassischerweise die zuvor erwähnten «Porti, Kopien, Telefonate». Ebenfalls denkbar ist es jedoch, die Pauschale nach dem Betrag der jeweiligen Auslagen zu definieren, indem etwa vereinbart wird, die Pauschale umfasse sämtliche Auslagen unter einem Betrag von CHF 20.00.⁶⁸² 231

4. Befreiung von Verbindlichkeiten

Unter denselben Voraussetzungen wie beim Auslagenersatz hat die Beauftragte Anspruch auf Befreiung von Verbindlichkeiten (sog. Liberationsregress).⁶⁸³ Dieser kommt zum Zuge, soweit die Anwältin diese Leistungen im eigenen Namen bezogen bzw. bestellt und die entsprechenden Kosten nicht vorgeschossen hat. Wird nämlich unter Vorlage der Anwaltsvollmacht etwa ein Gerichtsverfahren eingeleitet oder ein Registerauszug bestellt, so dürfte nach den allgemeinen Regeln der Stellvertretung nicht die Anwältin, sondern direkt die Mandantschaft zur Bezahlung der entsprechenden Kosten verpflichtet werden. Die Schuldpflicht der Mandantschaft stützt sich dann nicht auf das Auftragsverhältnis zu ihrer Anwältin, sondern direkt auf das in Stellvertretung eingegangene Rechtsverhältnis. Die Anwältin ist in diesem Fall gar keine Verbindlichkeit eingegangen, von welcher sie befreit werden könnte. Hat sie die entsprechenden Kosten aus dem eigenen Vermögen vorgeschossen, so hat sie die von ihr eingegangene Verbindlichkeit bereits wieder getilgt. Dieses Szenario fällt wie gesehen unter den Auslagenersatz und nicht unter die Befreiung von Verbindlichkeiten. 232

⁶⁸² COURBAT, JdT 2021 III 10.

⁶⁸³ BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 402 N 8 f.; HONSELL, 359; HUGUENIN, 1097; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, 280; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 4573 ff.

C. Mehrwertsteuer

- 233 Die allermeisten Arten anwaltlicher Arbeit gelten als Dienstleistung im Sinne von Art. 3 lit. e i.V.m. lit. c MWSTG.⁶⁸⁴ Deshalb unterliegen sie gemäss Art. 18 Abs. 1 MWSTG der Inlandsteuer, sofern die sie erbringende Anwaltskanzlei mehrwertsteuerpflichtig ist. Dies ist in der Regel der Fall, ist doch die Mehrwertsteuerpflicht nicht an eine bestimmte Rechtsform oder gar eine Eintragung ins Handelsregister gebunden,⁶⁸⁵ sondern lediglich an einen jährlichen Mindestumsatz von CHF 100'000.00.⁶⁸⁶ Deswegen muss aus Sicht der Mandantschaft nebst dem eigentlichen Honorar und den Auslagen auch die Mehrwertsteuer budgetiert werden.
- 234 Das Ziel der Mehrwertsteuer besteht jedoch gemäss Art. 1 Abs. 2 MWSTG nur in der Besteuerung des nicht unternehmerischen Endverbrauchs.⁶⁸⁷ Ist die Mandantschaft als Unternehmen deshalb ihrerseits mehrwertsteuerpflichtig, so kann sie die bezahlte Mehrwertsteuer bei der nächsten Abrechnung als Vorsteuerabzug geltend machen.⁶⁸⁸ Da jede mehrwertsteuerpflichtige Person ihre Mehrwertsteuer selbst abrechnet, spielt der Vorsteuerabzug im Verhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft keine bedeutende Rolle: Die Kanzlei erhebt auf ihr Honorar einen Mehrwertsteuerzuschlag und die mehrwertsteuerpflichtige Mandantschaft kann den Steuerbetrag direkt bei der ESTV von ihrer nächsten Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen.
- 235 Bedeutender ist die Mehrwertsteuerpflicht allerdings im Zusammenhang mit der Parteientschädigung.⁶⁸⁹ Grundsätzlich verstehen sich die Beträge in den staatlichen Tarifen des Bundes und der Kantone zuzüglich Mehrwertsteuer.⁶⁹⁰ Wird der entsprechende Mehrwertsteuerzuschlag jedoch einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei zugesprochen, so würde dies regelmässig zu einer ungerechtfertigten Bereicherung dieser Partei führen. Diese könnte dann nämlich die Mehrwertsteuer ihrer Rechtsvertretung mit dem Zuschlag auf der Parteientschädigung bezahlen und da-

⁶⁸⁴ Branchen-Info MWST, 6.

⁶⁸⁵ FREI, 27; SCHLUCKEBIER, Art. 10 N 13.

⁶⁸⁶ Art. 10 Abs. 2 lit. a MWSTG.

⁶⁸⁷ Dazu BGE 140 II 80, 82 f., E. 2.1.

⁶⁸⁸ DENZLER/MOLNAR/REHFISCH/ZBINDEN, 141; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 244.

⁶⁸⁹ Siehe zur Parteientschädigung im Detail Rz. 302 ff. hiernach.

⁶⁹⁰ Vgl. z.B. § 24 HoR-BS; Art. 29 HonO-SG; § 9 Abs. 2^{bis} AnwT-AG. Vgl. zudem das Kreisschreiben MWST-ZH, 3.

rüber hinaus noch einen Vorsteuerabzug in derselben Höhe geltend machen. Um dies zu verhindern, besteht bei Obsiegen einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei grundsätzlich kein Anspruch auf einen Mehrwertsteuerzuschlag.⁶⁹¹ Gemäss einem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts gelte Anderes nur, wenn die mehrwertsteuerpflichtige Partei nachweist, dass sie für die betreffenden Anwaltskosten keinen Vorsteuerabzug beanspruchen kann.⁶⁹²

Aus der anwaltlichen Perspektive empfiehlt es sich aber dennoch, das Rechtsbegehren auf Parteientschädigung im Zweifel eher zuzüglich Mehrwertsteuer zu formulieren. Kann die Mandantschaft den Vorsteuerabzug nämlich, aus welchen Gründen auch immer, nicht geltend machen, so kann die Rechtsvertretung für ein unterbliebenes Rechtsbegehren schlimmstenfalls schadenersatzpflichtig werden. Wird hingegen der Antrag auf Mehrwertsteuerzuschlag abgewiesen, so hat dies für die (ansonsten) obsiegende Mandantschaft keine unmittelbaren finanziellen Folgen, denn weder die Parteientschädigung noch der Mehrwertsteuerzuschlag zählen zum Streitwert im zivilprozessrechtlichen Sinne.⁶⁹³ Ein Unterliegen in diesem Punkt hat also in aller Regel keinen Einfluss auf die Verteilung der (übrigen) Prozesskosten. 236

⁶⁹¹ BGer 4A_465/2016 vom 15. November 2016, E. 3.2.3.

⁶⁹² Kreisschreiben MWST-ZH, 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 244.

⁶⁹³ Vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO. Dazu Botschaft ZPO, 7291; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 91 N 5; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 91 N 17; CR-CPC/TAPPY, Art. 91 N 36; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 79; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 232; SUTTER-SOMM, Rz. 619; ZK-ZPO/STEIN-WIGGER, Art. 91 N 33.

2. Teil: Leistung und Finanzierung des Anwaltshonorars

I. Übersicht

Das vorherige Kapitel behandelte die Entstehung und den Umfang der Anwalts- 237
honorarforderung. Die nachfolgenden Ausführungen sollen sich der Frage wid-
men, aus welchen Quellen diese finanziert werden kann. Geprüft wird zunächst die
Finanzierung durch die Mandantschaft selbst, wobei unter anderem auch Fragen
der Zahlungsmodalitäten, der Rechnungsstellung sowie allfällige Geldwäscherei-
risiken behandelt werden.⁶⁹⁴ Darauf folgt eine Übersicht über die grundsätzlich
von der unterliegenden Prozessgegnerin zu leistende Parteientschädigung, ein-
schliesslich deren Verhältnis zur Honorarforderung der Rechtsvertretung.⁶⁹⁵ Ab-
geschlossen wird das Kapitel mit einigen Betrachtungen zur staatlichen Honorar-
finanzierung im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege.⁶⁹⁶

Nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet die Finanzierung des Anwalts- 238
honorars durch private Drittpersonen, etwa durch den Ehegatten im Rahmen einer
provisio ad litem, durch Rechtsschutzversicherungen oder Prozessfinanzierungs-
gesellschaften. Eine in Tiefe und Qualität auch nur ansatzweise überzeugende
Darstellung der mannigfaltigen sich zu diesen Themen stellenden Einzelfragen
hätte den Rahmen der vorliegenden Arbeit gesprengt.

⁶⁹⁴ Siehe Rz. 239 ff. hiernach.

⁶⁹⁵ Siehe Rz. 302 ff. hiernach.

⁶⁹⁶ Siehe Rz. 314 ff. hiernach.

II. Die Mandantschaft als Honorarschuldnerin

A. Leistungsgegenstand

1. Allgemeines

a. Geldzahlung als Regelfall

- 239 Gegenstand der anwaltlichen Honorarforderung ist in aller Regel ein bestimmter oder bestimmbarer Geldbetrag.⁶⁹⁷ Geldschulden bilden als sogenannte Wertschulden eine spezifische Unterart der Gattungsschuld.⁶⁹⁸ Als gesetzliche Zahlungsmittel gelten die vom Bund ausgegebenen Münzen, die von der SNB herausgegebenen Banknoten sowie auf Schweizerfranken lautende Sichtguthaben bei der SNB.⁶⁹⁹ Jede Person ist verpflichtet, bis zu 100 schweizerische Umlaufmünzen und Banknoten in unbegrenzter Anzahl an Zahlung zu nehmen.⁷⁰⁰
- 240 Bankguthaben sind somit weder ein gesetzliches Zahlungsmittel noch ist die Gläubigerin einer Geldschuld gesetzlich verpflichtet, eine Banküberweisung zur Tilgung dieser Forderung anzuerkennen.⁷⁰¹ In der Realität präsentiert sich freilich ein anderes Bild. Auch in der Anwaltsbranche haben Banküberweisungen die Barzahlung nahezu vollständig verdrängt. Da es sich bei Geldschulden gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR um Bringschulden handelt, trägt dabei grundsätzlich die Mandantschaft das Risiko und die Kosten, bis der entsprechende Betrag

⁶⁹⁷ BOHNET/MARTENET, 1158; vgl. ferner BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 394 N 40; GMÜR, 57 f., mit Hinweis auf die jeweils geltenden Tarifordnungen, die jeweils Geldbeträge nennen; HOFSTETTER, 41.

⁶⁹⁸ BUCHER, OR AT, 104; GMÜR, 58; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 66. Differenzierend BSK-OR I/SCHROETER, Vor Art. 84–90 N 4; FURRER/MÜLLER-CHEN, 54; KuKo-OR/GROSS, Art. 84 N 4.

⁶⁹⁹ Art. 2 WZG. Vgl. BSK-OR I/SCHROETER, Vor Art. 84–90 N 21 f.; CHK-OR/MERCIER, Art. 84 N 3; KuKo-OR/GROSS, Art. 84 N 6.

⁷⁰⁰ Art. 3 Abs. 1 und 2 WZG. Vgl. CHK-OR/MERCIER, Art. 84 N 3; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 559 f.

⁷⁰¹ BGE 106 III 114, 115 f., E. 1; BSK-OR I/SCHROETER, Vor Art. 84–90 N 23; CHK-OR/MERCIER, Art. 84 N 6; HUGUENIN, 225; KRAMER, Diss., 53; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 559.

dem Bankkonto der Rechtsvertretung gutgeschrieben wurde.⁷⁰² Gibt jedoch die Anwaltskanzlei ihre Bank als Zahlstelle an, so ist die Forderung bereits mit der Einzahlung am Schalter erfüllt.⁷⁰³ Da dies bereits durch Übergabe eines entsprechenden Einzahlungsscheins erfolgen kann,⁷⁰⁴ wird davon bei Anwaltshonorarforderungen wohl in den meisten Fällen auszugehen sein.

Geldschulden sind grundsätzlich in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen.⁷⁰⁵ Dies bedeutet, dass weder die Barzahlung noch die Banküberweisung eines Betrages in fremder Währung schuldbefreiende Wirkung zeitigt.⁷⁰⁶ Lautet die Forderung allerdings auf eine Währung, die am Erfüllungsort kein gesetzliches Zahlungsmittel ist, so kann die Schuldnerin auch in der Währung des Erfüllungsortes bezahlen.⁷⁰⁷ Allerdings sind diese Regeln dispositiver Natur und können durch anderweitige ausdrückliche oder konkludente Vereinbarungen ausgeschlossen werden.⁷⁰⁸ Gerade grössere und auf internationale Mandantschaft ausgerichtete Anwaltskanzleien führen oft Euro- und/oder Dollarkonti. Werden solche auf der Honorarrechnung ebenfalls angegeben, so wird der Mandantschaft nach der hier vertretenen Auffassung die Wahl gelassen, in diesen Währungen zu bezahlen. Wie bei der Angabe eines schweizerischen Bank- oder Postkontos oder der Abgabe eines Einzahlungsscheines signalisiert die fakturierende Gläubigerin so nämlich die Bereitschaft, eine Zahlung mittels der entsprechenden Methode als schuldbefreiend zu akzeptieren. Darauf soll sie sich behaften lassen müssen.

Massgebend ist in einem solchen Fall der Briefkurs am Verfalltag der Forderung.⁷⁰⁹ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass eine Forderung, welche in der Schweiz auf dem Betreuungsweg vollstreckt werden soll, zwingend in

⁷⁰² BSK-OR I/SCHROETER, Art. 74 N 49; BUCHER, OR AT, 304; WIEGAND/HODEL, 189. Zu weiteren Einzelheiten in Bezug auf den bargeldlosen Zahlungsverkehr siehe KRAMER, Diss., 54 ff.

⁷⁰³ BGE 124 III 145, 148, E. 2.b; BGE 106 III 114, 115 f., E. 1; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 561; WIEGAND/HODEL, 192; a.A. KRAMER, a.a.O.

⁷⁰⁴ BGE, a.a.O., S. 147, E. 2.a; BGer 4C.172/2005 vom 14. September 2005, E. 2.2; HUGUENIN, 232; anders BSK-OR I/SCHROETER, Art. 74 N 46, mit Hinweis auf die wohl herrschende Auffassung in der Lehre.

⁷⁰⁵ Art. 84 Abs. 1 OR.

⁷⁰⁶ BUCHER, OR AT, 301; WEBER, BK, Art. 84 N 143.

⁷⁰⁷ Art. 84 Abs. 2 OR. Dazu CHK-OR/MERCIER, Art. 84 N 15; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 560.

⁷⁰⁸ SCHRANER, Vor Art. 68–96 N 4; WEBER, BK, Vor Art. 68–96 N 16.

⁷⁰⁹ Art. 84 Abs. 2 OR. Dazu SCHRANER, Art. 84 N 194, m.w.H.: Der Briefkurs ist derjenige Kurs, zu welchem die Bank die jeweilige Währung an einem bestimmten Tag

Schweizerfranken auszuweisen ist.⁷¹⁰ Gemäss der älteren Lehre und Rechtsprechung konnte die Gläubigerin dabei wählen, ob sie zum Kurs am Verfalltag oder zum Kurs am Tag des Betreibungsbegehrens umrechnen möchte.⁷¹¹ Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist stets zum Kurs am Tag des Betreibungsbegehrens umzurechnen.⁷¹² Kommt es zu einer Fortsetzung der Betreibung, so kann die Gläubigerin die Fremdwährungsforderung aber erneut zum Kurs am Tag des Fortsetzungsbegehrens umrechnen lassen.⁷¹³

b. Sach- und Dienstleistungen

- 243 Jedenfalls nach der älteren Lehre und Rechtsprechung ist aus auftragsrechtlicher Sicht nichts gegen «*Tauschgeschäfte*» einzuwenden, bei welchen die Beauftragte für ihre Tätigkeit von der Auftraggeberin eine andere Leistung erhält als eine Geldzahlung.⁷¹⁴ Der Gegenansicht zufolge liegt in einem solchen Fall ein gemischtes Vertragsverhältnis vor, welches je nach Art der Gegenleistung auftragsrechtliche Bestimmungen mit solchen des Miet- oder Kaufrechts in sich vereinigt.⁷¹⁵ Weist eine derartige atypische Gegenleistung der Auftraggeberin einen Geldwert auf, so dient dieser allenfalls als Bemessungsgrösse.⁷¹⁶ Eine Gegenleistung mit bloss ideellem Wert kann nicht nach Art. 345 Abs. 1 lit. b ZPO in eine Geldleistung umgewandelt werden, wenn die Realvollstreckung nicht möglich ist. Da der Anspruch der Beauftragten folglich (möglicherweise) nicht gerichtlich durchgesetzt

verkauft. Indem dieser und nicht der Geldkurs massgebend ist, soll der Gläubiger in die Lage versetzt werden, sich die geschuldete Währung am Verfalltag ohne Kursverlust zu beschaffen.

⁷¹⁰ Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG, dazu statt vieler WEBER, BK, Art. 84 N 348.

⁷¹¹ KGer ZG, 19. Juni 1974, in SJZ 1976, 197; AMONN/WALTHER, 122; LEU, in Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 84 N 11. Anders die aktuelle, von SCHROETER bearbeitete Auflage, N 38 ff.

⁷¹² BGE 137 III 623 = Pra 2012, Nr. 66, 455 ff., 456, E. 3; BSK-OR I/SCHROETER, Art. 84 N 48; KREN KOSTKIEWICZ, 141.

⁷¹³ Art. 88 Abs. 4 SchKG. Vgl. BSK-SchKG/SIEVI, Art. 88 N 35 ff.; SCHRANER, Art. 84 N 228; WEBER, BK, Art. 84 N 353.

⁷¹⁴ BGE 94 II 263, 268, E. 3.b; BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 394 N 40; FELLMANN, BK, Art. 394 N 392. Differenzierend aber bereits GAUTSCHI, Auftrag, Art. 394 N 73a.

⁷¹⁵ GMÜR, 60.

⁷¹⁶ Vgl. BSK-OR I/KOLLER, Art. 184 N 20; GMÜR, a.a.O.

werden kann, qualifiziert GMÜR einen «Auftrag», bei welchem die Leistung des Auftraggebers keinen Geldwert aufweist, als «den Sonderfall einer unvollkommenen Obligation» und somit als einen Vertrag *sui generis*.⁷¹⁷

Ungeachtet der genauen Vertragsqualifikation ergibt sich jedenfalls aus Art. 394 Abs. 3 OR, dass andere Leistungen als Geldzahlungen aus zivilrechtlicher Sicht nicht verboten sind.⁷¹⁸ Da – wie vorstehend beschrieben – auch der vollständige Verzicht auf ein Honorar standes- und berufsrechtlich zulässig ist, spricht aus der Perspektive des Anwaltsrechts auch nichts Prinzipielles gegen Honorare, die nicht in Form einer Geldzahlung entrichtet werden.⁷¹⁹ 244

Umstritten, aber nach herrschender Auffassung wohl zulässig, ist das *pactum de redimenda lite*, mit welchem sich die Rechtsvertretung den Streitgegenstand abtreten lässt.⁷²⁰ Sodann muss sich auch das aus einer Sachleistung bestehende Honorar an den vorstehend beschriebenen Kriterien der Angemessenheit messen lassen.⁷²¹ Weiter bestehen die üblichen Schranken der Rechts- und Sittenwidrigkeit. Als problematisch könnte es sich etwa erweisen, wenn die Mandantschaft als Gegenleistung für die anwaltlichen Leistungen sexuelle Dienstleistungen erbrächte. Die bundesgerichtliche Praxis, wonach Prostituiertenverträge als sittenwidrig i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR gelten, wurde trotz grosser und wachsender Kritik in der Lehre sowie zumindest einem widersprechenden Urteil eines erstinstanzlichen Gerichts bislang nicht geändert.⁷²² Nach der hier vertretenen Auffassung sollte es sich jedenfalls von selbst verstehen, dass ein Anwalt nicht erfolgreich auf Real- erfüllung eines derartigen Vertrages klagen kann. 245

Eine andere Frage wäre, ob für Anwältinnen auch in diesem Fall ein erhöhter Integritätsstandard gelten würde, gegen den solche Abreden verstiesse. So versetzt das Angebot eines Anwalts an seine – in engen finanziellen Verhältnissen lebende – Mandantin, ihm an einem Sonntagsanlass an seiner Privatadresse beim Service zu unterstützen, diese in eine unangenehme Zwangslage. Schliesslich will 246

⁷¹⁷ GMÜR, 61.

⁷¹⁸ BOHNET/MARTENET, 1158 f.; FELLMANN, BK, Art. 394 N 392. Vgl. BECKER, Art. 394 N 18, mit Hinweis auf die gegenseitigen Aushilfsdienste der Landwirte.

⁷¹⁹ Siehe Rz. 28 hiervor. Vgl. BOHNET/MARTENET, a.a.O., wonach die Art der Vergütung die anwaltliche Unabhängigkeit nicht gefährden darf.

⁷²⁰ Vgl. hierzu Rz. 127 hiervor.

⁷²¹ Siehe dazu Rz. 55 ff. hiervor.

⁷²² BGE 111 II 295, 301, E. 2.e.; BGer 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011, E. 2.3. Anders inzwischen BezGer Horgen, FV120047 vom 9. Juli 2013, ZR 2013, Nr. 85, 296 ff.; BSK-OR I/MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 38; HÜRLIMANN, Diss., 239 f.; SPIESS, 29 f.

sie mit einer Zurückweisung des Angebots nicht eine wohlwollende Rechnungstellung und/oder seine (engagierte) Unterstützung aufs Spiel setzen.⁷²³ Obwohl dem entsprechenden Entscheid nicht zu entnehmen ist, ob diese Unterstützung als Ersatz oder zusätzlich zur Honorarzahlung angeboten wurde, so bestünde dieselbe (potenzielle) Zwangslage in einem noch viel stärkeren Ausmass, wenn etwa sexuelle Dienstleistungen zur Debatte stünden, welche den Kern der Persönlichkeit betreffen.⁷²⁴ Entsprechende Honorarabreden verstossen deshalb nach der hier vertretenen Auffassung gegen die anwaltliche Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 12 lit. a BGFA, und das Bekanntwerden solcher Praktiken wäre der Reputation der betroffenen Anwältin zudem sicherlich in höchstem Masse abträglich.⁷²⁵

- 247 Unproblematisch erscheint demgegenüber die Abrede mit einem Hotel- oder Restaurantbetrieb, wonach sich die Anwältin anstelle einer Honorarzahlung von der Mandantschaft bewirten bzw. beherbergen lässt. Solche Leistungen bietet ein Gastronomiebetrieb grundsätzlich einer unbestimmten Vielzahl (potenzieller) Gäste an, ohne dass ein ähnlich starker Persönlichkeitsbezug gegeben wäre. Allerdings sollte es der Mandantschaft auch bei solchen Arrangements stets offenstehen, anstelle der Sach- oder Dienstleistung das Honorar fristgerecht in Geld zu bezahlen. Eine über die blosser Honorarleistungspflicht als solche hinausgehende Zwangslage ist so nicht auszumachen.

2. Verrechnung

- 248 Stehen sich zwei gleichartige Forderungen, d.h. in der Regel Geldforderungen, gegenüber, so können diese gemäss Art. 120 Abs. 1 OR durch einseitige Willenserklärung einer Partei mittels Verrechnung getilgt werden.⁷²⁶ Im Verhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft kommt der Verrechnung eine enorme praktische Bedeutung zu, was sich etwa anhand von Kostenvorschüssen zeigt. Da ein Kosten-

⁷²³ Nicht publizierter Entscheid der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte BS, AK.2017.17. Dieser ist in den nicht öffentlichen Unterlagen einer vom Verfasser besuchten Tagung vom 8. November 2019 an der Universität Basel ohne Angabe des Datums zusammengefasst.

⁷²⁴ CHAPPUIS/GURTNER, 55, vergleichen das Machtgefälle zwischen Rechtsvertretung und Mandantschaft mit demjenigen zwischen Ärztin und Patientin. Dies erscheint nachvollziehbar, wobei ein anwaltliches Mandat keine vergleichbare körperliche Nähe und vielfach auch keinen so grossen Bezug zur Intimsphäre aufweist wie eine ärztliche oder therapeutische Behandlung.

⁷²⁵ Vgl. zum Integritätsstandard im Allgemeinen z.B. GYGI, 537.

⁷²⁶ Vgl. ZELLWEGE-GUTKNECHT, Vor Art. 126 N 4.

vorschuss geleistet wird, bevor überhaupt eine Honorarforderung entstanden ist, begründet dessen Zahlung eine Forderung der Mandantschaft auf Rückerstattung des vorgeschossenen Betrages. Diese Forderung wird alsdann bei Entstehung der Honorarforderung zu Gunsten der Rechtsvertretung nach und nach durch Verrechnung getilgt.⁷²⁷

Im Übrigen wird auch die im Rahmen eines Verfahrens zugesprochene Parteientschädigung⁷²⁸ in aller Regel von der Rechtsvertretung entgegengenommen und anschliessend mit der eigenen Honorarforderung verrechnet.⁷²⁹ Dafür ist die Parteientschädigung letztlich auch gedacht. Die Anwältin nimmt jedoch, aus verschiedensten Gründen, regelmässig auch andere Vermögenswerte für ihre Mandantschaft entgegen. Auch diese Guthaben dürfen grundsätzlich mit Honorarforderungen der Anwältin verrechnet werden, da im Zusammenhang mit Anwaltshonoraren kein allgemeines gesetzliches Verrechnungsverbot gilt.⁷³⁰ 249

Im Einzelfall kann sich die Verrechnung jedoch als unzulässig erweisen. So ist es etwa untersagt, Honorarforderungen mit Guthaben der Mandantschaft zu verrechnen, welche diese dringend zur Deckung ihres Lebensunterhalts benötigt.⁷³¹ 250 In diesem Fall liegt nebst einem Verstoss gegen die allgemeine anwaltliche Sorgfalts- und Treuepflicht auch eine Verletzung der Berufspflicht vor, die Vermögenswerte der Mandantschaft getrennt von den eigenen aufzubewahren.⁷³² Diese Berufspflicht wird bisweilen sogar derart weit ausgelegt, dass die Anwältin die Vermögensverhältnisse der Mandantschaft eingehend zu prüfen habe, bevor sie

⁷²⁷ Vgl. BGE 100 IV 227, 229, E. 1. Das Thema Kostenvorschüsse wird in Rz. 280 ff. hiernach eingehender erörtert.

⁷²⁸ Siehe dazu eingehend Rz. 309 ff. hiernach.

⁷²⁹ Anders verhält es sich mit Honorarforderungen für unentgeltliche Rechtsvertretungen. Deren Gläubiger ist stets die unentgeltliche Rechtsvertretung selbst und nicht die bedürftige Partei (siehe dazu Rz. 340 hiernach). Eine Verrechnung ist somit in diesem Fall weder erforderlich noch möglich.

⁷³⁰ BRUNNER/HENN/KRIESI, 169; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 489.

⁷³¹ BRUNNER/HENN/KRIESI, 102 f.; DUBACH, 58a f.

⁷³² VGer ZH, VB.2012.00246 vom 12. Juli 2012, E. 3.4.

Verrechnung erklären dürfe.⁷³³ Ebenfalls als unzulässig erkannt wurde die Verrechnung von Anwaltshonorarforderungen mit Genugtuungsansprüchen der Mandantschaft.⁷³⁴

3. Abtretung von Forderungen

- 251 Eng verwandt mit der Frage der Verrechnung ist die Abtretung von Forderungen von Honorarforderungen gegenüber Drittpersonen. Problematisch kann eine derartige Zession zunächst werden, wenn die Forderung Gegenstand desjenigen gerichtlichen Verfahrens ist, in welchem die Anwältin die Mandantschaft vertritt. Würde diese Forderung nämlich anstelle einer Honorarzahlung (ganz oder teilweise) an die Rechtsvertretung zediert, so läge die Situation wirtschaftlich betrachtet gleich wie beim reinen Erfolgshonorar.⁷³⁵ Deshalb waren derartige Abreden, auf Lateinisch *pacta de redimenda lite* (teilweise auch *pactum de redimenta lite*⁷³⁶ geschrieben) genannt, nach verschiedenen ehemaligen kantonalen Anwaltsgesetzen untersagt.⁷³⁷ Die Kantone Waadt und Genf haben dieses Verbot sogar nach wie vor in ihren Anwaltsgesetzen stehen,⁷³⁸ doch kommt diesem wegen der abschliessenden Regelung des BGFA keine selbstständige Bedeutung mehr zu.⁷³⁹
- 252 Ein generelles Verbot des *pactum de redimenda lite* kennt das geltende BGFA nicht mehr und die Botschaft äussert sich dazu nicht.⁷⁴⁰ Bereits unter den alten kantonalen Rechtsordnungen gab es Stimmen in der Lehre, welche eine kategorische Unzulässigkeit derartiger Vereinbarungen ablehnten.⁷⁴¹ Nebst der Abtretung

⁷³³ BRUNNER/HENN/KRIESI, 102 f., vgl. zudem Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen ZH, Beschluss vom 6. Oktober 1994, ZR 1995, Nr. 28, 97.

⁷³⁴ Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen ZH, KR 960405 vom 3. Oktober 1996, zit. bei TESTA, 189 (Fn. 1201).

⁷³⁵ BOHNET/MARTENET, 661; BRUNNER/HENN/KRIESI, 102. Siehe zum Erfolgshonorar eingehend Rz. 118 ff. hiervor.

⁷³⁶ BOHNET/MARTENET, 660; DÖRIG, 687.

⁷³⁷ DUBACH, 55a; GASSMANN, 127. Vgl. z.B. § 10 Abs. 1 aAnwG-ZH, dazu HÖCHLI, 92 f.; TESTA, 96; USTERI, 310, sowie Art. 17 Abs. 2 aFG-BE, dazu STERCHI, Komm. aFG-BE, 70.

⁷³⁸ Art. 48 LPav-VD; Art. 35 LPav-GE.

⁷³⁹ BOHNET/MARTENET, 660.

⁷⁴⁰ SCHILLER, SJZ 2004, 356.

⁷⁴¹ FELLMANN/SIDLER, 23 f., unter Berufung auf einen nicht näher bezeichneten Entscheid der Luzerner Aufsichtskommission.

künftiger Parteientschädigungen, die stets erlaubt war,⁷⁴² erachtete diese Lehrmeinung die Abtretung auch streitiger Forderungen zwecks Sicherung der Honorarforderung als grundsätzlich zulässig.⁷⁴³ Allerdings müsse stets der gesamte einbringliche Betrag an die Honorarforderung angerechnet werden und die Art der Forderung dürfe die Abtretung nicht als anstössig erscheinen lassen.⁷⁴⁴

Mit dem Inkrafttreten des BGFA scheint sich diese Lehrmeinung durchgesetzt zu haben.⁷⁴⁵ Inzwischen muss die Zulässigkeit einer Forderungsabtretung im Einzelfall beurteilt werden.⁷⁴⁶ Nach wie vor verboten wäre eine solche, wenn die Anwältin damit «*ein Geschäft machen*» wollte oder diese zu ausbeuterischen Bedingungen erfolgte.⁷⁴⁷ Gleiches gilt, analog zur Verrechnung, wenn Genugtuungsforderungen oder solche Ansprüche zediert würden, welche die Mandantschaft unbedingt zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts benötigt.⁷⁴⁸ Zu ergänzen wäre, dass die Anrechnung einer streitigen Forderung zum Nominalwert oder zu einem vor Beendigung der Streitigkeit definierten Betrag nur unter den Voraussetzungen einer Erfolgshonorarvereinbarung erlaubt werden sollte. Im Einzelfall kann ferner ein persönlicher Interessenkonflikt vorliegen, wenn die Anwältin einen Wissensvorsprung hat, den sie beim Forderungskauf ausnützen könnte.⁷⁴⁹

⁷⁴² BOHNET/MARTENET, 661. Vgl. ferner HÖCHLI, 92; TESTA, 219, jeweils mit Hinweis auf das damalige Vollmachtsformular des Zürcherischen Anwaltsverbandes.

⁷⁴³ BOHNET/MARTENET, 660; DUBACH, 57a; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 452; FELLMANN/SIDLER, 23 f.; SALZMANN, 299.

⁷⁴⁴ FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 128.

⁷⁴⁵ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 452.

⁷⁴⁶ BGer 2P.318/2006 vom 27. Juli 2007, E. 11.2; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 128; a.A. BOHNET/MARTENET, 661, wonach jede Abtretung einer streitigen Forderung einen persönlichen Interessenkonflikt begründe und deshalb weiterhin verboten sei. HESS, ZBJV 2004, 112, stützt dieselbe Ansicht auf das Unabhängigkeitsgebot.

⁷⁴⁷ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 452; PAYER/WEBER, Rz. 31.

⁷⁴⁸ BRUNNER/HENN/KRIESI, 101.

⁷⁴⁹ Vgl. CHAPPUIS/GURTNER, 269; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 362; NATER, Haftpflichtprozess 2008, 29.

B. Anwaltshonorare und Geldwäscherei

1. Spezifische Anwaltstätigkeit und Finanzintermediation

- 254 Der Anwaltsberuf bringt es mit sich, dass sich die geschäftlichen Kontakte nicht auf Personen mit einem einwandfreien Leumund beschränken. Dies gilt insbesondere, aber nicht nur, im Bereich der Strafverteidigung.⁷⁵⁰ Dementsprechend sehen sich Anwältinnen einem erhöhten Risiko ausgesetzt, auch mit Geldern unklarer oder deliktischer Herkunft in Berührung zu kommen. Immer wieder werden sogar Fälle rufbar, in welchen das in praktisch allen Rechtsordnungen stark geschützte anwaltliche Berufsgeheimnis gezielt ausgenutzt wird, um die Herkunft von Vermögenswerten zu verschleiern und/oder diese dem Zugriff von Behörden zu entziehen.⁷⁵¹ Diese Themenkomplexe bilden den Gegenstand der Geldwäschereigesetzgebung.
- 255 In diesem Zusammenhang mag der erste Gedanke in die Richtung jener Anwältinnen gehen, welche neben oder anstelle ihrer angestammten Tätigkeit Finanzintermediation betreiben.⁷⁵² Diese sogenannten Geschäftsanwältinnen unterstehen nach den Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes erhöhten Sorgfalts- und vor allem Meldepflichten, welche mit dem Berufsgeheimnis in Konflikt geraten können.⁷⁵³ Erneut an Brisanz gewonnen hat dieses Thema mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen, von den eidgenössischen Räten diskutierten Erweiterung der Meldepflichten für Beraterinnen und Berater.⁷⁵⁴ Dieses wenngleich spannende Thema hat mit dem Anwaltshonorar wenig zu tun und wird folglich im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter erörtert.⁷⁵⁵

⁷⁵⁰ Vgl. ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI, 71; GIANNINI, 99; WOHLERS, 198.

⁷⁵¹ DAVID, 21; PIETH, Strafrecht BT, 318. Vgl. zudem NZZ vom 14. Juni 2018, 9.

⁷⁵² Nach einhelliger Auffassung unterstehen Anwältinnen und Anwälte in ihrer berufsspezifischen Tätigkeit nicht dem GwG (vgl. BGE 112 Ib 606, 607 f., E. b; NADELHOFER DO CANTO, 346, m.w.H.; TESTA, 153 f.).

⁷⁵³ KERN, 104; LEE, 13 f.; PIETH, Strafrecht BT, 322.

⁷⁵⁴ BBl 2019, 5451 ff.; AB 2020 N 12 ff.; AB 2020 S 733 f. Dazu kritisch LIPPUNER, plädoyer 4/2019.

⁷⁵⁵ Die an diesem Themenkomplex interessierte Leserschaft sei namentlich auf die Dissertation von GIANNINI aus dem Jahr 2005 verwiesen, welche auch in dieser Arbeit vielfach zitiert wird.

2. Der Geldwäschereitatbestand (Art. 305^{bis} StGB)

Die Bekämpfung der Geldwäscherei auf dem Schweizerischen Finanzplatz erschöpft sich jedoch nicht in den finanzaufsichtsrechtlichen Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes.⁷⁵⁶ So verlangt der Straftatbestand der Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB keine besondere Täterqualifikation.⁷⁵⁷ Deshalb kommen auch Anwältinnen als Täterschaft der Geldwäscherei auch in Betracht, wenn sie nur ihrer berufsspezifischen Tätigkeit nachgehen und damit nicht als Finanzintermediärinnen dem Geldwäschereigesetz unterstehen.⁷⁵⁸ 256

Da das Gesetz von Vermögenswerten spricht, umfasst das Tatobjekt von Art. 305^{bis} StGB sämtliche Gegenstände und Rechte, denen überhaupt ein wirtschaftlicher Wert zukommt.⁷⁵⁹ Diese Vermögenswerte müssen aus einem Verbrechen, d.h. einem Delikt mit einer maximalen Strafandrohung von mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe,⁷⁶⁰ oder einem qualifizierten Steuervergehen herrühren.⁷⁶¹ Bei den Vermögenswerten muss es sich nicht direkt um die Beute der Vortat handeln, sondern grundsätzlich sind auch Surrogate taugliche Tatobjekte der Geldwäscherei.⁷⁶² Besonders heikle Fragen stellen sich zudem, wenn aus Verbrechen herrührende Vermögenswerte mit legalen vermischt werden.⁷⁶³ 257

Auch die Tathandlung ist weit umschrieben.⁷⁶⁴ Strafbar ist nach dem Gesetzeswortlaut jedes Verhalten, das geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln. Neben den klassischen Vorgehensweisen wie der Unterbrechung des *Paper Trails* durch 258

⁷⁵⁶ Zur funktionalen Verbindung des Geldwäschereitatbestandes mit den finanzaufsichtsrechtlichen Sorgfaltspflichten vgl. ACKERMANN/ZEHNDER, 1142. TRECHSEL/PIETH/PIETH/SCHULTZE bezeichnen das GwG als einen Ausführungserlass zu Art. 305^{bis} StGB (vgl. dort, Art. 305^{bis} N 5b).

⁷⁵⁷ BGE 136 IV 188 = Pra 2011, Nr. 79, 569 ff., 561, E. 6.1; ACKERMANN/ZEHNDER, 1145; BSK-StGB II/PIETH, Art. 305^{bis} N 1; TRECHSEL/PIETH/PIETH/SCHULTZE, Art. 305^{bis} N 7.

⁷⁵⁸ Art. 9 Abs. 2 GwG. Vgl. FRIEDLI, 301; KERN, 103; NADELHOFER DO CANTO, 348.

⁷⁵⁹ LEE, 17 f.; LIPPUNER, Übersicht, 338; PIETH, Strafrecht BT, 326 f.

⁷⁶⁰ Art. 10 Abs. 2 StGB, vgl. dazu BSK-StGB II/PIETH, Art. 305^{bis} N 13.

⁷⁶¹ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 495 ff.; GUGGISBERG, 55 f.

⁷⁶² ACKERMANN/ZEHNDER, 1244 f. Dazu eingehend LEE, 26 ff.

⁷⁶³ Dazu eingehend LEE, 31 ff.

⁷⁶⁴ GIANNINI, 117; GUGGISBERG, 57; LEE, 54; NADELHOFER DO CANTO, 348.

Bargeldtransaktionen⁷⁶⁵ oder dem Einsatz sogenannter *Money Mules*⁷⁶⁶ stellen auch einfache Verhaltensweisen wie das Verstecken von Bargeld oder das Umtauschen in andere Banknoten Geldwäschereihandlungen dar.⁷⁶⁷ Nicht strafbar sind hingegen die blosser Verlängerung des *Paper Trails* durch Inlandüberweisungen⁷⁶⁸ sowie die blosser Annahme und der Besitz kontaminierter Vermögenswerte.⁷⁶⁹ Nach dem Gesagten dürfte also die blosser Honorarzahung jedenfalls bei Inlandsverhalten grundsätzlich keine Strafbarkeit wegen Geldwäscherei auslösen. Allerdings ist die Überweisung an eine Anwaltskanzlei insofern problematisch, als das Berufsgeheimnis den Strafbehörden bei der Einziehung starke rechtliche Hindernisse auferlegt.⁷⁷⁰

- 259 Subjektiv ist der Geldwäschereitatbestand als Vorsatzdelikt ausgestaltet.⁷⁷¹ Der Wortlaut von Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB bringt klar zum Ausdruck, dass Eventualvorsatz genügt.⁷⁷² Da es sich bei der Geldwäscherei nicht um ein Dauerdelikt handelt, zeitigt ein *dolus subsequens* keine direkten strafrechtlichen Folgen.⁷⁷³ Allerdings

⁷⁶⁵ BSK-StGB II/PIETH; LEE, 46; PIETH, Strafrecht BT, 331.

⁷⁶⁶ Für weitere Beispiele siehe BGE 128 IV 117 = Pra 2002, Nr. 220, 1155 ff., 1168, E. 7.a; ACKERMANN/ZEHNDER, 1263 f.

⁷⁶⁷ BGE 127 IV 20, 26, E. 4.a; BGE 122 IV 211, 216, E. 2.c; BGE 119 IV 59, 63 f., E. 2.d; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 503; LEE, 44 f.; TRECHSEL/PIETH/PIETH/SCHULTZE, Art. 305^{bis} N 18.

⁷⁶⁸ ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI, 87; PIETH, Strafrecht BT, 331, obwohl sich damit regelmässig kontaminierte mit «sauberen» Vermögenswerten vermischen dürften. Zu dieser Problematik eingehend ACKERMANN/ZEHNDER, 1252 ff.; LEE, 31 ff.

⁷⁶⁹ BGE 128 IV 117 = Pra 2002, Nr. 220, 1155 ff., 1168, E. 7.a; ACKERMANN/ZEHNDER, 1269 f.; BSK-StGB II/PIETH, Art. 305^{bis} N 43, m.w.H.; FRIEDLI, 302; differenzierend ACKERMANN, Komm., Art. 305^{bis} N 91; GIANNINI, 75 ff.; GUGGISBERG, 57.

⁷⁷⁰ BONER, 180; NADELHOFER DO CANTO, 349. Vgl. auch BSK-StGB II/PIETH, Art. 305^{bis} N 40.

⁷⁷¹ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 514; Handkommentar StGB/WOHLERS, Art. 305^{bis} N 23; TRECHSEL/PIETH/PIETH/SCHULTZE, Art. 305^{bis} N 21.

⁷⁷² Vermögenswerte, «die, wie er weiss oder **annehmen muss** [...]». Vgl. BGer 6B_649/2015 vom 4. Mai 2016, E. 2.1; ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI, 87; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 505; KERN, 104; LEE, 52; PIETH, Strafrecht BT, 332; STRATENWERTH/BOMMER, 413.

⁷⁷³ ACKERMANN/ZEHNDER, 1372 f.; GIANNINI, 139; GUGGISBERG, 58 f.; LEE, 50 f.; LIPPUNER, Fallen, 398.

stellt ab Kenntnisnahme von der deliktischen Herkunft der Vermögenswerte jede weitere Verfügung darüber eine dann vorsätzlich begangene weitere Geldwäschereihandlung dar.⁷⁷⁴

3. Spezielle Probleme beim Anwaltshonorar

a. Konflikt zwischen Geldwäschereibekämpfung und wirksamer Strafverteidigung

Bei der Schaffung des Geldwäschereitatbestandes Ende der 1980er-Jahre äusserte sich der Bundesrat zuversichtlich, dass *«[s]olange sich der Anwalt im traditionellen Tätigkeitsfeld hält, [...] er etwa auch weiterhin der Frage nicht [werde] nachgehen müssen, wer wirtschaftlich sein Honorar bezahlt»*.⁷⁷⁵ Aufgrund der strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Geldwäscherei hat sich diese Annahme jedoch höchstens bedingt bewahrheitet.⁷⁷⁶ Tatsache ist jedenfalls, dass im Gegensatz etwa zu den USA für Anwalts- oder Strafverteidigerhonorare in Bezug auf die Geldwäscherei keinerlei gesetzliche Sonderregeln gelten.⁷⁷⁷ Ebenso fehlt dem Gesetz eine *«Sozialadäquanzklausel»*, die den Erwerb elementarer Güter und Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des Geldwäschereistrafrechts ausnehmen würde.⁷⁷⁸ Damit besteht grundsätzlich eine Gefahr, dass die Strafverfolgungsbehörden mittels des Geldwäschereitatbestandes entweder Anwältinnen zu disziplinieren oder bestimmten Beschuldigten eine wirksame Verteidigung vor-
enthalten könnten.⁷⁷⁹ 260

Kriminalpolitisch verfolgt der Geldwäschereitatbestand den Zweck, das organisierte Verbrechen durch wirtschaftliche Isolierung finanziell auszutrocknen.⁷⁸⁰ 261
Zwar werden insbesondere geringfügige alltägliche Transaktionen über elemen-

⁷⁷⁴ BSK-StGB II/PIETH, Art. 305^{bis} N 60; CHAPPUIS/GURTNER, 275; GIANNINI, 118; FRIEDLI, 302; GUGGISBERG, 58; NADELHOFER DO CANTO, 349, m.w.H.

⁷⁷⁵ Botschaft Geldwäscherei, 1089.

⁷⁷⁶ GIANNINI, 117 f.; LIPPUNER, Fallen, 397.

⁷⁷⁷ LIPPUNER, Fallen, 397; NADELHOFER DO CANTO, 348. FRIEDLI, 302 f., fordert hingegen entgegen dem Gesetzeswortlaut, dass die Disposition über Vermögenswerte, deren deliktische Herkunft erst nachträglich entdeckt wurde, straffrei bleiben solle.

⁷⁷⁸ NADELHOFER DO CANTO, 348; BSK-StGB II/PIETH, Art. 305^{bis} N 55. Eine solche Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 305^{bis} StGB fordern aber etwa DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 505 (Fn. 2762), m.w.H.

⁷⁷⁹ Vgl. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 504 f.; GIANNINI, 118; WOHLERS, 204 f.

⁷⁸⁰ ACKERMANN/ZEHNDER, 1138; GIANNINI, 70; LEE, 47.

tare Güter und Dienstleistungen selten strafrechtlich relevant, weil die Gegenseite der Täterschaft in die finanzielle Situation des Täters gar keinen nachweisbaren (Eventual-)Vorsatz wird fassen können.⁷⁸¹ Anwaltliche Leistungen dürften zwar ebenfalls elementare Bedürfnisse insbesondere solcher Personen decken, die mit einem Strafverfahren konfrontiert werden.⁷⁸² Allerdings wird eine Strafverteidigerin in aller Regel Einblick in die Lebens- und Vermögensumstände ihrer Mandantschaft wie auch die Tat selbst erfahren.⁷⁸³ Daraus folgt, dass so denjenigen Beschuldigten, welche aufgrund der Schwere der ihnen vorgeworfenen Delikte dringend auf eine kompetente Verteidigung angewiesen wären, eine solche faktisch vorenthalten wird. Während der US-amerikanische Gesetzgeber genau dies jedenfalls ursprünglich bezweckte,⁷⁸⁴ scheint in Kontinentaleuropa die Auffassung vorzuherrschen, dass eine wirksame Strafverteidigung nicht auf dem Altar der Geldwäschereibekämpfung geopfert werden dürfe.⁷⁸⁵

b. Mögliche Massnahmen der Anwaltschaft

- 262 Wie vorstehend aufgezeigt, riskieren Anwältinnen, sich selbst strafbar zu machen, wenn sie sich Honorare und Vorschüsse aus Mitteln bezahlen lassen, von welchen sie annehmen müssen, dass sie aus verbrecherischer Tätigkeit stammen könnten.⁷⁸⁶ Eine naheliegende Möglichkeit, sich diesem Risiko zu entziehen, könnte daher darin bestehen, sich Informationen gar nicht erst einzuholen, welche Verdachtsmomente auf die Herkunft der für die Honorarzahlung verwendeten Mittel begründen könnten.⁷⁸⁷ Gerade in der Strafverteidigung ist dies jedoch oft nicht möglich, da die Umstände der Vortat, welche der Mandantschaft zur Last gelegt wird, eben genau den Stoff des Verfahrens bilden, in welchem die Verteidigung tätig ist.⁷⁸⁸ Generell muss die Verteidigung den Ausführungen ihrer Mandantschaft mit einer gewissen Skepsis begegnen und die Möglichkeit von Schuld oder

⁷⁸¹ ACKERMANN, Komm., Art. 305^{bis} N 259; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 504 f.; WOHLERS, 198.

⁷⁸² NADELHOFER DO CANTO, 348.

⁷⁸³ GIANNINI, 118.

⁷⁸⁴ GIANNINI, 119, m.w.H.

⁷⁸⁵ BVerfG, 2 BvR 1520/01 vom 30. März 2004 = NJW 2004, 1305 ff., 1310; OLG Hamburg, 2 Ws 185/99 vom 6. Januar 2000 = NJW 2000, 673 ff., 679; HAMM, 636; LEE, 225 f.; WOHLERS, 214.

⁷⁸⁶ BONER, 182; LEE, 47; GIANNINI, 99; RUCKSTUHL, 65. Siehe ferner Rz. 256 ff. hiavor.

⁷⁸⁷ GIANNINI, 120.

⁷⁸⁸ Vgl. OLG Hamburg, 2 Ws 185/99 vom 6. Januar 2000 = NJW 2000, 673 ff., 676 f.

Unschuld gegeneinander abwägen.⁷⁸⁹ GIANNINI spricht diesbezüglich von einer «*berufsbedingten Bösgläubigkeit*».⁷⁹⁰ Nicht zuletzt verhindert die Tabuisierung potenziell relevanter Gesprächsthemen die Bildung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Anwältin und Mandantschaft.⁷⁹¹

Ebenfalls denkbar wäre es, wenn sich die Verteidigung vor dem Antritt eines möglicherweise heiklen Mandats mit den Strafverfolgungsbehörden in Verbindung setzt, um eine deliktische Herkunft der Mittel ihrer potenziellen Mandantschaft möglichst ausschliessen zu können.⁷⁹² Problematisch ist hierbei, dass eine Kontaktaufnahme ohne vorgängiges Wissen der (potenziellen) Mandantschaft an sich eine Verletzung des Berufsgeheimnisses darstellt.⁷⁹³ Zudem besteht die Gefahr, dass die Verteidigung der Staatsanwaltschaft im Rahmen dieser Kontaktaufnahme Informationen über die Mandantschaft preisgibt, welche dieser später zum Nachteil gereichen könnten.⁷⁹⁴ Nicht zuletzt könnten die Strafverfolgungsbehörden versucht sein, unliebsame Verteidigerinnen von der Mandatsübernahme mit Verweis auf einen möglichen Geldwäschereiverdacht abzuhalten.⁷⁹⁵ Damit erscheinen die anwaltliche Unabhängigkeit sowie das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidigung und beschuldigter Person gefährdet.

Kann eine Honorarzahlung aus eindeutig legalen Mitteln nicht erfolgen, so kann sich die Anwältin der beschuldigten Person nur noch als amtliche Verteidigung beordnen lassen.⁷⁹⁶ Das Problem ist hierbei allerdings oft, dass die beschuldigte Person in der hier interessierenden Situation gerade nicht mittellos ist, ihre Vermögenswerte aber durch ihre verbrecherische Herkunft kontaminiert sind.⁷⁹⁷ Zur Entschärfung dieses Problems werden Vermögenswerte, welche einer strafprozessualen Zwangsmassnahme unterliegen und auf welche die beschuldigte Person folglich nicht zugreifen kann, beim Entscheid über die amtliche Verteidigung

⁷⁸⁹ WOHLERS, 198, betont in diesem Zusammenhang, dass in der Realität der überwiegende Teil der Mandanten eben schuldig und nicht unschuldig sei.

⁷⁹⁰ GIANNINI, 141.

⁷⁹¹ LEE, 67. Vgl. Ferner ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI, 78, mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Berufsgeheimnis (zu dessen Bedeutung siehe Rz. 465 f. hiernach).

⁷⁹² GIANNINI, 120 f.

⁷⁹³ GIANNINI, 143. Siehe zum Schutzbereich des Berufsgeheimnisses Rz. 467 hiernach.

⁷⁹⁴ GIANNINI, 144; RUCKSTUHL, 65.

⁷⁹⁵ GIANNINI, a.a.O.

⁷⁹⁶ Vgl. ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI, 92; GIANNINI, 162; LEE, 78.

⁷⁹⁷ Vgl. dazu BSK-StPO/RUCKSTUHL, Art. 132 N 27 ff.

nicht berücksichtigt.⁷⁹⁸ Dasselbe gilt, wenn die Mittel zwar (noch) nicht beschlagnahmt wurden, sich die Verteidigung aber durch deren Annahme dem Risiko einer Strafbarkeit wegen Geldwäscherei aussetzen würde.⁷⁹⁹ Ersucht allerdings die Verteidigerin um Beiordnung als amtliche Verteidigung, so riskiert sie damit, für ihre Mandantschaft ein Schuldeingeständnis abzugeben.⁸⁰⁰

- 265 Zusätzlich zu diesem Problem bringt die amtliche Verteidigung im Vergleich zur Wahlverteidigung gewichtige Nachteile mit sich. So hat die beschuldigte Person zunächst – wie bereits die Bezeichnungen zeigen – kein Recht, ihre amtliche Verteidigung selbst auszuwählen. Diese wird vielmehr von der Verfahrensleitung eingesetzt, welche die Wünsche der beschuldigten Person lediglich «nach Möglichkeit» zu berücksichtigen hat.⁸⁰¹ Da die amtliche Verteidigung zudem nicht von der beschuldigten Person, sondern aus der Staatskasse entschädigt wird, besteht die Gefahr, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidigung und Mandantschaft beeinträchtigt wird.⁸⁰² Weiter liegt die Entschädigung der amtlichen Verteidigung regelmässig deutlich tiefer als bei Wahlmandaten, was das Bundesgericht wiederholt und ausdrücklich als zulässig erachtet hat.⁸⁰³ Hinzu kommt, dass die Strafbehörden bei der Festsetzung der Entschädigung für die amtliche Verteidigung nicht an deren Angaben gebunden sind und der Verteidigung somit die Stunden zusammenkürzen können.⁸⁰⁴ Insgesamt verfügt die amtliche Verteidigung somit in aller Regel über deutlich beschränktere finanzielle Möglichkeiten als eine Wahlverteidigung.⁸⁰⁵

⁷⁹⁸ BStGer, BB.2005.1 vom 15. Februar 2005, E. 5.4.

⁷⁹⁹ NADELHOFER DO CANTO, 352. Vgl. zudem für die Rechtslage in Deutschland BGH 2 StR 513/00 vom 4. Juli 2001, E. 2.b.bb.

⁸⁰⁰ ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI, 92; GIANNINI, 161 f.; LEE, 85 f.; VEST, 55. Zu möglichen Lösungsansätzen BSK-StPO/RUCKSTUHL, Art. 132 N 29.

⁸⁰¹ BSK-StPO/RUCKSTUHL, Art. 133 N 4a ff. Zur Rechtslage vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung vgl. GIANNINI, 158 f.; LEE, 91 f.

⁸⁰² GIANNINI, 158; LEE, 92; LIPPUNER, Fallen, 398.

⁸⁰³ BGE 139 IV 261, 263, E. 2.2.1; BGE 132 I 201, 209, E. 7.3.4; GIANNINI, 159; LEE, 89. Zur analogen Problematik im Zivilrecht siehe Rz. 344 f. hiernach.

⁸⁰⁴ BSK-StPO/RUCKSTUHL, Art. 135 N 3; GIANNINI, 160, jeweils m.w.H.

⁸⁰⁵ GIANNINI, 160 f.; LEE, 90; LIPPUNER, Fallen, 398.

Alles in allem erscheint keine der vorstehend erörterten Handlungsoptionen befriedigend. Der Anwaltschaft ist es also nicht wirklich gelungen, einen praxistauglichen Weg aus der Strafbarkeitsfalle Geldwäscherei zu finden. Deshalb gilt es nunmehr die Reaktionen von Lehre und Rechtsprechung auf diese Problematik eingehender zu untersuchen. 266

c. Diskussion in Lehre und Rechtsprechung

Im Jahr 2000 erkannte das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, dass die Annahme des Strafverteidigerhonorars durch verfassungskonforme Auslegung aus dem Anwendungsbereich des Geldwäschereitatbestandes ausgeschlossen werden solle.⁸⁰⁶ Dies solle selbst dann gelten, wenn die Verteidigerin positive Kenntnis von der deliktischen Herkunft der Mittel gehabt habe.⁸⁰⁷ Anders beurteilte der deutsche Bundesgerichtshof die Rechtslage in einem Entscheid aus dem Folgejahr. So schützte es die Verurteilung eines Anwaltshepaares, das wissentlich aus einem Schneeballsystem stammende Honorarvorschüsse entgegennahm.⁸⁰⁸ Schliesslich erkannte das Bundesverfassungsgericht, dass eine verfassungskonforme Auslegung des deutschen Geldwäschereitatbestandes eine Reduktion auf solche Fallgebiete, in welchen die Strafverteidigerin positive Kenntnis über die deliktische Herkunft der in Frage stehenden Mittel hatte.⁸⁰⁹ 267

In der Schweiz ist es soweit ersichtlich noch nie zur Verurteilung einer Anwältin wegen Geldwäscherei durch Honorarannahme gekommen.⁸¹⁰ In der Lehre scheint es nach einer anfänglichen Häufung von Publikationen im Nachgang zur vorerwähnten deutschen Rechtsprechung während der letzten rund 15 Jahre wieder ruhig um das Thema geworden zu sein.⁸¹¹ Inhaltlich wird bisweilen vertreten, dass auch hierzulande die Strafbarkeit der Anwaltschaft faktisch auf direkten Vorsatz beschränkt sei.⁸¹² Mangels einer Verfassungsgerichtsbarkeit wird diese Ansicht mit der Idee der «*harmlosen Gehilfenschaft*» durch sozialadäquates Verhalten be- 268

⁸⁰⁶ OLG Hamburg, 2 Ws 185/99 vom 6. Januar 2000 = NJW 2000, 673 ff., 681; GIANNINI, 126.

⁸⁰⁷ OLG Hamburg, a.a.O., 681 f.; GIANNINI, a.a.O.; LEE, 48.

⁸⁰⁸ BGH 2 StR 513/00 vom 4. Juli 2001, E. 2.

⁸⁰⁹ BVerfG, 2 BvR 1520/01 vom 30. März 2004 = NJW 2004, 1305 ff., 1306.

⁸¹⁰ ACKERMANN, Wirtschaftsstrafrecht, 447.

⁸¹¹ Vgl. die Jahrgänge der beiden Dissertationen von GIANNINI und LEE (beide 2005) sowie der Aufsätze von NADELHOFER DO CANTO (2006), VEST (2004) und WOHLERS (2002).

⁸¹² BSK-StGB II/PIETH, Art. 305^{bis} N 55. Vgl. auch GIANNINI, 123, wonach sich eine derartige Beschränkung aufdränge. Dazu kritisch WOHLERS, 215 f.

gründet.⁸¹³ Die Gegenansicht lehnt dieses Konstrukt ab, sei es mit Verweis auf den klaren Wortlaut von Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB,⁸¹⁴ sei es mit dem Einwand, die Annahme bemakelter Vermögenswerte könne grundsätzlich nicht als sozialadäquat gelten.⁸¹⁵ GIANNINI hält die Beschränkung auf den direkten Vorsatz sodann ohnehin für ungenügend, um den Risiken schlechter Presse und/oder strafprozessualer Zwangsmassnahmen gegenüber der Anwaltschaft zu begegnen.⁸¹⁶

- 269 Ebenfalls denkbar wäre eine Strafbefreiung für Strafverteidigerhonorare, wenn die Strafverteidigung nach aussen auftritt, die Honorarzahungen offenlegt und diese in der Schweiz eingezogen werden könnten.⁸¹⁷ Daraus würde sich jedoch ein erhebliches Missbrauchspotenzial ergeben, weshalb in einem solchen Fall «echte» Honorare von «Scheinhonoraren» zu unterscheiden wären.⁸¹⁸ Im Gegensatz zu Deutschland, wo die Forderung nach straffreien Verteidigerhonoraren ihren Ursprung hat,⁸¹⁹ kennt die Schweiz keine üblichen Gebühren für Wahlverteidigungen. Wie die vorstehenden Diskussionen über das «angemessene» Anwaltshonorar zeigen,⁸²⁰ wäre mit einer Strafbefreiung für Verteidigerhonorare mit Ausnahme von Scheinhonoraren der Rechtssicherheit nicht viel geholfen.
- 270 Um dieses Problem zu umgehen, schlägt GIANNINI bereits *de lege lata* eine Strafbefreiung für Verteidigerhonorare bis zu einem Betrag von CHF 10'000.00 vor.⁸²¹ In diesem Sinne erkannte die Aufsichtskommission des Kantons Waadt, dass eine Anwältin bei Honoraren bis zu dieser Summe keine Abklärungspflichten betreffend die Mittelherkunft treffe und sie sich auf die Angaben der Mandantschaft verlassen dürfe.⁸²² Allerdings ist hierfür im geltenden Recht schlichtweg keine gesetzliche Grundlage ersichtlich.

⁸¹³ LEE, 212; PIETH, a.a.O.

⁸¹⁴ ACKERMANN/ZEHNDER, 1170 f.

⁸¹⁵ WOHLERS, 216.

⁸¹⁶ GIANNINI, 206 ff.

⁸¹⁷ ACKERMANN, Komm., Art. 305^{bis} N 91; a.A. LEE, 121.

⁸¹⁸ WOHLERS, 216 f.

⁸¹⁹ Vgl. etwa HAMM, 636 f., m.w.H.

⁸²⁰ Siehe Rz. 48 ff. hiervor.

⁸²¹ GIANNINI, 213 ff.

⁸²² Unveröffentlichter Entscheid vom 15. November 2017, zit. bei COURBAT, JdT 2018 III 201 (Fn. 72).

De lege ferenda wurde darüber hinaus eine generelle Ausnahme für «*Sachen oder Dienstleistungen des täglichen Bedarfs*»⁸²³ diskutiert. Weiteren Forderungen aus der Lehre nach einer Aufwertung der amtlichen Verteidigung ist der Gesetzgeber im Zuge der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts zumindest teilweise nachgekommen.⁸²⁴ So wurde etwa noch 2005 beanstandet, die Bestellung einer amtlichen Verteidigung im Vorverfahren sei nicht gewährleistet.⁸²⁵ Demgegenüber garantiert die eidgenössische Strafprozessordnung inzwischen den sogenannten «*Anwalt der ersten Stunde*».⁸²⁶ Zudem wird die amtliche Verteidigung jedenfalls bei notwendiger Verteidigung stets angeordnet, wenn innert Frist keine Wahlverteidigung bezeichnet wurde.⁸²⁷ 271

4. Ergebnisse

Nachdem die Problematik der Geldwäscherei durch Annahme von Anwaltshonoraren um die Jahrtausendwende in Lehre und Rechtsprechung eine gewisse Aufmerksamkeit erfahren hatte, scheint dieses Thema in den letzten rund 15 Jahren beinahe wieder in Vergessenheit geraten zu sein. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Problem gelöst wäre. Vielmehr zeigen die vorstehenden Ausführungen, dass es der Anwaltschaft kaum möglich ist, sich mittels bestimmter Verhaltensweisen gefahrlos im Spannungsfeld zwischen möglicher Einziehungsveritelung und Treuepflicht gegenüber der Mandantschaft zu bewegen. 272

Lehre und Rechtsprechung haben versucht, der Verunmöglichung einer wirksamen (Wahl-)Verteidigung mit einer einschränkenden Auslegung des Geldwäschereitattbestandes zu begegnen. Die Lösungsansätze über die «*harmlose Gehilfenschaft*» oder eine Beschränkung der Strafbarkeit von Anwältinnen auf direkten Vorsatz mögen zwar dogmatisch plausibel erscheinen. Soweit sie der Anwalt- 273

⁸²³ ACKERMANN, Komm., Art. 305^{bis} N 259. Nach GIANNINI, 217, sei aber zu bezweifeln, ob von einer solchen Ausnahme auch die Strafverteidigung profitieren würde.

⁸²⁴ So etwa GIANNINI, 218 ff.; WOHLERS, 218 f. Vgl. ferner BSK-StGB II/PIETH, Art. 305^{bis} N 56, der für eine entsprechende Aufwertung unabhängig von der Geldwäschereiproblematik plädiert.

⁸²⁵ GIANNINI, 156 f.

⁸²⁶ Art. 159 Abs. 1 StPO. Dazu BSK-StPO/RUCKSTUHL, Art. 132 N 12 ff.; OBERHOLZER, Grundzüge, 222 f.; PIETH, Strafprozessrecht, 96 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, 355 f.; SK-StPO/GODENZI, Art. 159 N 12 ff.

⁸²⁷ Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO. Dazu BSK-StPO/RUCKSTUHL, Art. 159 N 16; GIANNINI, 219; OBERHOLZER, Grundzüge, 144 f.; PIETH, Strafprozessrecht, 101 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, 292; SK-StPO/LIEBER, Art. 132 N 4 ff.

schaft allerdings überhaupt nützen, schützen sie diese nicht vor strafprozessualen Zwangsmassnahmen und dem damit verbundenen Reputationsrisiko. Ob diese Massnahmen die gewünschte Wirkung zeitigen, erscheint somit höchst fraglich.

- 274 Eine generelle Ausnahme von Verteidigerhonoraren von der Strafbarkeit wegen Geldwäscherei erscheint *de lege lata* kaum begründbar. *De lege ferenda* wäre eine solche aufgrund des ihr innewohnenden hohen Missbrauchspotenzials ebenfalls problematisch. Auch die von GIANNINI vorgeschlagene und im Kanton Waadt offenbar in die Praxis übernommene «Freigrenze» für Anwaltshonorare bis CHF 10'000.00 kann sich soweit ersichtlich nicht auf eine breite Anerkennung in der Lehre, geschweige denn auf eine gesetzliche Grundlage stützen. Dabei stellt sich zusätzlich die Frage, ob ein fester Grenzbetrag dem jeweiligen Einzelfall gerecht würde: Für ein Bagatelldelikt müsste ein Honorar von knapp 10'000 Franken wohl als Scheinhonorar angesehen werden, während derselbe Betrag etwa im Bereich der Wirtschaftskriminalität kaum für die Gewährleistung einer wirksamen Verteidigung genügen dürfte.
- 275 Angesichts dieser nach wie vor unbefriedigenden Situation erscheint es geradezu erstaunlich, dass es in der Schweiz offenbar noch nie zu einer Verurteilung wegen Geldwäscherei durch Honorarannahme gekommen ist. Ob dies auf die – von PIETH in Zweifel gezogene – «Vernunft» der Strafverfolgungsbehörden oder auf die mit der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts erfolgte punktuelle Aufwertung der amtlichen Verteidigung zurückzuführen ist, kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht beantwortet werden.⁸²⁸

C. Leistungszeitpunkt

1. Entstehungszeitpunkt der Honorarforderung

- 276 Über den Entstehungszeitpunkt der Honorarforderung lassen sich weder dem Auftrags- noch dem Anwaltsrecht eindeutige Vorschriften entnehmen. In allgemeiner Weise hält Art. 75 OR fest, dass die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden könne, wenn sich anderes weder aus der Vereinbarung der Parteien noch aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergebe. Die damit etablierte grundsätzli-

⁸²⁸ BSK-StGB II/PIETH, Art. 305^{bis} N 53. Zuversichtlicher ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI, 93.

che sofortige Fälligkeit beantwortet jedoch nicht die Frage, ob und wann eine Forderung entstanden ist, sondern setzt die Entstehung der Forderung vielmehr voraus.⁸²⁹

Jedenfalls in einem älteren Entscheid betreffend ein Arzthonorar ging das Bundesgericht davon aus, dass die Honorarforderung der Beauftragten im Allgemeinen mit der Erfüllung des Auftrags entstehe.⁸³⁰ Nach der wohl herrschenden Auffassung in der Lehre ist die Forderung demgegenüber bei allen Auftragsverhältnissen entstanden, sobald der das Schuldverhältnis begründende Vertrag geschlossen ist.⁸³¹ Dies führt jedoch dazu, dass bei Zeithonoraren *«der Vergütungsanspruch nicht in einem Moment entsteht, sondern im Lauf der Zeit anwächst»*.⁸³² Nach dieser Auffassung ist es jedoch grundsätzlich auch möglich, die Entstehung der Honorarforderung von einer Suspensivbedingung nach Art. 151 OR abhängig zu machen. In diesem Fall entsteht die Honorarforderung erst mit Eintritt der Bedingung.⁸³³

In diesem Sinne zu präzisieren wäre nach der hier vertretenen Auffassung, dass die Entstehung der Forderung nebst dem Vertragsschluss voraussetzt, dass überhaupt Leistungen erbracht worden sind. Dies hat den Grund, dass m.E. auch die Leistung von Aufwand eine aufschiebende Bedingung darstellt: Die Mandantschaft verpflichtet sich nämlich nur zur Honorarzahlung, wenn und soweit die Anwältin in ihrem Interesse tätig wird.

2. Fälligkeit

Wie bereits vorstehend angeschnitten enthält das Auftragsrecht auch zur Frage der Fälligkeit keine besonderen Bestimmungen. Deshalb gilt nach Art. 75 OR, dass eine Forderung grundsätzlich ab ihrer Entstehung fällig ist, soweit durch Vertrag oder die Natur des Rechtsverhältnisses nichts anderes bestimmt ist. Beim einfa-

⁸²⁹ Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 75 N 5; SCHRANER, Art. 75 N 30.

⁸³⁰ BGE 53 III 154, 155; dazu DERENDINGER, 177.

⁸³¹ DERENDINGER, 191, m.w.H.; FELLMANN, BK, Art. 394 N 467; HOFSTETTER, 84. GMÜR, 87, präzisiert dahingehend, dass die Forderung möglicherweise auch erst mit Abschluss einer nachträglichen Entgeltlichkeitsabrede entsteht. Dieser Punkt dürfte im hier interessierenden Bereich anwaltlicher Dienstleistungen kaum je Bedeutung erlangen, da diese wie vorstehend dargelegt bereits kraft Usanz entgeltlich sind (siehe dazu Rz. 27 ff. hiervor).

⁸³² FELLMANN, a.a.O. Anders aber GMÜR, 96, wonach die Forderung vor Leistung der Arbeit bloss nicht fällig ist.

⁸³³ DERENDINGER, 192; FELLMANN, BK, Art. 394 N 468; GMÜR, 88.

chen Auftrag geht die herrschende Auffassung aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses grundsätzlich von einer Vorleistungspflicht des Beauftragten aus.⁸³⁴ Dies hat den Grund, dass einerseits die Höhe der Vergütung bei Vertragsschluss regelmässig weder bestimmt noch bestimmbar ist. Andererseits besteht bei anderen auf Arbeitsleistung gerichteten Vertragsverhältnissen, wie etwa dem Arbeitsvertrag, dem Werkvertrag oder dem Verlagsvertrag, ebenfalls grundsätzlich eine Vorleistungspflicht derjenigen Partei, welche die Arbeitsleistung erbringt. In der Anwaltsbranche besteht allerdings eine gegenteilige Usanz, indem die Mandantschaft in aller Regel zur Leistung eines Kostenvorschusses angehalten ist.

3. Kostenvorschüsse

a. Rechtsnatur

- 280 Im Gegensatz zu Akonto- bzw. Abschlagszahlungen sind Kostenvorschüsse Zahlungen, welche die Mandantschaft erbringt, bevor die Anwältin ihre Gegenleistung erbracht hat.⁸³⁵ Es handelt sich also um eine vertragliche, vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende Regelung des Fälligkeitszeitpunktes der Honorarforderung.⁸³⁶ Daraus schliesst GMÜR, die Praxis, Honorarvorschüsse entgegenzunehmen, zeige, dass die Parteien selbst davon ausgingen, die Honorarforderung entstehe bereits mit Vertragsschluss.⁸³⁷
- 281 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt ein Kostenvorschuss *«eine bedingte Vorauszahlung dar, deren Zweck darin besteht, die Forderungen des Anwalts auf Honorar und Auslagenersatz, die im Zeitpunkt ihrer Entstehung fällig werden, durch Verrechnung zu tilgen»*.⁸³⁸ Im zitierten Entscheid hatte das Betreibungsamt einen einem Fürsprecher geleisteten Kostenvorschuss gepfändet, dessen

⁸³⁴ BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 394 N 40; CR-CO I/WERRO, Art. 394 N 50; DERENDINGER, 192 f.; FELLMANN, BK, Art. 394 N 481; GMÜR, 91; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 4602; WEBER, Praxis, 69.

⁸³⁵ Vgl. BOHNET/MARTENET, 1177; FELLMANN, BK, Art. 394 N 475 ff.; TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 4603. GMÜR, 95 (Fn. 112) verwendet den präziseren Begriff der *«Honorarvorschüsse»*, da mit *«Kosten»* eigentlich eher Auslagen und Verwendungen gemeint seien. In der hier interessierenden Anwaltsbranche hat sich jedoch der Terminus *«Kostenvorschuss»* durchgesetzt, weshalb dieser auch in der vorliegenden Arbeit verwendet wird.

⁸³⁶ FELLMANN, BK, Art. 394 N 475.

⁸³⁷ GMÜR, 88.

⁸³⁸ BGE 126 II 249, 254, E. 4.b; BGE 100 IV 227, 229, E. 1; BGer 4A_433/2007 vom 11. Dezember 2007, E. 3.2; BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 55; DIAGNE, 128.

Rückzahlung dieser mit der Begründung verweigerte, das Auftragsverhältnis mit dem Mandanten bestehe fort und dementsprechend sei auch noch keine Schlussabrechnung erstellt worden. Die Vorinstanz hatte den Anwalt wegen untauglichen Versuchs der Verfügung über gepfändete Sachen nach Art. 169 StGB verurteilt, da der Schuldner einer gepfändeten Forderung nur mit Gegenforderungen verrechnen könne, die im Zeitpunkt der Pfändung bereits bestanden haben.⁸³⁹ Das Bundesgericht schützte jedoch die Beschwerde des Anwalts, da der Auftraggeber den Kostenvorschuss eben erst mit Beendigung oder Widerruf des Auftragsverhältnisses zurückfordern könne, und dies nur in dem Umfang, in welchem der Vorschuss dazumal nicht aufgebraucht sei. Da beides nicht erfolgt sei, hätte das Betreibungsamt das Rückerstattungsrecht nur als bedingte Forderung pfänden dürfen, weshalb die Verrechnung auch nach der Pfändung zulässig sei.

Indem das Bundesgericht erkannte, der Anwalt habe auch nach der Pfändung seine Honorarforderung mit dem Kostenvorschuss verrechnen dürfen, schien es davon auszugehen, dass auch die Forderungen für die nach dem Datum der Pfändung getätigten Bemühungen bei der Pfändung bereits entstanden seien. Für Bemühungen jedoch, die noch gar nicht erbracht und Auslagen, die noch gar nicht getätigt wurden, kann nach der hier vertretenen Auffassung auch noch kein (Zeit-)Honorar- bzw. Ersatzanspruch entstanden sein. Nach dem vorstehend Ausgeführten erscheint der Entscheid des Bundesgerichts daher dogmatisch wenig stringent, wenn auch im Ergebnis richtig. 282

b. Recht oder Pflicht zur Erhebung?

Kostenvorschüsse sind in der Advokatur nach wie vor weit verbreitet, wenn- 283
gleich sie nicht (mehr) überall der wirtschaftlichen Realität entsprechen.⁸⁴⁰ Die Anwältin stellt so die Vergütung ihrer Arbeit sicher und kann sich zudem schon vor Abschluss des Mandats mit Liquidität versorgen.⁸⁴¹ Für die Mandantschaft besteht der Vorteil von Kostenvorschüssen einerseits in der dadurch geschaffenen Kostentransparenz.⁸⁴² Andererseits wirkt sich gerade bei längeren Mandaten eine

⁸³⁹ BGE 100 IV 227, 228, E. 1, mit Hinweis auf BGE 95 II 235, 240, E. 4. Ebenso GMÜR, 95.

⁸⁴⁰ Vgl. CHAPPUIS/GURTNER, 231; DAL MOLIN-KRÄNZLIN, AJP 2017, 627; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 602; SCHILLER, SJZ 2018, 502.

⁸⁴¹ BÄTTIG/GRABER/SCHNYDER, 359; GMÜR, 96. HÖCHLI, 122 (Fn. 54), verweist in diesem Zusammenhang auch auf den Schutz der Mandantschaft vor voreiligem und unüberlegtem Prozessieren.

⁸⁴² GMÜR, a.a.O.; HÖCHLI, 123.

gestaffelte Rechnungsstellung regelmässig finanziell weniger belastend aus als die Verpflichtung, auf einmal eine grosse Zahlung zu leisten. Schliesslich verhindern Kostenvorschüsse Massnahmen zum Honorarinkasso, welche nicht nur für keine Partei erquicklich sind, sondern darüber hinaus auch eine Offenlegung von dem Berufsgeheimnis unterstehenden Tatsachen mit sich bringen.⁸⁴³

- 284 Auch aus diesen Überlegungen heraus sahen viele frühere kantonale Landesregeln eine Verpflichtung der Anwältin vor, ausserhalb des «Armenrechts» nur auf Kostenvorschussbasis tätig zu werden.⁸⁴⁴ Unter den Berufspflichten des BGFA findet sich aber eine Kostenvorschusspflicht an keiner Stelle.⁸⁴⁵ Auch die SSR, welche die kantonalen Landesregeln abgelöst haben, kennen keine solche Vorschrift mehr. Sie schreiben in Art. 20 Abs. 1 einzig vor, dass ein Kostenvorschuss, wenn er denn verlangt wird, in einem angemessenen Verhältnis zu Honorar und Auslagen stehen soll. Dennoch wird in der Lehre bisweilen vertreten, dass eine Kostenvorschusspflicht auf Seiten der Anwältin auch ohne gesetzliche Grundlage nach wie vor bestehe.⁸⁴⁶ Heutzutage gehen sowohl die herrschende Lehre als auch die Praxis mehrerer Kantone aber vom Gegenteil aus.⁸⁴⁷
- 285 Gewiss erfüllt ein Kostenvorschuss, wie erwähnt, unter anderem auch die Funktion einer sogleich spürbaren Aufklärung über die für das Mandat zu erwartenden Kosten.⁸⁴⁸ Allerdings schreibt Art. 12 lit. i BGFA weder explizit noch implizit vor, wie die Aufklärungspflicht zu erfüllen sei.⁸⁴⁹ Dies ergibt sich schon alleine daraus, dass eine eigentliche Vorschusspflicht im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum BGFA vorgeschlagen, aber nicht in den Entwurf (und anschliessend ins Gesetz) aufgenommen wurde.⁸⁵⁰ Weiter würde eine Kostenvorschusspflicht eine

⁸⁴³ Siehe zum Thema Berufsgeheimnis und Honorarinkasso eingehend Rz. 465 ff. hiernach.

⁸⁴⁴ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 495, 1081; HÖCHLI, 122.

⁸⁴⁵ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1399.

⁸⁴⁶ So etwa TESTA, 236 f., der die Vorschusspflicht 2001 als das «Gegenstück» der Aufklärungspflicht bezeichnete.

⁸⁴⁷ KGer SG, AW.2017.10 vom 15. Mai 2017, E. 3.bb; *Autorité de surveillance des avocates et des avocats NE*, 26. Oktober 2007, RJN 2008, 401 f.; VGer SO, VWBES.2004.214 vom 18. Oktober 2004, SOG 2004, Nr. 28, E. 3.b; BOHNET/MARTENET, 732; BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 37 f.; CHAPPUIS/GURTNER, 231; COURBAT, JdT 2021 III 7; DAL MOLIN-KRÄNZLIN, AJP 2017, 626 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 495, 1081, 1399; MASCELLO, Anwaltsrevue 2019, 156; SCHILLER, SJZ 2018, 502; STAEHELIN, Anwaltsrevue 2016, 394; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 652; SUTTER, 186 f.

⁸⁴⁸ So ausdrücklich der Erläuternde Bericht BGFA, 37.

⁸⁴⁹ COURBAT, JdT 2021 III 17 f.; DIAGNE, 128 ff.

⁸⁵⁰ Vernehmlassungsbericht BGFA, 29 f.

Einschränkung des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit darstellen, welche gemäss Art. 36 Abs. 1 BV einer gesetzlichen Grundlage bedürfte.⁸⁵¹ Auch im Ergebnis wäre eine Kostenvorschusspflicht nicht haltbar. Besonders im Umfeld grosser, wirtschaftsrechtlich ausgerichteter Anwaltskanzleien, wird auf Kostenvorschüsse oft verzichtet.⁸⁵² Solche Kanzleien hätten durch eine Kostenvorschusspflicht gegenüber der internationalen Konkurrenz einen Wettbewerbsnachteil.⁸⁵³ Auch der Mandantschaft wäre mit einer Kostenvorschusspflicht ein Bärendienst erwiesen: Müsste diese stets einen kostendeckenden Vorschuss leisten, so würde ihr dadurch nicht nur der Zugang zum Recht erschwert, sondern sie verlöre, wenn sie mit der Arbeit der Anwältin nicht zufrieden wäre, das Druckmittel der Zahlungsverweigerung.⁸⁵⁴ Nicht zuletzt entspricht es der allgemeinen Übung im Dienstleistungssektor sowie einem grundlegenden Gebot des Anstands, erst nach erbrachter Leistung Geld zu verlangen.⁸⁵⁵ Dennoch behält sich das Bundesgericht in einer nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnenden Praxis vor, die Nichterhebung indirekt mit der Verweigerung einer Entbindung vom Berufsgeheimnis zu sanktionieren.⁸⁵⁶

c. **Verbotene und problematische Kostenvorschüsse**

Im Allgemeinen kann der Kostenvorschuss nach dem Vorstehenden je nach Betrachtungsweise also als ein Recht oder eine Obliegenheit der Anwaltschaft qualifiziert werden. Allerdings gibt es gewisse Konstellationen, in welchen die Erhebung von Kostenvorschüssen problematisch oder gar verboten ist. 286

aa. **Kostenvorschüsse bei amtlichen Mandaten**

Bei amtlichen Mandaten ist es der Rechtsvertretung untersagt, von der Mandantschaft zusätzlich zur staatlich zugesprochenen Entschädigung ein Honorar zu verlangen.⁸⁵⁷ Daraus folgt, dass auch die Erhebung von Kostenvorschüssen durch die unentgeltli- 287

⁸⁵¹ DAL MOLIN-KRÄNZLIN, AJP 2017, 626 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 604; STAEHELIN, Anwaltsrevue 2016, 394 f.

⁸⁵² DAL MOLIN-KRÄNZLIN, AJP 2017, 627; SCHILLER, SJZ 2018, 502.

⁸⁵³ DAL MOLIN-KRÄNZLIN, a.a.O.

⁸⁵⁴ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 605; SCHILLER, SJZ 2018, 502.

⁸⁵⁵ Vgl. KGer SG, AW.2017.10 vom 15. Mai 2017, E. 3.bb; CHAPPUIS/GURTNER, 231; FELLMANN, a.a.O.; SCHILLER, a.a.O.

⁸⁵⁶ Siehe zu dieser Rechtsprechung und der Kritik daran Rz. 489 ff. hiernach.

⁸⁵⁷ MEICHSSNER, Diss., 161, 199. Siehe dazu eingehend Rz. 341 ff. hiernach.

che Rechtsvertretung grundsätzlich verboten ist.⁸⁵⁸ Da bei diesen Mandaten der Staat Schuldner bzw. «Bürge» des Anwalts honorars ist, besteht auf Seiten der Anwältin auch kein nachvollziehbares Sicherungsbedürfnis.⁸⁵⁹ Die Einsetzung als unentgeltliche Rechtsvertretung erfolgt jedoch erst auf Gesuch hin, welches in aller Regel von der Anwältin gestellt⁸⁶⁰ und grundsätzlich nicht rückwirkend gutgeheissen wird.⁸⁶¹ Bis zur Gutheissung dieses Gesuchs muss die Anwältin deshalb in Vorleistung gehen, ohne dass die Vergütung der entsprechenden Aufwendungen sichergestellt ist.⁸⁶²

288 Um diesem Problem zu begegnen, soll es der Anwältin nach Ansicht eines Teils der Lehre erlaubt sein, vor Stellung des Gesuchs einen bedingten Kostenvorschuss zu verlangen und diesen dann nach Gewährung der unentgeltlichen Vertretung zurückzuerstatten.⁸⁶³ Der Gegenansicht zufolge sind Kostenvorschüsse immer dann untersagt, «wenn der Klient mittellos ist und deshalb einen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung hat».⁸⁶⁴ Nach der Praxis des Bundesgerichts sowie einiger Kantone dürfen jedenfalls nach der Stellung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtsvertretung keine Kostenvorschüsse verlangt werden.⁸⁶⁵ Demgegenüber sollen Kostenvorschüsse für Aufwendungen vor der Gesuchstellung sowie für prozessfremde Bemühungen zulässig sein.⁸⁶⁶ Gemäss der Praxis im Kanton St. Gallen seien Kostenvorschüsse, die bereits vor Gesuchstellung bezahlt wurden, nicht etwa der Mandantschaft zurückzuerstatten, sondern

⁸⁵⁸ BGer 1C_452/2011 vom 25. August 2011, E. 5.1; BRUNNER/HENN/KRIESI, 162; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 478; HÖCHLI, 77.

⁸⁵⁹ Betreffend das Verhältnis zwischen der Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung und der Parteientschädigung siehe Rz. 348 f. hiernach.

⁸⁶⁰ Zum Verfahren siehe Rz. 328 ff. hiernach.

⁸⁶¹ Vgl. Art. 119 Abs. 4 ZPO; BGE 122 I 203, 208 f., E. 2.f; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 119 N 4. Siehe dazu ferner Rz. 346 hiernach.

⁸⁶² MEICHSSNER, Diss., 169.

⁸⁶³ MEICHSSNER, Jusletter, Rz. 60 (Fn. 125); STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 268; WUFFLI, Diss., 198; a.A. JOZIC/BOESCH, 54.

⁸⁶⁴ FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 167; TESTA, 237; WOLFFERS, 167.

⁸⁶⁵ BGer 2C_250/2021 vom 3. November 2021, E. 4.6.1, m. Anm. FELLMANN, Anwaltsrevue 2022; BGer 5D_45/2007 vom 5. Februar 2008, E. 1.3; BGer 2A.196/2005 vom 26. September 2005, E. 2.3; KGer SG, AW.2013.82 vom 29. April 2014, E. II.2; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG080003 vom 6. November 2008, in plädoyer 1/2009, 78 f., 79, E. 18.

⁸⁶⁶ KGer SG, AW.2013.82 vom 29. April 2014, E. II.2; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG080003 vom 6. November 2008, in plädoyer 1/2009, 78 f., 79, E. 18.

an die Prozesskosten anzurechnen.⁸⁶⁷ Das Risiko, bei Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtsvertretung nicht entschädigt zu werden, tragen jedenfalls gemäss der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechungen «*Partei und Anwalt*».⁸⁶⁸

Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese restriktive Praxis abzulehnen. So werden amtliche Mandate in aller Regel ohnehin wesentlich schlechter vergütet als freie.⁸⁶⁹ Der Anwältin daher zusätzlich ein nicht sicherbares Risiko zuzumuten, allenfalls gar keine Vergütung zu erhalten, erscheint daher nicht sachgerecht. Soweit dies der (potenziell) mittellosen Mandatschaft überhaupt möglich ist, sollte die Erhebung bedingter Kostenvorschüsse *de lege lata* deshalb grundsätzlich erlaubt, deren Rückzahlung an die Mandatschaft nach Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch vorgeschrieben sein. Eine Anrechnung bereits geleisteter Vorschüsse an die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung sollte, wenn überhaupt, dann nur mit äusserster Zurückhaltung erfolgen und keinesfalls dann, wenn sich die bedürftige Mandatschaft dafür hat verschulden müssen. 289

bb. Kostenvorschüsse und Darlehen

Nach Lehre und Praxis zu Art. 12 lit. b BGFA darf die Anwältin bei der Mandatschaft keine Darlehen aufnehmen, ansonsten sie das Gebot der unabhängigen Mandatsausübung verletzt.⁸⁷⁰ Der Grund für dieses Verbot liegt darin, dass eine Anwältin, die mit ihrer Mandatschaft finanziell verstrickt ist, ein Eigeninteresse haben könnte, das sich auf die Mandatsführung auswirkt. Eine solche finanzielle Verstrickung kann nun darin bestehen, dass eine finanziell angeschlagene Anwältin von ihrer Mandatschaft ein grösseres Darlehen erhält. Um dieses mit der Honorarforderung verrechnen zu können, kann die Anwältin versucht sein, in der Mandatsführung unnötige bzw. unangemessene Aufwendungen zu betreiben.⁸⁷¹ 290

Vor diesem Hintergrund kann sich die Frage stellen, ob eine bestimmte Zahlung der Mandatschaft an die Anwältin als erlaubter Kostenvorschuss oder als verbotenes Darlehen zu qualifizieren ist. SCHILLER vertritt in diesem Zusammenhang 291

⁸⁶⁷ KGer SG, KES.2018.7 vom 17. Mai 2018, in CAN 2019, Nr. 6, 18 f., 19, E. 4, zustimmend ACHERMANN, 20; MEICHSSNER, Diss. 167 f.

⁸⁶⁸ BGE 120 Ia 14, 18, E. 3.f; JOZIC/BOESCH, 54.

⁸⁶⁹ Siehe dazu Rz. 344 f. hiernach.

⁸⁷⁰ BGer 2C_889/2008 vom 21. Juli 2009, E. 6.3; BRUNNER/HENN/KRIESI, 135. Vgl. TA GE, A/691/1997 vom 26. Mai 1998, zit. bei VALTICOS/JACQUEMOUD-ROSSARI, SJ 2003 II 251 f. Vgl. auch SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 973.

⁸⁷¹ Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, KR 990203 vom 31. Mai 2000, zit. bei TESTA, 130.

und wohl in Widerspruch zur vorzitierten herrschenden Auffassung die Ansicht, «Darlehens- und Mietverhältnisse» seien «in der Regel unbedenklich», ansonsten auch Kostenvorschüsse verboten werden müssten.⁸⁷² Auch nach Ansicht des Bundesgerichts sei es aber jedenfalls nicht schlechthin standeswidrig, wenn zwischen Rechtsvertretung und Mandantschaft auch ausserhalb des Mandats Schuldverhältnisse bestünden.⁸⁷³ Vielmehr handle es sich dabei um eine Frage des Masses, welche im Einzelfall zu beurteilen sei.⁸⁷⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung folgt daraus, dass bei der Frage, ob die anwaltliche Unabhängigkeit gefährdet ist, nicht die Art des Rechtsgeschäfts, sondern vielmehr die Intensität der finanziellen Verstrickung im Vordergrund stehen muss. Dementsprechend erscheint ein geringes Darlehen der Mandantschaft an die Anwältin wesentlich unproblematischer als ein enormer Kostenvorschuss für ein Grossmandat. In diesem Sinne hat etwa die Luzerner Aufsichtsbehörde die Unabhängigkeit eines Anwalts durch die Aufnahme zweier Darlehen in Höhe von insgesamt CHF 175'000.00 bei seinem Klienten zu Recht als gefährdet erachtet.⁸⁷⁵ M.E. wäre jedoch auch ein Kostenvorschuss im selben Betrag problematisch gewesen, während ein wesentlich geringeres Darlehen die anwaltliche Unabhängigkeit womöglich unberührt gelassen hätte.

d. Abgrenzungsfragen

- 292 Gemäss Art. 12 lit. i BGFA sind Anwältinnen verpflichtet, ihre Mandantschaft periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren. Wird der Mandantschaft vor dem Ende des Mandatsverhältnisses eine Rechnung gestellt, kann sich daher die Frage stellen, ob es sich hierbei um eine Zwischenabrechnung oder um eine Kostenvorschussrechnung handelt. Dies ist nach den allgemeinen Regeln der Auslegung zu ermitteln. Grundsätzlich sollte von einer Zwischenabrechnung ausgegangen werden, wenn zu Beginn des Mandats regelmässige Abrechnungsperioden vereinbart wurden oder wenn bereits geleistete Aufwendungen aufgezählt werden. In sonstigen Fällen, insbesondere wenn eine «gerade» Anzahl Arbeitsstunden ohne weitere Spezifikationen genannt wird, dürfte es sich eher um einen Kostenvorschuss handeln. Allerdings ist die

⁸⁷² SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 973.

⁸⁷³ BGE 98 Ia 356, 361, E. 3.b.

⁸⁷⁴ BGE, a.a.O.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 337.

⁸⁷⁵ Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte LU, Entscheid vom 19. Juli 1994, LGVE 1994 I Nr. 28, 36; FELLMANN/SIDLER, 14.

Frage nicht von sehr weitreichender praktischer Bedeutung, denn grundsätzlich stellt das Schweigen auf eine erhaltene Rechnung keine Genehmigung der entsprechenden Honorarforderung seitens der Mandantschaft dar.⁸⁷⁶

Wesentlich bedeutsamer ist hingegen die Frage, ob es sich bei einer Rechnung um einen Kostenvorschuss oder um ein Pauschalhonorar handelt.⁸⁷⁷ Im ersteren Fall muss die Mandantschaft nachzahlen, wenn die durch den Vorschuss gedeckten Stunden abgearbeitet sind, und die Rechtsvertretung muss Kostenvorschüsse zurückerstatten, die bei Mandatsabschluss nicht aufgebraucht wurden.⁸⁷⁸ Liegt hingegen ein Pauschalhonorar vor, so ist dieses und nur dieses zu entrichten, ungeachtet des effektiven Arbeitsaufwandes.⁸⁷⁹ Auch diese Abgrenzungsfrage ist durch Auslegung zu ermitteln. In einem Entscheid aus dem Jahr 2011 hielt das Bundesgericht aber fest, dass Kostenvorschüsse im Gegensatz zu Pauschalhonoraren in der Anwaltsbranche üblich seien. Daher sei grundsätzlich von einem Kostenvorschuss auszugehen, wenn ein Pauschalhonorar nicht ausdrücklich vereinbart wurde.⁸⁸⁰ 293

4. Verjährung

Forderungen aus anwaltlicher Arbeit unterliegen nicht der regelmässigen zehnjährigen, sondern bloss einer verkürzten fünfjährigen Verjährungsfrist.⁸⁸¹ Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung halten schon seit Jahrzehnten fest, dass der rechtspolitische Zweck dieser gesetzlichen Ausnahmebestimmungen nicht mehr zeitgemäss ist.⁸⁸² Dennoch verzichteten die eidgenössischen Räte im Rahmen der Revision des Verjährungsrechts vom 15. Juni 2018 entgegen dem Vorschlag des Bundesrates auf eine Streichung des Ausnahmekataloges von Art. 128 OR.⁸⁸³ 294

⁸⁷⁶ AppGer BS, ZB.2018.15 vom 26. November 2019, E. 2.2, mit Hinweis auf BGer 4A_380/2016 vom 1. November 2016, E. 3.3.1 f.; GMÜR, 135.

⁸⁷⁷ Siehe zum Pauschalhonorar eingehend Rz. 94 ff. hiervor.

⁸⁷⁸ BOHNET/MARTENET, 1177 f.

⁸⁷⁹ BOHNET/MARTENET, 658; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1396; GMÜR, 63 f.; MASCELLO, Anwaltsrevue 2013, 483. Vgl. ferner BREYER, 16 f. Zur Frage der ausnahmsweisen Anpassung infolge unerwarteter Entwicklungen siehe Rz. 109 hiervor.

⁸⁸⁰ BGer 2C_247/2010 vom 16. Februar 2011, E. 5.4.

⁸⁸¹ Art. 128 Ziff. 3 OR. BGer 4A_380/2016 vom 1. November 2016, E. 3.1; BOHNET/MARTENET, 1182; BSK-OR I/DÄPPEN, Art. 128 N 12; GMÜR, 104 f.

⁸⁸² BGE 132 III 61, 62, E. 6.1; BGE 109 II 112, 114, E. 2.a; HUGUENIN, 673.

⁸⁸³ Botschaft Verjährungsrecht, 258; AB 2014 N 1783.

Immerhin sind dessen Voraussetzungen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich eng auszulegen.⁸⁸⁴ Im Zusammenhang mit der hier interessierenden Anwaltsarbeit bedeutet dies, dass die fünfjährige Verjährungsfrist nur für Forderungen auf Vergütung berufsspezifischer, d.h. anwaltstypischer Leistungen Anwendung findet.⁸⁸⁵

D. Rechnungsstellung

1. Auftrags- und anwaltsrechtliche Abrechnungspflichten

295 Wie alle anderen Beauftragten sind auch Anwältinnen gemäss Art. 400 Abs. 1 OR verpflichtet, ihrer Mandantschaft auf Verlangen Rechenschaft über ihre Geschäftsführung abzulegen.⁸⁸⁶ Dasselbe wiederholt Art. 21 Abs. 2 SSR. Bei entgeltlichen Aufträgen, wie etwa den allermeisten Anwaltsmandaten,⁸⁸⁷ beinhaltet dies namentlich die Abrechnung über die bisherigen Bemühungen.⁸⁸⁸ Bereits vor dem Inkrafttreten des BGFA war überdies unbestritten, dass Anwältinnen nebst dieser privatrechtlichen Pflicht auch standesrechtlich zur ordnungsgemässen Abrechnung verpflichtet sind.⁸⁸⁹ Die aktuelle Ausprägung dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht findet sich in Art. 12 lit. i BGFA. Nach dieser Bestimmung sind Anwältinnen unter anderem verpflichtet, die Mandantschaft periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren. Damit ist aber noch nichts über das Verhältnis zwischen der auftragsrechtlichen und der anwaltsrechtlichen Abrechnungspflicht gesagt.

⁸⁸⁴ BGE 123 III 120 = Pra 1997, Nr. 106, 577 ff., 579, E. 2.a; BGE 116 II 428, 431, E. 1.b. BSK-OR I/DÄPPEN, Art. 128 N 1.

⁸⁸⁵ BGER 4A_267/2007 vom 24. Oktober 2007, E. 11.1; BERGER, Schuldrecht, 483; BSK-OR I/DÄPPEN, Art. 128 N 12. Zur Abgrenzung zwischen anwaltstypischer und nicht anwaltstypischer Arbeit siehe Rz. 71 hiavor.

⁸⁸⁶ Allgemein: AppGer BS, ZB.2018.15 vom 26. November 2019, E. 3.2. Mit Hinweis auf BGER 4A_144/2012, E. 3.2.2; 4A_147/2014, E. 5.2.1.

⁸⁸⁷ Zur üblicherweise entgeltlichen Natur anwaltlicher Mandate siehe Rz. 27 ff. hiavor.

⁸⁸⁸ Anwaltskammer Luzern, Max XI Nr. 220 vom 10. Juni 1963, in SJZ 1966, 127; BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 400 N 7.

⁸⁸⁹ Anwaltskammer Luzern, a.a.O.; DUBACH, 84a f.; FELLMANN/SIDLER, 73 f.; TESTA, 200 f.

Wie bereits vorstehend in einem anderen Zusammenhang erörtert, bestehen die öffentlich-rechtlichen Berufspflichten des Anwaltsrechts und die Bestimmungen des Auftragsrechts grundsätzlich nebeneinander und schliessen sich nicht etwa gegenseitig aus.⁸⁹⁰ Vielmehr dienen die spezifischen berufsrechtlichen Bestimmungen im Rahmen des Auftragsrechts als Auslegungshilfen der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 1 und 2 OR, oder eben wie hier, der Rechenschaftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR.⁸⁹¹ Inhaltlich enthält Art. 12 lit. i BGFA spezifischere und tendenziell strengere Vorschriften als Art. 400 Abs. 1 OR.⁸⁹² Diese Anforderungen werden im Nachfolgenden weiter erörtert.

2. Abrechnungszeitpunkte und Abrechnungsintervalle

Gemäss Art. 12 lit. i BGFA haben Anwältinnen die Mandantschaft periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren. Dies bedeutet zunächst, dass die Mandantschaft berechtigt ist, sich bei ihrer Anwältin jederzeit über den aktuellen Stand der Aufwendungen zu erkundigen.⁸⁹³ Diese ist verpflichtet, einer derartigen Anfrage innert nützlicher Frist zu entsprechen.⁸⁹⁴ Darüber hinaus muss die Mandantschaft nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auch unaufgefordert periodisch über die Höhe des Honorars unterrichtet werden, selbst wenn sie nicht aktiv nachfragt.⁸⁹⁵ Über die Häufigkeit dieser Auskünfte äussert sich das Gesetz nicht, vielmehr kommt es auf Dauer und Umfang des Mandats an.⁸⁹⁶ In Zeiten grosser Aktivität auf dem jeweiligen Mandat sollen

⁸⁹⁰ Vgl. BOHNET/MARTENET, 481 f.; CHAPPUIS/GURTNER, 47; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 201; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 644. Siehe ferner Rz. 26 hiervor.

⁸⁹¹ EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1197; FELLMANN, BK, Art. 398 N 178.

⁸⁹² BGer 2C_1000/2020 vom 2. Juni 2021, E. 4.3.5; BGer 2C_133/2012 vom 18. Juni 2012, E. 4.3.2; *Commission du barreau GE*, Dossier 22/15 vom 9. November 2015, zit. bei BOILLAT/COLLART, 323; EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1197; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 171a.

⁸⁹³ BOHNET/MARTENET, 733; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 171.

⁸⁹⁴ BGer 2C_1000/2020 vom 2. Juni 2021, E. 4.1; BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.1; BGer 2C_1086/2016 vom 10. Mai 2017, E. 4.1; BGer 2C_133/2012 vom 18. Juni 2012, E. 4.3.1.

⁸⁹⁵ BGer 2C_1000/2020 vom 2. Juni 2021, E. 4.3.5; Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte LU, AR 05 51 vom 13. März 2006, zit. bei FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 504 (Fn. 1225); BOHNET/MARTENET, 733; BRUNNER/HENN/KRIESI, a.a.O.; anders VGer GL, VG.2019.67 vom 5. September 2019, E. II.3.3.2; OGer ZH, Beschluss vom 21. März 2006, in SJZ 2007, 101 f., mit Hinweis auf TESTA, 234.

⁸⁹⁶ BRUNNER/HENN/KRIESI, 175; EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1198.

Abrechnungsperioden von zwischen drei⁸⁹⁷ und vier Monaten⁸⁹⁸ angemessen sein, ansonsten dürfte eine jährliche Abrechnung genügen.⁸⁹⁹ Wesentliche Bedeutung kommt überdies dem Kenntnisstand der Mandantschaft zu. Kann diese den Aufwand in etwa abschätzen, etwa weil der angefallene Aufwand aus Besprechungen oder Korrespondenz besteht, welche ihr fortlaufend zugestellt wird, so rechtfertigen sich tendenziell längere Abrechnungsintervalle.⁹⁰⁰

3. Inhalt der Honorarrechnung

298 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt es nicht, in der Abrechnung bloss die Gesamtzeit und das Gesamthonorar anzugeben.⁹⁰¹ Vielmehr ist jede Bemühung gesondert auszuweisen, genauso wie der Streitwert und der anwendbare Stundensatz.⁹⁰² Nach Ansicht des Bundesgerichts sei die Vorinstanz aber jedenfalls nicht in Willkür verfallen, als sie Tätigkeitsrapporte als genügend erachtete, welche mit Angabe des Datums und einer stichwortartigen Zusammenfassung der geleisteten Arbeiten versehen, jedoch nicht nach einzelnen Tätigkeiten aufgeteilt waren.⁹⁰³ Sind oder waren auf einem Mandat mehrere Anwältinnen tätig, so sind diese namentlich zu nennen und deren Stundensätze anzugeben.⁹⁰⁴ Werden für eine Mandantin mehrere Mandate geführt, so ist in der detaillierten Abrechnung anzugeben, für welches Mandat Rechnung gestellt wird.⁹⁰⁵

⁸⁹⁷ Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ZH, KG070066 vom 6. Dezember 2007, E. VI.1, zit. bei BRUNNER/HENN/KRIESI, 175; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 505, mit Hinweis auf den in Fn. 895 hiervoor zitierten Luzerner Entscheid.

⁸⁹⁸ BOHNET/MARTENET, 733.

⁸⁹⁹ BRUNNER/HENN/KRIESI, 175, mit Hinweis auf den in Fn. 897 hiervoor zitierten Beschluss der Zürcher Aufsichtsbehörde; EGLI/BONADEC/MÜLLER, 1198.

⁹⁰⁰ VGer GL, VG.2019.67 vom 5. September 2019, E. II.3.3.2; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte BS, AK.2015.1 vom 1. Oktober 2015, E. 2.2.

⁹⁰¹ BGer 2C_314/2020 vom 3. Juli 2020, E. 4.3; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 5.2.2; BGer 2C_133/2012 vom 18. Juni 2012, E. 4.3.2; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 506; WEBER, SVZ 1993, 10.

⁹⁰² AppGer BS, ZB.2018.15 vom 26. November 2019, E. 3.2; ZR 1992/93, Nr. 27, 261; TESTA, 201.

⁹⁰³ BGer 4P.28/1996 vom 1. Juli 1997, E. 4.b.bb, nicht veröffentlicht, aber zitiert und bestätigt in BGer 4A_238/2016 vom 26. Juli 2016, E. 2.2.2.

⁹⁰⁴ AppGer BS, ZB.2018.15 vom 26. November 2019, E. 3.2.

⁹⁰⁵ OGer ZH, Beschluss vom 27. April 1990, ZR 1990, Nr. 85, 188 ff., 190, E. 5; TESTA, 201.

All diese Anforderungen gelten grundsätzlich unabhängig vom vereinbarten Honorarmodell,⁹⁰⁶ denn die aufgewendete Zeit ist auch etwa bei Pauschalhonoraren ein wichtiger (wenngleich nicht der einzige) Faktor zur Überprüfung der Angemessenheit des Honorars.⁹⁰⁷ Deshalb ist nach der hier vertretenen Ansicht auch bei Kostenvorschussrechnungen anzugeben, für welches Mandat diese erhoben werden. Schliesslich verlangt Art. 20 Abs. 1 SSR ein angemessenes Verhältnis des Vorschusses zum voraussichtlichen Honorar. Dieses kann aber grundsätzlich nur überprüft werden, wenn klar ist, für welches Mandat der Kostenvorschuss erhoben wurde. Zu relativieren ist diese Forderung nach der hier vertretenen Auffassung, wenn eine Honorierung nach dem *Retainer*-Modell vereinbart wurde.⁹⁰⁸ Dabei handelt es sich um eine periodisch zu entrichtende feste Grundgebühr, die auch zu entrichten ist, wenn die Leistungen in der Abrechnungsperiode nicht abgerufen werden.⁹⁰⁹ Deckt eine *Retainer*-Vereinbarung mehrere Mandate ab, so lässt sich regelmässig nicht bestimmen und somit auch nicht angeben, für welches der *Retainer* geschuldet ist. Allerdings ist hier zu fordern, dass die *Retainer*-Rechnung klar als solche gekennzeichnet ist. Überdies entbindet eine *Retainer*-Vereinbarung nicht von der anwaltlichen Rechenschaftspflicht. Daher hat die Mandantschaft auch in diesem Fall Anspruch auf regelmässige Zwischenabrechnungen. Nur so kann sie überprüfen, ob sich das geltende *Retainer*-Modell für sie (noch) lohnt.

4. Schranken der Abrechnungspflicht

Die Mandantschaft verwirkt ihren Anspruch auf eine detaillierte Abrechnung auch durch Begleichung der Honorarforderung nicht.⁹¹⁰ Ebenso wenig wird eine Rechnung durch Schweigen der Mandantschaft «*genehmigt*», selbst wenn diese nachher weitere Kostenvorschüsse leistet.⁹¹¹ Allerdings verhält sich die Mandantschaft durchaus rechtsmissbräuchlich, wenn sie nach jahrelangem Verzicht auf eine Abrechnung plötzlich eine solche verlangt.⁹¹² In diesem Sinne wird in der Lehre auch

⁹⁰⁶ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 506; TESTA, 201.

⁹⁰⁷ Siehe dazu Rz. 96 hiervor sowie die dortigen Hinweise.

⁹⁰⁸ Siehe dazu Rz. 200 ff. hiervor.

⁹⁰⁹ Siehe dazu Rz. 201 hiervor.

⁹¹⁰ BGer 2C_133/2012 vom 18. Juni 2012, E. 4.3.2; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 511.

⁹¹¹ BGer 4A_380/2016 vom 1. November 2016, E. 3.3.2; AppGer BS ZB.2018.15 vom 26. November 2019, E. 2.2; GMÜR, 135.

⁹¹² Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG090010 vom 1. April 2010, zit. bei BRUNNER/HENN/KRIESI, 176; FELLMANN, BK, Art. 400 N 83.

vertreten, die Rechenschaftspflicht ende, sobald sämtliche Ansprüche der Mandantschaft verjährt sind, d.h. in der Regel spätestens zehn Jahre nach Mandatsabschluss.⁹¹³ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Rechenschaftspflicht jedenfalls im Zeitpunkt enden, in welchem die Anwältin auch die archivierte Mandatsakte vernichten darf. Die Aufbewahrungspflicht beträgt nach dispositivem Gesetzesrecht ebenfalls zehn Jahre seit Mandatsabschluss, doch ist es zulässig, diese mittels Vereinbarung auf fünf Jahre zu verkürzen.⁹¹⁴

- 301 Unter Umständen kann der Verzicht auf eine detaillierte Rechnung auch im Interesse der Mandantschaft liegen. Insbesondere in der Strafverteidigung hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Anwältin detaillierte Angaben über Art, Ort und Zeit bestimmter Leistungen nicht nach aussen offenlegen müsse, wenn dies Rückschlüsse auf die Verteidigungsstrategie erlauben würde.⁹¹⁵ Diese Ausnahme von der Rechenschaftspflicht dürfte jedoch im Verhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft kaum zum Tragen kommen, denn nach Art. 264 Abs. 1 lit. a StPO sind sämtliche Unterlagen aus dem Verkehr zwischen der beschuldigten Person und ihrer Anwältin vor einer Beschlagnahme geschützt.⁹¹⁶

⁹¹³ BRUNNER/HENN/KRIESI, 176.

⁹¹⁴ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG110004 vom 1. September 2011, E. III.C, zit. bei BRUNNER/HENN/KRIESI, 87, 93.

⁹¹⁵ BGer 6B_30/2010 vom 1. Juni 2010, E. 5.3.4; BGer 1S.5/2006 vom 5. Mai 2006, E. 5.3; KGer BL, 470 11 14 vom 18. April 2011, BJM 2012, 54 ff., 57, E. 4.5; CHAPPUIS/BARTH, 279; FINGERHUTH/ROOS, 262 f.

⁹¹⁶ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, 486; SK-StPO/HEIMGARTNER, Art. 264 N 4.

III. Die Parteientschädigung

A. Allgemeines

In Zivilprozessen bildet die Parteientschädigung neben den Gerichtskosten einen 302 Teil der Prozesskosten, und zwar in der Regel den grösseren.⁹¹⁷ Die Gerichtskosten werden den Parteien vom Staat als Gegenleistung für die Inanspruchnahme der staatlichen Justizinfrastruktur belastet.⁹¹⁸ Demgegenüber bezeichnet die Parteientschädigung nach der gängigen Terminologie diejenigen Kosten, welche einer Partei infolge eines Prozesses direkt entstehen.⁹¹⁹ Hierzu gehören neben den notwendigen Auslagen sowohl die nach kantonalem Tarif bemessenen Kosten der beruflichen Vertretung, welche im Nachfolgenden im Sinne eines unpräzisen *pars pro toto* als «*Parteientschädigung*» bezeichnet werden, als auch die Umtriebsentschädigung nicht berufsmässig vertretener Parteien in begründeten Fällen.⁹²⁰

Die Verteilung der Parteientschädigung, wie auch diejenige der Gerichtskosten, 303 folgt letztlich dem sogenannten Veranlassungsprinzip.⁹²¹ Den Prozess veranlasst hat dabei nicht unbedingt diejenige Partei, welche das Verfahren aus formeller Sicht eingeleitet hat (d.h. im Zivilprozess in aller Regel die Klägerin). Aus materieller Sicht veranlasst hat den Prozess vielmehr diejenige Partei, welche sich zu Unrecht einem gerechtfertigten Begehren widersetzt oder zu Unrecht die Gegenseite vor Gericht gezerrt hat, d.h. die im Prozess unterliegende Partei.⁹²² Dem-

⁹¹⁷ Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO. Dazu BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 195; CHEVALIER, 313; PESENTI, 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 238; SUTTER-SOMM, Rz. 623.

⁹¹⁸ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 198; PESENTI, 4 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 238 f.; STERCHL, Gerichts- und Parteikosten, 14; SUTTER-SOMM, Rz. 624.

⁹¹⁹ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 199; BOESCH, 150; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 243; SUTTER-SOMM, Rz. 626.

⁹²⁰ Art. 95 Abs. 3 ZPO. Dazu Bericht VE ZPO, 51; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/URWYLER/GRÜTTER, Art. 95 N 16 ff.; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 95 N 14 ff., sowie die Hinweise in der vorstehenden Fussnote. Vgl. zur Umtriebsentschädigung im Einzelnen Rz. 435 hiernach.

⁹²¹ STAEHELIN/SUTTER, 188.

⁹²² Vgl. AppGer BS, BEZ.2013.23 vom 6. März 2014, E. 2.2; OGer SO, 15. Januar 1991, SOG 1991, Nr. 12, 28 f., 29, E. 3; BERGER, HAVE 2003, 135; JÄGGI, 276; STEIN, 658. Relativierend BUCHER, ZSR 1983, 293. Vgl. auch GIRSBERGER, 351.

entsprechend haben nach dem Grundsatz von Art. 106 Abs. 2 ZPO die Parteien die Prozesskosten nach dem Umfang ihres Unterliegens zu tragen. Der Parteientschädigung kommt somit der Charakter einer prozessrechtlichen Schadenersatzzahlung zu.⁹²³

- 304 Dieser Restitutionsgedanke ist nicht auf Zivilprozesse beschränkt. Deshalb werden Parteientschädigungen auch ausserhalb von Zivilprozessen zugesprochen, so etwa in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren,⁹²⁴ in Strafverfahren⁹²⁵ sowie in allen Verfahren vor dem Bundesgericht.⁹²⁶ Auch dort wird in der Regel die unterliegende Partei (bzw. das unterliegende Gemeinwesen) dazu verpflichtet, die Parteikosten der obsiegenden Partei zu tragen. Anders verhält es sich insbesondere in erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren sowie im Beschwerdeverfahren nach Art. 17 SchKG, wo grundsätzlich keine Parteientschädigungen zugesprochen werden.⁹²⁷

B. Gerichtliche Festsetzung nach kantonalem Tarif

- 305 Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO setzt das Gericht die Parteientschädigung nach dem im betreffenden Kanton geltenden Tarif fest.⁹²⁸ Dabei gilt immer der Tarif des Gerichtsstandes, auch wenn die entschädigungsberechtigte Partei eine

⁹²³ AUER/MÜLLER/SCHINDLER/BEUSCH, Art. 64 N 1; KuKo-ZPO/SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 1; MÜLLER, 268; MÜLLER/OBRIST/ODERMATT, 981; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 10; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, 407 f. Dazu eingehend WEBER, Diss., 8 ff.

⁹²⁴ Trotz der «Kann-Formulierung» in Art. 64 Abs. 1 VwVG besteht, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, ein Rechtsanspruch auf Zusprechung einer Parteientschädigung (BGE 120 V 214, 221, E. 4.b; Entscheid des Bundesrates vom 24. März 2004, VPB 2004, Nr. 87, 1165 ff., 1169, E. 4; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, 411 f.; WALDMANN/WEISSENBERGER/MAILLARD, Art. 64 N 9).

⁹²⁵ Vgl. Art. 429 Abs. 1 lit. a und Art. 433 StPO. Dazu BGE 138 IV 205 = Pra 2013, Nr. 20, 164 f., 165, E. 1; BSK-StPO/WEHRENBURG/FRANK, Art. 429 N 12; OBERHOLZER, Grundzüge, 710, 719 f.; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, 485, 487; RIKLIN, Art. 429 N 3, Art. 433 N 5; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, 343 ff.; SCHMID/JOSITSCH, PraxKomm, Art. 429 N 7.

⁹²⁶ Art. 68 Abs. 2 BGG. Dazu BSK-BGG/GEISER, Art. 68 N 3 ff.; GEISER/MÜNCH/UHLMANN/GELZER, 20; SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Art. 68 N 3.

⁹²⁷ Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG. Vgl. für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren BGE 132 II 47, 62, E. 5.2; AUER/MÜLLER/SCHINDLER/BEUSCH, Art. 64 N 1; WALDMANN/WEISSENBERGER/MAILLARD, Art. 64 N 1

⁹²⁸ OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 183, E. 3.3.1; CHEVALIER, 313; MÜLLER/OBRIST/ODERMATT, 981; NATER/GÖTZ STAEHELIN, 471;

ausserkantonale Anwältin mandatiert hat und diese nach deren kantonalem Gebührentarif entschädigen muss.⁹²⁹ In aller Regel erfolgt die Tarifierung bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten nach dem gemäss Art. 91 ff. ZPO zu ermittelnden Streitwert.⁹³⁰ In nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten wird die Parteientschädigung regelmässig nach Zeitaufwand,⁹³¹ pauschal innerhalb gewisser Bandbreiten⁹³² oder nach freiem Ermessen des Gerichts festgesetzt.⁹³³ Verbreitet finden sich auch Mischformen zwischen diesen Bemessungsgrundlagen.⁹³⁴

Eine Bemessung der Parteientschädigung nach dem Streitwert kann dazu führen, dass gerade Bemühungen in Prozessen mit tiefen Streitwerten, aber hohem effektivem Aufwand ungenügend entschädigt werden und sich daher kaum lohnen.⁹³⁵ Demgegenüber muss ein Prozess mit hohem Streitwert nicht immer zu entsprechenden Mehraufwendungen führen, sodass solche Verfahren auch überentschädigt werden können. Diese Diskrepanz wird in Kauf genommen und mit der Fiktion begründet, dass einträgliche und nicht einträgliche Prozesse in der Anwaltschaft in etwa gleich verteilt seien und so querfinanziert werden könnten.⁹³⁶ Ob diese Hypothese zutrifft, erscheint fraglich. So werden einträgliche Prozesse mit hohen Streitwerten oft von Grosskanzleien geführt, während sich etwa neu auf

RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019, 687; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 11; VETTER/ALBERT, 311.

⁹²⁹ BGer 5A_629/2017 vom 22. November 2018, E. 7.2; MÜLLER/OBRIST/ODERMATT, 983.

⁹³⁰ SUTTER-SOMM, Rz. 629. Vgl. z.B. Art. 28 Abs. 1 GTar-VS. Anders etwa § 160 Abs. 1 und 2 GT-SO, wonach stets nach Aufwand zu tarifieren ist. Vgl. zu den verschiedenen Prozesskostensystemen VETTER/ALBERT, 311 ff.

⁹³¹ Vgl. z.B. § 11 Abs. 1 HoR-BS; Art. 19 Abs. 1 AnwHV-AI.

⁹³² So soll die Parteientschädigung für ein Eheschutzverfahren im Kanton Aargau gemäss FREY (Anwaltsrevue 2019, 467) normalerweise pauschal CHF 2'500.00 betragen. Dies ergibt sich jedoch nicht ausdrücklich aus dem Anwaltstarif, dessen § 3 Abs. 1 lit. b für nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten eine Tarifierung nach Aufwand, Bedeutung und Schwierigkeit innerhalb einer Bandbreite von CHF 1'210.00 bis CHF 14'740.00 vorsieht.

⁹³³ Vgl. § 9 Abs. 2 GebTRA-SZ, dazu FREY, Anwaltsrevue 2019, 467; Art. 10 Abs. 1 HonO-SG.

⁹³⁴ Vgl. z.B. § 5 Abs. 1 AnwGebV-ZH; § 4 Abs. 1 AnwT-ZG; Art. 2 f. HV-GR.

⁹³⁵ FREY, Anwaltsrevue 2019, 464.

⁹³⁶ KuKo-ZPO/SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 96 N 14.

dem Markt auftretende Anwältinnen ohne einen grossen Stamm zahlungskräftiger Mandantschaft mit den weniger lukrativen Mandaten begnügen und für diese aufgrund ihrer geringeren Erfahrung auch mehr Aufwand betreiben müssen.⁹³⁷

- 307 Im Gegensatz zur Verteilung der Gerichtskosten wird eine Parteientschädigung nur zugesprochen, wenn dies beantragt wurde.⁹³⁸ Eine Bezifferung des Anspruchs mittels Einreichung einer Honorarnote ist nach Art. 105 Abs. 2 ZPO zwar ausdrücklich erlaubt, jedoch nicht vorgeschrieben, und das Gericht muss darauf auch nicht eigens hinweisen.⁹³⁹ Faktisch drängt sich die Einreichung einer Honorarnote jedoch umso mehr auf, je mehr Ermessensspielraum der jeweilige Tarif den Gerichten zugesteht.⁹⁴⁰ In einem Kanton, dessen Gerichte sich bei der Tarifierung eines *Excel-Tools* bedienen können, dürfte eine Bezifferung der Parteientschädigung jedoch höchstens dann angezeigt sein, wenn besondere Umstände für einen Zuschlag geltend gemacht werden.⁹⁴¹
- 308 All diesen Prozesskostensystemen ist gemein, dass sie eine gewisse Pauschalierung bewusst in Kauf nehmen, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch nicht zu beanstanden ist.⁹⁴² Da jedoch im Verhältnis zwischen Rechtsvertretung und Mandantschaft in den allermeisten Fällen ausschliesslich nach effektivem Zeitaufwand abgerechnet wird, ergibt sich zwischen dem vereinbarten Honorar und der gerichtlich festgesetzten Parteientschädigung fast zwangsläufig eine

⁹³⁷ Vgl. zur analogen Überlegung bei der unentgeltlichen Rechtspflege Rz. 325 hiernach.

⁹³⁸ BGE 140 III 444, 447, E. 3.2.2; BGE 139 III 334, 344, E. 4.3; BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, 308; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 105 N 2; MÜLLER/OBRIST/ODERMAT, 982; STERCHI, Gerichts- und Parteikosten, 18; SUTTER-SOMM, Rz. 663; VETTER/ALBERT, 314.

⁹³⁹ BGE 140 III 444, 448, E. 3.2.2; OGer ZH, LB170003 vom 9. März 2017, E. 3.2.1; OGer LU, 11 01 44 vom 7. Mai 2001, LGVE 2001 I Nr. 19, 30; BOESCH, 182; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 252 f.; VETTER/ALBERT, 313 f.

⁹⁴⁰ FREY, *Anwaltsrevue* 2019, 465 f.; VETTER/ALBERT, 314. Gewisse kantonale Verordnungen «*drohen*» bei Nichteinreichung einer Honorarnote sogar ausdrücklich mit der ermessensweisen Tarifierung, so z.B. § 14 Abs. 3 AnwT-ZG; Art. 6 Anw-HAI; Art. 6 HonO-SG.

⁹⁴¹ Gemäss FREY, *Anwaltsrevue* 2019, 464, sollen solche Programme den Aargauer Gerichten zur Verfügung stehen, weshalb sich eine detaillierte Kostennote dort weitgehend erübrige (465).

⁹⁴² BGer 4A_667/2010 vom 5. April 2011, E. 4.4.1; FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2020, 44. Vgl. ferner VETTER/ALBERT, 311 f.

Diskrepanz.⁹⁴³ Deshalb ist im nachfolgenden das Verhältnis zwischen der von der Mandantschaft geschuldeten und der der Gegenseite auferlegten Entschädigung zu erörtern.

C. Verhältnis zum vereinbarten Honorar

1. Zwei unabhängige Forderungen

Wird der obsiegenden Prozesspartei eine Parteientschädigung zugesprochen, so erhält sie damit eine Forderung gegen den unterliegenden Prozessgegner.⁹⁴⁴ Mangels einer gesetzlichen Sonderregelung ist die Anwältin selbst dann nicht Gläubigerin dieser Forderung, wenn die Partei selbst unentgeltlich vertreten war und deswegen keine eigenen Anwaltskosten zu bestreiten hatte. Nach herrschender Lehre und neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es jedoch entgegen dem Gesetzeswortlaut dennoch zulässig, die Parteientschädigung direkt der unentgeltlichen Rechtsvertretung zuzusprechen.⁹⁴⁵ 309

⁹⁴³ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 202; KuKo-ZPO/SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 22; NATER/GÖTZ STAEHELIN, 471; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 11. Siehe zum Zeithonorar im Einzelnen Rz. 91 ff. hiervor.

⁹⁴⁴ Art. 111 Abs. 2 ZPO. Dazu OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 184, E. 3.3.2; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/URWYLER/GRÜTTER, Art. 111 N 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 259; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 11.

⁹⁴⁵ BGer 4A_171/2017 vom 26. September 2017, E. 1.1; BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014, E. 5; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 184, E. 3.3.2; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 122 N 59; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 122 N 19; FEIGENWINTER, 455; GASSER/RICKLI, Art. 122 N 5; HÖCHLI, 25; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 122 N 5; OFK-ZPO/MOHS, Art. 122 N 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 272; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 122 N 12; a.A. BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 122 N 4.

- 310 Schuldner der Forderung auf Entrichtung der Parteientschädigung ist die entschädigungspflichtige Partei, der Staat haftet hierfür auch nicht subsidiär.⁹⁴⁶ Ein rechtskräftiger Kostenentscheid verleiht der Prozessgewinnerin zwar einen definitiven Rechtsöffnungstitel,⁹⁴⁷ schützt sie jedoch nicht vor dem Risiko einer Insolvenz der Verliererin.⁹⁴⁸
- 311 Bei der Honorarforderung handelt es sich demgegenüber um einen separaten Anspruch der Anwältin gegenüber der Mandantschaft, welcher von der Parteientschädigung grundsätzlich nicht beeinflusst wird. Eine Verbindung zwischen diesen beiden Forderungen besteht jedoch insofern, als die Parteientschädigung letztlich die Tilgung der Honorarforderung bezweckt. Bei der gerichtlichen Festsetzung der Parteientschädigung wird die Vereinbarung, auf welcher die Honorarforderung beruht, je nach Kanton in unterschiedlichem Ausmass berücksichtigt.⁹⁴⁹ Sie ist aber für das Gericht grundsätzlich nicht bindend.⁹⁵⁰ Ebenso wenig kann das Gericht aber mittels Tarifierung auf die auftragsrechtliche Vereinbarung zwischen Anwältin und Mandantschaft Einfluss nehmen.⁹⁵¹ Ebenso ist etwa bei der Tarifierung nicht zu berücksichtigen, ob sich eine Partei ihre eigenen Anwaltskosten und/oder die Parteientschädigung an die Gegenseite von einer Versicherung erstatten lassen kann. Schliesslich werden die Versicherungsprämien nicht bezahlt, um der Gegenseite oder dem Staat Kosten zu ersparen.⁹⁵²

⁹⁴⁶ Nicht einmal, wenn der unterliegenden Partei die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Dazu BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 118 N 7; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 118 N 6a; SHK-ZPO/KÖCHLI, Art. 118 N 4; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 118 N 15.

⁹⁴⁷ BK-ZPO/STERCHI, Art. 111 N 8; BSK-SchKG/STAEHELIN, Art. 80 N 50; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 111 N 6; KREN KOSTKIEWICZ, 165; KuKo-SchKG/VOCK, Art. 80 N 3.

⁹⁴⁸ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 212; OFK-ZPO/MOHS, Art. 111 N 2; SHK-ZPO/FISCHER, Art. 111 N 8.

⁹⁴⁹ Vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 HV-GR, wonach grundsätzlich von dem der entschädigungsberechtigten Partei in Rechnung gestellten Betrag auszugehen ist.

⁹⁵⁰ SUTTER-SOMM, Rz. 629; STERCHI, Gerichts- und Parteikosten, 18.

⁹⁵¹ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 202; BOHNET, *procédure*, 166; KuKo-ZPO/SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 21 f.; STERCHI, Gerichts- und Parteikosten, 18; VETTER/ALBERT, 311. Vgl. sodann etwa Art. 4 Abs. 1 GTar-VS und Art. 65 LTFraisNE, welche diese Regel ausdrücklich festhalten. Die Frage, ob der kantonale Gesetz- bzw. Verordnungsgeber noch Zwangstarife erlassen dürfte, kann hier offenbleiben, da kein Kanton mehr Zwangstarife kennt (BOHNET/MARTENET, 1163, m.w.H.).

⁹⁵² BGE 117 Ia 295, 296, E. 3; BGer 6B_312/2010 vom 13. August 2010, E. 2.2; KuKo-ZPO/SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 20; PLATTNER/SCHMID, 69.

2. Unter- und Überentschädigungen

Genügt die zugesprochene Parteientschädigung nicht, um das vereinbarte Honorar zu bezahlen, so muss der Differenzbetrag von der entschädigungsberechtigten Partei selbst getragen werden.⁹⁵³ Dies ist regelmässig der Fall, insbesondere bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit tiefen Streitwerten.⁹⁵⁴ Ganz allgemein scheint diese faktische Prozesshürde erst vor nicht allzu langer Zeit wirklich aufgekommen zu sein: Bis etwa zur Jahrtausendwende waren in vielen Kantonen die Gebührentarife auch im Verhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft zwingend ausgestaltet, sodass auch dort zumindest dieselbe Bemessungsgrundlage sowie staatlich vorgeschriebene Maximalsätze galten.⁹⁵⁵ Unter der früheren baselstädtischen Honorarordnung vom 10. Dezember 1973 setzte gar die Vertretung der entschädigungsberechtigten Partei die von der Gegenseite zu entrichtende Parteientschädigung selbst fest, was offenbar zu erstaunlich wenigen Beanstandungen Anlass gab.⁹⁵⁶ Von der entschädigungsberechtigten Partei durfte sodann nicht mehr verlangt werden als von der Gegenseite,⁹⁵⁷ womit sichergestellt war, dass die entschädigungsberechtigte Partei keine eigenen Anwaltskosten mehr zu tragen hatte. Demgegenüber scheint heutzutage die Differenz zwischen der Parteientschädigung und dem vereinbarten Honorar in der Tendenz zu steigen, da die Gerichte immer öfter den (von ihnen selbst definierten) «*gebotenen*» Aufwand vergüten.⁹⁵⁸

⁹⁵³ BGer 4C_1/2011 = Pra 2011, Nr. 88, 624 ff., E. 628, E. 6.2; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 184, E. 3.3.1; MAIER/MÜHLEMANN, 758.

⁹⁵⁴ CASANOVA, 54; KuKo-ZPO/SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 96 N 14; MÜLLER/OBRIST/ODERMATT, 981; RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019, 687; TESTA, 236; WUFFLI, FS Kren Kostkiewicz, 714. Siehe ferner Rz. 306 hiervoor.

⁹⁵⁵ HÖCHLI, 45 f. (Fn. 92).

⁹⁵⁶ FREY, Anwaltsgebührentarif, 30.

⁹⁵⁷ Ebd.

⁹⁵⁸ HESS, ZBJV 2004, 121. Dazu kritisch BK-ZPO/STERCHI, Art. 95 N 14. Vgl. auch HACKER, 134, betreffend die Situation in Deutschland.

- 313 Ebenfalls möglich, wenngleich seltener, ist das umgekehrte Szenario einer das vereinbarte Honorar übersteigenden Parteientschädigung. Dieser Überschuss wird bisweilen mit dem englischen Lehnwort «*Windfall*»⁹⁵⁹ bezeichnet.⁹⁶⁰ Grundsätzlich steht ein *Windfall* der Mandantschaft und nicht der Anwältin zu, denn nicht die Rechtsvertretung, sondern die entschädigungsberechtigte Partei ist Gläubigerin des (gesamten) Anspruchs auf Parteientschädigung.⁹⁶¹ Es ist jedoch möglich, im Rahmen der Honorarvereinbarung eine anderslautende Regelung zu treffen, solange die üblichen Schranken für Erfolgshonorarvereinbarungen eingehalten werden.⁹⁶² Zwar wird mit dem vereinbarten (Zeit-)Honorar eine zumindest bescheiden gewinnbringende Entschädigung der Rechtsvertretung in aller Regel gewahrt sein.⁹⁶³ Vorsicht ist jedoch geboten, falls der *Windfall* ähnlich hoch ausfallen sollte wie das erfolgsunabhängige Honorar oder dieses sogar übersteigt.⁹⁶⁴ Ausserdem kann eine Vereinbarung über die Verteilung eines *Windfalls* nur zu Mandatsbeginn oder nach dessen Abschluss, nicht jedoch während des laufenden Mandats abgeschlossen werden.⁹⁶⁵

⁹⁵⁹ Im Englischen bezeichnete der Begriff ursprünglich Früchte, welche der Wind vom Baum geweht hatte. Im übertragenen Sinne bezeichnet er eine grosse Menge Geld, die einer Person unerwartet zukommt (vgl. dazu den Eintrag im *Oxford English Dictionary* unter <https://www.lexico.com/definition/windfall>, besucht am 12. Mai 2021).

⁹⁶⁰ NATER/GÖTZ STAEHELIN, 471 f.; vgl. zum Begriff auch KILIAN, erfolgsbasierte Vergütung, 30.

⁹⁶¹ Art. 111 Abs. 2 ZPO; FISCHBACHER/RUSCH, AJP 2013, 526. Ähnlich betr. den Fall von Separatvergleichen über die Anwaltskosten GAUCH, recht 1994, 197.

⁹⁶² FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 123; NATER/GÖTZ STAEHELIN, 472; STRAUB, 128. Anders die Zürcher Aufsichtskommission in ihrem Beschluss vom 2. Dezember 2010 i.S. «*Bruno Steiner*», ZR 2011, Nr. 16, 28 ff., 29 f., E. 7, mit zu Recht kritischer Anm. FISCHBACHER/RUSCH, AJP 2013. Zum Thema der erlaubten und verbotenen Erfolgshonorare siehe eingehend Rz. 143 ff. hiervor.

⁹⁶³ Vgl. dazu BGE 143 III 600, 614, E. 2.7.5 sowie Rz. 145 hiervor.

⁹⁶⁴ Vgl. dazu BGE, a.a.O., sowie Rz. 146 hiervor.

⁹⁶⁵ BGE 143 III 600, 614, E. 2.7.5; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 3.2. Siehe dazu eingehend Rz. 148 ff. hiervor.

IV. Die unentgeltliche Verbeiständung

A. Die unentgeltliche Verbeiständung als Teil der unentgeltlichen Rechtspflege

1. Verfassungs- und gesetzesrechtliche Anspruchsgrundlagen

Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV haben Personen, die nicht über die erforderlichen Mittel 314 verfügen, Anspruch darauf, dass ihnen die öffentliche Hand die Führung eines nicht aussichtslosen Prozesses und nötigenfalls auch anwaltliche Unterstützung (vor-) finanziert.⁹⁶⁶ Diese sogenannte unentgeltliche Rechtspflege beinhaltet einerseits den auch als «*unentgeltliche Prozessführung*» (oder «*unentgeltliche Rechtspflege i.e.S.*») bezeichneten Erlass von Verfahrenskosten und Sicherheitsleistungen und andererseits den «*unentgeltlichen Rechtsbeistand*» (resp. die «*unentgeltliche Verbeiständung*»), d.h. die amtliche Bestellung einer Rechtsvertretung.⁹⁶⁷

Obwohl erst in der aktuellen Bundesverfassung von 1999 ausdrücklich kodifiziert, 315 anerkannte das Bundesgericht bereits seit dem späten 19. Jahrhundert einen auf den allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 4 aBV gestützten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege.⁹⁶⁸ Dieser gilt in sämtlichen Verfahren und hat in die jeweiligen Prozessgesetze Eingang gefunden.⁹⁶⁹ Für Zivilprozesse vor kantonalen

⁹⁶⁶ BGE 139 I 138, 144, E. 4.2; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 212 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 310; UHLMANN, 626. Vgl. zu Umfang und Grenzen des verfassungsrechtlichen Anspruchs BIAGGINI, Art. 29 N 30 f.; BSK-BV/WALDMANN, Art. 29 N 69 ff.; MÜLLER/SCHEFER, 895 ff.

⁹⁶⁷ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, 528; MEICHSSNER, Diss., 3 f.; MÜLLER/SCHEFER, 895; SG-Komm./STEINMANN, Art. 29 N 63; SUTTER-SOMM, Rz. 671.

⁹⁶⁸ BGE 125 V 32, 34 f., E. 4.a; BGE 112 Ia 14, 15, E. 3.a; BGE 13, 251, 254 f., E. 3; BK-ZPO/BÜHLER, Vor Art. 117 N 4a; BOHNET, *procédure*, 173; BOHNET/MARTENET, 690; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 117 N 3; BSK-BV/WALDMANN, Art. 29 N 60; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 117 N 1; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, 524; MÜLLER/SCHEFER, 893; SALZMANN, 302; SG-Komm./STEINMANN, Art. 29 N 63 f.

⁹⁶⁹ Botschaft ZPO, 7302; Botschaft BV, 182; BGE 132 I 201, 214, E. 8.2; BGE 130 I 180, 182, E. 2.2; BGE 121 I 60, 63 f., E. 2.b; MÜLLER/SCHEFER, 899 f.; SG-Komm./STEINMANN, Art. 29 N 65. Vgl. Art. 64 BGG; Art. 65 VwVG; Art. 132 Abs. 1 lit. a und Art. 136–138 StPO; Art. 37 Abs. 4 ATSG, sowie die jeweiligen kantonalen Verwaltungsverfahrenserlasse.

Gerichten ist die unentgeltliche Rechtspflege auf Gesetzesstufe in den Art. 117–123 ZPO geregelt.⁹⁷⁰ Inhaltlich stimmen die Voraussetzungen nach der Zivilprozessordnung mit denjenigen nach Art. 29 Abs. 3 BV überein.⁹⁷¹

2. Anspruchsträgerinnen

- 316 Trägerin des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege ist gemäss dem Wortlaut von Art. 29 Abs. 3 BV *«jede Person»*. Dies bedeutet zunächst, dass weder Volljährigkeit noch Urteilsfähigkeit, geschweige denn das Schweizer Bürgerrecht oder ein bestimmter Aufenthaltsstatus Anspruchsvoraussetzungen sind.⁹⁷² Obwohl der Begriff *«Person»* in der Rechtssprache nicht auf natürliche Personen beschränkt ist, hat das Bundesgericht in jahrzehntelanger Praxis juristischen Personen ein Recht auf unentgeltliche Rechtspflege abgesprochen.⁹⁷³ Seit rund 30 Jahren gewährt die bundesgerichtliche Praxis juristischen Personen hingegen unter restriktiven Bedingungen ausnahmsweise die unentgeltliche Rechtspflege.⁹⁷⁴ Konsequenterweise haben Rechtsgebilde ohne eigene Rechtspersönlichkeit wie zum Beispiel einfache Gesellschaften, Erbengemeinschaften oder Konkursmassen keinen eigenen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege.⁹⁷⁵ Einzig die unter ihrer Firma aktiv und

⁹⁷⁰ Vgl. im Einzelnen BK-ZPO/BÜHLER, Vor Art. 117–123 N 7 ff.; CR-CPC/TAPPY, Art. 117 N 9 ff.; SUTTER-SOMM, Rz. 672; WUFFLI/FUHRER, 9 ff.; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 117 N 3.

⁹⁷¹ Vgl. Botschaft ZPO, 7301; BGE 141 III 369, 371, E. 4.1; BOHNET/MARTENET, 692; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 117 N 3 ff.; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 17 N 5.

⁹⁷² Botschaft ZPO, 7301; BGE 138 IV 35, 37, E. 5.3; BGE 120 Ia 217, 218 f., E. 1; BGE 108 Ia 108 = Pra 1982, Nr. 233, 593 ff., E. 5; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 214 f.; BSK-BV/WALDMANN, Art. 29 N 15; BIAGGINI, Art. 29 N 29; DÜGGELIN, 49; MÜLLER/SCHEFER, 894; WUFFLI, Diss., 32 ff.; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 117 N 2. Differenzierter noch ZÜRCHER, 170.

⁹⁷³ BGE 116 II 651, 652 f., E. 2; BGE 88 II 386, 388 ff., E. 3 f.; MEICHSSNER, Diss., 38 ff.

⁹⁷⁴ BGE 143 I 328, 330 f., E. 3.1; BGE 131 II 306, 326 E. 5.2.1; BGE 119 Ia 337 = Pra 1994, Nr. 103, 351 ff., 352, E. 4.a; BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, 313 f.; BSK-BV/WALDMANN, Art. 29 N 64; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, 264; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, 525; SG-Komm./STEINMANN, Art. 29 N 66; WUFFLI, Diss., 36.

⁹⁷⁵ BGE 131 II 306, 326 E. 5.2.1; BGE 125 V 371, 372 f., E. 5; BGE 61 III 170, 172 f., E. 2; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 214; BIAGGINI, Art. 29 N 29; BK-ZPO/BÜHLER, Vor Art. 117 N 36; MEICHSSNER, Diss., 46 f.

passiv prozessfähigen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften werden den natürlichen Personen gleichgestellt, wenn alle unbeschränkt haftenden Gesellschafterinnen die Voraussetzungen erfüllen.⁹⁷⁶

3. Keine echte Unentgeltlichkeit

Was früher «*Armenrecht*» bzw. «*Armenanwalt*» genannt wurde, wird heutzutage in allen deutschsprachigen Verfahrenserlassen als «*unentgeltliche Rechtspflege*» bzw. «*unentgeltlicher Rechtsbeistand*» bezeichnet.⁹⁷⁷ Auch in den italienisch- und romanischsprachigen Prozesserglassen («*gratuito patrocinio*» bzw. «*giurisdicziun gratuita*») findet sich der Anklang an ein angeblich kostenloses Prozessieren wieder.⁹⁷⁸

Diese Terminologie mag zwar weniger stigmatisierend erscheinen als die frühere. Sie ist jedoch insofern irreführend, als eine Prozesspartei, welcher die «*unentgeltliche*» Rechtspflege gewährt wurde, dem Staat bei Verbesserung ihrer finanziellen Verhältnisse die Prozesskosten zurückerstatten muss.⁹⁷⁹ Ebenso wenig befreit die unentgeltliche Rechtspflege von der Pflicht, der Prozessgegnerin bei Unterliegen eine Parteientschädigung zu entrichten.⁹⁸⁰ Wirklich unentgeltlich ist diese staat-

⁹⁷⁶ BGE 116 II 651, 656, E. 2; BGer 4P.186/2003 vom 1. Dezember 2003, E. 1.2.2; BK-ZPO/BÜHLER, Vor Art. 117 N 37 f.; MEICHSSNER, Diss., 47 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 261; WUFFLI, Diss., 42 ff.

⁹⁷⁷ BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 117 N 1; BYDLINSKI, Vor §§ 63 ff. N 2; LÜKE, 477; PRIBNOW, 1207; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 260; WOLFFERS, 42; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 117 N 1. Vgl. beispielsweise BGE 108 Ia 11, *passim*; BGE 104 Ia 323, 326, E. 2.a; BGE 99 Ia 430, 433, E. 2.b; BGE 95 I 409, 411 f., E. 5; BGE 57 I 337, 347, E. 3; FREY, Anwaltsgebührentarif, 109 f.; SALZMANN, 302 ff., sowie bereits den Titel der 1986 erschienenen Dissertation von DÜGGELIN. Kritisch zu diesem Begriff WUFFLI, Diss., 6 (Fn. 22).

⁹⁷⁸ Vgl. die italienischsprachigen und rätoromanischen Marginalien zum 4. Kapitel des 8. Titels der ZPO, sowie Commentario-CPC/TREZZINI, Vor Art. 117 N 1 ff. Soweit ersichtlich existieren zum Thema keine Publikationen in rätoromanischer Sprache.

⁹⁷⁹ Art. 123 Abs. 1 ZPO; Botschaft ZPO, 7304; BGE 135 I 91 = Pra 2009, Nr. 73, 486 ff., 490, E. 2.4.2.2; BGE 122 I 5, 6, E. 4.a; BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, 317; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, 526; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 320; MEICHSSNER, Diss., 2 f., 175 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 272 f.; SUTTER-SOMM, Rz. 683; WUFFLI, Diss., 5 f.; WUFFLI/FUHRER, 3.

⁹⁸⁰ Art. 118 Abs. 3 und Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO. Dazu Botschaft ZPO, 7302; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 118 N 4; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 118 N 14; SUTTER-SOMM, Rz. 680; WUFFLI, Diss., 221; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 118 N 15. Vgl. zur identischen

liche Unterstützungsleistung also nicht. Etwas präziser wird die Prozessfinanzierung für mittellose Personen durch das Gemeinwesen in der französischsprachigen Schweiz mit dem Begriff *«assistance judiciaire»* umschrieben.⁹⁸¹ Dieser Begriff entspricht auch der Terminologie in Deutschland (*«Prozesskostenhilfe»*), Liechtenstein und Österreich (*«Verfahrenshilfe»*).⁹⁸²

B. Voraussetzungen

- 319 Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt zunächst einmal Mittellosigkeit (v.a. früher auch als *«Bedürftigkeit»* oder *«Prozessarmut»* bezeichnet) voraus.⁹⁸³ Mittellos ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Person, welche *«die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind»*.⁹⁸⁴ Es werden also Einkommen und Vermögen der Gesuchstellerin deren um die laufende Steuerbelastung sowie bis zu 30% des Grundbetrages erweitertem betriebsrechtlichen Existenzminimum gegenübergestellt.⁹⁸⁵ Ergibt sich aus diesem Vergleich, dass die Gesuch-

Rechtslage vor Inkrafttreten der ZPO BGE 122 I 322, 324 f., E. 2.c; BGE 117 Ia 513 = Pra 1993, Nr. 45, 153 f., 154, E. 2; MEICHSSNER, Diss., 163 ff.

⁹⁸¹ Vgl. die französischsprachigen Marginalien zum 4. Kapitel des 8. Titels der ZPO sowie z.B. BOHNET, *procédure*, 173 ff.; CR-CPC/TAPPY, Art. 117 N 1 ff.; JEANDIN/PEYROT, 135 ff.; PC-CPC/COLOMBINI, Art. 117 N 1 ff. Bei CR-Cst./DANG/SON NGUYEN, Art. 29 N 182 ff., lautet die Überschrift hingegen *«Droit à l'assistance judiciaire gratuite»* (Hervorhebung beigelegt).

⁹⁸² §§ 114–127a D-ZPO; §§ 63–73 Ö-ZPO; §§ 63–73 ZPO-FL. Vgl. dazu LÜKE, 477 ff.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, 498 ff.; ZEISS/SCHREIBER, 348 ff.; WALSER, 275 ff., sowie die Kommentierungen der jeweiligen Bestimmungen bei BYDLINSKI und WACHE, sowie RECHBERGER/SIMOTTA, 269 ff.

⁹⁸³ Art. 117 lit. a ZPO. Dazu Botschaft ZPO, 7301; BGE 117 Ia 277, 281, E. 3.b.aa; DÜGGELIN, 65 ff.; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 117 N 14; MARKUS/DROESE, 302; MÜLLER/SCHEFER, 901; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, 262; SUTTER-SOMM, Rz. 675 ff.; MEICHSSNER, Diss., 72 ff.; WUFFLI, Diss., 55.

⁹⁸⁴ BGE 141 III 369, 371, E. 4.1; BGE 128 I 225, 232, E. 2.5.1; BGE 127 I 202, 205, E. 3.b; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 117 N 16; CR-CPC/TAPPY, Art. 117 N 21; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 312; MARKUS/DROESE, 302; PC-CPC/COLOMBINI, Art. 117 N 18; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, 262.

⁹⁸⁵ BGE 135 I 221 = Pra 2010, Nr. 25, 169 ff., 171, E. 5.1; BGE 120 III 16, 17, E. 2.c; BGE 106 Ia 82 = Pra 1981, Nr. 9, 15 f.; BGer 4A_227/2013 vom 7. Oktober 2013, E. 2.1; KGer BL, 410 2011 72 vom 3. Mai 2011, BJM 2012, 340 ff., 341, E. 2.1;

stellerin die mutmasslichen Kosten eines relativ einfachen Prozesses innerhalb einer einjährigen, diejenigen eines grösseren Verfahrens innert einer zweijährigen Tilgungsfrist nicht bezahlen könnte, so gilt sie als mittellos.⁹⁸⁶

Sodann darf das Begehren, welches die bedürftige Person stellen möchte, nicht aussichtslos erscheinen.⁹⁸⁷ Aussichtslos sind Begehren, wenn die Gewinnaussichten deutlich geringer einzuschätzen sind als das Verlustrisiko. Prüfungsmassstab ist die Einschätzung einer vermögenden Person, welche den Prozess selbst finanzieren müsste. Würde eine solche das in Frage stehende Prozessrisiko vernünftigerweise nicht mehr eingehen, so ist die Sache als aussichtslos zu qualifizieren.⁹⁸⁸ In der Lehre werden bisweilen Prozesschancen von zwischen 20% und einem Drittel als Schwelle zur Aussichtslosigkeit genannt.⁹⁸⁹ Wie auch bei den übrigen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung massgebend.⁹⁹⁰ Da diese in der Regel sehr früh im Verfahren erfolgt, können die Erfolgsaussichten in aller Regel nur summarisch geprüft werden.⁹⁹¹

BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 216 f.; BÜHLER, AJP 2002, 645 ff.; DÜGGELIN, 69; JOZIC/BOESCH, 28; MEICHSSNER, Diss., 90 f.; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 117 N 28 ff.; SHK-ZPO/KÖCHLI, Art. 117 N 18; SUTTER-SOMM, Rz. 675; WUFFLI, Diss., 107; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 117 N 4.

⁹⁸⁶ BGE 141 III 369, 371 f., E. 4.1; BGE 135 I 221 = Pra 2010, Nr. 25, 169 ff., 171, E. 5.1; KGer BL, 200 07 399 vom 24. Juli 2007, FamPra.ch 2008, 965 ff., 968, E. 3.1; CR-CPC/COLOMBINI, Art. 117 N 47; MAIER, 820 f.; MEICHSSNER, Diss., 75.

⁹⁸⁷ Art. 117 lit. b ZPO. Dazu Botschaft ZPO, 7302; BGE 139 III 475, 476, E. 2.1; BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, 314; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 117 N 33; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 313; MAIER, 850; MEIER, 425; MARKUS/DROESE, 302; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, 264.

⁹⁸⁸ BGE 129 I 129, 135 f., E. 2.3.1; BGE 128 I 225, 235 f., E. 2.5.3; BGE 69 II 158, 160 f., E. 2; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 217; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 117 N 18; MEICHSSNER, Diss., 96 f.; SUTTER-SOMM, Rz. 678; WUFFLI, Diss., 141; WUFFLI/FUHRER, 129 f.

⁹⁸⁹ BK-ZPO/BÜHLER, Art. 117 N 229; MEICHSSNER, Diss. 100; MEIER, 425; WUFFLI, Diss., 142; WUFFLI/FUHRER, 130; ZEN-RUFFINEN, 696.

⁹⁹⁰ BGE 138 III 217, 218, E. 2.2.4; BGE 133 III 614 = Pra 2008, Nr. 50, 339 ff., 340, E. 5; BSK-BV/WALDMANN, Art. 29 N 78; DÜGGELIN, 107 f.

⁹⁹¹ BGE 142 III 138, 140, E. 5.1; BGE 139 III 475, 476 f., E. 2.2; BGE 124 I 304, 308 f., E. 4.a; BGer 5A_113/2013 vom 2. August 2013, E. 6.1; WUFFLI, Diss., 152; WUFFLI/FUHRER, 141; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 117 N 13.

- 321 Sind die Voraussetzungen der Mittellosigkeit sowie der fehlenden Aussichtslosigkeit erfüllt, so werden der Gesuchstellerin weder Kostenvorschüsse noch Sicherheitsleistungen auferlegt; sie erhält mithin die unentgeltliche Prozessführung zugesprochen.⁹⁹² Eine unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung wird hingegen nur gewährt, sofern dies zudem für die Wahrung der Rechte notwendig ist, etwa wenn die Gegenseite ebenfalls anwaltlich vertreten ist.⁹⁹³ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht jedoch nicht einmal in diesem Fall automatisch Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung.⁹⁹⁴ Weitere Beurteilungsfaktoren sind namentlich die Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Interessen sowie die (tatsächliche, materiell- und/oder prozessrechtliche) Schwierigkeit des Falles.⁹⁹⁵ So ist bei besonders schwierigen Fällen eine Rechtsvertretung stets geboten, bei Bagatellfällen nie.⁹⁹⁶ Liegen die Schwere des Eingriffs und die Schwierigkeit des Falles, wie wohl meistens, irgendwo dazwischen, so ist auf die individuellen Verhältnisse der Gesuchstellerin abzustellen. Zu prüfen ist dabei insbesondere, ob ihre juristischen und sprachlichen Kenntnisse ausreichen, um den im Verfahren zu erwartenden Schwierigkeiten zu begegnen.⁹⁹⁷

⁹⁹² Siehe zu den verschiedenen Teilgehalten der unentgeltlichen Rechtspflege BSK-BV/WALDMANN, Art. 29 N 69 ff.; SUTTER-SOMM, Rz. 671, sowie Rz. 314 hiavor.

⁹⁹³ Vgl. bereits die Formulierung von Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO. Dazu Botschaft ZPO, 7302; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 217; CR-CPC/TAPPY, Art. 118 N 11; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 314 f.; MARKUS/DROESE, 303; SUTTER-SOMM, Rz. 684.

⁹⁹⁴ BGer 4A_301/2020 vom 6. August 2020, E. 3.1; BGer 4D_35/2017 vom 10. Oktober 2017, E. 4.3; BGer 4A_20/2011 vom 11. April 2011, E. 8.2.2; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 118 N 6; WUFFLI, Diss., 176 f. Dazu kritisch BK-ZPO/BÜHLER, Art. 118 N 48; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 118 N 12; MEICHSSNER, Diss., 134 f.

⁹⁹⁵ Botschaft ZPO, 7302; BGE 144 IV 299, 301, E. 2.1; BGE 130 I 180, 182, E. 2.2; BGer 5A_654/2019 vom 14. Mai 2020, E. 4.1; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 118 N 21; PC-CPC/COLOMBINI, Art. 118 N 7 ff.; BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, 314 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 264 f.; SUTTER-SOMM, Rz. 684.

⁹⁹⁶ BGE 130 I 180, 182, E. 2.2; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 315; MEICHSSNER, Diss., 127; WUFFLI, Diss., 174 ff.; WUFFLI/FUHRER, 168 f. Zum Begriff der Bagatelle vgl. Botschaft ZPO, 7334; BGer 5P.432/2006 vom 14. Mai 2007, E. 5.4; MEICHSSNER, Diss., 126 f.

⁹⁹⁷ BGE 128 I 225, 233, E. 2.5.2; BGE 123 I 145, 147 f., E. 2.b.cc; BGer 1B_66/2017 vom 31. März 2017, E. 2.1; BGer 5A_838/2013 vom 3. Februar 2014, E. 2.4; BGer 5A_395/2012 vom 16. Juli 2012, E. 4.3; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 118 N 40; CR-CPC/TAPPY, Art. 118 N 15; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 118 N 7; WUFFLI/FUHRER, 177 ff.; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 118 N 9; ZÜRCHER, 172.

C. Anwaltliche Hinweis- und Annahmepflichten

1. Berufspflicht zur Annahme unentgeltlicher Mandate

Wie nachstehend noch eingehend zu erörtern sein wird, fällt die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung in der Regel deutlich tiefer aus als das Honorar für ein vergleichbares freies Mandat.⁹⁹⁸ Soll der verfassungsrechtliche Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung indes nicht bloss toter Buchstabe bleiben, so muss der Staat sicherstellen, dass den anspruchsberechtigten Mittellosen auch genügend Anwältinnen zur Verfügung stehen, die bereit sind, sie unentgeltlich zu vertreten.⁹⁹⁹ Aus diesem Grund verpflichtet Art. 12 lit. g BGFA alle registrierten Anwältinnen, in ihrem Registerkanton Vertretungen im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege sowie amtliche Verteidigungen zu übernehmen.¹⁰⁰⁰ Abgelehnt werden dürfen solche Mandatsanfragen nur aus zwingenden Gründen wie Befangenheit, fehlenden Kenntnissen im jeweiligen Rechtsgebiet oder Arbeitsüberlastung.¹⁰⁰¹ Da die Annahmepflicht in der Schweiz jedoch auf eine lange Tradition zurückblicken konnte, wurde sie im Gesetzgebungsprozess nicht gross thematisiert.¹⁰⁰²

⁹⁹⁸ BGE 132 I 201, 206, E. 7.3.1; BGE 101 II 109, 114, E. 3.b; BRUNNER/HENN/KRIESI, 159; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 241, 255; FELLMANN, Anwaltsrecht, 342; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 143; HAUSER, 63; HÖCHLI, 69 ff.; SALZMANN, 45; WOLFFERS, 164. Siehe ferner Rz. 344 f. hiernach.

⁹⁹⁹ BGE 132 I 201, 214, E. 8.2; BOHNET/MARTENET, 684; FEIGENWINTER, 440; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 46; MEICHSSNER, Diss., 193; SALZMANN, 304; SG-Komm./STEINMANN, Art. 29 N 74; WOLFFERS, 49. Vgl. auch BGE 138 IV 161, 165, E. 2.4, wonach der Staat aktiv um eine wirksame Verteidigung besorgt zu sein hat, etwa durch Auswechslung eines amtlichen Verteidigers, der seine Pflichten verletzt hat.

¹⁰⁰⁰ BGE 141 I 70, 74, E. 6.1; BGE 132 I 201, 205 f., E. 7.2; BGer 5D_145/2007 vom 5. Februar 2008, E. 1.1; BVGer, C-4032/2014 vom 3. November 2016, E. 2.6; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 241; MEICHSSNER, Diss., 182; SG-Komm./STEINMANN, Art. 29 N 72.

¹⁰⁰¹ BGer 2P.248/2001 vom 20. Dezember 2001, E. 2.c; BOHNET/MARTENET, Rz. 707 f.; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 142; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 47 ff.; MEICHSSNER, Diss., 194; WOLFFERS, 49.

¹⁰⁰² Vgl. Botschaft BGFA, 6057, sowie zur früheren Rechtslage FEIGENWINTER, 447 ff.; STERCHI, Komm. aFG-BE, 56; ZÜRCHER, 175. SALZMANN, 302 f., stellte in den 1970er-Jahren fest, diese Verpflichtung sei «von der Anwaltschaft bisher anstandslos hingenommen» worden.

- 323 Tatsache ist aber, dass die Pflicht zur Annahme unentgeltlicher Rechtsvertretungen einen staatlichen Kontrahierungszwang darstellt und somit in die Wirtschaftsfreiheit der Anwältinnen eingreift.¹⁰⁰³ Begründet wird dieser vielfach, indem er als «Gegenleistung» für das Anwaltsmonopol für die berufliche Vertretung vor Gerichten qualifiziert wird.¹⁰⁰⁴ Daran wird in der Lehre bisweilen zu Recht beanstandet, dass das Anwaltsmonopol eben kein Monopol im Rechtssinne ist. Vielmehr unterstellt es die forensische Anwaltstätigkeit zum Schutz des rechtssuchenden Publikums der Pflicht zum Erwerb einer Polizeibewilligung.¹⁰⁰⁵
- 324 Die praktische Bedeutung der Pflicht zur Annahme amtlicher Mandate soll sich jedenfalls in Kantonen mit einer Vielzahl registrierter Anwältinnen in Grenzen halten, da es dort genügend Anwältinnen gebe, die solche Mandate freiwillig übernehmen.¹⁰⁰⁶ Zahlen dazu liegen dem Verfasser indes nicht vor. Fest steht aber, dass sich unentgeltliche Rechtsvertretungen besonders für Anwältinnen ohne viel Berufserfahrung durchaus als attraktiv erweisen können. Diese verfügen nämlich regelmässig noch nicht über einen Klientenstamm, der gross genug wäre, um sie mit freien Mandaten auslasten zu können. Mit der Übernahme unentgeltlicher Rechtsvertretungen können sich solche Anwältinnen deshalb Berufserfahrung aneignen, wofür sie zwar bescheiden, aber ohne Ausfallrisiko entschädigt werden.
- 325 Vor diesem Hintergrund sei die Frage gestattet, ob die Annahmepflicht nach Art. 12 lit. g BGFA noch zeitgemäss ist. So hat das Bundesgericht bereits in einem Leitentscheid aus dem Jahr 2006 festgehalten, dass die forensische Anwalts-

¹⁰⁰³ CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 253 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1161; DERS., BK, Art. 395 N 56; MEICHSSNER, Diss., 193; SCHILLER, Anwaltsrecht, 35; WOLFFERS, 49; ZÜRCHER, 204. Demgegenüber fällt die anwaltliche Tätigkeit im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege an sich nicht in den Anwendungsbereich von Art. 27 BV, weil es sich um eine staatliche Aufgabe handelt (siehe dazu BGE 132 I 201, 205, E. 7.1; BGE 113 Ia 69, 71, E. 6; SPÜHLER, 262, sowie Rz. 334 hiernach).

¹⁰⁰⁴ BGer 2P.248/2001 vom 20. Dezember 2001, E. 2.b; BOHNET, *professions*, 71; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 242; FEIGENWINTER, 447; HANGARTNER, 1304 f.; STERCHI, Komm. aFG-BE, 56; ZÜRCHER, 176. Siehe zum Anwaltsmonopol ferner Rz. 67 ff. hiervor und die dortigen Hinweise.

¹⁰⁰⁵ BGE 130 II 87, 92, E. 3; BGer 2C 897/2015 vom 25. Mai 2016, E. 7.2; BGer 6B_629/2015 vom 7. Januar 2016, E. 4.3.2; BRUNNER/HENN/KRIESI, 16; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 806; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2652; MEICHSSNER, Diss., 186; SALZMANN, 303. Siehe Rz. 67 hiervor.

¹⁰⁰⁶ BRUNNER/HENN/KRIESI, 159. In diesem Sinne hält das Bundesgericht in BGE 132 I 201, 216, E. 8.5, fest, die Übernahme amtlicher Mandate erfolge «nahezu ausnahmslos freiwillig». Anders noch GYGI, 549, der in den 1970er-Jahren einen gebietsweisen Mangel praktizierender Anwälte konstatierte.

tätigkeit im Vergleich zur beratenden deutlich an Attraktivität eingebüsst hat.¹⁰⁰⁷ In diesem Feld stehen die registrierten Anwältinnen überdies zunehmend in Konkurrenz zu Banken, Versicherungen und Beratungsunternehmen, die keine unprofitablen Pflichtmandate führen müssen und deshalb einen Wettbewerbsvorteil haben.¹⁰⁰⁸ Nicht zuletzt können unentgeltliche Mandate wie erwähnt mit dem (kaum überprüfbareren) Grund der temporären Arbeitsüberlastung abgelehnt werden.¹⁰⁰⁹ Grosskanzleien und erfahrene Anwältinnen mit einem grossen Stamm zahlungskräftiger Mandantschaft oder gar Grosskanzleien werden sich also regelmässig darauf berufen können, um einem Pflichtmandat zu entgehen.¹⁰¹⁰ Wem ein solcher Klientenstamm fehlt, wird wohl kaum zu einer unentgeltlichen Rechtsvertretung gezwungen werden müssen.

Ebenfalls überholt erscheint die Beschränkung der Annahmepflicht auf den Registerkanton.¹⁰¹¹ Tatsache ist, dass sich die Lebens- und Wirtschaftswirklichkeit der meisten Einwohnerinnen dieses Landes längst nicht mehr auf ein Kantonsgebiet beschränkt. Bereits seit Mitte 2002 können hierzulande registrierte Anwältinnen ohne Weiteres vor Gerichten in der gesamten Schweiz auftreten.¹⁰¹² Mit der Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts vor gut zehn Jahren sind die Hürden für ein kantonsübergreifendes Prozessieren zudem nochmals spürbar gesunken.¹⁰¹³ Schliesslich zeigen gerade die Erfahrungen in der Covid-19-Pandemie auf, dass mit den heutigen digitalen Möglichkeiten Präsenzbesprechungen vielfach nicht mehr nötig sind. Dies dürfte vermehrt dazu führen, dass sich Rechtssuchende ihre Vertretung nicht mehr nach der geografischen Nähe aussuchen dürften. Daher sollte untersucht werden, ob in einem landesweit derart vereinheitlichten Anwaltsmarkt nicht auch das Gesetz von Angebot und Nachfrage den Zugang Mittelloser zu anwaltlicher Unterstützung gewährleisten könnte.

¹⁰⁰⁷ BGE 132 I 201, 214, E. 8.3; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 143a.

¹⁰⁰⁸ Ebd.

¹⁰⁰⁹ Siehe Rz. 322 hiervor.

¹⁰¹⁰ Vgl. BGE 132 I 201, 215, E. 8.3.

¹⁰¹¹ Anders mit Verweis auf die «*bessere Gewährleistung der Überwachungs- und Disziplinarfunktion*» BVGer, C-4032/2014 vom 3. November 2016, E. 2.13.

¹⁰¹² Art. 4 BGFA; AS 2002, 873. Dazu Botschaft BGFA, 6044 f.; BGer 1B_533/2020 vom 3. Februar 2021, E. 2.4; BGer 2C_897/2015 vom 25. Mai 2016, E. 3.3; MEICHSSNER, Diss., 190; SCHILLER, Anwaltsrecht, 38; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 658.

¹⁰¹³ Vgl. Botschaft StPO, 1180; BOHNET/MARTENET, 700; STAEHELIN, Anwaltsrevue 2009, 439.

2. Pflicht zum Hinweis auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Verbeiständung

327 Gemäss Art. 97 ZPO sind die Gerichte verpflichtet, nicht anwaltlich vertretene Parteien auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege aufmerksam zu machen.¹⁰¹⁴ Ist eine Partei jedoch anwaltlich vertreten, so trifft diese Aufklärungspflicht deren Rechtsvertretung.¹⁰¹⁵ Offen gelassen wurde bisher soweit ersichtlich, auf welche Berufspflicht sich diese Verpflichtung stützt.¹⁰¹⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte diese Pflicht eher auf der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach Art. 12 lit. a BGFA als auf der Annahmepflicht nach Art. 12 lit. g BGFA basieren.¹⁰¹⁷ Dafür spricht einerseits, dass Anwältinnen auch verpflichtet sind, abzuklären, ob ihr Honorar etwa von einer Rechtsschutzversicherung gedeckt ist oder ob eine Prozessfinanzierung in Frage kommt.¹⁰¹⁸ Diese Verpflichtung besteht unabhängig von der öffentlichen Aufgabe unentgeltlicher Rechtsvertretungen und obwohl keine Berufspflicht besteht, mit Rechtsschutzversicherungen oder Prozessfinanzierungsgesellschaften zusammenzuarbeiten. Andererseits gilt die Pflicht, auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege hinzuweisen, auch für ausserkantonale Verfahren. Gewiss ist eine Anwältin nicht verpflichtet, ausserhalb ihres Registerkantons unentgeltliche Rechtsvertretungen zu übernehmen.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁴ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 294 f.; MAIER, 849; SUTTER-SOMM, Rz. 632; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 238.

¹⁰¹⁵ Art. 17 Abs. 1 SSR; Botschaft ZPO, 7293; Anwaltskammer SG, AW.2018.28 vom 19. September 2019, E. II.2.a; Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, Beschlüsse vom 7. November 1951, ZR 1953, Nr. 69, 122, sowie vom 15. Dezember 1945, ZR 1946, Nr. 10, 15 ff., 16; BRUNNER/HENN/KRIESI, 160; DUBACH, 84a; FELLMANN, BK, Art. 398 N 414; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 148; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 56; HÖCHLI, 16; STERCHI, Komm. aFG-BE, 56; TESTA, 64, 85.

¹⁰¹⁶ FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, a.a.O., sowie STERCHI, a.a.O., handeln diesen Punkt jeweils in ihrer Kommentierung der Übernahmepflicht für unentgeltliche Rechtsvertretungen ab.

¹⁰¹⁷ KGer SG, AW.2019.28 vom 19. September 2019, E. II.2.c. Zu den analogen Überlegungen beim Verbot des zusätzlichen Honorars vgl. BGer 2C_783/2008 vom 4. Mai 2009, E. 2.9; BGer 2A.196/2005 vom 26. September 2005, E. 2.3; BRUNNER/HENN/KRIESI, 92 f. Anders BGer 2C_952/2015 vom 9. Juli 2015 (vorinstanzliche Subsumption unter lit. g nicht beanstandet); FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 480.

¹⁰¹⁸ BGer 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015, E. 4.3.1; BRUNNER/HENN/KRIESI, 100; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 23; SCHUMACHER/NATER, 43; WYLER, 35.

¹⁰¹⁹ Botschaft BGFA, 6057; BGE 132 V 200, 205, E. 5.1.4; BGer 8C_78/2019 vom 10. April 2019, E. 8.4; BOHNET/MARTENET, 696 f.; BRUNNER/HENN/KRIESI, 160; MEICHSSNER,

Verlangt sie jedoch für eine ausserkantonale Vertretung einen Kostenvorschuss, für welchen sich ihre bedürftige Mandantschaft verschulden muss, so verletzt sie gleichwohl ihre Sorgfaltspflicht.¹⁰²⁰ In einem solchen Fall sollte die Mandantschaft idealerweise an eine Kollegin verwiesen werden, die bereit ist, die unentgeltliche Vertretung zu übernehmen.

D. Verfahren

1. Gesuchstellung und Entscheid

In Strafverfahren mit notwendiger Verteidigung ernennt die Verfahrensleitung, d.h. in der Regel die Staatsanwaltschaft, die Verteidigung der beschuldigten Person, wenn diese nicht rechtzeitig eine Wahlverteidigung bezeichnet hat.¹⁰²¹ Ansonsten, d.h. auch in sämtlichen Zivilprozessen, wird die unentgeltliche Rechtspflege grundsätzlich nur auf ein entsprechendes Gesuch hin gewährt.¹⁰²² Aus verfassungsrechtlicher Perspektive besteht denn im Allgemeinen auch keine Notwendigkeit, die unentgeltliche Rechtspflege von Amtes wegen anzuordnen.¹⁰²³ Es liegt also an der bedürftigen Partei, sich um den Erhalt der unentgeltlichen Rechtspflege zu kümmern.

Diss., 190; VALLONI/STEINEGGER, 48.

¹⁰²⁰ Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, Beschluss vom 7. November 1951, ZR 1953, Nr. 69, 122 ff.; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 148; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 56. Zur Frage der Zulässigkeit bedingter Kostenvorschüsse siehe Rz. 287 ff. hienvor.

¹⁰²¹ Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO. Dazu Botschaft StPO, 1179; BGer 1B_364/2019 vom 28. August 2019, E. 3.2; BSK-StPO/RUCKSTUHL, Art. 132 N 12; OBERHOLZER, Grundzüge, 144; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, 292; SK-StPO/LIEBER, Art. 132 N 4 f.

¹⁰²² Vgl. Art. 119 Abs. 1 ZPO. Dazu BK-ZPO/BÜHLER, Art. 119 N 19; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 119 N 3; MEICHSSNER, Diss., 171; WUFFLI/FUHRER, 274. Zum Ausnahmefall der Postulationsunfähigkeit vgl. Art. 69 Abs. 1 ZPO, Art. 41 Abs. 1 BGG. Dazu BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, 145; SUTTER-SOMM, Rz. 189.

¹⁰²³ BGE 134 I 92, 99, E. 3.2.1; BGE 131 I 350, 356, E. 3.1; BSK-BV/WALDMANN, Art. 29 N 72; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, 526; MEICHSSNER, Diss., 171; DERS., Jusletter, Rz. 52; SG-Komm./STEINMANN, Art. 29 N 63.

- 329 Hat die bedürftige Prozesspartei bereits vor Prozessbeginn eine Anwaltskanzlei aufgesucht, so wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung oftmals gleich in der ersten Eingabe von der Anwältin gestellt.¹⁰²⁴ Darin ist in gedrängter Form, aber unter Verweis auf die entsprechenden Beweismittel zu belegen, weshalb die Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung erfüllt sind.¹⁰²⁵ Viele Kantone wie auch das Bundesamt für Justiz stellen zudem Formulare zur Verfügung, in welchen insbesondere die relevanten Kennzahlen von Einkommen und Vermögen eingetragen werden können.¹⁰²⁶
- 330 Der Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird in der Regel von der Leitung des betreffenden Verfahrens getroffen.¹⁰²⁷ Da die unentgeltliche Rechtspflege nur für das Verfahren vor einer Instanz gewährt werden kann, handelt es sich dabei je nachdem um die Schlichtungsbehörde, die Instruktionsrichterin des erst- oder des zweitinstanzlichen kantonalen Zivilgerichts oder aber des Bundesgerichts.¹⁰²⁸ Die Gegenpartei der Gesuchstellerin hat grundsätzlich keine Parteistellung und daher keinen Anspruch, vor dem Entscheid angehört zu werden oder dazu gar Stellung zu nehmen.¹⁰²⁹

¹⁰²⁴ BK-ZPO/BÜHLER, Art. 119 N 84; CR-CPC/TAPPY, Art. 119 N 4; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 118 N 8; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 266; WUFFLI, Diss., 285; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 119 N 2.

¹⁰²⁵ Vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO. Dazu KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 119 N 10; SUTTER-SOMM, Rz. 687, sowie eingehend WUFFLI/FUHRER, 276 ff.

¹⁰²⁶ Botschaft ZPO, 7303; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 119 N 5; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 316 f.; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 119 N 1; vgl. z.B. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/zivilprozessrecht/parteieingabenformulare.html> (besucht am 22. Oktober 2021). Entsprechende eigene Formulare bieten z.B. die Kantone Zürich, Luzern, Basel-Landschaft und Solothurn auf ihren eigenen Websites an. Andere Kantone, z.B. Bern, verweisen auf das Formular des Bundesamtes für Justiz.

¹⁰²⁷ Vgl. BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 119 N 2; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 119 N 15; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 119 N 5, 13. Eine Zusammenstellung der Zuständigkeiten nach kantonalem Gerichtsorganisationsrecht findet sich bei WUFFLI/FUHRER, 307 ff.

¹⁰²⁸ Vgl. insbesondere zur Zuständigkeit von Schlichtungsbehörden BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 119 N 17; CR-CPC/TAPPY, Art. 119 N 12; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 119 N 5 f.; WUFFLI, Diss., 316 ff.

¹⁰²⁹ Botschaft ZPO, 7303; BGer 5A_745/2013 vom 4. Februar 2014, E. 5; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 119 N 115 ff.; SUTTER-SOMM, Rz. 688; WUFFLI, Diss., 308 ff.; WUFFLI/FUHRER, 299 ff. Die Anhörung ist jedoch gemäss Art. 119 Abs. 3 ZPO obligatorisch, wenn eine Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung zur Debatte steht.

Der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege ergeht in Form einer prozessleitenden Verfügung.¹⁰³⁰ Dementsprechend kann und muss dieser selbstständig mit Beschwerde angefochten werden.¹⁰³¹ Zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert ist primär die Gesuchstellerin selbst.¹⁰³² Die Anwältin, die als unentgeltliche Vertretung hätte eingesetzt werden wollen, kann gegen ihre eigene Nichternennung in eigenem Namen Beschwerde führen, nicht jedoch gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege als solche.¹⁰³³ 331

2. Folgen eines abweisenden Entscheids

Weist die Verfahrensleitung das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung ab, so führt dies nicht automatisch zur Beendigung des Mandatsverhältnisses zwischen Anwältin und Mandantschaft. Dieses kann bereits vor der Gesuchstellung entstanden sein und ist vom staatlichen Akt der Einsetzung als unentgeltliche Rechtsvertretung gedanklich zu trennen.¹⁰³⁴ Wird die unentgeltliche Verbeiständung verweigert, weil das Begehren aussichtslos oder anwaltliche Unterstützung nicht erforderlich erscheint, so wird das Mandat nach der hier vertretenen Auffassung jedoch niedergelegt werden dürfen, ohne dass dies als Kündigung zur Unzeit zu qualifizieren wäre.¹⁰³⁵ Schliesslich kann keiner Anwältin zugemutet werden, ohne Aussicht auf ein Honorar zu arbeiten. 332

Bei Abweisung infolge fehlender Mittellosigkeit hingegen ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht einzusehen, weshalb die Anwältin für ihre Bemühungen bis zum abweisenden Entscheid nicht entschädigt werden sollte. Schliesslich dürfte sie bis zu diesem Zeitpunkt darauf vertraut haben, ein Honorar zu erhalten, sei es vom Staat im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege, sei es von der 333

¹⁰³⁰ BK-ZPO/KILLIAS, Art. 237 N 18; CR-CPC/TAPPY, Art. 119 N 12; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 119 N 14, Art. 121 N 1a; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 287; STEINER, 92; WUFFLI, Diss., 345.

¹⁰³¹ Art. 121 ZPO. Dazu Botschaft ZPO, 7376; BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, 380; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 119 N 11; JOZIC/BOESCH, 48; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 269, sowie eingehend SEILER, 72 ff.

¹⁰³² PC-CPC/COLOMBINI, Art. 121 N 2.

¹⁰³³ BK-ZPO/BÜHLER, Art. 121 N 11; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 121 N 1; WUFFLI, Diss., 368; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 121 N 2.

¹⁰³⁴ Vgl. zur Rechtsnatur des Mandatsverhältnisses siehe Rz. 334 f. hiernach.

¹⁰³⁵ Vgl. zur umstrittenen Frage zu Recht oder Pflicht, aussichtslose Mandate niederzulegen FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 43; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 50; KELLERHALS, Diss., 83; SCHILLER, Anwaltsrecht, 395 f.

Mandantschaft. Wenn in einem solchen Fall rechtskräftig festgehalten ist, dass die Kostentragung der Mandantschaft zugemutet werden kann, so muss dies nicht nur im Verhältnis zum Staat, sondern auch zur Anwältin gelten.

E. Rechtsstellung der unentgeltlichen Vertretung

1. Rechtsnatur des Mandatsverhältnisses

- 334 Wird die unentgeltliche Verbeiständung gewährt, so tritt die Anwältin in ein Drei-Personen-Verhältnis einerseits zum Staat und andererseits zur Mandantschaft. Das Verhältnis zum Staat ist dabei öffentlich-rechtlicher Natur.¹⁰³⁶ Ist die unentgeltliche Rechtsvertretung einmal eingesetzt, so erfüllt sie eine öffentliche Aufgabe und steht ausserhalb des Schutzbereichs der Wirtschaftsfreiheit.¹⁰³⁷ Aus Sicht des Mehrwertsteuerrechts ist denn auch der Staat und nicht die Mandantschaft Empfänger der Dienstleistungen.¹⁰³⁸
- 335 Demgegenüber besteht zwischen der unentgeltlichen Rechtsvertretung und der Mandantschaft grundsätzlich ein privatrechtliches Auftragsverhältnis nach Art. 394 ff. OR, welches in der Regel durch ausdrücklichen oder konkludenten Vertragsschluss begründet wird.¹⁰³⁹ Dies bedeutet namentlich, dass die Mandantschaft ihrer unentgeltlichen Rechtsvertretung gleich wie einer frei mandatierten Anwältin Weisungen hinsichtlich der Prozessführung erteilen kann. Wie Art. 17

¹⁰³⁶ BGE 141 I 70, 74, E. 6.1; BGE 117 Ia 22 = Pra 1993, Nr. 23, 77 ff., 78, E. 4.a; BGE 60 I 12, 16 f., E. 1; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 184 f., E. 3.3.3; BOHNET/MARTENET, 678 f.; BSK-BV/WALDMANN, Art. 29 N 73; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 243; DIAGNE, 25 f.; HAUSER, 73 f.; HÖCHLI, 16; MEICHSSNER, Diss., 192; OBERHOLZER, Gerichts- und Parteikosten, 43; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 651.

¹⁰³⁷ BGE 143 III 10 = Pra 2017, Nr. 101, 988 ff., 992, E. 3.1; BGE 132 I 201, 207, E. 7.1; BGE 113 Ia 69, 71, E. 6; BGE 109 Ia 107 = Pra 1983, Nr. 282, 761 ff., 762, E. 2.a; CHRISTE, 497; MEICHSSNER, Diss., 192; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, 272 f.; OBERHOLZER, Grundzüge, 145; SPIRA, 330. Differenzierend HANGARTNER, 1305 f.

¹⁰³⁸ BGE 141 III 560 = Pra 2016, Nr. 39, 385 ff., 391, E. 4.4.

¹⁰³⁹ BGE 143 III 10 = Pra 2017, Nr. 101, 988 ff., 993, E. 3.1; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 252; FELLMANN, Anwaltsrevue 2022, 45; DERS., BK, Art. 394 N 146, Art. 395 N 56; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 145; GUGGENHEIM, 90; WUFFLI, Diss., 172; a.A. SPIRA, 330. Allerdings werden bei Bestellung der Rechtsvertretung gegen den Willen der Mandantschaft, etwa infolge notwendiger Verteidigung oder Postulationsunfähigkeit, keine Willenserklärungen ausgetauscht (dazu MEICHSSNER, Diss., 196; FELLMANN, BK, Art. 394 N 147).

Abs. 2 SSR ausdrücklich festhält, gelten bei unentgeltlichen Rechtsvertretungen dieselben Sorgfaltspflichten wie bei freien Mandaten, und auch die Haftung richtet sich ausschliesslich nach Bundesprivatrecht.¹⁰⁴⁰ Infolge des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses zwischen Rechtsvertretung und Staat ergeben sich in gewissen Aspekten jedoch Einschränkungen der Vertragsfreiheit, namentlich betreffend die Vergütung und die Mandatsbeendigung.¹⁰⁴¹

2. Beaufsichtigung durch die Verfahrensleitung?

Nach heutiger Auffassung führt die unentgeltlich prozessierende Rechtsvertretung ihr Mandat genauso als unabhängige Interessenvertreterin wie eine frei mandatierte Anwältin.¹⁰⁴² Dennoch haben die Gerichte insbesondere im Bereich der notwendigen Verteidigung mehrfach interveniert, wenn sie der Ansicht waren, dass die Rechte der beschuldigten Person nicht genügend gewahrt wurden.¹⁰⁴³ Aufgrund der öffentlichen Aufgabe, welche die unentgeltliche Rechtsvertretung erfüllt, wird in der Lehre bisweilen vertreten und gefordert, dass auch heute noch eine gewisse gerichtliche Aufsicht bestehe.¹⁰⁴⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Verfahrensleitung nur einschreiten, wenn sie Grund zur Annahme hat, dass die Rechtsvertretung gegen die Berufspflichten verstösst. Führt die Rechtsvertretung einen Prozess nämlich in einer Weise, die befürchten lässt, dass die Interessen der Mandantschaft nicht mehr genügend gewahrt sind, so wird dies eine Verletzung

¹⁰⁴⁰ BGE 143 III 10 = Pra 2017, Nr. 101, 988 ff., 993, E. 3.1; BGE 87 II 364, 368 f., E. 1; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 147; GUGGENHEIM, 91; MEICHSSNER, Diss., 196; RIES, 229; ZÜRCHER, 185.

¹⁰⁴¹ FELLMANN, Haftung, 45; MEICHSSNER, Diss., 196. Siehe zu Mandatsbeendigung und Substitution sogleich, Rz. 337 ff. hiernach, sowie zum Verbot zusätzlicher Honorarabreden Rz. 341 ff. hiernach.

¹⁰⁴² BGE 143 III 10 = Pra 2017, Nr. 101, 988 ff., 994, E. 3.2.1; BGE 124 I 185, 190, E. 3.b; FEIGENWINTER, 451; HANGARTNER, 1305; MEICHSSNER, Diss., 192; SG-Komm./STEINMANN, Art. 29 N 75; WUFFLI, Diss., 171; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 119 N 11. Anders noch BGE 34 II 407, 408 f., E. 1.

¹⁰⁴³ BGE 131 I 350, 360, E. 4.1; BGE 124 I 185, 190, E. 3.b; BGE 120 Ia 48, 51, E. 2.b.bb; BSK-StPO/RUCKSTUHL, Art. 134 N 11; MÜLLER/SCHEFER, 997; OBERHOLZER, Grundzüge, 156 f.; SK-StPO/LIEBER, Art. 134 N 14 ff.

¹⁰⁴⁴ BOHNET/MARTENET, 679; MEICHSSNER, Diss., 194 f.; a.A. WUFFLI, Diss., 171.

der Sorgfaltspflicht nach Art. 12 lit. a BGFA darstellen. In solchen Fällen unterstehen die Gerichts- und Verwaltungsbehörden aber auch bei freien Mandaten einer Meldepflicht.¹⁰⁴⁵

3. Mandatsbeendigung und Substitution

337 Das Auftragsrecht, und so auch das Mandatsverhältnis zwischen frei mandatierten Anwältin und Mandantschaft, ist vom zwingenden jederzeitigen Rücktrittsrecht beider Parteien geprägt.¹⁰⁴⁶ Infolge des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses der unentgeltlichen Rechtsvertretung zum Staat bedarf die Beendigung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung hingegen der Genehmigung durch die Verfahrensleitung.¹⁰⁴⁷ Im Bereich der amtlichen Verteidigung hält dies Art. 134 Abs. 2 StPO ausdrücklich fest.¹⁰⁴⁸ Obwohl im Zivilprozessrecht eine entsprechende ausdrückliche Gesetzesbestimmung fehlt, muss auch dort die Entlassung aus der unentgeltlichen Rechtsvertretung genehmigt werden.¹⁰⁴⁹

338 In freien Mandaten ist die Substitution nach Art. 398 Abs. 3 OR insbesondere in grösseren Anwaltskanzleien durchaus verbreitet.¹⁰⁵⁰ Dies ist etwa bei Krankheits- oder Ferienabwesenheiten sowie bei Mandaten mit Berührungspunkten zu mehreren Fachgebieten auch nicht nur nicht zu beanstanden, sondern durchaus

¹⁰⁴⁵ Art. 15 BGFA. Dazu Botschaft BGFA, 6059; BOHNET/MARTENET, 856 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 715; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 639, sowie die einschlägigen Kommentierungen im CR-LLCA sowie bei FELLMANN/ZINDEL.

¹⁰⁴⁶ Art. 404 Abs. 1 OR. Dazu BGE 115 II 464, 466, E. 2.a; BGE 109 II 462, 467, E. 3.e; BGE 98 II 305, 307, E. 2.a; BOHNET/MARTENET, 478; BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 404 N 9; FELLMANN, BK, Art. 404 N 104 ff.

¹⁰⁴⁷ OGer ZH, 21. April 1941, ZR 1942, Nr. 39, 113 ff., 114; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 50; MEICHSSNER, Diss., 195; SUTTER-SOMM, Rz. 686; WOLFFERS, 51.

¹⁰⁴⁸ BGE 131 I 217 = Pra 2006, Nr. 112, 768 ff., 771, E. 2.4; KGer BL, 200 06 473 vom 30. Mai 2006, E. 2.1; HANGARTNER, 1306; OBERHOLZER, Grundzüge, 145; SK-StPO/LIEBER, Art. 134 N 11.

¹⁰⁴⁹ BK-ZPO/BÜHLER, Art. 118 N 72; BRUNNER/HENN/KRIESI, 161; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 118 N 15; JOZIC/BOESCH, 37; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 118 N 9; WUFFLI/FUHRER, 188 f.

¹⁰⁵⁰ Vgl. FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1217; HONSELL, 348; zur Unterscheidung zwischen Substituten im auftragsrechtlichen Sinne und Hilfspersonen nach Art. 101 Abs. 1 OR siehe BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 398 N 3 f.; FELLMANN, BK, Art. 398 N 535 ff.; HUGUENIN, 1080 f.; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, 283.

sinnvoll.¹⁰⁵¹ Ebenfalls weit verbreitet ist es, gerade unentgeltliche Rechtsvertretungen von Rechtspraktikantinnen führen zu lassen.¹⁰⁵² Wie bei anderen Mandaten erscheint dies unproblematisch, soweit eine im Register eingetragene Anwältin diese weiterhin überwacht und für sie verantwortlich zeichnet. In einem solchen Fall ist eine gute Mandatsführung gewährleistet, und auch in der Haftung ergibt sich für die Mandantschaft kein Unterschied.¹⁰⁵³

Im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege bedarf jedoch auch die Substitution der Genehmigung der Verfahrensleitung.¹⁰⁵⁴ So ist es gemäss einem bundesgerichtlichen Leitentscheid aus dem Jahr 2015 zulässig, die Entschädigung einer als unentgeltlichen Rechtsvertretung eingesetzten Anwältin zu kürzen, wenn diese ihr Mandat während des Mutterschaftsurlaubs ohne Genehmigung an ihre ebenfalls patentierte Kollegin weitergibt.¹⁰⁵⁵ In der Lehre wird diese Auffassung bisweilen und berechtigterweise abgelehnt, da sie einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen unentgeltlichen und freien Mandaten gleichkomme.¹⁰⁵⁶ 339

¹⁰⁵¹ Bei Abwesenheitsvertretungen am selben Ort ist umstritten, ob es sich um Substituten oder Erfüllungsgehilfen handelt, dazu BGer 4A_407/2007 vom 14. März 2008, E. 3.2; OGer ZH, 1. April 1953, ZR 1953, Nr. 207, 352 ff.; BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 398 N 4; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, a.a.O.; WEBER, Praxis, 80. Missverständlich BK-ZPO/BÜHLER, Art. 118 N 77; WUFFLI, Diss., 183.

¹⁰⁵² Diese sind jedoch stets Hilfspersonen und keine Substituten, BGE 117 II 563 = Pra 1992, Nr. 185, 683 ff., 686; BSK-OR I/OSER/WEBER, Art. 398 N 4; BOHNET/MARTENET, 1070.

¹⁰⁵³ MEICHSSNER, Diss., 191; WUFFLI, Diss., 183. Rechtspraktikantinnen sind überdies in der Haftpflichtpolice der sie anstellenden Anwaltskanzlei mitversichert (FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 2888; SCHNYDER, 153).

¹⁰⁵⁴ BGE 141 I 70, 75, E. 6.2; BGer 1B_74/2008 vom 18. Juni 2008, E. 4; KassGer ZH, Beschlüsse vom 29. Dezember 2002 und 17. Februar 2003, ZR 2003, Nr. 37, 189 ff., 191, E. 4.c; MAIER/MÜHLEMANN, 770.

¹⁰⁵⁵ BGE 141 I 70, 77, E. 6.6, mit kritischer Anmerkung BOHNET, SZPP 2015, 315; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 118 N 76; BRUNNER/HENN/KRIESI, 160 f.

¹⁰⁵⁶ GUGGENHEIM, 90 f.; MEICHSSNER, Diss., 191; WUFFLI, Diss., 183.

F. Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung

1. Honorarschuldner und -gläubiger

340 Im Gegensatz zu einem freien Mandat ist die mittellose Prozesspartei zwar Auftraggeberin, nicht aber Honorarschuldnerin der unentgeltlichen Rechtsvertretung.¹⁰⁵⁷ Verpflichtet und haftbar ist vielmehr grundsätzlich der Staat, d.h. derjenige Kanton, vor dessen Gerichten das in Frage stehende Verfahren stattgefunden hat.¹⁰⁵⁸ Bei Verfahren vor den eidgenössischen Gerichten ist der Bund Honorarschuldner.¹⁰⁵⁹ Im Gegensatz zur Parteientschädigung handelt es sich beim Entschädigungsanspruch der unentgeltlichen Rechtsvertretung um eine öffentlich-rechtliche Forderung.¹⁰⁶⁰ Diese steht denn auch nicht der mittellosen Prozesspartei, sondern direkt der unentgeltlichen Vertretung zu.¹⁰⁶¹

2. Verbot zusätzlicher Honorare

341 Wer als unentgeltliche Rechtsvertretung oder als Officialverteidigung fungiert, darf mit der Mandantschaft keine zusätzliche private Honorarvereinbarung abschliessen.¹⁰⁶² Verstösse gegen dieses Verbot wurden traditionell als Verletzung

¹⁰⁵⁷ BGE 140 V 116, 121, E. 4; BGE 122 I 322, 325, E. 3.b; BGer 5D_45/2007 vom 5. Februar 2008, E. 1.3; KGer BL, 200 06 1223 vom 6. März 2007, E. 2; Leitfaden Amtliche Mandate ZH, 54, JOZIC/BOESCH, 52; MEICHSSNER, Diss., 199; WUFFLI, Diss., 172. Zum Rechtsverhältnis zwischen unentgeltlicher Vertretung, Mandantschaft und Staat siehe Rz. 334 f. hiervor.

¹⁰⁵⁸ Vgl. bereits den Wortlaut von Art. 122 lit. a ZPO. Dazu KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 122 N 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 271. Betreffend das Verhältnis zur Parteientschädigung siehe Rz. 348 f. hiernach.

¹⁰⁵⁹ Vgl. Art. 64 Abs. 2 BGG sowie Art. 65 Abs. 2 i.V.m. Art. 64 Abs. 2 und 4 VwVG. Dazu BSK-BGG/GEISER, Art. 64 N 36; SHK-BGG/SEILER, Art. 64 N 51.

¹⁰⁶⁰ BGer 5D_14/2017 vom 19. Juli 2017, E. 2.1; BGer 5A_209/2016 vom 12. Mai 2016, E. 2.1; BRUNNER/HENN/KRIESI, 161; MEICHSSNER, Diss., 199; RIES, 241; WUFFLI, Diss., 188.

¹⁰⁶¹ BGE 140 V 116, 121, E. 4; BGer 4D_24/2014 vom 14. Oktober 2014, E. 4.1; FREY, Anwaltsgebührentarif, 160; HÖCHLI, 25; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 270.

¹⁰⁶² BGE 122 I 322, 325, E. 3.b; 34 II 407, 409, E. 2; BGer 5D_45/2007 vom 5. Februar 2008, E. 1.3; BGer 2A.196/2005 vom 26. September 2005, E. 2.3; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 185, E. 3.3.3; *Chambre des avocats VD*, Nr. 25 vom 27. November 2017, zit. bei COURBAT, JdT 2018 III 210;

der anwaltlichen Sorgfaltspflicht gemäss Art. 12 lit. a BGFA qualifiziert.¹⁰⁶³ In der Lehre hat sich jedoch die Auffassung durchgesetzt, dass ein solcher Verstoss eher als eine Verletzung der Pflicht zur Übernahme von Pflichtmandaten gemäss Art. 12 lit. g BGFA anzusehen sei.¹⁰⁶⁴ Dieser Ansicht hat sich das Bundesgericht anschliessend zumindest implizit angeschlossen, indem es einen entsprechenden vorinstanzlichen Entscheid schützte, ohne Art. 12 lit. a BGFA zu erwähnen.¹⁰⁶⁵

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Argumentation zuzustimmen, wonach 342 Pflichtverletzungen nicht nach der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA zu ahnden seien, wenn sich diese einer anderen, konkreteren Berufspflicht zuordnen lassen.¹⁰⁶⁶ Allerdings gilt die Pflicht zur Annahme von Pflichtmandaten gemäss dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nur im eigenen Registerkanton. Die Annahme zusätzlicher Honorare ist jedoch nicht minder verboten, wenn die unentgeltliche Rechtsvertretung für ein ausserkantonales Verfahren eingesetzt wurde. Dementsprechend liegt nach der hier vertretenen Auffassung bei Verfahren im Registerkanton eine Verletzung von Art. 12 lit. g BGFA vor, während bei ausserkantonalen Verfahren Art. 12 lit. a BGFA zur Anwendung gelangen muss.¹⁰⁶⁷ Praktisch dürfte diese Unterscheidung keinen Unterschied machen, unterstehen doch alle Berufsregelverletzungen denselben Disziplinarsanktionen.¹⁰⁶⁸

BK-ZPO/BÜHLER, Art. 122 N 29 f.; BRUNNER/HENN/KRIESI, 92; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 478; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 9; WUFFLI, Diss., 197. Vgl. bereits BÜHLER, Diss., 105; USTERI, 309.

¹⁰⁶³ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 3. November 2005, ZR 2006, Nr. 14, 68 ff., 69; JOZIC/BOESCH, 54; MEICHSSNER, Diss., 199 f.; DERS., Jusletter, Rz. 60; WUFFLI, Diss., 197.

¹⁰⁶⁴ BRUNNER/HENN/KRIESI, 162; COURBAT, JdT2018III209; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 149b.

¹⁰⁶⁵ BGer 2C_952/2014 vom 9. Juli 2015, E. 3.2.1.

¹⁰⁶⁶ Vgl. BRUNNER/HENN/KRIESI, 84; CHAPPUIS/GURTNER, 48; CR-LLCA/VALTICOS, Art. 12 N 6; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 35b.

¹⁰⁶⁷ Vgl. BGer 2C_250/2021 vom 3. November 2021, E. 4. Diesbezüglich unklar *Commission du barreau GE*, Dossier 129/13 vom 8. Dezember 2014, zit. bei BOILLAT/COLLART, 325. Hier wurde die Rechnungsstellung unter Art. 12 lit. a BGFA subsumiert, wobei aus dem wiedergegebenen Sachverhalt nicht hervorgeht, ob es sich um ein Mandat innerhalb oder ausserhalb des Kantons Genf handelte.

¹⁰⁶⁸ Art. 17 Abs. 1 BGFA. Dazu BRUNNER/HENN/KRIESI, 251; CR-LLCA/BAUER/BAUER, Art. 17 N 10; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 721. Siehe zu den Disziplinarsanktionen Rz. 160 ff. hiervor.

- 343 Das Verbot zusätzlicher Honorarvereinbarungen ist auf diejenigen Bemühungen beschränkt, für welche die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde.¹⁰⁶⁹ Dementsprechend bleiben «[i]nsbesondere prozessfremde Bemühungen, wie beispielsweise Vergleichsverhandlungen, die geführt wurden, bevor der Entschluss zur Prozessführung gefasst und bevor ein Rechtsanwalt als unentgeltlicher Rechtsvertreter in Aussicht genommen wurde», vom Verbot zusätzlicher Honorare unberührt und sind separat zu entschädigen.¹⁰⁷⁰ Daher ist bei «zusammengestrichenen» Honorarnoten unentgeltlicher Rechtsvertretungen danach zu unterscheiden, ob die geltend gemachten Positionen im Kostenentscheid dem Grundsatz nach anerkannt wurden oder nicht. Wird etwa für eine Eingabe nur die Hälfte der geltend gemachten Stunden anerkannt, so kann die andere Hälfte nicht der Mandantschaft in Rechnung gestellt werden. Wird demgegenüber zum Beispiel die Führung einer ausserprozessualen Vergleichsverhandlung gar nicht entschädigt, weil prozessfremd, so hat die Mandantschaft hierfür Honorar zu entrichten.

3. Reduzierte Ansätze

- 344 Zwar hat die höchstrichterliche Rechtsprechung bereits 1887 einen bundesrechtlichen Anspruch mittelloser Personen auf unentgeltliche Rechtspflege geschaffen.¹⁰⁷¹ Dennoch sahen mehrere Kantone bis weit ins 20. Jahrhundert gar keinen Anspruch auf Entschädigung für unentgeltliche Rechtsvertretungen vor.¹⁰⁷² In gewisser Weise als Fortsetzung dieser Tradition sieht es das Bundesgericht in konstanter Praxis als zulässig an, die Entschädigung für die unentgeltliche Rechtsprechung mitunter deutlich

¹⁰⁶⁹ FELLMANN/SIDLER, 77; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 149c; GUGGENHEIM, 96; MEICHSSNER, Diss., 200; RIES, 248.

¹⁰⁷⁰ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG140013 vom 5. Februar 2015, zit. bei BRUNNER/HENN/KRIESI, 92; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 3. November 2005, ZR 2006, Nr. 14, 68 ff., 69; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, a.a.O.; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 55.

¹⁰⁷¹ BGE 125 V 32, 34 f., E. 4.a; BGE 112 Ia 14, 15, E. 3.a; BGE 13, 251, 254 f., E. 3; BK-ZPO/BÜHLER, Vor Art. 117 N 4a; BOHNET, *procédure*, 173; BOHNET/MARTENET, 690; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 117 N 3; BSK-BV/WALDMANN, Art. 29 N 60; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 117 N 1; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, 524; MÜLLER/SCHEFER, 893; SALZMANN, 302; SG-Komm./STEINMANN, Art. 29 N 63 f. Siehe dazu Rz. 315 hiervor.

¹⁰⁷² BGE 132 I 201, 206, E. 7.3; BOHNET/MARTENET, 678; FEIGENWINTER, 455 f.; HANGARTNER, 1304; ZÜRCHER, 180 f., m.w.H.

tiefer anzusetzen als die Parteientschädigung.¹⁰⁷³ Bei der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts hat der Gesetzgeber trotz berechtigter Kritik in der Lehre bewusst auf eine volle Entschädigungspflicht verzichtet, insbesondere, um den Kantonen keine Mehrkosten zu verursachen.¹⁰⁷⁴ Von dieser Möglichkeit wird auch weidlich Gebrauch gemacht, zumal die Festlegung sowohl der Parteientschädigung als auch der Entschädigung für unentgeltliche Rechtsvertretungen seit jeher Sache der Kantone ist.¹⁰⁷⁵

Immerhin gebietet das Verfassungsrecht nach aktueller Rechtsprechung, dass mit unentgeltlichen Vertretungen über die blossе Kostendeckung hinaus ein geringer, aber nicht bloss symbolischer Gewinn erwirtschaftet werden kann.¹⁰⁷⁶ Diese verfassungsrechtliche Untergrenze liegt derzeit im schweizerischen Durchschnitt bei rund CHF 180.00 pro effektiv geleistete und notwendige Aufwandsstunde, zuzüglich Mehrwertsteuer.¹⁰⁷⁷ Bei der Festsetzung der Entschädigung sind gewisse Pauschalisierungen jedoch zulässig und eine «*systematische Kontrollrechnung*» nicht erforderlich, sodass auch Entschädigungen zugesprochen werden können, die im Ergebnis unter dem vorgenannten Ansatz zu liegen kommen.¹⁰⁷⁸ 345

¹⁰⁷³ Botschaft ZPO, 7304; BGE 137 III 185 = Pra 2011, Nr. 89, 632 ff., 637 ff., E. 5.2 f.; BGer 5D_14/2017 vom 19. Juli 2017, E. 2.1; BGer 5A_209/2016 vom 12. Mai 2016, E. 2.1; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 185, E. 3.3.3; FELLMANN/SIDLER, 77.

¹⁰⁷⁴ Botschaft ZPO, 7304; Vernehmlassungsbericht ZPO, 8; vgl. aber noch Art. 107 Abs. 3 VE-ZPO. Kritisch BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 122 N 6; HANGARTNER, 1306 f.; MEICHSSNER, Diss., 206 f.; SALZMANN, 305; WOLFFERS, 165.

¹⁰⁷⁵ BGE 137 III 185 = Pra 2011, Nr. 89, 632 ff., 634, E. 2; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 186, E. 3.3.4; BRUNNER/HENN/KRIESI, 161 f.; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 122 N 4; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 910. Eine Übersicht einiger kantonaler Regelungen findet sich bei WUFFLI, Diss., 193 f. Zur Festsetzung der Parteientschädigung siehe Rz. 305 ff. hiervor.

¹⁰⁷⁶ BGE 141 I 124, 127, E. 3.2; BGE 132 I 201, 217, E. 8.6; FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 122 N 143; PC-CPC/COLOMBINI, Art. 122 N 14; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 270.

¹⁰⁷⁷ Vgl. z.B. BGE 137 III 185 = Pra 2011, Nr. 89, 632 ff., 635 ff., E. 5.1; 5D_213/2015 vom 8. März 2016, E. 7.1.2; BGer 5A_157/2015 vom 12. November 2015, E. 3.2.2; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 186, E. 3.3.3.

¹⁰⁷⁸ BGE 143 IV 453, 455, E. 2.5.1; BGer 5D_62/2016 vom 1. Juli 2016, E. 4.2; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 186, E. 3.3.3; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 122 N 6; PC-CPC/COLOMBINI, Art. 122 N 13; WUFFLI, Diss., 198 f.

4. Zeitliche Aspekte

- 346 Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wirkt grundsätzlich *ex nunc* ab dem Zeitpunkt der Gesuchstellung, eine Rückwirkung ist nicht vorgesehen.¹⁰⁷⁹ Da die unentgeltliche Rechtspflege also möglichst früh beantragt werden sollte, kann das Gesuch sogar schon vor Eintritt der Rechtshängigkeit eingereicht werden.¹⁰⁸⁰ Wie bereits vorstehend erwähnt, wird das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in der Regel mit der ersten Eingabe an die betreffende Instanz gestellt.¹⁰⁸¹ In diesem Fall werden auch die Bemühungen für die Ausarbeitung dieser ersten Eingabe und des Gesuchs entschädigt.¹⁰⁸²
- 347 Während bei freien Mandaten Kostenvorschüsse einverlangt werden können, ist die unentgeltliche Rechtsvertretung grundsätzlich vorleistungspflichtig.¹⁰⁸³ Dies ist insofern weniger problematisch, als ab der Einsetzung als unentgeltliche Vertretung gegenüber dem Staat kein Inkassorisiko besteht. Die Anwältin kann sich also sicher sein, dass sie nach Mandatsabschluss oder Abberufung vom Staat eine Entschädigung erhält. Allerdings können sich bei länger andauernden unentgeltlichen Vertretungen Liquiditätsprobleme stellen. Deshalb sehen manche Kantone in ihren Tarifen unter bestimmten Voraussetzungen explizit Akontozahlungen für unentgeltliche

¹⁰⁷⁹ BGE 122 I 203, 205, E. 2.c; BGE 122 I 322, 326, E. 3.b; BGE 120 Ia 14, 17, E. 3.f; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 119 N 126 f; BSK-BV/WALDMANN, Art. 29 N 74; GUGGENHEIM, 96; MEICHSSNER, Diss., 167 f.; WUFFLI/FUHRER, 257 f.

¹⁰⁸⁰ Art. 119 Abs. 1 ZPO. Vgl. BK-ZPO/BÜHLER, Art. 119 N 80 ff.; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 119 N 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 266; SUTTER-SOMM, Rz. 687.

¹⁰⁸¹ BK-ZPO/BÜHLER, Art. 119 N 84; CR-CPC/TAPPY, Art. 119 N 4; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 118 N 8; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 266; WUFFLI, Diss., 285; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 119 N 2. Siehe dazu Rz. 329 hiavor.

¹⁰⁸² BGE 140 III 501, 510, E. 4.3.2; BGE 117 Ia 22 = Pra 1993, Nr. 23, 77 ff., 80, E. 4.e; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 119 N 151; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 119 N 30; MEICHSSNER, Diss., 168; RIES, 156; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 270; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 9; WUFFLI, Diss., 195 f.

¹⁰⁸³ KGer BL, 200 06 1223 vom 6. März 2007, E. 2; WUFFLI/FUHRER, 201. Siehe zum Thema Kostenvorschüsse Rz. 280 ff. hiavor.

Rechtsvertretungen vor.¹⁰⁸⁴ Mit guten Gründen wird ein derartiger Anspruch direkt gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV auch in den übrigen Kantonen gefordert.¹⁰⁸⁵ Soweit ersichtlich ist die Rechtsprechung auf diese Kritik jedoch bisher nicht eingegangen.¹⁰⁸⁶

5. Verhältnis zur Parteientschädigung

Nach der allgemeinen Regel erhält die in einem Prozess obsiegende Partei von ihrem Prozessgegner eine Parteientschädigung zugesprochen.¹⁰⁸⁷ Dies gilt auch, wenn der obsiegenden Partei die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden ist.¹⁰⁸⁸ Daher stehen bei Obsiegen der mittellosen Prozesspartei also zwei Entschädigungsforderungen im Raum: die Parteientschädigung zu Lasten der Prozessgegnerin und die Entschädigungsforderung gegenüber dem Staat. Es stellt sich somit die Frage, in welchem Verhältnis diese beiden Ansprüche zueinander stehen.

Aus Art. 122 ZPO ergibt sich, dass die unentgeltliche Rechtsvertretung wenn möglich mit der Parteientschädigung bezahlt werden soll.¹⁰⁸⁹ Deshalb ist es nach Lehre und Rechtsprechung zulässig, die Parteientschädigung direkt der unentgeltlichen Vertretung zuzusprechen, auch wenn dafür keine explizite Gesetzesgrundlage besteht.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁴ Vgl. z.B. § 23 Abs. 3 AnwGebV-ZH; § 25 Abs. 4 HoR-BS; Leitfaden Amtliche Mandate ZH, 55 f.; Richtlinien SG, Ziff. 6; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 122 N 25.

¹⁰⁸⁵ BK-ZPO/BÜHLER, Art. 122 N 27 f.; RIES, 243 f.; WUFFLI, Diss., 196 f.

¹⁰⁸⁶ Vgl. KGer BL, 200 06 1223 vom 6. März 2007, E. 4; SPÜHLER, 260; WUFFLI/FUHRER, 201.

¹⁰⁸⁷ Art. 106 ZPO. Dazu AUER/MÜLLER/SCHINDLER/BEUSCH, Art. 64 N 1; BK-ZPO/STERCHI, Art. 106 N 2; KuKo-ZPO/SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 1; MÜLLER, 268; MÜLLER/OBRIST/ODERMATT, 981; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 10; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, 407 f. Siehe ferner Rz. 303 hiervor.

¹⁰⁸⁸ OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 183, E. 3.3.1; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 122 N 1; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 122 N 2; SHK-ZPO/KÖCHLI, Art. 122 N 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 270; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 122 N 1.

¹⁰⁸⁹ Vgl. BGE 140 III 501, 505, E. 2; BGer 4A_171/2017 vom 26. September 2017, E. 1.1; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 185, E. 3.3.3; HÖCHLI, 24 f.; MEICHSSNER, Diss., 203; RIES, 239 f.

¹⁰⁹⁰ BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014, E. 5; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 184, E. 3.3.2; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 122 N 59; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 122 N 19; FEIGENWINTER, 455; GASSER/RICKLI, Art. 122 N 5; HÖCHLI, 25; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 122 N 5; MEICHSSNER, Diss., 200 f.; OFK-ZPO/MOHS, Art. 122 N 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 272; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 122 N 12; a.A. BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 122 N 4. Siehe dazu ferner Rz. 309 hiervor.

Nur wenn die unentgeltlich prozessierende Partei, etwa infolge Unterliegens im Prozess, keine Parteientschädigung zugesprochen erhält oder wenn diese nicht einbringlich ist, entschädigt der Staat die unentgeltliche Rechtsvertretung nach üblicherweise reduzierten Ansätzen.¹⁰⁹¹ Bei teilweisem Obsiegen erhält die Anwältin nebst der anteiligen Parteientschädigung auch eine proportionale staatliche Entschädigung.¹⁰⁹²

6. Entscheid und Rechtsmittel

- 350 Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung wird am Ende des Verfahrens im Kostenentscheid festgelegt.¹⁰⁹³ Es handelt sich also um einen anderen Entscheid als denjenigen über die Einsetzung der unentgeltlichen Vertretung, welcher grundsätzlich zu Beginn des Hauptsacheverfahrens gefällt wird. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, den Festsetzungsentscheid nicht oder nur summarisch zu begründen. Dies gilt selbst dann, wenn die Vertretung eine Kostennote eingereicht hat und das Gericht davon abweicht, solange der festgesetzte Betrag der kantonalen Praxis entspricht.¹⁰⁹⁴ Demgegenüber wird eine Honorarnote im Kanton Basel-Stadt nur dann gekürzt, wenn die Anwältin die Gelegenheit hatte, diese durch Einreichung einer Deservitenkarte detailliert zu begründen, und der geltend gemachte Aufwand objektiv zu hoch erscheint.¹⁰⁹⁵

¹⁰⁹¹ Art. 122 Abs. 2 ZPO. Dazu OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 185, E. 3.3.3; JENT-SØRENSEN/WEBER, 470; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 319 f.; SG-Komm./STEINMANN, Art. 29 N 75; SPÜHLER, 261 f.; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 8; WUFFLI, Diss., 199 ff. Siehe zur Problematik der geringeren Vergütungsansätze Rz. 344 f. hiavor.

¹⁰⁹² BGE 124 V 301, 309 E. 6; BGer 5P.342/2006 vom 27. November 2006, E. 2.3; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 122 N 1d; MEICHSSNER, Diss., 201; RIES, 238 f.; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 122 N 4.

¹⁰⁹³ BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 122 N 8. Anders offenbar auch heute noch die Praxis im Kanton Zürich, wo die Kostennote erst nach Abschluss des Verfahrens eingereicht wird (OGer ZH, KD170005 vom 2. November 2017, E. 1.1; JENT-SØRENSEN/WEBER, 470).

¹⁰⁹⁴ BGer 8C_425/2012 vom 18. September 2012, E. 6.2; BGer 4D_102/2011 vom 12. März 2012, E. 4.2; BStGer, Verfügung BB.2014.72 vom 18. Juli 2014, E. 5.2; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 122 N 37. Vgl. aber BGer 6B_464/2007 vom 12. November 2007, E. 2.1; WEISSENBERGER, 226 (Fn. 26), m.w.H. Für eine weitergehende Begründungspflicht WUFFLI, Diss., 201.

¹⁰⁹⁵ AppGer BS, Urteil vom 1. November 2004, BJM 2006, 274 ff., 275 f., E. 3; AppGer BS, Urteil vom 16. November 1987, BJM 1989, 33 ff., 34, E. 2.b; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 122 N 6. In diesem Sinne auch MEICHSSNER, Diss., 206.

Der Kostenentscheid, und damit auch die Festsetzung der Entschädigung für die unentgeltliche Rechtsvertretung, ist mit Beschwerde anfechtbar.¹⁰⁹⁶ Nach richtiger Auffassung beträgt die Beschwerdefrist 30 und nicht zehn Tage.¹⁰⁹⁷ Da die Bemessung der Entschädigung wie gesehen in kantonaler Kompetenz liegt, schreitet das Bundesgericht nur bei Willkür oder Verletzung der verfassungsrechtlichen Schranken ein, insbesondere bei Unterschreitung der Minimalbeträge.¹⁰⁹⁸ Zur Beschwerde legitimiert ist primär die unentgeltliche Rechtsvertretung als Trägerin des Entschädigungsanspruchs.¹⁰⁹⁹ Obsiegt sie im Beschwerdeverfahren, so hat sie hierfür bemerkenswerterweise auch dann Anspruch auf eine Parteientschädigung, wenn sie das Verfahren – wie üblich – selbst geführt hat.¹¹⁰⁰

Als schwieriger erweist sich die Frage, ob die unentgeltlich vertretene Partei beschwerdeberechtigt ist. Gewiss hat die unentgeltlich prozessierende Partei kein eigenes Interesse an der Erhöhung der Entschädigung ihrer Vertretung.¹¹⁰¹ Kommt sie aber binnen zehn Jahren seit Abschluss des Verfahrens wieder zu Einkommen und/oder Vermögen, so muss sie auch die Entschädigung der Vertretung

¹⁰⁹⁶ Art. 110 ZPO. Dazu Botschaft ZPO, 7299; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 122 N 8; CR-CPC/TAPPY, Art. 122 N 21; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 306; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 258; STEINER, 97 f.

¹⁰⁹⁷ Art. 321 Abs. 1 und nicht Abs. 2 ZPO. Dazu KGer BL, 410 13 190 vom 23. September 2013, BJM 2014, 53 ff., 53 f., E. 1.2; KGer SG, BE. 2012.42 vom 27. September 2012, E. 2; STEINER, 183 f.; anders OGer ZH, PC160045 vom 21. Februar 2017, E. 2.2; OGer SO, ZKBES.2012.149 vom 21. Dezember 2012, E. 1.b, SOG 2012, Nr. 6, 38 f., 38, E. 1.b; OGer ZH, PC110002 vom 8. November 2011, ZR 2012, Nr. 53, 161 f., 161, E. 3; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 122 N 42; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 122 N 27.

¹⁰⁹⁸ BGE 132 I 201, 216, E. 8.5; BGer 5A_39/2014 vom 12. Mai 2014, E. 1.2 (nicht publiziert in BGE 140 III 167); BGer 5D_15/2012 vom 28. März 2012, E. 5.2; BGer 4D_102/2011, vom 12. März 2012, E. 7.1; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 122 N 38; MEICHSSNER, Diss., 205; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 122 N 8.

¹⁰⁹⁹ BGE 131 V 155, E. 1; BGer 4A_511/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 1.3; AppGer BS, Urteil vom 15. Juli 1999, BJM 2002, 107 ff., 107, E. 1.a; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 122 N 46; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 271; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 122 N 8. Zur Gläubigerstellung der unentgeltlichen Vertretung siehe Rz. 340 hiavor.

¹¹⁰⁰ BGE 125 II 518, 520, E. 5.b; BGer 6B_493/2007 vom 22. November 2007, E. 3; KGer BL, 410 18 293 vom 22. Januar 2019, E. 8; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 122 N 49; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/HUBER, Art. 122 N 27; MEICHSSNER, Diss., 202; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 271; siehe zum Prozessieren in eigener Sache Rz. 434 ff. hiernach.

¹¹⁰¹ BGer 4D_24/2014 vom 14. Oktober 2014, E. 4.1; STEINER, 363.

nachzahlen.¹¹⁰² Deshalb ist die unentgeltlich vertretene Prozesspartei jedenfalls mittelbar daran interessiert, dass die Entschädigung nicht zu hoch angesetzt wird.¹¹⁰³ Nach herrschender Lehre sowie einigen vor der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts ergangenen Entscheiden kann die unentgeltlich vertretene Partei die Herabsetzung der Entschädigung auf dem Beschwerdeweg geltend machen.¹¹⁰⁴ Wer eine derartige Beschwerde führen möchte, sieht sich jedoch enormen praktischen Schwierigkeiten entgegen: Die Anwältin, welche die Mandantschaft im Hauptsacheverfahren vertreten hat, befindet sich klarerweise in einem Interessenkonflikt, da es um ihr eigenes Honorar geht.¹¹⁰⁵ Die Mandantschaft wird sich also eine andere, höchstwahrscheinlich ebenfalls unentgeltliche Vertretung suchen müssen. Diese wiederum muss sich innert einer unerstreckbaren Beschwerdefrist genügend in das Dossier einarbeiten, um vor der Beschwerdeinstanz gegen einen Kollegen eine Rechtsverletzung schriftlich und substantiiert zu begründen.¹¹⁰⁶ Wohl deshalb und weil sich die öffentliche Hand bei der Entschädigung unentgeltlicher Vertretungen aus fiskalischem Eigeninteresse ohnehin nicht eben grosszügig zeigt, dürfte die praktische Relevanz derartiger Beschwerden auch künftig vernachlässigbar bleiben.¹¹⁰⁷

¹¹⁰² Art. 123 ZPO. Vgl. dazu beispielsweise Botschaft ZPO, 7304; BGE 138 II 506, 507 f., E. 1; JOZIC/BOESCH, 56; MEICHSSNER, Diss., 161 ff.; SUTTER-SOMM, Rz. 683; WUFFLI, Diss., 387 ff. Siehe dazu auch Rz. 317 f. hiervor.

¹¹⁰³ Vgl. BGE 139 IV 199, 200 f., E. 2. Anders jedoch BGer 1A.43/2006 vom 6. April 2006, E. 4.1, wonach eine zu geringe Entschädigung eine wirksame Vertretung gefährden könne.

¹¹⁰⁴ BGE 129 I 65, 67, E. 2.3 (*obiter dictum*, da die Entschädigung *i.c.* von Amtes wegen herabgesetzt worden war); Appellationshof BE, 26. Mai 1988, ZBJV 1989, 111 ff., 112 f., E. 3; BK-ZPO/BÜHLER, Art. 122 N 47; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 122 N 8; JENT-SØRENSEN/WEBER, 471; KuKo-ZPO/JENT-SØRENSEN, Art. 121 N 5; MEICHSSNER, Diss., 202; RIES, 246 f.; WUFFLI/FUHRER, 341; ZK-ZPO/EMMEL, Art. 122 N 8; a.A. OGer ZH, KD170005 vom 2. November 2017, E. 3.2; SG-Komm./STEINMANN, Art. 29 N 75; SPÜHLER, 261 f.

¹¹⁰⁵ BGE 129 I 65, 67, E. 2.3; JENT-SØRENSEN/WEBER, 470 f.

¹¹⁰⁶ Zur beschränkten Kognition der Rechtsmittelinstanz siehe Rz. 351 hiervor.

¹¹⁰⁷ Zur Problematik der reduzierten Entschädigungen siehe Rz. 344 f. hiervor.

3. Teil: Honorarstreitigkeiten und Durchsetzung des Honoraranspruchs

I. Honorarstreitigkeiten

A. Allgemeines

Wie vorstehend erörtert, stellt der anwaltliche Honoraranspruch eine Forderung 353 der Beauftragten gegen die Auftraggeberin dar.¹¹⁰⁸ Diese muss wie alle anderen vertraglichen Ansprüche vor den regulären Zivilgerichten bzw. auf dem Betreuungsweg durchgesetzt werden. Allerdings bestehen in der speziellen Situation, in welcher sich eine Anwältin und ihre vormalige Mandantschaft als Prozessgegnerinnen gegenüberstehen, gewisse Besonderheiten, welche im Rahmen der vorliegenden Arbeit noch genauer erörtert werden.¹¹⁰⁹ Vorher soll jedoch auf gewisse Institute eingegangen werden, die es nur im Zusammenhang mit Streitigkeiten über das Anwaltshonorar gibt. So kennen auch heute noch einige Kantone ein eigenes staatliches sogenanntes Moderationsverfahren, mit welchem die Angemessenheit von Honorarforderungen im Lichte kantonalrechtlicher Vorgaben geprüft wird.¹¹¹⁰ Ähnliche Institutionen stellen auf der Grundlage des Verbands- bzw. Standesrechts einige kantonale Anwaltsverbände zur Verfügung.¹¹¹¹ Abschliessend stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang die für die Einhaltung der Berufspflichten zuständigen Aufsichtsbehörden Honorarstreitigkeiten beurteilen können und sollen.¹¹¹²

¹¹⁰⁸ Zur Entstehung der Honorarforderung siehe Rz. 14 ff. hiervor, zur Fälligkeit siehe Rz. 276 ff. hiervor.

¹¹⁰⁹ Siehe Rz. 426 ff. hiernach.

¹¹¹⁰ Siehe Rz. 354 ff. hiernach.

¹¹¹¹ Siehe Rz. 400 ff. hiernach.

¹¹¹² Siehe Rz. 458 ff. hiernach.

B. Das staatliche Moderationsverfahren

1. Begriff und Anwendungsbereich

354 Da vor der Jahrtausendwende in vielen Kantonen der Gesetzgeber die Höhe von Anwaltshonoraren mehr oder weniger verbindlich vorgab, musste die Einhaltung dieser Vorgaben konsequenterweise auch staatlich kontrolliert und durchgesetzt werden können.¹¹¹³ Eine entsprechend weite Verbreitung fanden somit auch kantonrechtliche Bestimmungen, die ein hierzu dienendes meist verwaltungsrechtliches Verfahren vorsahen.¹¹¹⁴ Inzwischen sind aber die staatlichen Zwangstarife abgeschafft,¹¹¹⁵ die Berufsregeln der Anwältinnen und Anwälte abschliessend in Art. 12 und 13 BGFA aufgezählt und das Zivilprozessrecht schweizweit vereinheitlicht worden. Dennoch haben sich die in der vorliegenden Arbeit als «*staatliche Moderationsverfahren*»¹¹¹⁶ bezeichneten Institute in der Anwaltsgesetzgebung einiger Kantone bis zum heutigen Tag halten können,¹¹¹⁷ wengleich solche Verfahren in den betreffenden Kantonen offenbar nur noch selten geführt werden.¹¹¹⁸

¹¹¹³ Ratschlag Adv-GBS, 13 f.; HÖCHLI, 106 ff.; STAEHELIN/SUTTER, 187 f.

¹¹¹⁴ DUBACH, 58a; vgl. zur Ausgestaltung in den einzelnen Kantonen BACHTLER, *passim* (ZH); KOCHER, 227 ff. (AG); STERCHI, Komm. aFG-BE, 128 ff. (BE). Selbst für die vor dem Bundesgericht prozessierenden Anwältinnen sah Art. 161 aOG ein Moderationsverfahren vor, welches mit dem Inkrafttreten des BGG abgeschafft wurde (siehe dazu Botschaft Justizreform, 4293; DIAGNE, 66 f.; FICK, 21 ff.). Illustrativ Ratschlag Adv-GBS, 14.

¹¹¹⁵ Vgl. BGer 4A_343/2007 vom 26. März 2009, E. 2.2.2; BGer 4P.94/2003 vom 11. Juli 2003, E. 1.1; BOHNET, *fixation*, 5, sowie FRIGERIO, 218 f., betreffend die Situation im Kanton Tessin.

¹¹¹⁶ Die Kantone St. Gallen und Appenzell-Ausserrhoden sprechen in ihren Gesetzen von einer Begutachtung der Honorarforderungen, während Obwalden das Verfahren als Überprüfung der Honorare bezeichnet. Die Kantone Zug, Uri und Waadt verwenden ebenfalls den Begriff des Moderationsverfahrens, genauso wie vormalig der Kanton Zürich (BACHTLER, 313).

¹¹¹⁷ Dies betrifft die Kantone Uri (Art. 16 Abs. 2 lit. b GGVO-UR), Obwalden (Art. 10 Abs. 1 AnwG-OW), Zug (§ 11 Abs. 1 EG BGFA-ZG), St. Gallen (Art. 32 Abs. 1 AnwG-SG), die beiden Appenzell (Art. 9 Abs. 2 AnwG-AI; Art. 19 AnwG-AR), Waadt (Art. 49–51 LPAv-VD) und Genf (Art. 36–40 LPAv-GE).

¹¹¹⁸ DIAGNE, 1.

Zunächst muss das staatliche Moderationsverfahren vom «*ordentlichen*»¹¹¹⁹ Zivilprozess abgegrenzt werden, in dessen Rahmen über Bestand, Höhe und Durchsetzbarkeit der in Frage stehenden Forderungen entschieden wird.¹¹²⁰ Obwohl diese Unterscheidung schon früher bestand,¹¹²¹ dürfte sie seit Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung an Brisanz gewonnen haben. So verzichteten vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung einige Westschweizer Kantone auf diese Unterscheidung, indem sie die Zuständigkeit der Moderationsbehörde in umfassender Weise auf Bestand, Höhe und Fälligkeit der Honorarforderung ausdehnten.¹¹²² Da es sich bei diesen Fragen um streitige zivilrechtliche Angelegenheiten i.S.v. Art. 1 lit. a ZPO handelt, mussten die betroffenen Kantone diese «*erweiterten Moderationsverfahren*» jedoch inzwischen abschaffen.¹¹²³

Ebenfalls nicht zu verwechseln ist das staatliche Moderationsverfahren mit den nachstehend zu erörternden verbandsinternen Moderationsverfahren.¹¹²⁴ Wie dort aufzuzeigen sein wird, begründen die Moderationsorgane der kantonalen Verbände ihre Autorität mit der vereinsrechtlichen Selbstverpflichtung der Anwältin, die standesrechtlichen Pflichten einzuhalten und sich am Moderationsverfahren des jeweiligen Kantonalverbandes zu beteiligen. Die Rechtsgrundlage für das in diesem Abschnitt behandelte Verfahren findet sich hingegen im kantonalen öffentlichen Recht.¹¹²⁵ Der persönliche Geltungsbereich des staatlichen Moderationsverfahrens ist also nicht auf die Mitglieder eines bestimmten kantonalen Anwaltsverbandes beschränkt.¹¹²⁶

¹¹¹⁹ Im vorliegenden Kontext werden – etwas unpräzise – unter dem ordentlichen Zivilprozess zur Unterstreichung der Unterschiede nicht nur das Verfahren nach Art. 219 ff. ZPO verstanden, sondern sämtliche Zivilprozesse. Die französischsprachige Literatur verwendet hierfür den treffenderen Begriff der «*procédure au fond*», vgl. z.B. DIAGNE, 48 ff.

¹¹²⁰ DIAGNE, 48 ff.

¹¹²¹ Vgl. BÜHLER, Diss., 127; HÖCHLI, 105 ff.; ZÜRCHER, 131 ff.

¹¹²² Betroffen waren gemäss DIAGNE (50) offenbar (zumindest) die Kantone Freiburg und Neuenburg (vgl. dazu auch HÖCHLI, 109).

¹¹²³ DIAGNE (49 f.) verwendet hierfür den Begriff einer «*notion extensive de la procédure de modération*».

¹¹²⁴ Siehe Rz. 400 ff. hiernach.

¹¹²⁵ BOHNET/MARTENET, 1183.

¹¹²⁶ Vgl. COURBAT, JdT 2018 III 225 f.

357 Nicht zuletzt sei daran erinnert, dass im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege und der amtlichen Verteidigung die Anwalts honorare von vornherein im Rahmen des Hauptsacheverfahrens von Amtes wegen festgesetzt werden.¹¹²⁷ Einem separaten Moderationsverfahren sind die Vergütungen der amtlichen Verteidigung oder der unentgeltlichen Rechtsvertretung daher nicht zugänglich.¹¹²⁸ Zur Überprüfung der Entschädigung der amtlichen Verteidigung oder der unentgeltlichen Rechtsvertretung stehen grundsätzlich die Rechtsmittel des auf das Hauptsacheverfahren anwendbaren Prozessrechts zur Verfügung.¹¹²⁹

2. Rechtsgrundlage

358 Bis vor rund 20 Jahren bestanden auf Bundesebene weder zum Zivilprozessrecht noch zum anwaltlichen Berufsrecht gemeinsame Vorschriften. Aufgrund der damals umfassenden kantonalen Kompetenz im Verfahrensrecht und der Gerichtsorganisation waren den Kantonen bei der Ausgestaltung ihrer staatlichen Moderationsverfahren somit praktisch keine Schranken gesetzt.¹¹³⁰ Das Inkrafttreten des BGFA im Jahr 2002 brachte die Einführung einer vom Bundesrecht vorgegebenen, abschliessenden Liste von Berufsregeln mit sich.¹¹³¹

359 Ursprünglich wäre auch im BGFA eine Verpflichtung der Kantone vorgesehen gewesen, Empfehlungen über die Honorarhöhe zu erlassen und ein staatliches Moderationsverfahren einzurichten.¹¹³² Im Vernehmlassungsverfahren zeigte sich aber, dass die Ansichten hinsichtlich der Honorarempfehlungen zu weit auseinandergingen, als dass ein bundesweiter gesetzlicher Rahmen politisch umsetzbar gewesen wäre.¹¹³³ Das staatliche Moderationsverfahren wurde unter anderem deshalb abgelehnt, weil völlig unklar sei, *«ob es sich beim Entscheid der zuständigen*

¹¹²⁷ Siehe Rz. 350 hiavor. Der besseren Unterscheidbarkeit halber wird das Verfahren, welches die Anwältin für die Mandantschaft geführt hat, im Nachfolgenden als das *«Hauptsacheverfahren»* bezeichnet. Die Bemühungen im Hauptsacheverfahren führen erst zur Entstehung der Honorarforderung, die Gegenstand des Moderationsverfahrens werden kann. Die zivilrechtliche Durchsetzung der (gegebenenfalls moderierten) Honorarforderung erfolgt dann im ordentlichen Zivilprozess.

¹¹²⁸ Vgl. HÖCHLI, 111.

¹¹²⁹ Siehe dazu Rz. 351 f. hiavor.

¹¹³⁰ BGE 112 Ia 25, 27 f., E. 1.c.aa; BÜHLER, Diss., 127 f.; HÖCHLI, 109.

¹¹³¹ Botschaft BGFA, 6039; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 643.

¹¹³² Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 VE-BGFA. Dazu Erläuternder Bericht BGFA, 43 f.

¹¹³³ Botschaft BGFA, 6040 f.

*Behörde um einen zivilprozessualen Entscheid oder um eine verwaltungsrechtliche Verfügung» handle.*¹¹³⁴ Zudem sei das Verfahren unnötig, da der Entscheid keinen Rechtsöffnungstitel darstelle.¹¹³⁵ Deshalb enthielt der Entwurf mit Ausnahme der Aufklärungspflicht und des teilweisen Erfolgshonorarverbots keine Vorschriften zum Anwaltshonorar oder dessen Überprüfung mehr.¹¹³⁶ Die Festsetzung der Anwaltshonorare verblieb in kantonaler Kompetenz.¹¹³⁷

Gemeinsam mit der Verfassungsgrundlage für die Justizreform wurde dem Bund ab 1. Januar 2007 auch die Kompetenz für die Regelung des Zivilprozessrechts eingeräumt.¹¹³⁸ Die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung enthält eine grundsätzlich umfassende Regelung betreffend das Verfahren zur Beurteilung streitiger Zivilsachen vor kantonalen Gerichten (Art. 1 lit. a ZPO), weshalb die Kantone nur noch in Bereichen legiferieren dürfen, in welchen ihnen das Bundesrecht dies gestattet.¹¹³⁹ 360

Im Moderationsverfahren wird über *«die zivilrechtlichen Folgen einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift»* – nämlich des massgebenden Gebührentarifs – entschieden.¹¹⁴⁰ Der Moderationsentscheid kommt insofern einem *«(Teil-)Urteil im materiellen Sinn»*¹¹⁴¹ gleich, an welches ein später angerufenes Zivilgericht gebunden ist.¹¹⁴² Dennoch sprach sich die Botschaft zur Zivilprozessordnung mit 361

¹¹³⁴ Vernehmlassungsbericht BGFA, 35 f.

¹¹³⁵ Erläuternder Bericht BGFA, 43; Vernehmlassungsbericht BGFA, a.a.O. Anders die frühere Praxis im Kanton Basel-Stadt, dazu STAHELIN/SUTTER, 188.

¹¹³⁶ Siehe dazu bereits Rz. 52 hiervor sowie die Hinweise in Fn. 164.

¹¹³⁷ BGE 135 III 259 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff., 595, E. 2.2; BGer 4A_512/2019 vom 12. November 2020, E. 5.1.1.; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 4.3; BOHNET, *fixation*, 4, m.w.H.; COURBAT, JdT 2021 III 5. Dazu kritisch FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 42 ff.

¹¹³⁸ AS 2006 1059; AS 2002 3148.

¹¹³⁹ Vgl. BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/GASSER, Art. 1 N 9; BSK-BV/GÖKSU, Art. 122 N 29; CR-Cst.-PIOTET, Art. 122 N 32; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 4 f.; MARKUS/DROESE, 8 f.; SG-Komm.-LEUENBERGER, Art. 122 N 5; SUTTER-SOMM, Rz. 41.

¹¹⁴⁰ BACHTLER, 315.

¹¹⁴¹ Ebd.

¹¹⁴² DIAGNE, 240; HÖCHLI, 106 f.

einer gewissen Selbstverständlichkeit für die weitere Zulässigkeit kantonaler rechtlicher Moderationsverfahren aus, was vom Bundesgericht seither mehrfach bestätigt wurde.¹¹⁴³

- 362 Teilweise wird als bundesrechtliche Grundlage für das Moderationsverfahren auf Art. 6 ZGB verwiesen.¹¹⁴⁴ Nach dieser Bestimmung sind die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Aufgrund der subsidiären Generalkompetenz der Kantone (Art. 3 BV) sind diese im Bereich des öffentlichen Rechts grundsätzlich frei, eigene Vorschriften zu erlassen, soweit der Bund nicht in umfassender Weise von einer ihm in der Verfassung eingeräumten Kompetenz Gebrauch gemacht hat.¹¹⁴⁵ Nach langjähriger Bundesgerichtspraxis bedeutet dies, dass die Kantone legiferieren dürfen, soweit der Bund nicht umfassend legiferiert hat, die kantonale Regelung im öffentlichen Interesse liegt und das Bundesrecht nicht vereitelt oder ihm in Wortlaut oder Geist widerspricht.¹¹⁴⁶
- 363 Bereits beim Erlass des Zivilgesetzbuches wurde bei diesem Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts auch an gewerbepolizeiliche Vorschriften gedacht.¹¹⁴⁷ Soweit die Anwaltschaft eine Funktion im Justizsystem ausübt, sind die Kantone nicht nur gemäss Art. 122 Abs. 2 und Art. 123 Abs. 2 BV berechtigt, gesetzgeberisch tätig zu werden. Vielmehr sind sie zur Gewährleistung eines funktionierenden, d.h. auch erschwinglichen Justizsystems sogar verpflichtet.¹¹⁴⁸ Unter diesen Umständen anerkennt die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts seit über 100 Jahren, dass sich die Kantone mit dem Erlass – auch zwingender – Anwalts-tarife innerhalb des verfassungsmässigen Kompetenzrahmens bewegen.¹¹⁴⁹ Dass inzwischen alle Kantone auf Empfehlung der WEKO hin ihre Zwangstarife ab-

¹¹⁴³ Botschaft ZPO, 7296; BGE 135 III 259 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff., 595, E. 2.2; BGer 4A_11/2008 vom 22. Mai 2008, E. 4; a.A. BSK-SchKG/STAEHELIN, Art. 80 N 50.

¹¹⁴⁴ Vgl. etwa DIAGNE, 86 ff.; kritisch aber FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1402 ff.

¹¹⁴⁵ BÜHLER, Diss., 65; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, 355.

¹¹⁴⁶ Vgl. BGE 138 I 356, 360 f., E. 5.4.2; BGE 124 I 107, 109, E. 2.a; BGE 119 Ia 59, 61, E. 2.a; BSK-BV/WALDMANN, Art. 49 N 18; BÜHLER, Diss., 65; FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 43; SG-Komm.-RUCH, Art. 49 N 17.

¹¹⁴⁷ Vgl. LARDELLI/VETTER, Art. 6 N 18; BÜHLER, Diss., 65; DESCHENAUX, 31 ff.; MARRO, Art. 6 N 8.

¹¹⁴⁸ Vgl. BGE 135 III 259 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff., 595, E. 2.2; BÜHLER, Diss., 66; DIAGNE, 70 f.

¹¹⁴⁹ BGE 135 III 259, a.a.O.; BGE 66 I 51, 56, E. 1; BGE 41 II 474, 481, E. 1.a; BGer 4A_512/2019 vom 12. November 2020, E. 5.1.1; BGer 2C_205/2019 vom

geschafft haben, ändert daran nichts.¹¹⁵⁰ Sowohl nach den Materialien zur ZPO als auch nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung bleiben die Kantone nach der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts gestützt auf dieselben Rechtsgrundlagen frei, staatliche Moderationsverfahren vorzusehen.¹¹⁵¹

3. Gegenstand und Abgrenzung zur Zuständigkeit der Zivilgerichte

a. Prüfungsgegenstand

Nach Lehre und Rechtsprechung prüft die Moderationsbehörde ausschliesslich die Angemessenheit des Honorars nach den Vorgaben des kantonalen Rechts.¹¹⁵² Prüfungsgegenstand des Moderationsverfahrens ist somit derjenige Teil der Honorarforderung, die durch die massgebenden Bestimmungen des kantonalen öffentlichen Rechts normiert ist.¹¹⁵³ Demgegenüber bleiben Fragen wie diejenige nach der korrekten Erfüllung des Auftrags sowie über Bestand und Höhe der zivilrechtlichen Forderung dem ordentlichen Zivilgericht vorbehalten.¹¹⁵⁴

Da die Anwältin ihren Auftrag schlecht erfüllt, wenn sie unnötigen Aufwand betreibt oder gar Aufwendungen verrechnet, die sie gar nicht erbracht hat, sollten diese Fragen einer Prüfung durch die Moderationsbehörde eigentlich nicht zugänglich sein.¹¹⁵⁵ Vielmehr lautet die im Rahmen des Moderationsverfahrens zu beantwortende Frage: *«Vorausgesetzt, die in Rechnung gestellten Bemühungen waren erforderlich (oder wenigstens vertretbar) und sie wurden gemacht, ist dann*

26. November 2019, E. 4.3; CHAPPUIS/GURTNER, 254. Dazu kritisch FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 42 ff.

¹¹⁵⁰ Vgl. RPW 2001, 572 ff.; JACQUEMOUD-ROSSARI, 301 f.

¹¹⁵¹ Bericht VE ZPO, 55; Botschaft ZPO, 7296; BGer 4D_30/2016 vom 20. Oktober 2016, E. 3; DIAGNE, 46. Vgl. auch BOHNET, *fixation*, 4.

¹¹⁵² BOHNET/MARTENET, 1190; DIAGNE, 48 ff. Die fast ausschliesslich französischsprachigen Quellen verwenden den Begriff *«(le) montant admissible»*; STAEHELIN/SUTTER, 188.

¹¹⁵³ BACHTLER, 316; COURBAT, JdT 2021 III 13; FREY, Anwaltsgebührentarif, 161.

¹¹⁵⁴ Bericht VE ZPO, 55; BGer 4A_481/2013 vom 26. März 2014, E. 1.1, m.w.H.; COURBAT, JdT 2018 III 227; DIAGNE, 92 f.; FREY, Anwaltsgebührentarif, 166; JACQUEMOUD-ROSSARI, 298; STAEHELIN/SUTTER, 188; ZOTSANG, 187.

¹¹⁵⁵ BGer 4A_380/2016 vom 1. November 2016, E. 3.3.3; BGer vom 8. Mai 1985 = Pra 1985, Nr. 179, 518 ff., 524, E. 4 (nicht publiziert in BGE 111 II 72); TESTA, 239, 249; WOLFFERS, 168.

das Honorar tarifmässig und angemessen?»¹¹⁵⁶ Die Moderationsbehörde sollte also nur einen Teilaspekt der Forderung prüfen, nämlich deren Übereinstimmung mit den Tarifvorgaben des kantonalen öffentlichen Rechts.¹¹⁵⁷ Wird nach effektivem Zeitaufwand abgerechnet, wäre nach dieser Überlegung also nur die Höhe des Stundensatzes zu prüfen, nicht aber die Anzahl der fakturierten Stunden, denn dass diese erbracht wurden und zumindest vertretbar waren, müsste im Rahmen des Moderationsverfahrens vorausgesetzt werden. Ebenso wenig sollte die Moderationsbehörde verbindlich über Bestehen oder Nichtbestehen einer Honorarvereinbarung entscheiden.

- 366 Dennoch hat auch die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung der Moderationsbehörde selbst bei Vorliegen einer Honorarvereinbarung die Entscheidungskompetenz über *«toutes les questions qui concernent la fixation du montant des honoraires»* zugebilligt.¹¹⁵⁸ In diesem Sinne hat die kantonale Rechtsprechung auch nach Einführung der ZPO mit dem Segen des Bundesgerichts im Rahmen des Moderationsverfahrens wiederholt geltend gemachte Arbeitsstunden regelrecht zusammengestrichen.¹¹⁵⁹ Entsprechend unklar und inkonsistent erscheint die Kompetenzabgrenzung zwischen Moderationsbehörde und Zivilgericht.¹¹⁶⁰
- 367 Gibt das kantonale Recht, wie dies früher regelmässig der Fall war,¹¹⁶¹ in verbindlicher Weise einen bezifferten Kostenrahmen vor, so gestaltet sich die Prüfung durch die Moderationsbehörde einfacher, als wenn solche Vorschriften gänzlich fehlen.¹¹⁶² Bei den gegenwärtigen kantonalen Tarifen handelt es sich jedoch primär um sogenannte Überwälzungstarife, nach welchen die Parteientschädigung

¹¹⁵⁶ BACHTLER, 315; HÖCHLI, 107. Anders aber die frühere baselstädtische Praxis: *«Erachtet mithin die Moderationsinstanz in ihren Erwägungen einen bestimmten Stundenaufwand für sachgerecht oder doch für vertretbar, so darf der Zivilrichter diesen Entscheid nicht mehr in Frage stellen.»* (FREY, Anwaltsgebührentarif, 163).

¹¹⁵⁷ BACHTLER, a.a.O.; STAEHELIN/SUTTER, 188.

¹¹⁵⁸ DIAGNE, 135, mit Hinweis auf BGer 4A_346/2008 vom 6. November 2008, E. 4.3.2.

¹¹⁵⁹ BGer 4D_30/2016 vom 20. Oktober 2016, E. 5. Vgl. ferner BGer 4A_212/2008 vom 15. Juli 2008, E. 2; BOHNET/MARTENET, 1188 f.; DIAGNE, 128.

¹¹⁶⁰ Ähnlich wohl SCHWANDER, ZZZ 2009, 218.

¹¹⁶¹ BOHNET, *fixation*, 5.

¹¹⁶² Wobei jedenfalls in der Spätphase der kantonalen Zwangstarife bisweilen bemerkt wurde, der gesetzliche Rahmen sei sehr weit ausgestaltet (vgl. HÖCHLI, 48). Darüber hinaus erfolgten etwa nach der vormaligen baselstädtischen Praxis die meisten Korrekturen nicht etwa wegen falscher Auslegung des Tarifs, sondern *«weil die Moderationsinstanz ein anderes Ermessen anwendet als der Anwalt»* (FREY, Anwaltsgebührentarif, 162).

gen festgelegt werden.¹¹⁶³ Zwischen Anwältin und Mandantschaft gelten diese grundsätzlich nur, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.¹¹⁶⁴ Die zwingenden Bestimmungen des kantonalen Anwaltsrechts enthalten demgegenüber (aus wettbewerbsrechtlichen Überlegungen) regelmässig nur noch mehr oder weniger allgemein formulierte Bemessungskriterien, an welchen sich die Anwältin bei der Honorarfestsetzung zu orientieren hat.¹¹⁶⁵ Für die Rechtsvertretung und umso mehr für die Mandantschaft ist deshalb im Voraus schwer vorauszusehen, ob die zur Debatte stehenden Honorare einer Prüfung durch die Moderationsbehörden standhalten. Dies gilt umso mehr, als deren Praxis nicht publiziert, sondern nur sehr selektiv in Publikationen von deren Mitgliedern zusammengefasst wird.¹¹⁶⁶ Aus diesem Grund erscheint ein zu einem verbindlichen Entscheid führendes Moderationsverfahren problematisch, wenn eine Honorarvereinbarung vorliegt.

Schwierig wird die Prüfung sodann, wenn ein anderes Honorarmodell als das Zeithonorar vereinbart wird.¹¹⁶⁷ Ein Pauschalhonorar etwa muss gemäss Art. 19 Abs. 1 SSR «*der voraussichtlichen Leistung entsprechen*», was von Lehre und Rechtsprechung auch ausserhalb des Verbandsrechts gefordert wird.¹¹⁶⁸ Bei einem Pauschalhonorar lässt sich jedoch der (im Voraus geschätzte) Zeitaufwand weder vom Betrag, mit welchem dieser multipliziert wird, noch von anderen massgebenden Faktoren wie etwa der Bedeutung des Falles oder dem Streitwert klar auseinanderhalten, da die einzelnen Bemessungsgrundlagen schlecht separat ausgewiesen werden können. Ein Ansatz zur Prüfung der Angemessenheit in einem solchen Fall könnte darin liegen, im Nachhinein die vereinbarte Pauschale durch die ausgewiesenen Stunden zu dividieren und das so ermittelte Stundenhonorar nach den gemäss Gesetz oder Praxis relevanten Kriterien zu prüfen. Dabei besteht jedoch die Gefahr, dass das dem Pauschalhonorar inhärente und somit von den Parteien

¹¹⁶³ Siehe dazu Rz. 305 ff. hiervor.

¹¹⁶⁴ Gewisse Kantone machen die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung von weiteren Voraussetzungen abhängig. So verlangt etwa der Kanton St. Gallen einem Hinweis auf den kantonalen Tarif, was vom Bundesgericht als zulässig erachtet wurde (Art. 2 Abs. 3 HonO-SG, BGer 2P.318/2006 vom 27. Juli 2007, E. 8.3.2). Vgl. dazu auch Rz. 36 hiervor, sowie BOHNET, *fixation*, 5.

¹¹⁶⁵ BOHNET, *fixation*, 6 f.

¹¹⁶⁶ Derartige Zitate finden sich etwa bei BACHTLER, *passim*; COURBAT, JdT 2018 III 225 ff.; FREY, Anwaltsgebührentarif, 158 ff.; JACQUEMOUD-ROSSARI, 302 ff.

¹¹⁶⁷ Siehe zu den verschiedenen Honorarmodellen Rz. 90 ff.

¹¹⁶⁸ Siehe hierzu Rz. 96 hiervor sowie die dortigen Hinweise.

gewollte aleatorische Element vernachlässigt wird. Bei der Beurteilung eines Pauschalhonorars sollte daher keinesfalls die *ex ante*- mit der *ex post*-Perspektive verwechselt werden.¹¹⁶⁹

- 369 Wird ein *pactum de palmario* abgeschlossen, so beurteilt sich dessen Zulässigkeit nach den von der bundesgerichtlichen Praxis entwickelten Vorgaben.¹¹⁷⁰ Dementsprechend fragt sich, ob im Moderationsverfahren ein nach bundesrechtlichen Vorgaben zulässiges *pactum de palmario* wegen Unangemessenheit bzw. fehlender Tarifkonformität dennoch für unzulässig erklärt werden kann. Der Zweck des Teilverbots von Erfolgshonoraren liegt gerade nicht darin, diese gegenüber anderen Honorarmodellen, namentlich dem klassischen Zeithonorar, zu bevorzugen, indem diese einer Kontrolle durch die Moderationsbehörde entzogen werden. Dementsprechend müsste die Frage konsequenterweise bejaht werden. Dies kann jedoch dazu führen, dass einzelne Kantone nach Bundesrecht zulässige Erfolgsprämien unter dem Deckmantel der kantonrechtlichen Angemessenheitskontrolle faktisch wieder verbieten oder solche, wie 2008 in Genf geschehen, auch ohne ausdrückliche Parteivereinbarung zusprechen.¹¹⁷¹

b. Der Zeitpunkt des Moderationsverfahrens

- 370 Sinnvollerweise sollte ein Moderationsverfahren (wenn überhaupt) nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens und vor Einleitung des ordentlichen Zivilprozesses auf Leistung des Honorars angehoben werden. Vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens liegt regelmässig keine verbindliche Abrechnung über alle getätigten Bemühungen vor. Zudem wird während eines laufenden Mandatsverhältnisses in der Regel weder die Anwältin noch die Mandantschaft ein Moderationsverfahren anheben. Sodann ist die Beurteilung der Angemessenheit umso schwieriger, wenn der Ausgang des Hauptsacheverfahrens und die hierfür erbrachten Bemühungen noch nicht einmal bekannt sind. Dementsprechend sahen die früheren Regelungen in den Kantonen Zürich und Basel-Stadt vor, dass das im Hauptsacheverfahren urteilende Gericht (der «*iudex rei iudicatae*») nach Abschluss des eigentlichen Prozesses die eingereichten Honorarnoten moderieren könne.¹¹⁷²

¹¹⁶⁹ Vgl. COURBAT, JdT 2021 III 15 f.

¹¹⁷⁰ Siehe dazu eingehend Rz. 143 ff. hiervor.

¹¹⁷¹ Vgl. die Vorgeschichte zu BGE 135 III 259 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff. Die Jahreszahl bezieht sich auf den vom BGer geschützten vorinstanzlichen Entscheid.

¹¹⁷² BACHTLER, 316 f.; FREY, Anwaltsgebührentarif, 159 f.

Nach Abschluss des ordentlichen Zivilprozesses über die Honorarforderung ist ein Moderationsverfahren nicht mehr möglich, denn dies würde der Neubeurteilung eines materiell rechtskräftigen Zivilurteils gleichkommen.¹¹⁷³ Die zulässigen Revisionsgründe sind jedoch in Art. 328 ZPO abschliessend aufgezählt, sodass ein nachträglicher Moderationsentscheid von Bundesrechts wegen keine Wirkung auf ein rechtskräftiges Zivilurteil zeitigen kann. Ansonsten sind Moderationsbegehren in der Regel an keine Frist gebunden, solange an der Durchführung des Verfahrens noch ein Interesse besteht.¹¹⁷⁴ Dies ist beispielsweise dann nicht mehr der Fall, wenn die Honorarforderung bereits verjährt ist.¹¹⁷⁵ 371

Im Kanton Waadt und bis vor Kurzem auch im Kanton Genf war bzw. ist die Anwältin verpflichtet, im Bestreitungsfall ihr Honorar im Moderationsverfahren festsetzen zu lassen, bevor sie eine Zivilklage auf Zahlung des Honorars anhebt.¹¹⁷⁶ Die Konsequenzen einer Nichtbefolgung dieser Pflicht sind nicht restlos klar. Gemäss DIAGNE könne das Zivilgericht im Kanton Waadt in einem solchen Fall das Verfahren sistieren, bis der Moderationsentscheid vorliegt.¹¹⁷⁷ Obwohl der Autor diese Aussage nur mit Zitaten älterer, vor der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts ergangener Entscheide belegt, dürfte ein solches Vorgehen in Anwendung von Art. 126 Abs. 1 ZPO weiterhin möglich sein. Diese Bestimmung nennt als Sistierungsgrund namentlich die Abhängigkeit des Entscheides vom Ausgang eines anderen Verfahrens.¹¹⁷⁸ Sollte das Zivilgericht die Sistierung verweigern, so kann diese Verfügung nur bei Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils angefochten werden.¹¹⁷⁹ Bei der hier interessierenden Situation könnte ein solcher darin liegen, dass die Verweigerung der Sistierung unter Umständen dazu führt, dass einer Partei das kantonale rechtlich vorgesehene Moderationsverfahren dadurch abgeschnitten werden könnte. Das Interesse der Gegenpartei an 372

¹¹⁷³ BACHTLER, 317; DIAGNE, 182.

¹¹⁷⁴ DIAGNE, 201.

¹¹⁷⁵ BACHTLER, a.a.O. Differenzierend DIAGNE, 187 f., der zudem die tatsächliche Erhebung der Verjährungseinrede fordert.

¹¹⁷⁶ BOHNET, *fixation*, 28; DIAGNE, 181.

¹¹⁷⁷ DIAGNE, 181 f.: «[S]i une procédure de recouvrement devant le juge civil est pendante, elle pourra être suspendue jusqu'à droit connu sur la modération.»

¹¹⁷⁸ Vgl. ZK-ZPO/STAEHELIN, Art. 126 N 3.

¹¹⁷⁹ ZK-ZPO/STAEHELIN, Art. 126 N 8.

einer beförderlichen Durchführung des Zivilprozesses wird in der Regel nicht genügend gewichtig sein, um einer Sistierung entgegenzustehen, zumal sich das Moderationsverfahren unter anderem durch seine Zügigkeit auszeichnet.¹¹⁸⁰

- 373 Welche Konsequenzen die pflichtwidrige Nichtanhebung des Moderationsverfahrens sonst noch hat, erscheint unklar. Dem Verfasser ist kein Fall bekannt, in welchem eine Anwältin disziplinarrechtlich sanktioniert worden wäre, weil sie die Einleitung eines Moderationsverfahrens über eine bestrittene Honorarforderung unterlassen hätte. Eine gesetzliche Grundlage hierfür müsste das BGFA vorsehen, was aber nicht der Fall ist. Da die Einleitung des Moderationsverfahrens die Verjährung nicht unterbricht,¹¹⁸¹ kann der Anwältin die Ergreifung verjährungsunterbrechender Massnahmen jedenfalls dann nicht vorgeworfen werden, wenn die Verjährung einzutreten droht und die Mandantschaft die Abgabe einer Verjährungsverzichtserklärung verweigert. Da das Vorliegen eines Moderationsentscheids keine Prozessvoraussetzung darstellt, wäre ein Nichteintretensentscheid infolge nicht durchgeführten Moderationsverfahrens in jedem Falle bundesrechtswidrig.

4. Verfahren, Entscheid und Rechtsmittel

a. Massgebende Verfahrensbestimmungen

- 374 Da das Bundesrecht keine Vorschriften über das Moderationsverfahren enthält, richtet sich dessen Ausgestaltung nach dem kantonalen Recht.¹¹⁸² Regelmässig werden Anwaltshonorare im forensischen Bereich gleich von demjenigen Gericht moderiert, das auch im Hauptsacheverfahren geurteilt hat.¹¹⁸³ Dieses kennt bereits den Prozessstoff und die Schwierigkeiten des Falles und kann zur Überprüfung der Honorarnote auf die Prozessakten zurückgreifen.¹¹⁸⁴ Andere Kantone haben für die Moderation von Anwaltshonoraren eigene Kommissionen eingesetzt, die entweder

¹¹⁸⁰ DIAGNE, 143 f.

¹¹⁸¹ DIAGNE, 204.

¹¹⁸² Vgl. COURBAT, JdT 2021 III 11.

¹¹⁸³ Vgl. etwa § 7 Abs. 1 GebTRA-SZ; Art. 10 Abs. 1 AnwG-OW; § 11 Abs. 1 EG BGFA-ZG; BOHNET, *fixation*, 27. Ebenso die früheren Regelungen in den Kantonen Zürich (BACHTLER, 316 f.; TESTA, 238), Basel-Stadt (§§ 35 und 65 aGOG-BS, dazu FREY, Anwaltsgebührentarif, 158 ff.; ZÜRCHER, 126) sowie im bundesgerichtlichen Verfahren (FICK, 21 f.).

¹¹⁸⁴ BACHTLER, 314; FREY, Anwaltsgebührentarif, 159 f.

sämtliche Honorarnoten moderieren¹¹⁸⁵ oder aber nur solche im nichtforensischen Bereich.¹¹⁸⁶ In manchen Kantonen wiederum steht das Moderationsverfahren für Honorarnoten über aussergerichtliche Tätigkeiten gar nicht zur Verfügung.¹¹⁸⁷

In aller Regel ist das Moderationsverfahren für die Parteien kostenlos oder zumindest 375 sehr kostengünstig.¹¹⁸⁸ Ein Beweisverfahren oder eine Parteiverhandlung findet in den meisten Fällen nicht statt.¹¹⁸⁹ Vor Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung verwiesen die kantonalen Gesetze häufig auf die Bestimmungen ihrer jeweiligen Zivilprozessordnung über das summarische Verfahren.¹¹⁹⁰ Heute handelt es sich um ein Verfahren, das entweder spezialgesetzlich und/oder mit Verweis auf das kantonale Verwaltungsverfahrenrecht reglementiert ist.¹¹⁹¹ Damals wie heute handelt es sich beim Moderationsverfahren aber um ein schnelles und wenig formalisiertes Verfahren.¹¹⁹²

b. Wirkungen des Entscheids

Wie auch die übrigen Verfahrensfragen bestimmt sich die Wirkung eines Modera- 376 tionsentscheids nach dem kantonalen Recht. Traditionellerweise ist das Zivilgericht an den Entscheid der Moderationsbehörde gebunden.¹¹⁹³ Dies bedeutet, dass der durch die Moderationsbehörde festgelegte zulässige Umfang des Honorars eine bewiesene Tatsachenfeststellung darstellt.¹¹⁹⁴ Da die Frage der Angemessenheit der freien Beweiswürdigung des Zivilgerichts somit entzogen ist, wurde der Moderationsentscheid bisweilen mit einem Schiedsgutachten verglichen.¹¹⁹⁵

¹¹⁸⁵ Art. 36 LPAV-GE, dazu BOHNET, *fixation*, 27.

¹¹⁸⁶ Art. 50 LPAV-VD, dazu COURBAT, JdT 2018 III 225 f.

¹¹⁸⁷ BACHTLER, 314; TESTA, 240; WEBER, 110 (alle Vorgenannten jeweils mit Bezug auf die frühere Regelung im Kanton Zürich); WOLFFERS, 169.

¹¹⁸⁸ Vgl. Art. 21 GGR-UR; Art. 37 Abs. 4 LPAV-GE, sowie bereits ZÜRCHER, 124.

¹¹⁸⁹ Vgl. etwa Art. 10 Abs. 1 AnwG-OW («*im schriftlichen Verfahren*») sowie für den Kanton Waadt COURBAT, JdT 2018 III 226, mit Hinweis auf Art. 51 Abs. 5 LPAV-VD: «*La procédure de modération est une procédure sur pièces.*»

¹¹⁹⁰ BOHNET, *fixation*, 29. Vgl. etwa aArt. 27 Abs. 1 AnwG-FR.

¹¹⁹¹ Vgl. zum Verfahren im Kanton Waadt COURBAT, JdT 2018 III 226 f.

¹¹⁹² DIAGNE, 143 f.; WEBER, Diss., 111.

¹¹⁹³ BGer 4A_481/2013 vom 26. März 2014, E. 1.1; DIAGNE, 240 f.; FREY, Anwaltsgebührenrentarif, 163; JACQUEMOUD-ROSSARI, 298.

¹¹⁹⁴ ZÜRCHER, 131.

¹¹⁹⁵ Vgl. DIAGNE, 232 (Fn. 1156), m.w.H.; SALZMANN, 299; relativierend HÖCHLI, 106 f. WEBER, Diss., 109, spricht von einer «*verbindliche[n] Meinungsäusserung des Gerichts*» und einem «*gerichtliche[n] Rechtsgutachten*».

Im Gegensatz zu einem solchen ändert selbst die Befangenheit eines Mitglieds der Moderationsbehörde oder offensichtliche Unrichtigkeit des Entscheids nichts an der Bindung des Zivilgerichts.¹¹⁹⁶ *De lege lata* ist der Moderationsentscheid deshalb weit mehr als ein blosser «*Vergleichsvorschlag*».¹¹⁹⁷

- 377 Die Verbindlichkeit des Moderationsentscheids bewirkt faktisch eine entsprechende Beschränkung der Kognition des Zivilgerichts in entsprechendem Umfang.¹¹⁹⁸ Da die Moderationsbehörde nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung alle Fragen betreffend Festsetzung und Höhe des Honorars verbindlich beantworten darf,¹¹⁹⁹ zeitigt der Moderationsentscheid also eine starke faktische Präjudizwirkung auf das Ergebnis des Honorarprozesses. Honorare, die den von der Moderationsbehörde abgesteckten Rahmen überschreiten, sind im Zivilprozess nach Art. 19/20 OR nicht durchsetzbar.¹²⁰⁰ Bei Lichte besehen reduziert die ausufernde Kognition der Moderationsbehörde die Prüfungskompetenz des ordentlichen Zivilgerichts deshalb auf die Prüfung von Einwendungen und Einreden wie Tilgung, Verrechnung, Stundung oder Verjährung.
- 378 Einige Kantone, etwa Schwyz¹²⁰¹, Genf¹²⁰² und St.Gallen¹²⁰³, gestehen den Entscheiden ihrer Moderationsbehörden nur die Wirkung einer unverbindlichen Rechtsauskunft bzw. Meinungsäusserung¹²⁰⁴ zu. In diesen Kantonen ist das Zivilgericht in einem späteren Honorarprozess an den Moderationsentscheid nicht gebunden, sondern dieser unterliegt der freien gerichtlichen Beweiswürdigung ge-

¹¹⁹⁶ Vgl. HÖCHLI, a.a.O., sowie – im Gegensatz dazu – Art. 189 Abs. 3 ZPO.

¹¹⁹⁷ So aber ZK-ZPO/JENNY, Art. 105 N 10.

¹¹⁹⁸ Vgl. DIAGNE, 241 (Fn. 1193): «*Le montant des honoraires fixé par le juge modérateur ne peut ainsi pas être remis en cause devant le juge civil.*»

¹¹⁹⁹ Siehe hierzu Rz. 366 sowie die Hinweise in Fn. 1158 hiervor.

¹²⁰⁰ Vgl. dazu BÜHLER, Diss., 87 ff.

¹²⁰¹ § 7 Abs. 5 GebTRA-SZ: «*Der Moderationsentscheid [...] ist für den Richter, der in einem Prozess zwischen Anwalt und Auftraggeber die Ansprüche des Anwalts zu beurteilen hat, nicht verbindlich.*»

¹²⁰² Art. 36 Abs. 1 LPAV-GE; vgl. dazu Art. 2 Abs. 17 LModLOJ-GE; DIAGNE, 233.

¹²⁰³ Art. 8a Abs. 3 HonO-SG: «*Den Beteiligten wird ein summarisch begründeter **Vorschlag** für die Honorarbemessung unterbreitet.*» (Hervorhebung beigegefügt).

¹²⁰⁴ Art. 36 Abs. 1 LPAV-GE verwendet hierfür den Ausdruck «*préavis*».

mäss Art. 157 ZPO.¹²⁰⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung folgt jedoch aus dem Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör, dass das Zivilgericht Abweichungen vom Moderationsentscheid im Einzelnen zu begründen hat.¹²⁰⁶

Weder ein unverbindlicher noch ein verbindlicher Moderationsentscheid stellt 379 einen definitiven Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 80 f. SchKG dar.¹²⁰⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte jedoch ein im Rahmen eines Moderationsverfahrens abgeschlossener und von den Parteien unterzeichneter umfassender Vergleich als provisorischer Rechtsöffnungstitel nach Art. 82 Abs. 1 SchKG dienen.¹²⁰⁸ Zudem sollte der zum Moderationsentscheid erhobene Vergleich das mit einer späteren Aberkennungsklage befasste Zivilgericht in gleicher Weise binden wie ein autoritativ gefälltes Moderationsurteil. Ein solcher Vergleich käme in seinen Wirkungen einem definitiven Rechtsöffnungstitel sehr nahe.

c. **Rechtsmittel**

Da es sich beim Moderationsverfahren um ein vom ordentlichen Zivilprozess 380 streng zu unterscheidendes Verfahren nach kantonalem Recht handelt, kann ein für das Zivilgericht verbindlicher Entscheid der Moderationsbehörde nicht akzessorisch mit dem Zivilurteil angefochten werden.¹²⁰⁹ Vielmehr richtet sich die Frage, ob und welche kantonalen Rechtsmittel gegen den Moderationsentscheid ergriffen werden können, wiederum nach dem kantonalen Recht.¹²¹⁰ Dennoch steht bei einem Streitwert von mindestens 30'000 Franken oder einer Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung die Beschwerde in Zivilsachen (und nicht etwa die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) an das Bundesgericht offen.¹²¹¹

¹²⁰⁵ DIAGNE, 233.

¹²⁰⁶ In einem ähnlichen Sinne auch DIAGNE, 234, der den Moderationsentscheid einem Urkundenbeweis nach Art. 177 ff. ZPO gleichsetzt.

¹²⁰⁷ BSK-SchKG/STAEHELIN, Art. 80 N 50; COURBAT, JdT 2018 III 227; WOLFFERS, 168. So ausdrücklich Art. 16 Abs. 4 GGVO-UR und § 7 Abs. 5 GebTRA-SZ.

¹²⁰⁸ Anders bei nicht unterschriftlich anerkannten Moderationsentscheiden, selbst wenn diese das Honorar definitiv festlegen (BSK-SchKG/STAEHELIN, Art. 82 N 130).

¹²⁰⁹ Vgl. BOHNET/MARTENET, 1188 f.

¹²¹⁰ DIAGNE, 250.

¹²¹¹ BGer 4A_212/2008 vom 15. Juli 2008, E. 1.2, m. Anm. SCHWANDER, ZZZ 2009, 218 f.; BOHNET, *fixation*, 33 f.; BOHNET/MARTENET, 1188 f.

- 381 Bis Ende 2010 stellten nur wenige Kantone überhaupt ein Rechtsmittel gegen Moderationsentscheide zur Verfügung.¹²¹² Per 1. Januar 2011 trat gleichzeitig mit der ZPO Art. 75 Abs. 2 BGG in Kraft, wonach vor einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ein oberes kantonales Gericht als Rechtsmittelinstanz geurteilt haben muss.¹²¹³ Dies gilt jedoch nur für Moderationsverfahren, die in einem für das Zivilgericht verbindlichen Entscheid enden. Eine unverbindliche Auskunft, die das Zivilgericht nicht bindet, kann und muss nicht eigenständig angefochten werden.¹²¹⁴
- 382 Folglich waren diejenigen Kantone, die bis dahin keine Anfechtung verbindlicher Moderationsentscheide vorsahen, vor die Wahl gestellt, entweder ein Rechtsmittel gegen einen Moderationsentscheid einzurichten oder den Moderationsentscheid künftig für unverbindlich zu erklären. Appenzell-Ausser Rhoden entschied sich für die erstere Variante,¹²¹⁵ während der Kanton Genf seinen Moderationsentscheiden die Bindungswirkung für das Zivilgericht entzog.¹²¹⁶ In denjenigen Kantonen, welche an der verbindlichen Natur ihrer Moderationsentscheide festhalten, können diese an die jeweiligen oberen kantonalen Gerichte weitergezogen werden, wobei sich das Verfahren nach dem kantonalen Verwaltungsverfahrenrecht richtet.¹²¹⁷
- 383 Der Entscheid des kantonalen (Verwaltungs-)Gerichts kann letztinstanzlich mit Beschwerde in Zivilsachen beim Schweizerischen Bundesgericht angefochten werden (Art. 74 ff. BGG).¹²¹⁸ Voraussetzung dafür ist jedoch ein Mindeststreitwert von CHF 30'000.00 (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG),¹²¹⁹ sofern sich nicht eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Gemäss DIAGNE sei dies bei Streitigkeiten über Moderationsentscheide kaum je der

¹²¹² DIAGNE, 251.

¹²¹³ Art. 130 Abs. 2 BGG.

¹²¹⁴ DIAGNE, 250.

¹²¹⁵ Art. 8a i.V.m. Art. 19 AnwG-AR, dazu DIAGNE, 251 f.

¹²¹⁶ Rapport Justice GE 2011, 9, 151, 165 f.

¹²¹⁷ Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 AnwG-OW; § 11 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 2 EG BGFA-ZG; Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 Abs. 1 und 2 LPAV-VD, dazu COURBAT, JdT 2018 III 227, sowie ausführlich DIAGNE, 253 ff. Soweit ersichtlich kennt der Kanton Uri keine Bestimmungen über Rechtsmittel gegen Moderationsentscheide.

¹²¹⁸ Vgl. etwa BGER 4A_117/2009 vom 16. Juni 2009, E. 1; DIAGNE, 260.

¹²¹⁹ Gemäss DIAGNE (270, Fn. 1313) kommt die reduzierte Streitwertgrenze von CHF 15'000.00 auch dann nicht zur Anwendung, wenn die moderierte Honorarforderung auf einer arbeits- oder mietrechtlichen Streitigkeit gründet. Diese Auffassung erscheint m.E. nachvollziehbar, wurde jedoch soweit ersichtlich von der Rechtsprechung bislang weder bestätigt noch verworfen.

Fall,¹²²⁰ da das Bundesgericht die für die Moderationsbehörde massgebenden Bestimmungen des kantonalen Rechts ohnehin nicht frei prüfen kann.¹²²¹ Aufgrund der Streitwertgrenze dürften also fast ausschliesslich Streitigkeiten im Zusammenhang mit Grossmandaten Gegenstand einer Zivilrechtsbeschwerde bilden.¹²²²

Bei Nichterreichen der Streitwertgrenze kommt nur noch eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG in Betracht.¹²²³ Der einzige zulässige Beschwerdegrund liegt bei diesem Rechtsmittel in der (nach Art. 106 Abs. 2 BGG qualifiziert zu rügenden) Verletzung verfassungsmässiger Rechte.¹²²⁴ 384

5. Kritische Würdigung

a. Rechtsunsicherheit

Der weite Ermessensspielraum der Moderationsbehörde mag in denjenigen Kantonen als ein geeignetes Korrektiv fungieren, in welchen der Anwalt nach Mandatsabschluss sein Honorar eigenmächtig festlegt.¹²²⁵ Diese – leider höchstrichterlich geschützte¹²²⁶ – Unsitte gehört jedoch nach der hier vertretenen Auffassung ohnehin schnellstmöglich unterbunden.¹²²⁷ In Fällen aber, in welchen Rechtsvertretung 385

¹²²⁰ DIAGNE, 269.

¹²²¹ Die zulässigen Rügen beschränken sich im Wesentlichen auf Willkür in der Anwendung des kantonalen Rechts oder in der Sachverhaltsfeststellung sowie auf Verletzung von Verfahrensgarantien, die allesamt der qualifizierten Rügeobliegenheit von Art. 106 Abs. 2 BGG unterstehen. Die Verletzung anderer Normen des Bundesrechts wäre etwa bei Vereinbarung eines *pactum de quota litis* denkbar (DIAGNE, 273 ff.).

¹²²² So müssten z.B. bei einem auf CHF 300.00 festgesetzten Stundenhonorar, unter Berücksichtigung einer Kleinspesenpauschale von 3 % sowie der Mehrwertsteuer, fast 90 Arbeitsstunden umstritten sein. Dreht sich die Streitigkeit um den Stundensatz, so dürfte die Differenz zwischen dem als angemessen erachteten und dem in Rechnung gestellten Honorar regelmässig unter diesem Betrag liegen.

¹²²³ Vgl. BSK-BGG/BIAGGINI, Art. 113 N 33; DIAGNE, 284 f.; SHK-BGG/SEILER, Art. 113 N 4; SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Art. 113 N 10.

¹²²⁴ Art. 116 BGG. Vgl. dazu HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, 663; RHINOW/KOLLER et al., 596 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS, 1080, sowie die einschlägigen Kommentierungen zur vorgenannten Bestimmung.

¹²²⁵ Vgl. Art. 34 LPav-GE, dazu TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 8. Aufgrund der Passivformulierung unklar ist, wer gemäss Art. 46 LPav-VD die Honorare festlegt, vgl. dazu COURBAT, JdT 2018 III 227 ff.

¹²²⁶ BGE 135 III 259 = Pra 2009, Nr. 87, 592 ff., 598, E. 2.6.1.

¹²²⁷ SCHWANDER, ZBJV 2009, 610 f. und *passim*.

und Mandantschaft eine klare Honorarvereinbarung abgeschlossen haben, bewirkt das Damoklesschwert eines Moderationsverfahrens grosse Rechtsunsicherheit. Deshalb waren Moderationsverfahren nach den früheren Regelungen des Bundes sowie der Kantone Zürich und Bern ausgeschlossen, wenn eine Honorarvereinbarung abgeschlossen worden und dies nach dem massgebenden Verfahrensrecht zulässig war.¹²²⁸

- 386 In diesem Sinne sollte sich, wenn zwischen Rechtsvertretung und Mandantschaft eine (ausdrückliche oder konkludente) Honorarvereinbarung besteht, die Moderationsbehörde nach der hier vertretenen Auffassung *de lege lata* bei ihrer Angemessenheitsprüfung grösste Zurückhaltung auferlegen. Die Überprüfung der Angemessenheit der Honorarforderung – auch vorfrageweise im Lichte des kantonalen Rechts – sollte möglichst umfassend in der Zuständigkeit der Zivilgerichte liegen, da nur diese die Befugnisse und die Möglichkeit haben, das Bestehen und den Umfang einer Zivilforderung unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände festzulegen. Dementsprechend sollten nur die krassesten Auswüchse behördlich moderiert werden, was aber auch die Aufsichtsbehörden im Rahmen eines Disziplinarverfahrens übernehmen können.¹²²⁹
- 387 *De lege ferenda* sollte ein Moderationsverfahren analog zur früheren Regelung in Bern und Zürich zumindest dann ganz ausbleiben, wenn eine Honorarvereinbarung unbestrittenermassen vorliegt.¹²³⁰ Die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung im Lichte von Art. 19/20 OR ist nämlich im Kern des Vertragsrechts zu verorten und daher (vorfrageweise) in einem Verfahren nach der Zivilprozessordnung zu beurteilen. Ist das Vorliegen einer Honorarvereinbarung umstritten, sollte die Moderationsbehörde richtigerweise auf das Moderationsgesuch eintreten und einen Entscheid fällen. Dieser würde das Zivilgericht binden, falls es erkennen sollte, dass die Vereinbarung unwirksam ist.¹²³¹

¹²²⁸ BGE 99 II 238, 239 ff.; BACHTLER, 314; BÜHLER, Diss., 129 f.; STERCHI, Komm. aFG-BE, 136. Die Moderationsbehörde prüfte jedoch im Sinne einer Prozessvoraussetzung, ob das kantonale Recht im betreffenden Fall den Abschluss einer Honorarvereinbarung gestattete, nicht jedoch die zivilrechtliche Gültigkeit der Vereinbarung.

¹²²⁹ Siehe dazu Rz. 458 ff. hiernach.

¹²³⁰ Ausdrücklich anders ist die aktuelle Rechtslage im Kanton Waadt, dazu COURBAT, JdT 2021 III 13.

¹²³¹ Wohl ähnlich TESTA, 239.

Liegt keine Honorarvereinbarung vor, ist dem Anwalt nach der hier vertretenen Auffassung ein Honorar zuzusprechen, das sich auf der Grundlage des kantonalen Überwälzungstarifs bemisst.¹²³² Weshalb eine Moderationsbehörde zu dessen Anwendung besser geeignet sein soll als ein Zivilgericht, das täglich auf dieser Grundlage tarifiert, ist schwer nachzuvollziehen. Die vollumfängliche Unterstellung aller Fragen betreffend die Honorarforderung unter die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit hätte zudem die Beseitigung der, wie vorstehend aufgezeigt, bisweilen unübersichtlichen Zuständigkeits- und Kognitionsabgrenzung zwischen Gericht und Moderationsbehörde zur Folge.¹²³³ 388

b. Probleme beim Rechtsschutz

Wie vorstehend aufgezeigt, bestehen für den Moderationsentscheid einerseits und für das ordentliche Zivilurteil betreffend die Honorarforderung andererseits zwei völlig separate Instanzenzüge. Eine akzessorische Anfechtung des Moderationsentscheids über das Zivilurteil ist nicht möglich.¹²³⁴ Die Bindungswirkung des Moderationsentscheids für das Zivilgericht bewirkt somit faktisch nicht nur dessen eigene Schwächung, sondern auch eine Beschneidung der zivilprozessualen Rechtsmittel. 389

Doch nicht nur die Zersplitterung der Rechtswege erweist sich als problematisch, sondern auch die gegen einen Moderationsentscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittel selbst. In diesem Zusammenhang stellen sich insbesondere Fragen hinsichtlich des Anspruchs auf ein verfassungsmässiges Gericht sowie auf die Rechtsweggarantie. 390

Nach Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht.¹²³⁵ Gemäss der vom EGMR zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK entwickelten und vom Bundesgericht zu Art. 30 Abs. 1 BV übernommenen Praxis ist ein Gericht eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen 391

¹²³² Siehe Rz. 33 ff. hiervor.

¹²³³ Siehe dazu Rz. 364 ff. hiervor.

¹²³⁴ Siehe Rz. 380 hiervor.

¹²³⁵ BSK-BV/REICH, Art. 30 N 11; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, 268 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, 536 ff.; RHINOW/KOLLER et al., 161 ff.; WIEDERKEHR/PLÜSS, 212 ff.

über Streitfragen trifft.¹²³⁶ In Anwendung dieser Kriterien hat das Bundesgericht etwa festgehalten, dass die Zürcher Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte kein Gericht darstelle, da ihre Funktion nicht im Wesentlichen in der Streitentscheidung liege.¹²³⁷ Weiter sei die Aufsichtsbehörde nicht unabhängig, da sie teilweise von praktizierenden Anwältinnen, also potenzieller Konkurrenz (mindestens) einer Verfahrenspartei, besetzt sei.¹²³⁸

- 392 Allerdings sind nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR auch Entscheide von Verwaltungsbehörden zulässig, welche die Anforderungen an ein Gericht nicht erfüllen, solange diese an ein Gericht weitergezogen werden können, welches in Tat- und Rechtsfragen über volle Kognition verfügt.¹²³⁹ Eine über Ermessensüber- oder -unterschreitung sowie Ermessensmissbrauch hinausgehende gerichtliche Ermessensprüfung ist dementsprechend aus verfassungs- und konventionsrechtlicher Sicht entbehrlich.¹²⁴⁰ Mit der Einführung letzter kantonaler Gerichte als Rechtsmittelinstanzen haben diejenigen Kantone, die weiterhin verbindliche Moderationsentscheide vorsehen, die verfassungsrechtlichen Mindestvorgaben erfüllt.¹²⁴¹
- 393 Nach der hier vertretenen Auffassung leidet jedoch auch diese Art des Rechtsschutzes im Vergleich zur Zivilgerichtsbarkeit an einer entscheidenden Schwäche. Wie vorstehend gesehen, führt die Moderationsbehörde in aller Regel keine Parteiverhandlungen oder sonstigen eigenen Beweiserhebungen durch.¹²⁴² Zudem handelt es sich beim «*angemessenen Honorar*» sowie den meisten kantonalen Bestimmungen und Kriterien, welche dieses präzisieren sollen, um mehr oder weniger unbestimmte Rechtsbegriffe.¹²⁴³ Dies hat zur Folge, dass die Moderationsbehörde, die über einen derart weiten und unkontrollierten Ermessensspielraum verfügt, einzig aufgrund der Akten entscheidet. Selbst wenn im späteren Rechtsmittelver-

¹²³⁶ BGE 123 I 87, 91, E. 4.a; BGE 119 Ia 81, 83, E. 3; BGE 115 Ia 183, 186, E. 4.a; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, 268 f.

¹²³⁷ BGE 126 I 228, 233, E. 2.c.cc; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, 270; MÜLLER/SCHEFER, 931; RHINOW/KOLLER et al., 162.

¹²³⁸ BGE 126 I 228, 233 f., E. 2.c.dd; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O.

¹²³⁹ BGE 118 Ia 473, 482 f., E. 6.c, mit Hinweis auf die Praxis des BGer und des EGMR.

¹²⁴⁰ BGE 123 I 87, 90, E. 3.a; MÜLLER/SCHEFER, 916 f., jeweils m.w.H.

¹²⁴¹ DIAGNE, 225 ff., mit besonderer Berücksichtigung der Situation im Kanton Waadt.

¹²⁴² Siehe Rz. 375 hiavor.

¹²⁴³ Vgl. zum Begriff des angemessenen Honorars Rz. 48 ff. hiavor.

fahren Beweiserhebungen und Parteiverhandlungen durchgeführt werden, könnte ein sich dadurch als unangemessen entpuppender Moderationsentscheid in diesem Stadium nicht mehr korrigiert werden.

Zwar verfügt auch die zivilgerichtliche Berufungsinstanz «*nur*» über volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen und übt ebenfalls keine volle Ermessenskontrolle aus (Art. 310 ZPO). Liegt der Streitwert unter 10'000 Franken, beschränkt sich die volle Kognition der Beschwerdeinstanz sogar nur auf die Rechtsanwendung (Art. 308 Abs. 2 *e contrario* i.V.m. Art. 319 lit. a und Art. 320 ZPO).¹²⁴⁴ Allerdings geht den Rechtsmitteln der Zivilprozessordnung im Gegensatz zu Moderationsverfahren ein Erkenntnisverfahren mit mündlicher Hauptverhandlung und mindestens einfachem Schriftenwechsel voraus. Somit erhebt das erstinstanzliche Gericht, das sein Ermessen ausübt, auch die für das Verfahren massgebenden Beweise. Auf diese Weise kann das Zivilgericht sein Ermessen auf ein vollständigeres und unmittelbareres Bild vom Fall stützen als die Moderationsbehörde. Dies mag zwar verfassungsrechtlich nicht unbedingt erforderlich sein, stellt aber nach der hier vertretenen Auffassung mehr als eine blosser Annehmlichkeit dar.

c. Entbehrlichkeit des Moderationsverfahrens durch Schlichtungsobligatorium

Die vorstehend geäusserte Kritik am staatlichen, für das Zivilgericht verbindlichen Moderationsverfahren soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Ziele dieses kantonalrechtlichen Instituts nach wie vor berechtigt sind. So ist ein schnelles und kostenloses oder zumindest kostengünstiges Verfahren zur Beurteilung bestrittener Anwaltsrechnungen nicht verkehrt, damit, in ZÜRCHERS Worten, «*nicht aus dem erledigten Prozesse ein neuer Prozeß entstehe*».¹²⁴⁵ Daran hat sich in den letzten gut 100 Jahren wenig geändert.

Grundlegend verändert haben sich jedoch die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen, unter welchen Anwältinnen ihren Beruf ausüben. Insbesondere muss heute in den meisten Fällen eine Partei, die einen Anspruch vor Gericht einklagen will, vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchlaufen (Art. 197 ZPO).¹²⁴⁶ Die Ausnahmebestimmungen nach Art. 198 ZPO finden auf Honorarstreitigkei-

¹²⁴⁴ Vgl. dazu eingehend STEINER, 42 ff.

¹²⁴⁵ ZÜRCHER, 124.

¹²⁴⁶ BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/EGLI, Art. 197 N 5; BSK-ZPO/INFANGER, Art. 197 N 1; OFK-ZPO/MÖHLER, Art. 197 N 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 363; SUTTER-SOMM, Rz. 932; ZK-ZPO/HONEGGER, Art. 197 N 10.

ten zwischen Anwalt und Mandantschaft in aller Regel keine Anwendung.¹²⁴⁷ Das Schlichtungsverfahren ist zwar bei solchen Streitigkeiten nicht von Bundesrechts wegen kostenlos, doch könnten die Kantone eine Kostenbefreiung gestützt auf Art. 116 Abs. 1 ZPO vorsehen. Zudem belaufen sich die Gerichtskosten eines Schlichtungsverfahrens in aller Regel auf wenige Hundert Franken, und Parteientschädigungen werden nach Art. 113 Abs. 1 ZPO nicht zugesprochen.

- 397 In seiner Funktion vermag das Schlichtungsverfahren die Zielsetzungen eines staatlichen Moderationsverfahrens mindestens gleich gut zu erfüllen.¹²⁴⁸ Da die Schlichtungsbehörde bei verfassungskonformer Auslegung von Art. 3 ZPO unabhängig und unparteilich sein muss,¹²⁴⁹ gewährleistet auch ein Schlichtungsverfahren die Überprüfung der im Streit liegenden Honorarforderung durch eine unabhängige Drittperson. Im Vergleich zu denjenigen Fällen, in welchen das Moderationsverfahren von der kantonalen Anwaltsaufsichtskommission durchgeführt wird, verfügt die Schlichtungsbehörde sogar regelmässig über eine höhere Unabhängigkeit, da diese in aller Regel nicht von praktizierenden Anwältinnen besetzt ist.¹²⁵⁰
- 398 Allfälligen Bedenken betreffend die Qualifikation der Schlichterinnen kann im Rahmen der kantonalen Hoheit in der Gerichts- und Behördenorganisation nach Art. 3 ZPO begegnet werden. So werden etwa im Kanton Basel-Stadt sämtliche Schlichtungsverfahren entweder durch Präsidentinnen des Zivilgerichts oder durch für diese Aufgabe gewählte Gerichtsschreiberinnen durchgeführt.¹²⁵¹ Diejenigen Kantone, in welchen das Schlichtungsverfahren im Allgemeinen von einer Friedensrichterin geführt wird, könnten bei Bedarf auch für Honorarstreitigkeiten eine separate Zuständigkeitsregelung vorsehen, um die Qualifikation der Schlichterinnen sicherzustellen.¹²⁵²

¹²⁴⁷ Dies wäre höchstens denkbar, wenn die Anwältin über einen provisorischen Rechtsöffnungstitel in Form einer Schuldanererkennung verfügen würde (Art. 198 lit. a i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO).

¹²⁴⁸ So auch BOHNET, *fixation*, 39, der sich bereits vor Inkrafttreten der ZPO für ein Schlichtungsobligatorium anstelle eines Moderationsverfahrens aussprach.

¹²⁴⁹ SUTTER-SOMM, Rz. 945.

¹²⁵⁰ Vgl. dazu BGE 126 I 228, 233 f., E. 2.c.dd; MÜLLER/SCHEFER, 931, sowie Rz. 391 hiavor.

¹²⁵¹ § 6 Abs. 2 GOG-BS; dazu SUTTER-SOMM, Rz. 944.

¹²⁵² Für diese Lösung BOHNET, *fixation*, 39. In einem ähnlichen Sinne sehen etwa verschiedene Kantone vor, dass in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nicht die Friedensrichterämter, sondern die Präsidien des Zivil- oder Arbeitsgerichts als Schlichtungsbehörden (vgl. etwa § 2 lit. e EG ZPO-BL; § 4 lit. b EG ZPO-AG).

Nicht zuletzt führt die Kombination eines Moderationsverfahrens mit einem Schlichtungsverfahren zu Doppelspurigkeiten und steht damit dem Ziel der Verfahrenseffizienz entgegen. Sowohl die Moderationsbehörde als auch die Schlichtungsbehörde werden in erster Linie versuchen, zwischen den Parteien eine Einigung herbeizuführen und so einen zeit- und kostenintensiven Zivilprozess zu verhindern.¹²⁵³ Zu diesem Zweck eignet sich das Schlichtungsverfahren schon aufgrund seiner formlosen Mündlichkeit¹²⁵⁴ besser als das im Regelfall schriftliche Moderationsverfahren. Kommt es im zuerst eingeleiteten Verfahren (d.h. in der Regel im Moderationsverfahren) zu einem Vergleich, so erübrigen sich sowohl Schlichtungs- als auch Erkenntnisverfahren. Wenn hingegen die Einigungsbemühungen scheitern und das Anwaltshonorar autoritativ und für die Zivilgerichtsbarkeit bindend festgesetzt wird, so müssen die Parteien gleichwohl einen Schlichtungsversuch hinter sich bringen, um einen vollstreckbaren Entscheid zu erhalten. Ein solcher ist in diesem Stadium bestenfalls unnötig und schlimmstenfalls aussichtslos. Wohl auch damit dürfte sich die in der Lehre allseits festgestellte geringe praktische Relevanz staatlicher Moderationsverfahren erklären lassen.¹²⁵⁵

C. Verbandsinterne Moderationsverfahren

1. Wesen und Funktion der Anwaltsverbände

Um die verbandsinternen Moderationsverfahren einerseits von den staatlichen abzugrenzen und andererseits die Kompetenzen und Schranken dieser Verfahren zu verstehen, rechtfertigt es sich, in der gebotenen Kürze die Rolle der Anwaltsverbände im geltenden Anwaltsrecht zu beleuchten. Insbesondere aus terminologischen Gründen scheint eine gewisse Verwechslungsgefahr mit den kantonalen Aufsichtsbehörden zu bestehen: Während sich manche Kantonalverbände als «*Kammern*» bezeichnen, nennen manche Kantone ihre Aufsichtsbehörden als «*Anwaltskammer*» bzw. «*Chambre des avocats*».¹²⁵⁶ Von zentraler Bedeutung ist

¹²⁵³ COURBAT, JdT 2018 III 226; SUTTER-SOMM, Rz. 928, 933; ZK-ZPO/JENNY, Art. 105 N 10; ZK-ZPO/HONEGGER, Art. 197 N 4. Vgl. zudem Art. 51 Abs. 4 LPAV-VD; Botschaft ZPO, 7328.

¹²⁵⁴ Vgl. den Wortlaut von Art. 201 Abs. 1 ZPO: «*Die Schlichtungsbehörde versucht in formloser Verhandlung, die Parteien zu versöhnen. [...]*»

¹²⁵⁵ DIAGNE, I; ZOTSANG, 187.

¹²⁵⁶ Vgl. § 11 Abs. 1 AnwG-SO; Art. 11 AnwG-AI; Art. 5 Abs. 1 AnwG-SG; Art. 11 Abs. 1 LPAV-VD; Art. 8 Abs. 1 LAV-JU. Der baselstädtische Anwaltsverband nennt sich «*Advokatenkammer*» (§ 1 Statuten AKBS; TARNUTZER-MÜNCH/SCHAUB, 151),

aber, dass die Aufsichtsbehörden die ihnen in Art. 14 BGFA zugeordnete Rolle als Hüterinnen der Berufsregeln wahrnehmen.¹²⁵⁷ Demgegenüber handelt es sich bei den Anwaltsverbänden meist um privatrechtliche Vereine, in welchen sich die im jeweiligen Kanton praktizierenden Anwältinnen zusammengeschlossen haben.¹²⁵⁸

- 401 Im Gegensatz zu den Aufsichtsbehörden sind die Anwaltsverbände im BGFA mit keinem Wort erwähnt, weshalb ein Kanton von Bundesrechts wegen auch keinen Anwaltsverband haben muss. Dennoch haben fast alle Kantone ihren eigenen Anwaltsverband, und jede in der Schweiz praktizierende Anwältin kann Mitglied eines Anwaltsverbandes sein.¹²⁵⁹ Die Mitgliedschaft in einem kantonalen Anwaltsverband ist zwar freiwillig, doch sind die allermeisten Anwältinnen einem Verband angeschlossen.¹²⁶⁰ Die damals bereits existierenden kantonalen Anwaltsverbände haben sich ihrerseits bereits 1898 zum Schweizerischen Anwaltsverband SAV zusammengeschlossen.¹²⁶¹ Mitglied des SAV ist, wer Aktivmitglied eines kantonalen Anwaltsverbandes ist.¹²⁶² Sowohl der SAV als auch die kantonalen

der schaffhausische «Anwaltskammer» (<http://www.shav.ch/>, besucht am 3. November 2021).

¹²⁵⁷ BOHNET/MARTENET, 801 ff.; BRUNNER/HENN/KRIESI, 234 f.; CHAPPUIS/GURTNER, 297 ff.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 684 ff. Vgl. ferner die einschlägigen Kommentierungen im CR-LLCA sowie bei FELLMANN/ZINDEL.

¹²⁵⁸ In den Kantonen Tessin und Jura sind die Anwaltsverbände kraft kantonalen Gesetzesbestimmung Körperschaften des öffentlichen Rechts, vgl. Art. 3 LAVV-TI und Art. 7 Abs. 1 LAV-JU. Dazu FRIGERIO, 215; SCHWARZ, 113 (Fn. 31).

¹²⁵⁹ Die beiden Appenzell sowie die Kantone Obwalden und Nidwalden haben jeweils einen gemeinsamen Anwaltsverband. Die Advokatenkammer Basel und der Basellandschaftliche Anwaltsverband BLAV sind zwar selbstständige Vereine, verfügen aber über eine gemeinsame Geschäftsführung und einen gemeinsamen Internetauftritt (<https://akbs.ch/> resp. <https://blav.ch/>, besucht am 31. Oktober 2021). Der Advokatenkammer Basel können auch im Kanton Basel-Landschaft praktizierende Anwältinnen angehören (vgl. § 3 Statuten AKBS).

¹²⁶⁰ Nach einer dem Verfasser am 25. Juli 2019 erteilten E-Mail-Auskunft führt der SAV keine Statistik darüber, wie hoch der Anteil der SAV-Mitglieder unter den registrierten Anwältinnen ist. Geschätzt betrage dieser Anteil jedoch rund 90%. Vgl. auch BOHNET/MARTENET, 121; TARNUTZER-MÜNCH/SCHAUB, 151.

¹²⁶¹ BOHNET/MARTENET, 27; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1060; RIEDI, 32 ff.; SCHÄDELIN/MARGUTH/LABBÉ/BACHMANN, 10.

¹²⁶² Art. 3 Statuten SAV; § 8 Statuten ZAV; Art. 1 Statuten BAV/AAB; § 4 Abs. 3 Statuten AVSZ; Art. 3 Statuten SGAV; Art. 6 Abs. 3 Statuten GRAV; Art. 4 Statuten ODA-GE; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1064.

Anwaltsverbände bezwecken unter anderem die Interessensvertretung des Berufsstandes nach aussen und die Förderung der Weiterbildung der schweizerischen Anwaltschaft.¹²⁶³

Zu den Aufgaben der Verbände gehört auch eine gewisse Qualitätskontrolle, nicht zuletzt, um das Ansehen des Berufsstandes in der Öffentlichkeit zu wahren.¹²⁶⁴ So hat der SAV im Jahr 2005 die Schweizerischen Standesregeln SSR erlassen, welche die vorherigen kantonalen Standesregeln grösstenteils abgelöst haben.¹²⁶⁵ Die SSR können unter Umständen zur Präzisierung und Auslegung der Berufsregeln, insbesondere der Sorgfaltspflicht nach Art. 12 lit. a BGFA, herangezogen werden.¹²⁶⁶ Darüber hinaus haben sie keine Gesetzeskraft, sondern gründen einzig auf der Selbstverpflichtung der Verbandsmitglieder, diese einzuhalten.¹²⁶⁷ Um die Einhaltung der Standesregeln sicherzustellen, haben die meisten Anwaltsverbände Ehrengerichte eingesetzt oder den Vorstand mit verbandsinterner Disziplinargewalt ausgestattet.¹²⁶⁸

¹²⁶³ Art. 1 Statuten SAV; § 1 Statuten ZAV; Art. 2 Statuten BAV/AAB; Art. 2 Statuten LAV; § 2 Statuten AVSZ; § 1 Abs. 2 AVZG; Art. 2 Abs. 1 Statuten OAF/FAV; Art. 3 Statuten SOLAV; § 2 Statuten AKBS, dazu TARNUTZER-MÜNCH/SCHAUB, 151; Art. 2 Statuten BLAV; Art. 2 Statuten SGAV; Art. 2 Abs. 1 Statuten GRAV; § 2 Statuten AAV; Art. 1 Statuten TAV; Art. 3 Statuten OATI; Art. 2 Statuten OAVS/WAV; Art. 2 Statuten OAN; Art. 2 Statuten ODAGE; Art. 2 Statuten OAJ.

¹²⁶⁴ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1059; FELLMANN/SIDLER, 1 f.; HECKENDORN, 67. Vgl. ferner die in Fn. 1263 hiervor zitierten Statutenbestimmungen.

¹²⁶⁵ BOHNET/MARTENET, 120 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1074, anders als dort angegeben finden sich auf der Website des Urner Anwaltsverbandes allerdings inzwischen keine kantonalen Standesregeln mehr.

¹²⁶⁶ Botschaft BGFA, 6039 f.; BGE 108 Ia 316, 319, E. 2.b.bb; BRUNNER/HENN/KRIESI, 259; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1088; FELLMANN/SIDLER, 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 636; STAEHELIN, Anwaltsrevue 2009, 440; STERCHI, Anwaltsrevue 2009, 494. Dazu mit Vorbehalten MÜLLER/EIHLER, 1474.

¹²⁶⁷ So ausdrücklich Art. 4 Statuten BAV/AAB; Art. 17 Abs. 1 Statuten LAV; § 5 Statuten AVSZ; § 4 Abs. 3 Statuten AVZG; Art. 4 lit. e Statuten SOLAV; § 17 Statuten AKBS; Art. 9 Abs. 1 Statuten BLAV; Art. 5 Statuten SGAV; Art. 10 Abs. 1 Statuten GRAV; § 7 Statuten AAV; Art. 3 Abs. 2 Statuten OAVS/WAV. Dazu BOHNET/MARTENET, 121; BRUNNER/HENN/KRIESI, 257 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1065; SCHWARZ, 113; WOLFFERS, 30.

¹²⁶⁸ Diese werden unter Umständen auch anders bezeichnet, z.B. «Standesgericht», «Standeskommission» oder «Disziplinarkommission» o.ä. Vgl. FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1108; SCHWARZ, 116, sowie im Einzelnen § 16 Abs. 1 Statuten ZAV; Art. 23 Abs. 1 Statuten BAV/AAB; Art. 30 Statuten LAV; § 16 Statuten AVSZ; § 16 Statuten AVZG; Art. 20^{bis} Abs. 1 Statuten OAF/FAV; Art. 5 lit. b Reglement Standeskom-

- 403 Zu früheren Zeiten waren die Anwaltsverbände, teils mit, teils ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung, dafür zuständig, Tarife für die nichtforensische Anwaltstätigkeit zu erlassen, während die Entschädigung für die forensische Tätigkeit in der Regel von den staatlichen Tarifen geregelt war.¹²⁶⁹ Die Mitglieder eines bestimmten Anwaltsverbandes verpflichteten sich diesem gegenüber, den jeweiligen Verbandstarif ihrer Mandantschaft gegenüber anzuwenden.¹²⁷⁰ Nach Einführung des Kartellgesetzes Mitte der 1990er-Jahre gerieten diese Tarife als vermutungsweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in die Kritik, weshalb sie um die Jahrtausendwende abgeschafft wurden.¹²⁷¹ Nicht verschwunden sind jedoch in manchen Kantonalverbänden die internen Kontrollgremien, welche ursprünglich die Aufgabe hatten, die Einhaltung der Verbandstarife zu überprüfen.¹²⁷² Obwohl oder gerade weil es sich bei den verbandsinternen Moderationsverfahren um ein Relikt aus vergangenen Tagen handelt, soll im Nachfolgenden untersucht werden, welche Befugnisse die Moderationsorgane haben und welche Aufgabe ihnen unter den stark veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen zukommen sollten.

2. Verfahren und Entscheid

- 404 Die Einzelheiten des Moderationsverfahrens sind von den kantonalen Anwaltsverbänden recht unterschiedlich, aber oft nur rudimentär geregelt.¹²⁷³ Manche Verbände sehen für die Prüfung von Honorarrechnungen eine eigene Kommission

mission SOLAV; §§ 33 ff. Statuten AKBS, dazu TARNUTZER-MÜNCH/SCHAUB, 152; Art. 26 Statuten SGAV; Art. 22 Statuten GRAV; § 18 Statuten AAV; Art. 8 Abs. 1 Statuten TAV; Art. 21 Abs. 3 Statuten OATI; Art. 17 Abs. 5 Statuten OAN; Art. 21 Statuten OAVS; Art. 41 Statuten ODAGE.

¹²⁶⁹ Vgl. z.B. Art. 16 Abs. 2 aFG-BE; FREY, Anwaltsgebührentarif, 32; HÖCHLI, 96; STERCHI, Komm. aFG-BE, 70; TERCIER, Schweizer Anwalt 1996, 8.

¹²⁷⁰ BÜHLER, Diss., 47 f.; KINDLER/LANG, 11. Vgl. zu den Wirkungen solcher privatrechtlichen Tarife auf das Auftragsverhältnis GAUTSCHI, Auftrag, Art. 394 N 77c.

¹²⁷¹ CHAPPUIS, 574 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1098; FRIGERIO, 218; HAUSER, 93; KINDLER/LANG, 9 ff.; STAEHELIN, ANWALTSREVUE 2009, 442; TERCIER, Schweizer Anwalt 1996, 9 f. Dazu kritisch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 652.

¹²⁷² Vgl. BRUNNER/HENN/KRIESI, 258; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 500 (Fn. 1209); LUTERBACHER, HAVE 2011, 313 f.

¹²⁷³ Soweit ersichtlich haben nur manche Kantonalverbände überhaupt ein Verfahrensreglement erlassen, welches selten mehr als fünf bis sieben Artikel umfasst. Die übrigen Kantone regeln das Verfahren in wenigen Statutenbestimmungen.

vor,¹²⁷⁴ andere weisen diese Aufgabe ihrem Vorstand oder einer Delegation desselben zu,¹²⁷⁵ wiederum andere übertragen die Moderation ihrem Ehrengericht.¹²⁷⁶ Das Moderationsverfahren kann sowohl von der Mandantschaft als auch vom honorarberechtigten Anwalt eingeleitet werden.¹²⁷⁷ Da den Anwaltsverbänden wie gezeigt keine hoheitlichen Befugnisse zukommen, muss sich Letzterer jedoch von der Mandantschaft oder der Aufsichtsbehörde vom Berufsgeheimnis entbinden lassen.¹²⁷⁸

Das Verfahren ist bei allen Verbänden, die ein solches kennen, relativ informell und kostengünstig oder sogar kostenlos ausgestaltet.¹²⁷⁹ Grundlage für die Beurteilung bilden eine allfällige Honorarvereinbarung sowie die streitgegenständliche detaillierte Honorarrechnung.¹²⁸⁰ Sowohl die Mandantschaft als auch die Rechtsvertretung müssen schriftlich und/oder mündlich angehört werden, ein eigentliches Beweisverfahren ist jedoch nicht in allen Kantonalverbänden vorgesehen.¹²⁸¹ 405

¹²⁷⁴ Vgl. § 18 Statuten ZAV; Art. 18 Abs. 2 Ziff. 9 Statuten BAV/AAB; § 41 Abs. 1 Statuten AKBS; Art. 20 Abs. 1 Statuten TAV; Art. 14 Abs. 1 Statuten OAVS/WAV.

¹²⁷⁵ Vgl. Art. 24 Abs. 1 Statuten SGAV.

¹²⁷⁶ Vgl. § 18 Statuten AVSZ; Art. 4 Reglement Standeskommission SOLAV; Art. 22 Statuten GRAV.

¹²⁷⁷ Art. 3 Reglement Honorarschlichtungsstelle BAV/AAB; § 18 Abs. 1 Statuten AVSZ; Art. 4 Reglement Standeskommission SOLAV; Ziff. 2.2 Reglement Moderationsausschuss AKBS; Art. 24 Abs. 2 Statuten SGAV; Art. 26 Abs. 1 Statuten GRAV. Implizit wohl auch § 19 Statuten ZAV und Art. 15 Abs. 2 Statuten OAVS/WAV, welche nicht näher auf die Identität der gesuchstellenden Partei eingehen.

¹²⁷⁸ So ausdrücklich § 5 Abs. 4 Reglement Honorarkommission ZAV; Art. 3 Abs. 2 Reglement Honorarschlichtungsstelle BAV/AAB; Ziff. 3.1. Reglement Moderationsausschuss AKBS. Die Kantone Solothurn und St. Gallen machen das Moderationsverfahren sogar von der Zustimmung der Mandantschaft abhängig (Art. 4 Reglement Standeskommission SOLAV; Art. 24 Abs. 2 Statuten SGAV). Vgl. auch BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 44. Siehe zur Problematik von Honorarinkasso und Berufsgeheimnis im Einzelnen Rz. 465 ff. hiernach.

¹²⁷⁹ Zu den Kosten vgl. § 8 Reglement Honorarkommission ZAV (max. CHF 500.00); Art. 6 Reglement Honorarschlichtungsstelle BAV/AAB (max. CHF 500.00); Art. 7 Reglement Honorarkommission TAV (kostenlos); Art. 17 Abs. 1 Statuten OAVS/WAV (max. CHF 300.00).

¹²⁸⁰ So ausdrücklich § 4 Abs. 3 Reglement Honorarkommission ZAV; Art. 3 Abs. 3 Reglement Honorarschlichtungsstelle BAV/AAB. Zur Rechenschaftspflicht der Anwältinnen siehe Rz. 295 ff. hiervor.

¹²⁸¹ Vgl. § 7 Abs. 5 Reglement Honorarkommission ZAV. Wenn überhaupt, scheint in einem derartigen Verfahren bloss die Abnahme einer überschaubaren Menge an Urkundenbeweisen praktikabel.

Wie bereits im Zusammenhang mit dem staatlichen Moderationsverfahren aufgezeigt, ist an sich nur der Stundensatz, nicht jedoch die Stundenzahl einer Angemessenheitsprüfung zugänglich.¹²⁸² Wurde für die Mandatsführung nämlich mehr Aufwand betrieben als geboten gewesen wäre, so müsste sich das Moderationsorgan mit der zivilrechtlichen Frage auseinandersetzen, ob der Auftrag schlecht erfüllt wurde.¹²⁸³

- 406 Da die Moderationsorgane der Anwaltsverbände keine gerichtlichen Befugnisse haben, steht es ihnen nicht zu, autoritativ über die Höhe des Honoraranspruchs zu entscheiden.¹²⁸⁴ Ziel des verbandsinternen Moderationsverfahrens ist (nebst einer gewissen «*sozialen Kontrolle*» durch Berufskolleginnen) vielmehr eine einvernehmliche Beilegung der Honorarstreitigkeit.¹²⁸⁵ Der Moderationsentscheid ist dementsprechend eher als Vergleichsvorschlag denn als Urteil zu qualifizieren.¹²⁸⁶ Ein im Rahmen des Moderationsverfahrens getroffener Vergleich sollte jedoch unter den üblichen Voraussetzungen von Art. 82 SchKG als provisorischer Rechtsöffnungstitel für die Honorarforderung dienen können.¹²⁸⁷ Kommt es auch vor dem Moderationsausschuss nicht zu einer Einigung, so ist die Rechtslage grundsätzlich gleich wie nach dem Scheitern (sonstiger) aussergerichtlicher Vergleichsverhandlungen. Den Parteien steht der ordentliche Prozessweg offen, wenn sie die Honorarforderung autoritativ prüfen lassen möchten.¹²⁸⁸

¹²⁸² So ausdrücklich § 5 Abs. 2 Reglement Honorarkommission ZAV. Siehe zu dieser Problematik Rz. 364 ff. hiervor.

¹²⁸³ Siehe zur Schlechterfüllung durch unnötigen Mehraufwand insbesondere Rz. 48 ff. hiervor, sowie zu den Wirkungen der Schlechterfüllung auf den Honoraranspruch Rz. 85 ff. hiervor.

¹²⁸⁴ Diesbezüglich anders Art. 15 Abs. 2 Statuten OAVS/WAV: «*Sofern ein Klient die Schiedskammer anruft, um ihr eine Streitigkeit vorzulegen, ist das Vereinsmitglied gehalten, die Kompetenz der Kammer zu akzeptieren.*» Zur statutarischen Schiedsklausel dieses Verbandes siehe Rz. 418 ff. hiernach.

¹²⁸⁵ Vgl. TARNUTZER-MÜNCH/SCHAUB, 152.

¹²⁸⁶ So ausdrücklich § 7 Abs. 6 Reglement Honorarkommission ZAV; Art. 4 Abs. 3 Reglement Honorarschlichtungsstelle BAV/AAB; Art. 4 Reglement Standeskommission SOLAV; § 46 Statuten AKBS; Art. 24 Abs. 4 Statuten SGAV; Art. 5 Abs. 1 Reglement Honorarkommission TAV; Art. 16 Abs. 1 Statuten OAVS/WAV.

¹²⁸⁷ Siehe zur analogen Überlegung bei staatlichen Moderationsverfahren Rz. 379 hiervor.

¹²⁸⁸ VGer ZH, VB.2016.00256 vom 29. September 2016, E. 4.

3. Moderation als Mediation?

Obwohl es nach einem gescheiterten Moderationsversuch eher unwahrscheinlich sein dürfte, dass sich die Parteien doch noch vergleichen, entbindet das Moderationsverfahren nicht vom Obligatorium eines Schlichtungsverfahrens nach Art. 197 ZPO.¹²⁸⁹ Ein Verzicht auf das obligatorische Schlichtungsverfahren ist jedoch möglich, wenn alle Parteien beantragt haben, das Schlichtungsverfahren durch eine Mediation zu ersetzen.¹²⁹⁰ Daher stellt sich die Frage, ob das Moderationsverfahren als Mediation qualifiziert werden könnte, mit der Folge, dass mit einem entsprechenden Antrag kein Schlichtungsversuch mehr erforderlich wäre.

Die Zivilprozessordnung kennt keine Legaldefinition der Mediation.¹²⁹¹ Insbesondere sind dem Gesetz keine Anforderungen an eine bestimmte Zertifizierung der Mediationsperson zu entnehmen.¹²⁹² Allerdings bietet der SAV sogar eine Ausbildung in Mediation an, mit welchen die teilnehmenden Mitglieder den Titel «*Mediator/in SAV*» erlangen können.¹²⁹³ Fachliche Kompetenz könnte also auch in den verbandsinternen Moderationsorganen durchaus vorhanden sein.¹²⁹⁴ Die allgemeinen Ausstandsgründe nach Art. 47 ZPO gelten zwar für die Mediationsperson sinngemäss.¹²⁹⁵ Allerdings dürfte der Umstand, dass diese Mitglied im selben

¹²⁸⁹ Vgl. BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/EGLI, Art. 197 N 5; BSK-ZPO/INFANGER, Art. 197 N 1; OFK-ZPO/MÖHLER, Art. 197 N 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 363; ZK-ZPO/HONEGGER, Art. 197 N 10. Soweit ersichtlich ist auf Anwaltshonorarstreitigkeiten im Normalfall keiner der Ausnahmetatbestände nach Art. 198 ff. ZPO anwendbar.

¹²⁹⁰ Art. 213 Abs. 1 ZPO. Dazu Botschaft ZPO, 7336; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 314 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 380 ff.; SUTTER-SOMM, Rz. 992 ff. Vgl. ferner die einschlägigen Kommentierungen zu Art. 213 ZPO.

¹²⁹¹ BK-ZPO/PETER, Vor Art. 213–218 N 35; BSK-ZPO/GELZER/RUGGLE, Vor Art. 213–218 N 8; ZK-ZPO/LIATOWITSCH/MORDASINI, Art. 213 N 22a.

¹²⁹² Botschaft ZPO, 7335 f.; BSK-ZPO/GELZER/RUGGLE, Vor Art. 213–218 N 12; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 213 N 4; KuKo-ZPO/GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Vor Art. 213–218 N 12; OFK-ZPO/MÖHLER, Art. 213 N 11; ZK-ZPO/LIATOWITSCH/MORDASINI, Art. 213 N 31.

¹²⁹³ Vgl. hierzu die entsprechenden Reglemente des SAV, abrufbar unter <https://www.sav-fsa.ch/de/weiterbildung/mediation/reglemente.html>, besucht am 6. November 2021.

¹²⁹⁴ So verfügt in den zürcherischen, solothurnischen, baselstädtischen und St. Galler Moderationsorganen mindestens ein Mitglied oder Ersatzmitglied über eine Ausbildung als Mediator/in SAV (Stand: November 2021).

¹²⁹⁵ BK-ZPO/PETER, Vor Art. 213–218 N 10; BSK-ZPO/GELZER/RUGGLE, Vor Art. 213–218 N 9; OFK-ZPO/MÖHLER, Art. 213 N 10. Zur Unabhängigkeitsproblematik bei als Schiedsgericht eingesetzten Moderationsorganen siehe Rz. 412 hiernach.

Anwaltsverband ist wie die honorarberechtigte Anwältin, nach den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen für den Anschein einer Befangenheit nicht genügen.¹²⁹⁶

- 409 In ihrer Natur unterscheiden sich Mediation und Moderation hingegen doch beträchtlich: Mediation zeichnet sich gerade dadurch aus, dass die Parteien ihre Lösung in einem geführten Prozess selbst erarbeiten, wobei die Rechtslage nur einer von mehreren zu berücksichtigenden Aspekten ist.¹²⁹⁷ Demgegenüber mündet das Moderationsverfahren in einem Vergleichsvorschlag des Moderationsorgans, welcher auf der Auslegung der massgebenden objektiven und subjektiven Rechtsnormen beruht.¹²⁹⁸ Deshalb erscheint das Moderationsverfahren in seinem Charakter dem staatlichen Schlichtungsverfahren ähnlicher als der Mediation.¹²⁹⁹ *De lege lata* würde die Qualifikation eines Moderationsverfahrens als Mediation somit den Sinn und Zweck von Art. 213 ff. ZPO recht stark strapazieren. *De lege ferenda* könnte hingegen geprüft werden, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Moderationsverfahren das behördliche Schlichtungsverfahren ersetzen könnte.

¹²⁹⁶ Vgl. BGE 147 III 89, 95 f., E 5.2; BGer 5A_625/2019 vom 22. Juli 2020, E. 5.2.2; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 47 N 13; KuKo-ZPO/KIENER, Art. 47 N 18. Im Übrigen kennen sich auch das Gerichtspersonal und die Anwältinnen innerhalb eines Kantons fast zwangsläufig in einem gewissen Umfang. Vgl. jedoch BGer 5A_738/2017 vom 25. Oktober 2018, E. 3.

¹²⁹⁷ Vgl. BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 465; OFK-ZPO/MÖHLER, Art. 213 N 7; SUTTER-SOMM, Rz. 990; ZK-ZPO/LIATOWITSCH/MORDASINI, Art. 213 N 24 ff.

¹²⁹⁸ § 7 Abs. 6 Reglement Honorarkommission ZAV; Art. 4 Abs. 3 Reglement Honorarschlichtungsstelle BAV/AAB; Art. 4 Reglement Standeskommission SOLAV; § 46 Statuten AKBS; Art. 24 Abs. 4 Statuten SGAV; Art. 5 Abs. 1 Reglement Honorarkommission TAV; Art. 16 Abs. 1 Statuten OAVS/WAV. Siehe ferner Rz. 406 hiavor.

¹²⁹⁹ CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 213 N 2; OFK-ZPO/MÖHLER, Art. 213 N 8; a.A. offenbar BSK-ZPO/GELZER/RUGGLE, Vor Art. 213–218 N 2c, wonach die «rechtsorientierte Mediation» der Aufgabe von Schlichtungsbehörden entspreche, indem namentlich Lösungsvorschläge unterbreitet würden.

4. Das Moderationsorgan als Schiedsgericht

a. Zulässigkeit

Manche kantonalen Anwaltsverbände sehen in ihren Statuten die Möglichkeit vor, den Moderationsausschuss mittels einer entsprechenden Schiedsabrede als Schiedsgericht einzusetzen.¹³⁰⁰ Demgegenüber verbieten die Kantone St. Gallen und Appenzell-Innerrhoden ausdrücklich, strittige Honorarforderungen einem Schiedsgericht zu überlassen.¹³⁰¹ Es fragt sich daher, ob die Kantone überhaupt befugt sind, solche Bestimmungen zu erlassen.

Bereits vorstehend wurde erörtert, dass die Kantone aufgrund des relativ geringen Regelungsgehaltes des BGFA im Bereich des Anwaltsrechts über gewisse Rechtsetzungskompetenzen verfügen oder zu verfügen glauben.¹³⁰² Allerdings sind die Binnenschiedsgerichtsbarkeit im 3. Teil der Zivilprozessordnung und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im 12. Kapitel des IPRG bundesrechtlich abschliessend geregelt, darunter auch die Frage, welche Streitigkeiten schiedsfähig sind.¹³⁰³ Der Binnenschiedsgerichtsbarkeit zugänglich sind alle Ansprüche, über welche die Parteien frei verfügen können. Dies ist der Fall, wenn die Parteien auf das in Frage stehende Recht verzichten oder die Streitigkeit darüber mittels Vergleichs oder Anerkennung regeln können.¹³⁰⁴ Schiedsfähig im Sinne von Art. 177 Abs. 1 IPRG sind grundsätzlich alle vermögensrechtlichen Ansprüche.¹³⁰⁵ Anwaltliche Honoraransprüche sind vermögensrechtlicher Natur und können mittels Verzichts, Anerkennung oder Vergleichs geregelt werden. Deshalb sind sie von

¹³⁰⁰ § 23 Abs. 2 Statuten ZAV; § 45 lit. a Statuten AKBS; Art. 27 Statuten GRAV. Vgl. auch HÖCHLI, 112 f. Zur statutarischen Schiedsklausel des Walliser Anwaltsverbandes siehe Rz. 418 ff. hiernach.

¹³⁰¹ Art. 32 Abs. 2 AnwG-SG; Art. 10 Abs. 2 AnwG-AI.

¹³⁰² Siehe zu dieser Thematik FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2020, 42 ff., sowie Rz. 18 ff. hier-
vor.

¹³⁰³ BERGER/KELLERHALS, 25 f.; VOGT/SCHMIDT, 82. Vgl. ferner AMBAUEN, 119; BK-ZPO/PFISTERER, Art. 354 N 3; GÖKSU, 120 ff.; KuKo-ZPO/DASSER, Vor Art. 353–399 N 24, wonach Art. 354 ZPO eine zwingende Bestimmung ist.

¹³⁰⁴ BGE 142 III 220, 230, E. 3.5; AMBAUEN, 152 ff.; BK-ZPO/PFISTERER, Art. 354 N 13 ff.; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 354 N 4; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 353 N 1, Art. 354 N 5; RÜEDE/HADENFELDT, 49; SUTTER-SOMM, Rz. 1607.

¹³⁰⁵ Vgl. dazu BGE 118 II 353, 356, E. 3.b; BGer 1P.113/2000 vom 20. September 2000, E. 1.b; AMBAUEN, 146 ff.; BERGER/KELLERHALS, 68 ff.; GIRSBERGER/VOSER, 127 ff.; GÖKSU, 132 ff.

Bundesrechts wegen schiedsfähig. Für diese Auslegung spricht auch, dass das Freiburger Anwaltsgesetz bis 2010 ebenfalls ein Schiedsverbot kannte, welches aber mit Einführung der Zivilprozessordnung ersatzlos gestrichen wurde.¹³⁰⁶

- 412 Allerdings könnte sich die Zulässigkeit solcher Schiedsverfahren auch ohne ausdrückliche gesetzliche Schiedsverbote als fraglich erweisen. Gemäss Art. 368 Abs. 1 ZPO kann eine Partei ein Schiedsgericht nämlich *in corpore* abberufen, wenn die andere Partei einen überwiegenden Einfluss auf die Ernennung der Mitglieder ausgeübt hat.¹³⁰⁷ Eine gleichlautende Regel fand sich bereits vor dem Inkrafttreten der Zivilprozessordnung in Art. 19 KSG.¹³⁰⁸ Dieser wiederum kodifizierte eine schon damals seit Jahrzehnten bestehende Bundesgerichtspraxis, wonach ein Schiedsgericht, welches eine Streitigkeit zwischen einem Mitglied eines Verbandes und einem Nichtmitglied zu beurteilen hat, nicht Organ dieses Verbandes sein oder von einem Verbandsorgan ernannt werden darf.¹³⁰⁹
- 413 Genau dies ist jedoch in der hier interessierenden Konstellation einer Honorarstreitigkeit praktisch immer der Fall: Die Moderationsgremien sind kraft ausdrücklicher statutarischer Bestimmung stets Verbandsorgane, die entweder vom Vorstand oder von der Mitgliederversammlung ernannt werden. Mitglied der Verbände können sodann immer nur praktizierende Anwältinnen sein.¹³¹⁰ Wenn also nicht ausnahmsweise ein Vertretungsverhältnis zwischen zwei demselben Verband angeschlossenen Anwältinnen zur Disposition steht, müsste die Mandantschaft ein

¹³⁰⁶ aArt. 30 AnwG-FR. Der Staatsrat ging im Zuge dieser Gesetzesrevision nicht spezifisch auf das Schiedsverbot ein, sondern hielt lediglich fest, dass Honorarstreitigkeiten zivilrechtlicher Natur seien, weshalb sie der ZPO unterstünden (Botschaft JG-FR, 55).

¹³⁰⁷ BSK-ZPO/WEBER-STECHER, Art. 368 N 2; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 368 N 2. Das 12. Kapitel des IPRG kennt keine entsprechende Bestimmung (BK-ZPO/SIMON/BUHR, Art. 368 N 4; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/SCHWANDER, Art. 368 N 1; SHK-ZPO/GASSMANN, Art. 368 N 1).

¹³⁰⁸ Botschaft ZPO, 7397; Bericht VE ZPO, 171; BK-ZPO/SIMON/BUHR, Art. 368 N 1 ff.; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/SCHWANDER, Art. 368 N 1; BSK-ZPO/WEBER-STECHER, Art. 368 N 1; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 368 N 1; ZK-ZPO/PFISTERER, Art. 368 N 1.

¹³⁰⁹ BGE 125 I 389 = Pra 2000, Nr. 4, 17 ff., 18, E. 4.a; BGE 107 Ia 155, 161 f., E. 3.b; BGE 97 I 488, 490, E. 1; BGE 84 I 39, 46, E. 5; BGE 80 I 336, 341, E. 4; BGE 76 I 87, 93, E. 4; BGE 72 I 86, 90, E. 2.b; BERGER/KELLERHALS, 288 f.; BK-ZPO/SIMON/BUHR, Art. 368 N 8; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/SCHWANDER, Art. 368 N 3; BSK-ZPO/WEBER-STECHER, Art. 368 N 6; RÜEDE/HADENFELDT, 147; ZK-ZPO/PFISTERER, Art. 368 N 16.

¹³¹⁰ Siehe dazu Rz. 401 hiervor sowie § 3 Abs. 1 Statuten ZAV; § 3 Statuten AKBS; Art. 4 Statuten GRAV; Art. 3 Abs. 2 Statuten OAVS/WAV.

Moderationsorgan als Schiedsgericht stets ablehnen können. Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht überhaupt erst einmal mit einem Schiedsspruch eines Moderationsorgans auseinandergesetzt und in jenem Entscheid die fehlende Unabhängigkeit des Spruchkörpers nicht thematisiert.¹³¹¹

Rechtsfolge einer Ablehnung ist grundsätzlich nicht die Unwirksamkeit der Schiedsabrede als Ganzes, sondern die Bestellung eines neuen Schiedsgerichts.¹³¹² Bei den Moderations-Schiedsverfahren der Anwaltsverbände stellt sich hier ein weiteres Problem, denn die Schiedsabrede dürfte in der Regel nur gerade das Moderationsorgan als Schiedsgericht einsetzen und damit ein unabhängiges Schiedsgericht verunmöglichen. In solchen Fällen kann entweder von einem Dahinfallen der Schiedsvereinbarung als Ganzes ausgegangen werden oder, im Sinne einer Teilnichtigkeit, der *juge d'appui* ein neues Schiedsgericht ernennen.¹³¹³ 414

b. Zuständigkeit, Verfahren und Schiedsspruch

Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts wird von der jeweils massgebenden Schiedsabrede begründet und bestimmt.¹³¹⁴ Sinnvollerweise werden dem Schiedsgericht sowohl die Honorarforderung als solche als auch sämtliche Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich des ihr zugrunde liegenden Mandatsverhältnisses unterstellt.¹³¹⁵ 415
Andernfalls, wenn das als Schiedsgericht bestellte Moderationsorgan nur die Angemessenheit des Honorars beurteilen soll, droht wie beim staatlichen Moderationsverfahren eine überaus unübersichtliche Zersplitterung des Rechtsweges.¹³¹⁶

¹³¹¹ BGer 4A_333/2013 vom 11. Oktober 2013.

¹³¹² Art. 368 Abs. 2 ZPO; BK-ZPO/SIMON/BUHR, Art. 368 N 22; BSK-ZPO/WEBER-STECHER, Art. 368 N 11; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 368 N 7.

¹³¹³ Grundsätzlich für den Hinfall der Schiedsabrede KuKo-ZPO/DASSER, Art. 368 N 7; SHK-ZPO/GASSMANN, Art. 368 N 5; ZK-ZPO/PFISTERER, Art. 368 N 22. Für eine Ernennung durch den *juge d'appui* CR-CPC/SCHWEIZER, Art. 368 N 11; PC-CPC/GÖKSU, Art. 368 N 7. Unklar BSK-ZPO/WEBER-STECHER, Art. 368 N 11.

¹³¹⁴ Art. 357 Abs. 1 ZPO. Dazu BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 455; BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, 479; BERGER/KELLERHALS, 91; BK-ZPO/PFISTERER, Art. 357 N 64; GÖKSU, 196 f.; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 357 N 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 611; SUTTER-SOMM, Rz. 1615.

¹³¹⁵ Deshalb ist der Umfang einer Schiedsabrede auch grosszügig auszulegen, sofern deren Zustandekommen erstellt ist (vgl. z.B. BGE 140 III 134, 139, E. 3.2; BGE 138 III 681, 687, E. 4.4; BERGER/KELLERHALS, 164 ff.; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 357 N 6; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 357 N 7).

¹³¹⁶ Siehe dazu Rz. 380 ff. und 389 ff. hiervor.

Dennoch ist es zulässig, die Schiedsabrede auch nur auf einzelne (Teil-)Ansprüche zu beschränken.¹³¹⁷ Innerhalb des durch die Schiedsvereinbarung abgesteckten Rahmens befindet das Schiedsgericht selbst über seine Zuständigkeit.¹³¹⁸

- 416 Auch das Verfahren steht primär unter der Herrschaft der Parteivereinbarung.¹³¹⁹ Die Regeln der Zivilprozessordnung für staatliche Verfahren finden grundsätzlich keine Anwendung, sodass deren Art. 353–399 grundsätzlich als eigenständiges Gesetz zu verstehen sind.¹³²⁰ Im Rahmen der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit haben die jeweiligen Organisationen deshalb mehr oder weniger umfangreiche Verfahrensreglemente erlassen.¹³²¹ Bei den hier interessierenden Schiedsverfahren der Anwaltsverbände ist dies anders: Soweit ersichtlich hat einzig der Zürcher Anwaltsverband überhaupt eine Schiedsordnung erlassen, welche nicht mehr als 18 Paragraphen umfasst.¹³²² Sofern und soweit keine Verfahrensordnung vorhanden ist, wird diese vom Schiedsgericht selbst festgelegt.¹³²³

¹³¹⁷ BGer 4A_515/2012 vom 17. April 2013, E. 5.2; BK-ZPO/PFISTERER, Art. 357 N 45; RÜEDE/HADENFELDT, 38.

¹³¹⁸ Sog. *Kompetenz-Kompetenz*, vgl. Art. 359 Abs. 1 ZPO und Art. 186 Abs. 1 IPRG. Dazu BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 456; BERGER/KELLERHALS, 236 ff.; BK-ZPO/PFISTERER, Art. 359 N 7 ff.; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/STACHER, Art. 359 N 2; GIRSBERGER/VOSER, 160 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 617; ZK-ZPO/MÜLLER-CHEN/EGGER, Art. 359 N 2.

¹³¹⁹ Art. 373 Abs. 1 ZPO und Art. 182 Abs. 1 IPRG. Dazu BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 457; BERGER/KELLERHALS, 384 ff.; GIRSBERGER/VOSER, 257 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 621; SUTTER-SOMM, Rz. 1638. Vgl. ferner die einschlägigen Kommentierungen zu den vorgenannten Bestimmungen.

¹³²⁰ Botschaft ZPO, 7392; BK-ZPO/PFISTERER, Art. 353 N 5; GASSER/RICKLI, Art. 353 N 2; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 353 N 1; ZK-ZPO/COURVOISIER/WENGER, Vor Art. 353 N 21.

¹³²¹ Vgl. CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 353 N 3; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 503; SUTTER-SOMM, Rz. 1598 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 606 f.

¹³²² Schiedsordnung ZAV. Zum Vergleich: Die *Swiss Rules of International Arbitration* enthalten 45 Artikel und zwei Anhänge, die *ICC Arbitration Rules* 43 Artikel sowie sechs Anhänge.

¹³²³ Art. 373 Abs. 2 ZPO und Art. 182 Abs. 2 IPRG. Dazu BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 457; BERGER/KELLERHALS, 390 ff.; GIRSBERGER/VOSER, 258; SUTTER-SOMM, Rz. 1638; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 621. Vgl. ferner die einschlägigen Kommentierungen zu den vorgenannten Bestimmungen.

Ein weiteres Wesensmerkmal sowohl der nationalen als auch der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit stellen die stark eingeschränkten Rechtsmittel gegen Schiedssprüche dar.¹³²⁴ Solche können nur beim Bundesgericht angefochten werden, es sei denn, die Parteien eines Binnenschiedsverfahrens hätten eine Anfechtung beim zuständigen oberen kantonalen Gericht vereinbart.¹³²⁵ Die Beschwerdeinstanz verfügt über eine im Vergleich mit staatlichen Entscheiden deutlich reduzierte Kognition: eine *révision au fond* ist grundsätzlich ausgeschlossen.¹³²⁶

c. Statutarische Schiedsklauseln

Soweit ersichtlich hat der Walliser Anwaltsverband als einziger bereits in seine Statuten eine Schiedsabrede eingefügt. Diese sehen vor, dass ein Mitglied gehalten ist, die Kompetenz des als Schiedskammer bezeichneten Moderationsorgans zu akzeptieren, wenn dieses von der Mandantschaft angerufen wird.¹³²⁷ Kommt es im anschliessenden Moderationsverfahren nicht zu einem Vergleich, so kann die Mandantschaft schriftlich beantragen, dass «*der Fall in Form eines Schiedsurteils erledigt*» werde.¹³²⁸ Der grosse Unterschied zu den vorstehend behandelten Bestimmungen der Basler, Zürcher und Bündner Verbände liegt also darin, dass der Verzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit nicht auf einer individuellen Abrede zwischen Anwältin und Mandantschaft, sondern bereits durch den Beitritt zum Verband zustande kommt.

Statutarische Schiedsklauseln sind grundsätzlich zulässig. Dies hält seit 1. Januar 2021 das Gesetz ausdrücklich fest und entsprach bereits zuvor der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.¹³²⁹ Gerade im Zuge der aktuell hängigen Aktien-

¹³²⁴ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, 462; GIRSBERGER/VOSER, 462; GÖKSU, 621; RÜEDE/HADENFELDT, 327.

¹³²⁵ Art. 389 Abs. 1 und 2 ZPO und Art. 191 IPRG. Dazu STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 624 f.; SUTTER-SOMM, Rz. 1653. Vgl. ferner die einschlägigen Kommentierungen zu den vorgenannten Bestimmungen.

¹³²⁶ Vgl. die abschliessende Liste der Beschwerdegründe in Art. 393 ZPO und Art. 190 Abs. 2 IPRG. Dazu BERGER/KELLERHALS, 595 ff., 666 ff.; BK-ZPO/MARUGG/NEUKOM CHANEY, Art. 393 N 11 f.; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SELER, Art. 393 N 1; CR-CPC/SCHWEIZER, Art. 393 N 2; GASSER/RICKLI, Art. 393 N 7; GIRSBERGER/VOSER, 461 f.; GÖKSU, 621 ff.; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 393 N 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 631; SUTTER-SOMM, Rz. 1655.

¹³²⁷ Art. 15 Abs. 2 Statuten OAVS/WAV.

¹³²⁸ Art. 16 Abs. 2 Statuten OAVS/WAV.

¹³²⁹ Art. 358 Abs. 2 ZPO und Art. 178 Abs. 4 IPRG; AS 2020, 4179 ff., 4180, 4187. Dazu Botschaft Schiedsgerichtsbarkeit, 7188 ff., 7207; BGer 4A_446/2009 vom 8. Dezem-

rechtsreform wurde das Thema jüngst wieder diskutiert.¹³³⁰ Eine entsprechende Gesetzesbestimmung, Art. 697n OR, wurde nach ungenutztem Ablauf der Referendumsfrist bereits in der Amtlichen Sammlung publiziert, aber noch nicht in Kraft gesetzt.¹³³¹ Allerdings behandeln derartige statutarische Schiedsvereinbarungen grundsätzlich Streitigkeiten unter den Mitgliedern der betreffenden Körperschaft oder aber solche zwischen Mitgliedern und der Körperschaft selbst.¹³³² Dritten kann eine Schiedsabrede grundsätzlich nicht entgegengehalten werden.¹³³³

- 420 Allerdings können in echten Verträgen zu Gunsten Dritter der Versprechende und der Versprechensempfänger eine Schiedsabrede treffen, welche dann auch die Drittbegünstigte bindet.¹³³⁴ Dies bedeutet einerseits, dass die Drittbegünstigte im Umfang der Schiedsabrede die staatliche Gerichtsbarkeit nicht mehr anrufen kann, und andererseits, dass sie, wenn die Gegenpartei ein staatliches Gericht anruft, die

ber 2009, E. 2.2 (nicht publiziert in BGE 136 III 107); BK-ZPO/PFISTERER, Art. 358 N 17; BSK-ZPO/GIRSBERGER, Art. 357 N 29; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 358 N 10; VOGT/SCHMIDT, 75, 83 f.; BÜCHLER/VON DER CRONE, 25. Eine Übersicht über die Entwicklung der Rechtsprechung findet sich bei VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER, 8 ff.

¹³³⁰ Vgl. dazu Botschaft Aktienrechtsrevision, 545 ff.; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 358 N 10, sowie die ausschliesslich diesem Thema gewidmeten Publikationen von ALLEMANN sowie von VOGT/HIRSIGER-MEIER/HOFER.

¹³³¹ AS 2020, 4005 ff., 4032 f., 4063; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 357 N 21a.

¹³³² VOGT/SCHMIDT, 90, 94. Vgl. auch den Wortlaut des neuen Art. 697n Abs. 1 OR *in fine* (AS 2020 4032): «Wenn die Statuten es nicht anders bestimmen, bindet die Schiedsklausel die Gesellschaft, die Organe der Gesellschaft, die Mitglieder der Organe und die Aktionäre.» Von aussenstehenden Personen wie Vertragspartnerinnen oder Gläubigerinnen der Gesellschaft ist nicht die Rede.

¹³³³ Dies ergibt sich bereits aus dem Grundsatz «*Alteri stipulari nemo potest*». Vgl. dazu BGE 145 III 199, 202, E. 2.4; BGer 4A_627/2011 vom 8. März 2012, E. 3.2; BGer 5A_732/2010 vom 17. Januar 2011, E. 3; VOGT/SCHMIDT, 332 ff.; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 357 N 21a.

¹³³⁴ BGer 4A_310/2016 vom 6. Oktober 2016, E. 3.1.1; BGer 4A_627/2011 vom 8. März 2012, E. 3.2; BGer 4A_44/2011 vom 19. April 2011, E. 2.4.1; BK-ZPO/PFISTERER, Art. 358 N 18; MAUERHOFER, 389.

Schiedseinrede erheben kann.¹³³⁵ Ebenfalls zulässig sind optionale Schiedsklauseln, wonach wahlweise entweder die staatlichen Gerichte oder das Schiedsgericht anrufen werden können.¹³³⁶

Im vorliegend interessierenden Fall bindet die statutarische Schiedsklausel nur die Rechtsvertretung, nicht aber die Mandantschaft. Falls nämlich ein Vergleich nicht zustande kommt, steht es dieser frei, einen Schiedsspruch zu beantragen oder nicht. Zum Verzicht auf die Anrufung der staatlichen Gerichtsbarkeit hat sich lediglich die Anwältin verpflichtet. Im Lichte der vorstehend erwähnten Lehre und Rechtsprechung handelt es sich also um eine Schiedsklausel zu Gunsten eines Dritten, der Mandantschaft, dahingehend, dass dieser nicht der Zugang zum verfassungsmässigen Gericht abgeschnitten, sondern ein zusätzlicher Streitbeilegungsmechanismus zur Verfügung gestellt wird. Da nach Art. 358 Abs. 1 ZPO bloss die Nachweisbarkeit durch Text ohne eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Statuten genügt, ist das Formerfordernis ebenfalls gewahrt.¹³³⁷

5. Zwischenergebnis

Die Moderationsverfahren der Anwaltsverbände sind, wo sie noch bestehen, ein Relikt aus früheren Zeiten, als die Tarifhoheit noch (teilweise) bei den Standesorganisationen lag. Mit dem Angebot einer niederschweligen und günstigen Möglichkeit zur gütlichen Beilegung von Honorarstreitigkeiten können solche Verfahren indes sowohl Rechtsvertretung und Mandantschaft vor langwierigen und kostspieligen Prozessen bewahren als auch zur Entlastung der Justiz beitragen. Da sich die verbandsinterne Honorarprüfung grundsätzlich keine gerichtlichen Kompetenzen anmasst, ergeben sich hier nicht dieselben Rechtsschutz- und Abgrenzungsprobleme wie beim staatlichen Moderationsverfahren. In diesem Umfang erscheinen die verbandsinternen Moderationsverfahren als eine sinnvolle Dienstleistung an den Mitgliedern wie auch an der Öffentlichkeit.

¹³³⁵ Vgl. Art. 61 ZPO. Dazu BGE 140 III 367, 369, E. 2.2.1; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 357 N 10; KuKo-ZPO/DOMEJ, Art. 61 N 2; SUTTER-SOMM, Rz. 1625; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 161 f.; VOGT/SCHMIDT, 319.

¹³³⁶ BGer 4A_515/2012 vom 17. April 2013, E. 5.2; BK-ZPO/PFISTERER, Art. 357 N 16; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 357 N 3; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 357 N 10; RÜEDE/HADENFELDT, 40.

¹³³⁷ BGE 142 III 220, 227, E. 3.4.3; ALLEMANN, 345; BK-ZPO/PFISTERER, Art. 357 N 37 f.; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 358 N 10; KuKo-ZPO/DASSER, Art. 358 N 7; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 612 f. Anders noch Art. 6 Abs. 2 KSG, dazu RÜEDE/HADENFELDT, 65 f.

- 423 Haben Rechtsvertretung und Mandantschaft auch nach durchlaufenem Moderationsverfahren keine Einigung in ihrer Honorarstreitigkeit erzielt, so erscheint es höchst fraglich, ob ein Schlichtungsversuch nach Art. 197 ff. ZPO noch einen Mehrwert bringt. Vergleichsbemühungen im Rahmen einer verbandsinternen Moderation befreien aber dennoch nicht vom Obligatorium eines Schlichtungsverfahrens. Auf ein Schlichtungsverfahren kann jedoch verzichtet werden, wenn stattdessen alle Parteien eine Mediation beantragen. Da die Zivilprozessordnung keine expliziten Qualifikationsanforderungen für Mediationspersonen kennt, wäre es allenfalls denkbar, das Moderationsverfahren unter den Begriff der Mediation zu subsumieren und auf dieser Grundlage auf ein Schlichtungsverfahren zu verzichten. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies jedoch *de lege lata* abzulehnen, weil das Moderationsverfahren von seiner Konzeption her anders aufgebaut ist als das, was gemeinhin unter einer Mediation verstanden wird. *De lege ferenda* könnte allerdings durchaus geprüft werden, ob und wie sich die fast zwangsläufige Redundanz zwischen Schlichtungsverfahren und Moderation allenfalls abbauen liesse.
- 424 Soweit ersichtlich sehen insgesamt drei kantonale Anwaltsverbände die Möglichkeit vor, ihr Moderationsorgan mittels individueller Schiedsabrede zwischen Anwältin und Mandantschaft als Schiedsgericht einzusetzen. Damit einher geht grundsätzlich ein Verzicht auf die Anrufung der staatlichen Gerichtsbarkeit, und der Entscheid des Moderationsorgans kann nur noch unter sehr strengen Voraussetzungen überprüft werden. Obwohl die Unabhängigkeit einer derartigen Verbandsjustiz allenfalls fraglich erscheint, sind entsprechende Schiedsabreden grundsätzlich wirksam. Allerdings kann das Moderationsorgan nach der zwingenden Bestimmung von Art. 368 Abs. 1 ZPO als Schiedsgericht *in corpore* abgelehnt werden, da es als Organ eines Verbandes, in welchem eine Partei Mitglied ist, keine genügende Gewähr für seine Unabhängigkeit bietet. Ob nach einer Ablehnung die Schiedsabrede ganz dahinfällt oder der *juge d'appui* ein neues, unabhängiges Schiedsgericht bestellen muss, ist in der Lehre umstritten und wurde von der Rechtsprechung soweit ersichtlich nicht geklärt.
- 425 Einen Schritt weiter gehen die Statuten des Walliser Anwaltsverbandes. Diese erklären sich auch ohne eine individuelle Abrede zum Schiedsgericht, wenn die Mandantschaft dies wünscht. Nach der zu statutarischen Schiedsklauseln entwickelten Lehre und Rechtsprechung, welche überdies jüngst in Art. 358 Abs. 2 ZPO kodifiziert worden ist, erweist sich die Regelung als zulässig, weil die Mandantschaft als potenziell benachteiligtes Nicht-Verbandsmitglied die freie Wahl hat, von der Schiedskammer einen Schiedsspruch zu verlangen oder nicht.

D. Honorarstreitigkeiten vor den Zivilgerichten

1. Allgemeines

Mit Ausnahme des vorstehend behandelten Sonderfalles, dass das Moderationsorgan eines Anwaltsverbandes als Schiedsgericht eingesetzt wird,¹³³⁸ unterstehen Streitigkeiten zwischen Rechtsvertretung und Mandantschaft den üblichen Bestimmungen des Zivilprozessrechts über Forderungsstreitigkeiten.¹³³⁹ Eine umfassende Erörterung sämtlicher Einzelheiten eines Honorarprozesses würde daher den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Stattdessen soll im Nachfolgenden punktuell auf einige Aspekte eingegangen werden, welche im speziellen Kontext einer Streitigkeit zwischen einer Anwältin und ihrer vormaligen Mandantschaft besonderer Betrachtung bedürfen. Das Spannungsfeld zwischen Honorarinkasso und Berufsgeheimnis wird gesondert in einem späteren Kapitel betrachtet, da sich die Problematik nicht auf Zivilprozesse beschränkt.¹³⁴⁰ 426

2. Schlichtungsversuche vor dem Erkenntnisverfahren

Wie bereits vorstehend dargelegt, entbindet weder ein staatliches noch ein verbandsinternes Moderationsverfahren vom grundsätzlichen Obligatorium eines Schlichtungsversuchs nach Art. 197 ZPO.¹³⁴¹ Mit Ausnahme allenfalls von Streitigkeiten über einigermaßen hohe Honorarsummen in Handelsgerichtskantonen stellt das behördliche Schlichtungsverfahren eine notwendige Voraussetzung für eine Klage vor Gericht dar.¹³⁴² 427

¹³³⁸ Siehe dazu Rz. 410 ff. hiervor.

¹³³⁹ In der Literatur wird bisweilen betont, dass sich die Rechtsvertretung zwecks Honorarinkassos «*mur*» der zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel bedienen darf (vgl. z.B. HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 156; HÖCHLI, 115; TESTA, 248). Dies ist allerdings eine Selbstverständlichkeit, die sich bereits daraus ergibt, dass Anwältinnen und Anwälte nicht über dem Gesetz stehen.

¹³⁴⁰ Siehe Rz. 465 ff. hiernach.

¹³⁴¹ Siehe dazu Rz. 395 ff. und 407 ff. hiervor.

¹³⁴² Zu denken wäre etwa an eine Honorarforderung einer als Kapitalgesellschaft organisierten Anwaltskanzlei gegen eine andere juristische Person. Ist ein Kanton mit Handelsgericht örtlich zuständig und liegt der Streitwert über CHF 30'000.00, so entfällt ein Schlichtungsverfahren gemäss Art. 198 lit. f i.V.m. Art. 6 Abs. 2 ZPO und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG. Diese Ausnahme gilt jedoch, wie erwähnt, nicht nur bei Anwalts-honorarprozessen.

- 428 Während die Anwältin ihren Prozess in der Regel wohl selbst führen dürfte, wird sich die Mandantschaft regelmässig eine neue Vertretung suchen. In einem solchen Verfahren stehen sich also zwei Standesgenossinnen gegenüber, von denen eine (zumindest indirekt) Parteistellung innehat.¹³⁴³ Damit betreffen solche Honorarstreitigkeiten einen Kernbereich des Standesrechts, nämlich den Umgang mit Streitigkeiten unter bzw. gegen Kolleginnen. Vor diesem Hintergrund verwundert es denn auch wenig, dass die Standesregeln Bestimmungen hinsichtlich solcher Fälle enthalten.¹³⁴⁴
- 429 Während Art. 29 SSR den hier nicht weiter interessierenden Fall einer Streitigkeit behandelt, in welcher sich zwei (oder mehr) SAV-Mitglieder gegenüberstehen, regelt Art. 30 SSR Mandate gegen Kolleginnen.¹³⁴⁵ Gemäss dieser Bestimmung sind Anwältinnen gehalten, vor der Ergreifung rechtlicher Schritte gegen Kolleginnen eine gütliche Einigung zu suchen sowie den Anwaltsverband der Kollegin zu informieren. Nach ihrem Wortlaut dürfte Art. 30 SSR bei Honorarstreitigkeiten eher selten zur Anwendung gelangen, da es im Normalfall die Anwältin sein wird, welche die zum Honorarinkasso erforderlichen gerichtlichen Massnahmen ergreift.¹³⁴⁶ Diese ist jedoch aufgrund ihrer Treuepflicht gegenüber der Mandantschaft gehalten, nicht zu vorschnellen oder übertriebenen Inkassomassnahmen zu greifen.¹³⁴⁷
- 430 Wie bereits im Zusammenhang mit dem verbandsinternen Moderationsverfahren erörtert, zeitigen auch hier die standesrechtlichen Bestimmungen keinerlei prozessrechtlichen Wirkungen.¹³⁴⁸ Weder entbindet der Versuch einer gütlichen Einigung vom Obligatorium des Schlichtungsverfahrens, noch führt das Unterlassen eines aussergerichtlichen Einigungsversuchs zur Verweigerung der Klagebewilligung.

¹³⁴³ Zu den verschiedenen denkbaren Konstellationen und deren Auswirkungen auf eine allfällige Parteientschädigung siehe Rz. 436 ff. hiernach.

¹³⁴⁴ Vgl. bereits FELLMANN/SIDLER, 95; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 184.

¹³⁴⁵ Vgl. dazu ZAV Info 4/2007, 8; STERCHI, Anwaltsrevue 2009, 496.

¹³⁴⁶ Denkbar wäre in diesem Zusammenhang allenfalls eine Klage auf Rückerstattung eines Kostenvorschusses oder aber eine negative Feststellungs- oder Aberkennungsklage der Mandantschaft. Vgl. dazu STERCHI, Anwaltsrevue 2009, 497.

¹³⁴⁷ Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH vom 4. November 1970, ZR 1971, Nr. 80, 235; Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH vom 14. Dezember 1966, ZR 1967, Nr. 87, 165 ff., 166, E. 7; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 174; HÖCHLI, 115; TESTA, 91. Ferner gebietet Art. 9 SSR ganz allgemein das Hinwirken auf eine möglichst einvernehmliche Beilegung von Streitigkeiten. Zur ebenfalls notwendigen Entbindung vom Berufsgeheimnis siehe Rz. 465 ff. hiernach.

¹³⁴⁸ Siehe dazu Rz. 407 hiavor.

3. Zuständigkeit

Die Zivilprozessordnung kennt auch hinsichtlich der Zuständigkeit keine besonderen Bestimmungen für Anwaltshonorarstreitigkeiten. Da es sich bei der Anwaltshonorarforderung um einen Anspruch aus Vertrag handelt, sind entweder die Gerichte am Wohnsitz der beklagten Partei (i.d.R. der Mandantschaft) oder am Erfüllungsort der charakteristischen Leistung, d.h. der anwaltlichen Tätigkeit, zuständig.¹³⁴⁹ Bei Vorliegen mehrerer charakteristischer Leistungen eröffnet Art. 31 ZPO mehrere Gerichtsstände.¹³⁵⁰ Wird jedoch ein Auftrag an mehreren Orten ausgeführt, so befindet sich der Gerichtsstand am Ort des Tätigkeitsschwerpunktes.¹³⁵¹

Entscheidend für die Zuständigkeit ist also nicht der Erfüllungsort der eingeklagten Honorarforderung, sondern der Ort, an welchem die anwaltliche Arbeit erfüllt werden musste.¹³⁵² Zwar setzt eine sorgfältige Berufsausübung nach Art. 12 lit. a BGFA noch immer die Führung einer Kanzlei voraus, damit die Erreichbarkeit für Mandantschaft und Behörden sichergestellt ist.¹³⁵³ Die zu früheren Zeiten bisweilen anzutreffende Regel, wonach Rechtsberatungen nur in den Kanzleiräumlichkeiten stattzufinden hätten, dürfte sich jedoch inzwischen überlebt haben.¹³⁵⁴ Im Gegenteil ist es gerade bei Geschäftskunden alles andere als unüblich,

¹³⁴⁹ Art. 31 ZPO. Dazu CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 31 N 10; KuKo-ZPO/HAAAS/STRUB, Art. 31 N 8; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 115. Siehe zur Vertragsqualifikation anhand der charakteristischen Leistung Rz. 4 hiervor.

¹³⁵⁰ BGE 145 III 190, 193 ff., E. 3.3; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/SCHWANDER, Art. 31 N 15; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 31 N 12; CR-CPC/HALDY, Art. 31 N 6; SHK-ZPO/LAMBELET, Art. 31 N 14; ZK-ZPO/SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 31 N 30. A.A. BSK-ZPO/KAISER JOB, Art. 31 N 15.

¹³⁵¹ HEDINGER, 174; MARKUS, 199 f., mit Hinweis auf BGH Rs. IX ZR 15/05 vom 2. März 2006, E. 3.

¹³⁵² Vgl. im Einzelnen HEDINGER, 37 ff., sowie zur Diskussion über den tatsächlichen und den normativen Erfüllungsort CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 31 N 18; GASSER/RICKLI, Art. 31 N 3; KuKo-ZPO/HAAAS/STRUB, Art. 31 N 10.

¹³⁵³ Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG 060019/U vom 5. Oktober 2006, E. III.2; Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte LU, AR 03 12 vom 13. Juni 2003, beide unveröffentlicht, aber zitiert bei FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 17 ff. Zur berechtigten Frage, wie zeitgemäss diese Anforderung in Zeiten der Digitalisierung noch ist, vgl. FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 234.

¹³⁵⁴ Vgl. noch Art. 17 der mit Einführung der SSR aufgehobenen SAV-Richtlinien für die Berufs- und Standesregeln; WOLFFERS, 201. Demgegenüber schrieb STAEHELIN (Anwaltsrevue 2009, 439) bereits vor mehr als einem Jahrzehnt: «[D]er mobile Anwalt ist nicht mehr allzu fern!» Im gleichen Sinne HÜPPI, Anwaltsrevue 2012, 134.

dass eine Anwältin etwa an Geschäftssitzungen vor Ort teilnimmt, auch wenn sie kein Verwaltungsratsmandat ausübt.¹³⁵⁵ Bei vielen forensischen Mandaten findet zumindest ein Teil der Kerntätigkeit, nämlich die Teilnahme an Verhandlungen, begriffsnotwendig nicht in der Anwaltskanzlei, sondern eben im Gerichtsgebäude statt. Dennoch dürfte wohl auch heute noch zumindest der Schwerpunkt der Anwaltstätigkeit in den Kanzleiräumlichkeiten erledigt werden. Deshalb wird der Rechtsvertretung an ihrem Kanzleisitz regelmässig auch dann ein Forum zur Verfügung stehen, wenn keine Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen wurde.¹³⁵⁶

- 433 In der Lehre umstritten ist, ob der Mandantschaft Konsumenteneigenschaft im Sinne von Art. 32 Abs. 2 ZPO zukommen kann. Als Konsumentenverträge gelten nach dieser Bestimmung Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumentin bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden. Fraglich erscheint hier insbesondere, ob anwaltliche Dienstleistungen überhaupt als «Leistungen des üblichen Verbrauchs» gelten können. Jedenfalls kann ein Konsumentenvertrag nicht bereits aus dem Grund verneint werden, dass er sich nicht auf verbrauchbare Sachen bezieht. So können auch Dienstleistungsverträge durchaus als Konsumentenverträge gelten.¹³⁵⁷ Allerdings geht die wohl herrschende Ansicht davon aus, dass es an der «*Üblichkeit*» fehlt, wenn der Vertrag durch ein besonderes Treueverhältnis gekennzeichnet ist, wie dies beim Anwaltsvertrag der Fall ist.¹³⁵⁸ Die praktische Relevanz dieser Frage scheint im hier interessierenden Zusammenhang von Honorarstreitigkeiten jedoch eher gering zu sein. Eine Qualifikation als Konsumentenvertrag hätte nämlich bloss zur Folge, dass die Mandantschaft nicht im Voraus auf die gesetzlichen

¹³⁵⁵ Vgl. FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 1098, sowie bereits FELLMANN/SIDLER, 16.

¹³⁵⁶ HEDINGER, 174. Vgl. ferner Botschaft ZPO, 7286; Bericht VE ZPO, 28; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 31 N 14; ZK-ZPO/SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 31 N 35 ff., wonach dem Gläubiger einer Geldforderung entgegen der Intention des Gesetzgebers regelmässig ein Klägergerichtsstand zur Verfügung gestellt werde.

¹³⁵⁷ BGE 132 III 268, 272 f., E. 2.2.3 (Finanzdienstleistungen); BK-ZPO/WALTHER, Art. 32 N 19; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/BRUNNER, Art. 32 N 16; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 32 N 13; CR-CPC/HALDY, Art. 32 N 6; KuKo-ZPO/HAAAS/STRUB, Art. 32 N 9; OFK-ZPO/ROHNER, Art. 32 N 6.

¹³⁵⁸ OGer BE, APH 09 30 vom 24. August 2009, E. III.3.c; KGer SG, BZ.2007.68 vom 13. Februar 2008, GVP-SG 2008, Nr. 68, 194 E. 4; BSK-ZPO/KAISER JOB, Art. 32 N 7; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 32 N 16; DONZALLAZ, 1266; OETIKER/REY, 1523; ZK-ZPO/FELLER/BLOCH, Art. 32 N 43, a.A. BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/BRUNNER, Art. 32 N 21; KuKo-ZPO/HAAAS/STRUB, Art. 32 N 11; PC-CPC/FORNAGE, Art. 32 N 4.

Gerichtsstände verzichten könnte.¹³⁵⁹ Der in Mandats- und Honorarvereinbarungen üblicherweise gewählte Gerichtsstand ist derjenige am Sitz der Anwaltskanzlei, der sich wie gesehen bereits auf Art. 31 ZPO abstützen lässt.¹³⁶⁰ Da beim Honorarinkasso der Anwältin in der Regel die Klägerrolle zukommt, dürfte ihr der Heimatgerichtsstand mit oder ohne Konsumenteneigenschaft offenstehen.

4. Parteientschädigung

a. Problemstellung

Bereits in einem vorherigen Kapitel dieser Arbeit wurde die Parteientschädigung zu Gunsten der Mandantschaft behandelt.¹³⁶¹ Hier soll hingegen auf die Frage eingegangen werden, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Anwältin für ihre Bemühungen in Rahmen eines gewonnenen Honorarprozesses entschädigt wird.¹³⁶² Da die Zivilprozessordnung auch diesbezüglich keine Sondervorschriften enthält, gelangen grundsätzlich die allgemeinen Regeln von Art. 106 ff. ZPO zur Anwendung.¹³⁶³ Speziell ist allerdings, dass die honorarberechtigte Rechtsvertretung vielfach darauf verzichten wird, für die Eintreibung ihrer Honorarforderung eine andere Kanzlei zu mandatieren. Je nach Organisationsform des eigenen Advokaturbüros führt die honorarberechtigte Anwältin den Prozess in eigenem Namen, in ihrer Funktion als Organ einer Kanzleigesellschaft oder aber als Angestellte einer anderen Anwältin bzw. einer Kanzleigesellschaft. Auf all diese Konstellationen soll nachfolgend im Einzelnen eingegangen werden.

b. Die Umtriebsentschädigung

Dem Grundsatz nach wird eine Prozesspartei für ihre eigenen Bemühungen im Rahmen des Verfahrens nicht entschädigt.¹³⁶⁴ Die einzige Ausnahme von diesem Prinzip ist die Umtriebsentschädigung, welche in begründeten Fällen einer

¹³⁵⁹ Art. 35 Abs. 1 lit. a ZPO. Dazu Botschaft ZPO, 7269; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 55 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 117. Vgl. ferner die einschlägigen Kommentierungen zu Art. 35 ZPO.

¹³⁶⁰ COURBAT, JdT 2021 III 10. Vgl. sodann die Mustervereinbarung bei STRAUB, 128.

¹³⁶¹ Siehe Rz. 302 ff. hiavor.

¹³⁶² Siehe zum Spezialfall einer erfolgreichen Beschwerde gegen die Festsetzung der Entschädigung für die unentgeltliche Rechtsvertretung Rz. 351 hiavor.

¹³⁶³ Siehe zur Verteilung der Parteikosten Rz. 303 hiavor.

¹³⁶⁴ BGer 1P.68/2007 vom 17. August 2007, E. 5 (nicht publiziert in BGE 133 II 321); LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 292.

anwältlich nicht vertretenen Partei zugesprochen werden kann. Gemäss den Ausführungen der Botschaft, der wohl herrschenden Lehre sowie der Rechtsprechung zumindest einiger oberer kantonalen Instanzen ist darunter in erster Linie der Verdienstausschlag einer selbstständig erwerbenden Person zu verstehen, die ihren Prozess selbst geführt hat.¹³⁶⁵ Die Umtriebsentschädigung ist in der Regel tiefer und nie höher anzusetzen als die tarifliche Parteientschädigung.¹³⁶⁶ Ob bei Honorarstreitigkeiten der obsiegenden Anwältin eine tarifliche Entschädigung, eine Umtriebsentschädigung oder gar keine Entschädigung zu entrichten ist, wurde bisher vom Bundesgericht noch nicht entschieden, jedenfalls nicht für Verfahren vor kantonalen Gerichten.¹³⁶⁷

c. Honorarprozesse in eigener Sache

- 436 Eine in eigener Sache prozessierende Anwältin ist selbst Prozesspartei und kann somit – mangels eines Vertretungsverhältnisses – nicht als berufsmässige Vertreterin ihrer selbst gelten.¹³⁶⁸ Da unter den Kosten der berufsmässigen Vertretung nach Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO grundsätzlich nur die Honorare der in Art. 68 Abs. 2 ZPO genannten, hierzu befugten Personen zu verstehen sind, ist einer in eigener Sache prozessierenden Anwältin nach einem Teil der Lehre (höchstens) eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.¹³⁶⁹ Der Gegenansicht zufolge ist in diesem Fall eine (allenfalls um die entfallende Instruktion und Korrespondenz mit der Mandantschaft pauschal gekürzte¹³⁷⁰) tarifliche Parteientschädigung zuzusprechen.¹³⁷¹

¹³⁶⁵ Botschaft ZPO, 7293; OGer BE, ZK 15 221 vom 7. September 2015, in plädoyer 1/2016, 63, 64 f., E. 12.a.; SHK-ZPO/KUSTER, Art. 95 N 13; BK-ZPO/STERCHI, Art. 95 N 15; ZK-ZPO/SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 41.

¹³⁶⁶ ZK-ZPO/SUTER/VON HOLZEN, a.a.O.; ZOTSANG, 25. Vgl. auch KassGer ZH, Beschluss vom 26. April 2007, ZR 2007, Nr. 78, 289 ff., 298, E. 2.d. Siehe zur Bemessung der Parteientschädigung im Allgemeinen Rz. 305 ff. hiervor.

¹³⁶⁷ AppGer BS, ZB.2018.15 vom 26. November 2019, E. 5.2.

¹³⁶⁸ BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 22; BK-ZPO/STERCHI, Art. 95 N 18. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt ein Prozess immer dann als in eigener Sache geführt, wenn die Anwältin an dessen Ausgang interessiert ist (BGE 129 V 113, RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019, 687).

¹³⁶⁹ MÜLLER/OBRIST/ODERMATT, 985, m.w.H.; BK-ZPO/STERCHI, a.a.O., STERCHI, Gerichts- und Parteikosten, 15.

¹³⁷⁰ KuKo-ZPO/SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 32 f.; ZK-ZPO/SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 42.

¹³⁷¹ Für die volle tarifliche Entschädigung jedenfalls in komplexen Fällen mit hohem Streitwert: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/URWYLER/GRÜTTER, Art. 95 N 8; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 245, ohne besondere Voraussetzungen: GASSER/RICKLI, Art. 95 N 8.

Nach einer ständigen Praxis zeigt und zeigte sich das Bundesgericht bei der Entschädigung eigener Umtriebe für seine eigenen Verfahren seit jeher restriktiv.¹³⁷² 437
 Im Gegensatz zur Zivilprozessordnung enthält das Bundesgerichtsgesetz, wie vor ihm das Organisationsgesetz, keine ausdrückliche Bestimmung über eine Umtriebsentschädigung.¹³⁷³ Allerdings hat die höchstrichterliche Praxis die eigenen Bemühungen einer Verfahrenspartei manchmal entschädigt, wenn besondere Umstände vorlagen.¹³⁷⁴ Gemäss einem sozialversicherungsrechtlichen Fall aus dem Jahr 1984 sei dies der Fall, wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handelt, die einen hohen Arbeitsaufwand notwendig macht, der den Rahmen dessen überschreitet, was der Einzelne üblicher- und zumutbarerweise auf sich nehmen muss.¹³⁷⁵

Die Rechtslage und Praxis in den Kantonen präsentiert sich uneinheitlich.¹³⁷⁶ Die 438
 Kantone Nidwalden und Luzern sehen in ihren Anwaltstarifen eine im Vergleich zur tariflichen Entschädigung um mindestens einen Viertel¹³⁷⁷ bzw. die Hälfte¹³⁷⁸ gekürzte Umtriebsentschädigung vor, während der Tarif des Kantons Waadt ausdrücklich festhält, dass eine in eigener Sache prozessierende Anwältin keinen Anspruch auf ein tarifliches Honorar hat, und ansonsten auf Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO verweist.¹³⁷⁹ Die übrigen Kantone kennen keine ausdrücklichen Vorschriften für in

¹³⁷² BGer 1P.125/2006 vom 24. März 2006, E. 3; BGer 4C.139/2006 vom 15. August 2006, E. 3.2; RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019, 687 f.; SUTTER-SOMM, Rz. 627.

¹³⁷³ Vgl. Art. 68 Abs. 1 BGG sowie Art. 159 aOG. Dazu BSK-BGG/GEISER, Art. 68 N 5; SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Art. 68 N 6; SHK-BGG/SEILER, Art. 68 N 17.

¹³⁷⁴ BGE 129 II 297, 304, E. 5; BGE 129 V 113, 116, E. 4.1; BGE 128 V 236 = Pra 2003, Nr. 186, 1022 ff., 1028, E. 5; BGer 4A_10/2020 vom 12. Mai 2020, E. 9; BGer 2C_807/2008 vom 19. Juni 2009, E. 4.3.

¹³⁷⁵ BGE 110 V 132, 134 f., E. 4.d, bestätigt u.a. in BGE 125 II 518, 519 f., E. 5.b. Diese Kriterien werden im bundesgerichtlichen Verfahren bei Privatpersonen mit oder ohne Anwaltspatent, bei angestellten Anwälten oder bei als Organen fungierenden Anwältinnen und Anwälten gleichermaßen angewandt (RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019, 692).

¹³⁷⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 245.

¹³⁷⁷ § 32 Abs. 3 PKoG-NW.

¹³⁷⁸ § 29 Abs. 2 JusKV-LU.

¹³⁷⁹ Art. 22 TDC-VD.

eigener Sache prozessierende Anwältinnen, sehen jedoch oftmals vor, dass in begründeten Fällen bzw. bei Vorliegen eines Missverhältnisses zwischen tariflicher Entschädigung und erbrachter Leistung Kürzungen möglich sind.¹³⁸⁰

- 439 Die Gerichte des Kantons Zürich gehen nach einer jahrzehntelangen Rechtsprechung auch ohne explizite tarifliche Regelung ähnlich vor wie die beiden vorgenannten Zentralschweizer Kantone und sprechen in eigener Sache prozessierenden Rechtsanwältinnen eine um einen Viertel bis die Hälfte reduzierte tarifliche Entschädigung zu.¹³⁸¹ Während die Zürcher Gerichte bis Ende 2010 aufgrund der damals anderen gesetzlichen Grundlagen nicht zwischen Umtriebs- und Parteientschädigung unterschieden, scheinen sie die Entschädigung der in eigener Sache prozessierenden Anwältin als Umtriebsentschädigung zu qualifizieren.¹³⁸² Auch im Kanton Bern gilt eine Person nur dann als berufsmässig vertreten, wenn eine Drittperson in einer nach Art. 68 Abs. 2 ZPO zulässigen Form den Prozess führt, weshalb jedenfalls eine volle tarifliche Entschädigung nicht gewährt wird.¹³⁸³ Eine solche verweigert auch der Kanton Basel-Landschaft, wobei er die Gewährung einer (vom Betrag her als symbolisch zu betrachtenden¹³⁸⁴) Umtriebsentschädigung an keine weiteren Voraussetzungen knüpft.¹³⁸⁵

d. Von Organen einer Anwaltsgesellschaft geführte Honorarprozesse

- 440 Immer öfter schliessen sich Anwälte zu Kanzleigesellschaften zusammen, die spätestens seit einem bundesgerichtlichen Leitentscheid aus dem Jahr 2012 nicht nur in der Rechtsform von Personengesellschaften, sondern auch von Kapitalgesellschaften ausgestaltet sein können, sofern (nebst weiteren Voraussetzungen) die

¹³⁸⁰ Art. 66 Abs. 3 JR-FR; § 179 Abs. 1 GT-SO; § 9 Abs. 1 TO-BL; Art. 2 Abs. 3 VAnwT-AR; Art. 3 AnwHV-AI; Art. 3 HonO-SG; § 7 Abs. 2 AnwT-AG; Art. 7 RTar-TI; Art. 29 Abs. 2 GTar-VS; Art. 61 Abs. 2 LTFrais-NE; Art. 85 Abs. 1 RTFMC-GE; Art. 13a OTar-JU.

¹³⁸¹ ZR 1957, Nr. 103, 214 ff., 218, E. 10; ZR 1962, Nr. 52, 99 ff., 109, E. 7. Vgl. ferner die Übersicht über die Entwicklung der Rechtsprechung in ZR 1975, Nr. 41, 77 f., 78, E. 5 und die Hinweise bei FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 69 N 4, sowie HÖCHLI, 66; RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019, 688 (Fn. 21); WEBER, Diss., 148 ff.

¹³⁸² OGer ZH, RE170009 vom 29. August 2017, E. 4.a; OGer ZH, RE170005 vom 6. März 2017, E. III.1.

¹³⁸³ OGer BE, ZK 14 31 vom 21. Oktober 2014, E. 8.4.2 [nicht publiziert, aber zitiert in OGer BE, ZK 15 221 vom 7. September 2015, in plädoyer 1/2016, 63, E. 11.f.].

¹³⁸⁴ So sprach das Kantonsgericht Basel-Landschaft dem prozessierenden Anwalt für das Beschwerdeverfahren eine Umtriebsentschädigung von CHF 200.00 zu (KGer BL, 410 16 118 vom 5. Juli 2016, E. 10).

¹³⁸⁵ KGer BL, a.a.O.

Organe ausschliesslich von registrierten Anwältinnen besetzt sind.¹³⁸⁶ Während Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung bereits von Gesetzes wegen über eine volle eigene Rechtspersönlichkeit verfügen,¹³⁸⁷ können Kollektiv- und Kommanditgesellschaften unter ihrer Firma klagen und beklagt werden.¹³⁸⁸

Dies hat zur Folge, dass Anwaltsgesellschaften Honorarforderungen in eigenem Namen geltend machen können und müssen, nicht etwa im Namen der einzelnen an ihnen beteiligten Anwältinnen.¹³⁸⁹ Formell gesehen besteht also keine Identität zwischen der als Prozesspartei auftretenden Gesellschaft und der prozessführenden Anwältin, sondern ein Vertretungsverhältnis. Ist die Anwältin aber Organ bzw. Gesellschafterin der honorarberechtigten Gesellschaft, so gründet dieses Vertretungsverhältnis nicht auf einer Prozessvollmacht im Sinne von Art. 68 Abs. 3 ZPO,¹³⁹⁰ sondern auf den einschlägigen Bestimmungen des Personen- und Gesellschaftsrechts.¹³⁹¹

Während ein Teil der Lehre (auch) in diesem Fall eine volle tarifliche Entschädigung befürwortet,¹³⁹² gilt die Prozessführung durch ein Organ einer Prozesspartei nach der bundesgerichtlichen Praxis (betreffend Verfahren nach BGG) und der überwiegenden Auffassung nicht als ein Fall der berufsmässigen Vertretung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO. Entsprechend seien solche Fälle nach denselben Regeln zu behandeln wie das Prozessieren in eigener Sache.¹³⁹³ Auch die Gerichte des Kantons Zürich wenden die Verordnung über den Anwaltstarif bei von Orga-

¹³⁸⁶ BGE 138 II 440, 458, E. 18, sowie 462, E. 22. Vgl. hierzu im Detail FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 2013 ff.

¹³⁸⁷ Vgl. Art. 620 Abs. 1, Art. 643 Abs. 1 Art. 772 Abs. 1 und Art. 779 Abs. 1 OR. Dazu DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, 95 f., 317; HANDSCHIN/TRUNIGER, 3; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, 382, 589; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE, 46, 452 f.

¹³⁸⁸ Vgl. Art. 562 und Art. 602 OR. Dazu DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, 73; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI, 303; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE, 86, 395.

¹³⁸⁹ Vgl. BSK-ZPO/TENCHIO, Art. 68 N 14b.

¹³⁹⁰ Vgl. BSK-ZPO/TENCHIO, Art. 68 N 2, wonach das Auftragsverhältnis zwischen der Anwalts-AG und der Mandantschaft geschlossen wird.

¹³⁹¹ WEBER, Diss., 156 f. Für juristische Personen gelten diesbezüglich Art. 55 Abs. 1 und 2 ZGB, für Kollektivgesellschaften Art. 563 f. OR.

¹³⁹² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 245.

¹³⁹³ BGER 2C_807/2008 vom 19. Juni 2009, E. 4.3; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 21; KuKo-ZPO/SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 33; OFK-ZPO/MOHS, Art. 95 N 7; RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019, 689; WEBER, Diss., 156 f. Vgl. auch COURBAT, JdT 2018 III 202.

nen einer Partei geführten Prozessen nicht direkt an,¹³⁹⁴ sondern sprechen unter dem Titel der Umtriebsentschädigung¹³⁹⁵ nur (aber immerhin) eine reduzierte tarifliche Entschädigung zu.¹³⁹⁶

- 443 Etwas restriktiver zeigt sich das Obergericht des Kantons Bern, das darüber hinaus den Gewinnanteil von der Entschädigung abziehen will,¹³⁹⁷ den Unkostenbeitrag auf CHF 150.00 pro Stunde festsetzt,¹³⁹⁸ und auch dies nur unter besonderen Voraussetzungen.¹³⁹⁹ Das Kantonsgericht St. Gallen knüpft hingegen bei Prozessführung durch ein Organ an die Zusprechung einer (zumindest symbolischen) Umtriebsentschädigung offenbar keine weiteren Voraussetzungen.¹⁴⁰⁰ Zusätzlich zu Ausführungen über «*Legitimation, Höhe und Berechnung*» fordert sodann das Appellationsgericht Basel-Stadt in einem neueren Entscheid ein über «*unter o/e-Kostenfolge*» hinausgehendes Rechtsbegehren, ohne jedoch zu präzisieren, wie genau ein solches zu lauten hätte.¹⁴⁰¹ Für das bundesgerichtliche Verfahren schliesslich erhält eine durch ihr Organ vertretene Partei vorbehaltlich «*begründeter Fälle*» gar keine Entschädigung.¹⁴⁰²

e. Prozessieren für die Arbeitgeberin

- 444 Zur berufsmässigen Prozessvertretung befugt sind – nebst im vorliegenden Kontext nicht interessierenden weiteren Personen – grundsätzlich nur im Register eingetragene Anwältinnen (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 4 BGFA). Eine registrierte Anwältin kann sich nur von Personen anstellen lassen, die ihrerseits in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind. Ansonsten ist die gesetzlich vorgeschriebene institutionelle Unabhängigkeit nicht gegeben.¹⁴⁰³

¹³⁹⁴ KassGer ZH, Beschluss vom 26. April 2007, ZR 2007, Nr. 78, 289 ff., 298, E. 2.2.d.

¹³⁹⁵ HGer ZH, HE150386 vom 3. Dezember 2015 (*obiter dictum*).

¹³⁹⁶ OGer ZH, LB170003 vom 9. März 2017, E. 5.2.3.

¹³⁹⁷ OGer BE, ZK 15 221 vom 7. September 2015, in plädoyer 1/2016, 63 ff., 64, E. 13.b.

¹³⁹⁸ OGer BE, a.a.O., 65, E. 13.d.

¹³⁹⁹ OGer BE, a.a.O., 63 f., E. 12.a.

¹⁴⁰⁰ KGer SG, 27. September 2012, GVP-SG 2012, Nr. 47, 150.

¹⁴⁰¹ AppGer BS, ZB.2018.15 vom 26. November 2019, E. 5.2. Ebenso betreffend das Rechtsbegehren OGer BE, ZK 18 301 vom 19. Oktober 2018, E. IV.19.

¹⁴⁰² BGer 1C_198/2007 vom 21. Dezember 2007, E. 6.

¹⁴⁰³ Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA. Vgl. BRUNNER/HENN/KRIESI, 33 ff.; CHAPPUIS/GURTNER, 96 ff.; FELLMANN/ZINDEL/STAEHELIN/OETIKER, Art. 8 N 37 ff.; MEIER, 561; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 641 f.

Obwohl auch eine registrierte Anwältin, die eine Honorarforderung für ihre Arbeitgeberin einklagt, diese Anforderungen erfüllt, gilt sie nach wohl überwiegender Auffassung bei der Festsetzung der Parteikosten nicht als berufsmässige Vertretung.¹⁴⁰⁴ Die als Prozesspartei auftretende Arbeitgeberin schuldet ihr nämlich kein Honorar, sondern nur den grundsätzlich ohnehin geschuldeten Lohn.¹⁴⁰⁵ Daher spricht sich der wohl überwiegende Teil der Lehre in solchen Fällen ebenfalls für eine Umtriebsentschädigung (mit oder ohne zusätzliche Voraussetzungen) aus.¹⁴⁰⁶ Ausdrücklich mit dem Prozessieren in eigener Sache gleichgestellt wird die für ihre Arbeitgeberin prozessierende Anwältin im Kanton Luzern, während dies im Kanton Nidwalden ausdrücklich ausgeschlossen ist.¹⁴⁰⁷

Soweit ersichtlich hatte sich die Rechtsprechung noch nie mit dem hier interessierenden Fall zu befassen, in welchem eine bei einer Kanzlei angestellte Anwältin die Honorarforderungen der sie anstellenden Kanzlei geltend machte. Eine reichhaltige, wenn auch nicht immer einheitliche Praxis besteht jedoch in anderen Fällen der Prozessführung durch Angestellte in der eigenen Rechtsabteilung einer Prozesspartei, die auch mit Patent nicht in einem Anwaltsregister eingetragen sein können.

Wie auch in den beiden vorstehend erörterten Konstellationen ist das Bundesgericht in solchen Konstellationen streng und spricht für seine eigenen Verfahren grundsätzlich keine Entschädigungen zu.¹⁴⁰⁸ Umso mehr erstaunt es, dass in einem sozialversicherungsrechtlichen Fall einem bei einer Rechtsschutzversicherung angestellten Prozessvertreter nicht nur eine Umtriebsentschädigung, sondern eine volle Parteientschädigung nach Tarif gewährt wurde.¹⁴⁰⁹

Das Zürcher Obergericht wendet seine Praxis einer als Umtriebsentschädigung qualifizierten reduzierten Parteientschädigung jedenfalls dann an, wenn ein in Teilzeit angestellter, aber ansonsten freiberuflich tätiger Anwalt seinen Arbeitgeber (*in casu* das SECO) vertritt.¹⁴¹⁰ Die Bemühungen eines patentierten, aber

¹⁴⁰⁴ Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 292; ZOTSANG, 17.

¹⁴⁰⁵ Vgl. KuKo-ZPO/SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 34.

¹⁴⁰⁶ OFK-ZPO/MOHS, Art. 95 N 7; BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 22; KuKo-ZPO/SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 34; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 245; CR-CPC/TAPPY, Art. 95 N 35. Zu Recht kritisch MÜLLER/OBRIST/ODERMATT, 985; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER/ÜRWYLER/GRÜTTER, Art. 95 N 25.

¹⁴⁰⁷ § 29 Abs. 2 JusKV-LU; Art. 32 Abs. 2 PKoG-NW.

¹⁴⁰⁸ BGer 1C_198/2007 vom 21. Dezember 2007, E. 6.

¹⁴⁰⁹ BGE 135 V 473, 478, E. 3.2.

¹⁴¹⁰ OGer ZH, PF160022 vom 26. September 2016, E. 4.3.2.

neben seiner Anstellung im Rechtsdienst der Prozesspartei nicht freiberuflich tätigen Anwalts hat das Zürcher Obergericht mit einem (angeblich) die Unkosten deckenden Stundensatz von CHF 90.00 entschädigt.¹⁴¹¹ In ähnlicher Weise hat das Kantonsgericht St. Gallen der obsiegenden Partei für durch das Verfassen einer Berufungsantwort entstandene *«erhebliche Umtriebe und Aufwendungen»* ihres Rechtsdiensts eine Umtriebsentschädigung von pauschal CHF 600.00 zugesprochen.¹⁴¹² Demgegenüber hat das Berner Obergericht jüngst ein Begehren um Zuspprechung einer Parteientschädigung für die Bemühungen der Rechtsabteilung der Muttergesellschaft mangels entsprechender Begründung ersatzlos abgewiesen.¹⁴¹³

f. Eigene Stellungnahme

- 449 Die geltende Regelung in Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO ist nach ihrem Wortlaut dahingehend zu verstehen, dass die Voraussetzungen der fehlenden beruflichen Vertretung und des Vorliegens eines *«begründeten Falles»* kumulativ erfüllt sein müssen.¹⁴¹⁴ Eine Praxis, wonach etwa jede nicht anwaltlich vertretene Prozesspartei eine Umtriebsentschädigung zugute hätte oder aber eine solche in begründeten Fällen auch einer anwaltlich vertretenen Partei zusätzlich zur tariflichen Parteientschädigung zuzusprechen wäre, liesse sich mit dem geltenden Recht nicht vereinbaren.
- 450 Die in der Botschaft zur Zivilprozessordnung vorgeschlagene Lösung, mit einer Umtriebsentschädigung die Einkommenseinbussen selbstständig Erwerbender abzugelten,¹⁴¹⁵ erscheint insofern sachgerecht, als eine unselbstständig erwerbstätige Prozesspartei in aller Regel stets denselben Lohn erhalten dürfte und jedenfalls für unvermeidbare Absenzen am Arbeitsplatz wegen Befolgung gerichtlicher Vorladungen nach Art. 324a Abs. 1 OR keine Lohneinbusse erleidet.¹⁴¹⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte aber das Vorliegen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit, sei es in der Advokatur oder ausserhalb, zur Annahme eines *«begründeten Falles»* im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO genügen.¹⁴¹⁷ Deshalb sollte, wenn

¹⁴¹¹ KassGer ZH, Beschluss vom 26. April 2007, ZR 2007, Nr. 78, 289 ff., 295 ff., E. 2.2.a, und 299, E. 2.2.d; vgl. ferner ZR 1997, Nr. 112, 235 ff. m.w.H.

¹⁴¹² KGer SG, 27. September 2012, GVP-SG 2012, Nr. 47, 150.

¹⁴¹³ OGer BE, ZK 18 301 vom 19. Oktober 2018, E. IV.19.

¹⁴¹⁴ CR-CPC/TAPPY, Art. 95 N 33 f.

¹⁴¹⁵ Botschaft ZPO, 7293.

¹⁴¹⁶ STERCHI, Gerichts- und Parteikosten, 18; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a N 17; VISCHER/MÜLLER, 158; ZOTSANG, 24.

¹⁴¹⁷ Ähnlich wohl ZK-ZPO/SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 41.

sich aus der Prozessakte ergibt, dass die obsiegende Prozesspartei selbstständig erwerbend ist und eine Parteientschädigung beantragt hat, eine Umtriebsentschädigung zugesprochen werden. Lässt sich eine solche mit dem vorhandenen Aktenmaterial nicht beziffern, so sollte das Gericht der Prozesspartei Gelegenheit geben, ihre Umtriebe zu substantzieren, verbunden mit der Androhung, dass das Gericht bei Säumnis die Umtriebsentschädigung schätzen würde.¹⁴¹⁸

Folgerichtig sollten Anwältinnen, die in eigenem Namen oder als Organ ihrer Kanzleigesellschaft erfolgreich das ihnen zustehende Honorar erstritten haben, als selbstständig Erwerbende für ihre Umtriebe, d.h. ihren Verdienstausfall,¹⁴¹⁹ entschädigt werden. Mit Blick auf die Bemessung der Umtriebsentschädigung gilt es zu berücksichtigen, dass eine Anwältin in aller Regel genügend Arbeit haben dürfte, dass sie die Zeit, die sie mit der Führung des Honorarprozesses zugebracht hat, gewinnbringend für Mandatsarbeit hätte verwenden können.¹⁴²⁰ Blieben zudem ihre durch den Prozess verursachten Kosten unberücksichtigt, so würde davon einzig die zu Unrecht säumige Honorarschuldnerin profitieren, was sich sachlich nicht rechtfertigen lässt.¹⁴²¹ Wie in der Lehre zutreffend festgehalten wird,¹⁴²² hätte dies zur Folge, dass die Anwältin aus Kostengründen versucht sein könnte, eine externe Rechtsvertretung zu mandatieren.¹⁴²³ Dies wäre aufgrund der unvermeidbaren Zusatzaufwendungen wie Instruktion und Aktenstudium wirtschaftlich sinnlos. Zudem würde ein derartiges Vorgehen voraussetzen, dass eine weitere Person Tatsachen über die ehemalige Mandantschaft erfährt, die an sich durch das anwaltliche Berufsgeheimnis geschützt sind. Dies kann auch nicht im Interesse der unterliegenden Honorarschuldnerin liegen.

¹⁴¹⁸ Vgl. WEBER, Diss., 150 f., 155 f., der sich anstelle einer Anwendung des Anwaltstarifs für eine Orientierung an den effektiven Kosten ausspricht, soweit dies praktikabel ist, und ansonsten den damaligen Konventionaltarif angewandt haben wollte.

¹⁴¹⁹ HÖCHLI, 66.

¹⁴²⁰ Vgl. RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019, 693.

¹⁴²¹ Interessanterweise wurde in BGE 144 III 164, 171 f., E. 3.5, die Erforderlichkeit der Rechtsvertretung als Voraussetzung für die Parteientschädigung mit ebendiesem Argument verworfen. Vgl. zudem STÄHELIN, sui generis 2018, 29, der im Kostenrisiko der beklagten Partei auch eine Motivation zu rechtskonformem Verhalten sieht, sowie RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019, 694 f.

¹⁴²² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 245; TERCIER, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994, 11.

¹⁴²³ Ähnlich ZOTSANG, 24 f. Gemäss WEBER, Diss., 148, und GAUCH, recht 1994, 199, sei die Mandatierung von Berufskollegen für Prozesse in eigener Sache ein häufig anzutreffendes Phänomen.

- 452 Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auch eine volle tarifliche Entschädigung vielfach nicht die Höhe des mit der eigenen Mandantschaft vereinbarten Honorars erreicht,¹⁴²⁴ erscheint es nach der hier vertretenen Auffassung nicht übertrieben, bei der Bemessung der Umtriebsentschädigung den anwendbaren kantonalen Tarif als Ausgangspunkt zu nehmen. Um die in eigener Sache prozessierende Anwältin gegenüber berufsmässig vertretenen Prozessparteien nicht ungerechtfertigt zu bevorzugen, rechtfertigt sich jedoch grundsätzlich ein Abzug, denn eine berufsmässig vertretene Partei wird für die Instruktion ihrer Rechtsvertretung nicht entschädigt.¹⁴²⁵
- 453 Etwas anders gestaltet sich die Ausgangslage bei Lichte besehen, wenn die prozessierende Anwältin bei der honorarberechtigten Kanzlei angestellt ist. Im Gegensatz zu ihren in der Rechtsabteilung eines Unternehmens tätigen, patentierten Kolleginnen ist die bei einer Kanzlei als solche angestellte Anwältin im kantonalen Register eingetragen und somit befugt, berufliche Prozessvertretungen wahrzunehmen.¹⁴²⁶ Ob sich die Nidwaldner Regelung, wonach eine bei einer Prozesspartei angestellte Anwältin in keinem Fall Anspruch auf eine Entschädigung habe, mit dem Bundesrecht (Art. 95 Abs. 1 lit b i.V.m. Art. 106 ff. ZPO) vereinbaren lässt, welches der berufsmässig vertretenen Partei bei Obsiegen einen Anspruch auf Kostenersatz gewährt, erscheint aus diesem Blickwinkel fraglich.¹⁴²⁷ Sofern nicht ein mandatsbezogener Interessenkonflikt im Sinne von Art. 12 lit. c BGFA vorliegt, tut das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses mit einer Prozesspartei der Berufsmässigkeit der Vertretung keinen Abbruch.¹⁴²⁸ Gewiss bezahlt die als Partei auftretende Kanzlei ihrer eigenen Angestellten für den Honorarprozess kein Honorar. Allerdings

¹⁴²⁴ Siehe Rz. 312 hiavor.

¹⁴²⁵ RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019, 692; ZK-ZPO/SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 41 ff.

¹⁴²⁶ Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 4 BGFA. Vgl. BSK-ZPO/TENCHIO, Art. 68 N 8; CHK-ZPO/SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 68 N 10; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 182 f.

¹⁴²⁷ Wobei das Bundesrecht keinen Anspruch auf einen minimalen Anwaltskostenersatz gewährt, vgl. BGer 4C_1/2011 vom 3. Mai 2011 = Pra 2011, Nr. 88, 624 ff., 630, E. 9.1; OGer ZH, PP170047 vom 13. Februar 2018, ZR 2018, Nr. 45, 182 ff., 184, E. 3.3.1.

¹⁴²⁸ Vgl. die hier interessierende Konstellation vom vorgenannten Entscheid des OGer ZH, PF160022 vom 26. September 2016, denn dort trat der prozessführende Anwalt klar in seiner Eigenschaft als Teilzeitangestellter des SECO auf und erfüllte somit in dieser Funktion die Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA (temporär) nicht (E. 4.3.2). Wäre der Anwalt im Namen seiner eigenen Kanzlei aufgetreten, hätte der Fall nach der hier vertretenen Auffassung zumindest anders begründet werden müssen. A.A. jedoch COURBAT, JdT 2018 III 202.

bemisst sich die tarifliche Parteientschädigung grundsätzlich unabhängig von der individuellen Abrede zwischen Anwalt und Mandantschaft.¹⁴²⁹ Eine von einer *pro bono* prozessierenden Anwältin vertretene Partei hat ebenso Anspruch auf eine tarifliche Parteientschädigung wie eine rechtsschutzversicherte, obwohl beide ihrer Rechtsvertretung kein bzw. nur ein reduziertes Honorar entrichten.¹⁴³⁰

Rein formell betrachtet könnte daher argumentiert werden, dass eine Kanzlei, die ihre Honorarforderung von einer bei ihr angestellten Anwältin durchsetzen lässt, Anspruch auf eine tarifliche Parteientschädigung habe, während eine solche nicht zuzusprechen wäre, wenn dieselbe Forderung von einer Partnerin erstritten würde. Unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Realitäten greift diese Argumentation m.E. jedoch zu kurz. Wie bei den beiden anderen vorstehend genannten Fällen – der in eigenem Namen prozessierenden Einzelanwältin sowie der für ihre Kanzlei auftretenden Partnerin – verwendet die obsiegende Prozesspartei unmittelbar eigene Ressourcen, um den Prozess zu führen, statt hierfür auf die Dienstleistungen Dritter zurückzugreifen. Der Einsatz eigener Ressourcen ist jedoch nach geltendem Recht in der Regel nicht zu entschädigen. Würde eine Anwaltskanzlei, die einen Honorarprozess von ihrer eigenen Angestellten führen lässt, gleich behandelt wie eine durch ein externes Büro vertretene Prozesspartei, so würden ihr jedoch eigene Aufwendungen vergütet. Deshalb ist eine volle tarifliche Entschädigung in derartigen Fällen abzulehnen. 454

Würde jedoch die Durchsetzung eigener Honorarforderungen gar nicht entschädigt, so würde bei den honorarberechtigten Anwältinnen der wirtschaftliche Anreiz geschaffen, eine externe Rechtsvertretung zu mandatieren, um hierfür eine tarifliche Parteientschädigung zu erhalten, statt selbst Aufwand zu betreiben, der nicht entschädigt wird.¹⁴³¹ Wie das Bundesgericht in einem jüngeren Leitentscheid klargestellt hat, könnte eine Parteientschädigung dann nicht mit der Begründung 455

¹⁴²⁹ BSK-ZPO/RÜEGG/RÜEGG, Art. 96 N 5; NATER/GÖTZ STAHELIN, 471; ZK-ZPO/SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 37. Siehe dazu ferner Rz. 309 ff. hiervor.

¹⁴³⁰ Vgl. etwa die Vorgeschichte des «Bruno-Steiner-Falles» (Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. Dezember 2010, ZR 2011, Nr. 16, 28 ff. [insb. E. 6]), bei welchem der Anwalt von seinem Mandanten kein Honorar entgegennahm, sondern nur die – dennoch ausgerichtete – Parteientschädigung. Anders jedoch KassGer ZH, AA0801058 vom 29. Mai 2009, E.IV.2.

¹⁴³¹ Gemäss der vom Beschwerdeführer in BGer 1C_133/2015 vom 5. Oktober 2015 erfolglos vorgetragene Argumentation zu Gunsten einer Parteientschädigung entspreche es einer Gepflogenheit, von der vordergründig «mandatierten» Anwaltskanzlei lediglich das Geschäftspapier und die Unterschrift in Anspruch zu nehmen. Das Bundesgericht hat sich zur Existenz einer solchen Gepflogenheit in E. 3.3 nicht geäußert.

verweigert werden, dass der Beizug einer Rechtsvertretung nicht notwendig gewesen sei. Eine Parteientschädigung ist nämlich auch geschuldet, wenn dies nicht der Fall war.¹⁴³² Wie vorstehend ausgeführt,¹⁴³³ ist der – in aller Regel nicht erforderliche – Beizug einer externen Rechtsvertretung nicht wünschenswert und sollte daher nicht mit wirtschaftlichen Anreizen gefördert werden.¹⁴³⁴

- 456 Nach der hier vertretenen Auffassung ist einer Anwaltskanzlei daher auch für die Bemühungen der bei ihnen angestellten Anwältinnen eine reduzierte tarifliche Entschädigung zu entrichten.¹⁴³⁵ Unter Berücksichtigung der durch die Prozessführung in eigener Sache entstehenden Opportunitätskosten sollte die zuzusprechende Entschädigung die honorarberechtigte Prozesspartei wirtschaftlich weder besser noch schlechter stellen, als wenn sie eine externe Rechtsvertretung mandatiert hätte. Um eine Bindung an allfällige kantonale Mindestansätze zu vermeiden, sollte diese Entschädigung unter den Titel der Umtriebsentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO subsumiert und folglich nach pflichtgemäßem Ermessen festgelegt werden.
- 457 Darüber hinaus sollte es sich von selbst verstehen, dass in allen drei vorgenannten Konstellationen kein Mehrwertsteuerzuschlag zu entrichten ist, da weder Bemühungen in eigener Sache noch die Leistungen eigener Organe oder Angestellter mehrwertsteuerpflichtig sind.¹⁴³⁶

RUSCH und FISCHBACHER (AJP 2019, 689) bezeichnen dieses Vorgehen als Prozessbetrug.

¹⁴³² BGE 144 III 164, 171 ff., E. 3.5; OGer ZH, RT170149 vom 14. November 2017, ZR 2018, Nr. 31, 123 ff., 124, E. 6.1.

¹⁴³³ Siehe Rz. 451 hiavor.

¹⁴³⁴ RUSCH/FISCHBACHER, AJP 2019, 694.

¹⁴³⁵ RUSCH/FISCHBACHER (AJP 2019, 692 ff.) begründen diese Ansicht mit einer Analogie zur Selbstreparatur, die eine Entschädigung nach Haftpflichtrecht nicht ausschliesst.

¹⁴³⁶ Vgl. KassGer ZH, Beschluss vom 26. April 2007, ZR 2007, Nr. 78, 289 ff., 299, E. 2.d; allgemein OFK-ZPO/MOHS, Art. 95 N 7. Siehe zum Mehrwertsteuerzuschlag im Allgemeinen Rz. 233 ff. hiavor.

E. Honorarstreitigkeiten vor den Aufsichtsbehörden

1. Interventionsschwelle

Wie bereits vorstehend erwähnt, hat der Gesetzgeber auf eine einheitliche Regelung von Honorarfragen bewusst verzichtet.¹⁴³⁷ Dementsprechend fungieren die kantonalen Aufsichtsbehörden als Wächterinnen über die Berufsregeln und nicht als Honorarprüfungsstellen.¹⁴³⁸ Allerdings gilt die Stellung einer krass übersetzten Honorarforderung als Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach Art. 12 lit. a BGFA.¹⁴³⁹ Daher stellt sich die Frage, welchen Wert die Honorarforderung überschreiten muss, um eine Disziplinierung des betreffenden Anwalts nach sich zu ziehen.

Die kantonalen Anwaltsaufsichtsbehörden haben sich jedoch bei der Verhängung von Disziplinar massnahmen wegen unangemessener Honorare stets grosse Zurückhaltung auferlegt.¹⁴⁴⁰ Ob eine disziplinarrechtlich relevante Honorarüberforderung begangen wurde, bestimmt sich nicht allein nach der Höhe des Honorars, sondern nach den gesamten Nebenumständen.¹⁴⁴¹ Ins Gewicht fallen hierbei insbesondere die Verletzung anderer Berufsregeln, insbesondere der Aufklärungspflicht, sowie generell die «Anwendung von Mitteln [...], die eines Anwalts unwürdig sind, z.B. durch irreführende Angaben gegenüber der Klientenschaft oder die Ausübung unzulässigen Drucks auf diese [...]».¹⁴⁴² Daran ist nichts zu beanstanden. Problematischer erscheint hingegen das im vorzitierten baselstädtischen Entscheid ebenfalls genannte Beispiel, dass «es der Advokat einfach darauf ankommen lässt,

¹⁴³⁷ Siehe Rz. 52 hiavor.

¹⁴³⁸ Vgl. VGer GL, VG.2019.67 vom 5. September 2019, E. II.4.3; *Commission du barreau GE*, Dossier 107/14 vom 8. Februar 2016, zit. bei BOILLAT/COLLART, 322 f.

¹⁴³⁹ BGer 2C_985/2020 vom 5. November 2021, E. 6.1, m. Anm. EGLI/CVETOVIC/MÜLLER, 288; BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 4.2, m. Anm. FELLMANN, *Anwaltsrevue* 2020, 39; KGer SG, AW.2019.28 vom 19. September 2019, E. II.4.a; VGer GL, VG.2019.67 vom 5. September 2019, E. II.4.2; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte BS, 27. August 2007, BJM 2010, 157 ff., 160; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 500.

¹⁴⁴⁰ BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 4.2; *Cour de justice GE*, A/4096/2013 vom 29. Juli 2014, E. 4. Vgl. ferner bereits DUBACH, 58a.

¹⁴⁴¹ BGer, a.a.O.; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte BS, 27. August 2007, BJM 2010, 157 ff., 160; DAL MOLIN-KRÄNZLIN, FS Koller, 114 f.; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 500.

¹⁴⁴² BJM 2010, a.a.O. Ähnlich bereits die bei DUBACH, 58a, zitierten Entscheide der Luzerner Aufsichtskommission aus den Jahren 1944 und 1945.

*ob sein übersetztes Honorar akzeptiert wird und, wenn dies nicht der Fall ist, die Rechnung ganz beträchtlich reduziert [...]».*¹⁴⁴³ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte eine Anwältin nämlich nicht strenger (bzw. überhaupt) sanktioniert werden, weil sie ihr Fehlverhalten eingesehen hat und mit der Mandatschaft eine einvernehmliche Beilegung der Streitigkeit anstrebt.¹⁴⁴⁴

- 460 Nach dem Gesagten definiert die Rechtsprechung also keine festen Schwellenwerte für eine disziplinarisch relevante Honorarüberforderung.¹⁴⁴⁵ In Lehre und Praxis als klar übersetzt gilt jedoch ein Honorar, welches das Dreifache der im Kanton üblichen Ansätze beträgt.¹⁴⁴⁶ Einige Entscheide und Lehrmeinungen setzen diese Schwelle sogar bereits bei einer Überschreitung um 30% der kantonalen Honoraransätze an.¹⁴⁴⁷ Ohne einen allgemein gültigen Schwellenwert zu definieren, bezeichnete die Anwaltskammer des Kantons St. Gallen 2019 einen Stundensatz von CHF 500.00 zzgl. CHF 80.00 für Mehrwertsteuer, Auslagen und Sekretariatsarbeiten als krass übersetzt. Die Anwaltskammer ging dabei von einem angemessenen Honorar von CHF 250.00 aus und zog insbesondere in Erwägung, dass die Mandantin in knappen finanziellen Verhältnissen lebte und der Anwalt erst wenige Monate vor Mandatsübernahme sein Patent erworben hatte.¹⁴⁴⁸ Demgegenüber hat

¹⁴⁴³ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte BS, 27. August 2007, BJM 2010, 157 ff., 160.

¹⁴⁴⁴ Anders wohl BGer 2C_985/2020 vom 5. November 2021, E. 5.5, wonach es *«gerade nicht darauf ankommen [solle], ob ein aufgrund der Honorarvereinbarung krass übersetztes Honorar akzeptiert oder bei Reklamation reduziert wird»*.

¹⁴⁴⁵ EGLI/CVETOVIC/MÜLLER, 288 f., weisen zudem mit Recht darauf hin, dass auch die Bezifferung des als Grundlage dienenden *«üblichen»* Honorars Mühe bereiten kann. Vgl. zum angemessenen Honorar eingehend Rz. 48 ff. hiavor.

¹⁴⁴⁶ FELLMANN/ZINDEL/FELLMANN, Art. 12 N 169; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 150, jeweils m.w.H. Im vorzitierten Entscheid BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019 wurde der betroffene Anwalt wegen eines Stundensatzes von CHF 910.00 anstelle der im Kanton St. Gallen üblichen CHF 300.00 bis CHF 400.00 diszipliniert (siehe dort, E. 5.1).

¹⁴⁴⁷ Vgl. BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 5.3, mit Hinweis auf das unveröffentlichte Urteil P.425/1979 vom 20. Februar 1980, E. 3; VGer GL, VG.2019.67 vom 5. September 2019, E. II.4.2; BOHNET/MARTENET, 522; BRUNNER/HENN/KRIESI, 92; DUBACH, 58a (mit Hinweis auf die bernische Praxis der 1940er-Jahre); SCHILLER, SJZ 2004, 354.

¹⁴⁴⁸ KGer SG, AW.2019.28 vom 19. September 2019, E. II.3.b, II.4.a, II.4.d und II.5. Bemerkenswert ist hier, dass das Verwaltungsgericht St. Gallen im selben Jahr von einer Honoraransatz von zwischen CHF 300.00 und CHF 400.00 pro Stunde ausging (VGer SG, B 2018/220 vom 21. Januar 2019, E. 5.4, bestätigt in BGer 2C_205/2019 vom 26. November 2019, E. 5.1).

die Zürcher Aufsichtscommission 2012 einen Stundensatz von CHF 540.00 für ein «*durchschnittlich komplexes*» Willensvollstreckungsmandat als nicht krass übersetzt qualifiziert.¹⁴⁴⁹ Dieses Beispiel zeigt die bestehenden kantonalen Unterschiede deutlich auf.

In der Lehre wird bisweilen die Ansicht vertreten, die Erheblichkeitsgrenzen für einen Berufsregelverstoss seien enger gezogen als diejenigen einer Übervorteilung nach Art. 21 OR.¹⁴⁵⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies abzulehnen.¹⁴⁵¹ Die Übervorteilung führt zur einseitigen Unverbindlichkeit der Vereinbarung für die Übervorteilte, wenn diese den Vertrag rechtzeitig anfechtet. Demgegenüber führt eine disziplinarrechtlich relevante Honorarüberforderung zur Nichtigkeit der Honorarabrede nach Art. 20 OR sowie zu einer Disziplinarsanktion (schlimmstenfalls sogar zu einem Berufsausübungsverbot!) gegenüber der fehlbaren Anwältin.¹⁴⁵² Auch wenn im Berufsrecht und im Privatrecht bisweilen mit unterschiedlichen Ellen gemessen wird, wäre dieser Wertungswiderspruch mit Rücksicht auf die Einheit der Rechtsordnung kaum zu rechtfertigen. Mit Disziplinarsanktionen belegt werden sollten somit nur die übelsten Auswüchse anwaltlicher Gier, während der Mandantschaft bei etwas weniger gravierenden Fällen eine Anfechtung der Honorarvereinbarung wegen Übervorteilung nach den allgemeinen Voraussetzungen möglich sein sollte.

2. Verfahren und Entscheid

Das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde richtet sich nach kantonalem Verwaltungsrecht.¹⁴⁵³ Parteistellung kommt grundsätzlich nur der beanzeigten Anwältin zu, nicht jedoch der Mandantschaft, selbst wenn diese etwa wegen Honorarüberforderung

¹⁴⁴⁹ Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG120004-O vom 12. April 2012, wiedergegeben bei DAL MOLIN-KRÄNZLIN, FS Koller, 112, 116 f.

¹⁴⁵⁰ HESS, ZBJV 2004, 120; STERCHI, Komm. aFG-BE, 137.

¹⁴⁵¹ In diesem Sinne wohl auch SCHUMACHER/DALLAFIORI, 1291, im Zusammenhang mit Erfolgsprämien. Demnach komme «*die Schranke zur Annahme eines <offenbaren Missverhältnisses> erst dort zu liegen, wo die Vereinbarung der fraglichen Erfolgsprämie von aussen betrachtet schlicht keinen Sinn ergibt und der an den Anwalt zu bezahlende Preis geradezu wucherisch erscheint*».

¹⁴⁵² Siehe zu den Disziplinarsanktionen Rz. 160 ff. hiervor sowie zur zivilrechtlichen Behandlung krass übersetzter Honorarforderungen Rz. 463 f. hiernach.

¹⁴⁵³ Art. 34 Abs. 1 BGFA. Dazu Botschaft BGFA, 6058; BOHNET/MARTENET, 840; CHAPPUIS/GURTNER, 300 ff.; CR-LLCA/BAUER/BAUER, Art. 14 N 2; FELLMANN/ZINDEL/POLEDNA, Art. 17 N 7; VALLONI/STEINEGGER, 62.

Anzeige gestellt hat.¹⁴⁵⁴ Dies ist insofern von praktischer Relevanz, als Disziplinarverfahren grundsätzlich nicht öffentlich sind.¹⁴⁵⁵ So kann es vorkommen, dass die Mandantschaft eine Honorarüberforderung zwar beanzeigen kann, davon aber nie erfährt und den Disziplinarentscheid deshalb auch nicht in einem Zivilverfahren zu ihren Gunsten verwenden kann. Nur manche kantonalen Anwaltsgesetze erlauben es unter Umständen, die Verzeigerin über den Verfahrensausgang zu informieren oder ihr den Entscheid ganz oder teilweise bekanntzugeben.¹⁴⁵⁶

3. Zivilrechtliches Schicksal verbotener Honorarvereinbarungen

- 463 Soweit ersichtlich hat sich die Rechtsprechung noch nie ausdrücklich mit der Frage beschäftigt, wie Honorarforderungen, welche die Aufsichtsbehörde als überhöht angesehen hat, zivilrechtlich zu behandeln sind. FELLMANN qualifiziert diese in Anwendung von Art. 20 OR als nichtig, da sie gegen öffentliches Recht (Art. 12 lit. a BGFA) verstieessen.¹⁴⁵⁷ Diese Rechtsfolge war auch für Überschreitungen der Zwangstarife vorgesehen, als diese noch existierten.¹⁴⁵⁸ Diese verfolgten denselben Zweck wie das berufsrechtliche Verbot der krassen Honorarüberforderung, nämlich den Schutz der Mandantschaft vor ausbeuterisch hohen Honoraren. Blieben krass überhöhte Honorarforderungen zivilrechtlich durchsetzbar, so würde dieser Schutzzweck unterlaufen. Im Übrigen würden sich die Konsequenzen un erlaubt hoher Honorare mit denjenigen verbotener Erfolgshonorare decken.¹⁴⁵⁹
- 464 Nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage nach den Folgen der Nichtigkeit. Da *pro bono*-Mandate nach geltendem Recht zulässig sind, wäre es denkbar, der fehlbaren Anwältin schlichtweg jeden Honoraranspruch zu verwehren. Dies käme

¹⁴⁵⁴ BGE 132 II 250, 254, E 4.2; BGE 129 II 297, 301 f., E. 2.3; BGer 2P.32/2004 vom 19. Februar 2004; FELLMANN/ZINDEL/POLEDNA, Art. 17 N 11.

¹⁴⁵⁵ Vgl. § 23 Abs. 1 AnwG-ZH, dazu BRUNNER/HENN/KRIESI, 243; Art. 19 KAG-BE; Art. 11 Abs. 1 AnV-UR *e.c.*; Art. 20 AnwG-OW *e.c.*; § 16 Abs. 4 EG BGFA-ZG; § 15 Abs. 1 AnwG-SO *e.c.*; § 20 Abs. 1 AdvG-BS; § 22 Abs. 1 AnwG-BL.

¹⁴⁵⁶ Vgl. § 12 Abs. 4 AnwG-LU; Art. 11 Abs. 3 AnV-UR; § 17 Abs. 1 EG BGFA-ZG; § 15 Abs. 3 AnwG-SO; § 27 Abs. 2^{bis} AnwG-BL; Art. 38 Abs. 3 LAV-NE; Art. 48 LPav-GE; Art. 21 Abs. 3 LAV-JU. Anders § 30 Abs. 2 AnwG-ZH, dazu BRUNNER/HENN/KRIESI, 241; § 16 Abs. 3 KAnwG-SZ *e.c.*

¹⁴⁵⁷ FELLMANN, Anwaltsrevue 2020, 42.

¹⁴⁵⁸ FELLMANN, BK, Art. 394 N 436; GAUTSCHI, Auftrag, Art. 394 N 78a; VON BÜREN, OR BT, 137.

¹⁴⁵⁹ BGE 143 III 600, 615, E. 2.8.1. Siehe dazu im Detail Rz. 164 ff. hiervor.

jedoch einer zusätzlichen, im Gesetz nicht vorgesehenen Disziplinar massnahme gleich und ist daher abzulehnen.¹⁴⁶⁰ Auf der anderen Seite überzeugt auch eine geltungserhaltende Reduktion des Honorars auf das berufsrechtlich gerade noch zulässige Mass nicht, weil damit Fehlanreize geschaffen würden.¹⁴⁶¹ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte deshalb bei krass überhöhten Honorarforderungen nach Art. 394 Abs. 3 OR ein übliches Honorar festgesetzt werden, wie wenn nie eine Honorarvereinbarung getroffen worden wäre.¹⁴⁶²

II. Honorarinkasso und Berufsgeheimnis

A. Das Berufsgeheimnis

1. Bedeutung

Gemeinsam mit der anwaltlichen Unabhängigkeit und der Vermeidung von Interessenkonflikten bildet das Berufsgeheimnis den Wesenskern des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwältin und Mandantschaft.¹⁴⁶³ Dies lässt sich bereits daran erkennen, dass die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nicht nur mit den Disziplinarsanktionen des anwaltlichen Berufsrechts bewehrt ist, sondern auch mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.¹⁴⁶⁴ Darüber hinaus gewährt

¹⁴⁶⁰ Siehe zur analogen Überlegung betreffend die Verweigerung der Entbindung vom Berufsgeheimnis wegen unterlassener Vorschussrechnungen Rz. 490 hiernach.

¹⁴⁶¹ Vgl. dazu im Allgemeinen BERGER, Schuldrecht, 379 f.; KuKo-OR/HERZOG, Art. 20 N 19; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, 285 f.

¹⁴⁶² In diesem Sinne generell bei Verstössen gegen zwingendes Recht KRAMER, BK, Art. 19/20 N 354. Siehe zur Festsetzung des üblichen Anwaltshonorars Rz. 33 ff. hier vor.

¹⁴⁶³ FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 520; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 2; PFEIFER, Berufsgeheimnis, 105; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 377 f.; SCHLUEP, 63.

¹⁴⁶⁴ Art. 321 Ziff. 1 StGB. Dazu BGE 142 II 307, 309, E. 4.1; BGE 97 831, 835 f., E. 2.a; BOHNET/MARTENET, 740 ff.; BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 35 ff.; BRUNNER/HENN/KRIESI, 194; CORBOZ, 79; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 524; BSK-StGB II/OBERHOLZER, Art. 321 N 6; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 588 f.; Handkommentar StGB/WOHLERS, Art. 321 N 3; STRATENWERTH/BOMMER, 457 ff.; TRECHSEL/PIETH/TRECHSEL/VEST, Art. 321 N 5.

das Prozessrecht Anwältinnen ein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht.¹⁴⁶⁵ Die Überwachung der Korrespondenz zwischen Anwältin und Mandantschaft, Hausdurchsuchungen sowie Beschlagnahmungen anwaltlicher Dokumente sind, wenn überhaupt, dann nur unter äusserst restriktiven Voraussetzungen zulässig.¹⁴⁶⁶

- 466 Gemeinhin wird zwischen dem individualrechtlichen und dem institutionellen Gehalt der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unterschieden.¹⁴⁶⁷ Auf der individualrechtlichen Ebene schützt das Berufsgeheimnis das Vertrauensverhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft.¹⁴⁶⁸ Darüber hinaus liegt das anwaltliche Berufsgeheimnis als Institution auch im öffentlichen Interesse, weil es den wirksamen Zugang der Mandantschaft zum Recht überhaupt erst ermöglicht.¹⁴⁶⁹

2. Sachlicher Anwendungsbereich

- 467 Vom Schutzbereich des Berufsgeheimnisses erfasst ist über den Gesetzeswortlaut hinaus nicht nur alles geschützt, was der Anwältin anvertraut wird, sondern überhaupt alles, was sie infolge ihrer beruflichen Tätigkeit wahrnimmt.¹⁴⁷⁰ Damit ist nicht nur die forensische, sondern die gesamte anwaltstypische Tätigkeit gemeint.¹⁴⁷¹ Dementsprechend unterstehen etwa bereits das Bestehen oder Nicht-

¹⁴⁶⁵ BOHNET/MARTENET, 743; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 92; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 402. Vgl. etwa Art. 163 Abs. 1 lit. b ZPO, Art. 171 Abs. 1 und 4 StPO sowie Art. 16 Abs. 1 lit. b VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 lit. b BZP.

¹⁴⁶⁶ Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO. Dazu CHAPPUIS/BARTH, 279; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 694 ff.; BSK-StPO/BOMMER/GOLDSCHMID, Art. 264 N 20a ff.; SK-StPO/HEIMGARTNER, Art. 321 N 16c, STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 655, sowie eingehend BOHNET/MARTENET, 768 ff.

¹⁴⁶⁷ BGE 135 III 597 = Pra 2010, Nr. 52, 377 ff., 382 f., E. 3.4; BGer 2C_586/2015 vom 9. Mai 2016, E. 2.3 (nicht publiziert in BGE 142 II 307); BOHNET/MARTENET, 744 f.; BERNHART, 158; CORBOZ, 79 f.; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 2; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 386 f.

¹⁴⁶⁸ BGer 2C_586/2015 vom 9. Mai 2016, E. 2.2 (nicht publiziert in BGE 142 II 307); BOHNET/MARTENET, 744; CORBOZ, 78; CHAPPUIS/GURTNER, 179; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 527.

¹⁴⁶⁹ Vgl. BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 30; BRUNNER/HENN/KRIESI, 183 f.

¹⁴⁷⁰ BGE 97 I 831, 838, E. 4; BOHNET/MARTENET, 758; CHAPPUIS/GURTNER, 183; CORBOZ, 85 ff.; CR-LLCA/MAURER/GROSS, Art. 13 N 207; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 535; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 652; TRECHSEL/PIETH/TRECHSEL/VEST, Art. 321 N 20. Vgl. zudem den Wortlaut von Art. 321 Abs. 1 StGB.

¹⁴⁷¹ BGE 132 II 103 = Pra 2007, Nr. 4, 14 ff., 15 f., E. 2.1, m.H. auf die langjährige Rechtsprechung; BRUNNER/HENN/KRIESI, 185 f.; CORBOZ, 82; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL,

bestehen eines Mandatsverhältnisses sowie Abschluss und Inhalt einer Honorarvereinbarung dem Berufsgeheimnis.¹⁴⁷² Die Geheimhaltungspflicht gilt gegenüber jedermann, also auch gegenüber Personen, die ihrerseits einem Berufs- oder Amtsgeheimnis unterstehen.¹⁴⁷³

3. Entbindung vom Berufsgeheimnis

a. Durch die Mandantschaft

Als Geheimnisherrin steht es der Mandantschaft völlig frei, vom Berufsgeheimnis 468 geschützte Informationen preiszugeben oder die Rechtsvertretung zu deren Preisgabe zu ermächtigen.¹⁴⁷⁴ Diese Erklärung ist an keine besondere Form gebunden und namentlich auch konkludent möglich.¹⁴⁷⁵ Tatsächlich offenbart die Anwältin nach der vorstehend erörterten Definition auch dann geschützte Informationen, wenn sie für die Mandantschaft etwa Klage einreicht oder mit der Gegenpartei verhandelt. Durch die entsprechenden Instruktionen entbindet die Mandantschaft

Art. 13 N 118; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 653. Zur Abgrenzung zwischen anwaltstypischer und nicht anwaltstypischer Tätigkeit siehe Rz. 71 f. hiavor.

¹⁴⁷² BGer 2C_1045/2021 vom 29. April 2022, E. 4.1; BGer 2C_1127/2013 vom 7. April 2014, E. 3.1; BGer 2C_42/2010 vom 28. April 2010, E. 3.1; BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 42; BRUNNER/HENN/KRIESI, 186; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 536; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 107; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 652; TESTA, 156; WOLFFERS, 135.

¹⁴⁷³ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. September 2004, ZR 2005, Nr. 20, 72 ff., 73, E. 2; BERNHART, 165; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 615; VIELI, 41 f.

¹⁴⁷⁴ BGE 131 I 223, 235, E. 4.5.6; BOHNET/MARTENET, 778; CHAPPUIS/GURTNER, 238; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 571; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 134; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 594; DERS., SJZ 2018, 22; TESTA, 148; WOLFFERS, 139.

¹⁴⁷⁵ BGE 98 IV 217, 218, E. 2; BGer 2C_37/2018 vom 15. August 2018, E. 6.3.1; BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 33; BSK-StGB II/OBERHOLZER, Art. 321 N 22; CHAPPUIS/GURTNER, a.a.O.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 572; Handkommentar StGB/WOHLERS, Art. 321 N 17; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 602; TESTA, a.a.O.; WOLFFERS, a.a.O.

die Rechtsvertretung konkludent vom Berufsgeheimnis, da diese die erteilten Weisungen anders gar nicht befolgen könnte.¹⁴⁷⁶ Die Entbindung muss stets mit Blick auf eine konkrete Situation erfolgen und ist jederzeit frei widerruflich.¹⁴⁷⁷

b. Durch die Aufsichtsbehörde

- 469 Kann oder will die Mandantschaft die Entbindung nicht erklären, so kann die Anwältin die Aufsichtsbehörde an ihrem Geschäftssitz um Entbindung vom Berufsgeheimnis ersuchen.¹⁴⁷⁸ Das Verfahren richtet sich nach kantonalem Recht und ist schnell und unkompliziert ausgestaltet, aber in der Regel nicht kostenlos.¹⁴⁷⁹ Es wird auf schriftliches Gesuch der Anwältin hin eingeleitet.¹⁴⁸⁰ Vor dem Ent-

¹⁴⁷⁶ Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, Beschluss vom 3. Juli 1997, ZR 1998, Nr. 50, 156 ff., 157; CR-LLCA/MAURER/GROSS, Art. 13 N 386; ERNI, 15; FELLMANN, BK, Art. 398 N 83; SCHILLER, Anwaltsrecht, a.a.O.; WOLFFERS, a.a.O. Vgl. BGE 106 IV 131, 133, E. 3 f.; BGE 98 IV 217, a.a.O.

¹⁴⁷⁷ BERNHART, 166 f.; BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 33 f.; CORBOZ, 93; CR-LLCA/MAURER/GROSS, Art. 13 N 389; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 577; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 135; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 596, 598.

¹⁴⁷⁸ Vgl. Art. 321 Ziff. 2 StGB sowie Art. 13 Abs. 1 BGFA *in fine*; BGer 2C_1045/2021 vom 29. April 2022, E. 4.1; BGer 2C_101/2019 vom 18. Februar 2019, E. 4.1; BGer 2C_8/2019 vom 1. Februar 2019, E. 2.1; *Commission du barreau GE*, Dossier 236/18 vom 18. Dezember 2018, zit. bei BOILLAT/COLLART, 331 f.; COURBAT, JdT 2021 III 11; CR-LLCA/MAURER/GROSS, Art. 13 N 391; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 590; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 133; GROSS, 16; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 620; VIELI, 49 f., jeweils m.w.H.

¹⁴⁷⁹ TESTA, 156 f.; VIELI, 57. Vgl. z.B. § 36 AnwG-ZH; Art. 20 Abs. 1 KAG-BE; § 14 Abs. 1 AnwG-LU; Art. 11 Abs. 2 AnV-UR; Art. 22 Abs. 1 AnwG-NW; Art. 21 Abs. 1 AnwG-GL; § 24 Abs. 1 EG BGFA-ZG; Art. 12 Abs. 1 AnwG-SH; Art. 18 Abs. 1 AnwG-GR; § 21 Abs. 1 AnwG-TG; Art. 33 LAVv-TI; Art. 49A LPav-GE. Vgl. zum Verfahren im Detail BRUNNER/HENN/KRIESI, 210 ff. (für den Kanton Zürich); CHAPPUIS/GURTNER, 242 ff.

¹⁴⁸⁰ Aufsichtskommission über die Advokaten BS, Entscheid vom 7. September 1981, BJM 1982, 160 ff., 161; BRUNNER/HENN/KRIESI, 210; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 120 f.; TRECHSEL/PIETH/TRECHSEL/VEST, Art. 321 N 31; BOHNET/MARTENET, 780 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 592.

scheid ist die Mandantschaft anzuhören.¹⁴⁸¹ Das Gesuch muss einen Rechtfertigungsgrund enthalten, welchen die Behörde gegen das Geheimhaltungsinteresse der Mandantschaft abwägt.¹⁴⁸²

B. Das Problem: Verletzung des Berufsgeheimnisses durch Inkassomassnahmen

Weigert sich die Mandantschaft, der Anwältin ihr Honorar zu entrichten, so muss sie sich, wie bereits vorstehend erwähnt, grundsätzlich der üblichen gerichtlichen und betriebsrechtlichen Schritte bedienen.¹⁴⁸³ Geradezu zwangsläufig geht damit die Offenbarung des Mandatsverhältnisses sowie der Honorarrechnung sowie der Honorarvereinbarung einher.¹⁴⁸⁴ Dies gilt bereits, wenn die Anwältin bloss einen Betreibungsregisterauszug einholen möchte, um sich über die Zahlungsfähigkeit der Mandantschaft zu informieren.¹⁴⁸⁵ 470

Bestreitet die Mandantschaft, wie dies regelmässig der Fall sein dürfte, den Bestand oder die Höhe der Honorarforderung, so ist die Anwältin darüber hinaus gezwungen, weitere Details aus dem Mandatsverhältnis zu offenbaren, welche nach dem vorstehend Erörterten auch (und erst recht) vom Berufsgeheimnis geschützt sind.¹⁴⁸⁶ Das Interesse der Mandantschaft an der Geheimhaltung der geschützten Informationen 471

¹⁴⁸¹ BOHNET/MARTENET, 781; CORBOZ, 94; ERNI, 17; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 593; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 138; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 121; SCHILLER, *Anwaltsrecht*, Rz. 622.

¹⁴⁸² BGE 142 II 307, 311, E. 4.3.3; BGer 2C_101/2019 vom 18. Februar 2019, E. 4.3; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 137; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 119 f. Siehe zur Interessenabwägung bei der Honorardurchsetzung im Einzelnen Rz. 486 ff. hiernach.

¹⁴⁸³ Siehe Rz. 353 hiervor.

¹⁴⁸⁴ BGer 2C_1127/2013 vom 7. April 2014, E. 3.1; BGer 2C_42/2010 vom 28. April 2010, E. 3.1; BERNHART, 168.

¹⁴⁸⁵ Vgl. Art. 8a Abs. 1 und 2 SchKG. Dazu AMONN/WALTHER, 19 ff.; BSK-SchKG/PETER, Art. 8a N 13; KREN KOSTKIEWICZ, 45 ff.; SK-SchKG/WEINGART, Art. 8a N 16.

¹⁴⁸⁶ BGer 2C_42/2010 vom 28. April 2010, E. 3.1; BGer 2C_508/2007 vom 27. Mai 2008, E. 2.1; BRUNNER/HENN/KRIESI, 186 f.; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 146.

geniesst, wie vorstehend ausgeführt, einen hohen verfassungsmässigen Rang.¹⁴⁸⁷ In der hier interessierenden Konstellation steht es dem Eigeninteresse der Rechtsvertretung an der Befriedigung ihrer Honorarforderung gegenüber.

C. Lösungsansätze

1. Ausnahme bestimmter Informationen vom Berufsgeheimnis?

- 472 Nach einer Praxis der Zürcher Aufsichtsbehörde galten der Bestand eines Mandatsverhältnisses sowie einer offenen Honorarforderung als vom Schutzbereich des Anwaltsgeheimnisses nicht erfasst. Dementsprechend konnte in Zürich eine Betreuung oder ein Schlichtungsverfahren ohne vorgängige Entbindung vom Berufsgeheimnis eingeleitet werden. Begründet wurde diese Praxis damit, dass das Berufsgeheimnis nach Art. 13 Abs. 1 BGFA eben nur von der Mandantschaft anvertraute Tatsachen schütze und der Bestand von Mandatsverhältnis und Honorarforderung, «*jedenfalls soweit es um die Geltendmachung von Honorarforderungen geht[,]*» nicht als anvertraut gelten könne.¹⁴⁸⁸
- 473 Diese Rechtsprechung entsprach einem wichtigen Bedürfnis in der Praxis.¹⁴⁸⁹ Wie nämlich bereits vorstehend erwähnt, konnte die Anwältin so etwa vor der Einleitung irgendwelcher Inkassomassnahmen eine Betreuungsauskunft über die Mandantschaft einholen.¹⁴⁹⁰ Zeigt diese, dass die Mandantschaft zahlungsunfähig ist, so dürften sich weitere Schritte in aller Regel erübrigen. Allerdings stellte sich die Zürcher Aufsichtsbehörde bereits gegen die damals herrschende Auslegung von Art. 13 BGFA, wonach eben nicht nur anvertraute Tatsachen vom Anwaltsge-

¹⁴⁸⁷ BOHNET/MARTENET, 739; BRUNNER/HENN/KRIESI, 183 f.; CR-LLCA/MAURER/GROSS, Art. 13 N 14 ff.; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 626; a.A. FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 525, wonach das schweizerische Verfassungsrecht keinen eigenständigen Anspruch auf Schutz des Berufsgeheimnisses vermittele. Siehe zur Bedeutung des Berufsgeheimnisses Rz. 465 f. hiavor.

¹⁴⁸⁸ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. September 2004, ZR 2005, Nr. 20, 72 ff., 74 f., E. 8. Dazu BOHNET/MARTENET, 789; BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 43 f.; BÜHR, 137; DUBACH, 79a; BRUNNER/HENN/KRIESI, 186 f.; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 146; ZINDEL, 42 f.

¹⁴⁸⁹ Vgl. FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 147; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 425.

¹⁴⁹⁰ Siehe dazu Rz. 470 (Fn. 1485) hiavor.

heimnis geschützt waren.¹⁴⁹¹ Dasselbe gilt bereits nach dem Wortlaut von Art. 321 Ziff. 1 StGB seit jeher für den strafrechtlichen Geheimnisschutz.¹⁴⁹² Da beruflich nicht erlaubt sein kann, was strafrechtlich verboten ist, hielt das Bundesgericht in einem Leitentscheid aus dem Jahr 2016 fest, die Entbindung vom Berufsgeheimnis müsse nach den Vorgaben des Bundesrechts erteilt werden.¹⁴⁹³ Seither hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt, dass für Honorarinkassomassnahmen eine Entbindung vom Berufsgeheimnis erforderlich ist.¹⁴⁹⁴ Damit erweist sich die vorstehend erwähnte Praxis des Kantons Zürich als bundesrechtswidrig.¹⁴⁹⁵

Auch nach der hier vertretenen Auffassung überzeugt die Begründung der Zürcher Aufsichtsbehörde nicht. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 13 BGFA (der sich überdies mit Art. 321 StGB deckt¹⁴⁹⁶) ist bundesrechtlich definiert.¹⁴⁹⁷ Dieser kann sich beim besten Willen nicht einem Chamäleon gleich situativ ändern: Entweder ist die Information über das Mandatsverhältnis und die Rechnungsstellung vom Berufsgeheimnis erfasst oder eben nicht. Auf den konkreten Zusammenhang kann es dabei nicht ankommen. Gewiss wird das Geheimhaltungsinteresse der Mandantschaft etwa durch ein einfaches Auskunftsgesuch ans Betreibungsamt nicht in einer Weise tangiert, als dass das Interesse der Rechtsvertretung nicht

¹⁴⁹¹ Vgl. BOHNET/MARTENET, 755 f.; GROSS, 12; PFEIFER, in Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 1. Aufl., Zürich 2005, Art. 13 N 52.

¹⁴⁹² BSK-StGB II/OBERHOLZER, Art. 321 N 15; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 591 f.; Handkommentar StGB/WOHLERS, Art. 321 N 9; STRATENWERTH/BOMMER, 454 f.; TRECHSEL/PIETH/TRECHSEL/VEST, Art. 321 N 21.

¹⁴⁹³ BGE 142 II 307, 310, E. 4.3.1. Vgl. bereits SCHWARZ, 112, wonach die damaligen kantonalen Regelungen zum Anwaltsgeheimnis angesichts des bundesstrafrechtlichen Schutzes entbehrlich seien.

¹⁴⁹⁴ BGer 2C_101/2019 vom 18. Februar 2019, E. 4.1; BGer 2C_8/2019 vom 1. Februar 2019, E. 2.1; BGer 6B_545/2016 vom 6. Februar 2017, E. 2.3. Vgl. zudem bereits BGer 2C_42/2010 vom 28. April 2010, E. 3.1; BGer 2C_1127/2013 vom 7. April 2014, E. 3.1, sowie die Zusammenfassung der Rechtsprechung in *Cour de justice GE*, ATA/345/2021 vom 23. März 2021, E. 5.c.

¹⁴⁹⁵ CHAPPUIS/BARTH, 282; CHAPPUIS/GURTNER, 231; SUTTER, 185. Vgl. zu den unterschiedlichen Ansichten der kantonalen Aufsichtsbehörden PASQUIER, 10.

¹⁴⁹⁶ Botschaft BGFA, 6055; CHAPPUIS/GURTNER, 176 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 615; SCHILLER, SJZ 2018, 22.

¹⁴⁹⁷ BGE 142 II 307, 310, E. 4.3.1; BOHNET/MARTENET, 746; CHAPPUIS/GURTNER, 178; FELLMANN, Anwaltsrecht, Rz. 599 f.; FELLMANN/ZINDEL/NATER/ZINDEL, Art. 13 N 13 ff.; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 753 f.

überwiegen würde.¹⁴⁹⁸ So klar die Interessenabwägung aber auch ausfallen mag, so wenig kann sie von der Anwältin vorweggenommen werden. Es handelt sich hier um eine *de lege lata* einzig der Aufsichtsbehörde zukommende Aufgabe.

- 475 Nach der hier vertretenen Auffassung scheint die Befugnis, eine Betreuung oder ein Schlichtungsverfahren ohne Entbindung einzuleiten, weitere Schritte jedoch nicht, kaum einen Mehrwert zu versprechen. Gegen einen Zahlungsbefehl wird die Mandantschaft aller Wahrscheinlichkeit nach ohnehin umgehend Rechtsvorschlagn erheben. Dessen Beseitigung, sei es mittels Rechtsöffnung oder mittels Anerkennungsklage, wird die Offenbarung weiterer Informationen erfordern, welche auch nach der vormaligen Zürcher Praxis einer Entbindung bedarf.¹⁴⁹⁹ Ob ein Entbindungsgesuch nun vor oder nach dem Betreibungsbegehren gestellt werden muss, dürfte in der Regel von untergeordneter Bedeutung sein.
- 476 Anders ist die Lage jedoch zu bewerten, soweit es um die Einholung eines Betreibungsregisterauszugs zur Feststellung der Zahlungsfähigkeit geht. Wie vorstehend bereits erwähnt, hätte eine wortgetreue Umsetzung der bundesgerichtlichen Vorgaben zur Folge, dass dies erst möglich wäre, wenn eine renitente oder nicht erreichbare Mandantin zuerst erfolglos um Befreiung ersucht und anschliessend ein einige Hundert Franken teures Entbindungsverfahren durchgeführt wurde. Stellte sich in einem solchen Fall später heraus, dass gegen die Mandantschaft Verlustscheine bestehen, hätte ein derartiger Spiessrutenlauf allen Beteiligten erspart bleiben können.
- 477 Umso unbefriedigender gestaltet sich die Situation, wenn die Rechtsvertretung beispielsweise befürchten muss, dass die Mandantschaft Anstalten zur Flucht trifft oder Vermögenswerte beiseite schafft. In einem solchen Fall wäre ein Arrestbegehren, das erst nach Abschluss eines regulären Entbindungsverfahrens gestellt werden dürfte, seines Sinnes beraubt. Immerhin kennt der Kanton Zürich für diese Situationen den Fall einer vorläufigen Entbindung ohne vorgängige Anhörung der Mandantschaft.¹⁵⁰⁰ Eine solche Möglichkeit sollten auch die übrigen kantonalen Aufsichtsbehörden für dringliche Fälle bereitstellen, notfalls sogar ohne ausdrückliche Gesetzesgrundlage.¹⁵⁰¹

¹⁴⁹⁸ Vgl. zu dieser Interessenabwägung im Detail Rz. 486 ff. hiernach.

¹⁴⁹⁹ Vgl. BGer 2C_42/2010 vom 28. April 2010, E. 3.1; Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, Beschluss vom 2. September 2004, ZR 2005, Nr. 20, 72 ff., 75, E. 8; BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 32; DIES., JdT 2020 II 45; BÜHR, 137.

¹⁵⁰⁰ § 35 Abs. 1 lit. a AnwG-ZH.

¹⁵⁰¹ In diesem Sinne erlaubt etwa die Praxis im Kanton Glarus die Stellung eines Arrestbegehrens, wenn gleichzeitig ein Entbindungsgesuch gestellt wird (vgl. die Weisung An-

2. Konkludente Einwilligung im Voraus?

Mit der Mandatierung der Rechtsvertretung verpflichtet sich die Mandantschaft, deren Honorar zu bezahlen. Gestützt auf diese allgemein bekannte Tatsache könnte argumentiert werden, durch die Eingehung dieser Verpflichtung entbinde die Mandantschaft die Rechtsvertretung bereits zu Beginn des Mandats vom Berufsgeheimnis, soweit es um die Eintreibung einer Honorarrechnung geht. Dieser Ansicht zufolge wäre die Rechtslage also im Wesentlichen dieselbe wie wenn die Rechtsvertretung im Auftrag der Mandantschaft nach aussen auftreten würde. Tatsächlich vertraten bis vor einigen Jahren die Aufsichtsbehörden mehrerer Kantone diese Meinung, weshalb sie auf Entbindungsgesuche zwecks Honorarinkassos gar nicht erst eintraten.¹⁵⁰² In manchen kantonalen Erlassen findet sich zudem die Bestimmung, wonach Anwälte zur Eintreibung offener Honorarforderungen vom Berufsgeheimnis entbunden seien.¹⁵⁰³ Dies hatte zur Konsequenz, dass nicht nur, wie nach der Zürcher Praxis, der Bestand von Mandat und Honorarforderung, sondern sämtliche übrigen für das Inkasso erforderlichen Informationen ohne vorgängige Entbindung offengelegt werden durften.

Zwar hat sich das Bundesgericht soweit ersichtlich nicht explizit zur Frage einer vorgängigen impliziten Entbindung zwecks Honorarinkassos geäußert.¹⁵⁰⁴ Ebenso ist eine konkludente Einwilligung in die Offenbarung geschützter Tatsachen wie gesehen grundsätzlich möglich.¹⁵⁰⁵ Von der dort beschriebenen Konstellation des anwaltlichen Handelns im Interesse bzw. nach Instruktion der Mandantschaft unterscheidet sich das Honorarinkasso jedoch grundlegend. Dieses erfolgt näm-

waltskommission GL).

¹⁵⁰² Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen LU, AU 02 8 vom 11. Juli 2002, LGVE 2002 I Nr. 30, 69; Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2001/3 vom 25. Juni 2002, in *Anwaltsrevue* 9/2002, 31 f., 32, E. 2.c; Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen LU, AU 96 22/9 vom 6. Dezember 1996, zit. bei SCHWARZ, 124; BOHNET/MARTENET, 789; BRUNNER/HENN/KRIESI, 187; CHAPPUIS/GURTNER, 229 f., RONDI, 44, jeweils m.w.H. Ähnlich SCHWARZ, 123, wonach die Bestreitung oder Nichtbezahlung die Inkaufnahme rechtlicher Schritte zur Honorardurchsetzung impliziert.

¹⁵⁰³ Art. 20 AnwG-AR; Art. 8 AnwHV-AI; Art. 9 HonO-SG.

¹⁵⁰⁴ Sämtlichen in diesem Kapitel zitierten Entscheiden der letzten Jahre lag der Sachverhalt eines gutgeheissenen Entbindungsgesuchs zugrunde. Das Bundesgericht wies letztlich alle dagegen gerichteten Beschwerden ab (vgl. BGE 142 II 307; BGE 142 II 256; BGer 2C_101/2019 vom 18. Februar 2019; BGer 2C_8/2019 vom 1. Februar 2019; BGer 2C_439/2017 vom 16. Mai 2018).

¹⁵⁰⁵ Siehe Rz. 468 hiervor sowie die Nachweise in Fn. 1476.

lich gerade nicht im Interesse, geschweige denn auf Weisung der Mandantschaft hin, sondern im Eigeninteresse der Anwältin. Deshalb wurde die in manchen Kantonen angenommene automatische Befreiung in der Lehre auch schon vor 2016 kritisch aufgenommen.¹⁵⁰⁶

- 480 Nach dem bundesgerichtlichen Machtwort dürften sich diese Diskussionen erübrigt haben: Wenn von Bundesrechts wegen eine Entbindung für alle Inkassomassnahmen erforderlich ist, kann von einer automatischen vorgängigen Entbindung kraft Mandatierung nicht mehr ausgegangen werden. Aus analogen Überlegungen erweisen sich auch die entsprechenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen der beiden Appenzell und St. Gallens als bundesrechtswidrig. In diesem Sinne hat das Kantonsgericht St. Gallen 2017 seine vorherige Praxis geändert und verlangt seither auch für das Honorarinkasso eine Entbindung vom Berufsgeheimnis.¹⁵⁰⁷

3. Ausdrückliche vorgängige Entbindung durch die Mandantschaft

- 481 In einigen Kantonen lassen sich Anwältinnen üblicherweise bereits in der Mandats- bzw. Honorarvereinbarung vorgängig vom Berufsgeheimnis entbinden, soweit dies für die Zwecke des Honorarinkassos erforderlich ist.¹⁵⁰⁸ Die Aufsichtsbehörden anderer Kantone sowie ein Teil der Lehre lehnen dieses Vorgehen ab. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass eine generelle vorgängige Entbindung vom Berufsgeheimnis nicht zulässig ist.¹⁵⁰⁹ Im gleichen Sinne könne die Mandantschaft zu Beginn des Mandats nicht abschätzen, worauf sie sich mit einer vorgängigen Entbindungserklärung einlasse. Deshalb könne die Mandantschaft eine Entbindung vom Berufsgeheimnis nur in Kenntnis der konkreten Umstände wirksam erklären.¹⁵¹⁰

¹⁵⁰⁶ Vgl. FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 596 (ebenso bereits Rz. 526 der Voraufgabe 2010); PFEIFER, in Fellmann/Zindel (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)*, 1. Aufl., Zürich 2005, Art. 13 N 66 (anders jedoch ZINDEL/NATER in der aktuellen Auflage dieses Kommentars, Art. 13 N 147); SCHILLER, *Anwaltsrecht*, Rz. 425, die bereits die vorstehend erörterte Zürcher Praxis für zu liberal hielten.

¹⁵⁰⁷ KGer SG, AW.2016.81 vom 11. Januar 2017, in SJZ 2017, 450 f., 451, E. II.4.

¹⁵⁰⁸ BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 33; DIES., JdT 2020 II 47; SCHWARZ, 124 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 654, mit Verweis auf die Praxis im Kanton Basel-Stadt.

¹⁵⁰⁹ Siehe dazu Rz. 468 hiervor.

¹⁵¹⁰ FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 573. Siehe zu dieser Kontroverse PASQUIER, 10 f. Vgl. ferner Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen des Kantons Zürich, Beschluss

Einer vermittelnden Ansicht in der Lehre zufolge, welcher sich inzwischen auch 482 die Zürcher Aufsichtsbehörde angeschlossen zu haben scheint, sei eine vorgängige Entbindung dann möglich, wenn die Mandantschaft auf die jederzeitige Widerruflichkeit aufmerksam gemacht und darauf hingewiesen werde, welche Informationen allenfalls preisgegeben würden.¹⁵¹¹ In Anlehnung an die Ungewöhnlichkeitsregel in der Rechtsprechung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen soll die entsprechende Entbindungserklärung in einem von der Vollmacht separaten Dokument enthalten, zumindest jedoch fettgedruckt sein.¹⁵¹² BRUNNER, HENN und KRIESI sehen die Anwältin darüber hinaus in der Pflicht, die Mandantschaft vor der Offenbarung geheimer Informationen rechtzeitig vorzuwarnen, damit diese ihr Widerrufsrecht ausüben könne.¹⁵¹³ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte jedenfalls die Einholung einer Betreuungsauskunft auch ohne eine solche Warnung zulässig sein, denn einerseits zeitigt diese keine finanziellen oder stigmatisierenden Auswirkungen auf die Mandantschaft, und andererseits erübrigen sich bei Zahlungsunfähigkeit regelmässig sämtliche weiteren Schritte.

Soweit ersichtlich musste sich das Bundesgericht mit einer derartigen Erklärung 483 noch nie auseinandersetzen, da sämtlichen in den letzten Jahren ergangenen Entscheiden ein gutgeheissenes Entbindungsgesuch an die Aufsichtsbehörde zugrunde lag.¹⁵¹⁴ Dennoch hielt der Genfer Anwaltsverband die Rechtslage nach diesen Entscheiden für derart unsicher, dass er die vorgängige Einwilligung der Mandantschaft aus seiner Mustervollmacht entfernte.¹⁵¹⁵

vom 3. Juli 1997, ZR 1998, Nr. 50, 156 ff., 157, wonach jedenfalls die «*definitive und unwiderrufliche*» Befreiung zwecks Honorarinkassos unzulässig ist. Aus diesem Entscheid geht jedoch m.E. nicht hervor, dass eine vorgängige Entbindung generell unzulässig wäre.

¹⁵¹¹ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte ZH, KG110004 vom 1. September 2011, E. III.D., zit. bei BRUNNER/HENN/KRIESI, 93; BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 34. Vgl. für das ärztliche Berufsgeheimnis PELET/SCHLOSSER, 206.

¹⁵¹² BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 35 f. Vgl. für das ärztliche Berufsgeheimnis PELET/SCHLOSSER, 205.

¹⁵¹³ BRUNNER/HENN/KRIESI, 93. Ähnlich SCHWARZ, 123, wonach (unabhängig von einer vorgängigen Einwilligung) die Mandantschaft vor der Ergreifung rechtlicher Schritte zu warnen sei.

¹⁵¹⁴ CHAPPUIS/GURTNER, 229. Vgl. BGE 142 II 307; BGer 2C_101/2019 vom 18. Februar 2019; BGer 2C_8/2019 vom 1. Februar 2019; BGer 2C_439/2017 vom 16. Mai 2018.

¹⁵¹⁵ Vgl. das Schreiben Berufsgeheimnis ODAGE vom 25. Juni 2018.

484 Nach der hier vertretenen Auffassung besteht kein Grund, weshalb eine vorgängige Entbindung vom Berufsgeheimnis zwecks Honorarinkassos kategorisch verboten sein sollte.¹⁵¹⁶ Eine entsprechende Gesetzesbestimmung existiert jedenfalls nicht. Zudem weiss die Mandantschaft relativ genau, wann die Anwältin welche geschützten Informationen offenbaren würde, nämlich den Bestand des Mandatsverhältnisses sowie die Höhe der Honorarforderung bei Nichtbezahlung der Honorarrechnung. Gewiss ist die Anwältin gehalten, ihre (vormalige) Mandantschaft nicht ohne Vorankündigung einzuklagen oder zu betreiben.¹⁵¹⁷ Dies hat jedoch mit dem Berufsgeheimnis an sich wenig zu tun, sondern gründet primär auf der berufs- und auftragsrechtlichen Treuepflicht.¹⁵¹⁸ Mit Ausnahme des Bestehens eines Mandatsverhältnisses, der Honorarvereinbarung und der Rechnungsstellung bestimmt die Mandantschaft den Umfang der preisgegebenen Informationen letztlich selbst. Schliesslich muss es der Anwältin möglich sein, sich gegen allfällige Einwendungen gegen die Honorarforderung oder die Mandatsführung zur Wehr zu setzen. Im Übrigen definiert auch der Entbindungsentscheid der Aufsichtsbehörde den Umfang der freigegebenen Informationen nicht abschliessend, wenngleich die Anwältin auch nach der Entbindung gehalten ist, nicht mehr Informationen als für die Honorareintreibung nötig zu offenbaren und generell verhältnismässig vorzugehen.

4. Einwilligung nach Fälligkeit der Honorarforderung

485 Nicht erst seit den Bundesgerichtsentscheiden der letzten Jahre ist eine Entbindung durch die Aufsichtsbehörde wie vorstehend erwähnt nur vorgesehen, wenn die Einwilligung der Mandantschaft nicht eingeholt werden kann oder verweigert wird.¹⁵¹⁹ Ohne eine wirksame Einwilligung der Mandantschaft im Voraus ist die Anwältin daher gehalten, sich vor der Eintreibung der Honorarforderung zwecks

¹⁵¹⁶ Ebenso BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 34; COURBAT, JdT 2021 III 13.

¹⁵¹⁷ Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich vom 4. November 1970, ZR 1971, Nr. 80, 235; Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich vom 14. Dezember 1966, ZR 1967, Nr. 87, 165 ff., 166, E. 7; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 174 f.; HÖCHLI, 115; TESTA, 91. Differenzierend jedoch jedenfalls in Bezug auf die Gegenpartei BGE 130 II 270, 276 ff., E. 3.2.

¹⁵¹⁸ Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich vom 14. Dezember 1966, ZR 1967, Nr. 87, 165 ff., 166, E. 7; HANDBUCH BERUFSPFLICHTEN, 174; HÖCHLI, 115; TESTA, 91. Siehe dazu bereits Rz. 429 hiavor.

¹⁵¹⁹ So ausdrücklich § 33 AnwG-ZH. Siehe ferner Rz. 469 hiavor sowie die Hinweise in Fn. 1478.

Befreiung vom Berufsgeheimnis an diese zu wenden.¹⁵²⁰ Obwohl die Einwilligung nicht an eine bestimmte Form gebunden ist, empfiehlt es sich aus Beweisgründen, diese in Schriftform einzuholen.¹⁵²¹ Zwar mag es auf den ersten Blick eigenartig anmuten, dass die Mandantschaft einer Betreibung oder Klage gegen sich selbst zustimmen sollte. Allerdings führt eine Verweigerung seitens der Mandantschaft bloss zu einem Entbindungsverfahren, dessen (wenn auch überschaubare) Kosten bei Gutheissung des Gesuchs in der Regel ihr auferlegt werden.¹⁵²² Darauf ist die Mandantschaft sinnvollerweise aufmerksam zu machen.¹⁵²³ Vor diesem Hintergrund kann die Einwilligung in die Offenbarung nicht als Anerkennung der geltend gemachten Honorarforderung qualifiziert werden.

5. Interessenabwägung der Aufsichtsbehörde

a. Das Interesse der Anwältin

Wie bereits vorstehend erwähnt, hat die Aufsichtsbehörde bei der Prüfung eines Entbindungsgesuchs eine Güterabwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der Mandantschaft und dem Offenbarungsinteresse der Anwältin vorzunehmen.¹⁵²⁴ In diesem Zusammenhang behandelten gewisse Stimmen vor allem in der älteren Literatur das finanzielle Interesse der Anwältin etwas abschätzig, weshalb auch die Höhe des Honorarausstandes in die Waagschale zu werfen sei.¹⁵²⁵ Ein anderer Teil der Lehre macht indes zu Recht darauf aufmerksam, dass die Entbindung eben der einzige Weg ist, mit welchem die Rechtsvertretung ihre Forderung gerichtlich oder betreibungsrechtlich geltend machen kann, ohne sich disziplinarrechtlich verantwortlich und sogar strafbar zu machen.¹⁵²⁶ Deren Verweigerung kommt deshalb einer Verletzung der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV gleich, und zwar unabhängig vom Betrag.¹⁵²⁷ Gewiss mag fraglich erscheinen, ob sich eine Betreibung oder gar eine Klage (samt vorherigem Entbindungsverfahren)

¹⁵²⁰ Siehe zur vorgängigen Einwilligung Rz. 481 ff. hiavor.

¹⁵²¹ BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 35; CHAPPUIS/GURTNER, 238. Vgl. für das ärztliche Berufsgeheimnis PELET/SCHLOSSER, 205.

¹⁵²² Vgl. § 37 AnwG-ZH i.V.m. § 13 Abs. 2 VRG-ZH. Dazu BRUNNER/HENN/KRIESI, 217. Siehe zu den Verfahrenskosten ferner Rz. 469 hiavor.

¹⁵²³ Vgl. CHAPPUIS/BARTH, 282.

¹⁵²⁴ Siehe dazu Rz. Seite 256 hiavor sowie die Hinweise in Fn. 1482.

¹⁵²⁵ SCHWARZ, 123; STERCHI, Komm. aFG-BE, 144; VIELI, 58.

¹⁵²⁶ BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 42; SCHMID, 15.

¹⁵²⁷ BOHNET/MELCARNE, a.a.O.; CHAPPUIS/GURTNER, 231.

über eine Forderung von wenigen Hundert Franken lohnt. Diese Entscheidung obliegt jedoch nicht der Aufsichtsbehörde, sondern muss der Privatautonomie der betroffenen Anwältin überlassen bleiben. In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht mehrfach festgehalten, dass das Honorarinteresse der Anwältin generell schutzwürdig ist, ohne diese Aussage auf bestimmte Beträge einzuschränken.¹⁵²⁸

b. Das Interesse der Mandantschaft

487 Auf der anderen Seite der Gleichung erscheint fraglich, welches Interesse die säumige Mandantschaft an der Geheimhaltung der für die Eintreibung der Honorarforderung nötigen Informationen haben könnte. Das Bundesgericht verweist diesbezüglich einerseits schematisch auf die individualrechtliche und institutionelle Bedeutung des Berufsgeheimnisses im Allgemeinen, verlangt jedoch stets, dass die Mandantschaft ein konkretes Geheimhaltungsinteresse geltend mache.¹⁵²⁹ Daraus lässt sich ableiten, dass das Interesse, für eine offene Honorarforderung nicht betrieben oder eingeklagt zu werden, für sich genommen nicht genügt. In der Tat liegt der Schutzzweck des Anwaltsgeheimnisses im Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Mandantschaft und Anwältin, nicht im Schutz vor der Eintreibung offener Honorarforderungen. Indem die Mandantschaft die Befreiung der Anwältin vom Berufsgeheimnis verweigert, nutzt sie daher das Anwaltsgeheimnis zu einem Zweck, für welchen dieses nicht vorgesehen ist.¹⁵³⁰ Sie verhält sich mit anderen Worten rechtsmissbräuchlich.¹⁵³¹ Deshalb entsprechen die Aufsichtsbehörden Ent-

¹⁵²⁸ BGE 142 II 307, 311, E. 4.3.3; BGer 2C_1045/2021 vom 29. April 2022, E. 4.3; BGer 2C_101/2019 vom 18. Februar 2019, E. 4.3; BGer 2C_8/2019 vom 1. Februar 2019, E. 2.3; BGer 2C_439/2017 vom 16. Mai 2018, E. 3.4; BGer 2C_704/2016 vom 6. Januar 2017, E. 3.2; BGer 2C_1127/2013 vom 7. April 2014, E. 3.1, jeweils m.w.H.

¹⁵²⁹ BGer 2C_101/2019 vom 18. Februar 2019, E. 5.1; BGer 2C_8/2019 vom 1. Februar 2019, E. 3.1; BGer 2C_439/2017 vom 16. Mai 2018, E. 3.5; BGer 2C_704/2016 vom 6. Januar 2017, E. 3.3; BGer 2C_586/2015 vom 9. Mai 2016, E. 4.4 (nicht publiziert in BGE 142 II 307).

¹⁵³⁰ BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 42; STAEHELIN, Anwaltsrevue 2016, 395. Ähnlich FREY, Anwaltsgebührentarif, 167, wonach ein Geheimhaltungsinteresse an Informationen, welche bereits Gegenstand eines öffentlichen Prozesses waren, kaum ersichtlich sei.

¹⁵³¹ Aufsichtskommission über die Advokaten BS, Entscheid vom 7. September 1981, BJM 1982, 160 ff.; Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, 4. Februar 1959, ZR 1959, Nr. 115, 307 ff., 308; BOHNET/MARTENET, 790 f.; FELLMANN, BK, Art. 398 N 92, m.w.H.; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz. 657; DERS., SJZ 2018, 23; VIELI, 52, 58.

bindungsgesuchen zum Zweck des Honorarinkassos in den allermeisten Fällen.¹⁵³² Manche Stimmen in der Lehre und selbst manche kantonalen Entscheide zweifeln aus diesem Grund sogar an der Sinnhaftigkeit eines Entbindungsverfahrens beim Honorarinkasso, da dessen Ausgang sowieso von Beginn an feststehe.¹⁵³³

Zu beachten ist sodann, wie das Bundesgericht ebenfalls mehrfach betont hat, dass eine Entbindung vom Berufsgeheimnis nichts über Bestand, Nichtbestand oder Höhe der geltend gemachten Honorarforderung aussagt.¹⁵³⁴ Diese Fragen sind vielmehr nach erfolgter Entbindung vom Sach- bzw. allenfalls vom Rechtsöffnungsgericht zu klären.¹⁵³⁵ 488

c. Der Einbezug von Kostenvorschüssen in die Interessenabwägung

Im Sinne dieser Überlegungen schützte das Bundesgericht soweit ersichtlich in sämtlichen Entscheiden der letzten 20 Jahre die Entscheide der Aufsichtsbehörden, welche die ihnen unterbreiteten Entbindungsgesuche gutgeheissen hatten. Für Aufsehen sorgte denn in BGE 142 II 307 auch nicht das Dispositiv, sondern ein Teil der Entscheidbegründung. So führte das Bundesgericht aus: 489

«Bei der Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen im Zusammenhang mit einer offenen Honorarforderung ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine Anwältin oder ein Anwalt vom Klienten grundsätzlich einen Vorschuss verlangen kann, welcher die voraussichtlichen Kosten ihrer oder seiner Tätigkeit deckt, und, sofern das Mandat für sie oder ihn eine wichtige wirtschaftliche Bedeutung hat (...), zur Erhebung eines solchen Vorschusses unter dem Gesichtspunkt des Unabhängigkeitserfordernisses von Art. 12 lit. b BGFA sogar gehalten sein kann (...).»¹⁵³⁶

¹⁵³² BGer 2C_661/2011 vom 17. März 2012, E. 3.1; BERNHART, 167; BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 43, 45; SCHILLER, SJZ 2018, 23. So ausdrücklich § 22 Abs. 2 AdvG-BS; § 24 Abs. 1 lit. c AnwG-BL.

¹⁵³³ KGer SG, AW.2016.81 vom 11. Januar 2017, in SJZ 2017, 450 f., E. 3; Anwaltskammer SG, Beschluss vom 4. Februar 2005, GVP-SG 2005, Nr. 80, 297 ff., 298, E. 1; Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen LU, AU 02 8 vom 11. Juli 2002, LGVE 2002 I Nr. 30, 69; Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen ZG, AK 2001/3 vom 25. Juni 2002, in Anwaltsrevue 9/2002, 31, E. 2.b; BOHNET/MARTENET, 790 f.; BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 45; COURBAT, JdT 2021 12; DIAGNE, 214 f.; SCHWARZ, 123.

¹⁵³⁴ BGer 2C_101/2019 vom 18. Februar 2019, E. 5.3; BGer 2C_8/2019 vom 1. Februar 2019, E. 2.2; BGer 2C_439/2017 vom 16. Mai 2018, E. 3.3; BGer 2C_1127/2013 vom 7. April 2014 E. 3.3.1; BGer 2C_42/2010 vom 28. April 2010, E. 3.3.

¹⁵³⁵ STAEHELIN, Anwaltsrevue 2016, 395 (Fn. 13).

¹⁵³⁶ BGE 142 II 307, 312, E. 4.3.3.

Aus diesem Grund habe eine um Befreiung vom Berufsgeheimnis ersuchende Anwältin grundsätzlich darzulegen, weshalb ihr die Erhebung eines genügenden Kostenvorschusses nicht möglich gewesen sei.¹⁵³⁷

- 490 In der Lehre ist diese Überlegung auf postwendende und geradezu vernichtende Kritik gestossen, welcher sich die vorliegende Arbeit anschliesst. Ausgangspunkt dieser Kritik ist der Umstand, dass nach herrschender Auffassung und aus guten Gründen die Erhebung eines Kostenvorschusses nicht zu den im BGFA abschliessend geregelten anwaltlichen Berufspflichten gehört.¹⁵³⁸ Eine derartige Pflicht hat das Bundesgericht denn auch nicht ausdrücklich angenommen.¹⁵³⁹ Würde der Rechtsvertretung jedoch die Entbindung vom Berufsgeheimnis verwehrt, weil sie trotz Möglichkeit keinen (genügenden) Kostenvorschuss verlangt hat, so käme dies einer indirekten Vorschusspflicht gleich.¹⁵⁴⁰ Diese würde zudem mit einer in Art. 17 BGFA nicht aufgezählten «*Disziplinarmassnahme*», nämlich der Undurchsetzbarkeit der Honorarforderung, sanktioniert.¹⁵⁴¹ Aufhorchen lässt sodann der Verweis auf die anwaltliche Unabhängigkeit nach Art. 12 lit. b BGFA.¹⁵⁴² Nach (nicht unproblematischer) Lehre und Praxis zu dieser Bestimmung ist es einer Anwältin nämlich verboten, Darlehen bei ihrer Mandantschaft aufzunehmen.¹⁵⁴³ Wie bereits vorstehend aufgeführt, ähneln sich jedoch Kostenvorschüsse und Darlehen in wirtschaftlicher Hinsicht stark: Der einzige Unterschied liegt darin, dass Letztere zurückbezahlt und Erstere abgearbeitet werden müssen.¹⁵⁴⁴ Das Bundesgericht widerspricht sich somit selbst, wenn es einerseits die Aufnahme von Darlehen bei der Mandantschaft verbietet und andererseits eine wirtschaftlich praktisch gleichwertige Zahlungsmodalität zur Obliegenheit erhebt.

¹⁵³⁷ BGE, a.a.O.

¹⁵³⁸ Siehe dazu Rz. 283 ff. hiervor und die dortigen Hinweise.

¹⁵³⁹ Vgl. die «*Kann-Formulierung*» der in der vorherigen Randziffer wörtlich zitierten Passage. Dazu STAEHELIN, *Anwaltsrevue* 2016, 394.

¹⁵⁴⁰ FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 604; SCHILLER, *SJZ* 2016, 502 f.; SCHMID, 15; STAEHELIN, *Anwaltsrevue* 2016, 394.

¹⁵⁴¹ BOHNET/MELCARNE, *SJ* 2020 II 39.

¹⁵⁴² Diesbezüglich ebenfalls ablehnend FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Rz. 603; SCHILLER, *SJZ* 2016, 503; STAEHELIN, *Anwaltsrevue* 2016, 395.

¹⁵⁴³ BGer 2C_889/2008 vom 21. Juli 2009, E. 6.3; BRUNNER/HENN/KRIESI, 135. Vgl. TA GE, A/691/1997 vom 26. Mai 1998, zit. bei VALTICOS/JACQUEMOUD-ROSSARI, *SJ* 2003 II 251 f. Vgl. auch SCHILLER, *Anwaltsrecht*, Rz. 973. Siehe zu dieser Thematik eingehend Rz. 290 f. hiervor.

¹⁵⁴⁴ SUTTER, 187. Siehe dazu im Detail Rz. 291 hiervor.

Die meisten kantonalen Aufsichtsbehörden hielten auch nach dem 9. Mai 2016 an ihrer Auffassung fest, wonach eine Berufspflicht zur Erhebung von Kostenvorschüssen eben nicht bestehe.¹⁵⁴⁵ Angesichts dieser Kritik hat das Bundesgericht seine Praxis insofern etwas abgeschwächt, als es nunmehr auch eine versuchte und/oder teilweise Deckung der Honorarforderung durch Vorschuss- oder Akontozahlungen genügen zu lassen scheint.¹⁵⁴⁶ Ohnehin hat es wie erwähnt in jedem seit 2016 in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheid festgestellt, die Mandantschaft habe ein dem Interesse der Anwältin entgegenstehendes Geheimhaltungsinteresse gar nicht erst geltend gemacht.¹⁵⁴⁷ Obwohl die Gefahr einer verweigerten Entbindung in der Praxis also weiterhin gering zu sein scheint, bleibt doch der Einbezug von Kostenvorschüssen in die Interessenabwägung wie gezeigt weder dogmatisch noch im Ergebnis in irgendeiner Weise haltbar.

D. Empfehlung zum Vorgehen beim Honorarinkasso

Die nachfolgenden Handlungsempfehlungen basieren auf den in diesem Kapitel entwickelten Überlegungen. Dabei wird jedoch dem Umstand Rechnung getragen, dass Verletzungen des Berufsgeheimnisses nicht nur erhebliche straf- und disziplinarrechtliche Konsequenzen haben, sondern auch die Reputation einer Anwältin massiv beschädigen können. Deshalb empfiehlt es sich in mancher Hinsicht, mehr Vorsicht walten zu lassen, als die hier vertretenen Auffassungen erlauben würden.

Wie vorstehend aufgezeigt, dürfte sich eine vorgängige schriftliche Entbindung vom Berufsgeheimnis, etwa in der Honorarvereinbarung, als zulässig erweisen, zumal solche Klauseln in den Mustervollmachten mehrerer kantonalen Anwaltsverbände enthalten sind.¹⁵⁴⁸ Dementsprechend sollen solche Erklärungen dazu dienen

¹⁵⁴⁵ Siehe zu den verschiedenen Reaktionen PASQUIER, 11; SCHMID, 15. An ihrer bisherigen Auffassung fest hielten die Kantone Zürich, Bern, Luzern und St. Gallen. Die Kantone Waadt und Genf äusserten sich diesbezüglich zurückhaltender.

¹⁵⁴⁶ BGer 2C_439/2017 vom 16. Mai 2018, E. 3.4. Ebenso *Cour de justice GE*, ATA/280/2022 vom 15. März 2022, E. 5.b; CHAPPUIS/BARTH, 282; CHAPPUIS/GURTNER, 231 f.

¹⁵⁴⁷ BGer 2C_101/2019 vom 18. Februar 2019, E. 5.1; BGer 2C_8/2019 vom 1. Februar 2019, E. 3.1; BGer 2C_439/2017 vom 16. Mai 2018, E. 3.5; BGer 2C_704/2016 vom 6. Januar 2017, E. 3.3; BGer 2C_586/2015 vom 9. Mai 2016, E. 4.4 (nicht publiziert in BGE 142 II 307).

¹⁵⁴⁸ Vgl. etwa die Mustervorlage des Bündner Anwaltsverbandes (abrufbar unter https://28e6aed2-004f-4c9c-9584-ad6b249fafbd.filesusr.com/ugd/dfea1a_ab117f79e89a4219adfd01483ccfece.pdf, besucht am 27. November 2021), sowie diejenige des Kan-

können, zu Gunsten aller Beteiligten unnötige behördliche Entbindungsverfahren zu verhindern.¹⁵⁴⁹ Um eine informierte Entscheidung der Mandantschaft sicherzustellen, sollte die Entbindungserklärung grafisch hervorgehoben sein und eine beispielhafte Aufzählung der allenfalls preisgegebenen Informationen enthalten.¹⁵⁵⁰ Es sind dies etwa das Bestehen des Mandatsverhältnisses, Art, Zeitpunkt und Umfang der erbrachten Leistungen sowie die relevanten Parameter zum vereinbarten Honorarmodell (beim Zeithonorar insbesondere der Stundensatz).¹⁵⁵¹ Unerlässlich ist sodann der Hinweis auf die jederzeitige Widerruflichkeit der Entbindung.¹⁵⁵²

- 494 Liegt eine vorgängige Befreiung vom Berufsgeheimnis vor, so ist nach der hier vertretenen Auffassung die Einholung einer Betreuungsauskunft zulässig, und überdies auch sinnvoll. Nicht primär aufgrund des Berufsgeheimnisses, sondern wegen der allgemeinen Treuepflicht sollten voreilige Betreibungen vermieden werden.¹⁵⁵³ Daher sollte nach der ersten Zahlungserinnerung mindestens eine Mahnung versandt werden, bevor mit einer Betreibung oder gerichtlichen Schritten gedroht wird. Eine erneute Erinnerung an die Widerruflichkeit empfiehlt sich jedenfalls vorsichtshalber.¹⁵⁵⁴ Gleichzeitig sollte darauf hingewiesen werden, dass bei Widerruf ein behördliches Entbindungsverfahren eingeleitet werde, dessen Kosten mit grösster Wahrscheinlichkeit der (ehemaligen) Mandantschaft auferlegt werden. Erfolgt innert einer angemessenen Frist (vorschlagsweise dürften 10 Tage genügen) weder eine Zahlung noch ein Widerruf, so sollte die Aufnahme von Inkassomassnahmen möglich sein.
- 495 Bei Gefahr im Verzug, etwa wenn ein Arrestbegehren gestellt werden muss, erscheint die Rechtslage nicht in allen Kantonen gleich. Besteht, wie in Zürich oder Glarus, ein gesetzlich geregeltes «*Schnellverfahren*» oder zumindest eine entsprechende publizierte Praxis, so ist danach vorzugehen.¹⁵⁵⁵ Andernfalls sollte die zuständige Aufsichtsbehörde am besten schriftlich oder per E-Mail, notfalls auch telefonisch, kontaktiert werden. Ein Vorgehen ohne vorherige Anrufung der Behörde erscheint in diesem Fall selbst bei vorheriger Entbindung überaus riskant.

tons Neuenburg, wörtlich zitiert bei BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 33. Zur Zulässigkeit vorgängiger Einwilligungserklärungen siehe Rz. 481 ff. hiavor.

¹⁵⁴⁹ BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 43.

¹⁵⁵⁰ BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 34.

¹⁵⁵¹ Vgl. die französischsprachige Musterklausel bei BOHNET/MELCARNE, SJ 2020 II 35.

¹⁵⁵² Siehe Rz. 482 hiavor.

¹⁵⁵³ Siehe Rz. 429 und 484 hiavor.

¹⁵⁵⁴ BRUNNER/HENN/KRIESI, 93. Siehe dazu ferner Rz. 482 hiavor.

¹⁵⁵⁵ Siehe Rz. 482 hiavor.

Widerruft die Mandantschaft die vorgängige Entbindung oder verweigert sie die nachträgliche, so wird die Anrufung der Aufsichtsbehörde unumgänglich.¹⁵⁵⁶ Da Entbindungsgesuche zwecks Honorareintreibung zu Recht in aller Regel gutgeheissen werden,¹⁵⁵⁷ erscheint es sachdienlich, diese kurz zu halten, zumal die Aufwendungen hierfür grundsätzlich nicht entschädigt werden. Im Lichte der leider noch immer nicht korrigierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfte eine kurze Begründung, weshalb keine (deckenden) Kostenvorschüsse eingeholt wurden, wohl erforderlich sein.¹⁵⁵⁸ Es fragt sich diesbezüglich, ob der mehr oder minder pauschale Hinweis, solche entsprächen nicht dem vereinbarten Abrechnungsmodell, hierfür genügen würde.

¹⁵⁵⁶ Siehe Rz. 474 und 479 hiavor.

¹⁵⁵⁷ Siehe Rz. 487 hiavor.

¹⁵⁵⁸ Zu dieser Praxis sowie der Kritik daran siehe Rz. 489 ff. hiavor.

4. Teil: Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

I. Grundlagen und Bemessung des Honoraranspruchs

A. Vertragsqualifikation

Die Honorarvereinbarung regelt das Entgelt für die Erbringung anwaltlicher Dienstleistungen und bildet deshalb Teil des Anwaltsvertrages. Die allermeisten dieser Verträge unterstehen unbestrittenermaßen dem Auftragsrecht.¹⁵⁵⁹ Umstritten ist die Vertragsqualifikation jedoch, soweit die Anwältin Schriftstücke wie letztwillige Verfügungen, Verträge und vor allem Gutachten erstellen soll. Nach einem Teil der Lehre liegt in diesen Fällen kein Auftrag, sondern ein Werkvertrag vor.¹⁵⁶⁰ Juristische Gutachten sind jedoch anders als etwa technische Expertisen objektiv nicht garantiefähig. Zudem erscheinen die Bestimmungen des Werkvertragsrecht dem persönlichen Vertrauensverhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft, welches den Anwaltsvertrag noch immer prägt, wenig angemessen. Nicht zuletzt würde eine teilweise Unterstellung von Anwaltsverträgen unter das Werkvertragsrecht zu unnötigen Abgrenzungsproblemen führen. Aus diesen Gründen sind nach der hier vertretenen Auffassung sämtliche Verträge über anwaltliche Dienstleistungen dem Auftragsrecht zuzuordnen. 497

B. Das vereinbarte, das übliche und das angemessene Anwaltshonorar

1. Das vereinbarte Honorar

In den allermeisten Fällen gründet das Anwaltshonorar wohl auf einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung zwischen Anwältin und Mandantschaft. So wird eine konkludente Vereinbarung bereits dann vorliegen, wenn die Anwält- 498

¹⁵⁵⁹ Siehe Rz. 5 hiervor.

¹⁵⁶⁰ Siehe Rz. 6 f. hiervor.

tin ihre Mandantschaft zu Beginn des Mandats über ihren Stundensatz aufklärt und diese anschliessend die Dienstleistungen (weiter) in Anspruch nimmt.¹⁵⁶¹ Zur Bekanntgabe des Stundensatzes zu Beginn des Mandats ist die Anwältin im Rahmen ihrer berufsrechtlichen Aufklärungspflicht auch gehalten.¹⁵⁶² Deshalb ist der Nichtabschluss einer zumindest konkludenten Honorarvereinbarung kaum denkbar, ohne dass die Anwältin damit ihre Aufklärungspflicht verletzt.¹⁵⁶³

- 499 Die Kantone Basel-Stadt, St. Gallen und Appenzell-Innerrhoden kennen bezüglich Honorarvereinbarungen besondere Vorschriften, insbesondere betreffend die Aufklärung über die kantonalen Tarifordnungen.¹⁵⁶⁴ Das Bundesgericht hat solche wiederholt als zulässig erachtet, was in der Lehre bisweilen mit Recht kritisiert wird. Insbesondere sei ein öffentliches Interesse für solche Vorschriften nicht ersichtlich, weshalb diese die Anforderungen von Art. 6 ZGB nicht erfüllen und damit die derogatorische Kraft des Bundesrechts verletzen.¹⁵⁶⁵
- 500 Da anwaltliche Dienstleistungen berufsmässig erbracht werden, ist ein Honorar auch dann geschuldet, wenn keine Honorarvereinbarung abgeschlossen wurde.¹⁵⁶⁶ Dies bedeutet zwar nicht, dass sogenannte *pro bono*-Mandate verboten wären, doch ist ein Honorarverzicht nicht leichthin anzunehmen.¹⁵⁶⁷ Das Auftragsrecht enthält keine Bestimmungen über die Bemessung des üblichen Honorars. Der herrschenden Auffassung in Lehre und Rechtsprechung zufolge gebietet Art. 394 Abs. 3 OR über seinen Wortlaut hinaus auch eine Honorarbemessung nach Üblichkeit.

2. Das übliche Honorar

- 501 Nach Abschaffung der Konventionaltarife ist bei der Bemessung des üblichen Honorars auf die kantonalen Tarifordnungen abzustellen, obwohl diese regelmässig tiefere Vergütungen vorsehen als diejenigen, die effektiv vereinbart werden.¹⁵⁶⁸ Bei kantonsübergreifenden Sachverhalten sollte auf den Tarif desjenigen Kantons abgestellt werden, in welchem ein allfälliger Prozess geführt wird, bei nichtforen-

¹⁵⁶¹ Siehe Rz. 16 hiavor.

¹⁵⁶² Siehe Rz. 15 hiavor.

¹⁵⁶³ Siehe Rz. 24 ff. hiavor.

¹⁵⁶⁴ Siehe Rz. 18 ff. hiavor.

¹⁵⁶⁵ Siehe Rz. 20 hiavor.

¹⁵⁶⁶ Siehe Rz. 27 hiavor.

¹⁵⁶⁷ Siehe Rz. 28 ff. hiavor.

¹⁵⁶⁸ Siehe Rz. 36 ff. hiavor.

sischen auf den Registerkanton der Anwältin und nur subsidiär allenfalls auf den Wohnsitzkanton der Mandantschaft.¹⁵⁶⁹ Da die kantonalen Tarife für forensische Mandate konzipiert sind, drängen sich regelmässig gewisse Anpassungen auf.¹⁵⁷⁰ Namentlich sollte im Verhältnis zwischen Anwältin und Mandantschaft ein Stundenhonorar festgelegt werden. Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf die kantonale Praxis, wobei jedoch nicht die oftmals tieferen Ansätze für unentgeltliche Rechtsvertretungen oder amtliche Verteidigungen angewandt werden sollten. Die Stundensätze dürften sich je nach Kanton und konkreten Umständen in der Bandbreite zwischen CHF 200.00 und CHF 350.00 bewegen.¹⁵⁷¹

3. Das angemessene Honorar

Während die Frage des üblichen Honorars den Fall betrifft, in welchem der Abschluss einer Honorarvereinbarung nicht nachgewiesen werden kann, geht es beim angemessenen Honorar um eine allfällige Korrektur als zu hoch erachteter Honorarvereinbarungen.¹⁵⁷² Eine ausdrückliche Gesetzesgrundlage für ein allgemeines Angemessenheitsgebot ist nicht ersichtlich, geschweige denn eine Legaldefinition des angemessenen Honorars.¹⁵⁷³ Sowohl Art. 18 SSR als auch die meisten kantonalen Anwaltstarife zählen jedoch eine Reihe sich mehr oder minder deckender Kriterien für die Angemessenheitsprüfung auf.¹⁵⁷⁴ Mangels einer ausdrücklichen Grundlage im Auftragsrecht muss sich eine zivilrechtliche Angemessenheitsprüfung in erster Linie auf die in Rechnung gestellte Stundenzahl konzentrieren. Wer nämlich übermässigen Aufwand betreibt, erfüllt den Auftrag schlecht. Der vereinbarte Stundensatz fliesst allerdings indirekt in die Prüfung mit ein, denn je höher der Stundensatz einer Anwältin infolge ihrer Erfahrung oder Spezialisierung ausfällt, desto weniger Stunden sollten ihr zugestanden werden.¹⁵⁷⁵

¹⁵⁶⁹ Siehe Rz. 41 ff. hiavor.

¹⁵⁷⁰ Siehe Rz. 44 hiavor.

¹⁵⁷¹ Siehe Rz. 45 ff. hiavor.

¹⁵⁷² Siehe Rz. 48 hiavor.

¹⁵⁷³ Siehe Rz. 49 ff. hiavor.

¹⁵⁷⁴ Siehe Rz. 55 ff. hiavor.

¹⁵⁷⁵ Siehe Rz. 60 ff. hiavor.

C. Honorarberechtigte Leistungen

- 503 Mit dem Anwaltshonorar entschädigt werden sämtliche Tätigkeiten, welche die Anwältin in Erfüllung ihres Auftrags im Interesse und/oder nach der Instruktion der Mandantschaft aufwendet, nach ihrem effektiven Zeitaufwand.¹⁵⁷⁶ Diese Tätigkeiten können in forensische und nichtforensische, anwaltstypische und atypische Aktivitäten unterteilt werden.¹⁵⁷⁷ Zu entschädigen ist auch die Reisezeit, soweit diese nicht für die Arbeit auf anderen Mandaten genutzt werden kann. Wird auf der Reise gearbeitet, so kann diese Zeit bloss einmal in Rechnung gestellt werden.¹⁵⁷⁸ Ist nichts anderes vereinbart, so sind Administrativ- und Sekretariatsarbeiten im Anwaltshonorar inbegriffen, wobei eine separate Verrechnung zu einem reduzierten Ansatz oder einer Pauschale zulässig sein dürfte, wenn dies vereinbart wurde.¹⁵⁷⁹
- 504 Anwältinnen ist es nicht gestattet, für die Vermittlung von Mandaten Provisionen zu entrichten oder zu beziehen.¹⁵⁸⁰ Diese Frage hat mit dem Aufkommen von Netzwerken unabhängiger Anwaltskanzleien sowie insbesondere von Online-Vermittlungsplattformen an Brisanz gewonnen. Kommt durch die Vermittlung einer solchen Online-Plattform ein Mandat zustande, so verpflichtet sich die Anwältin, die kostenpflichtigen Dienstleistungen dieser Plattform für die Mandatsführung zu nutzen. Obwohl diese Arrangements sowohl von der wenigen dazu erschienenen Lehre als auch vom SAV als rechtswidrig betrachtet werden, arbeiten diese Anbieterinnen bisweilen mit einzelnen kantonalen Anwaltsverbänden zusammen.¹⁵⁸¹
- 505 Wird die Arbeit schlecht erbracht, so kann zu Lasten der Anwältin sowohl eine Schadenersatzforderung als auch ein Anspruch auf Kürzung des Honorars entstehen. Die beiden Forderungen stehen zueinander in Anspruchskonkurrenz, wobei die Mandantschaft wie in einem solchen Fall üblich einem Bereicherungsverbot unterliegt.¹⁵⁸² Die Unterscheidung zwischen den Ansprüchen ist einerseits aufgrund der unterschiedlichen Verjährungsfristen von Bedeutung, während andererseits die meisten Berufshaftpflichtversicherungen Schadenersatzansprüche de-

¹⁵⁷⁶ Siehe Rz. 63 ff. hiavor.

¹⁵⁷⁷ Siehe Rz. 67 ff. hiavor.

¹⁵⁷⁸ Siehe Rz. 73 ff. hiavor.

¹⁵⁷⁹ Siehe Rz. 76 ff. hiavor.

¹⁵⁸⁰ Siehe Rz. 78 ff. hiavor.

¹⁵⁸¹ Siehe Rz. 84 hiavor.

¹⁵⁸² Siehe Rz. 85 ff. hiavor.

cken, Honorarkürzungen jedoch nicht.¹⁵⁸³ Von grosser praktischer Relevanz ist die Einwendung der Mandantschaft, die Anwältin habe unnötigen Aufwand erbracht. Solcher ist nicht zu entschädigen, doch führt nicht jede Honorarkürzung gleich auch zu einer Disziplinierung der betroffenen Anwältin.¹⁵⁸⁴

D. Modelle zur Honorarbemessung

1. Das Zeithonorar

Nach wie vor ist das Zeithonorar das mit Abstand am meisten vereinbarte Vergütungsmodell. Es ist in seiner Konzeption einfach zu verstehen und dadurch zumindest scheinbar transparent.¹⁵⁸⁵ Aus rechtsökonomischer Sicht bewirkt das Zeithonorar einen linearen Gewinnanstieg für die Anwältin, während der Grenznutzen für die Mandantschaft mit steigender Stundenzahl sinkt. Deshalb fördert das Zeithonorar die Übererfüllung des Auftrags und liefert keinen Anreiz für Effizienzsteigerungen. Das Risiko unvorhersehbarer Mehraufwendungen liegt einzig bei der Mandantschaft.¹⁵⁸⁶ 506

2. Das Pauschalhonorar

Das nach dem Zeithonorar wohl am weitesten verbreitete Vergütungsmodell ist das Pauschalhonorar. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass die endgültige Höhe des Honorars bereits bei Abschluss der Honorarvereinbarung festgelegt wird. Verursacht das Mandat mehr oder weniger Aufwand als erwartet, so hat grundsätzlich weder die Mandantschaft noch die Anwältin Anspruch auf eine Anpassung des Honorars. Dadurch unterscheidet sich das Pauschalhonorar insbesondere vom Kostenvorschuss, welcher lediglich eine Vorleistung der Mandantschaft darstellt. Da das Pauschalhonorar nach wie vor als unüblich gilt, sei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung von einem solchen nur auszugehen, wenn es explizit vereinbart wurde.¹⁵⁸⁷ 507

¹⁵⁸³ Siehe Rz. 87 hiavor.

¹⁵⁸⁴ Siehe Rz. 89 hiavor.

¹⁵⁸⁵ Siehe Rz. 91 hiavor.

¹⁵⁸⁶ Siehe Rz. 92 f. hiavor.

¹⁵⁸⁷ Siehe Rz. 94 f. hiavor.

- 508 Von den untersuchten Honorarmodellen bietet einzig das Pauschalhonorar der Mandantschaft volle Kostentransparenz gleich zu Beginn des Mandats. Aus Sicht der Anwältin erübrigen sich müßige Diskussionen über die Angemessenheit einzelner Aufwandspositionen, wobei jedoch auch beim Pauschalhonorar auf eine detaillierte Abrechnung des Zeitaufwandes nicht verzichtet werden kann. Das Pauschalhonorar fördert eine effiziente Arbeitsweise der Anwältin, kann jedoch auch dazu verleiten, unsorgfältig zu arbeiten und etwa voreilig zu einem unvoreilhaftem Vergleich zu raten. Gerade bei langen und vielfältigen Geschäftsbeziehungen zwischen Anwältin und Mandantschaft kann sich die Frage stellen, welche Leistungen von einer vereinbarten Pauschale gedeckt sind und welche im Rahmen eines anderen Mandats separat abgerechnet werden.¹⁵⁸⁸
- 509 Das Pauschalhonorar weist ein gewisses aleatorisches Moment auf, weil zu Beginn des Mandats vielfach nicht klar ist, in welche Richtung sich der Fall entwickeln und wie viel Aufwand dieser generieren wird.¹⁵⁸⁹ Um dennoch eine den späteren Entwicklungen angemessene Vergütung zu vereinbaren, wäre es denkbar, das Pauschalhonorar bei Erreichen bestimmter, zuvor definierter Verfahrensstadien jeweils neu auszuhandeln.¹⁵⁹⁰ Ob dies zulässig ist, erscheint jedoch fraglich. Das Bundesgericht hat nämlich festgehalten, eine Erfolgsprämie dürfe nur ganz zu Beginn des Mandats oder aber nach dessen Abschluss vereinbart werden, weil sich die Mandantschaft ansonsten zur Zustimmung genötigt sähe, um einen kostspieligen Anwaltswechsel zu verhindern. Diese Zwangslage gilt jedoch auch bei den hier interessierenden Konstellationen gestaffelter Anpassungen des Pauschalhonorars sowie eigentlich überhaupt bei jedem Honorarmodell. Mit einem so verstandenen generellen Verbot, die Honorarvereinbarung an neue Entwicklungen anzupassen, würde nach der hier vertretenen Auffassung jedoch das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Die zu Beginn des Mandats bestehenden Unsicherheiten werden nämlich in der Regel zu Lasten der Mandantschaft in Form einer höheren Pauschale eingepreist.¹⁵⁹¹
- 510 Gewissen Stimmen in der Lehre zufolge soll das Pauschalhonorar analog zum Werkvertragsrecht infolge unvorhergesehener Umstände nachträglich angepasst werden können. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dabei Zurückhaltung angebracht, denn das beidseitige Risiko unvorhergesehener Mehr- oder Minder-

¹⁵⁸⁸ Siehe Rz. 97 ff. hiervor.

¹⁵⁸⁹ Siehe Rz. 98 hiervor.

¹⁵⁹⁰ Siehe Rz. 102 f. hiervor.

¹⁵⁹¹ Siehe Rz. 103 ff. hiervor.

aufwendungen ist beim Pauschalhonorar gerade gewollt.¹⁵⁹² Eine analoge Problematik ergibt sich, wenn das Mandat vor seinem Abschluss beendet wird. In einem solchen Fall ist die Pauschale anteilmässig zu kürzen. Dabei sollte nicht allein auf den erbrachten Zeitaufwand abgestellt werden, denn dies käme faktisch einer Umwandlung des Pauschalhonorars in ein Zeithonorar gleich.¹⁵⁹³

3. Erfolgshonorar und Beteiligung am Prozessgewinn

Der Terminus «*Erfolgshonorar*» ist ein Sammelbegriff, der verschiedene Vergütungsformen umfasst, welche auf die eine oder andere Weise das Honorar vom Ergebnis der anwaltlichen Tätigkeit abhängig machen. Stellt der Erfolg das einzige Bemessungskriterium für das Honorar dar, so liegt ein reines Erfolgshonorar vor. Ist der Erfolg nur ein Berechnungsfaktor unter mehreren, so wird – jedenfalls in der vorliegenden Arbeit – von einem gemischten Erfolgshonorar gesprochen.¹⁵⁹⁴ Das «*pactum de quota litis*» ist ein Sonderfall des (klassischerweise reinen) Erfolgshonorars und bezeichnet die Abrede, dass dem Anwalt anstelle eines «*regulären*» Honorars ein Teil des für die Mandantschaft erstrittenen Erlöses zustehe.¹⁵⁹⁵ Was «*Erfolg*» bedeutet, lässt sich in allgemeiner Weise kaum bestimmen und ist im Wesentlichen von den Wünschen der Mandantschaft bzw. der Mandatsvereinbarung abhängig.

Erfolgsbezogenen Honorarvereinbarungen wird vielfach mit Skepsis oder gar offener Ablehnung begegnet. Als Gründe hierfür werden insbesondere die Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit sowie das Risiko einer Übervorteilung der Mandantschaft angeführt.¹⁵⁹⁶ Allerdings können Erfolgshonorare unter Umständen auch den Zugang zum Recht verbessern.¹⁵⁹⁷ Insbesondere Staaten, in welchen die Prozesskostenhilfe eher schwach ausgebaut ist, stehen dem Erfolgshonorar daher traditionell weitaus offener gegenüber als andere.¹⁵⁹⁸ Obwohl die Schweiz

¹⁵⁹² Siehe Rz. 109 hiervor.

¹⁵⁹³ Siehe Rz. 110 ff. hiervor.

¹⁵⁹⁴ Siehe Rz. 118 ff. hiervor.

¹⁵⁹⁵ Siehe Rz. 124 f. hiervor.

¹⁵⁹⁶ Siehe Rz. 128 f. hiervor.

¹⁵⁹⁷ Siehe Rz. 132 f. hiervor.

¹⁵⁹⁸ Siehe Rz. 194 ff. hiervor.

über eine vergleichsweise starke unentgeltliche Rechtspflege verfügt, bestehen auch hier Lücken im Rechtsschutz insbesondere beim Mittelstand und bei juristischen Personen, welche diese grundsätzlich nicht beanspruchen dürfen.¹⁵⁹⁹

- 513 Die Regelung von Erfolgshonoraren im geltenden Recht ist als eine Art Mittelweg zu verstehen. Während der Prozessausgang früher in vielen Kantonen bei der Honorarbemessung gar nicht berücksichtigt werden durfte, ist das *pactum de palmario* heute unter gewissen Voraussetzungen zulässig. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss dafür zunächst das erfolgsunabhängige Grundhonorar nicht nur kostendeckend sein, sondern zumindest einen kleinen, nicht bloss symbolischen Gewinn ermöglichen. Weiter darf der Erfolg auch nicht das wichtigste Bemessungskriterium für das Honorar bilden, weshalb die Erfolgsprämie das Grundhonorar jedenfalls nicht übersteigen darf.¹⁶⁰⁰ Schliesslich dürfen Erfolgshonorare nur zu Beginn des Mandatsverhältnisses oder nach Abschluss des Verfahrens, nicht jedoch während des laufenden Mandats vereinbart werden.
- 514 Diese Praxis ist in der Lehre auf durchaus berechtigte Kritik gestossen. So ist die Anwältin oftmals nicht in der Lage, die Chancen und Risiken eines Prozesses gleich zu Beginn genügend abzuschätzen, um eine angemessene Erfolgsprämie zu vereinbaren.¹⁶⁰¹ Da das Grundhonorar zudem zwingend gewinnbringend ausgestaltet sein muss, dürfte das den bundesgerichtlichen Vorgaben entsprechende *pactum de palmario* wohl weniger zu einer Verbesserung des Zugangs zu Recht denn zu einer Verteuerung anwaltlicher Dienstleistungen führen.¹⁶⁰² Trotz einzelner, aber fundierter Kritik geht die herrschende Auffassung von der Nichtigkeit verbotener Erfolgshonorarvereinbarungen aus.¹⁶⁰³ Diese dürfte jedoch unterschiedliche Auswirkungen zeitigen, je nachdem aus welchem Grund die Vereinbarung unzulässig ist.¹⁶⁰⁴

¹⁵⁹⁹ Siehe Rz. 132 hiavor.

¹⁶⁰⁰ Siehe Rz. 145 hiavor.

¹⁶⁰¹ Siehe Rz. 150 ff. hiavor.

¹⁶⁰² Siehe Rz. 147 hiavor.

¹⁶⁰³ Siehe Rz. 164 ff. hiavor.

¹⁶⁰⁴ Siehe Rz. 167 ff. hiavor.

4. Kombinationen

Grundsätzlich können verschiedene Honorarmodelle miteinander kombiniert 515 werden. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurden zunächst das Kostendach und der hierzulande noch wenig bekannte *Retainer* untersucht, welche beide Elemente des Zeithonorars und des Pauschalhonorars in sich vereinigen. Möglich sind auch gestaffelte Zeithonorare, bei welchen der Stundensatz nach einer zuvor definierten Stundenzahl sinkt, um den sinkenden Grenznutzen der Mandantschaft zu spiegeln und eine effizientere Arbeitsweise der Anwältin zu fördern. Das Erfolgshonorar schliesslich ist hierzulande wie gesehen nur in Kombination mit einem anderen Honorarmodell überhaupt möglich. Denkbar ist eine Kombination sowohl mit einem Zeit- als auch mit einem Pauschalhonorar. Allerdings sollte für die erfolgsabhängige wie auch für die erfolgsunabhängige Honorarkomponente dieselbe Bemessungsgrundlage gewählt werden, ansonsten das Risiko besteht, dass die Erfolgsprämie das zulässige Ausmass übersteigen könnte. Der Anwältin ein nachträgliches Wahlrecht zwischen verschiedenen Honorarmodellen einzuräumen, verstösst gegen die Aufklärungspflicht, während ein solches zu Gunsten der Mandantschaft durchaus denkbar wäre.

5. Honorarzuschläge

Zusätzlich zum Honorar schuldet die Mandantschaft der Anwältin Ersatz für Auslagen und Verwendungen sowie für den zulässigen Beizug von Substitutinnen. 516 Mühe kann in diesem Fall deren Abgrenzung zu Hilfspersonen und Generalunkosten bereiten, welche nicht gesondert zu vergüten sind.¹⁶⁰⁵ Zur Abgeltung kleiner und kleinster Auslagen sind Kleinspesenpauschalen in der Anwaltsbranche recht weit verbreitet.¹⁶⁰⁶ Darüber hinaus ist auf das Anwaltshonorar grundsätzlich Mehrwertsteuer zu entrichten, für welche die Mandantschaft unter den allgemeinen Voraussetzungen einen Vorsteuerabzug geltend machen kann.¹⁶⁰⁷

¹⁶⁰⁵ Siehe Rz. 217 ff. hiervor.

¹⁶⁰⁶ Siehe Rz. 228 ff. hiervor.

¹⁶⁰⁷ Siehe Rz. 233 ff. hiervor.

II. Leistung und Finanzierung des Anwaltshonorars

A. Die Mandantschaft als Honorarschuldnerin

1. Leistungsgegenstand

- 517 In aller Regel wird das Anwaltshonorar in Form von Geld geleistet, heutzutage vor allem per Banküberweisung. Allerdings ist es nicht *per se* unzulässig, anstelle von Geld Sach- oder Dienstleistungen entgegenzunehmen. Problematisch sind jedoch Leistungen, welche die anwaltliche Unabhängigkeit gefährden, einen erhöhten Persönlichkeitsbezug aufweisen oder die Mandantschaft in eine Zwangslage versetzen.¹⁶⁰⁸
- 518 Nicht nur möglich, sondern weit verbreitet ist die Tilgung der Honorarforderung durch Verrechnung, deren häufigste Unterform der Kostenvorschuss darstellt.¹⁶⁰⁹ Auch eine zugesprochene Parteientschädigung wird in der Regel von der Anwältin einkassiert und an die Honorarforderung angerechnet.¹⁶¹⁰ Im Einzelfall kann sich die Verrechnung jedoch als unzulässig erweisen, etwa wenn die Mandantschaft die entsprechenden Guthaben zur Deckung ihres Lebensunterhalts benötigt.¹⁶¹¹
- 519 Im Gegensatz zu vielen ehemaligen und einigen aktuellen kantonalen Regelungen kennt das geltende Recht kein generelles Verbot des *pactum de redimenda lite* mehr.¹⁶¹² Im Einzelfall können sich solche Abreden jedoch auch nach geltendem Recht als problematisch erweisen, etwa wenn die Anwältin dabei einen Wissensvorsprung ausnutzt und die Mandantschaft so ausbeutet. Da die Abtretung streitiger Forderungen einem Erfolgshonorar wirtschaftlich gleichkommt, sollte deren Anrechnung zum Nominalwert nach der hier vertretenen Auffassung nur unter den Voraussetzungen einer Erfolgshonorarvereinbarung zugelassen werden.¹⁶¹³

¹⁶⁰⁸ Siehe Rz. 246 hiavor.

¹⁶⁰⁹ Siehe Rz. 248 hiavor.

¹⁶¹⁰ Siehe Rz. 249 hiavor.

¹⁶¹¹ Siehe Rz. 250 hiavor.

¹⁶¹² Siehe Rz. 251 f. hiavor.

¹⁶¹³ Siehe Rz. 253 hiavor.

2. Geldwäschereirisiken

Anwältinnen unterstehen in ihrer berufstypischen Tätigkeit zwar grundsätzlich nicht den Sorgfalts- und Meldepflichten des Geldwäschereigesetzes.¹⁶¹⁴ Aufgrund der breiten Formulierung des allgemeinen Geldwäschereitattbestandes sehen sich jedoch insbesondere Strafverteidigerinnen mit einem gewissen Strafbarkeitsrisiko konfrontiert, wenn ihr Honorar aus deliktischen Quellen stammt.¹⁶¹⁵ Deshalb besteht zwischen den Bedürfnissen nach einer wirksamen Geldwäschereibekämpfung und einer wirksamen Strafverteidigung ein Spannungsfeld, welches weder durch Massnahmen der Anwaltschaft noch durch Lösungsvorschläge in der vorliegenden Arbeit befriedigend aufgelöst werden kann.¹⁶¹⁶ Dennoch scheint das Thema in Lehre und Rechtsprechung während der letzten rund 15 Jahre kaum Aufmerksamkeit erfahren zu haben.¹⁶¹⁷ 520

3. Leistungszeitpunkt und Verjährung

Nach herrschender Auffassung entsteht die Honorarforderung bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht erst nach Erfüllung des Auftrags. Nach der hier vertretenen Auffassung zu präzisieren wäre jedoch, dass jedenfalls beim Zeithonorar die Forderung erst und insoweit entsteht, als die Anwältin effektiv verrechenbare Leistungen erbringt.¹⁶¹⁸ Im Auftragsrecht wird die Honorarforderung erst fällig, wenn der Auftrag erfüllt ist, sofern nichts anderes vereinbart wurde.¹⁶¹⁹ 521

In der Anwaltsbranche noch immer weit verbreitet ist die Einholung von Kostenvorschüssen. Dabei handelt es sich um bedingte Vorauszahlungen, mit welchen die Honorarforderung für die geleistete Arbeit sogleich durch Verrechnung getilgt werden kann.¹⁶²⁰ Im Gegensatz zu manchen ehemaligen kantonalen Regelungen besteht heutzutage nach herrschender und zutreffender Auffassung keine berufsrechtliche Pflicht mehr, Kostenvorschüsse zu erheben.¹⁶²¹ Grundsätzlich verboten ist die Erhebung von Kostenvorschüssen, wenn ein Gesuch um unentgeltliche 522

¹⁶¹⁴ Siehe Rz. 254 f. hiavor.

¹⁶¹⁵ Siehe Rz. 256 ff. hiavor.

¹⁶¹⁶ Siehe Rz. 260 ff. hiavor.

¹⁶¹⁷ Siehe Rz. 267 ff. hiavor.

¹⁶¹⁸ Siehe Rz. 276 ff. hiavor.

¹⁶¹⁹ Siehe Rz. 279 hiavor.

¹⁶²⁰ Siehe Rz. 280 ff. hiavor.

¹⁶²¹ Siehe Rz. 283 ff. hiavor.

Rechtspflege oder amtliche Verteidigung gestellt wurde.¹⁶²² Zudem können allzu hohe Kostenvorschüsse der Mandantschaft die anwaltliche Unabhängigkeit ebenso gefährden wie die Aufnahme oder Gewährung von Darlehen von bzw. an die Mandantschaft. Nach der hier vertretenen Auffassung ist nicht die Rechtsnatur solcher Transaktionen entscheidend, sondern deren wirtschaftliche Bedeutung.¹⁶²³ Bisweilen kann die Abgrenzung zwischen Kostenvorschüssen, Kostendächern und Pauschalhonoraren Schwierigkeiten bereiten.¹⁶²⁴

- 523 Honorarforderungen für anwaltstypische Bemühungen unterliegen einer verkürzten Verjährungsfrist von fünf Jahren. Obwohl diese Ausnahme bereits seit Jahrzehnten nicht mehr zeitgemäß ist, wurde sie auch im Rahmen der jüngsten Verjährungsrechtsrevision nicht beseitigt.¹⁶²⁵

4. Rechnungsstellung

- 524 Nebst der allgemeinen auftragsrechtlichen Rechenschaftspflicht unterstehen Anwältinnen einer weitergehenden berufsrechtlichen Abrechnungspflicht.¹⁶²⁶ So müssen sie nicht nur auf Verlangen der Mandantschaft hin, sondern auch von sich aus periodisch Auskunft über die angefallenen Honorare erteilen. Je nach Kenntnisstand der Mandantschaft und Aktivität auf dem Mandat dürften die Abrechnungsintervalle zwischen drei Monaten und einem Jahr liegen.¹⁶²⁷ Unabhängig vom vereinbarten Honorarmodell muss die Abrechnung alle honorarrelevanten Parameter enthalten, insbesondere eine gesonderte Aufstellung aller getätigten Bemühungen sowie die jeweils anwendbaren Stundensätze.¹⁶²⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Abrechnungspflicht spätestens dann enden, wenn die Anwältin auch berechtigt ist, die Mandatsakte zu vernichten, d.h. grundsätzlich zehn Jahre nach Mandatsabschluss.¹⁶²⁹ Auf eine allzu detaillierte Abrechnung zu verzichten,

¹⁶²² Siehe Rz. 287 ff. hiavor.

¹⁶²³ Siehe Rz. 290 f. hiavor.

¹⁶²⁴ Siehe Rz. 292 f. hiavor.

¹⁶²⁵ Siehe Rz. 294 hiavor.

¹⁶²⁶ Siehe Rz. 295 f. hiavor.

¹⁶²⁷ Siehe Rz. 297 hiavor.

¹⁶²⁸ Siehe Rz. 298 f. hiavor.

¹⁶²⁹ Siehe Rz. 300 hiavor.

kann sich ferner etwa dann rechtfertigen, wenn befürchtet werden muss, dass die Rechnung in die Hände der Strafverfolgungsbehörden gelangen könnte und diese so Rückschlüsse auf die Verteidigungsstrategie ziehen könnten.¹⁶³⁰

B. Die Parteientschädigung

Mit der Parteientschädigung sollen einer Prozesspartei, in der Regel der obsiegenden, diejenigen Kosten ersetzt werden, welche ihr durch den Prozess direkt entstanden sind. Dazu gehören insbesondere die im Rahmen dieser Arbeit besonders interessierenden Kosten der berufsmässigen Vertretung.¹⁶³¹ Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich grundsätzlich nicht nach der Honorarvereinbarung zwischen Anwältin und Mandantschaft. Vielmehr setzt das Gericht diese im Kostenentscheid nach den Bestimmungen des im Prozesskanton massgebenden Tarifs fest.¹⁶³² In den meisten Fällen liegt die Parteientschädigung tiefer als das effektiv geschuldete Anwaltshonorar, und die obsiegende Prozesspartei muss den Fehlbetrag selbst decken.¹⁶³³ Liegt die Parteientschädigung über dem effektiv geschuldeten Honorar, so steht sie der Mandantschaft zu, sofern nicht etwas anderes vereinbart wurde.¹⁶³⁴ 525

C. Die unentgeltliche Verbeiständung

Mittellose natürliche Personen, die zur Durchsetzung eines nicht aussichtslosen Begehrens anwaltliche Unterstützung benötigen, erhalten diese im Rahmen der sogenannten unentgeltlichen Rechtspflege.¹⁶³⁵ Anwältinnen sind berufsrechtlich verpflichtet, in ihrem Registerkanton unentgeltliche Mandate zu führen und die Mandantschaft auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Verbeiständung hinzuweisen.¹⁶³⁶ 526

¹⁶³⁰ Siehe Rz. 301 hiavor.

¹⁶³¹ Siehe Rz. 302 ff. hiavor.

¹⁶³² Siehe Rz. 305 ff. hiavor.

¹⁶³³ Siehe Rz. 309 ff. hiavor.

¹⁶³⁴ Siehe Rz. 313 hiavor.

¹⁶³⁵ Siehe Rz. 319 ff. hiavor.

¹⁶³⁶ Siehe Rz. 322 ff. hiavor.

- 527 Wer als unentgeltliche Rechtsvertretung eingesetzt worden ist, steht zum Staat in einem öffentlich-rechtlichen Sonderstatusverhältnis.¹⁶³⁷ Dieses bewirkt insbesondere, dass einzig die entschädigungspflichtige Gegenpartei oder der Staat, nicht aber die unentgeltlich prozessierende Mandantschaft Schuldner der Honorarforderung sind.¹⁶³⁸ Von der Mandantschaft darf denn auch kein zusätzliches Honorar verlangt werden.¹⁶³⁹ Sowohl die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung als auch der Gesetzgeber erlauben trotz berechtigter Kritik in der Lehre, dass unentgeltliche Vertretungen bisweilen deutlich geringer entschädigt werden als freie Mandate. Immerhin gebietet das Verfassungsrecht ein Mindesthonorar von ca. CHF 180.00 pro Stunde.¹⁶⁴⁰
- 528 Obsiegt die unentgeltlich prozessierende Partei im Prozess, so erhält nach Lehre und Rechtsprechung nicht sie selbst, sondern die Rechtsvertretung die volle Parteientschädigung zugesprochen.¹⁶⁴¹ Andernfalls oder wenn die Parteientschädigung uneinbringlich ist, erhält die Anwältin vom Staat eine angemessene (d.h. reduzierte) Entschädigung, die im Kostenentscheid festgesetzt wird.¹⁶⁴² Erachtet sie diese als zu tief, so kann sie dagegen Beschwerde führen und erhält im Erfolgsfall eine Parteientschädigung.¹⁶⁴³

III. Honorarstreitigkeiten und Durchsetzung des Honoraranspruchs

A. Staatliche Moderationsverfahren

- 529 Obwohl kein Kanton mehr einen eigentlichen Zwangstarif kennt, hat sich mancherorts ein verwaltungsrechtliches Spezialverfahren gehalten, mit welchem Anwaltshonorare auf ihre Übereinstimmung mit den einschlägigen kantonalrechtli-

¹⁶³⁷ Siehe Rz. 334 f. hiavor.

¹⁶³⁸ Siehe Rz. 340 hiavor.

¹⁶³⁹ Siehe Rz. 341 ff. hiavor.

¹⁶⁴⁰ Siehe Rz. 344 f. hiavor.

¹⁶⁴¹ Siehe Rz. 348 hiavor.

¹⁶⁴² Siehe Rz. 349 hiavor.

¹⁶⁴³ Siehe Rz. 351 hiavor.

chen Vorgaben überprüft werden.¹⁶⁴⁴ Die daraus resultierenden Entscheide sind keine Rechtsöffnungstitel, ausser wenn die Parteien im Rahmen des Verfahrens einen schriftlichen Vergleich abschliessen, der die Voraussetzungen von Art. 82 Abs. 1 SchKG erfüllt.¹⁶⁴⁵ Der Moderationsentscheid bindet jedoch das Gericht in einem späteren Zivilprozess, was mit Blick auf die vor rund einem Jahrzehnt erfolgte Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts problematisch erscheint.¹⁶⁴⁶ Insbesondere stellt sich bei der Abgrenzung zur Zuständigkeit der Zivilgerichte eine Vielzahl schwieriger Abgrenzungsfragen.¹⁶⁴⁷ Zudem sind die Rechtsmittel gegen Moderationsentscheide deutlich schwächer ausgestaltet, als dies im zivilprozessualen Instanzenzug vorgesehen ist.¹⁶⁴⁸ Namentlich aus diesen Gründen stellen staatliche Moderationsverfahren nach der hier vertretenen Auffassung Relikte aus vergangenen Tagen dar, die ihre Existenzberechtigung eingebüsst haben.¹⁶⁴⁹

B. Verbandsinterne Moderationsverfahren

Von diesen Verfahren streng abzugrenzen sind die Moderationsverfahren einiger kantonaler Anwaltsverbände. Diese gründen einzig auf der vereinsrechtlichen Selbstverpflichtung der den Verbänden angehörenden Anwältinnen und sollen in erster Linie für eine kostengünstige, schnelle und diskrete Erledigung sorgen.¹⁶⁵⁰ Obwohl es eher unwahrscheinlich erscheint, dass sich die Parteien nach einem ohne Einigung abgeschlossenen Moderationsverfahren doch noch vergleichen, entbindet das Moderationsverfahren nicht vom allgemeinen Obligatorium einer Schlichtungsverhandlung.¹⁶⁵¹ Denkbar wäre jedoch, dass sich die Parteien anstelle eines Schlichtungsverfahrens auf eine Mediation einigen und das Moderationsorgan des Anwaltsverbandes als Mediationsperson einsetzen. Da sich das Moderationsverfahren jedoch in entscheidenden Punkten von der herkömmlichen Vorstellung der Mediation unterscheidet, erscheint dies nur bedingt sachgerecht.¹⁶⁵²

¹⁶⁴⁴ Siehe Rz. 354 ff. hiervor.

¹⁶⁴⁵ Siehe Rz. 376 ff. hiervor.

¹⁶⁴⁶ Siehe Rz. 360 ff. hiervor.

¹⁶⁴⁷ Siehe Rz. 364 ff. hiervor.

¹⁶⁴⁸ Siehe Rz. 380 ff. hiervor.

¹⁶⁴⁹ Siehe Rz. 385 ff. hiervor.

¹⁶⁵⁰ Siehe Rz. 400 ff. hiervor.

¹⁶⁵¹ Siehe Rz. 407 hiervor.

¹⁶⁵² Siehe Rz. 408 f. hiervor.

- 531 Manche kantonalen Anwaltsverbände bieten den Parteien darüber hinaus die Möglichkeit, ihre Mediationsorgane als Schiedsgerichte einzusetzen. Ungeachtet der in den Anwaltsgesetzen zweier Kantone enthaltenen Verbotsbestimmungen erscheint dies als grundsätzlich zulässig.¹⁶⁵³ Allerdings hat die Mandantschaft die Möglichkeit, das Moderationsgremium als Schiedsgericht *in corpore* abzulehnen, da dieses Organ eines Verbandes ist, in welchem nur die Anwältin, nicht jedoch sie selbst Mitglied ist.¹⁶⁵⁴ Ob in einem solchen Fall ein neues Schiedsgericht zu bestellen oder die Schiedsabrede insgesamt aufzuheben ist, erscheint unklar und wurde von Lehre und Rechtsprechung soweit ersichtlich noch nie beantwortet.¹⁶⁵⁵
- 532 Die Statuten des Walliser Anwaltsverbandes enthalten eine nur die Anwältin bindende Schiedsklausel, die auch ohne explizite Abrede in der Honorarvereinbarung Geltung beansprucht. Diese ist als optionale Schiedsabrede (zwischen Verband und Anwältin) zu Gunsten einer Dritten (der Mandantschaft) zu qualifizieren und dürfte somit zulässig sein. Da es der Mandantschaft freisteht, nach einem erfolglosen Vergleichsversuch einen Schiedsspruch zu verlangen oder nicht, stellt sich hier auch nicht die Frage einer Abberufung des Schiedsgerichts infolge fehlender Unabhängigkeit.¹⁶⁵⁶

C. Honorarstreitigkeiten vor den Zivilgerichten

1. Allgemeines, Schlichtungsversuche und Zuständigkeit

- 533 Die Zivilprozessordnung kennt keine Sonderbestimmungen für Streitigkeiten zwischen Anwältin und (vormaliger) Mandantschaft, weshalb solche den allgemeinen Regeln unterstehen.¹⁶⁵⁷ Sollte die Mandantschaft als Klägerin auftreten und anwaltlich vertreten sein, so ist die Rechtsvertretung der Klägerin standesrechtlich verpflichtet, mit deren vormaliger Anwältin eine gütliche Einigung zu suchen und deren Verband zu informieren. In aller Regel dürfte sich jedoch die honorarberech-

¹⁶⁵³ Siehe Rz. 410 f. hiavor.

¹⁶⁵⁴ Siehe Rz. 411 ff. hiavor.

¹⁶⁵⁵ Siehe Rz. 414 hiavor.

¹⁶⁵⁶ Siehe Rz. 418 ff. hiavor.

¹⁶⁵⁷ Siehe Rz. 426 hiavor.

tigte Anwältin in der Klägerrolle wiederfinden.¹⁶⁵⁸ Örtlich zuständig werden in aller Regel die Gerichte am Geschäftsdomizil der Anwältin als Erfüllungsort der charakteristischen Leistung sein.¹⁶⁵⁹

2. Parteientschädigung

Die meisten Anwältinnen dürften ihre Honorarprozesse wohl in eigener Sache, 534 als Organ einer Kanzleigesellschaft oder als deren Arbeitnehmerinnen führen. In keinem dieser Fälle liegt eine berufsmässige Vertretung im klassischen Sinne vor. Deshalb stellt sich die Frage, ob die Anwältin bei Obsiegen Anspruch auf eine Parteientschädigung, eine Umtriebsentschädigung oder nichts von beidem hat. Die Praxis in den Kantonen ist unterschiedlich, doch eine volle Parteientschädigung wird kaum je zugesprochen. Solche Regelungen schaffen den Fehlanreiz, dass sich Anwältinnen für das Honorarinkasso von Kolleginnen vertreten lassen, obwohl dies oft gar nicht nötig wäre. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte deshalb der honorarberechtigten Anwältin bzw. Kanzleigesellschaft eine Umtriebsentschädigung zugesprochen werden, welche der um Instruktion und Aktenstudium gekürzten tariflichen Parteientschädigung entspricht.¹⁶⁶⁰

D. Honorarstreitigkeiten vor den Aufsichtsbehörden

Auf eine umfassende berufsrechtliche Regelung von Honorarfragen hat der Ge- 535 setzgeber bewusst verzichtet. Deshalb liegt die Prüfung von Honorarrechnungen grundsätzlich nicht im Aufgabenbereich der Aufsichtsbehörden. Krasse Honorarüberforderungen stellen jedoch eine berufsrechtlich relevante Sorgfaltspflichtverletzung dar. Einen festen Grenzwert für diese Interventionsschwelle hat die Rechtsprechung nicht definiert. In manchen Entscheiden wird jedenfalls das Drei- bis Vierfache der kantonalen Honorarusanze als klar überrissen qualifiziert, während andere diese Grenze bereits bei einer Überschreitung von 30 % als erreicht erachten. Massgebend sind stets die Umstände des Einzelfalles.¹⁶⁶¹

¹⁶⁵⁸ Siehe Rz.427 ff. hiavor.

¹⁶⁵⁹ Siehe Rz. 431 ff. hiavor.

¹⁶⁶⁰ Siehe Rz. 434 ff. hiavor.

¹⁶⁶¹ Siehe Rz. 459 f. hiavor.

- 536 Ist die Interventionsschwelle überschritten, so droht der betreffenden Anwältin ein Disziplinarverfahren. Dieses ist jedoch grundsätzlich nicht öffentlich, weshalb die Mandantschaft einen entsprechenden Entscheid möglicherweise selbst dann nicht in einem Zivilverfahren verwenden kann, wenn sie den Verstoss selbst beanzeigt hat.¹⁶⁶² Zivilrechtlich sind überhöhte Honorarforderungen als nichtig zu qualifizieren. Eine teleologische Reduktion auf das gerade noch zulässige Mass ist nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich abzulehnen, weshalb der Anwältin im Falle einer Honorarüberforderung ein übliches Honorar zuzusprechen ist.¹⁶⁶³

E. Honorarinkasso und Berufsgeheimnis

- 537 Das anwaltliche Berufsgeheimnis ist sowohl auf der individuellen Ebene zwischen Anwältin und Mandantschaft als auch in seinem institutionellen Gehalt von enormer Wichtigkeit.¹⁶⁶⁴ Sein Schutzbereich ist sehr breit ausgestaltet und umfasst bereits Bestand oder Nichtbestand eines Mandatsverhältnisses oder einer Honorarforderung.¹⁶⁶⁵ Möchte eine Anwältin daher Inkassomassnahmen gegen ihre vormalige Mandantschaft einleiten, so muss sie deshalb entweder von dieser oder aber von der Aufsichtsbehörde von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden werden.¹⁶⁶⁶ Die vormalige Praxis im Kanton Zürich, wonach bestimmte Informationen im Zusammenhang mit dem Honorarinkasso vom Schutzbereich des Berufsgeheimnisses ausgenommen seien, ist nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr haltbar.¹⁶⁶⁷ Gleiches gilt für kantonale Gesetzesbestimmungen, wonach Anwältinnen für das Honorarinkasso vom Berufsgeheimnis pauschal befreit seien.¹⁶⁶⁸
- 538 Nach der hier vertretenen Auffassung möglich ist es jedoch, sich von der Mandantschaft bereits vorgängig, etwa in der Honorarvereinbarung, für Inkassozwecke vom Berufsgeheimnis entbinden zu lassen. Dabei muss die Mandantschaft jedoch insbesondere auf die jederzeitige Widerruflichkeit der Entbindung aufgeklärt wer-

¹⁶⁶² Siehe Rz. 462 hiavor.

¹⁶⁶³ Siehe Rz. 463 f. hiavor.

¹⁶⁶⁴ Siehe Rz. 465 f. hiavor.

¹⁶⁶⁵ Siehe Rz. 467 hiavor.

¹⁶⁶⁶ Siehe Rz. 468 f. hiavor.

¹⁶⁶⁷ Siehe Rz. 472 ff. hiavor.

¹⁶⁶⁸ Siehe Rz. 478 ff. hiavor.

den.¹⁶⁶⁹ Muss die Zustimmung der Mandantschaft nachträglich eingeholt werden, so ist diese darauf aufmerksam zu machen, dass im Falle einer Verweigerung ein kostenpflichtiges Entbindungsverfahren droht.¹⁶⁷⁰

Willigt die Mandantschaft in die Offenbarung der Informationen nicht ein, so muss die Aufsichtsbehörde um Entbindung vom Berufsgeheimnis ersucht werden. Diese nimmt eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen vor. Dabei wird das Interesse der Anwältin an der Befriedigung ihrer Honorarforderung als schützenswert anerkannt.¹⁶⁷¹ Auf der anderen Seite muss die Mandantschaft im Einzelfall geltend machen, weshalb ihr Geheimhaltungsinteresse wichtiger sei, was im direkten Zusammenhang mit dem Honorarinkasso soweit ersichtlich noch nie gelungen ist. Das Interesse, für eine offene Honorarforderung nicht belangt zu werden, genügt jedenfalls nicht, denn einen derartigen Schutz bezweckt das Berufsgeheimnis nicht.¹⁶⁷² 539

Nach der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Aufsichtsbehörde bei ihrer Interessenabwägung auch den Umstand berücksichtigen, dass die Anwältin zur Sicherung ihrer Honorarforderung Kostenvorschüsse einholen kann. Diese müsse daher in ihrem Gesuch erklären, weshalb ihr dies im Einzelfall nicht möglich gewesen sei.¹⁶⁷³ Zu Recht ist diese Praxis in der Lehre auf geradezu vernichtende Kritik gestossen. Insbesondere wurde angeführt, dass eine berufsrechtliche Verpflichtung, Kostenvorschüsse einzuverlangen, nicht existiere. Ohne eine Entbindung der Anwältin vom Berufsgeheimnis wird diese ihre Honorarforderung regelmässig nicht durchsetzen können. Deshalb käme die Verweigerung der Geheimnisentbindung wegen Nichterhebung eines Kostenvorschusses faktisch einer gesetzlich nicht vorgesehenen Disziplinarsanktion wegen Verletzung einer nicht existierenden Berufspflicht gleich. Zwar hat das Bundesgericht diese Praxis ungeachtet der Kritik daran bisher nicht korrigiert, sondern sogar mehrfach bestätigt. Im Ergebnis wurde jedoch während der letzten gut fünf Jahre jede Entbindung höchstrichterlich geschützt.¹⁶⁷⁴ 540

¹⁶⁶⁹ Siehe Rz. 481 ff. hiervor.

¹⁶⁷⁰ Siehe Rz. 485 hiervor.

¹⁶⁷¹ Siehe Rz. 486 hiervor.

¹⁶⁷² Siehe Rz. 487 f. hiervor.

¹⁶⁷³ Siehe Rz. 489 hiervor.

¹⁶⁷⁴ Siehe Rz. 490 f. hiervor.

Stichwortverzeichnis

Die Verweise beziehen sich jeweils auf die Randziffern

A

Abrechnungsintervalle 297, 524

Abrechnungsperioden *Siehe* Abrechnungsintervalle

Abrechnungspflicht 524

– Schranken 300 f.

Abschlagszahlungen *Siehe* Akontozahlungen

Abtretung *Siehe pactum de redimenda lite, Siehe Zession*

Advokatur 2, 36, 38, 190, 283, 450

AGB 84, 482

Akontozahlungen 347, 491

Aktenstudium 152 f., 451, 534

Allgemeine Geschäftsbedingungen *Siehe* AGB

amerikanische Verhältnisse 136 f.

amtliche Mandate *Siehe* unentgeltliche Verbeiständung

Änderungskündigung 107 f., 155 ff.

Anerkennungsklage 475

Angemessenheitsprüfung 48, 51, 53, 55, 60 ff., 386, 405, 502

Anspruchskonkurrenz 87, 505

Anwalt der ersten Stunde 271

Anwaltsbranche 1, 38, 44, 80, 218, 228, 240, 279, 293, 516, 522

Anwaltsgeheimnis *Siehe* Berufsgeheimnis

Anwaltsgesetze

– kantonale 55, 138, 251, 354, 411, 462, 531

Anwaltskammer 400, 460

Anwaltskanzlei 38 f., 43, 59, 80 ff., 92, 100 f., 135 f., 200 ff., 204, 219 f., 223, 230, 233 f., 240 f., 258, 285, 306, 329,

338, 427, 432 ff., 440, 446, 451, 453 f., 456, 504, 534

– als Kapitalgesellschaft 440

– Grosskanzlei 43, 80, 306, 325

– Wirtschaftskanzlei 135

Anwaltskosten 15 f., 38, 132, 235, 309, 311 f.

Anwaltsmonopol 67 f., 71, 323

– Polizeibewilligung 67, 323

Anwaltsnetzwerke 80, 82, 504

Anwaltspatent 67, 437

Anwaltsrecht *Siehe* Berufsrecht

Anwaltsregister 43, 67, 444, 446

Anwaltstätigkeit 1, 42, 68, 70 ff., 91, 138 f., 180, 254, 323, 325, 403, 432

– atypische 72

– forensische 1, 27, 41, 43 f., 47, 67 ff., 138 f., 323, 325, 374, 403, 432, 467, 501, 503

– nichtforensische 1, 43 f., 67 ff., 117, 374, 403, 503

– typische 71 f., 294, 467, 503, 520, 523

Anwaltsverbände 1, 36, 54, 84, 353, 356, 400 ff., 406, 410, 414, 416, 418, 422, 424 f., 429, 493, 504, 521, 530 ff.

– kantonale 1, 36, 84, 353, 356, 401 ff., 4042, 410, 416, 424, 426, 493, 504, 504, 530 f.

– SAV 38, 42, 47, 54, 57, 69, 84, 401 f., 408, 429, 504

Anwaltsvollmacht *Siehe* Vollmacht

Anwaltswahl

– freie 78, 82 f.

Anwaltswechsel 104 f., 107, 116, 148, 152 f., 155 ff., 212, 509

Arbeitszeit 73 f., 175, 185

Armenrecht *Siehe* unentgeltliche Verbeiständung

- Aufbewahrungspflicht 300
- Aufklärungspflicht 15, 21 f., 24, 26, 42, 96, 102, 105, 107, 113, 148, 151, 154, 173, 199, 204, 212 f., 215, 284 f., 327, 359, 459, 498, 515
- Aufsichtsbehörde 138, 159 ff., 174, 291, 391, 404, 462 f., 469, 472 ff., 482 ff., 495 f., 537 ff.
- Auftrag 5, 7 ff., 25, 27, 37, 59 ff., 67, 85 f., 88 f., 93, 110, 112, 150 f., 155, 170, 177, 179, 216 ff., 243, 279, 295, 311, 335, 364 f., 405, 431, 441, 478, 497, 502 f., 506, 521, 524
- Rechtshandlungsauftrag 67
- Tathandlungsauftrag 68
- Auftragsrecht 5, 7, 10 ff., 40, 49, 54, 82, 85, 91, 110, 120, 155, 177, 197, 225, 243, 279, 295 f., 311, 337 f., 484, 497, 500, 502, 521
- Aufwand 18, 21 ff., 37, 45 f., 51, 60, 62, 76 f., 89, 91, 93 ff., 100 f., 112, 117, 175, 182 f., 185, 190, 198 ff., 206 ff., 210, 217, 278, 293, 297, 305 f., 308, 312, 345, 350, 365, 368, 405, 437, 455, 502 f., 505, 607, 508 ff.
- unangemessener 46, 51, 60, 62, 89, 93, 365, 502, 505
 - unvorhergesehener 510
 - zusätzlicher 93, 129, 306, 507
- Ausbildung 37, 57, 61, 408
- Auslagen 15, 43, 75, 77, 216 ff., 226, 228, 231, 233, 282, 284, 302, 460, 516
- Barauslagen 221 f.
 - Ersatz 222, 231+, 281
 - Ersatzanspruch 217, 222, 282
- B**
- Banken 72, 139, 240, 242
- Bankguthaben *Siehe* Buchgeld
- Banknoten *Siehe* Bargeld
- Bargeld 239, 258
- Transaktionen 258
 - Umtausch 258
 - Verstecken 258
 - Zahlung 240 f.
- barrister* 69
- Beginn des Mandats *Siehe* Mandatsantritt
- Beizug Dritter 223 ff., 455, 516
- Erfüllungsgehilfen 224, 226 f., 338
 - Substitution *Siehe* dort
- Berufe
- freie 9, 27
- berufsbedingte Bösgläubigkeit 262
- Berufserfahrung 37, 55, 57, 61, 306, 324, 502
- Berufsgeheimnis 38 f., 72, 254 f., 258, 263, 283, 285, 404, 426, 429, 451, 465 ff., 478, 480 ff., 484 f., 487 ff., 492 ff., 537 ff.
- Entbindung 285, 299, 404, 407, 427, 429 f., 464, 468 f., 472 f., 475, 477 ff., 583, 484 ff., 493 ff., 538 f.
 - vorgängige Entbindung 481 f., 484
 - vorläufige Entbindung 477
- Berufspflichten 19, 25, 31 f., 54, 81, 150, 250, 284, 296, 322, 327, 336, 342, 353, 490 f., 540
- Verletzung 25, 31, 130, 250, 336
- Berufsrecht 23, 26, 36, 47, 52, 54, 90, 113, 137, 148, 170, 203, 244, 276, 295 f., 358, 367, 400, 411, 461, 463 ff., 473, 498, 522, 524, 526, 535
- Berufsregeln 69, 72, 142, 159 f., 187, 198, 342, 354, 358, 400, 402, 458 f., 461
- Berufsverbände *Siehe* Anwaltsverbände
- Betreibung 242, 281, 353, 470, 472, 475, 485 f., 494
- Betreibungsregistrauszug 222, 470, 473, 476, 482, 494
- Buchgeld 240
- Überweisung 240 f., 258, 517
- Bundesprivatrecht 50, 335

C

charakteristische Leistung 4, 431, 533
contingency fees 189 f., 196
 Covid19Pandemie 74, 326

D

Damoklesschwert 385
 Darlehen 290 f., 490, 522
 Datenbanken 219 f., 229
 – *Swisslex* 219 f.
 Datenschutzerklärung 122
 Digitalisierung 74, 432
 Disziplinarmaßnahmen 26, 31, 52, 89,
 159 ff., 187, 342, 373, 459, 461 f.,
 464 f., 490, 492, 540
 – Berufsausübungsverbot 160, 163, 461
 – Busse 58, 160, 162
 – Verwarnung 160
 – Verweis 159 f., 163
 – Disziplinarregeln *Siehe* Berufsregeln
 Disziplinarverfahren 32, 62, 161, 163,
 462, 536
 Drittpersonen 78, 127, 189, 223 f., 227,
 397, 419 ff., 439, 454, 532

E

Ehrengericht 402
 Einwilligung
 – konkludente 478 f.
 E-Mail 1, 11, 15, 17, 22, 230, 401, 495
 Entbindungsentscheid 484
 Entbindungsverfahren 476 ff., 485 ff.,
 493 f., 496, 538
 Erbgemeinschaft 316
 Erfolg 7 ff., 63, 94, 119 ff., 126, 129, 137,
 143 ff., 150, 163, 168, 170 f., 175 f.,
 178 ff., 183, 185, 187, 213, 217, 511,
 513, 528
 Erfolgsbezug 118, 127

Erfolgshonorar 28, 90, 98, 105, 118 f.,
 126, 128 f., 131, 134, 164, 167 f., 173,
 178 f., 184, 186, 193, 197, 205 ff., 251,
 511 f., 515, 519
 – bei Schiedsverfahren 140 ff.
 – Definition 119 ff.
 – Einschränkungen 138-159
 – gemischtes 126, 143-147, 511
 – in den USA 133, 136 f., 176, 190, 195
 – in Deutschland 168, 190 f., 195
 – in Grossbritannien 189
 – reines 119, 124, 126, 143 f., 184, 251,
 511
 – Sanktionen 160-163
 – Verbot 31, 118, 130, 133, 135, 138,
 140 f., 143 f., 149 f., 159 f., 163 f.-172,
 183, 186 f., 189 ff., 196, 207, 212, 359,
 369, 463, 514
 Erfolgsprämie 104, 126, 128, 130, 146,
 149 ff., 157, 169 f., 172 ff., 179 f.,
 182 ff., 189, 204, 207, 209 ff., 461, 509,
 513 ff.
 Erfüllungsort 43, 241, 431 f., 533
 Ermessen
 – gerichtliches 37 f., 47, 50, 305, 307,
 367, 385, 394, 456
 Ermessensmissbrauch 392
 Ermessensüberschreitung 392
 Ermessensunterschreitung 392
 Ersteinschätzung 102
essentialia negotii 151, 171
 Excel 307
 Existenzminimum 319

F

Fachanwältin 57, 93
 Finanzierung des Anwaltshonorars *Sie-*
he Honorar, Finanzierung
 Finanzintermediation 72, 254 ff.
 Forderung
 – umstrittene 127
 Formerfordernis 16, 22, 25, 421

Formfreiheit 14

Fremdwährungsschuld 242

– massgebender Kurs 242

G

Garantiefähigkeit

– objektive 7 ff., 12, 497

– Gefälligkeit 11

Geheimhaltungsinteresse 469, 471, 474,
486 f., 491, 539

Gehilfenschaft

– harmlose *Siehe* Sozialadäquanz

Geldforderung *Siehe* Geldschulden

Geldleistung *Siehe* Geldschulden

Geldschulden 43, 239 ff.

– als Bringschulden 43, 240

Geldwäscherei 237, 254-274

– Bekämpfung 260 f.

– Freigrenze für Anwaltshonorare 270,
274

– Gesetzgebung 254 ff.

– Strafbarkeitsfalle 237, 264, 266

– Straftatbestand 256-258, 260

– Surrogate 257

– Tathandlung 258

– und anwaltstypische Tätigkeit 260

– Verdacht 262 f.

Geldwert 243

Geldzahlung *Siehe* Geldschulden

Generalunkosten 43, 218 f., 221, 516

Genugtuung 250, 253

Gerichtskosten 193, 222, 302 f., 307, 396

Gerichtsstand 305, 431 ff.

Gerichtsstandsvereinbarung 432

Gesamthonorar 99, 157, 298

Geschäftsanwältinnen 255

Gesellschaft

– Aktiengesellschaft 419, 440 f.

– einfache 316

– Kollektivgesellschaft 440

– Kommanditgesellschaft 440

– mit beschränkter Haftung 440

Gewährleistung 8, 10, 122

Gläubigerausschuss 71

GmbH *Siehe* Gesellschaft mit beschränk-
ter Haftung

Gutachten 6 ff., 223 f., 376, 497

H

Honorar

– Abzüge 116

– angemessenes 35, 48, 50 f., 53 f., 58,
61 f., 96 f., 108, 131, 145, 157, 204,
245, 269, 284, 299, 353, 364 f., 368,
370, 383, 386, 393, 415, 460, 502, 509,
514

– Bemessung 3, 17 f., 33 f., 41, 43, 53,
58, 96, 108, 112, 124, 126, 134, 162,
168, 176, 210, 378, 500 f., 506, 513,
515

– Bemessungskriterien 33, 55, 57, 119,
143 ff., 367, 511, 513

– der Strafverteidigung *Siehe* Strafver-
teidigung, Honorar

– Erhöhung 45, 95, 99, 107, 109, 169,
207

– Finanzierung 3, 125, 186, 218, 237 f.

– gewinnbringendes 145, 147, 169,
185, 313, 514

– Leistung durch Verrechnung 248 ff.,
253, 281 f., 290, 518, 522

– Leistungsgegenstand 239-252, 517-
518

– Leistungszeitpunkt 276-278

– nach Streitwert *Siehe* Pauschalhonorar
– tarifliches 22, 41, 438 f.

– übliches 24 ff.-35 f., 38 f., 45, 47, 50,
128, 168, 171 f., 189, 460, 464, 500 ff.,
536

– vereinbartes 14-26, 36 ff., 48, 50, 59,
70, 125, 169 ff., 184, 299, 308, 312 f.,
452, 460, 498-499, 506, 524

– Zahlung 189, 239-241, 244, 246 ff.,
251, 258, 262, 264, 269, 278, 283, 372,
494

- zusätzliches 30, 126, 129, 184, 287, 327, 335, 341-342, 527
 - Zuschläge 15, 57, 89, 116, 175, 185, 189, 216-235, 457, 516
 - Honorarabrede *Siehe* Honorarvereinbarung
 - Honoranspruch *Siehe* Honorarforderung
 - Honorarforderung 3, 26, 48, 61, 86, 170, 237, 239 f., 248 ff., 276 f., 280, 282, 290, 292, 300, 311, 353, 355, 357, 364, 371, 373, 383, 386, 388 f., 397, 406, 410, 415, 427, 431 f., 434, 441, 445 f., 454 f., 458, 461, 463 f., 471 f., 478, 484 f., 487 ff., 518, 521 ff., 527, 536 f., 539 f.
 - Durchsetzung als Organ 434, 437, 440-442, 451, 534
 - Durchsetzung durch angestellte Anwältinnen 434, 437, 444-447, 453 f., 456
 - Durchsetzung in eigenem Namen 434, 436-438, 441, 451, 454
 - Entstehung 276-277
 - Fälligkeit 276, 279 ff., 353, 355, 485, 521, 523
 - Untergang 86, 240, 248, 281, 311, 518
 - Verjährung 10, 87, 294, 371, 373, 505, 521
 - Honorarinkasso 283, 404, 426, 429, 433, 465-495
 - Honorarkürzung 62, 86 ff., 182, 505
 - Honorarmodelle 2 f., 14, 23, 44, 90-215, 299, 368 f., 493, 506-515, 524
 - Erfolgshonorar *Siehe* dort
 - Kombination 197-210, 515
 - Kostendach *Siehe* dort
 - Pauschalhonorar *Siehe* dort
 - *Retainer* *Siehe* dort
 - Umwandlung 113, 510
 - Wahlrecht 108, 211-214, 515
 - Zeithonorar *Siehe* dort
 - Zeithonorar und Pauschalhonorar 198-199
 - Honorarnote 307, 343, 350, 370, 374
 - Honorarordnung *Siehe* Tarif, kantonaler
 - Honorarrechnung 41, 48, 205, 241, 395, 404 f., 470, 478, 484, 535
 - Inhalt 298-298
 - Zeitpunkt 297
 - Honorarschuldnerin 121, 310, 340, 451, 517, 527
 - Mandantschaft 239-300
 - Honorarstreitigkeiten 3, 353-463, 529-535
 - Honorarüberforderungen 26, 52, 130, 170, 459 ff., 535 f.
 - Honorarvereinbarung 3 f., 14, 16 f., 22, 24 ff., 36, 39, 42, 48 ff., 52 f., 60, 94, 102, 104, 115, 117, 125 f., 130, 142, 150 f., 164, 168, 170 ff., 175, 183, 204, 208 ff., 213 f., 231, 313, 341, 365 ff., 385 ff., 405, 459, 461, 464, 467, 470, 481, 484, 493, 497 f., 500, 502, 507, 509, 525, 532, 538
 - konkludente 14, 16, 25, 27, 39 f., 42, 213, 386, 498
 - Nichtigkeit 26, 168, 461, 463
 - Zeitpunkt 148-157
 - Honorarverzicht 28 ff., 124, 139, 143, 244, 500
 - Honorarvorschuss *Siehe* Kostenvorschuss
 - Honorarwesen 19
- ## I
- Ineffizienz 206
 - Information 21, 106, 213, 474
 - Inhaltskontrolle
 - offene 60
 - Input* 176, 185
 - Instruktion 11, 69, 123, 152 f., 225, 436, 451 f., 479, 503, 534
 - Interesse
 - öffentliches 20, 22 f., 499
 - Interessenabwägung 469, 474, 486-487, 491, 540
 - Interessengleichlauf 129

Interessenkonflikt 82, 165, 186 f., 208,
253, 352, 453, 465
Interessenverbände 83
Interessenwert 94
interkantonales Verhältnis 41-43
Internet 218, 229
Interventionsschwelle
– bei Honorarüberforderung 52, 54,
458-460, 535 f.

J

juge d'appui 414
juristische Personen 132, 204, 316, 512

K

Kanzleinetzwerke 80, 82
Kartellgesetz 403
Kleinspesenpauschale 16, 228-231, 516
– Reduktion 230
Kognition 51, 352, 377, 392, 394, 417
Kommerzialisierung 136
Kommunikation
– digitalisierte 11, 22, 230
Konkursmasse 316
Konsumentenverträge 433
Konventionalstrafe 111, 177
Konventionaltarif *Siehe* Tarif, Konvention-
altarif
Korrespondenzanwältin 223
Kostendach 198-199, 515
– Abgrenzung zum Kostenvor-
schuss 199
Kostenentscheid 310, 343, 350 f., 525,
528
Kostennote *Siehe* Honorarnote
Kostenrisiko 21, 39, 129, 133, 147, 193,
451
Kostenvorschuss 17, 29 f., 95, 186, 199 f.,
248, 279 f.-292, 299 f., 321, 327, 347,
429, 489 ff., 496, 507, 518, 522, 540
– bedingter 30, 288 f.
– bei unentgeltlicher Verbeistän-
dung 287-288

– Erhebung 30
– Pflicht 186-187, 284 f.
– Rückerstattung 87, 222, 248, 429
– Verbot 286
Kunstfehler 87
Kurznachrichtendienste 17

L

legal aid *Siehe* unentgeltliche Verbeistän-
dung
Leistungen 457
– honorarberechtigte 63-89, 114, 503-
504
Leistungserfolg *Siehe* Erfolg
Leistungsfähigkeit
– wirtschaftliche 59
Liberationsregress *Siehe* Verbindlichkei-
ten, Befreiung von

M

Mandatsabschluss *Siehe* Mandatsbeen-
digung
Mandatsantritt 15, 24, 39, 104 ff., 113,
152, 213, 263, 313, 460
Mandatsbeendigung 46, 106 f., 111,
113 f., 140, 177, 292, 332, 335, 337
– vorzeitige 110-115, 117, 175 f., 182,
510
– Zeitpunkt 115
– zur Unzeit 107, 110, 155 f., 177, 332
Mandatsübernahme *Siehe* Mandatsantritt
Mandatsvermittlung 78 ff., 504
– kein Verbot 79
– Provisionen 78 f., 83, 504
Mediation 407-408, 423, 530
Mehraufwendungen *Siehe* Aufwand, zu-
sätzlicher
Mehrwertsteuer 15, 216, 233-235, 345,
383, 457, 460, 516
– Vorsteuerabzug 234 ff., 516
– Zuschlag 234 ff., 457
Meilenstein 103, 105, 115, 509
Meldepflicht 255, 520

Minderung *Siehe* Honorarkürzung

MINELA 132

Moderationsbegehren 372

Moderationsbehörde 26, 355, 364 ff.,
369, 376 ff., 380, 383, 385 ff., 393 f.,
399

Moderationsentscheid 361, 371 ff.,
376 ff., 389 f., 392 f., 406, 529

Moderationsorgan 356, 403 f., 406, 408,
410, 413

Moderationsverfahren 41, 62, 353 f.,
356 f., 361 ff., 367, 369 ff., 374 f., 380 f.,
387, 394 f., 397, 399, 403 ff., 407, 409,
415, 418, 422 f., 427, 430, 529 f.

als Schiedsverfahren 410-420

– Prüfungsgegenstand 364-368

– Rechtsmittel 380-383

– staatliches 354-398

– verbandsinternes 356, 400-424

modo legislatoris 33

Money Mules 258

Monopolbereich *Siehe* Anwaltsmonopol

N

Nachverhandlungen 102-108

Nichtigkeit 26, 31, 111, 164-172, 182,
461, 463 f., 514, 536

– Teilnichtigkeit 167

– Vollnichtigkeit 170

Niederlegung *Siehe* Mandatsbeendigung

no win, less fee *Siehe* Erfolgshonorar,
gemischtes

Notlage *Siehe* Zwangslage

O

Offizialmaxime 122

Offizialverteidigung *Siehe* Verteidigung,
amtliche

Opportunitätskosten 201, 456

Opportunitätsprinzip 161

Output 117, 176, 185

P

pactum de palmario 104, 150, 154, 196,
207, 212 ff., 369, 513 f.

pactum de quota litis 98, 124-125, 128 f.,
134 f., 138, 190 f., 194, 209 f., 383, 511

pactum de redimenda lite 127, 245,
251 f., 519

palmarium *Siehe* Erfolgsprämie

Paper Trail 258

Parteientschädigung 21, 27, 30, 39,
41, 44 ff., 55, 61, 70, 76, 133, 184,
190, 209, 235 ff., 249, 265, 287, 289,
302-312, 318, 322, 330, 339 f., 344 f.,
347 ff., 357, 403, 428, 434 ff., 443,
447 ff., 453 ff., 518, 525, 528, 534

– Festsetzung 388

– nach Tarif 435 f., 439, 442, 452, 454,
456

– Zuschläge 116, 175, 185, 189, 235, 307

Parteikosten *Siehe* Parteientschädigung

Parteiwille

– hypothetischer 50, 115

– tatsächlicher 50

Pauschale 22, 45, 95, 97 ff., 101 ff., 105 f.,
108, 110 f., 114, 116 f., 175, 182, 203,
209, 230 f., 368, 503, 509 f.

– Sekretariatspauschale 76

Pauschalhonorar 45, 49, 94-117, 148,
150, 154, 177, 198 ff., 202 f., 205 f.,
209-210, 222, 293, 368, 507-507,
509 f., 515

– Abgrenzung vom Kostenvor-
schuss 293

– Abrechnungspflicht 508

– aleatorisches Moment 98, 509

– Angemessenheit 96, 509

– Anpassung 109-117

– bei vorzeitiger Mandatsbeendi-
gung 110

– Chancen und Risiken 97-101

– Staffelung 82, 102-108

– Umfang 508

– Zulässigkeit 96

PDF 11, 220
Pflichtverletzung 32
Privatrecht 26, 461
pro bono 28, 31, 170, 453
Prozessausgang 127, 129, 134, 143, 173,
180, 184, 186 f., 513
Prozesschancen 130, 207, 320
Prozesserlös *Siehe* Prozessgewinn
Prozessfinanzierungsgesellschaften 133,
238, 318, 327
Prozessgewinn 118, 124-125, 134, 138 f.,
143, 208 ff., 511
– Beteiligung am 118, 124-125, 139
Prozesskosten 186, 236, 288, 302 f., 318
Prozesskostenhilfe *Siehe* unentgeltliche
Verbeiständung
Prozessrisiko 320
Prozessvertretung *Siehe auch* Anwaltstät-
tigkeit, forensische
Prüfungskompetenz *Siehe* Kognition
Pyrrhussieg 15

Q

quantum meruit 176
quota litis *Siehe* Prozessgewinn,
Beteiligung am

R

Ratschlag 5, 11, 68, 378
Rechenschaftspflicht 46, 296, 299 ff., 524
Rechnungsstellung 24, 52, 77, 84, 153,
231, 283, 474, 484, 524
– Grundsätze 24 f., 52, 104, 153, 408
Rechtsabteilung 101, 446, 448, 453
Rechtsauskunft *Siehe* Ratschlag
Rechtsberatung *Siehe* Anwaltstätigkeit,
nichtforensische
Rechtsdienstleistungen *Siehe* Leistungen,
honorarberechtigte
Rechtsgutachten *Siehe* Gutachten
Rechtshandlungen *Siehe* Auftrag, Rechts-
handlungsauftrag
Rechtsmissbrauch 29, 170, 300, 487

Rechtsöffnung 475, 488
Rechtsöffnungstitel 310, 359, 396, 529
– definitiver 379
– provisorischer 379, 406
Rechtspraktikantinnen 226, 338
Rechtssicherheit 38, 269
Rechtsweggarantie 390, 486
Rechtswidrigkeit 245
Reisekosten 75, 222
Reisezeit 73-75, 503
– im eigenen Auto 73
– im Flugzeug 73
– in der Bahn 73
Retainer 101, 200-204, 299, 515
– Unterschied zum Kostenvorschuss 200
– Zulässigkeit 203
Retrozessionen 78
reverse contingent fee 134
révision au fond 417
Rücktritt 10
Rückwirkung 346

S

Sach- und Dienstleistungen *Siehe* Tausch-
geschäfte
Sachbearbeitungsaufwand *Siehe* Sekreta-
riatsarbeit
Schaden 87
– Differenzhypothese 87
Schadenersatz 85, 87, 136, 156, 165,
177, 303
Scheinonorare 269, 274
Schiedsabrede 140, 410, 414 f., 415,
418 ff., 424, 531 f.
Schiedseinrede 420
Schiedsfähigkeit 411
Schiedsgericht 72, 140, 410, 412 ff., 532
Schiedsgerichtsbarkeit 408, 414 ff., 420,
424, 4234, 426, 531
– Binnenschiedsgerichtsbarkeit 138,
141, 411, 417
– institutionelle 416
– internationale 142, 411, 417

- Schiedsklauseln
- optionale 420
 - statutarische 418-420
- Schiedsspruch 413, 417 f., 421, 425, 532
- Schiedsverfahren 140 f.
- und Erfolgshonorar 140 f.
- Schlechterfüllung 32, 51, 85-89, 405
- Schlichtungsbehörde 330, 397 ff.
- Schlichtungsverfahren 102, 395 ff., 407, 409, 423, 427, 430, 472, 475, 530, 533
- Schlussabrechnung 62, 281
- Schriftform *Siehe* Formerfordernis
- Schwierigkeit 37, 55, 57, 305, 321
- besondere 56 f., 321
- Sekretariatsarbeit 76-77, 226, 460, 503
- Selbstverpflichtung 356, 402, 530
- sexuelle Dienstleistungen 245 f.
- Sichtguthaben 239
- Signatur
- elektronische 22
- Sistierung 372
- Sittenwidrigkeit 35, 49, 165 f., 245
- SMS 17
- solicitor* 69
- Sondervorschriften
- kantonale 18-23
- Sorgfaltspflicht 92, 246, 250, 255 f., 296, 335, 520
- Verletzung 32, 86, 89, 111, 508, 535
- Sozialadäquanz 260, 268, 273
- Spesenpauschale *Siehe* Kleinspesenpauschale
- Spezialisierung 57, 80, 93, 502
- SSR *Siehe* Landesregeln
- Standesrecht 84, 353, 428
- Standesregeln 32, 39, 42, 54 f., 57, 78, 96, 144, 284, 295, 299, 368, 402, 428 f., 432
- kantonale 284, 402
- Statuten 410, 418, 421, 425, 532
- Steuervergehen
- qualifiziertes 257
- Strafverfahren 58, 122, 190, 261, 304, 328
- Strafverteidigung 47, 122, 145, 190, 207, 254, 260-260, 262 ff., 269, 271, 273 ff., 301, 322, 328, 335, 357, 520
- Honorar 260, 267, 269 f., 274
- Streitgegenstand 127, 245
- Streitobjekt *Siehe* Streitgegenstand
- Streitwert 44 f., 58 f., 94, 121, 135, 210, 236, 298, 305 f., 368, 380, 394, 427, 436
- hoher 437
- Streitwertgrenze 383 f.
- Stundenaufwand *Siehe* Zeithonorar
- Stundenhonorar *Siehe* Zeithonorar
- Stundensatz 16
- Stundung 377
- subsidiäre Generalkompetenz 362
- subsidiäre Verfassungsbeschwerde 384
- Substitution 224 ff., 335, 337 ff., 516
- Suspensivbedingung 119, 277
- T**
- Tarif 18, 22, 36, 40 f., 43, 45, 48, 61, 168, 302, 305, 307, 367, 438, 447, 452, 501
- Dispositionstarif 25, 70
 - kantonaler 18, 21, 25, 27, 36-47, 53, 55, 58, 116, 168, 209, 235, 239, 312, 363, 367, 403, 499, 501
 - Konventionaltarif 1, 35 f., 42, 197, 403, 450, 501
 - Überwälzungstarif 367
 - Zwangstarif 1, 25, 27, 70, 311, 354, 363, 367, 463, 529
- Tarifierung *Siehe* Parteientschädigung, Festsetzung
- Tauschgeschäfte 243, 247
- Telefon- und Videokonferenzen 74
- Telekommunikationskosten 229
- Treuhandunternehmen 72

U

- Überentschädigungen *Siehe Windfall*
- Übererfüllung 92, 206, 506
- Übernahmeverschulden 7, 10
- Übervorteilung 49, 60, 104, 130, 141, 146, 153 f., 157, 164 f., 204, 461, 515
- Umtriebsentschädigung 302, 435 ff., 442 f., 445, 447 ff., 456, 534
- Unabhängigkeit
 - anwaltliche 92, 98, 128-129, 141, 146, 149, 165, 172, 244, 263, 291, 465, 490, 512, 517
- unentgeltliche Rechtspflege 46, 314, 327, 346
- unentgeltliche Verbeiständung 30 ff., 46 f., 59, 125, 132 f., 145, 186, 189 f., 193, 195, 198, 237, 249, 287, 289, 309 f., 314-351, 357, 501, 512, 526-527
 - Akontozahlungen 347
 - Annahmepflicht 322-325, 327
 - Anspruchsträgerinnen 316
 - Entschädigung 340-351, 357, 434
 - Gesuch 31, 328 ff., 332, 522
 - Hinweispflicht 327
 - keine Aussichtslosigkeit 314, 320, 332, 399, 526
 - Mittellosigkeit 31, 264, 288, 319, 321, 333
 - Notwendigkeit 321
 - reduzierte Ansätze 46, 344-344
 - Verbot zusätzlicher Honorare 341-342
 - Verhältnis zur Parteientschädigung 348-348

V

- Veranlassungsprinzip 303
- Verantwortung 37, 39, 58, 94
- Verbandsdisziplin 402
- Verbandsjustiz 424
- Verbandsrecht *Siehe* Ständerecht

- Verbandstarif *Siehe* Tarif, Konventionaltarif
- Verbindlichkeiten
 - Befreiung von 231+
- Verbrechen 257, 262
 - organisiertes 261
- Verfahren
 - erstinstanzliches 102
 - familienrechtliche 122, 190, 194
 - Rechtsmittelverfahren 102, 393
- Vergleich 58, 687, 98, 103, 128, 175, 183-185, 379, 399, 406, 418, 421, 508, 529
- Vergleichsverhandlungen 343, 406
- Vergleichsvorschlag 376, 406, 409
- Vergütung *Siehe* Honorar
- Vergütungsabrede *Siehe* Honorarvereinbarung
- Vergütungsform *Siehe* Honorarmodelle
- Vergütungsmodell *Siehe* Honorarmodelle
- Verhältnismässigkeit 161
- Verjährung
 - Unterbrechung 373
- Verjährungsfrist 10, 87, 294, 505, 523
- Verjährungsverzicht 373
- Verkehrsübung 36 f., 45, 55
- Vermittlungsplattformen 84, 504
- Vermittlungsprovisionen *Siehe* Mandatsvermittlung, Provisionen
- Vermögenswerte
 - beschlagnahmte 264
 - eigene und fremde 249, 259, 477
 - Herkunft 254, 257, 259 f., 262 f., 267, 270
 - kontaminierte 258, 264, 268
- Verrechnung 248 ff., 253, 281, 289, 377, 503, 518 f., 522
- Verschulden 85, 87
- Versicherung 87, 139, 311, 325
 - Haftpflichtversicherung 87, 505
 - Prämien 311
 - Rechtsschutzversicherung 327

- Verteidigung *Siehe* Strafverteidigung
- amtliche 46, 264 f., 271, 337, 357, 501, 522
 - notwendige 271, 336
 - Wahlverteidigung 265, 269, 271, 328
- Vertragserfüllung 51, 131
- Vertragsergänzung
- gerichtliche 115
- Vertragsfreiheit 2 f., 14, 49, 90, 137, 335
- Vertragsgestaltung 100, 122
- Vertragsqualifikation 4-13, 40, 110, 177, 244, 431, 497
- Vertragsverletzung 87
- Vertrauensverhältnis 10, 100, 262 f., 265, 465 f., 487, 497
- Vertretung
- berufsmässige 436, 442, 453
- Verwendungen 77, 216 ff., 222, 280, 516
- Vollmacht 16, 482
- Vorleistung 95, 125, 287, 507
- Vorleistungspflicht 279
- Vorsatz 261
- direkter 268, 273
 - *dolus subsequens* 259
 - Eventualvorsatz 259
- W**
- Waffengleichheit 134
- Wahlrecht 108
- Werke 5 ff., 12
- geistige 5 f.
 - körperliche 5
- Werkvertrag 5-13, 40, 85, 109, 136, 497, 510
- Gewährleistung 10
- Wettbewerbsbeschränkung 403
- Wettbewerbsnachteil 142, 284
- Wettbewerbsvorteil 80, 325
- Widerrechtlichkeit 165
- Willenserklärung 28, 248
- Willensmängel 49
- Willensvollstreckung 71
- Windfall* 313
- Wirtschaftsfreiheit 285, 323, 334
- Z**
- Zahlungsmittel 239 ff.
- Zahlungsmodalitäten 127, 200, 490
- Zahlungsunfähigkeit 125, 482
- Zeitaufwand *Siehe* Aufwand
- Zeithonorar 19, 21 ff., 38 f., 44 ff., 60, 89 ff.-93 ff., 97, 101, 108, 112 f., 117, 131, 169, 175, 198, 200, 205 ff., 298, 308, 365, 368 f., 383, 493, 501, 506 f., 510, 521, 524
- mit variabler Komponente 205-206, 515
 - Stundensatz 16 f., 24 f., 45, 47, 50, 60 f., 70, 92 f., 108, 131, 134, 169, 185, 205 ff., 298, 365, 383, 448, 460, 493, 498, 502
- Zession 127, 251-252, 519
- Zivilgerichte 52, 131, 361, 364, 366, 372, 376, 378 ff., 387 ff., 394 f.
- Zugang zum Recht 71, 313-133, 147, 190 f., 285, 512
- Zwangslage 104 f., 107, 148, 212, 214, 246 f., 509, 517
- Zwischenabrechnung 17, 62, 292

Die Vergütung anwaltlicher Dienstleistungen beinhaltet weitaus mehr als die Aufstellung einer Stundenzahl versehen mit einer Zahlungsfrist: Die Vielfalt an geschriebenen und ungeschriebenen Regeln und die unterschiedlichen kantonalen Gepflogenheiten verleihen dem Honorarwesen eine nicht zu unterschätzende Komplexität. Da das Honorar im Berufsalltag eine wesentliche Rolle spielt, tauchen in der Praxis immer wieder Fragen dazu auf.

Die Dissertation liefert einen Überblick über die Kernpunkte und Besonderheiten bei der Entstehung, Finanzierung und Durchsetzung der anwaltlichen Honorarforderung. Der in der Advokatur tätige Autor setzt sich mit Lehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung auseinander und skizziert mögliche Lösungsansätze für die Praxis. Das Werk soll eine aktuelle Übersicht über das Thema bieten, das bis anhin noch keine umfassende systematische Zusammenstellung erfahren hat.

ISBN 978-3-03891-560-7



9 783038 915607