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.

myclimate
neutral

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. *Pactum de quota litis* oder Beteiligung am Prozessgewinn ... 68
c. *Pactum de palmario* oder Erfolgsprämie ... 69
d. *Pactum de redimenda lite* ... 70
2. Gründe für und gegen die Einschränkung erfolgsbezogener Honorarabreden ... 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 *«amerikanische Verhältnisse»* ... *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. Retainer 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. 305bis 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

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
Am. Law Econ. Rev.	*American Law and Economics Review* (Oxford/New Haven, Connecticut, USA)
Anm.	Anmerkung
AnV-UR	Anwaltsverordnung vom 13. Juni 2001 (RB-UR 9.2321)
Anwaltsrevue	Anwaltsrevue / *Revue de l'avocat* (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	*Association Suisse de l'arbitrage* / 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 / *Association des avocats bernois*
BBl	Bundesblatt
BE	Kanton Bern
BezGer	Bezirksgericht
BfS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgesetz
BGBl	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	*Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)*
CPC	*(1) Code de procédure civile (RS 272)* *(2) Codice di diritto processuale civile svizzero (RS 272)*
CR	*Commentaire Romand*
Cst.	*Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)*
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
e.c.	*e contrario*
ebd.	ebenda
éd.	*(1) édition* *(2) éditeur(s)*
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.	*et alii/aliae/alia* (und andere)
et seq.	*et sequitur* (und folgende)
f.	und folgende

ff.	und fortfolgende
FamPra.ch	FamPra.ch: die Praxis des Familienrechts / *la pratique du droit de la famille / la prassi del diritto di famiglia* (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.c.	*in casu*
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	*International Chamber of Commerce* (Internationale Handelskammer)
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
ius.focus	ius.focus (Basel)
JdT	*Journal des Tribunaux (Lausanne)*
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	*Loi concernant la profession d'avocat du 3 septembre 2003 (RSJU 188.11)*
LAv-NE	*Loi sur la profession d'avocat ou d'avocate du 19 juin 2002 (RSN 165.10)*
LAvv-TI	*Legge sull'avvocatura del 13 febbraio 2012 (rdl-TI 951.100)*
Law Practice Management	*Law Practice Management* (Chicago, Illinois, USA)
LG	Landgericht (Deutschland)
LGBl.	Landesgesetzblatt (Liechtenstein)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
lit.	littera, Buchstabe
LLCA	*Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, RS 935.61)*
LModLOJ-GE	*Loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ, RSG E 2 05) du 27 mai 2011 (10761)*
LPA-VD	*Loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (RSV 173.36)*
LPAv-GE	*Loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (RSG E 6 10)*
LPav-VD	*Loi sur la profession d'avocat du 9 juin 2015 (RSV 177.11)*
LR	Systematische Rechtssammlung der liechtensteinischen Rechtsvorschriften
LS-ZH	Loseblattsammlung (ZH)
LTFrais-NE	*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)*
LTO	*Legal Tribune Online* (Köln)
LU	Kanton Luzern
m. Anm.	mit Anmerkung
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
M&A	*Mergers & Acquisitions*
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	*Ordre des avocats fribourgeois* / Freiburger Anwaltsverband
OAJ	*Ordre des avocats jurassiens* (Anwaltsverband des Kantons Jura)
OAN	*Ordre des avocats neuchâtelois* (Anwaltsverband des Kantons Neuenburg)
OATI	*Ordine degli avvocati del Cantone Ticino* (Anwaltsverband des Kantons Tessin)
OAV	*Ordre des avocats vaudois* (Anwaltsverband des Kantons Waadt)
OAVS/WAV	*Ordre des avocats valaisans* / Walliser Anwaltsverband
ODAGE	*Ordre des avocats de Genève* (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	*Ordonnance fixant le tarif des honoraires d'avocat du 19 avril 2005 (RSJU 188.61)*
OW	Kanton Obwalden
PC	*Petit Commentaire*
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 Parteikostenersatzes vom 17. Mai 2006 (Parteikostenverordnung, BSG 168.811)
plädoyer	plädoyer (Zürich)
plaidoyer	*plaidoyer (Zurich)*
Pra	Die Praxis (Basel)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen/Hamburg)
RB-TG	Rechtsbuch (TG)
RB-UR	Rechtsbuch des Kantons Uri; Urner Rechtsbuch
RBOG-TG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kanton Thurgau (Frauenfeld)
RDAF	*Revue de droit administratif et de droit fiscal* (Lausanne)
rdl-TI	*Raccolta delle leggi* (TI)

recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
Rep.	*Repertorio di Giurisprudenza Patria (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	*Recueil de jurisprudence neuchâteloise (Neuchâtel)*
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (Bern)
RS	*(1) Recueil systématique du droit fédéral* *(2) Raccolta sistematica del diritto federale*
RSG	*Recueil systématique genevois*
RSJU	*Recueil systématique jurassien*
RSN	*Recueil systématique de la législation neuchâteloise*
Rspr.	Rechtsprechung
RSV	*Recueil systématique de la législation vaudoise*
RTar-TI	*Regolamento sulla tariffa per i casi di patrocinio d'ufficio e di assistenza giudiziaria e per la fissazione delle ripetibili (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

SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SJ	*La semaine judiciaire (Genève)*
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	*Tribunal administratif*
TAV	Thurgauischer Anwaltsverband
TDC-VD	*Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 (RSV 270.11.6)*
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	*United States of America* (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)
Wash. & Lee L. Rev.	*Washington and Lee Law Review* (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 / *Revue valaisanne de jurisprudence* (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, Jürg-Beat, § 15, Geldwäschereistrafrecht, in Ackermann/Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Hand- und Studienbuch, Bern 2013, 407 ff. (zit. Ackermann, Wirtschaftsstrafrecht)

Ackermann, Jürg-Beat, § 5, StGB 305bis, in Schmid (Hrsg.), Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, Zürich 1998 (zit. Ackermann, Komm., Art. 305bis N)

Ackermann, Jürg-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.), Stämpflis 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, 4e 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, 2e 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, 2e 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 revouvrement 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 – Entscheid 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/Zurich/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 Anwaltshonorar 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), Kurzkommentar, 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, Jürg, 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 altehrwürdiges 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, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2018

Kren Kostkiewicz, Jolanta / Vock, Dominik, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung 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 Büchler/Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. Marro, Art. 6 N)

Martenet, Vincent / Dubey, 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 Standesregeln 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.), Kurzkommentar 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 / Brühl-Moser, 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 / Fiolka, 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 / Fountoulakis, 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.), Stämpflis 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, Praxiskommentar 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, 5e 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, 3e 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 Chiocchetti, 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 Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren gegen Honorarentscheide am Beispiel des baselstädtischen Rechts, BJM 2000, 221 ff.

Widmer Lüchinger, Corinne / Oser, David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht 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 Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. Handkommentar StGB/Bearbeiterin, Art. N)

Wohlers, Wolfgang, Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren – Art. 305bis 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.sbfi.admin.ch/dam/sbfi/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_amtlichemandate/_jcr_content/contentPar/form_0/formitems/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 Anwaltsverbands 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 Anwaltsverbands 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, 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, 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 Advokatenvereins 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, 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-prufung-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=2ahUKEwiwqc6Vkuz7AhVli_0HHXTbCaQQFnoECBEQAQ&url=https%3A%2F%2Fm3.ti.ch%2FCAN%2FRLeggi%2Fpublic%2Findex.php%2Fraccolta-leggi%2Fpdfat

to%2Fatto%2F145&usg=AOvVaw0SPyiipfXlHsrsvn3D4dip, 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 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] 1

Rund 30 Jahre später ist das enge Tarifkorsett im Wesentlichen der Vertragsfreiheit 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. 2

Diesem Bestreben folgend gliedert sich die vorliegende Arbeit in drei grosse 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 3

---

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 Anwaltshonorars 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] 4

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. 5

---

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/Haas/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] Verpflichte 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, 2e 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. 8

---

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. 1[29] 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 Werk- 11
vertrag zu komplexen und – nach der hier vertretenen Auffassung – unnötigen Abgrenzungsproblemen[31] führen.[32] Da die Erteilung von Ratschlägen (soweit diese nicht ohnehin aus reiner Gefälligkeit erfolgt[33]) 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. 321*e* 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 abliefert».* 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 ausdruckte.

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 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 Rechtsprechung an und qualifiziert den Anwaltsvertrag *in toto* als einfachen Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR.[38] 13

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 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 Mandantschaft[40] – in Anwendung von Art. 11 Abs. 1 OR Formfreiheit. Deshalb ist auch der konkludente Abschluss einer Honorarvereinbarung möglich.[41] 14

---

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/Eiholzer, 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 beweisbelastet.[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. Gallen[51] 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 substanziierter 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 Honorarabreden 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 Boillat/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. 25

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- 26

---

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 AnwHV-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] 28

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. 29

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 30

---

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 nichtig[96] 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 unentgeltliche Rechtspflege genügend zu substanziieren 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] 32

2. Festsetzung des üblichen Honorars

a. Honorarbemessung nach Üblichkeit?

Nach dem Wortlaut von Art. 394 Abs. 3 OR beantwortet dieser nur die Frage, ob 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 33

---

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 *«eingelebten 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 dogmatische Kontroverse von geringer praktischer Bedeutung zu sein.[108] Die ehemaligen 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) erlassenen Tarifordnungen verbleiben.[109] Diese beanspruchen vielfach ausdrücklich Geltung, 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] 36

In diesem Zusammenhang ist aber zu bemerken, dass die vereinbarten Anwaltshonorare oftmals über den kantonalen Tarifen liegen und insofern von einer eigentlich gelebten Verkehrsübung kaum gesprochen werden kann.[112] In Anwendung der Argumentation von Hofstetter müsste ein Gericht den staatlichen Tarifen deshalb die Anwendung versagen.[113] Stattdessen soll das Gericht *«nach seinem Ermessen [...] den Zeitaufwand, die erforderliche Ausbildung, das besondere Können sowie die Berufserfahrung des Beauftragten, das Mass der übernommenen Verantwortung, die objektive Schwierigkeit der Aufgabe und deren Dringlichkeit»* berücksichtigen.[114] 37

---

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 Beizug 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 unterstehende[116] – 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 BGFA 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/Eiholzer, 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 Hofstetter[119] 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 Mandant- 40
schaft unter das Werkvertragsrecht (entgegen der hier vertretenen Auffassung[121]) 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 Kanto- 41
naltarif abzustellen sei. In früheren Zeiten galt der Tarif eines Kantons auch im Verhältnis ausserkantonaler Anwältinnen im Verhältnis zu ihrer (inner- oder ausserkantonalen) 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 ausserkantonaler 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 beratenden[126]) 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] 44

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 45

---

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 bestimmbaren 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 150.00[137] 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 Offizialverteidigungen 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 einen 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 Mandatstätigkeit, 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]

47 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 verkehrsüblich 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 verböten, 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] 49

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 50

---

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/Fountoulakis, 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 kritisierter 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. 53

---

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/Eiholzer, 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/Eiholzer, 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 Standesregeln auch in insgesamt 19[174] bzw. 10[175] 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 Aktenmaterial[177] 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. Interessewert 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 beigefügt)

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 Führerausweisentzug. 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 wirt- 59
schaftlichen 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] 63

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-Raum[207] – 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 nichtforensischen 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 be- 71
ziehen, 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 Willensvollstreckungsmandats[222], das Forderungsinkasso[223] 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 72
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 Schiedsrichter[228] oder fiduziarischer Verwaltungsrat[229] sowie die Vermögensverwaltung[230] 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. 79

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. 80

---

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 zusammenschliesst[258] 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 Netzwerkskanzleien 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. 321*e* 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 *«SwissAnwalt»* (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 vormals 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 Zeitansatz – 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. 91

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 Haftungsregeln[298]) 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/Dallafior, 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 94

[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/Eiholzer, 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 verpflichte.

Lehre[307] und Rechtsprechung[308] 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/Eiholzer, 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 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] 96

---

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/Eiholzer, 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]

99 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]

100 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 beizieht, 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 Pauschalhonorar 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 mühevolle 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, Pauschalhonorare 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] 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: 104

> *«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 beigefügt.

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/Eiholzer, 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. 107

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 108

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 hiernach.

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 Mandantschaft 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 anteilsmässig zu kürzen ist. 111

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. 112

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 problema- 113

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 Genf[354]) 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 blosse 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 erhielte die Anwältin die Hälfte der Gesamtpauschale. Zu berücksichtigen ist jedoch auch der Fortschritt im jeweils pendenten Mandatsstadium.[358] So könnte es etwa nicht angehen, dass die Anwältin im vorgenannten Beispiel lediglich 25 % des Gesamthonorars erhielte, 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 Zusprechung oder Nichtzusprechung 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 dar[376] 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. 125

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 126

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] 128

---

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 treffenderweise 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 Personen[407] 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

135 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»*

136 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 Prozesserlöse 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 Nater, 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 Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH, 13. Oktober 1982, ZR 1984, Nr. 7, 16 ff.

427 CR-LLCA/Valticos, Art. 12 N 214; Zindel, 43.

428 Aufsichtskommission 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. hiervor.

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 Erfolgsprämien»* abzugrenzen, die es im Nachfolgenden zu untersuchen gilt. 143

Während in vielen Kantonen jede Berücksichtigung eines Prozesserfolgs 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 144

---

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/Dallafior, 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 Auftrags[457] 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. hiervor.

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 Rechtsschrift, 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. 152

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. 153

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 154

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/Dallafior, 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 offenbares 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 blosse 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 blosse 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 berechtigt. Weder der Gesetzeswortlaut an sich noch die Entstehungsgeschichte des BGFA liefern irgendwelche Hinweise, die dessen Ausdehnung auf blosse Angebote oder Inserate nahelegen würden.[471] Da ein Verstoss gegen die Berufsregeln nach Art. 12 BGFA ausserdem empfindliche Disziplinarmassnahmen nach sich ziehen kann, erscheint eine extensive Auslegung dieser Bestimmungen problematisch. Gewiss zeitigen Annoncen für verbotene Erfolgshonorare, wie sie im vor- 159

---

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 Einhalt geboten werden. Wie das Bundesgericht im genannten Entscheid 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 Disziplinarmassnahmen 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 Disziplinarmassnahmen 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 Einschreibegebühr 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. hiervor.

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. hiervor.

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.l; 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. 170

---

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. Wurde 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. 173

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] 174

---

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 hiervor.

175 Bei einem vorteilhaften frühzeitigen Vergleich[517] oder bei vorzeitiger Mandatsbeendigung[518] 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]

177 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]

178 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 Mandantschaft 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 Mandantschaft 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.

182 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 Vertragsschlusses bestehen regelmässig keine Anhaltspunkte, dass sich die Vereinbarung infolge zu geringen Aufwandes später als unzulässig erweisen würde.

cc. Bei frühzeitigem Vergleich

183 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.

184 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. hiervor.

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 Aufsichtskommission nehmen Brunner, Henn und Kriesi in einer solchen Konstellation einen Interessenkonflikt an, wenn vereinbart wird, dass der Anwalt aus dem Prozesserlös 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 Prozesserfolg 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 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; 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*-Vereinbarungen (*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 Honorarzahlungen 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 190

---

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 vermögender 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 Erfolgszuschläge 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 Prozesskostenhilfe[563] 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]

193 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]

---

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*-Vereinbarungen 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 ausgebaute 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 europäischen[579] und aussereuropäischen[580] 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. 197

[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 hiervor.

592 Vgl. zur Aufklärungspflicht Rz. 15 sowie 24 ff. hiervor, 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 Kontinentaleuropa anzutreffende Sonderform des Pauschalhonorars stellt der sogenannte *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 Zahlungsmodalität, 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 bezahlt und dafür eine bestimmte Anzahl Stunden für vorher definierte Aufgaben abrufen kann.[594] Im Gegenzug ist die Kanzlei verpflichtet, Anfragen der Mandantschaft 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] 200

Dabei kann auch vereinbart werden, dass die nicht von dieser *«Grundgebühr»* 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 notwendigerweise 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- 201

---

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

594 Zander, 1.

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* abgegoltenen 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] 204

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- 205

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 werden[607] 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 hiervor.

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] 207

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 208

---

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 Pauschalbetrages[621] 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 ausschlössen. 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/Eiholzer, 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] Darin nicht enthalten sind gemäss dispositiver Regelung nach Art. 402 Abs. 1 OR die bei der Erfüllung des Auftrags anfallenden Auslagen und Verwendungen[641] sowie, praxisgemäss, die Mehrwertsteuer.[642] Soweit Auslagen und Verwendungen anfallen, sind sie auch bei unentgeltlichen Aufträgen zu ersetzen.[643] 216

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.

netzugang, 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 dienten 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] 219

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 220

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 Kanzleiinfrastruktur 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 Kanzleiinfrastruktur 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 neusten 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 hiervor 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 Schreibarbeiten 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 praxisgemäss 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 Abonnementen 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.

231 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]

4. Befreiung von Verbindlichkeiten

232 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.

---

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. 2bis 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 Anwaltshonorarforderung. Die nachfolgenden Ausführungen sollen sich der Frage widmen, 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 Geldwäschereirisiken behandelt werden.[694] Darauf folgt eine Übersicht über die grundsätzlich von der unterliegenden Prozessgegnerin zu leistende Parteientschädigung, einschliesslich deren Verhältnis zur Honorarforderung der Rechtsvertretung.[695] Abgeschlossen wird das Kapitel mit einigen Betrachtungen zur staatlichen Honorarfinanzierung im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege.[696] 237

Nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet die Finanzierung des Anwaltshonorars durch private Drittpersonen, etwa durch den Ehegatten im Rahmen einer *provisio ad litem*, durch Rechtsschutzversicherungen oder Prozessfinanzierungsgesellschaften. 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. 238

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.

241 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.

242 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 Betreibungsweg 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 Realerfüllung 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 verstiessen. 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 blosse 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. Zellweger-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 Parteientschädigung[728] 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] 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 250

---

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 Rechtsanwälte ZH, Beschluss vom 6. Oktober 1994, ZR 1995, Nr. 28, 97.

734 Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte 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] 253

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 ruchbar, 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. 305bis 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. 305bis 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. 305bis 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. 305bis StGB (vgl. dort, Art. 305bis 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. 305bis N 1; Trechsel/Pieth/Pieth/Schultze, Art. 305bis 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. 305bis 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.

Bargeldtransaktionen[765] 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 blosse Verlängerung des *Paper Trails* durch Inlandüberweisungen[768] sowie die blosse Annahme und der Besitz kontaminierter Vermögenswerte.[769] Nach dem Gesagten dürfte also die blosse Honorarzahlung jedenfalls bei Inlandsachverhalten 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. 305bis 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. 305bis 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. 305bis N 43, m.w.H.; Friedli, 302; differenzierend Ackermann, Komm., Art. 305bis N 91; Giannini, 75 *ff.*; Guggisberg, 57.

770 Boner, 180; Nadelhofer do Canto, 349. Vgl. auch BSK-StGB II/Pieth, Art. 305bis N 40.

771 Donatsch/Thommen/Wohlers, 514; Handkommentar StGB/Wohlers, Art. 305bis N 23; Trechsel/Pieth/Pieth/Schultze, Art. 305bis 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 vorenthalten könnten.[779] 260

Kriminalpolitisch verfolgt der Geldwäschereitatbestand den Zweck, das organisierte Verbrechen durch wirtschaftliche Isolierung finanziell auszutrocknen.[780] Zwar werden insbesondere geringfügige alltägliche Transaktionen über elemen- 261

---

774 BSK-StGB II/Pieth, Art. 305bis 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. 305bis N 55. Eine solche Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 305bis 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. 305bis 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. hiervor.

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]

263 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.

264 Kann eine Honorarzahlung aus eindeutig legalen Mitteln nicht erfolgen, so kann sich die Anwältin der beschuldigten Person nur noch als amtliche Verteidigung beiordnen 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 be- 266
friedigend. 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.

c. Diskussion in Lehre und Rechtsprechung

Im Jahr 2000 erkannte das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, dass die 267
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 Anwaltsehepaares, das wissentlich aus einem Schneeballsystem stammende Honorarvorschüsse entgegennahm.[808] Schliesslich erkannte das Bundesverfassungsgericht, dass eine verfassungskonforme Auslegung des deutschen Geldwäschereitatbestandes eine Reduktion auf solche Fälle gebiete, in welchen die Strafverteidigerin positive Kenntnis über die deliktische Herkunft der in Frage stehenden Mittel hatte.[809]

In der Schweiz ist es soweit ersichtlich noch nie zur Verurteilung einer Anwältin 268
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-

---

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. 305bis 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. 305bis 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 Honorarzahlungen 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. 305bis 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 Einziehungsvereitelung und Treuepflicht gegenüber der Mandantschaft zu bewegen. 272

Lehre und Rechtsprechung haben versucht, der Verunmöglichung einer wirksamen (Wahl-)Verteidigung mit einer einschränkenden Auslegung des Geldwäschereitatbestandes 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. 305bis 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. 305bis 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. 305bis 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] 277

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. 278

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- 279

---

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 dannzumal 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, wenngleich 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 283

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 Standesregeln 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 Standesregeln 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 Anwaltshonorars 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 gestellt[860] 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]

289 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 Mandantschaft überhaupt möglich ist, sollte die Erhebung bedingter Kostenvorschüsse *de lege lata* deshalb grundsätzlich erlaubt, deren Rückzahlung an die Mandantschaft 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 Mandantschaft dafür hat verschulden müssen.

bb. Kostenvorschüsse und Darlehen

290 Nach Lehre und Praxis zu Art. 12 lit. b BGFA darf die Anwältin bei der Mandantschaft 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 Mandantschaft 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 Mandantschaft 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]

291 Vor diesem Hintergrund kann sich die Frage stellen, ob eine bestimmte Zahlung der Mandantschaft an die Anwältin als erlaubter Kostenvorschuss oder als verbotenes Darlehen zu qualifizieren ist. Schiller vertritt in diesem Zusammenhang

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 hiervor.

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. hiervor.

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. 296

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 297

---

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 drei[897] und vier Monaten[898] 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 hiervor zitierten Luzerner Entscheid.

898 Bohnet/Martenet, 733.

899 Brunner/Henn/Kriesi, 175, mit Hinweis auf den in Fn. 897 hiervor 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. 299

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 300

---

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 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] 302

Die Verteilung der Parteientschädigung, wie auch diejenige der Gerichtskosten, 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- 303

---

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.; Sterchi, 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 Strafverfahren[925] 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/Wehrenberg/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 Bandbreiten[932] oder nach freiem Ermessen des Gerichts festgesetzt.[933] Verbreitet finden sich auch Mischformen zwischen diesen Bemessungsgrundlagen.[934]

306 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 Pauschalisierung 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/Odermatt, 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 LTFrais-NE, 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

312 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 hiervor.

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 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] 314

Obwohl erst in der aktuellen Bundesverfassung von 1999 ausdrücklich kodifiziert, 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 315

---

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/Wyttenbach, 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/Wyttenbach, 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/Wyttenbach, 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 Prozesserlassen (*«gratuito patrocinio»* bzw. *«giurisdicziun gratuita»*) findet sich der Anklang an ein angeblich kostenloses Prozessieren wieder.[978] 317

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- 318

---

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/Wyttenbach, 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 betreibungsrechtlichen 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 beigefügt).

982 §§ 114–127*a* 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; Staehelin/Staehelin/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; Staehelin/Staehelin/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] 320

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; Staehelin/Staehelin/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 hiervor.

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] 322

---

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 überprüfbaren) 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.

326 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. 328

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. hiervor.

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/Wyttenbach, 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 336

[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 mandatierter 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]

339 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]

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, SZZP 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 Offizialverteidigung 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]

342 Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Argumentation zuzustimmen, wonach 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, JdT 2018 III 209; 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/Wyttenbach, 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 345
unentgeltlichen Vertretungen über die blosse 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]

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. 12 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 hiervor.

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. hiervor.

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. 348

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] 349

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. hiervor.

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] 351

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 352

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 hiervor.

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 substanziiert 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 der Beauftragten gegen die Auftraggeberin dar.[1108] Diese muss wie alle anderen vertraglichen Ansprüche vor den regulären Zivilgerichten bzw. auf dem Betreibungsweg 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] 353

[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 kantonalrechtliche 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] wenngleich 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 vormals 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] Zivil- 355
prozess 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 356
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 Anwaltshonorare 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 hiervor. 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. hiervor.

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 öffentlichrechtlichen 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 Staehelin/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 kantonalrechtlicher 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 – Anwaltstarife 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] 364

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* 365

---

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 Entscheidkompetenz 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 Parteientschädigun-

---

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 368

[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 kantonalrechtlichen 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 kantonalrechtlich 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 moderieren[1185] 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 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 Verwaltungsverfahrensrecht reglementiert ist.[1191] Damals wie heute handelt es sich beim Moderationsverfahren aber um ein schnelles und wenig formalisiertes Verfahren.[1192] 375

b. Wirkungen des Entscheids

Wie auch die übrigen Verfahrensfragen bestimmt sich die Wirkung eines Moderationsentscheids 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] 376

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, Anwaltsgebührentarif, 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 Schwyz[1201], Genf[1202] und St. Gallen[1203], gestehen den Entscheiden ihrer Moderationsbehörden nur die Wirkung einer unverbindlichen Rechtsauskunft bzw. Meinungsäusserung[1204] 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. 8*a* Abs. 3 HonO-SG: *«Den Beteiligten wird ein summarisch begründeter **Vorschlag** für die Honorarbemessung unterbreitet.»* (Hervorhebung beigefügt).

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 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. 379

c. Rechtsmittel

Da es sich beim Moderationsverfahren um ein vom ordentlichen Zivilprozess 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] 380

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-Ausserrhoden 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 Verwaltungsverfahrensrecht 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 Verfas- 384
sungsbeschwerde 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]

5. Kritische Würdigung

a. Rechtsunsicherheit

Der weite Ermessensspielraum der Moderationsbehörde mag in denjenigen Kanto- 385
nen als ein geeignetes Korrektiv fungieren, in welchen der Anwalt nach Mandatsabschluss sein Honorar eigenmächtig festlegt.[1225] Diese – leider höchstrichterlich geschützte[1226] – Unsitte gehört jedoch nach der hier vertretenen Auffassung ohnehin schnellstmöglich unterbunden.[1227] In Fällen aber, in welchen Rechtsvertretung

---

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/Wyttenbach, 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 hiervor.

1243 Vgl. zum Begriff des angemessenen Honorars Rz. 48 ff. hiervor.

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 blosse Annehmlichkeit dar. 394

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. 395

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- 396

[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 Schuldanerkennung 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 hiervor.

[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 Schlichtungsbehörde amten (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 Mündlichkeit[1254] 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] 399

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 400

[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, 1; 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 zugedachte 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 kantonaler 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 ODAGE; 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] 402

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/Eiholzer, 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. 20bis 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. 407

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 408

[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 hiervor.

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. 410

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 411

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. hiervor.

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] 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] 415

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 Paragrafen 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] 417

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. 418

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- 419

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/Seiler, 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. 697*n* 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. 697*n* 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 angerufen 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] 421

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 niederschwelligen 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. 422

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 *«nur»* 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 Anwaltshonorarprozessen.

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 hiervor.

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] 431

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, 432

1349 Art. 31 ZPO. Dazu CHK-ZPO/Sutter-Somm/Seiler, Art. 31 N 10; KuKo-ZPO/Haas/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/Haas/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/Haas/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/Haas/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. 434

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 435

[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. hiervor.

[1362] Siehe zum Spezialfall einer erfolgreichen Beschwerde gegen die Festsetzung der Entschädigung für die unentgeltliche Rechtsvertretung Rz. 351 hiervor.

[1363] Siehe zur Verteilung der Parteikosten Rz. 303 hiervor.

[1364] BGer 1P.68/2007 vom 17. August 2007, E. 5 (nicht publiziert in BGE 133 II 321); Leuenberger/Uffer-Tobler, 292.

anwaltlich nicht vertretenen Partei zugesprochen werden kann. Gemäss den Ausführungen der Botschaft, der wohl herrschenden Lehre sowie der Rechtsprechung zumindest einiger oberer kantonaler Instanzen ist darunter in erster Linie der Verdienstausfall 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 gekürzte[1370]) 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] 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] 437

Die Rechtslage und Praxis in den Kantonen präsentiert sich uneinheitlich.[1376] Die Kantone Nidwalden und Luzern sehen in ihren Anwaltstarifen eine im Vergleich zur tariflichen Entschädigung um mindestens einen Viertel[1377] bzw. die Hälfte[1378] 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 438

[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 betrachtenden[1384]) 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] 441

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- 442

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/Forstmoser/Sethe, 46, 452 f.

1388 Vgl. Art. 562 und Art. 602 OR. Dazu Druey/Druey Just/Glanzmann, 73; Jung/Kunz/Bärtschi, 303; Meier-Hayoz/Forstmoser/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 Umtriebsentschädigung[1395] 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] 445

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. 446

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] 447

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 448

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/Urwyler/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 Zusprechung 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. 324*a* 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. 324*a* 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 substanziieren, 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. 451

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 hiervor.

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]

454 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.

455 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

---

[1429] BSK-ZPO/Rüegg/Rüegg, Art. 96 N 5; Nater/Götz Staehelin, 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 vorgetragenen 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 hiervor.

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. hiervor.

E. Honorarstreitigkeiten vor den Aufsichtsbehörden

1. Interventionsschwelle

458 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.

459 Die kantonalen Anwaltsaufsichtsbehörden haben sich jedoch bei der Verhängung von Disziplinarmassnahmen 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 Klientschaft 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 hiervor.

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 Mandantschaft 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 Honorarusanzen 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. hiervor.

[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 Honorarusanz 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 Aufsichtskommission 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.

461 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 anficht. 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

462 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 Aufsichtskommission 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/Dallafior, 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) verstiessen.[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 unerlaubt 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. 2bis 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 Disziplinarmassnahme 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 465

[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. hiervor.

[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. hiervor.

[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 betreibungsrechtlichen 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. 8*a* Abs. 1 und 2 SchKG. Dazu Amonn/Walther, 19 ff.; BSK-SchKG/Peter, Art. 8*a* N 13; Kren Kostkiewicz, 45 ff.; SK-SchKG/Weingart, Art. 8*a* 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 Betreibung 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 Betreibungsauskunft 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 vermittle. Siehe zur Bedeutung des Berufsgeheimnisses Rz. 465 f. hiervor.

[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) hiervor.

heimnis geschützt waren.[1491] Dasselbe gilt bereits nach dem Wortlaut von Art. 321 Ziff. 1 StGB seit jeher für den strafrechtlichen Geheimnisschutz.[1492] Da berufsrechtlich 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]

474 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 deckt[1496]) 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 Betreibung 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 Rechtsvorschlag 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. 478

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- 479

---

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 impliziere.

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 Vorauflage 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 Rechtsanwälte des Kantons Zürich, Beschluss

Einer vermittelnden Ansicht in der Lehre zufolge, welcher sich inzwischen auch 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 Betreibungsauskunft 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. 482

Soweit ersichtlich musste sich das Bundesgericht mit einer derartigen Erklärung 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] 483

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] Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich vom 4. November 1970, ZR 1971, Nr. 80, 235; Aufsichtskommission 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] Aufsichtskommission 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 hiervor.

[1519] So ausdrücklich § 33 AnwG-ZH. Siehe ferner Rz. 469 hiervor 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. 29*a* BV gleich, und zwar unabhängig vom Betrag.[1527] Gewiss mag fraglich erscheinen, ob sich eine Betreibung oder gar eine Klage (samt vorherigem Entbindungsverfahren) 486

[1520] Siehe zur vorgängigen Einwilligung Rz. 481 ff. hiervor.

[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 hiervor.

[1523] Vgl. Chappuis/Barth, 282.

[1524] Siehe dazu Rz. Seite 256 hiervor 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 488
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]

c. Der Einbezug von Kostenvorschüssen in die Interessenabwägung

Im Sinne dieser Überlegungen schützte das Bundesgericht soweit ersichtlich in 489
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:

> *«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, Beschlusss 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 Rechtsanwälte 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. 491

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. 492

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 kantonaler Anwaltsverbände enthalten sind.[1548] Dementsprechend sollen solche Erklärungen dazu dienen 493

[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_ab117f79e89a4219adf1d01483ccfece. 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 Betreibungsauskunft 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. hiervor.

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 hiervor.

1553 Siehe Rz. 429 und 484 hiervor.

1554 Brunner/Henn/Kriesi, 93. Siehe dazu ferner Rz. 482 hiervor.

1555 Siehe Rz. 482 hiervor.

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. 496

[1556] Siehe Rz. 474 und 479 hiervor.

[1557] Siehe Rz. 487 hiervor.

[1558] Zu dieser Praxis sowie der Kritik daran siehe Rz. 489 ff. hiervor.

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 Anwäl- 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 erfüllten und damit die derogatorische Kraft des Bundesrechts verletzten.[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 hiervor.

[1562] Siehe Rz. 15 hiervor.

[1563] Siehe Rz. 24 ff. hiervor.

[1564] Siehe Rz. 18 ff. hiervor.

[1565] Siehe Rz. 20 hiervor.

[1566] Siehe Rz. 27 hiervor.

[1567] Siehe Rz. 28 ff. hiervor.

[1568] Siehe Rz. 36 ff. hiervor.

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] 502

[1569] Siehe Rz. 41 ff. hiervor.

[1570] Siehe Rz. 44 hiervor.

[1571] Siehe Rz. 45 ff. hiervor.

[1572] Siehe Rz. 48 hiervor.

[1573] Siehe Rz. 49 ff. hiervor.

[1574] Siehe Rz. 55 ff. hiervor.

[1575] Siehe Rz. 60 ff. hiervor.

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. hiervor.

[1577] Siehe Rz. 67 ff. hiervor.

[1578] Siehe Rz. 73 ff. hiervor.

[1579] Siehe Rz. 76 ff. hiervor.

[1580] Siehe Rz. 78 ff. hiervor.

[1581] Siehe Rz. 84 hiervor.

[1582] Siehe Rz. 85 ff. hiervor.

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 hiervor.

[1584] Siehe Rz. 89 hiervor.

[1585] Siehe Rz. 91 hiervor.

[1586] Siehe Rz. 92 f. hiervor.

[1587] Siehe Rz. 94 f. hiervor.

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 unvorteilhaften 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 Konstellationnen 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 anteilsmässig 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. 511

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 512

[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 vereinzelter, 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 hiervor.

[1600] Siehe Rz. 145 hiervor.

[1601] Siehe Rz. 150 ff. hiervor.

[1602] Siehe Rz. 147 hiervor.

[1603] Siehe Rz. 164 ff. hiervor.

[1604] Siehe Rz. 167 ff. hiervor.

4. Kombinationen

Grundsätzlich können verschiedene Honorarmodelle miteinander kombiniert 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. 515

5. Honorarzuschläge

Zusätzlich zum Honorar schuldet die Mandantschaft der Anwältin Ersatz für Auslagen und Verwendungen sowie für den zulässigen Beizug von Substitutinnen. 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] 516

[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 hiervor.

[1609] Siehe Rz. 248 hiervor.

[1610] Siehe Rz. 249 hiervor.

[1611] Siehe Rz. 250 hiervor.

[1612] Siehe Rz. 251 f. hiervor.

[1613] Siehe Rz. 253 hiervor.

2. Geldwäschereirisiken

Anwältinnen unterstehen in ihrer berufstypischen Tätigkeit zwar grundsätzlich nicht den Sorgfalts- und Meldepflichten des Geldwäschereigesetzes.[1614] Aufgrund der breiten Formulierung des allgemeinen Geldwäschereitatbestandes 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. hiervor.

[1615] Siehe Rz. 256 ff. hiervor.

[1616] Siehe Rz. 260 ff. hiervor.

[1617] Siehe Rz. 267 ff. hiervor.

[1618] Siehe Rz. 276 ff. hiervor.

[1619] Siehe Rz. 279 hiervor.

[1620] Siehe Rz. 280 ff. hiervor.

[1621] Siehe Rz. 283 ff. hiervor.

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. hiervor.

[1623] Siehe Rz. 290 f. hiervor.

[1624] Siehe Rz. 292 f. hiervor.

[1625] Siehe Rz. 294 hiervor.

[1626] Siehe Rz. 295 f. hiervor.

[1627] Siehe Rz. 297 hiervor.

[1628] Siehe Rz. 298 f. hiervor.

[1629] Siehe Rz. 300 hiervor.

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 hiervor.

1631 Siehe Rz. 302 ff. hiervor.

1632 Siehe Rz. 305 ff. hiervor.

1633 Siehe Rz. 309 ff. hiervor.

1634 Siehe Rz. 313 hiervor.

1635 Siehe Rz. 319 ff. hiervor.

1636 Siehe Rz. 322 ff. hiervor.

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. hiervor.

[1638] Siehe Rz. 340 hiervor.

[1639] Siehe Rz. 341 ff. hiervor.

[1640] Siehe Rz. 344 f. hiervor.

[1641] Siehe Rz. 348 hiervor.

[1642] Siehe Rz. 349 hiervor.

[1643] Siehe Rz. 351 hiervor.

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] 530

[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. hiervor.

[1654] Siehe Rz. 411 ff. hiervor.

[1655] Siehe Rz. 414 hiervor.

[1656] Siehe Rz. 418 ff. hiervor.

[1657] Siehe Rz. 426 hiervor.

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, 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] 534

D. Honorarstreitigkeiten vor den Aufsichtsbehörden

Auf eine umfassende berufsrechtliche Regelung von Honorarfragen hat der Gesetzgeber 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 Honorarusanz 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] 535

[1658] Siehe Rz.427 ff. hiervor.

[1659] Siehe Rz. 431 ff. hiervor.

[1660] Siehe Rz. 434 ff. hiervor.

[1661] Siehe Rz. 459 f. hiervor.

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 hiervor.

1663 Siehe Rz. 463 f. hiervor.

1664 Siehe Rz. 465 f. hiervor.

1665 Siehe Rz. 467 hiervor.

1666 Siehe Rz. 468 f. hiervor.

1667 Siehe Rz. 472 ff. hiervor.

1668 Siehe Rz. 478 ff. hiervor.

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]

539 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]

540 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]

[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
Betreibungsregisterauszug 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
Erbengemeinschaft 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 *Siehe* 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 beschränkter 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* Strafverteidigung, 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

Honoraranspruch 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, Konventionaltarif
Korrespondenzanwältin 223
Kostendach 198-199, 515
– Abgrenzung zum Kostenvorschuss 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 Verbeiständung 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 Verbeiständung
Leistungen 457
– honorarberechtigte 63-89, 114, 503-504
Leistungserfolg *Siehe* Erfolg
Leistungsfähigkeit
– wirtschaftliche 59
Liberationsregress *Siehe* Verbindlichkeiten, Befreiung von

M

Mandatsabschluss *Siehe* Mandatsbeendigung
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, zusätzlicher
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 Kostenvorschuss 293
– Abrechnungspflicht 508
– aleatorisches Moment 98, 509
– Angemessenheit 96, 509
– Anpassung 109-117
– bei vorzeitiger Mandatsbeendigung 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* Anwaltstätigkeit, 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, Rechtshandlungsauftrag
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* Tauschgeschäfte
Sachbearbeitungsaufwand *Siehe* Sekretariatsarbeit
Schaden 87
– Differenzhypothese 87
Schadenersatz 85, 87, 136, 156, 165, 177, 303
Scheinhonorare 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* Standesregeln
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* Standesrecht

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