



Der Bruno Steiner-Fall

Zur Rechtsvertretung zwischen zulässiger Tätigkeit *pro bono* und verbotenem Erfolgshonorar

ADRIAN FISCHBACHER



ARNOLD F. RUSCH

525

*Mit vollem Einsatz hat sich Rechtsanwalt Bruno Steiner für einen mittellosen Beschuldigten eingesetzt: Zuerst bodigt er vor Bundesgericht die gefestigte Unsitte der Richter, Anwälte telefonisch zu einem Rückzug der Rechtsmittel zu bewegen, ohne später in den Ausstand zu treten. Tatsächlich hat die Berufung gegen das Strafurteil Erfolg und führt zur Einstellung des Verfahrens. Der ganze Fall trägt Steiner dennoch eine Anzeige ein: Er hat von seinem mittellosen Klienten kein Honorar verlangt – er wollte bloss für den Fall eines Freispruchs die Prozessentschädigung des Staates. Ist das noch ein Mandat *pro bono* oder bereits ein Verstoß gegen das Verbot des Erfolgshonorars?*

*L'avocat Bruno Steiner a défendu avec beaucoup d'engagement un prévenu sans ressources : devant le Tribunal fédéral, il vient tout d'abord à bout de la mauvaise habitude qu'ont les juges de convaincre les avocats par téléphone de retirer leur moyen de droit, sans pour autant se réuser par la suite. Dans les faits, l'appel formé contre la condamnation a abouti et conduit au classement de la procédure. L'affaire a toutefois valu une plainte à Steiner : il n'a pas exigé d'honoraires de son client démunie mais voulait simplement les dépens versés par l'Etat en cas d'acquittement. S'agit-il encore d'un mandat *pro bono* ou est-ce déjà une violation de l'interdiction des honoraires au résultat ?*

Inhaltsübersicht

1. Sachverhalt
2. Mandat *pro bono* mit Prozessentschädigung?
3. Reichweite des Verbots in Art. 12 lit. e BGFA
 - 3.1. Wortlaut
 - 3.2. Systematische Auslegung
 - 3.3. Historische Auslegung
 - 3.4. Teleologische Auslegung
 - 3.5. Würdigung
4. Fazit

1. Sachverhalt

Der Zürcher Rechtsanwalt Bruno Steiner hat ab 2006 einen mittellosen Lehrling in einem Verfahren wegen mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz verteidigt. Er vereinbarte als erbetener, nicht amtlicher Verteidiger mit dem Lehrling, dass er unabhängig vom Ausgang des Verfahrens auf ein Honorar verzichte, abgesehen von der Prozessentschädigung im Falle eines Freispruchs¹. Das Bezirksgericht verurteilte den Lehrling. Vor der Berufungsverhandlung teilte ein Oberrichter Steiner mit, dass er die Berufung als aussichtslos erachtete und ihm deren Rückzug nahelege. Für Steiner und den Beschuldigten kam dies nicht in Frage. Sie verlangten erfolglos den Ausstand des Richters wegen Voreingenommenheit, was sie erst vor Bundesgericht erreichten und damit eine gefestigte Praxis der Gerichte vorerst beendeten². In neuer Besetzung wies das Obergericht die Sache an die Vorinstanz zurück, worauf die Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung mangels Beweisen einstellte. Damit war die Angelegenheit jedoch zumindest für Steiner noch nicht ausgestanden. Das Obergericht zeigte ihn bei der Aufsichtskommission wegen Verletzung des Art. 12 lit. e Teilsatz 2 BGFA an. Die Norm verbietet Anwälten vor Beendigung des Verfahrens einen Honorarverzicht für den Fall eines ungünstigen Prozessendes. Steiner sieht einen direkten Zusammenhang zwischen dem Sieg vor Bundesgericht und der Anzeige und spricht von der *Revanche einer beleidigten Justiz*³. Im Verfahren vor der Aufsichtskommission gab er ungefragt sechs weitere, gleichgelagerte Fälle zu. Er versprach dem Lehrling nicht nur den Honorarverzicht bei einem Schulterspruch, sondern auch die Übernahme der Kosten des Rechtsmit-

menheit, was sie erst vor Bundesgericht erreichten und damit eine gefestigte Praxis der Gerichte vorerst beendeten². In neuer Besetzung wies das Obergericht die Sache an die Vorinstanz zurück, worauf die Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung mangels Beweisen einstellte. Damit war die Angelegenheit jedoch zumindest für Steiner noch nicht ausgestanden. Das Obergericht zeigte ihn bei der Aufsichtskommission wegen Verletzung des Art. 12 lit. e Teilsatz 2 BGFA an. Die Norm verbietet Anwälten vor Beendigung des Verfahrens einen Honorarverzicht für den Fall eines ungünstigen Prozessendes. Steiner sieht einen direkten Zusammenhang zwischen dem Sieg vor Bundesgericht und der Anzeige und spricht von der *Revanche einer beleidigten Justiz*³. Im Verfahren vor der Aufsichtskommission gab er ungefragt sechs weitere, gleichgelagerte Fälle zu. Er versprach dem Lehrling nicht nur den Honorarverzicht bei einem Schulterspruch, sondern auch die Übernahme der Kosten des Rechtsmit-

² Urteil BGer 1B_242/2007; vgl. auch Urteil BGer 1B_407/2010; siehe dazu die Artikel «Urteilsverkündung durch das Telefon», NZZ vom 31. Oktober 2007, 51; «Schluss mit «kurzem Prozess»», NZZ vom 24. Mai 2008, 57; diese (erbetene) Abgabe vorgängiger Einschätzungen scheint aber erneut aufzuleben, vgl. dazu STEFAN HOTZ, Prozessökonomie oder Klientenverrat?, NZZ vom 15. Februar 2013, 17; STEFAN HOTZ, In Gerichten darf Effizienz nicht vorrangig sein, NZZ vom 15. Februar 2013, 23 («ungeheureliche Aufforderung») und BRUNO STEINER, Aggressiver Akt und dramatische Geringsschätzung der Rechtssuchenden, plädoyer 2013, 74 ff.; vgl. dazu auch die Informationsschriften des ZAV Info 4/08, 7 und ZAV Info 3/12, 7.

³ «Angezeigt, weil er seinen Klienten nicht im Stich lässt», NZZ vom 13. August 2009, 41.

ADRIAN FISCHBACHER, MLaw, Zürich.

ARNOLD F. RUSCH, PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

¹ Siehe dazu die Artikel «Angezeigt, weil er seinen Klienten nicht im Stich lässt», NZZ vom 13. August 2009, 41; STEFAN HOTZ, Ein Verteidiger muss kein Honorar verlangen, NZZ vom 27. Dezember 2010, 11.

telverfahrens⁴. Er begründete dies mit altruistischen Motiven und dem Schutz des Lehrlings vor Handlungen einer Justiz, die sich gegen ihn als Verteidiger gerichtet hätten. Die Aufsichtskommission verneinte in der Folge einen Verstoss gegen Art. 12 lit. e BGFA⁵. Diese unterschiedliche Einschätzung des Erfolgshonorars gibt Anlass zu den nachfolgenden Untersuchungen zur Frage, ob *erstens* ein Erfolgshonorar vorliegt und *zweitens*, ob es unter das Verbot des Art. 12 lit. e BGFA fällt.

2. Mandat pro bono mit Prozessentschädigung?

Die Aufsichtskommission stellte fest, das Verbot des Honorarverzichts sei an einen negativen Verfahrensausgang geknüpft. Ein Honorarverzicht *unabhängig* vom Verfahrensausgang – das *echte Mandat pro bono*⁶ – falle deshalb nicht unter das Verbot des Art. 12 lit. e Teilsatz 2 BGFA. Die Aufsichtskommission qualifizierte *erstens* das vorliegende Verhältnis als *echtes Mandat pro bono*, weil von Anfang an klar war, dass *der Klient* im Falle einer Verurteilung und eines Freispruchs *kein Honorar aus seinen eigenen finanziellen Mitteln zu zahlen hatte*⁷. Sie sah *zweitens* vorliegend keine Gefahr für den Beschuldigten. Sie hielt *drittens* fest, dass die Gewährung der Prozessentschädigung als öffentlich-rechtliche Handlung den *pro bono*-Charakter des privatrechtlichen Mandats zwischen Anwalt und Klient nicht tangiere. Eine Verletzung oder Umgehung von Art. 12 lit. e BGFA liege damit nicht vor⁸. Dieser Lösungsansatz ist schwer verständlich und ruft nach einer vertieften Behandlung.

Das Mandat *pro bono* stellt eine Rechtsberatung oder -vertretung für einen guten Zweck dar, für die der Man-

dant *keine Gegenleistung schuldet*⁹. Auf den vorliegenden Fall trifft das gerade nicht zu. Steiner hat für seine Tätigkeit eine Entschädigung vereinbart, suspensiv bedingt auf den Freispruch. Er hat deshalb auch folgerichtig für seine Bemühungen eine Kostennote beim Gericht eingereicht. Nicht das Gericht bezahlt das Honorar Steiners – bei genauerem Hinsehen bezahlt der Klient, *weil die Prozessentschädigung ihm gehört*. Das Gericht spricht diese der beschuldigten Person zu, nicht dem Anwalt. Muss er sie dem Anwalt weiterleiten, hat er ihm dennoch ein Honorar bezahlt. Dasselbe gilt für den Fall, dass er den Anspruch auf Prozessentschädigung dem Anwalt abtreten muss.

Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO gewährt der beschuldigten Person¹⁰ bei einem teilweisen oder gänzlichen Freispruch oder der Einstellung des Verfahrens einen Anspruch auf «*Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte*». Dabei handelt es sich um die Kosten des *frei gewählten Verteidigers*, denn die Kosten des *amtlichen Verteidigers* – und das war Steiner nicht – gehören unabhängig vom Ausgang zu den Verfahrenskosten¹¹. Die Prozessentschädigung soll grundsätzlich die Kosten einer vernünftigen Verteidigung *voll decken*¹². Gerade dieser Umstand zeigt das Wesen der Prozessentschädigung als *Schadenersatzanspruch*¹³. Bei einem echten Mandat *pro bono* erleidet der Klient keinen Schaden, weil er selbst auch nichts bezahlen muss. Wenn Steiner dennoch dem Gericht eine Kostennote einreicht, erfindet er einen Anspruch, den er bei einem echten Mandat *pro bono* nicht hätte¹⁴. Er konnte nur deswegen eine Honorarnote einreichen, weil er ein auf den Freispruch bedingtes Honorar abgemacht hat.

⁹ Vgl. ZR 1951, Nr. 200, 309 f.; vgl. zum deutschen Recht KILIAN BÄLZ/HENNING MOELLE/FINN ZEIDLER, Rechtsberatung pro bono publico in Deutschland – eine Bestandsaufnahme, NJW 2008, 3383 ff., 3383 f., in Anlehnung an die pro-bono-Tradition in den USA.

¹⁰ Vgl. Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Basel 2010 (zit. BSK-BEARBEITER/IN), BSK-WEHRENBERG/BERNHARD, StPO 429 N 21; vgl. zu diesem Problem auch Urteil BGer 6G_3/2010, E. 2.

¹¹ Vgl. Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. Schulthess-BEARBEITER/IN), Schulthess-GRIESSER, StPO 429 N 4.

¹² Vgl. BSK-WEHRENBERG/BERNHARD (FN 10), StPO 429 N 15.

¹³ Vgl. BSK-WEHRENBERG/BERNHARD (FN 10), StPO 429 N 6; vgl. Schulthess-GRIESSER (FN 11), StPO 429 N 2.

¹⁴ Vgl. die Hinweise in FN 17; dies sah das Obergericht bei der Anzeige auch so, vgl. Beschluss SB070281 vom 20. Januar 2009, E. 2.2.1: «*Verzichtet ein erbetener Verteidiger darauf, seinem Klienten für seine Bemühungen Rechnung zu stellen, erwachsen diesem auch keine Umtriebe, die zu ersetzen wären.*».

⁴ Vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 2. Dezember 2010, in: ZR 2011, Nr. 16, 29, E. 6 und dazu schon ZR 1984, Nr. 7, 18 f. (vgl. auch FN 55).

⁵ Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 2. Dezember 2010, in: ZR 2011, Nr. 16, 28 ff.

⁶ Abgeleitet von *pro bono publico*, «Zum Wohle der Öffentlichkeit».

⁷ Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 2. Dezember 2010, in: ZR 2011, Nr. 16, 28 ff., E. 6; die NZZ suggerierte sogar, die Problematik drehe sich um die Zulässigkeit des Mandats *pro bono* – so lautet bereits der Titel des Artikels: «*Ein Verteidiger muss kein Honorar verlangen*», HOTZ (FN 1), 11.

⁸ Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 2. Dezember 2010, in: ZR 2011, Nr. 16, 28 ff., E. 7.

Grundsätzliche Überlegungen haftpflichtrechtlicher Natur zeigen jedoch, dass unentgeltliche Hilfe dem *Geschädigten* zugutekommen soll, nicht dem *Schädiger*¹⁵. Wenn Steiner den Lehrling erfolgreich unentgeltlich verteidigt und das Gericht keine Prozessentschädigung ausrichtet, dann hat er im Ergebnis für den Staat gearbeitet. Dieser Gedanke ist im Haftpflichtrecht anerkannt¹⁶, doch lassen sich diverse Entscheidungen finden, die das Gegen teil vorsehen¹⁷. Eine vergleichbare Situation zeigt sich bei Vorliegen einer Rechtsschutzversicherung oder der Vertretung durch einen Verband – es bleibt bei der vollen Prozessentschädigung, auch wenn der Geschädigte für die Vertretung direkt nichts bezahlen musste¹⁸. Der Geschädigte hat die Versicherung nicht zur Entlastung des Schädigers abgeschlossen und musste dafür auch Prämien zahlen. Der Anwalt *pro bono* ist auch vergleichbar mit dem Anwalt *in eigener Sache*. Der Anwalt in eigener Sache geht leer aus, wenn er den Prozess verliert. Im Erfolgsfall ist aber anerkannt, dass er eine um einen Dritt reduzierte Prozessentschädigung fordern kann¹⁹. Art. 12 lit. e BGFA

ist auf den Anwalt in eigener Sache selbstredend nicht anwendbar. Dieser Vergleich zeigt lediglich die Richtigkeit der vorne stehenden haftpflichtrechtlichen Überlegung. Wenn ein Anwalt für einen Klienten unentgeltlich tätig wird, kann man den Wert der Verteidigung dem Klienten als Aufwand und Schaden zurechnen, als freiwillige Leistung Dritter – genau so, wie man die eigene Leistung dem Anwalt in eigener Sache zurechnet.

Wie kann man die verschiedenen Anforderungen miteinander in Einklang bringen? Denkbar wäre die Zusprechung der vollen Prozessentschädigung an den Beschuldigten, weil die Leistung Steiners nicht dem Schädiger zu Gute kommen soll, aber dem beschuldigten Lehrling zurechenbar ist. Um Art. 12 lit. e BGFA nicht zu verletzen (dazu nachfolgend), dürfte der Beschuldigte die Prozessentschädigung für sich behalten. Er kann sie aus Dankbarkeit dem Anwalt schenken, doch hätte dieser keinen Anspruch darauf. Das klingt etwas weltfremd, entspricht indes allen Normen. Es lohnt sich deshalb, das Verbot des Erfolgshonorars nachfolgend genauer zu analysieren – einige Autoren befürworten eine einschränkende Auslegung des Art. 12 lit. e BGFA.

¹⁵ Diese Argumentation im Beschluss AA080158 des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 29. Mai 2009, E. IV.2. (abgelehnt).

¹⁶ Vgl. die Hinweise bei ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Das Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 3. A., Bern 2006, OR 42 N 39, OR 46 N 44; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2008, N 215, Urteil BGer 4C.276/2001, E. 6 b aa.

¹⁷ Vgl. Kassationsgericht des Kantons Zürich, Beschluss AA080158 vom 29. Mai 2009, E. IV.2.; vgl. auch Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Oktober 2012, IV.2012.00669, E. 5.2: «Da davon auszugehen ist, dass die Vertretung des Beschwerdeführers in vorliegenden Prozess unentgeltlich erfolgte, ist ihm keine Prozessentschädigung zuzusprechen.».

¹⁸ Vgl. BSK-WEHRENBERG/BERNHARD (FN 10), StPO 429 N 16; vgl. BGE 135 V 473 ff., 477 ff. E. 3.1; vgl. Urteile BGer 6B_312/2010, E. 2 und 6B_976/2008, E. 2.2; vgl. BGE 117 Ia 295 ff.; vgl. aber Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 19. Januar 2007, BK.2006.11, E. 4.3, Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 6. August 2008, BK.2008.5, E. 4.1–4.3 und RUTH WALLIMANN BAUR, Entschädigung und Genugtuung durch den Staat an unschuldig Verfolgte im ordentlichen zürcherischen Untersuchungsverfahren, Diss. Zürich 1998, 107 f., m.w.H.

¹⁹ Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozeßordnung (ZPO), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. Schulthess-BEARBEITER/IN), Schulthess-SUTER/VON HOLZEN, ZPO 95 N 42; Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozeßordnung, Basel 2010, BSK-RÜEGG, ZPO 95 N 21; Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Basel 2010 (zit. KUKO-BEARBEITER/IN), KUKO-SCHMID, ZPO 95 N 32. Nur ausnahmsweise sprechen die Gerichte die volle Prozessentschädigung zu, wenn es sich kumulativ um

3. Reichweite des Verbots in Art. 12 lit. e BGFA

Ein Erfolgshonorar liegt also vor, doch fällt es auch unter Art. 12 lit. e BGFA? Der Artikel enthält zwei Teilsätze: «Sie dürfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen; sie dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten.»

Die Lehre unterscheidet unter dem Oberbegriff des Erfolgshonorars zwischen dem *pactum de quota litis* und dem *pactum de palmario*. Beim *pactum de quota litis* besteht das Honorar des Anwalts aus einer Beteiligung am Prozessgewinn²⁰. Beim *pactum de palmario* erhält der Anwalt im Erfolgsfall eine zuvor definierte Summe als Prämie²¹. In Teilsatz 1 des Art. 12 lit. e BGFA ist problemlos das *pactum de quota litis* erkennbar. Teilsatz 2

eine erstens komplizierte Sache handelt, die zweitens einen hohen Arbeitsaufwand schafft, der sich drittens vernünftig zum Ergebnis der Interessenwahrung verhält, vgl. BGE 110 V 132 ff., 134 f.; vgl. BGE 129 II 297 ff., 304.

²⁰ FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 1554.

²¹ BOHNET/MARTENET (FN 20), N 1597.

hat demgegenüber eine weitere Bedeutung, die Teilsatz 1 umschliesst. Die vorliegende Vereinbarung sah nur im Erfolgsfall die Prozessentschädigung als Entgelt vor, die sich nach dem Stundenhonorar richtet. *E contrario* erhält Steiner im Falle eines Misserfolges gar nichts. Damit ist der Tatbestand von Art. 12 lit. e Teilsatz 2 BGFA eigentlich klar erfüllt.

KASPAR SCHILLER vertritt die Auffassung, dass Teilsatz 2 von Art. 12 lit. e BGFA lediglich als Verdeutlichung von Teilsatz 1 zu verstehen sei und darüber hinaus keine eigenständige Bedeutung habe. Der normative Gehalt von Art. 12 lit. e BGFA beschränke sich auf vermögensrechtliche Aktivprozesse²². Bejaht man diese Auffassung, wäre die Norm auf den vorliegenden Fall einer Strafverteidigung und eines Passivprozesses nicht anwendbar. Dies würde den Entscheid der Aufsichtskommission im Ergebnis «retten». Im Folgenden ist deshalb insbesondere SCHILLERS Argumentation zu prüfen, die Rechtsprechung und herrschende Lehre nicht teilen.

3.1. Wortlaut

Der Wortlaut der Norm ist sehr eindeutig und gibt zunächst zu keinen Zweifeln Anlass, was auch SCHILLER bestätigt²³. Nimmt man die Bestimmung nach ihrem Wortlaut, so liegt ein Verstoss gegen Art. 12 lit. e BGFA vor. Das Bundesgericht sprach sich in BGE 135 III 259 ff. für eine wörtliche Auslegung der Norm aus, ohne auf Meinungsdifferenzen einzugehen²⁴. Auch die Zürcher Aufsichtskommission versteht Art. 12 lit. e BGFA in diesem Sinne²⁵. Sodann orientiert sich auch die herrschende Lehre an erster Stelle am eindeutigen Wortlaut²⁶.

²² KASPAR SCHILLER, Das Erfolgshonorar nach BGFA, in: SJZ 2004 (100), 353 ff., 358 f.; KASPAR SCHILLER, Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozessgewinn ist verboten, Anwaltsrevue 1/2010, 40 ff. (zit. Erfolgshonorare nach BGFA), 47 f.

²³ SCHILLER, Erfolgshonorare nach BGFA (FN 22), 47.

²⁴ BGE 135 III 259 ff., 262, E. 2.3; vgl. auch Urteil BGer 2A.98/2006, E. 2.2.

²⁵ Vgl. ZR 2006, 219 f., E. 9.2.

²⁶ DANIEL SCHWANDER, Erfolgshonorar ohne Zustimmung des Klienten? – Kritische Gedanken aus Anlass von BGE 135 III 259 betreffend Anwaltshonorar, in: ZBJV 2009 (145), 582 ff., 587 und 592; vgl. Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, WALTER FELLMANN, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Art. 12 N 118 f.; vgl. CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Die zivilrechtliche Beurteilung von anwaltlichen Erfolgshonorarvereinbarungen, AJP/PJA 2011, 1445 ff., 1446.

3.2. Systematische Auslegung

Bereits heikler ist die systematische Auslegung. Teilsatz 2 verwendet einen neutraleren Begriff, der alle strittigen Verfahren betrifft²⁷. Die Geltung von Teilsatz 1 ist abhängig von der Auslegung des Begriffs des Prozessgewinns. SCHILLER geht davon aus, dass Teilsatz 1 lediglich in denjenigen Fällen anwendbar ist, in welchen der Klient als Kläger um einen vermögensrechtlichen Streitgegenstand auftritt²⁸. Teilsatz 2 sieht er lediglich als *nachgestellte Konkretisierung* von Teilsatz 1²⁹.

Hier wäre ein anderer Ansatz denkbar. FELLMANN geht davon aus, dass Teilsatz 2 einen breiteren Anwendungsbereich besitzt als Teilsatz 1 und stellt fest, es bestehe ein Verbot des Erfolgshonorars. Mit Blick auf die Normensystematik kritisiert er lediglich, der Gesetzgeber hätte Teilsatz 2 als allgemeinere Norm voranstellen müssen³⁰. Teilsatz 1 ist aber einem weiteren Verständnis zugänglich, das die beiden Teilsätze auf eine ähnliche Stufe bringt. Unter der Herrschaft der kantonalen Anwaltsgesetze stellte das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid fest, es sei vertretbar zu behaupten, unter dem Begriff des Prozessgewinnes im Sinne des damaligen § 10 Abs. 1 des zürcherischen Anwaltsgesetzes³¹ sei jeder Gewinn zu verstehen, der durch eigentliche Anwaltstätigkeit in einem rechtlich geordneten Verfahren erzielt wird, also auch vor einer Verwaltungsbehörde³². Es ging um ein verwaltungsrechtliches Einzonungsverfahren, in dem Klient und Anwalt ein Honorar von 5 Franken pro Quadratmeter eingezonnten Landes vereinbart hatten. Dieses Beispiel legt nahe, dass es sich auch beim *pactum de quota litis* nicht zwingend um einen vermögensrechtlichen Aktivprozess handeln muss und sich der Prozessgewinn sowie die Teilhabe daran auch nur indirekt ergeben können. Teilsatz 1 von Art. 12 lit. e BGFA spricht denn auch von einer *Beteiligung*, nicht von einem *Anteil* am Prozessgewinn. Dies öffnet die Norm für ein umfassenderes Verständnis

²⁷ So auch ZR 1951, Nr. 200, 309 f. (Strafverfahren vor Verwaltungsbehörden); vgl. ZR 1971, Nr. 104, 281 ff., 283; vgl. ZR 1984, Nr. 7, 16 ff.; vgl. PAUL WEGMANN, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1988, 155.

²⁸ SCHILLER, Erfolgshonorare nach BGFA (FN 22), 46.

²⁹ SCHILLER, Erfolgshonorare nach BGFA (FN 22), 48.

³⁰ FELLMANN, Kommentar zum Anwaltsgesetz (FN 26), Art. 12 N 118 f.

³¹ Zum Wortlaut des § 10 Abs. 1 AG ZH vgl. FN 50.

³² Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 13. April 1983, teilweise wiedergegeben in ZR 1984, Nr. 7, 23; die Aufsichtskommission präzisierte mit Beschluss vom 7. Oktober 1999, dass § 10 Abs. 1 AG ZH das Verbot des Erfolgshonorars auf den förmlichen Prozess beschränke, in: ZR 2000, Nr. 13, 35 ff.

und die Systematik wäre klar: Teilsatz 1 regelt das Honorar bei erfolgreichem Prozess, während Teilsatz 2 das Honorar beim Misserfolg regelt.

Unter die systematische Auslegung fällt auch die Überprüfung anhand höhergestellter Normen (*verfassungskonforme Auslegung*)³³. Sie prüft das Verbot des Erfolgshonorars dahingehend, ob die Regelung noch einen genügenden Zugang zum Recht gewährt. Der Lehrling hatte keinen amtlichen Verteidiger, konnte sich keinen erbetenen Verteidiger leisten und hätte bei einem Schuldanspruch die Lehrstelle verloren. Doch sind dies noch keine Gründe, einen hilfsbereiten Anwalt zu einer echten, vollkommen unentgeltlichen Mandatsführung *pro bono* zu verdonnern. Die Anwendung von Teilsatz 2 des Art. 12 lit. e BGFA auf den vorliegenden Fall tangiert in einem weiteren Sinne den Anspruch auf einen *unentgeltlichen Rechtsbeistand* (Art. 29 Abs. 3 BV), die *Rechtsgleichheit im Prozess* (Art. 29 Abs. 1 BV) sowie die *Wirtschaftsfreiheit der Anwälte* (Art. 27 BV)³⁴. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege oder einen amtlichen Verteidiger ist ein Mittel zur Umsetzung der Rechtsgleichheit im Prozess, da sie den mittellosen Personen eine adäquate Vertretung ermöglicht³⁵, doch gewährt dies nicht in allen Fällen einen genügenden Zugang zum Recht³⁶. Die verfassungskonforme *Auslegung* findet ihre Grenze jedoch auch hier am klaren Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes³⁷. Gibt es also verfassungsmässige Bedenken gegen Art. 12 lit. e Teilsatz 2 BGFA, dann sollte der Gesetzgeber ihn ändern, ansonsten die Gerichte die Norm anwenden müssen (Art. 190 BV)³⁸.

3.3. Historische Auslegung

Der Vorentwurf des BGFA enthielt den Teilsatz 2 von Art. 12 lit. e³⁹ BGFA noch nicht. Auch im erläuternden Bericht ist lediglich vom Verbot des *pactum de quota litis*

die Rede⁴⁰. Teilsatz 2 wurde im Verlauf des Vernehmlassungsverfahrens in den Entwurf eingefügt. Die eidgenössischen Räte beschlossen die heutige Fassung⁴¹, ohne dass die Botschaft oder die Debatte die Änderung thematisiert hätten⁴². Die Botschaft deklarierte die Bestimmungen der Art. 11 lit. e–j⁴³ als «*eher technische Punkte, die weitest gehend mit den heutigen kantonalen Regeln übereinstimmen. In gewissem Sinne handelt es sich um eine Kodifikation des kantonalen Rechts.*» Zu lit. e hält die Botschaft fest: «*Das Verbot des pactum de quota litis (Bst. e) ist in den meisten kantonalen Gesetzen enthalten.*»⁴⁴ Die kantonalen Anwaltsgesetze enthielten gemäss SCHILLER keine dem Teilsatz 2 entsprechende Regelung⁴⁵. SCHILLER schliesst daraus, der Gesetzgeber sei sich dessen nicht bewusst gewesen und habe Teilsatz 2 keine eigenständige Bedeutung zumessen wollen⁴⁶. Konsultiert man allerdings die Literatur zum früher geltenden kantonalen Anwaltsrecht, trifft man häufig auf Verbote, die das *Erfolgshonorar pauschal* oder *in allen denkbaren Facetten* erwähnen⁴⁷, gerade auch im Falle des Honorarverzichts

³³ In diesem Sinne auch ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A., Zürich/Basel/Geneva 2012, N 148.

³⁴ Vgl. die deutsche Diskussion in BVerfG, Beschluss vom 12. Dezember 2006–1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979 ff., 984, N 102; vgl. auch die ähnlichen Überlegungen im Minderheitsantrag zu ZR 1984, Nr. 7, 20 ff., E. 2.

³⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 33), N 840.

³⁶ Vgl. die Voraussetzungen in Art. 132 StPO und Art. 118 ZPO.

³⁷ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER (FN 33), N 154 ff.

³⁸ So war es auch im deutschen Entscheid (vgl. vorne FN 34). Das Bundesverfassungsgericht hob die Busse nicht auf, setzte aber dem Gesetzgeber Frist, die Verfassungswidrigkeit zu beheben (N 110–113).

³⁹ Damals war es noch Art. 11 lit. c E-BGFA.

⁴⁰ Vgl. Internet: http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/staat_und_buerger/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte0/ref_anwaltsgesetz_freizuegigkeit.html (20.2.2013).

⁴¹ Entwurf zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, BBI 1999 6078.

⁴² Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 28. April 1999, BBI 1999 6013.

⁴³ Der damalige Art. 11 wurde zum heutigen Art. 12.

⁴⁴ Botschaft zum BGFA (FN 42), 6057 f.

⁴⁵ SCHILLER, Erfolgshonorare nach BGFA (FN 22), 47.

⁴⁶ SCHILLER, Erfolgshonorare nach BGFA (FN 22), 47.

⁴⁷ Vgl. BOHNET/MARTENET (FN 20), N 1558; vgl. FELLMANN, Kommentar zum Anwaltsgesetz (FN 26), Art. 12 N 120: «*Die Botschaft hält fest, das Verbot des pactum de quota litis sei in den meisten Kantonen enthalten. Diese Aussage gilt auch für das Verbot des Erfolgshonorars.*»; vgl. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 642, Fn. 37: «*Verboten ist insbesondere das Pactum de quota litis und das Pactum de palmario. Das Verbot beruht auf dem Gedanken, dass der Rechtsanwalt nach Recht und Billigkeit verfahren und die Interessen in voller Unbefangenheit wahrnehmen soll. Er soll daher den Prozess weder direkt (durch den Erwerb des Streitobjekts) noch indirekt (durch die Vereinbarung eines Erfolgshonorars) zur eigenen Sache machen. Meines Erachtens ist es dem Rechtsanwalt auch nicht gestattet, sich zur Sicherung seiner Honoraransprüche ein Pfandrecht am Streitobjekt einzuräumen zu lassen. Erlaubt ist dem Rechtsanwalt, seine Honoraransprüche so lange zu stunden, bis der Klient zu Vermögen kommt, nur darf nicht zur Bedingung erhoben werden, dass das neue Vermögen aus einem günstigen Prozessausgang resultiere.*»; FELIX WOLFFERS, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Diss. Bern/Zürich 1986, 165, mit weiteren Ausführungen zum Verbot des Erfolgshonorars (166 f.); JAKOB FREY, Der Basler Anwaltsgebührentarif, Basel/Frankfurt am Main 1985, 40; GIOVANNI ANDREA TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des

bei ungünstigem Prozessausgang, da sie entweder vom breiten Verständnis des Prozessgewinns ausgehen oder das verpönte *pactum de palmario* auch dann erfassen, wenn es die ganze Vergütung ausmacht⁴⁸. Der Entscheid der Aufsichtskommission in ZR 1984, Nr. 7 bringt zwar den Begriff des Prozessgewinns in Übereinstimmung mit dem *pactum de quota litis*, doch definiert er den Terminus *lis* (Streitsache) und die Teilhabe daran bedeutend weiter. Auch die vorne erwähnte Honorarabrede über die Herbeiführung der verwaltungsrechtlichen Einzonung, wonach der Klient «ein Pauschalhonorar von 5 Franken pro m² eingezonten Baulandes» zahlen solle, subsumiert das Gericht unter das Verbot⁴⁹, das die Teilhabe am breit verstandenen Prozessgewinn auch «in irgendwelcher Form»⁵⁰ verbietet. Unter den so verstandenen Begriff des *lis* lässt sich aber ein Freispruch, ein Teilstreitentscheid oder

eine Reduktion einer Freiheitsstrafe um eine bestimmte Dauer problemlos einordnen – auch diese Erfolge haben einen Wert, der denjenigen einer Landeinzonung oder einer Forderungszusprechung gleichkommt⁵¹. Ein Schulterspruch kann dazu führen, dass man die Anstellung verliert, eine Busse bezahlen muss oder wegen einer Freiheitsstrafe nicht arbeiten kann. TESTA sieht noch im kantonalzürcherischen Recht kurz vor Einführung des BGFA verpönte Erfolgshonorare auch im Strafprozess und gibt folgendes Beispiel: «In einem Strafprozess verpflichtet sich der Klient zum Voraus, im Fall eines Freispruchs, seinem Anwalt nach Eintritt der Rechtskraft 20'000 Franken zu bezahlen.» In der Fussnote fügt er an, «meistens verspricht der Anwalt in solchen Fällen, für den Fall des Unterliegens gänzlich oder zumindest teilweise auf das Honorar zu verzichten.»⁵² Dies passt erstens zum vorne dargestellten Konzept des *lis*⁵³ und der Teilhabe daran, spricht zweitens für eine Anwendung auf alle strittigen Verfahren und zeigt drittens, dass die Anwaltsgesetze ein verpöntes Erfolgshonorar gemäss § 10 AG ZH auch dann bejahen, wenn es lediglich um einen Honorarverzicht im Falle des ungünstigen Prozessausgangs ging⁵⁴. Unseres Erachtens ist diese Aussage zur Interpretation des *lis* sicher gewagt, doch hält der Entscheid ZR 1984, Nr. 7 spiegelbildlich ohnehin explizit fest, dass auch ein Honorarverzicht bei negativem Verfahrensausgang unzulässig sei: «Ein von Erfolg oder Misserfolg abhängiges Honorar verstößt gegen § 10 Abs. 1 AG unabhängig davon, ob es im Rahmen des massgebenden Tarifes liegt oder nicht.»⁵⁵

Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Diss. Zürich 2001, 216 f. «Wird der Prozess gewonnen, kommt der Anwalt in den Genuss einer «Provision», verliert er den Prozess, muss er gänzlich oder zumindest teilweise auf sein Honorar verzichten. Wieso sind solche erfolgsbezogenen Honorarabreden in der Schweiz verboten?» und 218; MARTIN STERCHI, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, 33, 71 f.; vgl. WEGMANN (FN 27), 154 f.; vgl. die ausführlichen Erwägungen in ZR 1984, Nr. 7; WERNER DUBACH, Das Disziplinarrecht der freien Berufe, ZSR, Bd. 70, 1951, 1a ff., 55a ff., der im Jahr 1951 diejenigen kantonalen Gesetzesbestimmungen aufzeigt, welche ein Erfolgshonorar verbieten. Ein Verbot des Honorarverzichts bei Prozessverlust findet sich etwa im damaligen § 11 des Advokaturgesetzes von Basel-Stadt; JEAN-MARC REYMOND, Honoriare et concurrence, in: François Chaudent/Olivier Rodondi (Hrsg.), L'avocat moderne, Regards sur une profession dans un monde qui change, Mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son Centenaire, Basel 1998, 21 ff., 36 f.: «Le pactum de quota litis est prohibé de manière générale par le droit public cantonal et/ou par les usages, de même que par l'art. 11/c PLLCA. Très souvent, il est également interdit à l'avocat de renoncer à l'avance à tout ou partie de ses honoraires en cas d'issue défavorable du procès ou de se faire céder le droit litigieux.»; vgl. SJZ 1942 (39), 331 zu den Standesregeln des Bernischen Anwaltsverbandes (Unzulässigkeit, einen ungünstigen Ausgang des Prozesses von vornherein auf sich zu nehmen).

⁴⁸ Vgl. TESTA (FN 47), 218: «Der Anwalt ist hier im Gegensatz zum *pactum de quota litis* nicht anteilmässig an der streitigen Forderung seines Klienten beteiligt. Auch dieser Vergütungsmodus kann das ganze Honorar ausmachen oder zum tarifmässigen Honorar hinzutreten.»; vgl. MARC ANDRÉ JACOT, Die Kosten der Rechtsverfolgung als Schranke für den Rechtsuchenden, Diss. Zürich 1978, 106.

⁴⁹ Das Bundesgericht schützte diese Ansicht, vgl. ZR 1984, Nr. 7, E. 1c und 2, 23.

⁵⁰ Vgl. § 10 Abs. 1 des damaligen Anwaltsgesetzes: «Dem Rechtsanwalt ist untersagt, sich streitige Forderungen abtreten zu lassen oder mit seinem Auftraggeber die Abrede zu treffen, dass er im Falle des Obsieges in irgendwelcher Form am Prozessgewinn teilhabe oder einen ungünstigen Ausgang des Prozesses auf sich nehme.»; vgl. ZR 2000, Nr. 13, 35 ff., 36.

⁵¹ Dies zeigt sich auch im späteren, präzisierenden Entscheid in ZR 2000, Nr. 13, 35 ff., wobei das relevante Verfahren eine Testamentseröffnung betraf.

⁵² TESTA (FN 47), 218.

⁵³ Obwohl TESTA (FN 47), 218, dies unter das *pactum de palmario* subsumiert. Ein deutsches Formularbuch für Strafverteidiger bringt den Vermögensvorteil des Freispruchs klar zum Ausdruck: «Beide Parteien vereinbaren für dieses Strafverfahren ein Erfolgshonorar. Ein Fall der notwendigen Verteidigung liegt nicht vor. Die derzeitigen wirtschaftlichen Verhältnisse von Herrn I. lassen die Beauftragung eines Verteidigers und dessen Honorierung nur zu, wenn eine zu vollstreckende Freiheitsstrafe vermieden wird.» (STEPHAN BEUKELMANN, in: Rainer Hamm/Klaus Leipold [Hrsg.], Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 5. A., München 2010, Ziff. 8, Erfolgshonorar).

⁵⁴ TESTA (FN 47), 218.

⁵⁵ ZR 1984, Nr. 7, 17 f. und 19: «§ 10 AG bezieht sich keineswegs nur auf den Fall, dass der Rechtsanwalt bei ungünstigem Ausgang nicht nur auf sein Honorar verzichtet oder sich mit einem reduzierten Honorar begnügt, sondern sich auch noch sonst am verlorenen Streitobjekt beteiligt, z.B. die Verfahrenskosten ganz oder zum Teil übernimmt oder gar dem Klienten die Streitsumme ganz oder zum Teil bezahlt.» Vorliegend hatte Steiner mit seinem Klienten sogar vereinbart, dass er die Kosten des Rechtsmittelverfahrens über-

Das Bundesgericht schützte diese Entscheidung⁵⁶. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht eindeutig, doch zeigt sie, dass Erfolgshonorare in den meisten Kantonen *in umfassender Weise* einem Verbot unterlagen. Wenn das neue BGFA folglich kantonales Recht kodifizieren wollte, passt Teilsatz 2 von Art. 12 lit. e BGFA durchaus dazu.

DANIEL SCHWANDER kommt bei der Analyse der Entstehung des BGFA zu demselben Ergebnis, weil Teilsatz 2 auch dem Begriff des Prozessgewinns in Teilsatz 1 eine weitere Bedeutung im Sinne des positiven Verfahrensausgangs verleihe⁵⁷. Er stützt sich auch auf den unterschiedlichen, bewusst veränderten⁵⁸ und bedeutend weiteren Wortlaut der französischen Fassung: «(...) *il ne peut pas (...) passer une convention avec son client par laquelle ce dernier accepterait de faire dépendre les honoraires du résultat de l'affaire; il ne peut pas non plus s'engager à renoncer à ses honoraires en cas d'issue défavorable du procès*». Er leitet auch daraus ab, das Verbot gelte unbedingt auch bei nicht-vermögensrechtlichen Streitigkeiten⁵⁹ und bestreitet darüber hinaus im Unterschied zur h.L. die Zulässigkeit blosser Honorarerhöhungen bei erfolgreicher Anwaltstätigkeit⁶⁰.

3.4. Teleologische Auslegung

KASPAR SCHILLER argumentiert schliesslich teleologisch, indem er vorbringt, es sei kein sinnvolles Ziel ersichtlich, welches mit dem Verbot des Honorarverzichts bei Verlust jedwelcher Verfahren erreicht werden soll. Auch lasse sich kein öffentliches Interesse an dem Verbot ausmachen⁶¹. Er übt diese Kritik indes nicht nur an Teilsatz 2, sondern am gesamten Art. 12 lit. e BGFA, indem er feststellt, die Regelung trage nichts dazu bei, den Zugang zum Recht zu erleichtern⁶². Es handelt sich daher eher um eine durchaus berechtigte Kritik am Verbot des Erfolgshonorars *an sich*.

Die *ratio legis* der Norm sieht die h.L. im Schutz des Klienten vor Übervorteilung, in der Wahrung der anwaltlichen Unabhängigkeit sowie in der Wahrung des Vertrau-

ens des Publikums in die Integrität der Anwaltschaft⁶³. Die anwaltliche Unabhängigkeit und die Wahrung der Sorgfaltspflicht scheinen tatsächlich in Gefahr, wenn der Anwalt bei einem Erfolgshonorar die Prozesschancen schwinden sieht⁶⁴. Etliche Anwälte hätten nach der Mitteilung des Oberrichters, die Sache sei aussichtslos, ziemlich sicher den Mut verloren und keine Stricke mehr zerriissen. Beharrt in solchen Situationen der Klient auf der Verteidigung mit Erfolgshonorar, hätte er wohl keine sonderlich motivierte Verteidigung mehr zu erwarten. Es ist anerkannt, dass der Honorardruck eine der grössten Gefahren für die Sorgfalt und die Unabhängigkeit darstellt⁶⁵. Im vorliegenden Fall war es glücklicherweise – aber wohl auch ausnahmsweise – anders. Die gerichtlichen Widerstände haben Steiner ohne Zweifel zu Höchstleistungen animiert. Dies zeigt indes auch, dass es zwei Motive für ein Erfolgshonorar geben kann, die der Gesetzgeber unterschiedlich behandeln könnte. Geht es um den *Zugang zum Recht*, ist ein erfolgshonorierter Anwalt immer noch besser als gar keiner. Geht es lediglich um neue *Honorarformen für die Kundenakquise*, ist eher Vorsicht angezeigt.

SCHILLER hält diesem Argument entgegen, es gelte grundsätzlich die vertrags- und berufsrechtliche Sorgfaltspflicht. Überdies beschädige ein Anwalt durch eine unsorgfältige Mandatsausübung seinen Ruf. Schliesslich greife das Konfliktverbot von Art. 12 lit. c BGFA⁶⁶. SCHILLER anzufügen ist, dass beim Aufwandshonorar auch lediglich die Sorgfaltspflicht verhindert, dass der Anwalt einen zu grossen oder gar unnötigen Aufwand betreibt. Letztlich sprechen eben doch alle Argumente gegen das Verbot des Erfolgshonorars *an sich*, nicht nur gegen das Erfolgshonorar in speziellen Fällen⁶⁷.

nehmen würde, falls die Verurteilung Bestand haben sollte (vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 2. Dezember 2010, ZR 2011, Nr. 16, 29, E. 6).

⁵⁶ Entscheid des Bundesgerichts, II. Öffentlichrechtliche Abteilung, 13. April 1983, ebenfalls in ZR 1984, Nr. 7, 22 f., E. 2.

⁵⁷ SCHWANDER (FN 26), 592 und dort auch Fn. 39.

⁵⁸ SCHWANDER (FN 26), 595.

⁵⁹ SCHWANDER (FN 26), 592 und 595.

⁶⁰ SCHWANDER (FN 26), 590 ff.

⁶¹ SCHILLER, Erfolgshonorare nach BGFA (FN 22), 47 f.

⁶² SCHILLER, Erfolgshonorare nach BGFA (FN 22), 44 f.

⁶³ SCHILLER, Erfolgshonorare nach BGFA (FN 22), 43, m.w.H.; so zuvor bereits HANS NATER, Das Verbot des Erfolgshonorars – Verhinderung des Zugangs zum Recht?, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2008, Zürich 2008, 27 ff., 34 f.

⁶⁴ Vgl. BOHNET/MARTENET (FN 20), N 1592 f.

⁶⁵ Vgl. URS BERTSCHINGER, Honorardruck und Unabhängigkeit der Revisionsstelle, AJP/PJA 2013, 16 ff., 19, zum vergleichbaren Beispiel der Revisionsgesellschaften, für die Art. 728 Abs. 2 Ziff. 6 OR auch Einschränkungen bei der Honorarvereinbarung vorsieht.

⁶⁶ SCHILLER, Erfolgshonorare nach BGFA (FN 22), 47 f.

⁶⁷ Vgl. dazu die Argumentation des deutschen Bundesverfassungsgerichts, wonach die verschiedenen Formen der Erfolgshonorare keine unterschiedliche Behandlung rechtfertigten, BVerfG, Beschluss vom 12. Dezember 2006–1 BvR 2576/04 BVerfG, NJW 2007, 979 ff., 985, N 108.

3.5. Würdigung

Problematisch erscheint, dass SCHILLER sein teleologisches Argument der Nichterfüllung des Normzwecks gegen beide Teilsätze richtet, jedoch nur bei Teilsatz 2 den Schluss zieht, dass die Norm deshalb nicht gelte. Damit verliert die teleologische Argumentation an Durchschlagskraft. Übrig bleiben der Wortlaut und die systematischen und historischen Überlegungen, die für ein umfassendes Verbot sprechen. Eine grundsätzliche Kritik am Verbot des Erfolgshonorars ist unseres Erachtens angebracht⁶⁸. Dennoch vermag SCHILLERS Lösung der schlichten Nichtanwendung nicht zu überzeugen. Ist der Wortlaut derart klar und passt die *grundsätzlich zweifelhafte ratio legis* der Verbote auch auf den vorliegenden Fall, so können Lehre und Rechtsprechung einer missliebigen Norm nicht einfach mit blosser Nichtbeachtung begegnen. Deren Anwendung auf den vorliegenden Fall verursacht dennoch ein ungutes Gefühl. Kann man die Norm nicht durch Auslegung «geradebiegen», drängt sich eine Gesetzesänderung auf. Eine denkbare Lösung wäre *de lege ferenda* die generelle Zulassung des Erfolgshonorars, doch gibt es auch Zwischenlösungen. Der Bruno Steiner-Fall würde in Deutschland wohl elegant unter § 4a Abs. 1 Satz 1 RVG⁶⁹ als ausnahmsweise zulässiges Erfolgshonorar fallen: «*Ein Erfolgshonorar (...) darf nur für den Einzelfall und nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Be trachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde.*» Diese Formulierung ist insofern gegückt, als sie nicht an der Mittellosigkeit anknüpft, sondern an der Abhaltung vor

der Rechtsverfolgung, was auch für vermögende Personen zutreffen kann⁷⁰. Dies wäre auch für die Schweiz ein gangbarer Kompromiss, der indes ebenso einer Gesetzesänderung bedürfte.

4. Fazit

Wer als Anwalt nur die Prozessentschädigung als Entlohnung vorsieht, vereinbart ein Erfolgshonorar. Die gegen seitige Argumentation der Zürcher Aufsichtskommission überzeugt nicht. Ein Verstoss gegen Art. 12 lit. e BGFA liegt wohl nach dem Wortlaut und der historischen Auslegung auch vor. Auch die teleologische Auslegung führt zur Bejahung eines Verstosses, *so man deren Prämissen akzeptiert und möglichst nicht hinterfragt*. Es bleibt aber ein ungutes Gefühl, weil man Steiner ausserhalb des nackten Gesetzesverstosses keinerlei Vorwurf machen kann und der Lehrling ohne ihn nicht den Hauch einer Chance gehabt hätte. Der Fall zeigt, dass das Gesetz unglückliche Konsequenzen zeitigen kann, denen der Gesetzgeber mit *zwei Lösungen* begegnen könnte. Die *erste* Lösung könnte darin liegen, das Erfolgshonorar grundsätzlich zuzulassen und den wenig nachvollziehbaren Differenzierungen dadurch den Boden zu entziehen. Die *zweite*, mildere Variante besteht in der Schaffung einer Norm, die dem deutschen § 4a RVG entspricht.

⁶⁸ Vgl. nur ARNOLD F. RUSCH, Cross ticketing, cross border selling und hidden city ticketing bei Flugreisen, Jusletter, 15. Oktober 2012, N 19 und ARNOLD F. RUSCH, Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman, Jusletter, 28. März 2011, N 32; vgl. LEANDRO PERUCCHI, Class actions für die Schweiz, AJP/PJA 2011, 489 ff., 502 f.; vgl. ANDREA SCHÜTZ, Anwaltswerbung in der Schweiz – UWG als Alternative zu Art. 12 lit. d BGFA? Diss. Zürich 2010, 246 f.

⁶⁹ § 4a RVG ist die Reaktion des Gesetzgebers auf die Aufforderung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, eine grundgesetzkonforme Regelung des Erfolgshonorarverbots zu erlassen. Das Bundesverfassungsgericht sah im starren Verbot des Erfolgshonorars einen Verstoss gegen Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit), indem es die Berufsfreiheit der Anwälte auch unter dem Aspekt des Zugangs zum Recht und zur prozessualen Waffengleichheit auslegte; vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Dezember 2006–1 BvR 2576/04 BVerfG, NJW 2007, 979 ff., 983 f., N 100–105 und NATER (FN 63), 30 f.; es gibt sogar schon Musterformulare für Erfolgshonorare in der Strafverteidigung (vgl. BEUKELMANN [FN 53], Ziff. 8 Erfolgs honorar).

⁷⁰ Vgl. CHRISTOPH HAMM, in: Hans-Ulrich Büchting/Benno Heussen (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. A., München 2011, § 50 N 52; vgl. BT-Drucksache 16/8916, 14.