

Kostenvoranschläge zum Anwaltshonorar

PD Dr. iur. Arnold F. Rusch, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

Kostenvoranschläge sind in der anwaltlichen Beratung von zunehmender Bedeutung. Während Kostenschätzungen beim werkvertraglichen Bauen im Gesetz und in der Judikatur eine umfassende Regelung erfahren haben, ist deren Behandlung bei der auftragsrechtlichen Anwaltstätigkeit wenig geklärt. Der Autor beleuchtet die Frage, nach welchen Kriterien eine Schätzung des anwaltlichen Honorars zu beurteilen ist und ob im Auftragsrecht allenfalls Faustregeln des Werkvertragsrechts angewendet werden könnten. Er verneint deren Tauglichkeit für Kostenschätzungen in der anwaltlichen Beratung.

L'estimation préalable des honoraires prend une importance croissante dans l'activité de conseil des avocats. Alors que le devis estimatif du contrat d'entreprise en matière de construction a fait l'objet d'une réglementation précise dans la loi et à travers la jurisprudence, l'estimation des coûts pour l'activité de l'avocat mandataire n'a pas été traitée de manière aussi approfondie. L'auteur examine la question de savoir sur la base de quels critères il faut estimer les honoraires d'avocat et s'il est possible de s'inspirer, pour le contrat de mandat, des règles essentielles du contrat d'entreprise. Il rejette toutefois l'idée que les critères soient adéquats.

SJZ 2013, 541 ff.

I. Problemstellung

Der Anwalt muss den Klienten über die voraussichtliche Höhe des Aufwandshonorars aufklären.¹ Wenn ein Anwalt für den Klienten eine Schätzung des Aufwandshonorars vornimmt, liegt dann in werkvertraglicher Diktion ein *circa-Preis* oder ein *ungefährer Kostenansatz* vor? Beim ungefähren Kostenansatz und beim *circa-Preis* erfolgt die Vergütungsbemessung grundsätzlich nach dem Aufwand (Art. 374 OR). Der ungefähre Kostenansatz berechtigt bei Kostenüberschreitungen zum Rücktritt oder zur Honorarreduktion (Art. 375 OR), während beim *circa-Preis* ausserhalb der tolerierten Bandbreite das Regime des Art. 373 OR gilt.² Diese Frage blendet indes die wichtigere Vorfrage aus, ob die werkvertraglichen Normen oder die dazu entwickelten Faustregeln beim Auftrag überhaupt analog anwendbar sind. Der Vertrag mit dem Anwalt fällt zumeist unter den Auftrag. Angesichts des unterschiedlichen Konzepts von Werkvertrag und Auftrag ist es durchaus fraglich, ob die Wertungen des Werkvertrags auch auf den Auftrag passen.

II. Kasuistik

Die nachfolgenden Fälle, die nicht das Anwaltsrecht betreffen, dienen als Grundlage der anschliessenden Diskussion.

¹ Vgl. François Bohnet/Vincent Martenet, Droit de la profession d'avocat (2009) N 1777, Walter Fellmann, Anwaltsrecht (2010) N 440 f., BGFA-Walter Fellmann, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz (2011), BGFA 12 N 170 und 170a, CR-Michel Valticos, in: Michel Valticos/Christian M. Reiser/Benoît Chappuis (Hrsg.), Loi sur les avocats, Commentaire romand (2010, zitiert: CR-Verfasser) LLCA 12 N 275, Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht (2009) N 1623; vgl. ZR 1994 Nr. 86, 264 ff., 264, 267 und ATA A/393/03 du 18 mai 2004, décision du 9 décembre 2002, cause 16/00, in SJ 2007 II 287; zur Aufklärungspflicht über die Kosten als generelle Pflicht des Beauftragten vgl. Philipp Gmür, Die Vergütung des Beauftragten (Diss. 1994) = Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz; Band 136, N 83 und Peter Derendinger, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages (Diss. 1988) = Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 87, N 393; vgl. zur identischen Rechtslage bei den Architekten Urteil BGer 4C.424/2004, E. 3.

² Vgl. CHK-Roland Hürlimann/Thomas Siegenthaler, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (2. A. 2012) OR 374 N 1, 1a und OR 375 N 1.

A. Analogie zum Werkvertragsrecht

Die Zuger Justizkommission hat mit Entscheid vom 30. September 2010 einen Kostenvoranschlag einer Gerichtsgutachterin dem Auftragsrecht zugeordnet, die Frage der Kostenschätzung indes analog zum Werkvertrag gelöst.³ Beim Gutachten ging [SJZ 2013, 541/542] es um die Verkehrswertschätzung verschiedener Liegenschaften und Beteiligungen im Rahmen eines Scheidungsverfahrens mit einem Kostendach von Fr. 20'000. Die Gutachterin teilte dem Gericht schon bald mit, dass sich die Kosten auf Fr. 40'000-50'000 belaufen würden und verlangte einen weiteren Kostenvorschuss von Fr. 30'000 zu den bestehenden Fr. 20'000. Beide Male erfolgte die Bezahlung. Als die Gutachterin „wegen unvermeidbaren Mehrkosten“ zu den bestehenden Fr. 50'000 weitere Fr. 45'000 verlangte, platzte dem Beschwerdeführer der Kragen. Das Gericht erinnerte an die werkvertraglichen Faustregeln, wonach der Besteller beim unverbindlichen Kostenansatz eine erste Kostensteigerung um 10-20% selber tragen müsse und vom darüber hinausgehenden Teil die Hälfte.⁴ Ein Rücktritt kam nicht in Frage, was aufgrund des fehlenden Bodenbezugs und des ebenso fehlenden Werkvertrags zur *doppelt analogen* Anwendung des Art. 375 Abs. 2 OR – oder nach anderer Lesart zur blossen Anwendung der dazu existierenden Faustregeln⁵ – führte.⁶ *Schadenersatz* aufgrund des falschen Kostenvoranschlages war in diesem Entscheid kein Thema.

B. Kostenschätzung als Teil der Sorgfaltspflicht

Das Bundesgericht hat mehrere Kostenschätzungen dem Auftragsrecht zugeordnet. Es ging dabei auch auf den Unterschied zum Werkvertrag ein. Es hielt bei einem Architektenauftrag zur Planung eines Hauses inklusive Kostenschätzung fest, dass die Anwendung werkvertraglicher Regeln wegen des nicht garantiefähigen Resultats nicht in Frage komme, da es um die Schätzung nicht der *eigenen* Kosten, sondern derjenigen *Dritter* gehe.⁷ Es beurteilte die Klage als *Schadenersatzanspruch* und nicht als *Honorarreduktion*. Das blosses Faktum der Kostenüberschreitung ist dabei noch nicht haftungsbegründend, sondern erst die *Sorgfaltspflichtverletzung*, die den Beauftragten zu einer zu tiefen Schätzung geführt hat.⁸ Dafür besteht gemäss Bundesgericht ein *Anscheinsbeweis*, sofern die Kostenüberschreitung um mehr als 10% erfolgt.⁹ Bewegt sich die Kostenüberschreitung innerhalb dieses Rahmens, kann der Bauherr immer noch beweisen, dass nicht die generelle Unsicherheit der Prognose, sondern Einschätzungsfehler zur Kostenüberschreitung führten.¹⁰ Übersteigt der Betrag die Toleranzgrenze, so kann der Architekt zeigen, dass er die Schätzung sorgfältig vorgenommen hat und die Überschreitung ohne sein Verschulden eingetreten ist. Den Schaden bezeichnete das Bundesgericht als „Vertrauensschaden“. Voraussetzung dafür ist, dass der Bauherr im Wissen um die Kostenüberschreitung eine billigere Variante gewählt oder andere kostensparende Massnahmen getroffen hätte. Die Scha-

³ ZG GVP 2011, 292 f., E. 4.3.3; *Franz Werro*, Le mandat et ses effets (Habil. 1993) = Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg Suisse, Band 128, N 759, befürwortet die analoge Anwendung des Werkvertragsrechts.

⁴ Vgl. ZG GVP 2011, 292 f., E. 4.3.3; vgl. die Zusammenfassung der Faustregeln bei *Hubert Stöckli*, Toleranzgrenze bei "Überschreitung des Kostenansatzes" (Art. 375 OR): zwei Faustregeln und ihre Relativierung, BR 2011 190 f.

⁵ Vgl. dazu *Stöckli* (Fn. 4) BR 2011 191; vgl. *Werro* (Fn. 3) N 759; vgl. ZG GVP 2011 292 f.

⁶ Vgl. dazu *Stöckli* (Fn. 4) BR 2011 191; auch beim werkvertraglich erfassten Gutachterauftrag in Urteil BGer 4A_15/2011, E. 2.1 kam Art. 375 Abs. 2 OR ohne Bodenbezug zur Anwendung.

⁷ Vgl. BGE 134 III 361 ff., 365 = Pra 98 (2009) Nr. 8, 58, E. 6.2.3; vgl. *ZK-Theodor Bühler*, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR (3. A. 1998) OR 375 N 12; vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 1972 - VII ZR 50/72 in NJW 1973 140 ff., 140 f.

⁸ Vgl. Urteil BGer 4C.424/2004, E. 3.2.

⁹ Vgl. Urteil BGer 4C.424/2004, E. 3.2.2.1 und 3.2.2.2. Diese Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis gilt nur, wenn die Parteien die Toleranzgrenze nicht etwa als *Haftungsgrenze* vereinbart haben. Der Beauftragte muss den Auftraggeber über die Genauigkeit seines Gutachtens grundsätzlich aufklären, vgl. *Walter Fellmann*, Haftung für falsche Kostenschätzung, in: Alfred Koller (Hrsg.), Recht der Architekten und Ingenieure, St. Galler Baurechtstagung 2002, 211 ff., 236 ff.; vgl. Urteil BGer 4C.424/2004, E. 3.2.1, wobei das Bundesgericht eine Toleranzgrenze auch ohne Abmachung berücksichtigt (E. 3.2.2), so auch in BGE 119 II 249 ff., 252 und Urteil BGer 4C.71/2003, E. 3; vgl. zur Toleranzgrenze allgemein *Hannes Zehnder*, Über Prognosen, Toleranzen und die Haftung der Architekten, BR 2010 48 ff., 49 und *Fellmann* (Fn. 9) 230 ff.

¹⁰ Vgl. Urteil BGer 4C.424/2004, E. 3.2.2.1 und 3.2.2.2.

densermittlung gemäss Differenzhypothese berücksichtigt den Mehrwert der erstellten Baute nach dem subjektiven Interesse des Bauherrn.¹¹

C. Kostenkontrolle als Teil der Sorgfaltspflicht

Die Verletzung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht muss nicht unbedingt die *Schätzung*, sondern kann auch die *Kostenkontrolle* betreffen.¹² Die Kostenkontrolle kann *eigene* oder *fremde* Kosten betreffen. Im Sachverhalt des Urteils BGer 4C.463/2004 hätte der Anwalt seinen Klienten informieren müssen, sobald *aufgrund seiner eigenen Tätigkeit* wieder Fr. 3'000 Honorar aufgelaufen sind. Der Auftraggeber konnte beweisen, dass [SJZ 2013, 542/543] die Meldung unterblieb. Das Gericht würdigte dies als Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht.¹³ Dies hat mit dem Kostenvoranschlag direkt nichts zu tun. Wichtig für die vorliegende Frage ist aber dennoch, wie sich der Auftraggeber verhalten hätte, wenn er um die zwischenzeitlich aufgelaufenen Kosten gewusst hätte. Bezüglich der Folgen und deren hypothetischer Kausalität zur unterlassenen Meldung misslang der Beweis. Der Auftraggeber erachtete den Widerruf des Mandats lediglich als möglich, was für die Feststellung eines Schadens nicht genügte. Das Bundesgericht schützte den Entscheid der Vorinstanz, den *objektiven Wert* der anwaltlichen Leistung nach dem Anwaltstarif festzusetzen.¹⁴

III. Rein auftragsrechtliche Einordnung

Ist es richtig, die Kostenschätzung der *eigenen* Auftrags Tätigkeit analog den werkvertraglichen Regeln zuzuordnen, während die Schätzung und Kontrolle der *fremden* Tätigkeit einzig der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht unterliegt? Es wäre denkbar, auch auf die eigene Kostenschätzung ausschliesslich Auftragsrecht anzuwenden. Die oben erwähnte, architekturerechtliche Kasuistik lässt sich auf die Anwaltstätigkeit übertragen. Es ist denkbar, dass ein Klient einen Anwalt mit einem rechtlichen Problem aufsucht, für dessen Behandlung der Anwalt eine Schätzung abgibt, wozu er standes- und auftragsrechtlich sogar gehalten ist.¹⁵

Als vorvertragliche Pflicht und auch als vertragliche Nebenpflicht des Auftrags richtet sich die Schätzung der eigenen Kosten nach der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR). Das Bundesgericht geht davon aus, dass die Schätzung fremder Kosten objektiv nicht garantiefähig sei.¹⁶ Die Schätzung eigener Kosten für eine objektiv nicht garantiefähige Tätigkeit kann folglich auch nicht garantiefähig sein. Bei vorvertraglichen Pflichten sind die Grundsätze der *culpa in contrahendo* anwendbar. In den hier interessierenden Fällen, in denen die Parteien stets einen Vertrag geschlossen haben, ersetzt die vertragliche Haftung die *culpa in contrahendo*.¹⁷ Was man vor Vertragsschluss schuldhaft mitzuteilen versäumt oder falsch mitgeteilt hat, setzt sich als Verletzung der auftragsrechtlichen Treue- oder Sorgfaltspflicht fort. Der Beauftragte kann und muss dies nach Vertragsschluss weiterhin richtig stellen. Der Auftraggeber soll deshalb wie bei der Vertragsverletzung so gestellt werden, *wie wenn der Beauftragte richtig informiert hätte*.¹⁸ Dies entspricht dem positiven Interesse, auch

¹¹ Vgl. BGE 119 II 249 ff., 252 f. und Urteil BGer 4C.71/2003, E. 3; vgl. *Peter Gauch*, Überschreitung des Kostenvoranschlages - Notizen zur Vertragshaftung des Architekten (oder Ingenieurs), BR 1989 79 ff., 85.

¹² Vgl. *Zehnder* (Fn. 9) BR 2010 48 (re Schätzung, Urteil BGer 4C.424/2004) und 51 (re Kontrolle, Urteil BGer 4A_187/2009).

¹³ Urteil BGer 4C.463/2004, E. 2.1.

¹⁴ Urteil BGer 4C.463/2004, E. 2.4.2 f.

¹⁵ Vgl. die Angaben vorne, Fn. 1.

¹⁶ Vgl. BGE 134 III 361 ff., 365 = Pra 98 (2009) Nr. 8, 58, E. 6.2.3, m.w.H.; vgl. *Fellmann* (Fn. 9) 226 f. und *Pascal Pichonnaz*, Le dépassement des coûts devisés, in: Olivier Guillod/Christoph Müller (Hrsg.), *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux*, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner (2011), 483 ff., 489 f.

¹⁷ Vgl. *Iole Fagnoli*, *Culpa in contrahendo* im „Dornröschenschlaf“? SJZ 2011, 173 ff., 176, m.w.H. und *Rainer Gonzenbach*, *Culpa in contrahendo* im schweizerischen Vertragsrecht (Diss. 1987) = ASR Band 510, 49 ff., 58 f.

¹⁸ Vgl. *Sandro Abegglen*, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft (Bern 1995), 85 (zur Unterscheidung zwischen pos. und neg. Interesse: „*Da sich das positive Interesse auf den Vermögenszustand richtet, der bei gehöriger Erfüllung der Aufklärungspflichten bestehen würde, dieser Zustand aber darin besteht, dass ein bestimmtes Rechtsgeschäft (...) nicht vorge-*

wenn es dazu führt, dass man das Mandat bei richtiger vorvertraglicher Information gar nicht abgeschlossen hätte – was vordergründig nach negativem Interesse klingt.¹⁹ Dass das positive Interesse zutreffend ist, zeigt sich bei einer Beratung, die zu Vertragsschlüssen mit Dritten führt, also beispielsweise beim bauleitenden Architekten. Bei richtiger Schätzung hätte der Auftraggeber die empfohlenen Verträge mit Dritten nicht abgeschlossen. Deshalb muss der Beauftragte den Auftraggeber mit Schadenersatz im positiven Interesse so stellen, wie wenn der Mandant die empfohlenen Verträge mit Dritten nicht geschlossen hätte. Wäre es das negative Interesse aus dem Auftrag, müsste er auch das Honorar zurückerstatten und den Vertrag rückabwickeln.²⁰

Zwei Folgen einer unterbliebenen Schätzung, einer sorgfaltswidrig zu tiefen Schätzung oder einer Schätzung ohne Aufklärung über deren Genauigkeitsgrad sind denkbar. *Erstens* hätte der Auftraggeber gestützt auf [SJZ 2013, 543/544] die richtige Prognose Einsparungen vornehmen oder Mehrausgaben vermeiden können. Dies wäre ein Schaden im Sinne der Differenztheorie.²¹ *Zweitens* hätte der Auftraggeber das Mandat auch beenden können. Die Beendigung nach Art. 404 Abs. 1 OR ist immer möglich, sofern das Mandat durch den erzielten Erfolg nicht ohnehin schon geendet hat. Dabei bleibt ein Honoraranspruch für die bisher geleistete Arbeit bestehen. Dies deckt sich nicht mit der werkvertraglichen Rechtslage, die in Art. 375 Abs. 1 OR ein Rücktrittsrecht ohne Zahlung vorsieht.²² Diese Lösung ist bei der auftragsrechtlichen Anwaltstätigkeit kaum denkbar.²³ Im Entscheid der Zuger Justizkommission kam eine andere Lösung zustande, indem Art. 375 Abs. 2 OR auch ohne *Bodenbezug* zur Anwendung gelangte.²⁴ Dies führte zu einer Honorarreduktion nach den oben beschriebenen, werkvertraglichen Faustregeln. Eine *auftragsrechtliche* Honorarkürzung lässt sich aber problemlos *de facto* und *de iure* begründen. Damit befassen sich die nachfolgenden Erwägungen.

A. Honorarkürzung *de iure* und *de facto*

Eine *de facto*-Honorarkürzung könnte sich bedeutend realitätsnäher und exakter durch Gegenüberstellung und Verrechnung der Honorarforderung mit dem Schadenersatzanspruch ergeben. Zur Erläuterung dieser Idee mag ein Entscheid des OLG München dienen.²⁵ Es ging um die Beratung eines Ehepaars und um die Erstellung eines Testamentsentwurfs, der insbesondere ein Aktienpaket im Wert von DM 71 Mio. betraf. Der Anwalt ging auf die Frage nach einem Kostenvoranschlag nicht ein und wendete den pauschalen Anwaltshonoraranspruch aufgrund des Beratungsgegenstandes an, was ein Honorar von DM 197'250,81 ergab. Die Eheleute konnten aber beweisen, dass sie bei richtiger Kostenaufklärung nur ein Aufwandshonorar von höchstens DM 500/h für höchstens 20 Stunden gewählt hätten, was mit Steuern einem Betrag von DM 11'600 entspricht. Der Schaden aus der Aufklärungsverletzung ist die Differenz zwischen dem in Rechnung gestellten Betrag und dem vorgestellten Betrag (DM 197'250,81 – DM 11'600 = DM 185'650,81), den das Ehepaar mit dem vollen Honoraranspruch

nommen worden wäre, stimmen positives und negatives Interesse überein.“) und 85 ff., 137 (Bejahung des Integritätsinteresses); vgl. BGE 124 III 155 ff., 165 f.; das positive Interesse bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten bejahen Urteil BGE 4A_513/2010, E. 7.4.1 und CR-Luc Thévenoz, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, art. 1-529 CO (2. A. 2012, zit. CR-Verfasser) OR 97 N 35.

¹⁹ Vgl. Abegglen (Fn. 18) 85.

²⁰ Vgl. CR-Thévenoz (Fn. 18) OR 97 N 35 und Heinrich Honsell, Obligationenrecht, Besonderer Teil (9. A., 2010) 310. Deshalb sprechen die deutschen Gerichte auch von Naturalrestitution und nicht von Rückabwicklung, wenn Banken die aus fehlerhafter Beratung gekauften Wertpapiere in die eigenen Bücher nehmen und dafür bezahlte Kaufpreise gutschreiben, vgl. LG Frankfurt a.M., Urteil vom 22. Dezember 2009 - 2/17 O 18/09, BeckRS 2010 22343, E. I, m.w.H.

²¹ Lehre und Rechtsprechung gewähren beim auftragsrechtlichen Schadenersatz den so genannten Vertrauensschaden, vgl. Urteil BGE 4C.424/2004, E. 3.2, m.w.H.; vgl. Pichonnaz (Fn. 16) 491 und Zehnder (Fn. 9) BR 2010 52; diese Terminologie ablehnend Honsell (Fn. 20) 310.

²² Vgl. ZK-Bühler (Fn. 7) OR 375 N 29.

²³ Vgl. Franz Schenker, Gedanken zum Anwaltshonorar, in: Walter Fellmann et al. (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, 143 ff., 159.

²⁴ Zuger Justizkommission, Urteil vom 30. September 2010 in GVP 2011, 292 f., E. 4.3.3; vgl. dazu Stöckli (Fn. 4) BR 2011 191.

²⁵ OLG München, Urteil vom 11. Februar 2009 - 3 U 3253/04 in BeckRS 2011, 26462, E. 4.b.cc; vgl. die Erwähnung dieses Ansatzes in BGE 124 III 423 ff., 426 f. und BGE 127 III 543 ff., 545 f.

verrechnet.²⁶ Im Ergebnis mussten die Eheleute nur den von ihnen vorgestellten Betrag zahlen. Ob der Kostenvoranschlag pflichtwidrig gänzlich *unterbleibt oder einfach nur fehlerhaft* erfolgt, spielt für die rechtliche Würdigung keine Rolle. Ebenso unerheblich ist die Frage, ob die Schätzung *eigene oder fremde* Kosten betrifft.

Die auftragsrechtliche Honorarminderung ist indes auch *direkt* möglich. Kann der Auftraggeber keinen Schaden beweisen oder erhält er keinen Schadenersatz, so kann er als Alternative zum Schadenersatzanspruch auf eine auftragsrechtliche Reduktion des Honorars *ohne Verschuldenserfordernis* (strittig) hinwirken.²⁷ Die Reduktion richtet sich nur auf den Teil des Honorars, der die mangelhafte Tätigkeit abdeckt.²⁸ Bei einer schlechten Schätzung wäre dies der Teil des Honorars, der bei der Schätzung des Honoraraufwands entsteht. Es dürfte sich dabei nur um einen geringen Teil des Anwaltshonorars handeln, doch [SJZ 2013, 544/545] wäre dies für den Anwalt nicht unbedingt vorteilhaft, weil Versicherungen für *Schadenersatz* aufkommen, nicht aber für *Honorarreduktionen*.²⁹ Geht es um grössere Summen, weil sich der Auftraggeber bei richtiger Schätzung anders verhalten hätte, indem er vielleicht auf den Prozess, Teile davon oder auf Parteigutachten verzichtet hätte, muss er dies mit dem Schadenersatzanspruch geltend machen.

Das Verhältnis zwischen Schadenersatz und Honorarminderung beim Auftragsrecht ist durch das *Äquivalenzprinzip* beherrscht. Erhält der Auftraggeber Schadenersatz im positiven Interesse, ist für eine Honorarminderung kein Raum. Das positive Interesse stellt den Auftraggeber so, wie wenn der Beauftragte richtig erfüllt hätte. Hätte er richtig erfüllt, dürfte er auch das Honorar vollumfänglich beanspruchen. Dies ergibt sich aus dem Gedanken von Art. 397 Abs. 2 OR.³⁰ Aus diesem Gedanken lässt sich ein *Vorrang des Schadenersatzanspruchs vor der Honorarreduktion* ableiten. Dieser Vorrang ergibt sich auch aus der fehlenden Erfassung der Reduktion im Gesetz und der Entstehung des Honoraranspruchs durch *Vertrag* und nicht durch *richtige Erfüllung*.³¹ Anders würden sich Schwierigkeiten ergeben – ein Schaden *könnte* in vielen Fällen nicht vorliegen, weil man das übermässige Honorar gar nicht schuldet. Deshalb ist die Honorarreduktion nur dann angezeigt, wenn trotz Schlechterfüllung kein Schaden vorliegt oder kein Schadenersatzanspruch im positiven Interesse gegeben ist, der Auftraggeber also wertmässig und tatsächlich nicht so gestellt ist, wie wenn der Beauftragte richtig erfüllt hätte.³²

Auch für den eingangs erwähnten Fall des Kostenvoranschlags für die gerichtliche Verkehrswertschätzung von Vermögenswerten wäre diese Lösung passend. Die massive Diskrepanz zwischen der ursprünglichen Schätzung (Fr. 20'000) und der letzten Schätzung (Fr. 95'000) bildet den Anscheinsbe-

²⁶ OLG München, Urteil vom 11. Februar 2009 - 3 U 3253/04 in BeckRS 2011, 26462, E. 4.b.cc; vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2009 - IX ZR 135/08 in NJOZ 2010, 2018; vgl. BGH, Urteil vom 13. März 1980 - III ZR 145/78 in NJW 1980 2128 ff., 2130, E. II.1; vgl. BGH, Urteil vom 29. April 1963 - III ZR 211/61 in NJW 1963 1301 ff., 1302 f.; in der Schweiz hat BGE 108 II 59 ff., 64, E. 4, das Arzthonorar für die Operation als Schaden betrachtet, weil der Arzt nicht richtig über die Operation aufgeklärt hat; vgl. dazu *Gmür* (Fn. 1) N 456 und *Derendinger* (Fn. 1) N 384.

²⁷ *Thomas Grieder*, Schadenersatz und Honorarreduktion – Eine praktische Abgrenzungsproblematik im Auftragsrecht am Beispiel des Zahnarztvertrages, AJP 2008 1509 ff., 1515; a.M. *Werro* (Fn. 3) N 1067, *Derendinger* (Fn. 1) N 448 und *CHK-Carole Gehrer/Gion Giger*, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (2. A. 2012) OR 394 N 31, die die Honorarreduktion nur bei Verschulden zulassen. Die Frage ist indes missig, denn eine Verletzung der vertraglich geschuldeten Sorgfalt erfolgt wohl immer verschuldet; zur Gerichtspraxis der Honorarreduktion vgl. BGE 124 III 423 ff., 426 f.

²⁸ Vgl. *BSK-Rolf H. Weber*, in Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, (5. A. 2011, zit. *BSK-Verfasser*) OR 394 N 43: „(...) im Falle der Verletzung oder Schlechterfüllung des Auftrags besteht somit nur für diejenigen Tätigkeiten ein Honoraranspruch, welche vertragskonform ausgeführt worden sind (...)“.

²⁹ Vgl. *Derendinger* (Fn. 1) N 375, 384 und dort Fn. 43; vgl. *Grieder* (Fn. 27) AJP 2008 1514.

³⁰ Vgl. *Derendinger* (Fn. 1) N 446; vgl. BGE 124 III 423 ff., 426 f.; vgl. SJ 1987, 254 ff., 256; a.M. *Hannes Zehnder*, Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlags (Diss. 1994) = Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Band 126, N 359.

³¹ Vgl. *Gmür* (Fn. 1) N 247, 251, 485.

³² Vgl. *Derendinger* (Fn. 1) N 440 ff., 446 ff. Das Gegenteil – der Vorrang der Honorarreduktion – liesse sich aus der analogen Anwendung des Art. 402 Abs. 1 OR ableiten, weil der Honoraranspruch dann gar nicht entsteht („...die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, ...“); dazu vertieft *Gmür* (Fn. 1) N 485, speziell Fn. 53.

weis einer Sorgfaltspflichtenverletzung.³³ Das Verschulden wird vermutet, doch dürfte auch ohne Vermutung der Beweis nicht schwer fallen. Kann der Auftraggeber zeigen, dass er bei richtiger Aufklärung einen anderen Schätzer für Fr. 20'000 beauftragt oder Teile des Gutachtens nicht verlangt hätte, bilden diese verpassten Einsparungen den Schaden. Kann er dies nicht belegen, weil er sich nicht anders verhalten hätte, oder weil den Beauftragten kein Verschulden trifft, ist eine Kürzung des Honorarteils möglich, der die *Schätzung der Schätzung* betrifft, also den Kostenvoranschlag der Verkehrswertschätzung. Wenn das Gericht die werkvertraglichen Faustregeln im Endurteil zum Scheidungsverfahren anwenden will, zeigt sich, dass sie nicht passen. Weshalb sollte man 10% noch durchgehen lassen und die Hälfte aufteilen? Der Honorarbetrag von Fr. 22'000 ginge noch durch. Der Auftraggeber müsste von der Differenz zu Fr. 95'000 auch noch die Hälfte tragen, also Fr. 36'500. Das macht total Fr. 58'500. Da ein zumindest vermutetes Verschulden besteht, wäre dies stark unbillig. Verneint man ein Verschulden, wendet sich das Blatt, weil dadurch Schadenersatz ausser Frage steht. Nur die *Schätzung der Kosten der Schätzung* wäre dann völlig unbrauchbar. Der Auftraggeber könnte das Honorar dafür verweigern, nicht aber für die Schätzung des Verkehrswerts als solche. Angesichts der massiven Diskrepanz liegen Vertragsverletzung und Verschulden aber offen auf der Hand. Dies gilt auch klar für das Alternativverhalten des Auftraggebers, hätte er um die Kostenüberschreitung gewusst. Das Gericht wusste um die berichtigten Kostenvoranschläge und hätte sich folglich von diesem Moment an anders entscheiden müssen. Wenn es im Wissen um die massiven Kostenüberschreitungen weiter schätzen lässt, ohne den Vertrag zu beenden oder Kürzungen vorzunehmen, soll ihm nur die oben beschriebene, geringfügige Honorarreduktion offen stehen.

Wie verhält es sich, wenn der Anwalt *vorsätzlich* eine zu tiefe Kostenschätzung abgibt? Diesen Fall könnte man mit den Regeln der Mentalreservation behandeln. Die Mentalreservation ist unbeachtlich – auch wenn sie der Klient erkannt hat!³⁴ Der schätzende Anwalt ist dann auf seiner zu tiefen Schätzung zu behaften, auch wenn der Auftraggeber kein Alternativverhalten beweisen kann. [SJZ 2013, 545/546]

B. Diskussion der auftragsrechtlichen Lösung

1. Keine Voraussetzungen für den Widerruf

Die analoge Anwendung der werkvertraglichen Normen und der dazu entwickelten Faustregeln klingt zwar verlockend und einfach, steht aber auf einem *wackligen Fundament*. Die als Faustregel bestehende Toleranzgrenze von 10% zu Art. 375 Abs. 1 OR soll beim Werkvertrag den Rücktritt ermöglichen. Die Kostenüberschreitung gegenüber dem Kostenvoranschlag von mehr als 10% rechtfertigt dies regelmässig. Schon hier gilt im Auftragsrecht ein anderes Regime. Das Auftragsrecht geht von der jederzeitigen, grundlosen Kündbarkeit aus (Art. 404 OR), bei der die Pflicht zur Zahlung des bisher aufgelaufenen Honorars weiterbesteht. Das Auftragsrecht zeigt deshalb ähnliche Züge zur Regelung in Art. 375 Abs. 2 OR, bei der wegen des Bodenbezuges kein Rücktritt mit Rückabwicklungsverhältnis offensteht. Auch dafür würde man indes die Toleranzgrenze beim Auftragsrecht nicht benötigen. Der Widerruf des Auftrags wäre selbst bei genauester Einhaltung oder gar Unterschreitung des Kostenvoranschlags möglich, mit denselben Folgen für den Vertrag.

2. Kein Verschulden in Art. 375 OR

Art. 375 Abs. 2 OR und die dazu entwickelten Faustregeln sind nur für den Unternehmer *ohne Verschulden* gedacht. Liegt ein Verschulden an der Überschreitung des Kostenvoranschlags vor, ist auch

³³ Das Gericht lässt durchblicken, dass die Kostenüberschreitung unverständlich sei, ZG GVP 2011, 293.

³⁴ Vgl. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Obligationenrecht Allgemeiner Teil (9. A. 2008), N 835, m.w.H.

beim Werkvertragsrecht Schadenersatz möglich.³⁵ Die h.L. sieht im Vorliegen eines Verschuldens im Falle des Art. 375 Abs. 2 OR, also ohne Rücktritt, lediglich die Möglichkeit der *noch weitergehenden Kürzung* des nach Art. 375 Abs. 2 OR herabzusetzenden Honorars.³⁶ Doch auch das ist zu grob. Vorzuziehen ist auch hier die exakte Verrechnung mit klar bewiesenen Schadenersatzansprüchen. Diese werkvertragliche Überlegung zeigt überdies, dass die analoge Anwendung des Art. 375 Abs. 2 OR oder der dazu entwickelten Faustregeln, wenn überhaupt, nur auf den *schuldlosen Beauftragten* angezeigt wäre.

3. Keine Verwirkungsfrist

Unklar ist, worin die analoge Anwendung genau besteht. Geht es um *Art. 375 OR* oder nur um die dazu entwickelten *Faustregeln*? Der Unterschied ist relevant. Lehre und Rechtsprechung beschränken die Möglichkeit der Geltendmachung der Honorarkürzung gemäss Art. 375 Abs. 2 OR auf *ein Jahr*, weil sie auf einem Anwendungsfall des Grundlagenirrtums beruhe, für den die kurze Verwirkungsfrist gemäss Art. 31 Abs. 1 OR gelte.³⁷ Die auftragsrechtlichen Lösungen mit Schadenersatzanspruch und Honorarreduktion verjähren demgegenüber *in zehn Jahren*, was der Problemlage bedeutend besser entspricht.

4. Keine Anwendung des Art. 375 OR, sondern nur der Faustregeln?

Wenn überhaupt, wäre es deshalb passender, *nur die Faustregeln* des Werkvertragsrechts ins Auftragsrecht zu übernehmen. Die Faustregeln könnten helfen, die Beweisprobleme zu beseitigen. Die rein auftragsrechtliche Lösung leidet nämlich an der Schwierigkeit, als Auftraggeber hypothetische Kausalverläufe beweisen zu müssen. Wie hätte man sich im Prozess oder im Rahmen der juristischen Beratung verhalten, wenn man über die Kosten richtig informiert worden wäre? Die Faustregel besagt dann, dass die Toleranzgrenze von 10% noch in Ordnung geht und man den Rest hälftig teilt, weil man nur schlecht beweisen kann, wie man sich im Wissen um die tatsächlichen Kosten verhalten hätte. Doch auch diese Erklärung und dieses Schema sind zu grob.

Die Toleranzgrenze von 10% oder höher sollte wie in Urteil BGer 4C.424/2004, E. 3.2.2.1 nur die Bedeutung als Grundlage des Anscheinsbeweises aufweisen. Ist sie überschritten, ist der Anscheinsbeweis einer Sorgfaltpflichtsverletzung erbracht. Das Verschulden wird wie bei jeder Vertragsverletzung vermutet. Der Auftraggeber steht jetzt bei der ungenauen Kostenschätzung des Beauftragten für die eigenen und für die fremden Kosten vor dem Problem, dass er den Beweis für sein hypothetisches Verhalten erbringen muss. Er muss beweisen, dass er im Wissen um die tatsächlichen Kosten Einsparungen vorgenommen und Mehrausgaben unterlassen hätte. Das hypothetische Verhalten kann bis hin zum vollständigen Verzicht auf die weitere Beauftragung reichen. Die so bewiesenen Einsparungen bilden den Schaden, den der Auftraggeber dem [SJZ 2013, 546/547] vollen Honoraranspruch entgegenhalten kann. Beim Beweis sollte dem Beauftragten zumindest die *Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens* helfen. Diese setzt allerdings voraus, dass es *nur ein aufklärungsrichtiges Verhalten* gibt.³⁸ Das ist häufig nicht der Fall. FELLMANN bejaht bei einem Kostenvoranschlag die *natürliche Vermutung*, dass der Klient Mehrkosten vermieden und nicht zu verhindernde Mehrkosten durch Einsparungen ausgeglichen hätte.³⁹ Das Bundesgericht lässt dafür die Glaubhaftmachung genügen.⁴⁰ Das sind

³⁵ Vgl. BGE 98 II 299 ff., 303; vgl. Thomas Twerenbold, Der „unverbindliche“ Kostenvoranschlag beim Werkvertrag – zur rechtlichen Tragweite von Art. 375 OR (Diss. 2000) N 284 ff.; vgl. ZK-Bühler (Fn. 7) OR 375 N 25; vgl. CR-Chaix (Fn. 18) OR 375 N 16 und 18.

³⁶ BSK-Zindel/Pulver (Fn. 28) OR 375 N 14, 28; Peter Gauch, Der Werkvertrag (5. A. 2011), Werkvertrag, N 1009; CHK-Hürlimann/Siegenthaler (Fn. 2) OR 375 N 4; Urteil BGer 4A_15/2011, E. 3.6; SJ 1977, 409 ff., 413 ff.

³⁷ Vgl. Urteil BGer 4A_577/2008, E. 3.1; vgl. BSK-Zindel/Pulver (Fn. 28) OR 375 N 19 und kritisch dazu Pichonnaz (Fn. 16) 494 ff.

³⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, insb. Rz. 33-35 = BeckRS 2011 10176 (zur unterlassenen Aufklärung über Innenprovisionen bei der Anlageberatung); vgl. dazu Arnold F. Rusch, Auskehr in der Schweiz, Schadenersatz in Deutschland? WM 2012 440 ff., 443.

³⁹ Fellmann (Fn. 9) 236; eine natürliche Vermutung führt nicht zu einer Beweislastumkehr, vgl. BGE 117 II 256 ff., 258.

⁴⁰ Vgl. Urteile BGer 4C.71/2003, E. 3 und 4D_131/2009, E. 3.3.3; vgl. ZR 2009 97 ff., 108, E. 8.1; vgl. Fellmann (Fn. 9) 235 f. und 241 f.

Ansätze, die in die richtige Richtung weisen, aber nicht weit genug gehen. Der Anwalt, der die Honorarschätzung nicht oder fehlerhaft vornimmt, verletzt das Standesrecht. Es wäre deshalb wie beim Arzt richtig, darauf mit einer *Beweislastumkehr* zu reagieren.⁴¹ Der Anwalt müsste dann beweisen, dass der Klient auch im Wissen um die tatsächlichen Kosten diese Variante gewählt hätte. Auch die Theorie der *perte d'une chance* lässt sich sicher gut einsetzen, so man sie akzeptiert.⁴² Wie aber geht man mit der Situation um, dass der Auftraggeber bei der falschen Kosteneinschätzung Einsparungen getätigt hätte, ihm aber die teureren Leistungen dennoch zugekommen sind? Denkbar ist diese Situation in Fällen, in denen der Anwalt im Sinne einer umfassenden Risikovermeidung viel mehr abgeklärt hat, als der Klient es im Wissen um die hohen Kosten zugelassen hätte. Man sollte diese aufgedrängten Vorteile ignorieren⁴³ oder diese wie bei Art. 672 Abs. 3 ZGB im Sinne des Vertrauensschadens⁴⁴ nur mit dem *subjektiven, allermindesten Wert* berücksichtigen.

5. Keine Willkür

Die Ungleichbehandlung fremder und eigener Kosten überzeugt im Bereich des Auftrags nicht, da beide Kostenarten nicht objektiv garantiefähig sind. Hinzu kommt, dass die Faustregeln die reine Willkür in sich bergen. Eine Faustregel, die viele Fälle richtig erfasst, kann im juristischen Alltag enorm hilfreich sein.⁴⁵ Das Bundesgericht relativiert die Anwendung der Faustregeln zu Art. 375 OR jedoch stark, indem es *jeglichen Schematismus ablehnt*.⁴⁶ Tatsächlich ist diese Relativierung hier ausnahmsweise gerechtfertigt. Nur schon die Toleranzgrenze von 10% lässt sich bei Prognosen über die Kosten eines Prozesses kaum halten. Die möglichst genaue Schätzung sollte wohl mit mehreren Varianten unter exakter Unterteilung auf die verschiedenen Verfahrensabschnitte erfolgen. Aber auch dann ist eine Exaktheit von 10% undenkbar. Gerade bei der Anwaltstätigkeit sollte die Toleranzgrenze häufig höher sein als bei der Erstellung von Bauwerken, weil der Aufwand grösstenteils im Dunkeln liegt. Wer kann schon auf 10% genau abschätzen, was der Gegner alles vorbringt und wie viele Probleme die erst noch erfolgende Beurteilung eines Sachverhalts in sich birgt?⁴⁷ Bei einer Firmengründung ist dies vielleicht möglich, bei einem Rechtsgutachten aber schon eher unwahrscheinlich. Viele Probleme entdeckt man erst beim Schreiben des Gutachtens. Eine Faustregel, die zu viele Ausnahmen kennt, bringt aber nichts. Die Lösung mit den Faustregeln, deren Schematismus das Gericht selber ablehnt, öffnet Tür und Tor für reine Billigkeitsentscheidungen, die angesichts des exakten, hier beschriebenen Vorgehens nicht notwendig wären. [SJZ 2013, 547/548]

⁴¹ Vgl. *Fellmann* (Fn. 9) 236.

⁴² Vgl. dazu *Rusch* (Fn. 38) WM 2012 444, m.w.H.

⁴³ So *Thomas Koller*, Ein neues Bundesgerichtsurteil zum Architektenrecht: Freipass für Architektenpfusch? recht 1996 167 f., 168 und *Honsell* (Fn. 20) 310.

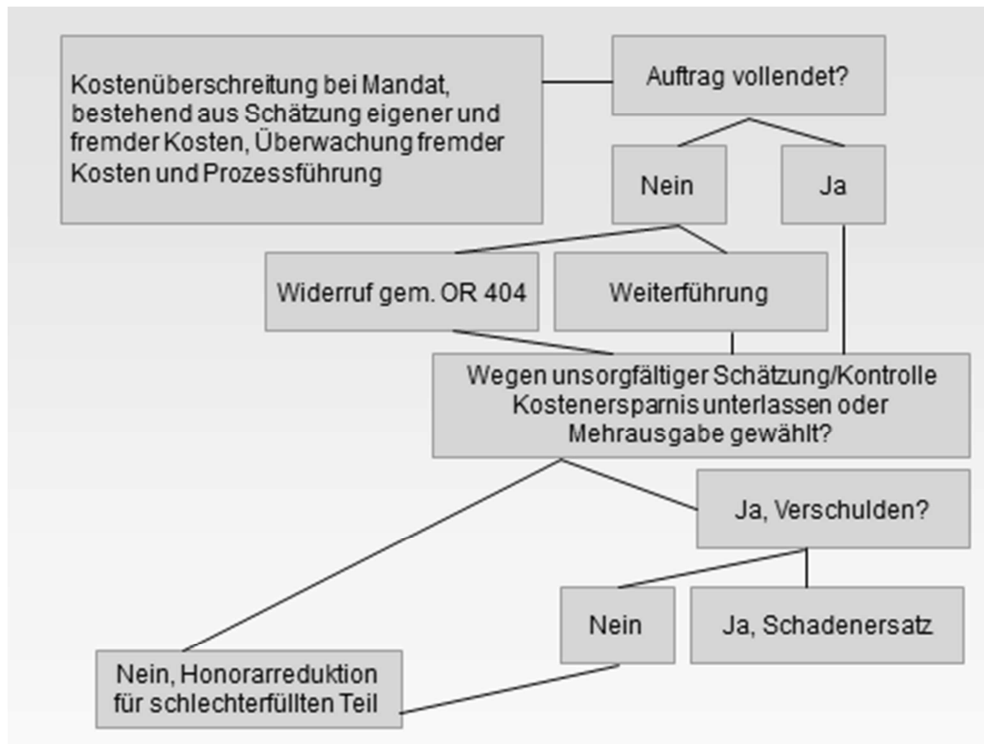
⁴⁴ Vgl. *Gauch* (Fn. 11) BR 1989 85 und Urteil BGer 4C.71/2003, E. 3.

⁴⁵ Vgl. dazu *Arnold F. Rusch*, Recht einfach – Heuristik und Recht, LeGes 2012 337 ff., 347 f., m.w.H.

⁴⁶ Vgl. Urteil BGer 4A_15/2011, E. 3.1.

⁴⁷ Vgl. *Schenker* (Fn. 23) 156 f., *Fellmann*, Anwaltsrecht (Fn. 1) N 440 f., BGFA-*Fellmann* (Fn. 1) BGFA 12 N 170a, CR-*Valticos* (Fn. 1) LLCA 12 N 275, *Bohnet/Martenet* (Fn. 1) N 1777.

6. Schema



IV. Fazit

Die Faustregeln des Werkvertragsrechts passen nicht zum anwaltlichen Kostenvoranschlag. Deren Konzept und deren Ergebnisse sind dem Auftragsrecht fremd. Die willkürlichen Faustregeln sind angesichts der Unwägbarkeiten juristischer Beratung und Prozessführung *zu streng* und bei Vorliegen eines Verschuldens *zu grosszügig*. Richtig erscheint deshalb die Bejahung eines Schadenersatzanspruchs. Dieser berechnet sich als Differenz zwischen dem geforderten, zu hohen Honorar und dem hypothetischen Honorar, wenn der Auftraggeber um die Fehlerhaftigkeit des Voranschlags gewusst hätte. Dem zu hohen Honoraranspruch kann der Auftraggeber diese Schadenersatzforderung verrechnungsweise entgegenhalten. Hat er keinen Anspruch auf Schadenersatz, steht ihm noch der Weg der Honorarreduktion offen, die allerdings nur den mangelhaften ausgeführten Kostenvoranschlag betrifft.