

# **DAS RECHT AUF PARTEIENTSCHÄDIGUNG IST UNABHÄNGIG VON DER FRAGE DER NOTWENDIGKEIT DER BERUFSMÄSSIGEN VERTRETUNG**

**PATRICK SUTTER**

RA, Dr. iur., Schwyz/Wollerau,

Leiter der Fachgruppe SAV Staatsrecht und Rechtsphilosophie

Stichworte: Freiheit der Wahl einer berufsmässigen Vertretung, Parteientschädigung, Notwendigkeit der berufsmässigen Vertretung

In einem Urteil vom 13.2.2018 klärte das Bundesgericht – als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung –, dass das Recht auf Parteientschädigung nicht davon abhängig ist, ob die berufsmässige Vertretung in dem konkreten Prozess notwendig war. Das Bundesgericht stellt klar, dass es keinen Grund gibt, in der Auslegung von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO vom klaren Wortlaut abzuweichen.

## **I. Ausgangslage des Bundesgerichtsurteils 5A\_391/2017**

Das Bundesgericht hatte mit Urteil 5A\_391/2017 vom 13.2.2018 (zur Publikation vorgesehen) die Frage zu klären, ob das Richteramt Bucheggberg-Wasseramt (erste Instanz) und das Obergericht des Kantons Solothurn (zweite Instanz) zu Recht die Parteientschädigung im Rahmen der Gutheissung eines Antrags um provisorische Rechtsöffnung (für eine Forderung von rund CHF 12000.–) auf nur CHF 115.– (= eine halbe Stunde zu CHF 230.–/Stunde) festlegten, indem sie die Notwendigkeit der Vertretung verneinten, da es sich bei der Antragstellerin um ein professionelles Inkassounternehmen mit entsprechendem Know-how handle, weshalb das Verfahren auch ohne Anwalt hätte geführt werden können (vgl. E. 2). Gefordert hatte die obsiegende Partei eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 506.–.

## **II. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG)**

Die Beschwerde erreichte den erforderlichen Streitwert nicht; das Bundesgericht akzeptierte aber, dass es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG handle. Denn die Vorinstanz stelle ja gerade für die Verneinung der Notwendigkeit der berufsmässigen Vertretung auf den geringen Streitwert der Forderung im Rechtsöffnungsverfahren ab. Würde sich diese Auffassung in den Vorinstanzen durchsetzen,

könnte sich diese Frage aufgrund der tiefen Hauptstreitwerte *per se* gar nie vor Bundesgericht stellen (vgl. E. 1).

Die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung lautete vorliegend gemäss dem Bundesgericht also, «ob das Gericht bei der Bemessung einer Parteientschädigung an die obsiegende Partei die Notwendigkeit einer frei und rechtsgeschäftlich gewählten berufsmässigen Vertretung (d.h. ausserhalb der unentgeltlichen Rechtspflege) in Frage stellen darf» (E. 3).

## **III. Die Auslegung des Bundesgerichts**

Gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO besteht die Parteientschädigung aus dem Ersatz der notwendigen Auslagen (lit. a), den Kosten einer berufsmässigen Vertretung (lit. b) und, in begründeten Fällen, einer angemessenen Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (lit. c).

Das Bundesgericht weist in grammatikalischer Auslegung darauf hin, dass die Notwendigkeit nur in Bezug auf den Ersatz der *Auslagen* nach lit. a, aber nicht in Bezug auf die Kosten einer berufsmässigen Vertretung nach lit. b vom Wortlaut gedeckt sei. Und zwar in allen drei Sprachfassungen (E. 3.1).

In der bundesrätlichen Botschaft zum Entwurf zur eidgenössischen ZPO (und weiteren Materialien) finden sich sodann allenfalls unklare Bestimmungen, die aber eben deshalb für die Auslegung «unergiebig» sind (E. 3.2). «Was auch immer die Absicht des Gesetzgebers gewesen

sein mag: Es steht fest, dass bei den Kosten der berufsmässigen Vertretung eine Beschränkung auf die notwendigen Kosten gerade keinen Eingang in den Gesetzeswortlaut gefunden hat. Insbesondere fehlt im Gesetz ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die Notwendigkeit der berufsmässigen Vertretung als solche bei der Bestimmung der Parteientschädigung in Frage gestellt werden dürfte. Das Fehlen einer solchen ausdrücklichen Bestimmung ist umso auffälliger im Kontrast zum Recht der unentgeltlichen Rechtspflege, wo eine entsprechende ausdrückliche Norm gerade besteht (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO)» (E. 3.2.).

Die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts, auf die die Vorinstanz verwies, sei zudem nicht mehr einschlägig. Sie bezog sich auf die frühere Gebührenordnung zum SchKG von 1971, die wiederum von der Gebührenverordnung vom 23.9.1996 zum SchKG (SR 281.35) abgelöst worden ist, wobei deren Bestimmungen zur Parteientschädigung in betriebsrechtlichen Summarsachen (Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG) mit Inkrafttreten der ZPO aufgehoben worden ist. «Die Parteientschädigung bemisst sich heute einzig nach der ZPO bzw. gemäss Art. 96 ZPO nach dem kantonalen Tarif» (E. 3.3).

Die Lehre äussere sich dazu, wenn überhaupt explizit, vorwiegend in dem Sinne, dass der obsiegenden Partei die Parteientschädigung nicht mit dem Argument verweigert werden dürfe, die berufsmässige Vertretung sei gar nicht nötig gewesen (vgl. die Übersicht in E. 3.4).

Dies führt das Bundesgericht zum Schluss: «Dem klaren Wortlaut gebührt gegenüber der wenig aussagekräftigen Gesetzgebungsgeschichte der Vorrang» (E. 3.5).

#### IV. Die lesenswerten Bemerkungen des Bundesgerichts zur Bedeutung der berufsmässigen Vertretung

Das Bundesgericht trägt nach dieser Auslegung in der sehr umfangreichen E. 3.5 auch lesenswert vor, welche Bedeutung diese Rechtsprechung für einen Eckpfeiler des Rechtsstaates hat. Denn gemäss Art. 68 Abs. 1 ZPO könne sich jede prozessfähige Partei im Prozess vertreten lassen. «Diese Befugnis würde faktisch unterlaufen, wenn eine Partei im Vorfeld eines Prozesses damit rechnen müsste, dass sie selbst im Falle ihres Obsiegens keinen Beitrag an die Kosten ihrer berufsmässigen Vertretung zugesprochen erhalten würde.»

Die Freiheit, seinen Prozess durch einen berufsmässigen Vertreter führen zu lassen, würde insbesondere in zwei Fällen tangiert bzw. faktisch beeinträchtigt, wenn man der Vorinstanz folgen würde:

«Zunächst bestünde bei vom Streitwert her kleineren oder inhaltlich nicht sehr schwierigen Fällen die Versuchung, die Notwendigkeit einer berufsmässigen Vertretung in Abrede zu stellen. Dabei würde jedoch verkannt, dass auch in solchen Fällen die Prozesschancen durch den Beizug einer Fachperson als Vertreter in der Regel verbessert werden. Ihr Beizug mag vielleicht retrospektiv als unnötig erscheinen, was aber nicht bedeutet, dass

bereits im Vorfeld eines Prozesses abgeschätzt werden könnte oder hätte abgeschätzt werden können, dass die Streitsache einfach bleibt. Insbesondere ein Laie wird eine solche Einschätzung im Regelfall nicht vornehmen können (zum Ganzen BEDA STÄHELIN, Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit, 2017, Rz. 308 und 310).» Jede Anwältin und jeder Anwalt hat sich sicherlich schon über diese retrospektive Sichtweise eines Gerichts geärgert. Diese Rechtsprechung hält dem nun eben entgegen, dass die Gerichte, die einen solchen Standpunkt einnehmen, die Aufgabe der Anwältinnen und Anwälte realistischer einschätzen sollten.

«Im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege hat das Bundesgericht denn auch bereits festgehalten, dass selbst die Geltung der Untersuchungs- oder Officialmaxime, mit denen für einen Laien die Prozessführung teilweise erleichtert wird, eine anwaltliche Vertretung nicht ohne weiteres als unnötig erscheinen lässt (BGE 130 I 180 E. 3.2 S. 183 f.; Urteil 5A\_395/2012 vom 16.7.2012 E. 4.4.2). Umso weniger besteht Anlass, ausserhalb des Anwendungsbereichs der unentgeltlichen Rechtspflege entsprechende Einschränkungen einzuführen. Sodann wären von einer solchen Massnahme, und zwar womöglich sogar in komplexeren Fällen, vor allem Parteien betroffen, denen spezifische Sach- bzw. juristische Kenntnisse unterstellt werden dürfen. Dies könnte nicht nur – wie im vorliegenden Fall – ein Inkassounternehmen betreffen, sondern grundsätzlich jede Einheit privaten oder öffentlichen Rechts mit einem Rechtsdienst oder auch Privatpersonen, wenn sie über juristische Kenntnisse verfügen (z. B. wenn ein Anwalt oder Richter in einer Privatsache ein Verfahren führt). Es kann jedoch nicht angehen, solche (juristischen oder natürlichen) Personen ohne klare gesetzliche Grundlage und ohne sachliche Notwendigkeit vor die Alternative zu stellen, ihren Prozess entweder selber zu führen oder das unwägbar Risiko einzugehen, dass ihnen bei Beizug eines berufsmässigen Vertreters eine Parteientschädigung selbst im Falle des Obsiegens versagt bleiben könnte, und zwar mit der Begründung, sie hätten den Prozess günstiger und ebenso gut selber führen können. Im vorliegenden Fall hat das Obergericht aufgrund beider Aspekte (einfacher Fall und eigene Kenntnisse der Beschwerdeführerin) eine berufsmässige Vertretung für unnötig befunden und in der Folge eine Parteientschädigung gemäss Tarif verwehrt. Dass überhaupt eine Parteientschädigung (in der Höhe einer Umtriebsentschädigung) zugesprochen wurde, dürfte alleine am Verbot der reformatio in peius liegen. Wie aus dem Gesagten folgt, stellen jedoch weder der Umstand, dass es um ein relativ einfaches Rechtsöffnungsverfahren ging, noch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin im Inkassowesen über eigene Kenntnisse verfügt, einen genügenden Grund dar, um eine berufsmässige Vertretung als unnötig zu qualifizieren. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zur GebV SchKG mit dem Inkrafttreten der ZPO überholt. Aufgrund des Gesagten kann der Beizug einer berufsmässigen Vertretung als solcher auch nicht als Verursachung

unnötiger Prozesskosten im Sinne von Art. 108 ZPO erachtet werden. Als unnötig können (im Rahmen des Tarifrechts oder von Art. 108 ZPO) höchstens einzelne vom Vertreter getätigte Aufwendungen qualifiziert werden.»

#### V. Keine Kompetenz für abweichende kantonale Regulierung

Das Bundesgericht hält in derselben E. 3.5 auch fest: «Aufgrund dieser Vorgabe auf der Stufe des Bundesrechts besteht insoweit auch keine Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers, im Tarifrecht einen entsprechenden Nachweis vorzusehen (vgl. TAPPY, a. a. O., N. 29 zu Art. 95 ZPO). Auf Sonderfälle (z. B. den Beizug mehrerer Anwälte) ist hier nicht einzugehen. Die Kantone und die Gerichte verfügen mit dem Tarifrecht und den Verteilungsgrundsätzen von Art. 104 ff. ZPO (insbesondere Art. 108 ZPO) über genü-

gende Möglichkeiten, um allenfalls unnötigen Aufwand, der von berufsmässigen Vertretern generiert wird, bei der Bemessung der von der Gegenpartei zu leistenden Parteientschädigung nicht zu berücksichtigen. Ausserdem können sie Kostenbefreiungen nach Art. 116 ZPO einführen.»

#### VI. Schluss

Die mit diesem Urteil erfolgte Klarstellung durch das Bundesgericht ist für die Anwaltspraxis ausserordentlich wichtig. Insbesondere sind die allgemeinen Bemerkungen lesenswert, welche Bedeutung der Freiheit der Wahl einer berufsmässigen Vertretung und dem Mitwirken von Anwältinnen und Anwälten im Prozess zukommt. Dieser Eckpfeiler des Rechtsstaates geht aus diesem Urteil gestärkt hervor. Das Bundesgericht hat im Sinne des «Schulter-schlusses der Akteure der Gerichtsbarkeit» geurteilt.

Anzeigen\*

## Adressen für Anwälte

**DOBIASCHOFSKY**  
FONDÉE EN 1923

Dobiaschofsky Auktionen AG  
Monbijoustrasse 30/32, CH-3001 Bern  
Tel.: + 41 31 560 10 60, Fax: + 41 31 560 10 70  
www.dobiaschofsky.com



**ARP Schweiz AG**  
Birkenstrasse 43b  
6343 Rotkreuz  
Telefon: +41 41 799 09 09  
E-Mail: verkauf@arp.ch

  
www.arp.ch

  
**FORENTEC**

Ihr professioneller Partner für die forensische Sicherung und Auswertung von elektronischen Informationen. Unsere Dienstleistungen umfassen die Prävention, Aufdeckung und Reaktion im Bereich der digitalen Forensik.  
IT Forensik. eDiscovery. Cyber Crime.

ForenTec GmbH  
Lavaterstrasse 58, 8002 Zürich  
043 542 15 15 | info@forentec.ch | forentec.ch



**ALAN Software AG**  
Solothurnstrasse 28  
3322 Schönbühl  
www.alan.ch

**SFC** SWISS FORENSIC & COMPLIANCE

**Corporate intelligence  
Forensic & eDiscovery  
Litigation support**

Rue de la Grotte 6  
1003 Lausanne  
www.sfc.services

\* Keine offizielle Empfehlung des SAV