



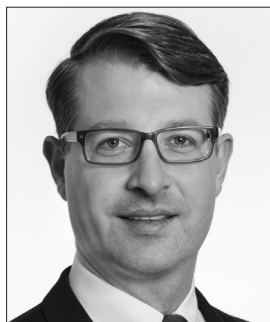
Streitpunkt Parteientschädigung

Das Kriterium der Notwendigkeit bei berufsmässiger Vertretung zur Bestimmung der Parteientschädigung

LUKAS MÜLLER*



SANDRO E. OBRIST**



PATRIK ODERMATT***

Das Bundesgericht hat mit seinem Urteil 5A_391/2017 vom 13. Februar 2018 entschieden, dass es unzulässig ist, die Parteientschädigung von einer Überprüfung der Notwendigkeit der berufsmässigen Vertretung als solcher abhängig zu machen. Die Autoren beleuchten in vorliegendem Artikel die Prozesskosten und deren Verteilung gemäss Art. 95 ff. ZPO und zeigen auf, welche Überlegungen bei der Ausgestaltung der Honorarnote zu berücksichtigen sind. Zudem werden die sich aus der aktuellen Rechtslage ergebenden Implikationen für die Praxis behandelt.

Dans son arrêt 5A_391/2017 du 13 février 2018, le Tribunal fédéral a jugé qu'il est illicite de faire dépendre les dépens d'un contrôle de la nécessité d'une représentation à titre professionnel en tant que telle. Dans cet article, les auteurs mettent en lumière les frais judiciaires et leur répartition conformément aux art. 95 ss CPC et présentent les considérations qui doivent être prises en compte lors de l'établissement des notes d'honoraires. En outre, les implications pour la pratique découlant de la situation juridique actuelle sont également traitées.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Prozesskosten
 - A. Ökonomische Überlegungen
 - B. Welche Kosten fallen bei der Prozessführung an?
 - C. Gerichtskosten
 - D. Parteientschädigung
 1. Ersatz notwendiger Auslagen
 2. Kosten einer berufsmässigen Vertretung
 3. Wer gilt als berufsmässige Vertretung?
 4. Grundsätzliches zur Honorarnote
 5. Exkurs: Umtriebsentschädigung

- E. Festsetzung und Auferlegung der Prozesskosten
- F. Fehlerhafte Festsetzung der Prozesskosten
- III. Empfehlungen für die Praxis
- IV. Fazit

I. Einleitung

Im Sachverhalt, der dem zur Publikation vorgesehenen Urteil des Bundesgerichts 5A_391/2017 vom 13. Februar 2018 zugrunde liegt, hatte ein Inkassounternehmen unter Beizug einer externen Rechtsanwältin ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung gestellt. Das erstinstanzliche Gericht hatte das Rechtsöffnungsgesuch gutgeheissen, aber hierfür nur eine gekürzte Parteientschädigung zugesprochen. Das erstinstanzliche Gericht begründete dies damit, dass es sich um einen «einfachen Fall» handle und damit der Beizug einer externen Anwältin nicht notwendig gewesen sei.¹ Gestützt hierauf kürzte das erstinstanzliche Gericht die spezifizizierte Honorarnote und er-

* LUKAS MÜLLER, Prof. Dr. oec. HSG, lic. iur., LL.M., MA UZH, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht, Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics (IFF-HSG), Universität St. Gallen.

** SANDRO E. OBRIST, MLaw, Rechtsanwalt, Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

*** PATRIK ODERMATT, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt und Notar, Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

Die Autoren danken herzlich MLaw TANYA SCHUHMACHER, Juristische Mitarbeiterin bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug, für die Mitarbeit an diesem Artikel.

Die in BGer, 5A_391/2017, 13.2.2018, obsiegende Partei wurde von Judith Andenmatten, Rechtsanwältin bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug, und Sandro E. Obrist, MLaw, Rechtsanwalt, Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug, vertreten.

¹ Vgl. BGer, 5A_391/2017, 13.2.2018 (zur Publikation vorgesehen), E. 1 f.

achtete einen Aufwand von einer halben Stunde für eine seriöse Mandatsführung als ausreichend.² Das Obergericht hatte zur Kürzung der einzelnen Aufwandspositionen keine Stellung genommen, sondern im Rahmen einer Motivsubstitution eine andere Begründung gewählt.³ Da es sich beim Inkassounternehmen um eine professionelle Anbieterin mit entsprechendem rechtlichem Know-how handle, hätte das Rechtsöffnungsverfahren auch ohne Anwalt geführt werden können, weshalb eine Vertretung nicht notwendig sei und die dadurch generierten Anwaltskosten nicht zugesprochen werden könnten. Werde dieses Kriterium verneint, so wäre dem Inkassounternehmen durch die Vorinstanz eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen gewesen. Diese Umtriebsentschädigung wäre keinesfalls höher als die erstinstanzlich zugesprochene Parteientschädigung ausgefallen, weshalb die vom erstinstanzlichen Gericht zugesprochene Parteientschädigung im Ergebnis nicht zu beanstanden sei. Das Obergericht führte aus, dass unter dem Titel der berufsmässigen Vertretung «nur der gebotene Aufwand zu vergüten sei, d.h. derjenige Aufwand, der durch die bei objektiver Würdigung notwendig erscheinende Inanspruchnahme des Anwalts entstanden sei».⁴

Das Bundesgericht hat die vorinstanzliche Bemessung der Parteientschädigung korrigiert und erwogen, dass es unzulässig sei, die Parteientschädigung von einer Überprüfung der Notwendigkeit der berufsmässigen Vertretung als solcher abhängig zu machen.⁵ Dies ist vor allem für Personen relevant, die über juristische Kenntnisse verfügen. Diese würden ansonsten vor die Alternative gestellt, ihren Prozess entweder selbst zu führen oder das Risiko einzugehen, dass ihnen bei Beizug eines berufsmässigen Vertreters eine Parteientschädigung sogar im Falle des Obsiegens versagt bleiben könnte, und zwar mit der Begründung, sie hätten den Prozess günstiger und ebenso gut selbst führen können. Für juristisch unbeholfene Parteien stellt sich diese Frage hingegen kaum, da sie für gerichtliche Verfahren sinnvollerweise ohnehin auf eine berufsmässige Vertretung zurückgreifen sollten.

II. Prozesskosten

A. Ökonomische Überlegungen

Die Höhe der Prozesskosten und die Frage, wer diese tragen soll, bemessen sich in der Realität nicht nur anhand der vom Gericht festgesetzten Gerichtskosten und der Parteientschädigung. Wer Verträge abschliessen will, wird sich überlegen, was im Falle einer Leistungsstörung passiert, und sich unter anderem folgende Fragen stellen: Kann ein Anspruch gegen den Schuldner ohne Probleme durchgesetzt werden oder bedarf es dazu der Hilfe eines Anwalts? Was kostet die gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs? Fest steht: Je kostenintensiver die gerichtliche Durchsetzung wäre, desto eher wird ein rational handelnder Gläubiger auf Vorkasse, Sicherheiten und Garantien beharren oder den Kaufpreis zu seinen Gunsten festsetzen, um so eine teure Rechtsdurchsetzung im Preis zu antizipieren. Sofern diese Varianten im Vertrag nicht implementiert werden können, wird eine an sich für beide Seiten sinnvolle Transaktion von vornherein unterbleiben. Dadurch entsteht jedoch ein volkswirtschaftlicher Wohlfahrtsverlust.⁶

In den vergangenen Jahren wurden wiederholt Stimmen laut, dass Prozessieren unnötig kompliziert und teuer sei.⁷ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die allermeisten Streitigkeiten ausserhalb des Gerichts erledigt werden.⁸ Die aussergerichtliche Streitbeilegung funktioniert umso besser, je glaubhafter die zwangsweise Vollstreckung eines Anspruchs der Gegenseite dargelegt werden kann. Je einfacher und günstiger die gerichtliche Durchsetzung eines Anspruchs ist, desto eher wird der nicht leistende Schuldner alle Kräfte mobilisieren, um seine Verbindlichkeiten erfüllen zu können.

Ein ideales Prozessrecht sollte sicherstellen, dass die administrativen Kosten für die gerichtliche Durchsetzung ökonomisch effizient gestaltet sind. Die administrativen Kosten der Rechtsdurchsetzung setzen sich dabei aus sämtlichen Prozesskosten (Gerichts- und Anwaltskosten) zusammen, wobei hier zu antizipieren ist, dass Gerichte manchmal fehlerhaft entscheiden.⁹ Fehlerhafte Gerichtsentscheide werden die Kosten für die Durchsetzung eines Anspruches zusätzlich erhöhen. Überdies ist zu berücksichtigen, dass ein Gläubiger, anstatt einen ihm zuste-

² Vgl. BGer, 5A_391/2017, 13.2.2018 (zur Publikation vorgesehen), E. 3.6.

³ Vgl. BGer, 5A_391/2017, 13.2.2018 (zur Publikation vorgesehen), E. 2.

⁴ Vgl. BGer, 5A_391/2017, 13.2.2018 (zur Publikation vorgesehen), E. 3.4.

⁵ Vgl. BGer, 5A_391/2017, 13.2.2018 (zur Publikation vorgesehen), E. 3.5.

⁶ Vgl. LUKAS MÜLLER, Kann sich der Staat hohe Gerichtskosten leisten?, AJP 2016, 1738 f.

⁷ Vgl. ROBERT COOTER/THOMAS ULEN, Law and Economics, 6. A., New York 2012, 384.

⁸ Vgl. COOTER/ULEN (FN 7), 387.

⁹ Vgl. COOTER/ULEN (FN 7), 385 ff.

henden Anspruch durchzusetzen, die eigenen zeitlichen und finanziellen Ressourcen sinnvoller einsetzen könnte; Ökonomen nennen dies Opportunitätskosten.¹⁰ Je höher und je unberechenbarer für einen Gläubiger die Kosten für die gerichtliche Durchsetzung eines Anspruchs sind, desto weniger lohnt es sich für ihn, seinen (ihm rechtlich und tatsächlich zustehenden) Anspruch durchzusetzen. Der ungünstigste Fall besteht darin, dass ein Gläubiger einen ihm eigentlich zustehenden Anspruch nicht vor Gericht durchsetzen kann, weil er auf dem Rechtsweg verliert. Dadurch verliert er nicht nur seinen (ihm tatsächlich und eigentlich auch rechtlich zustehenden) Anspruch gestützt auf ein tatsächlich falsches Urteil; er muss ebenfalls die Gerichtskosten, die Parteientschädigung für die Gegenseite, die eigenen Anwaltskosten sowie eigene Umtriebe und Verdienstaufwände tragen.

Aus juristischer Perspektive könnte man argumentieren, dass Prozesskosten dem Verursacherprinzip entsprechend zu tragen sind. Das darf allerdings nicht so verstanden werden, dass ein Gesuchsteller oder Kläger formell als «Verursacher» von Prozesskosten gilt. Stattdessen ist zu hinterfragen, wer überhaupt materiell einen Prozess verursacht. Wenn ein Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt und der Gläubiger hierfür staatliche Hilfe in Anspruch nehmen muss, dann leitet zwar der Gläubiger formell den Prozess ein, obwohl er materiell vom Schuldner dazu gezwungen wird, da dieser seine Obligation nicht erfüllt. Entsprechend heisst dies in diesem Kontext, dass die Prozesskosten aus einer ökonomischen Perspektive dem materiellen «Verursacher», d.h. dem nichtleistenden Schuldner, zuzuweisen sind.¹¹ Wenn der klagende Gläubiger unterliegt, gilt er als materieller Verursacher der Prozesskosten und hat diese zu tragen.

B. Welche Kosten fallen bei der Prozessführung an?

Die Führung eines Zivilprozesses geht einher mit der Entstehung verschiedener Kosten sowie der Erbringung verschiedener Leistungen auf Seiten des Gerichts und der Parteien. Wenn eine Partei sich selbst ohne berufsmässige Vertretung vor Gericht vertritt, entstehen ihr Umtriebe, welche sich beispielsweise aus der für den Streit aufgewendeten Zeit ergeben, die anderweitig besser eingesetzt

werden könnte, oder für allerlei Auslagen, etwa für die Beweismittelbeschaffung, für die juristische Recherche, die Abfassung und den Versand von Rechtsschriften etc. Wenn eine Partei einen Anwalt oder einen anderen berufsmässigen Vertreter mandatiert, hat sie ihn selbst zu entschädigen. Immerhin kann das Gericht der obsiegenden Partei eine Umtriebs- oder Parteientschädigung zusprechen. Die Umtriebsentschädigung hat die unterliegende Gegenseite der ohne berufsmässigen Vertreter obsiegenden Partei zu bezahlen. Eine Parteientschädigung ist eine nach Ermessen des Gerichts, gestützt auf die für den Fall anwendbare Anwaltshonorar- oder Parteientschädigungsverordnung festgesetzte Entschädigung. Die anwaltlich vertretene, obsiegende Partei erhält damit einen Anspruch auf Entschädigung der Anwaltskosten gegenüber der unterliegenden Partei, wobei damit regelmässig nicht die gesamten tatsächlich angefallenen Kosten entschädigt werden.

Dieser Aufsatz thematisiert im Folgenden hauptsächlich die Parteikosten der freien und rechtsgeschäftlichen Wahl der berufsmässigen Vertretung im Zivilprozess. Die Bezeichnung «Prozesskosten» steht als Oberbegriff für die Gerichtskosten sowie die Parteientschädigung (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO). Art. 95 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO listen deren einzelne Positionen auf.¹² Über die Höhe der mutmasslichen Prozesskosten ist insbesondere die nicht anwaltlich vertretene Partei vom Gericht aufzuklären, sodass auch ein Laie das entsprechende Kostenrisiko abschätzen kann (Art. 97 ZPO).¹³ Es ist an dieser Stelle zu vermerken, dass für die unentgeltlichen Rechtsbeistände (Art. 117 ff. ZPO) andere gesetzliche Bestimmungen Anwendung finden. Vor Bundesgericht sind insbesondere die Art. 62 ff. BGG sowie das Reglement über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht¹⁴ zu beachten.

¹⁰ Vgl. COOTER/ULEN (FN 7), 30.

¹¹ Vgl. ARNOLD F. RUSCH, Will das Recht, dass man klagt?, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sørensen/Hans Schmid/Miguel Sogo (Hrsg.), *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung – Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag*, Zürich 2015, 569 ff., 574 mit weiteren Hinweisen auf Entscheidungen und Lehrmeinungen.

¹² Vgl. BENEDIKT A. SUTER/CRISTINA VON HOLZEN, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. A., Zürich 2016 (zit. ZPO Komm.-Verfasser), Art. 95 N 9; MARTIN H. STERCHI, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-Verfasser), Art. 95 ZPO N 2.

¹³ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 97 N 1 f., in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser).

¹⁴ Reglement vom 31. März 2006 über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.110.210.3).

C. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten nach Art. 95 Abs. 2 ZPO gehören zu den Verwaltungsgebühren und sind Kausalabgaben.¹⁵ Basis hierfür stellt die Entscheidgebür nach Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO dar, welche in Form einer Pauschale bestimmt wird, wobei diese der kantonalen (oder für das Verfahren vor Bundesgericht der eidgenössischen) Gesetzgebungshoheit unterliegt und durch entsprechende Tarifverordnungen geregelt ist, meist unter Festlegung eines Rahmens mit einem Minimal- und einem Maximaltarif.¹⁶ Für die Bemessung sind neben dem Pauschalrahmen auch der Streitwert der individuellen Streitangelegenheit, die Schwierigkeit des Prozesses und der konkrete Aufwand zu berücksichtigen.¹⁷ Zudem kann das Gericht die Pauschalgebür etwa aufgrund sachlich unnötig verursachter Prozesskosten i.S.v. Art. 108 ZPO reduzieren oder nur der fehlbaren Partei auferlegen.¹⁸ Unter Art. 95 Abs. 2 lit. c bis e ZPO sind sodann spezifische Auslagen des Gerichts für Leistungen Dritter aufgeführt, welche bei Anfallen zusätzlich zur pauschalen Entscheidgebür verlegt werden.¹⁹

D. Parteientschädigung

«Parteientschädigung» ist nach Art. 95 Abs. 3 ZPO die einer Partei zu leistende Entschädigung für ihren erbrachten Prozessaufwand. Art. 68 Abs. 2 BGG geht sogar noch weiter, da unter einer Parteientschädigung einer Partei «alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen» sind. Unter dem Begriff der Parteientschädigung werden in Art. 95 Abs. 3 ZPO drei unterschiedliche Aufwandspositionen aufgeführt, die separat zu bemessen sind. Bezüglich der Parteientschädigung gilt

die Dispositionsmaxime. Das bedeutet, das «Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat».²⁰ Der Antrag auf Parteientschädigung muss nicht notwendigerweise durch eine Partei beziffert werden.²¹ Die geltend gemachte Entschädigung sollte durch die Parteien, wenn eine Honorarnote eingereicht wird, spezifiziert und substantiiert werden, da sich das Gericht mit der Honorarnote auseinandersetzen muss.²² Unter diese abschliessende Aufteilung fallen (lit. a) die notwendigen Auslagen, (lit. b) die Anwaltskosten und (lit. c) die ausnahmsweise zuzusprechende Umtriebsentschädigung für nicht beruflich vertretene Parteien.²³ Die Höhe der Parteientschädigung wird – gleich wie die Gerichtsgebühren – in den kantonalen Verfahren nach den kantonalen Tarifen bemessen (Art. 96 ZPO), wobei die Parteientschädigung im Unterschied zu den Gerichtskosten nicht unter das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip fällt.²⁴ Vor Bundesgericht gilt gestützt auf Art. 68 BGG ein gesonderter Tarif.²⁵ Die Kantone und Gerichte haben die gleichen Reduktionsgründe wie bei den Gerichtskosten zu berücksichtigen, um in der Folge eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.²⁶

Anwälte, die sich selbst vor Gericht vertreten bzw. dort in eigener Sache handeln, können grundsätzlich keine Parteientschädigung für sich selbst beanspruchen. Diese Praxis hat zur Folge, dass ein Anwalt im Prinzip seine von ihm verfasste Rechtsschrift seinem Bürokollegen zur Unterschrift vorlegen und von ihm pro forma vertreten werden muss, um eine Parteientschädigung zu erhalten.²⁷

¹⁵ Vgl. z.B. BGE 139 III 334 E. 3.2.

¹⁶ Vgl. FRANCESCA PESENTI, Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel, Basel 2017, N 16 ff.; ADRIAN URWYLER/MYRIAM GRÜTTER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE Komm.-Verfasser), Art. 96 ZPO N 8; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 96 N 2, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomm. 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO ZPO-Verfasser).

¹⁷ Vgl. RICHARD KUSTER, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Stämpflis Handkommentar, Bern 2010 (zit. SHK ZPO-Verfasser), Art. 95 N 3; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2013, § 16 N 9.

¹⁸ Vgl. ZPO Komm.-JENNY (FN 12), Art. 108 N 3 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 17), § 16 N 39.

¹⁹ Vgl. BK-STERCHI (FN 12), Art. 95 ZPO N 10 ff.

²⁰ Art. 58 Abs. 1 ZPO.

²¹ Vgl. BGE 140 III 444 E. 3.2: Der Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung nach Art. 99 ZPO muss nicht beziffert werden; sinngemäss muss dies auch für die Bezifferung einer Parteientschädigung gelten.

²² Vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO), 7296; DHEDEN C. ZOTSANG, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, Zürich 2015, 184.

²³ SHK ZPO-KUSTER (FN 17), Art. 95 N 8; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 17), § 16 N 12; ZOTSANG (FN 22), 12.

²⁴ Vgl. Botschaft ZPO (FN 22), 7292; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 17), § 16 N 15.

²⁵ Vgl. FN 14.

²⁶ Vgl. KUKO ZPO-SCHMID (FN 16), Art. 96 N 12 ff.

²⁷ Vgl. BGer, 2C_807/2008, 19.6.2009, E. 4.3; 4A_216/2011, 11.11.2011, in fine; 2C_704/2016, 6.1.2017, E. 3.6; gemäss BGer, 5P.373/2005, 31.5.2006, E. 4, scheint zumindest in Ausnahmefällen, wenn der in eigener Sache handelnde Anwalt selbstständig erwerbend ist und aufgrund des Prozesses besonders hohe Aufwände hat, ein Anspruch auf Parteientschädigung nicht ganz ausgeschlossen zu sein; BSK BGG-GEISER, Art. 68 N 5a, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2011 (zit. BSK BGG-

Der Anspruch auf Parteientschädigung wird im Normalfall vom Gericht zugunsten einer Partei und nicht an deren Vertreter verfügt. Falls die Partei mittels unentgeltlicher Rechtspflege zugleich unentgeltlich verbeiständet ist, wird die Parteientschädigung dem Vertreter zugesprochen.²⁸

1. Ersatz notwendiger Auslagen

Notwendige Auslagen, welche im direkten Zusammenhang mit der Verfahrenseinleitung stehen, werden grundsätzlich entsprechend dem Parteiantrag im Rahmen der Parteientschädigung ersetzt. Darunter fallen etwa übliche Ausgaben, Reisespesen, Fernmeldedienstleistungen, Versandkosten, Kopierauslagen der Parteien oder von dessen Vertreter als auch Aufwendungen zur Beschaffung von notwendigen Beweismitteln (vgl. Art. 150 Abs. 2 ZPO) oder zur Übersetzung von Urkunden sowie für Nachweise ausländischen Rechts i.S.v. Art. 16 Abs. 1 IPRG^{29,30} Aufwände für Privatgutachten oder spezialisierte Beratungen werden auf deren Notwendigkeit, Zweckdienlichkeit und Angemessenheit hin besonders geprüft.³¹ Hingegen gelten die Betreuungskosten sowie Kanzleiunkosten – etwa die Beschaffung von Literatur – nicht als notwendige Auslagen i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO und werden folglich nicht ersetzt.³²

2. Kosten einer berufsmässigen Vertretung

Unter die Parteientschädigung i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO werden das Honorar und die Auslagen des berufsmässigen Vertreters sowie die darauf anfallende Mehrwertsteuer subsumiert.³³ Vertretungskosten sind zu entschädigen, wenn sie durch die Interessenwahrung im fraglichen Prozess entstanden und damit kausal sind. Auch diese Kosten stellen «Auslagen» i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO dar und sind damit hinsichtlich ihrer Erstattbarkeit auch gleich zu behandeln, wurden im In-

teresse der Transparenz aber als eigenständige Aufzählung im Gesetz ausdrücklich erwähnt.³⁴ Dies führt zur Problematik, ob das in Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO genannte Kriterium der Notwendigkeit beim Bestand oder bei der Festsetzung der Höhe der Kosten der berufsmässigen Vertretung relevant sein kann. Mit dieser Frage setzte sich das Bundesgericht im Urteil 5A_391/2017 vom 13. Februar 2018 einlässlich auseinander,³⁵ worauf in den nachfolgenden Ausführungen eingegangen wird. Für die Tarife der berufsmässigen Vertreter sind wiederum im Geltungsbereich der ZPO die Kantone zuständig (Art. 96 ZPO), wobei das zuständige Gericht die Tarife auch für ausserkantonale Anwälte bestimmt.³⁶ Vergütet werden nur die objektiv gebotenen Arbeitsleistungen des Vertreters, welche in direktem Zusammenhang mit der üblichen Vorbereitung sowie Durchführung des Verfahrens stehen.³⁷ So werden etwa vorprozessuale Vergleichsverhandlungen nicht als Prozessaufwand vergütet, finden sie doch ausserhalb des Prozesses statt und können folglich nicht als Prozesskosten qualifiziert werden.³⁸ Dabei bemisst das Gericht die Parteientschädigung unter Berücksichtigung allfälliger Herabsetzungsgründe hinsichtlich des individuellen Aufwands und der Schwierigkeit des Falles.³⁹

Im Schlichtungsverfahren wird grundsätzlich keine Parteientschädigung gesprochen (Art. 113 Abs. 1 ZPO); dies ist bei der Kostenverlegung nach Art. 207 ZPO zu berücksichtigen. Ein Gericht kann indes in seinem Urteil die Aufwände für das vorangegangene Schlichtungsverfahren nachträglich in der Festsetzung der Parteientschädigung berücksichtigen.⁴⁰

3. Wer gilt als berufsmässige Vertretung?

Art. 68 ZPO definiert die Zulässigkeit einer vertraglichen Vertretung im Geltungsbereich der ZPO; vor Bundesgericht gilt Art. 40 BGG. Als berufsmässige Vertreter gelten nach Art. 68 Abs. 2 ZPO (lit. a) kantonal registrierte Anwältinnen und Anwälte i.S. des Anwaltsgesetzes vom 23. Juni 2000 sowie nicht registrierte gemäss Art. 3 Abs. 2 BGFA^{41,42} (lit. b) nach kantonalem Recht paten-

Verfasser). Für das Bundesverwaltungsverfahren ist es immerhin denkbar, dass ein in eigener Sache handelnder Anwalt bei Vorliegen spezieller Verhältnisse eine Parteientschädigung beanspruchen kann; vgl. BGer, 1C_233/2015, 5.10.2015, E. 3.1 ff.

²⁸ Vgl. Art. 64 BGG; siehe auch BGer, 8C_210/2016, 24.8.2016, mit Hinweisen.

²⁹ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

³⁰ Vgl. Botschaft ZPO (FN 22), 7292 f.; DIKE Komm.-URWYLER/GRÜTTER (FN 16), Art. 95 ZPO N 18.

³¹ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 95 N 17; DIKE Komm.-URWYLER/GRÜTTER (FN 16), Art. 95 ZPO N 20.

³² Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 95 N 17.

³³ Vgl. BK-STERCHI (FN 12), Art. 95 ZPO N 12.

³⁴ Vgl. Botschaft ZPO (FN 22), 7292 f.

³⁵ Vgl. BGer, 5A_391/2017, 13.2.2018 (zur Publikation vorgesehen).

³⁶ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 95 N 18.

³⁷ Vgl. BK-STERCHI (FN 12), Art. 95 ZPO N 13.

³⁸ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 95 N 20.

³⁹ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 95 N 18; ZOTSANG (FN 22), 61 ff.

⁴⁰ Vgl. BGE 141 III 20, in: Pra 2015, Nr. 85.

⁴¹ Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61).

⁴² Vgl. Botschaft ZPO (FN 22), 7279.

tierte Sachwalterinnen und Sachwalter; (lit. c) gewerbmässige Vertreterinnen und Vertreter nach Art. 27 SchKG in summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO und (lit. d) beruflich qualifizierte Vertreter vor Miet- und Arbeitsgerichten.⁴³ Als berufsmässige Vertreter gelten ebenfalls kantonal zugelassene Rechtspraktikanten, sofern dies im entsprechenden Kanton vorgesehen ist,⁴⁴ oder Berufsleute, etwa die Rechtsagenten des Kantons St. Gallen, die für bestimmte Zivil- und Strafprozesse ebenfalls im Monopolbereich tätig sein dürfen.⁴⁵

Anwälte, die innerhalb des Anwaltsmonopols prozessierend tätig sind, müssen die Voraussetzungen des Anwaltsrechts erfüllen. Falls sie beispielsweise für eine Partei unter Vorliegen eines Interessenkonflikts i.S.v. Art. 12 BGFA tätig sind,⁴⁶ wird das zuständige Gericht nicht nur die Parteientschädigung nicht zusprechen, sondern Rechtsschriften des Anwalts von Amtes wegen gar nicht berücksichtigen können;⁴⁷ zusätzlich kann dies disziplinarische Konsequenzen haben.⁴⁸ Wenn zudem ein unbefugter Anwalt Rechtsschriften einreicht, könnte ein Gericht diesem Anwalt sogar Verfahrenskosten auferlegen.⁴⁹ Das Bundesgericht hat diesbezüglich auch entschieden, dass die gesetzlichen Vorgaben zur Vermeidung der Interessenkonflikte nicht nur im Gerichtsverfahren innerhalb des Anwaltsmonopols zu beachten sind, sondern bereits im vorangehenden Schlichtungsverfahren.⁵⁰

4. Grundsätzliches zur Honorarnote

Eine Parteientschädigung kann aufgrund der Dispositionsmaxime auf entsprechenden Antrag der Parteien zugesprochen werden.⁵¹ Nach Art. 105 Abs. 2 ZPO steht es

den Parteien aber frei, ob sie eine Kostennote zur Bezifferung ihres Aufwandes einreichen wollen. Wird durch den blossen Antrag «unter Kostenfolge» auf die Bezifferung verzichtet, so hat das Gericht die Entschädigung aufgrund des kantonalen Tarifs festzusetzen.⁵² Bei Geltendmachung notwendiger Auslagen (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO) sowie einer allfälligen Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO) sind diese jedoch spätestens anlässlich der Hauptverhandlung zu beziffern, da sich deren Höhe – im Gegensatz zu den Kosten der berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO) – nicht aus den pauschalen Tarifen der kantonalen Tarife ableiten lassen.⁵³

Sofern sich eine Partei für die Einreichung einer Kostennote entscheidet, ist zu empfehlen, die einzelnen geleisteten Arbeitsschritte anzugeben sowie den dafür angefallenen Zeitaufwand und den Stundenansatz zu spezifizieren. Diese substantiierte Aufschlüsselung bildet die Grundlage für die ermessensweise Beurteilung der Arbeiten und somit der Festlegung der Entschädigung innerhalb der Tarifverordnung durch das Gericht.⁵⁴ Die Einreichung einer spezifizierten Kostennote hat folglich zur Auswirkung, dass sich das Gericht mit dieser auseinandersetzen muss und dass es bei Abweichung bzw. Kürzung der geltend gemachten Aufwände dies zu begründen und dabei kurz die wesentlichen Überlegungen zu nennen hat.⁵⁵ Eine spezifizierte Kostennote sollte so ausgestaltet sein, dass der hinter dem geltend gemachten Zeitaufwand stehende Arbeitsschritt erkannt und so das Gericht hieraus, gestützt auf die Akten, die Notwendigkeit der einzelnen Prozesshandlungen nachvollziehen kann. Falls das Gericht die einzelnen Prozesshandlungen nicht nachvollziehen kann, riskiert der Anwalt eine Kürzung der Parteientschädigung.⁵⁶

5. Exkurs: Umtriebsentschädigung

Eine nicht anwaltlich vertretene Partei, also eine natürliche oder juristische Person, die ihren Prozess selbst führt, hat in begründeten Fällen – nebst dem Ersatz der notwendigen Auslagen – Anrecht auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO).⁵⁷ Diese ist in erster Linie für den Verdienstaufschlag der selbständig er-

⁴³ Vgl. DIKE Komm.-URWYLER/GRÜTTER (FN 16), Art. 95 ZPO N 24.

⁴⁴ Vgl. BSK ZPO-TENCHIO (FN 13), Art. 68 N 9.

⁴⁵ Vgl. Art. 11 des Anwaltsgesetzes des Kantons St. Gallen (AnwG; sGS 963.70).

⁴⁶ Vgl. das Beispiel in BGer, 2C_518/2009, 9.2.2010: Ein Anwalt war im gleichen Sachverhalt bereits als Notar tätig und befand sich somit in einem Interessenkonflikt i.S.v. Art. 12 lit. c BGFA.

⁴⁷ Vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 60 und Art. 68 Abs. 2 ZPO; BSK BGG-MERZ (FN 27), Art. 40 N 32 ff.

⁴⁸ Vgl. Art. 12 lit. c BGFA; BGer, 2C_518/2009, 9.2.2010; BSK BGG-MERZ (FN 27), Art. 40 N 32 ff.

⁴⁹ Vgl. BSK BGG-MERZ (FN 27), Art. 40 N 39.

⁵⁰ Vgl. BGer, 2A.594/2004, 28.10.2004, E. 1.3; RENÉ STRAZZER, Die anwaltliche Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat – einige Streiflichter aus der Praxis, *successio* 2014, 113 ff., 115.

⁵¹ Dies im Gegensatz zum Verfahren vor Bundesgericht, in welchem kein Antrag vorausgesetzt wird; vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 17), § 16 N 34; KUKO ZPO-SCHMID (FN 16), Art. 105 N 2.

⁵² Vgl. DIKE Komm.-URWYLER/GRÜTTER (FN 16), Art. 105 ZPO N 6; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 17), § 16 N 34.

⁵³ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 17), § 16 N 34.

⁵⁴ Vgl. KUKO ZPO-SCHMID (FN 16), Art. 105 N 4.

⁵⁵ Vgl. DIKE Komm.-URWYLER/GRÜTTER (FN 16), Art. 105 ZPO N 11; BGer, 5D_45/2009, 26.6.2009, E. 3.1.

⁵⁶ Vgl. analog BVGer, B-7262/2015, 19.4.2017, E. 2.3.

⁵⁷ Vgl. ZOTSANG (FN 22), 22.

werbenden Person gedacht.⁵⁸ Der Bundesrat argumentiert: «Eine Entschädigung für die aufgewendete Zeit ist grundsätzlich nur bei selbständig Erwerbenden, welche wegen der Prozessführung (des Inkassos) auf gewinnbringende Aufträge verzichten mussten, denkbar. Wird dagegen in einem Unternehmen eigenes Personal im Rechtsdienst (für das Inkasso) beschäftigt, fehlt es regelmässig an einer dem einzelnen Schuldner zurechenbaren Vermögensverminderung, da die Lohnkosten unabhängig von der konkreten Forderung zu bezahlen sind.»⁵⁹ Diese Aussage ist aus ökonomischer Sicht falsch. Es macht sehr wohl einen Unterschied, ob der Rechtsdienst einer Unternehmung sich mit dem Tagesgeschäft befassen kann oder ob es sich neben dem Tagesgeschäft mit einer zusätzlichen Aufgabe – dem Inkasso – beschäftigt. Dadurch entstehen Opportunitätskosten, denn die für das Inkasso aufgewendete Zeit könnte sinnvoller, z.B. für Aktivitäten, die für die eigene Unternehmung wertschöpfend wirken (etwa beim Aufbau neuer Geschäftsfelder), eingesetzt werden.

Juristische Personen, welche sich selbst mit hauseigenen Anwälten vertreten, haben in begründeten Fällen Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung.⁶⁰ Dasselbe gilt für einen in eigener Sache prozessierenden Anwalt, welcher zumindest für seine Unkosten eine Umtriebsentschädigung geltend machen kann.⁶¹ Das Bundesgericht hält nach aktueller Praxis im Bundesverwaltungsverfahren eine Parteientschädigung beim in eigener Sache handelnden Anwalt nur ausnahmsweise, bei Vorliegen spezieller Verhältnisse, also wenn besonders hohe Aufwände gegeben sind, für gerechtfertigt. Das scheint allerdings nur auf Ausnahmefälle zuzutreffen und entspricht (leider) nicht der Parteientschädigungspraxis im Zivilprozess.⁶²

Zu beachten ist, dass die Höhe der geltend gemachten Umtriebsentschädigung sowie die Auslagen nach Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO aufgrund der Dispositionsmaxime spätestens anlässlich der Hauptverhandlung von der sie verlangenden Partei zu beziffern sowie sachlich zu begründen sind (Art. 58 Abs. 1 ZPO).⁶³ Das Zusprechen einer angemessenen Umtriebsentschädigung liegt

im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts, wobei kantonale Tarife üblicherweise eine Reduktion vom ordentlichen Anwaltshonorar vorsehen.⁶⁴ Diese Umtriebsentschädigung beträgt sodann meist nur einen Bruchteil der Anwaltsentschädigung und ist dadurch bei weitem nicht kostendeckend. Kritisch bemerkt ist diese Regelung gerade für juristische Personen mit eigenem Rechtsdienst unbefriedigend. Ist es doch durchaus vorstellbar, dass ein prozesserfahrener Inhouse-Counsel aufgrund seiner vertieften Kenntnisse der Unternehmung gepaart mit allfälligem technischem Verständnis für die Vertretung in einem individuellen Rechtsstreit für die gerichtliche Durchsetzung der unternehmerischen Ansprüche am besten geeignet wäre. Dadurch müsste das Unternehmen aber auf eine angemessene Parteientschädigung verzichten. Durch die Zuhilfenahme eines externen Rechtsanwalts, welcher unter Umständen extensiv durch den Inhouse-Counsel zu instruieren ist, entstehen der Unternehmung auch aus ökonomischer Sicht weit höhere Kosten, für welche sie abhängig vom Prozessausgang das Kostenrisiko zu tragen hat. Dadurch entsteht für Unternehmungen ein Paradoxon: Will man die Vertretungskosten als Parteientschädigung ersetzt haben und nicht bloss eine Umtriebsentschädigung für den internen Rechtsdienst, muss man einen beruflichen Vertreter beiziehen. Gleichzeitig liefe man dadurch Gefahr, dass ein Gericht die externe Vertretung als nicht notwendig einstuft und trotzdem lediglich eine Umtriebsentschädigung zuspricht. Rechtlich handelt es sich wegen der Differenztheorie jedoch um keinen Schaden, fehlt es regelmässig an einer dem einzelnen Schuldner zurechenbaren Vermögensverminderung, da die Lohnkosten des Inhouse-Counsels unabhängig von der konkreten Forderung zu bezahlen sind. Wenn ein Inhouse-Counsel einen Rechtsstreit selbst vertreten muss, ist aber auch hier zu berücksichtigen, dass er in diesem Fall weniger Zeit hat, anderen wertschöpfenden Tätigkeiten für die Unternehmung nachzugehen. Entsprechend entstehen hier Opportunitätskosten, die es zu berücksichtigen gilt, wenn eine Unternehmung abwägt, ob sie für einfache Fälle einen externen Anwalt einsetzen will oder diese Fälle lieber selbst erledigt.

E. Festsetzung und Auferlegung der Prozesskosten

Der Kostenentscheid der kantonalen Gerichte umfasst die Festsetzung und Verteilung der Gerichtskosten (Art. 105

⁵⁸ Vgl. Botschaft ZPO (FN 22), 7293; BK-STERCHI (FN 12), Art. 95 ZPO N 15; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 95 N 21; ZOTSANG (FN 22), 24.

⁵⁹ Vgl. Bundesrat, Rahmenbedingungen der Praktiken von Inkassounternehmen, Bericht des Bundesrates vom 22. März 2017 in Erfüllung des Postulates Comte 12.3641 vom 15. Juni 2012, 13, Internet: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-03-22/ber-br-d.pdf> (Abruf 9.7.2018).

⁶⁰ Vgl. KUKO ZPO-SCHMID (FN 16), Art. 95 N 33.

⁶¹ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 95 N 21.

⁶² Vgl. BGer, 1C_233/2015, 5.10.2015, E. 3.1 ff.; vgl. auch die Hinweise in FN 27.

⁶³ Vgl. SHK ZPO-FISCHER (FN 17), Art. 105 N 5.

⁶⁴ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 95 N 22; ZOTSANG (FN 22), 25.

Abs. 1 ZPO) sowie die Zuspreehung der Parteientschädigung gemäss den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 104 ff. ZPO.⁶⁵ Die Bestimmung der Höhe der Prozesskosten liegt in der Tarifhoheit der Kantone und bemisst sich nach dem Kanton des Gerichtsortes (Art. 95 Abs. 2 und Art. 96 ZPO).⁶⁶ Zur Bemessung der Gerichtskosten gilt grundsätzlich ein Pauschalsystem, sie werden i.S. der *Offizialmaxime* von Amtes wegen verteilt.⁶⁷ Die Parteientschädigung für kantonale Verfahren ist nur infolge eines entsprechenden Parteiantrags zuzusprechen (Art. 58 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 Abs. 2 ZPO).⁶⁸ Neben verfassungsmässigen Grundsätzen wird die kantonale Tarifhoheit zudem durch bundesrechtliche Vorgaben beschränkt.⁶⁹ So sind Prozesskosten im Schlichtungsverfahren für gewisse Verfahren explizit ausgeschlossen (Art. 113 ff. ZPO).⁷⁰

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt.⁷¹ Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang der Hauptsache verteilt. So hat die unterliegende Partei die Prozesskosten, mithin auch die Parteientschädigung der obsiegenden Partei, zu tragen.⁷² Dabei wird das Unterliegen der Partei entsprechend dem prozentualen Erfolg ihres Rechtsbegehrens vor Gericht bemessen.⁷³ Von diesem Grundsatz der Kostenverteilung sind verschiedentlich Abweichungen und Ausnahmen vorgesehen, die es dem Kanton oder dem Gericht erlauben, die Prozesskosten gemäss Art. 107 Abs. 1 ZPO nach Ermessen zu verlegen.⁷⁴ Zudem sind unnötige Prozesskosten, welche ohne sachlichen Grund durch die Parteien oder durch Dritte verursacht wurden,⁷⁵ nach dem Verursacherprinzip zu verteilen (Art. 108 ZPO).⁷⁶

Bei der Festsetzung der Parteientschädigung gestützt auf den anwendbaren Tarif kommt es vor, dass das Gericht die Anzahl Seiten der notwendigen Rechtsschriften mit einem bestimmten Stundenansatz multipliziert. Das kann beispielsweise so geschehen, dass die Anzahl Seiten der notwendigen Rechtsschriften (bei manchen Gerichten abzüglich Titelblatt mit Rubrum und Beweismittelverzeichnis) mal CHF 100 (oder mit einem höheren Ansatz) multipliziert werden. Ein höherer Ansatz kann unseres Erachtens bei qualitativ hochstehenden und konzisen Rechtsschriften angemessen sein, da qualitativ hochstehende und sich aufs Wesentliche beschränkende Rechtsschriften das Verfahren vereinfachen und beschleunigen sowie für die Gegenseite und das Gericht die Arbeitsaufwände insgesamt reduzieren. Wenn Gerichte hohe (fast schon überspitzt formalistische) Anforderungen an die Substantiierung von Tatsachenbehauptungen stellen, macht dies ausführliche Rechtsschriften erforderlich. Entsprechend ist bei einer strengen Substantiierungspraxis zu berücksichtigen, ob ausführliche Darlegungen des Anwalts für den Prozess notwendig sind.

Wenn die Verfahrensleitung mehrere Schriftenwechsel anordnet und durchführt, sind Aufwände für solche Rechtsschriften ebenfalls zu entschädigen.⁷⁷

Falls eine Partei weitschweifige Rechtsschriften oder zahlreiche unaufgeforderte Stellungnahmen in Ausübung des unbedingten Replik-Rechts nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK⁷⁸ einreicht, kann ein Gericht dazu veranlasst werden, dies als unnötige Aufwände zu qualifizieren und entsprechend die Parteientschädigung zu reduzieren.⁷⁹ Falls Noven zu spät eingereicht werden und dadurch unnötige Aufwände entstehen, ist eine Kürzung der Parteientschädigung ebenfalls gerechtfertigt.

Weiter hält Art. 115 ZPO fest, dass bei böser oder mutwilliger Prozessführung die Gerichtskosten auch in unentgeltlichen Verfahren einer Prozesspartei auferlegt werden können.⁸⁰ So können die Gerichte die Belastung der Prozesskosten gemäss einer einzelfallweisen Gerechtigkeit zu Gunsten der unterlegenen und zu Lasten der obsiegenden Partei verschoben werden.⁸¹ Damit steht den Gerichten ein weitreichendes Instrumentarium zur Verfügung, um Kosten unnötiger und damit nicht notwendiger Aufwendungen nicht zu ersetzen. Zu Recht ist das Kri-

⁶⁵ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 105 N 1 f.; KUKO ZPO-SCHMID (FN 16), Art. 104 N 1.

⁶⁶ Vgl. Botschaft ZPO (FN 22), 7292 f.; KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. A., Bern 2010, § 37 N 4.

⁶⁷ Vgl. PESENTI (FN 16), 6; ZOTSANG (FN 22), 183.

⁶⁸ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 105 N 2; ZOTSANG (FN 22), 11.

⁶⁹ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 96 N 2.

⁷⁰ Vgl. SHK ZPO-KUSTER (FN 17), Art. 96 N 6; PESENTI (FN 16), 23 ff.

⁷¹ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 106 N 1; DIKE Komm.-URWYLER/GRÜTTER (FN 16), Art. 106 ZPO N 1.

⁷² Vgl. SHK ZPO-FISCHER (FN 17), Art. 106 N 5.

⁷³ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 106 N 8; KUKO ZPO-SCHMID (FN 16), Art. 106 N 4.

⁷⁴ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 13), Art. 107 N 2 ff.

⁷⁵ Vgl. SHK ZPO-FISCHER (FN 17), Art. 108 N 5.

⁷⁶ Vgl. BK-STERCHI (FN 12), Art. 108 ZPO N 1 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 17), § 16 N 39.

⁷⁷ Vgl. BGer, 8C_278/2017, 29.6.2017, E. 6.2.

⁷⁸ Vgl. BGE 138 I 157 E. 2.3.3; 137 I 197 E. 2.3.1; 133 I 102 E. 4.3-4.7.

⁷⁹ Vgl. analog BVGer, B-3170/2017, 20.3.2018, E. 4.2.

⁸⁰ Vgl. KUKO ZPO-SCHMID (FN 16), Art. 95 N 15; ZOTSANG (FN 22), 38.

⁸¹ Vgl. KGer BL, 410 12 358, 12.2.2013, E. 3.2.

terium der Notwendigkeit aber einzig auf die einzelnen Arbeitsschritte, sprich auf die Bestimmung der Höhe der Parteientschädigung und nicht auf die Vertretung an sich (Bestimmung des Bestandes), anzuwenden.

F. Fehlerhafte Festsetzung der Prozesskosten

Wenn das Gericht den kantonalen Tarif zur Bestimmung der Gerichts- oder Parteientschädigung fehlerhaft anwendet, ist dies mit einem Rechtsmittel nach ZPO (Beschwerde oder Berufung) geltend zu machen. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten, wie dies die Streitigkeit um eine Parteientschädigung oder die Höhe einer solchen darstellt, ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000 beträgt.⁸² Wenn einzig die Parteientschädigung angefochten wird, dürfte mangels Erreichen des erforderlichen Streitwerts nur die Beschwerde als Rechtsmittel zur Verfügung stehen.⁸³ Wenn die Parteientschädigung zusammen mit dem restlichen Urteil angefochten wird, sind die Voraussetzungen für die Berufung in der Regel eher erfüllt.

Bei der fehlerhaften Anwendung des kantonalen Tarifs handelt es sich um eine Rechtsverletzung; falls das kantonale Gericht die Anzahl Stunden falsch feststellt, ist ein Sachverhaltsfehler gegeben.⁸⁴ Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung des kantonalen Tarifs sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (z.B. von der Honorarnote falsch abgelesene Anzahl Stunden) geltend gemacht werden.⁸⁵ Die von der Honorarnote falsch abgelesene Anzahl Stunden ist als eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung zu qualifizieren und kann auch mit der Beschwerde geltend gemacht werden.⁸⁶

Wenn die Anzahl Stunden offensichtlich auch von der letzten kantonalen Instanz falsch zusammengezählt wurde, muss dies vor Bundesgericht mittels Beschwerde korrigiert werden. Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhaltes nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Nach Art. 105 Abs. 1 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den

die Vorinstanz festgestellt hat. Das Bundesgericht kann aber auch die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG beruht. Das Bundesgericht kann eine Verletzung des kantonalen Erlasses, der für die Bemessung der Parteientschädigung anwendbar ist, nur im Zusammenhang mit einer Grundrechtsverletzung und mit einer Willkürüge i.S.v. Art. 9 BV überprüfen.⁸⁷

III. Empfehlungen für die Praxis

Mit dem Urteil des Bundesgerichts 5A_391/2017 vom 13. Februar 2018 wurde die Rechtssicherheit im Zusammenhang mit der Parteientschädigung erhöht. Das ist für Privatpersonen, juristische Personen sowie öffentlich-rechtliche Anstalten bei der Führung von Zivilprozessen relevant, sofern sie über juristische Kenntnisse verfügen. Diese Personenkreise sahen sich bis anhin latent der Gefahr ausgesetzt, selbst bei Obsiegen die Vertretungskosten nicht ersetzt zu erhalten. Das neue Urteil des Bundesgerichts deutet daraufhin, dass Prozessparteien in Zukunft die massgeblichen Prozesskosten bzw. das Risiko der Kostenverteilung vor Prozessbeginn eher abschätzen können. Insbesondere stellt sich die Frage betreffend die Überprüfung der «Notwendigkeit der berufsmässigen Vertretung an sich» nicht mehr. Für die Gerichte bleibt dadurch im Zuge der Festlegung der Entschädigung einer berufsmässigen Vertretung einzig die Frage, welche Dienstleistungen entsprechend dem Prozess sachlich begründet sowie objektiv notwendig und folglich entsprechend zu entschädigen sind.

Insbesondere für juristische Personen mit eigenem Rechtsdienst ist dies zu begrüssen, da dadurch der Anspruch auf eine Parteientschädigung bei Bestellung eines beruflichen Vertreters im Falle des Obsiegens bestätigt wurde. Das Bundesgericht hielt zu Recht fest, dass für eine vorprozessuale, individuelle Evaluation der Notwendigkeit einer Vertretung in einem anstehenden Zivilprozess keine gesetzlichen Kriterien bestehen. Dies ist schon daher einleuchtend, da der Verlauf und die Wendungen eines Prozesses oftmals nicht vorhersehbar sind und damit auch die Komplexität der aufkommenden Rechtsfragen nicht abgeschätzt werden kann. Dies gilt auch für die «einfacheren Verfahren» – insbesondere für die Summarverfahren – und nicht lediglich für das ordentliche Verfahren. In diesen Verfahren stellen die erstinstanzlichen

⁸² Vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO.

⁸³ Vgl. Art. 319 ZPO.

⁸⁴ Vgl. Art. 310 und Art. 320 ZPO.

⁸⁵ Vgl. Art. 310 ZPO.

⁸⁶ Vgl. Art. 320 ZPO.

⁸⁷ Vgl. Art. 95 BGG; BGE 134 I 158 E. 4.2.2.

Gerichte meist sehr hohe Anforderungen an den ersten Schriftsatz, in welchem grundsätzlich bereits sämtliche Vorbringen auszuführen sind.⁸⁸ Das gilt umso mehr, da einige Gerichte hohe (oder zu hohe) Anforderungen an die Substantiierung der Tatsachen stellen, die selbst für erfahrene Parteien zum unerwarteten Stolperstein vor Gericht werden können.⁸⁹

Für den Rechtsuchenden bestand bis anhin insofern ein Dilemma, ob die Notwendigkeit einer Vertretung aufgrund der Einfachheit einer Streitsache nachträglich verneint würde oder ob er gut daran tut, sich bereits von Beginn an beruflich vertreten zu lassen. Eine solche *ex ante* vorzunehmende Einschätzung der Komplexität eines bevorstehenden Zivilprozesses kann der rechtsuchenden Partei nicht zugemutet werden. Indem das Bundesgericht sich einzig für die Berücksichtigung der Notwendigkeit bei der *Ex-post*-Beurteilung der durch die berufliche Vertretung erbrachten Arbeitsleistungen ausspricht, hat es diese Problematik entschärft. Juristische Personen mit eigenem Rechtsdienst sind daher gut beraten, insbesondere aufgrund ihrer teils beschränkten prozessrechtlichen Kenntnisse, einen beruflichen Vertreter für die gerichtliche Durchsetzung beizuziehen.

Weiter führt die aktuelle Rechtslage, die mit dem Urteil des Bundesgerichts 5A_391/2017 vom 13. Februar 2018 geschaffen wurde, zu einer höheren Erwartungssicherheit auf Seiten der Anwaltschaft. Einerseits ist die Zusprache einer Parteientschädigung für erbrachte Dienstleistungen im Falle des Obsiegens zuverlässiger, andernfalls das effektive Kostenrisiko eines Prozesses auch dem Rechtsvertreter überbunden würde. Dieses Risiko ist freilich nur dann vorhanden, wenn der Anwalt nicht auf Basis eines Kostenvorschusses arbeitet, der Anwalt sich den Anspruch auf die künftige Parteientschädigung abtreten lässt und der Klient nicht zahlungsfähig ist. Andererseits ermöglicht die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung die verlässlichere Beratung der Mandantschaft hinsichtlich des durch einen Zivilprozess anfallenden Kostenrisikos, zumal der unvorhersehbare Faktor, ob das Gericht eine Streitsache als genügend komplex für die Zusprache einer Parteientschädigung hält, wegfällt.

IV. Fazit

Jede prozessfähige Partei kann sich im Prozess vertreten lassen (Art. 68 Abs. 1 ZPO). Im Unterschied zur unent-

geltlichen Prozessvertretung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) ist nicht vorausgesetzt, dass der Rechtsbeistand im rechtlichen Sinne «notwendig» ist. Dasselbe ergibt sich aus Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO, wonach die Kosten einer berufsmässigen Vertretung bzw. die Anwaltskosten, welche unter die «notwendigen Auslagen» i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO subsumiert werden, gesondert aufgeführt sind. So ist der Nachweis, dass die anwaltliche Vertretung an sich notwendig war, nicht zu erbringen. Voraussetzung ist einzig, dass die Aufwendungen durch die Interessenwahrung im betreffenden Prozess entstanden und somit kausal gewesen sind. Weiter hat eine anwaltlich vertretene Partei bei prozessuellem Obsiegen Anspruch auf eine Entschädigung für ihre Anwaltskosten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Lediglich die Höhe der Entschädigung liegt im Ermessen der Kantone und ist von den kantonalen Gerichten nach den anwendbaren Tarifverordnungen zuzusprechen (Art. 96 ZPO). Unter diesem Gesichtspunkt kann das Gericht sodann das Kriterium der «Notwendigkeit» auf die einzelnen Arbeitsschritte zur Anwendung bringen und unnötig erbrachte Arbeitsleistungen als nicht entschädigungsfähig einstufen, was sich mit der Regelung zur Tragung unnötiger Prozesskosten von Art. 108 ZPO deckt. Es ist zu beachten, dass auch bei einfachen Verfahren mit tiefem Streitwert durch die berufsmässige Vertretung gewisse Kosten anfallen. Der Rechtsbeistand hat den Sachverhalt stets gewissenhaft zu überprüfen und sorgfältig vorzugehen. Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dass ein Zeitaufwand von einer halben Stunde – selbst in einfachen Fällen – für eine seriöse Mandatsführung nicht verhältnismässig sei.⁹⁰

Das Bundesgericht hat mit dem Urteil 5A_391/2017 vom 13. Februar 2018 Rechtssicherheit bezüglich der Festsetzung der Parteientschädigung geschaffen. Das ist positiv für rechtsuchende Parteien mit juristischem Know-how wie Inkassobüros, Banken oder Versicherungen sowie Firmen mit Inhouse-Counsels. Diese Parteien verfügen bereits über ein gewisses rechtliches Know-how, haben aber trotzdem ein unbedingtes Recht auf anwaltliche Vertretung (Art. 68 Abs. 1 ZPO). Dieses Recht wurde zwar nie formell eingeschränkt, aber dank der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts haben diese Parteien nun klarerweise auch einen Anspruch auf Parteientschädigung. Dies ist insbesondere zu begrüssen, da auch in einfacheren Fällen die Prozesschancen durch den Beizug einer Fachperson als Vertreter regelmässig verbessert werden. Weiter ist mit zunehmender Komplexität

⁸⁸ Vgl. die Ausnahmen in Art. 229 und Art. 317 Abs. 1 ZPO.

⁸⁹ Vgl. das Beispiel in BGer, 4A_284/2017, 22.1.2018.

⁹⁰ BGer, 5A_391/2017, 13.2.2018 (zur Publikation vorgesehen), E. 3.6.

der Rechtsgebiete und Sachverhalte heute kaum noch ein Jurist in allen Gebieten Fachspezialist. Zudem verfügen Inhouse-Counsels oft nicht über Erfahrung in der Prozessführung. So wird der höchstrichterliche Entscheid von den Autoren befürwortet, weil der verfassungsmässigen Waffengleichheit besser entsprochen wird und es jeglichen Prozessparteien gleich lange Spiesse gewährt. Zu guter Letzt ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass sich ein auf den ersten Blick «einfacher Fall» auf den zweiten Blick als komplex erweisen kann. Das hängt damit zusammen, dass Prozesse zum Teil ihre Überraschungen und Zufälle mit sich bringen. Die Beurteilung der Komplexität eines Falles ist gelegentlich nicht nur für berufsmässige Rechtsvertreter schwierig, sondern auch für berufsmässig handelnde Spezialisten eines Rechtsdienstes. Entsprechend ist die aktuelle Rechtslage, die durch das Bundesgericht mit dem Urteil 5A_391/2017 vom 13. Februar 2018 geschaffen wurde, zu begrüssen.