

ZK 14 31, publiziert Januar 2015

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 21. Oktober 2014

Besetzung

Oberrichterin Pfister Hadorn (Referentin), Oberrichter Studiger und Oberrichter Josi
Gerichtsschreiber Bettler

Verfahrensbeteiligte

A.,

Beschwerdeführer

und

Regionalgericht Berner Jura-Seeland,

Vorinstanz

X.,

Betroffener

Gegenstand

Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters

Regeste:

- *Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO, Art. 42 KAG; Berechnung der angemessenen Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters.
Darlegung, wie die angemessene Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters gestützt auf Art. 42 KAG zu bestimmen ist (E. 6).*
- *Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO; Art. 42 KAG; Einladung zur Einreichung einer Kostennote vor Festsetzung des amtlichen Honorars.
Aus dem System der Berechnung der amtlichen Entschädigung gestützt auf Art. 42 KAG folgt, dass das Gericht gehalten ist, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter vorgän-*

gig zum Entscheid über die amtliche Entschädigung ausdrücklich Gelegenheit einzuräumen, sich zu äussern. Dies bedeutet grundsätzlich, dass es ihn auffordert, eine Kostennote einzureichen. Kommt der Rechtsanwalt dieser Aufforderung nicht nach, ist es nicht zu beanstanden, wenn das Gericht die amtliche Entschädigung gestützt auf die Akten pauschal nach Ermessen festlegt (E. 7).

Auszug aus den Erwägungen:

(...).

6.

6.1 Gemäss Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO wird der unentgeltliche Rechtsvertreter der unentgeltlich prozessführenden Partei vom Kanton angemessen entschädigt. Bundesrechtlich ist demnach erforderlich, dass die Entschädigung angemessen ist; im Übrigen regeln die Kantone den Umfang der amtlichen Entschädigung (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur ZPO, BBl 2006 7304 zu Art. 120 E-ZPO; BGE 137 III 185 E. 5.3 S. 189).

6.2

6.2.1 Im Kanton Bern ist die Entschädigung der amtlich bestellten Anwälte in Art. 42 KAG geregelt. Danach bemisst sich die angemessene Entschädigung nach dem gebotenen Zeitaufwand und entspricht höchstens dem Honorar gemäss der Tarifierung für den Parteikostenersatz gemäss Art. 41 KAG; bei der Festsetzung des gebotenen Zeitaufwands sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses zu berücksichtigen (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 und 2 KAG). Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt (Art. 42 Abs. 1 Satz 3 KAG). Die Aufwendungen für die Erlangung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege sind nach den gleichen Regeln zu entschädigen (Art. 42 Abs. 3 KAG). Der Stundenansatz für die Entschädigung der amtlich bestellten Anwälte beträgt CHF 200.00 (Art. 42 Abs. 4 KAG i.V.m. Art. 1 EAV).

6.2.2 Das Kreisschreiben Nr. 15 vom 2. September 2011 des Obergerichts des Kantons Bern [nachfolgend Kreisschreiben Nr. 15 des Obergerichts] konkretisiert für die Praxis, wie die amtliche Entschädigung nach Art. 42 KAG festzusetzen ist. Das Kreisschreiben lautet auszugsweise wie folgt (Ziff. 1.1 Abs. 2 und 3):

„Die Bestimmung des gebotenen Zeitaufwandes setzt in der Regel die Bekanntgabe des (...) vom amtlichen Anwalt tatsächlich geleisteten Zeitaufwandes voraus. Der dem Gericht mitgeteilte tatsächliche Zeitaufwand dient als Hilfsgrösse. Zur Festlegung der Entschädigung ist hernach vom Zeitaufwand auszugehen, den (...) ein fachlich ausgewiesener, gewissenhafter Anwalt unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und des Aktenumfanges für die korrekte Erledigung des Geschäftes benötigt. Die Bedeutung der Sache für den Auftraggeber ist nach objektivem Massstab zu gewichten.

Im Einzelnen ist der Zeitaufwand für die folgenden Vorkehrungen zu berücksichtigen: Sachverhaltsmässige Instruktion (Aktenstudium, Besprechungen mit Klientschaft sowie allenfalls nötige zusätzliche Abklärungen wie die Befragung von Fachleuten, der Beizug von Fachliteratur oder ein Augenschein), Prüfung der Rechtsgrundlagen, das Abfassen von Eingaben, die Vorbereitung von Verhandlungen inklusive Plädoyer, die Teilnahme an den Verhandlungen, die Entgegennahme und Lektüre des Urteils und gegebenenfalls auch die zu dessen Vollzug notwendigen Schritte. Bezüglich Aktenstudium kann der von der Verfahrensleitung selbst erbrachte Zeitaufwand als Anhaltspunkt dienen.“

- 6.2.3 Was den Reisezuschlag betrifft, ist Ziff. 2.4 des Kreisschreibens Nr. 15 des Obergerichts unklar formuliert. Der Aufwand für die Reisezeit zählt nicht zum gebotenen Zeitaufwand gemäss Art. 42 Abs. 1 KAG. Vielmehr wird die Reisezeit einzig und ausschliesslich durch den Zuschlag gemäss Art. 10 PKV, der analog auch auf den unentgeltlichen Rechtsvertreter anwendbar sein muss, abgegolten (vgl. nachfolgendes Zitat aus dem Vortrag vom 10. Mai 2006 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion an den Regierungsrat betreffend die PKV, S. 6; s.a. Urteil des BGer 6B_136/2009 vom 12. Mai 2009 E. 4.4):

„Der Zuschlag bezweckt eine pauschale Abgeltung der Reisezeit, die der Anwalt trotz den heutigen modernen Kommunikationsmitteln selbst bei Fahrten mit öffentlichen Verkehrsmitteln nicht vollumfänglich produktiv nutzen kann. Der Zuschlag von 300 Franken bezieht sich auf einen ganzen Reisetag, für Bruchteile eines Reisetages wird entsprechend weniger ausbezahlt.“

Wie bereits aus dem Wortlaut von Art. 10 PKV und dem Sinn und Zweck dieses Zuschlags hervorgeht, ist eine „Reise“ und damit eine zeitlicher Aufwand von gewisser Dauer erforderlich. Auch wenn für Bruchteile eines „Reisetags“ gemäss den soeben zitierten Materialien nur ein anteilmässiger Reisezuschlag auszurichten ist, rechtfertigt es sich jedenfalls bei Wegzeiten von unter einer Stunde (von der Kanzlei zum Gericht und wieder zurück) nicht, einen Reisezuschlag auszurichten. Ohnehin würde diesfalls nur ein verschwindend kleiner Betrag resultieren. In der Praxis wird denn bei Anwältinnen und Anwälten, die ihre Kanzlei in derselben Stadt haben, in der sich auch das Gericht befindet, nie ein Reisezuschlag beansprucht beziehungsweise vom Gericht zugesprochen.

- 6.2.4 Zusammenfassend ist demnach die amtliche Entschädigung wie folgt zu berechnen, wobei daran zu erinnern ist, dass dem Gericht bei der Festsetzung der amtlichen Entschädigung ein weites Ermessen zukommt (zur Berechnung vgl. Urteil des OGer/BE ZK 13 363 vom 23. Oktober 2013 E. VI/1.2; zum weiten Ermessen des Gerichts vgl. Urteile des BGer 5D_28/2014 vom 26. Mai 2014 E. 2.1; 5D_15/2012 vom 28. März 2012 E. 5.2):

- (1) In einem ersten Schritt hat das Gericht den gebotenen Zeitaufwand (nach den in E. 6.2.2 oben dargelegten Grundsätzen) zu bestimmen. Konkret hat es zu überprüfen, ob der vom Rechtsanwalt geltend gemachte Zeitaufwand den gesetzlichen Kriterien entspricht, also „geboten“ war. Ist dies nicht der Fall, hat er den Zeitaufwand nach unten (nicht aber nach oben, ansonsten das Gericht „ultra petita“ entscheiden würde) zu korrigieren. Der so eruierte gebotene Zeitaufwand ist mit dem Stundenansatz von CHF 200.00 zu multiplizieren.
- (2) In einem zweiten Schritt hat das Gericht zu überprüfen, ob ein Ausnahmefall gemäss Art. 42 Abs. 2 KAG vorliegt und demgemäss die im ersten Schritt errechnete Entschädigung um höchstens einen Drittel zu erhöhen ist. Diese Bestimmung wird in der Praxis zutreffend sehr zurückhaltend und selten angewandt.
- (3) Im dritten Schritt ist ein allfälliger Reisezuschlag hinzuzurechnen. Der zeitliche Aufwand für „Reisen“ wird ausschliesslich über diesen Zuschlag abgegol-

ten und ist beim gebotenen Zeitaufwand gemäss Art. 42 Abs. 1 KAG gemäss Schritt (1) der vorliegenden Zusammenfassung nicht miteinzubeziehen (vgl. E. 6.2.3 oben).

- (4) In einem vierten Schritt ist schliesslich zu überprüfen, ob die so berechnete Entschädigung nicht höher ist als der Parteikostenersatz des gewillkürten Rechtsanwalts gemäss PKV, denn die Entschädigung für amtlich bestellte Anwälte darf höchstens dem Honorar gemäss der Tarifordnung für den Parteikostenersatz entsprechen (Art. 42 Abs. 1 i.V.m. 41 KAG). Bei der Berechnung dieser Obergrenze sind die beim Parteikostenersatz möglichen Zuschläge miteinzubeziehen (Vortrag vom 3. Februar 2010 des Regierungsrats an den Grossen Rat zur Änderung des Kantonalen Anwaltsgesetzes [nachfolgend Vortrag KAG], Tagblatt des Grossen Rats des Kantons Bern, Märzsession 2010, Beilage Nr. 13 S. 8).
- (5) Im fünften Schritt sind noch die Auslagen und gegebenenfalls die Mehrwertsteuer festzulegen (Art. 42 Abs. 1 Satz 3 KAG).

6.2.5 Schliesslich hat das Gericht – nur sofern dies der unentgeltliche Rechtsvertreter beantragt und nachvollziehbar ausgewiesen hat (Dispositionsmaxime; vgl. etwa Urteil des OGer/BE ZK 13 60 vom 2. Dezember 2013 E. 16.3.2) – anhand des „vollen“ Honorars den nachforderbaren Betrag gemäss Art. 42a Abs. 2 KAG festzulegen.

6.2.6 Wie aus dem Vorstehenden ersichtlich wird, ist grundsätzlicher Bemessungsfaktor für die amtliche Entschädigung nach Art. 42 KAG der (gebotene) Zeitaufwand in Stunden (vgl. dazu auch Vortrag KAG, a.a.O., S. 8). Die amtliche Entschädigung nach Art. 42 KAG bemisst sich demnach nach einem anderen System als der Parteikostenersatz des gewillkürten Rechtsvertreters nach Art. 41 KAG und der PKV (vgl. zu diesen unterschiedlichen Systemen mit Begründung Vortrag KAG, a.a.O., S. 5).

7.

7.1 Der Beschwerdeführer bringt (...) vor, das Regionalgericht hätte bei ihm vorgängig zur Festsetzung der amtlichen Entschädigung eine Kostennote einholen müssen.

7.2

7.2.1 In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör eine Verpflichtung des Gerichts ergibt, vom unentgeltlichen Rechtsvertreter eine Kostennote einzuholen, bevor es die amtliche Entschädigung festsetzt (zur formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör vgl. BGE 138 I 232 E. 5.1 S. 237).

7.2.2 Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO entsprechen sich inhaltlich (Urteile des BGer 5A_300/2013 vom 29. November 2013 E. 3.2; 5A_209/2013 vom 9. Juli 2013 E. 6.3.1), weshalb vorliegend nicht weiter darauf eingegangen werden muss, auf welche Rechtsgrundlage sich der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör abstützt.

7.2.3 Das Bundesgericht hat kürzlich und entgegen einer in der Lehre teilweise vertretenen Meinung (BÜHLER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, 2012, N. 35 zu Art. 122 ZPO) entschieden, dass aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör keine Verpflichtung des Gerichts abgeleitet werden kann, vom unentgeltlichen Rechtsvertreter eine Kostennote einzuholen, bevor es die amtliche Entschädigung festsetzt (Urteil des BGer 5D_54/2014 vom 1. Juli 2014 E. 1.4).

7.2.4 Es besteht demnach aus bundesrechtlicher Sicht keine Verpflichtung des Gerichts, vorgängig zur Festsetzung der amtlichen Entschädigung beim unentgeltlichen Rechtsvertreter eine Kostennote einzuholen. Denn auch aus Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO, der nach einem Teil der Lehre (TAPPY, in: Code de procédure civile commenté, 2009, N. 10 zu Art. 122 ZPO) auch für die Festsetzung der amtlichen Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters anwendbar ist, lässt sich einzig ableiten, dass es den Parteien freigestellt ist, ob sie eine Kostennote einreichen wollen und sie können darauf verzichten (Urteil des BGer 5A_190/2014 vom 2. Mai 2014 E. 2.2).

7.3

7.3.1 Zu prüfen bleibt in einem zweiten Schritt, ob das Gericht gestützt auf kantonales Recht verpflichtet ist, vorgängig zur Festsetzung der amtlichen Entschädigung den unentgeltlichen Rechtsvertreter einzuladen beziehungsweise aufzufordern, eine Kostennote einzureichen.

Einige Kantone sehen vor, dass das Gericht die amtliche Entschädigung erst festsetzt, nachdem der unentgeltliche Rechtsvertreter eine Kostennote eingereicht hat (so ausdrücklich etwa § 23 Abs. 2 der Verordnung des Kantons Zürich vom 8. September 2010 über die Anwaltsgebühren [AnwGebV; LS 215.3]; implizit § 12 Abs. 1 des Dekrets des Kantons Aargau vom 10. November 1987 über die Entschädigung der Anwälte [Anwaltstarif; SAR 291.150]). In anderen Kantonen ist vorgesehen, dass dem unentgeltlichen Rechtsvertreter Gelegenheit gegeben wird, eine Kostennote vorzulegen; kommt er dem nicht nach, bestimmt das Gericht die amtliche Entschädigung nach pflichtgemäsem Ermessen (so etwa § 179 Abs. 1 des Gebührentarifs des Kantons Solothurn vom 24. Oktober 1979 [BGS 615.11]).

7.3.2 Im Kanton Bern findet sich zwar im KAG keine Bestimmung zur Frage, ob die Festsetzung der amtlichen Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters gestützt auf eine Kostennote erfolgen muss.

Jedoch stellt im Kanton Bern der vom Rechtsanwalt tatsächlich beanspruchte Zeitaufwand den Ausgangspunkt für die Bemessung der amtlichen Entschädigung dar (vgl. E. 6.2.1 f. oben). Die Materialien zu Art. 42 KAG halten dazu fest: „Grundsätzlicher Bemessungsfaktor für die Entschädigung ist der Zeitaufwand in Stunden, den die amtlich bestellten Anwältinnen und Anwälte für ihre Tätigkeit hatten“ (Vortrag KAG, a.a.O., S. 8). Dies wiedergibt auch das Kreisschreiben Nr. 15 des Obergerichts, wenn es festhält, in der Regel setze die Bestimmung des gebotenen Zeitaufwands die Bekanntgabe des vom amtlichen Anwalt tatsächlich geleisteten Zeitaufwands voraus und dieser mitgeteilte Zeitaufwand diene dem Gericht als Hilfsgrösse (vgl. E. 6.2.2 oben).

Daraus folgt, dass das Gericht die amtliche Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters regelmässig gestützt auf eine Kostennote des Rechtsanwalts zu bestimmen hat, was voraussetzt, dass es ihm ausdrücklich Gelegenheit einräumt, eine solche einzureichen. Das Gericht muss für die Beurteilung des „gebotenen Zeitaufwands“ wissen, welchen Zeitaufwand der Rechtsanwalt hatte und welche Tätigkeiten („Vorkehrungen“ im Sinne des Kreisschreibens Nr. 15 des Obergerichts) vorzunehmen waren, was ohne Kostennote nur teilweise aus den Akten ersichtlich ist. Weiter muss der Rechtsanwalt mit Blick auf Art. 42 Abs. 1 Satz 3 KAG seine Auslagen beziffern und sich dazu äussern können, ob seine Dienstleistungen im konkreten Fall der Mehrwertsteuer unterliegen. Schliesslich zeigt auch die Vorgabe, wonach das Gericht den nachforderbaren Betrag gemäss Art. 42a Abs. 2 KAG nur bestimmt, wenn der Rechtsanwalt dies verlangt und in seiner Kostennote das „volle“ Honorar ausweist (E. 6.2.5 oben), dass ihm überhaupt die Möglichkeit gegeben werden muss, eine Kostennote einzureichen.

Die Einholung einer Kostennote führt denn auch nicht zu einer erheblichen zeitlichen Verzögerung. Die Rechtsanwälte reichen ihre Kostennote nach entsprechender Aufforderung praxisgemäss innerhalb von wenigen Tagen (meistens vorab per Fax) ein. In sehr dringlichen Fällen kann sodann das Gericht den Entscheid über die Bemessung des amtlichen Honorars auf einen separaten Entscheid verlagern.

- 7.3.3 Das Gericht ist demnach gehalten, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter vorgängig zum Entscheid über die amtliche Entschädigung ausdrücklich Gelegenheit einzuräumen, sich zu äussern, was grundsätzlich bedeutet, dass es ihn auffordert, eine Kostennote einzureichen. Kommt der Rechtsanwalt dieser Aufforderung nicht nach, ist es nicht zu beanstanden, wenn das Gericht die amtliche Entschädigung gestützt auf die Akten pauschal nach Ermessen festlegt.

Der Klarheit halber ist festzuhalten, dass es vorliegend einzig um die amtliche Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters geht. Nicht zu beurteilen ist das Vorgehen bei der Festsetzung des Parteikostenersatzes im Rahmen der Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO.

- 7.4 Bei diesem Ergebnis rechtfertigt es sich (ähnlich wie bei einer Bejahung einer Verletzung des formellen Anspruchs auf rechtliches Gehör), die Beschwerde ohne Prüfung der vom Beschwerdeführer ebenfalls erhobenen materiellen Einwände gutzuheissen, Ziff. 6 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die Sache insoweit an das Regionalgericht zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

Nachdem der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde vor Obergericht seine Kostennote für das erstinstanzliche Verfahren nachgereicht hat und sich diese damit bei den Akten befindet (Beschwerdebeilage 4), kann der regionalgerichtliche Entscheid ohne Weiterungen ergehen. Insbesondere verleiht das rechtliche Gehör dem Rechtsanwalt keinen Anspruch, vom Gericht vor der Festsetzung der amtlichen Entschädigung und einer allfälligen Kürzung im Vergleich zur eingereichten Kostennote angehört zu werden (BGE 134 I 59 E. 2.1 S. 162; Urteile des BGer 5D_175/2008 vom 6. Februar 2009 E. 2; 1P.161/2006 vom 25. September 2006 E. 2.2).

(...).

Hinweis:

Das Bundesgericht ist auf eine (auf den Kostenpunkt beschränkte) Beschwerde gegen diesen Rückweisungsentscheid des Obergerichts mit Urteil 5D_192/2014 vom 27. November 2014 nicht eingetreten.