

**ZK 15 221, publiziert Dezember 2015**

**Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern**

vom 7. September 2015

**Besetzung**

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter D. Bähler und a.o. Oberrichter J. Bähler  
Gerichtsschreiberin Mosimann

**Verfahrensbeteiligte**

**A. AG und Konsorten,**

alle vertreten durch Rechtsanwalt W.

Klägerinnen/Beschwerdeführerinnen

gegen

**Z.,**

vertreten durch Rechtsanwalt X. und/oder Rechtsanwalt Y.

Beklagter/Beschwerdegegner

**Gegenstand**

Kostenentscheid

Beschwerde gegen die Verfügung des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 16. März 2015 (CIV 12 7092)

**Regeste:**

- Art. 95 Abs. 3 lit. b und c ZPO
- Ein Anwalt, der in eigener Sache prozessiert oder als Organ einer juristischen Person handelt, gilt nicht als berufsmässiger Vertreter im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO. Als Parteientschädigung kommt nur eine Umtriebsentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO in Frage.
- In begründeten Fällen sind die entstandenen Umtriebe zu ersetzen. Die Bemessung der Umtriebsentschädigung richtet sich nicht nach dem Anwaltstarif.
- Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer wurde nicht gesprochen, da der Beschwerdegegner selber mehrwertsteuerpflichtig und damit vorsteuerabzugsberechtigt ist.

### Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der Beklagte, ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB, wurde im vorinstanzlichen Verfahren nicht durch einen externen Anwalt vertreten. Die Rechtsschriften wurden vom Vereinspräsidenten, bei dem es sich um einen im Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwalt handelt, verfasst.

Die Klägerinnen galten infolge Klagerückzug als unterliegende Partei, weshalb sie von der Vorinstanz verurteilt wurden, die Gerichtskosten zu übernehmen und dem Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Letztere wurde von der Vorinstanz auf CHF 46'200.00 bestimmt (bei einem Streitwert von über 1 Mio CHF).

Auf Beschwerde der Klägerinnen hin hatte die 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern zu beurteilen, gestützt auf welche Rechtsgrundlage (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO oder Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO) eine Parteientschädigung zu sprechen und in welcher Höhe diese festzulegen ist.

### Auszug aus den Erwägungen:

(...)

### III.

(...)

11. a) (...)

b) (...)

c) (...)

d) (...)

e) Die Vorinstanz führt die verschiedenen Lehrmeinungen zur Entschädigung des Anwalts auf, der in eigener Sache oder als Organ einer juristischen Person den Prozess führt (siehe dazu pag. 603, Ziff. 26 f.).

Ein Teil der Lehre stützt die Entschädigung auf Art. 95 Abs. 3 **lit. b** ZPO, also jene des berufsmässigen Vertreters und hält dafür, dass dem registrierten Anwalt, der in eigenem Namen prozessiere oder als Organ einer juristischen Person den Prozess führe, eine **volle Parteientschädigung** auszurichten sei (URWYLER, in: ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2011, N. 26 zu Art. 95 ZPO [nachfolgend zit. Dike-Komm. ZPO-AUTOR]; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013, § 16 Rz. 18; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, N. 8 zu Art. 95 ZPO; vgl. auch SCHMID, in: Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], 2. Auflage,

Basel 2013, N. 32 f. zu Art. 95 ZPO [nachfolgend zit. KUKO ZPO-AUTOR], der auf lit. b abstützt, aber dennoch eine Reduktion um einem Drittel des Anwaltstarifs als angemessen erachtet). Einige Autoren dieser Lehrmeinung knüpfen die volle Parteientschädigung des in eigener Sache auftretenden Anwalts zusätzlich an das Erfordernis, dass es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handeln und ein hoher Arbeitsaufwand erforderlich gewesen sein müsse (Dike-Komm. ZPO-URWYLER, N. 26 zu Art. 95 ZPO mit Verweis auf BGE 110 V 132, S. 134; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 16 Rz. 18; KUKO ZPO-SCHMID, N. 32 f. zu Art. 95 ZPO).

Der andere Teil der Lehre spricht dem Anwalt, der in eigener Sache oder als Organ einer juristischen Person auftritt, eine **Umtriebsentschädigung** nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO zu (ZPO-Komm.-SUTER/VON HOLZEN, N. 42 zu Art. 95 ZPO; BSK ZPO-RÜEGG, N. 21 f. zu Art. 95 ZPO; BK ZPO-STERCHI, N. 18 zu Art. 95 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 10.6). RÜEGG UND SUTER/VON HOLZEN halten dafür, dass in diesem Fall trotzdem die Entschädigung **nach Anwaltstarif** berechnet wird, diese jedoch, da Instruktion und Verkehr mit dem Mandanten entfallen würden bzw. da für die Zeit in eigener Sache keine Entschädigung beansprucht werden könne, **um 25 % resp. einen Drittel zu reduzieren** sei (BSK ZPO-RÜEGG, N. 22 zu Art. 95 ZPO; ZPO-Komm.-SUTER/VON HOLZEN, N. 42 zu Art. 95 ZPO). Letztere wollen ausnahmsweise eine volle Parteientschädigung zugesprochen wissen, wenn es sich um eine komplizierte Angelegenheit mit hohem Streitwert und hohem Arbeitsaufwand handelt (ZPO-Komm.-SUTER/VON HOLZEN, N. 42 zu Art. 95 ZPO).

STERCHI führt dazu aus, dass den in eigener Sache prozessierenden Anwälten eine zumindest **die Unkosten deckende Entschädigung** auszurichten sei (BK ZPO-STERCHI, N. 18 zu Art. 95 ZPO).

f) Nach Auffassung der 2. Zivilkammer gilt als nicht berufsmässig vertretene Partei eine Person, die ihren Prozess selber führt, unabhängig davon, ob es sich um einen Laien oder einen im Anwaltsregister eingetragenen Anwalt handelt, der in eigener Sache prozessiert (so auch der Entscheid des Obergerichts, 1. Zivilkammer, ZK 14 31 vom 21. Oktober 2014, Ziff. 8.4.2; vgl. BSK ZPO-RÜEGG, N. 18 zu Art. 95 ZPO; BK ZPO-STERCHI, N. 18 zu Art. 95 ZPO). Eine Person gilt nur dann als berufsmässig vertreten im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO, wenn eine Drittperson in einer nach Art. 68 Abs. 2 ZPO zulässigen Form für sie den Prozess führt. Eine Vertretung im Sinne der ZPO bedingt somit zwingend die Führung des Prozesses durch einen Dritten. Der im Anwaltsregister eingetragene Anwalt, der als Organ den Prozess für seine juristische Person führt, gilt in dieser Konstellation ebenfalls nicht als berufsmässiger Vertreter i.S.v. Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO. Er handelt als Organ der juristischen Person. In Frage kommt also lediglich eine „angemessene Umtriebsentschädigung“ nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.

12. a) Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO spricht davon, dass „in begründeten Fällen“ eine angemessene Umtriebsentschädigung zu sprechen ist.

In der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung wird betreffend die Umtriebsentschädigung einzig darauf hingewiesen, dass darunter in erster Linie ein gewisser Ausgleich für den Verdienstausschlag einer selbständig erwerbenden Person zu verstehen sei (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7293).

In der Lehre wird ebenfalls auf den Verdienstausschlag einer selbständig erwerbenden Person hingewiesen (BK ZPO-STERCHI, N. 15 zu Art. 95 ZPO; BSK ZPO-RÜEGG, N. 21 zu Art. 95 ZPO). Gemäss RÜEGG spricht nichts dagegen, bspw. auch entgangene Freizeit einer in einem Anstellungsverhältnis stehenden und selber prozessierenden Partei zu entschädigen. Es sei Aufgabe der ansprechenden Partei, die Entschädigung zu beantragen und dem Gericht sachlich überzeugende Gründe für die geltend gemachte Höhe der Umtriebsentschädigung vorzulegen (BSK ZPO-RÜEGG, N. 21 zu Art. 95 ZPO).

Das Bundesgericht hat sich einzig im Entscheid BGer 4A\_355/2013 vom 22. Oktober 2013 in materieller Hinsicht zu Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO geäussert. Es hielt fest: „Die nicht durch einen Anwalt vertretene Partei hat - mangels eines besonderen Aufwandes - keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO; [weitere Hinweise]). [...] Dass einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ersatzfähige Kosten für Umtriebe erwachsen, ist ungewöhnlich und bedarf einer besonderen Begründung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO; zit. Urteil 5D\_229/2011 E. 3.3)“ (BGer 4A\_355/2013 E. 4.2). Wann solche Gründe gegeben sind, wurde mangels Relevanz in jenem Entscheid nicht weiter ausgeführt.

b) Der Vereinspräsident musste einen beachtlichen Prozessaufwand leisten, wie bereits ein Blick auf die Rechtsschriften zeigt. Der Verein verfügte nicht über einen Rechtsdienst, wie dies bei Behörden manchmal der Fall ist, mit der Folge, dass das Bundesgericht eine Entschädigungspflicht verneint (BGer 5D\_229/2011; vgl. auch HG 2013 76, Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 5. März 2014). Es wäre ohne weiteres gerechtfertigt gewesen, wenn der Beschwerdegegner einen externen Rechtsanwalt beigezogen hätte (wie dies in anderen gegen ihn gerichteten Verfahren gerichtsnotorisch der Fall war). Der Präsident leistete hier die Arbeit eines Rechtsanwaltes, griff dafür auf seine Büroinfrastruktur (einschliesslich juristischen Mitarbeitern) zurück und wurde sozusagen „überstrapaziert“.

c) (...)

13. a) (...)

b) In den einschlägigen bernischen Gesetzen und Verordnungen finden sich keine Bestimmungen über die Umtriebsentschädigung. Französisch heisst die Umtriebsentschädigung „indemnité équitable“, d.h. „angemessene Entschädigung“, so dass die Gerichte auf Recht und Billigkeit verwiesen sind (Art. 4 ZGB, vgl. BK ZPO-STERCHI, N. 16 zu Art. 95 ZPO).

Nach hier vertretener Auffassung ist der Umtriebsentschädigung nicht ein Anwaltstarif zugrunde zu legen, auch kein reduzierter. Eine Gleichstellung mit der Entschädigung

beruflicher Vertreter würde dem Umstand nicht Rechnung tragen, dass der Rechtsvertreter bei der Arbeit im eigenen Interesse nichts verdient und auch nichts verdienen soll. Vorgesehen ist der Ersatz der Umtriebe (vgl. BK ZPO-STERCHI, N. 18 zu Art. 95 ZPO), nicht die Ausrichtung eines üblichen Honorars (selbst nach Abzug des Minderaufwandes infolge wegfallenden Kommunikationsaufwandes) oder der Ersatz entgangenen Gewinnes des in eigener Sache tätig Werdenden. Der Tarif nach Parteikostenverordnung enthält naturgemäss einen Gewinnanteil für den Anwalt, der von Rechtsvertretungen lebt. Diesen Anteil gilt es hier auszuschneiden. Zu entschädigen sind nur, aber immerhin, die Umtriebe, die der Partei – hier dem Beschwerdegegner – dadurch entstanden sind, dass sie einen Prozess führen und dafür die juristischen Fähigkeiten ihres Organs einsetzen musste.

c) Da nicht aktenkundig ist, welche Auslagen dem Verein tatsächlich entstanden sind, ist die Umtriebsentschädigung nach dem mutmasslichen „Schaden“ zu bemessen. Als Grundlage dafür dient die Aufstellung des Stundenrapportes von Rechtsanwalt Simon und seinem Mitarbeiter.

Geltend gemacht wird ein Aufwand von 208.9 Stunden für die Zeit vom 5. März 2013 bis zum 19. Februar 2014 (pag. 347 ff.). Gemäss Stundenrapport arbeiteten Rechtsanwalt Simon persönlich 102.8 Stunden und sein Mitarbeiter Rechtsanwalt Wyss 106.1 Stunden am vorliegenden Fall. Die 47-seitige Klageantwort beanspruchte inkl. Abklärungen, Besprechungen, Zusammenstellen der Beilagen etc. über 160 Stunden, d.h. rund 4 Arbeitswochen. Das erscheint recht hoch, doch angesichts der nicht alltäglichen Ausgangslage nicht absolut übertrieben. Für die 2. Zivilkammer ist nachvollziehbar, dass die Führung des vorliegenden Prozesses einen Aufwand von rund 200 Stunden generierte.

d) Das Schweizerische Institut für Klein- und Mittelunternehmungen an der Universität St. Gallen (KMU-HSG) führte zwischen August 2004 und Februar 2005 im Auftrag des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) eine Erhebung bei dessen Mitgliedern durch mit dem Ziel, die finanz- und leistungswirtschaftlichen Kennzahlen zu ermitteln (vgl. in dubio 5/05 S. 248). Im Jahr 2013 wurde im Auftrag des SAV eine erneute Erhebung (Studie Praxiskosten) durchgeführt (vgl. BERGMANN, Zentrale Ergebnisse der SAV-Studie Praxiskosten, in: Anwaltsrevue 8/2014, S. 322 ff.). Daraus geht hervor, dass bei Anwälten, bei denen die forensisch amtliche Tätigkeit 0 – 19 % der fakturierbaren Stunden ausmacht, CHF 165.00 pro Stunde zur Kostendeckung notwendig sind. Bei Anwälten, bei denen die forensisch amtliche Tätigkeit 20 % oder mehr der fakturierbaren Stunden beträgt, werden CHF 117.00 zur Deckung der Kosten eingesetzt (BERGMANN, a.a.O., S. 324).

Da die Kosten im Kanton Zürich für Infrastruktur, Löhne, etc. generell höher sind als im Kanton Bern, der Prozess aber im Kanton Bern stattfand und im „Normalfall“ ein Anwalt aus dem Kanton Zürich nach den bernischen Tarifen entschädigt wird, rechtfertigt es sich, auf die Durchschnittswerte der schweizweit angelegten Studie des SAV abzustellen ( $[\text{CHF } 165.00 + \text{CHF } 117.00] / 2$ ). Es rechtfertigt sich daher, eine Umtriebsentschädigung von CHF 150.00 pro Stunde zu sprechen. Da Rechtsanwalt Wyss nicht als berufsmässiger Vertreter i.S.v. Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO mandatiert war, son-

dern vom Vereinspräsidenten als Assistenten hinzugezogen wurde, sind seine geleisteten Stunden ebenfalls nicht nach Anwaltstarif zu entschädigen, zumal diesbezüglich keine substantiierten Ausführungen des Beschwerdegegners erfolgt sind.

e) Bei einem Aufwand von rund 200 Stunden und einem Stundenansatz von CHF 150.00 ergibt dies eine Entschädigung für Umtriebe von CHF 30'000.00, die die Beschwerdeführerinnen dem Beschwerdegegner zu ersetzen haben.

Hinzu kommt der Ersatz notwendiger Auslagen gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO, welcher gemäss Eingabe vom 6. Mai 2014 CHF 84.65 (Zugbillet von Zürich nach Bern retour inkl. City-Ticket für Zürich) beträgt (pag. 357). Weitere Kosten für Kopien, Porti etc. wurden keine aufgeführt.

Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer rechtfertigt sich so oder anders nicht, da der Beschwerdegegner selber mehrwertsteuerpflichtig und damit vorsteuerabzugsberechtigt ist (vgl. [www.uid.admin.ch](http://www.uid.admin.ch); vgl. Beschluss der Zivilabteilungskonferenz des Obergerichts des Kantons Bern vom 13. November 2014, Ziff. 2, gestützt auf den in BVR 2014 S. 484 ff. publizierten Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26. Mai 2014).

(...)

**Hinweis:**

Der Entscheid ist rechtskräftig.