

ZK 16 219, publiziert Dezember 2016

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 21. Juli 2016

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichter Trenkel und Oberrichterin Pfister Hadorn
Gerichtsschreiber Nuspliger

Verfahrensbeteiligte

A.

Beschwerdeführerin

gegen

B.

Betroffener

und

Regionalgericht Bern-Mittelland, Zivilabteilung, Effingerstrasse 34, 3008 Bern

Vorinstanz

Gegenstand

Anfechtung Entschädigung uR

Regeste:

- Die unentgeltliche Rechtspflege (kurz: uR) wirkt per Gesuchseinreichung (ex nunc et pro futuro). Eine Rückwirkung über diesen Zeitpunkt hinaus setzt eine Ausnahmesituation voraus und ist zumindest sinngemäss zu beantragen.
- Bei Ehescheidungen ist grundsätzlich vorgängig der Aufnahme von Konventionsverhandlungen ein uR-Gesuch einzureichen. Es ist sodann das Gebot der wirtschaftlichen Mandatsführung zu beachten.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Parteianwälte hatten während rund 9 Monaten Konventionsverhandlungen geführt. Anschliessend gelangten sie mit der erzielten Teileinigung an die Vorinstanz und ersuchten dort je um uR. Die Vorinstanz erledigte die Scheidung am ersten Termin, ohne Weiterungen. Die Beschwerdeführerin (Rechtsanwältin) beantragte die Entschädigung von rund 30 Stunden, wovon ihr der Vorrichter lediglich 16 zusprach. Gegen die Kürzung beschwerte sich die Beschwerdeführerin beim Obergericht des Kantons Bern.

Die Kammer wies die Beschwerde mit doppelter Begründung ab: die Rückwirkung der uR wurde nicht beantragt (der Antrag lautete: «für die Durchführung des Ehescheidungsverfahrens»); selbst wenn ein Antrag gestellt worden wäre, wären die Voraussetzungen nicht erfüllt.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV.

13.

- 13.1. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Befreiung von Vor- schuss- und Sicherheitsleistungen, die Befreiung von Gerichtskosten und die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 ZPO).
- 13.2. Die ZPO sieht ausdrücklich vor, dass ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bereits **vor Eintritt der Rechtshängigkeit** gestellt werden kann, insbesondere zwecks anwaltlich unterstützter Vorbereitung eines Zivilprozesses (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO; Art. 119 Abs. 1 ZPO).

Als Anwendungsfall erwähnt die Botschaft zur ZPO (BBl 2006 S. 7302) «vor allem» die Erarbeitung einer Scheidungskonvention im Hinblick auf ein gemeinsames Scheidungsbegehren (Art. 274 ZPO; Art. 111 ff. ZGB). In der Lehre werden unter «Vorbereitung des Prozesses» jedoch auch andere Bemühungen subsumiert, solange sie auf die vollständige oder teilweise aussergerichtliche Streitbeilegung und damit auf die Verhinderung oder Vereinfachung gerichtlicher Verfahren zielen. Mit einbezogen wird auch die vorprozessuale Prüfung der Prozessaussichten (DANIEL WUFFLI, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, Rz. 484 ff.; ALFRED BÜHLER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 87 ff. zu Art. 118 ZPO; LUKAS HUBER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2016, N. 14 zu Art. 118 ZPO).

- 13.3. Die Wirkungen der erteilten unentgeltlichen Verbeiständung treten **per Gesuchseinreichung** ein, wobei die zusammen mit dem Gesuch eingereichte Rechtsschrift in der Sache mitumfasst wird (BGE 122 I 203 E. 2 S. 204 ff.; Urteil des Bundesgerichts 5A_181/2012 vom 27. Juni 2012 E. 2.3.3; BÜHLER, a.a.O., N. 126 zu Art. 119 ZPO; VIKTOR RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 119 ZPO; FRANK EMMEL, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 119 ZPO).

Der Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege wirkt also grundsätzlich **«ex nunc et pro futuro»**. Dagegen sind vor der Gesuchseinreichung entstandene Kosten und Aufwendungen grundsätzlich nicht zu entschädigen (Urteil des Bundesgerichts 5A_849/2014 vom 30. März 2015 E. 4.5; BÜHLER, a.a.O., N. 127; siehe aber E. 13.4 sogleich).

- 13.4. Nun räumt das Gesetz dem Gericht aber einen gewissen Spielraum ein, um **«ausnahmsweise»** die unentgeltliche Rechtspflege **auch rückwirkend bewilligen** zu können (Art. 119 Abs. 4 ZPO). Zu denken ist hier an Fälle, in denen

- es wegen einer sachlich zwingend und dringend gebotenen Prozesshandlung **unmöglich** war, gleichzeitig um unentgeltliche Rechtspflege zu ersuchen (BGE 122 I 203 E. 2f S. 207 f.; Urteil des Bundesgerichts 5A_181/2012 vom 27. Juni 2012 E. 2.3.3; BÜHLER, a.a.O., N. 128a zu Art. 119 ZPO);
- die nicht anwaltlich vertretene Partei geltend macht, sie habe den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege **nicht gekannt** (BGE 122 I 203 E. 2d und 2e S. 205 ff.; Urteil des Bundesgerichts 5A_843/2009 vom 23. Februar 2010 E. 4.3; BÜHLER, a.a.O., N. 122 zu Art. 119 ZPO),
- eine Partei kein uR-Gesuch stellte oder stellen liess, sich im Laufe des Prozesses aber ihre **ökonomischen Verhältnisse verschlechtert** haben. Die Überlegung zielt darauf, dass es unbillig wäre, die Partei, die hofft, den Prozess selber finanzieren zu können, schlechter zu stellen als diejenige, die sofort ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege einreicht (WUFFLI, a.a.O., Rz. 615; BÜHLER, a.a.O., N. 131 zu Art. 119 ZPO; HUBER, a.a.O., N. 12 in fine zu Art. 119 ZPO; kritisch dagegen EMMEL, a.a.O., N. 4 zu Art. 119 ZPO).

Keinen Anlass zur Rückwirkung hingegen geben **anwaltliche Sorgfaltspflichtverletzungen**. Gemeint sind Fälle, in denen der Anwalt die Finanzierung nicht genügend und rechtzeitig abklärt und weder beim Klienten einen ausreichenden Kostenvorschuss verlangt noch für diesen ein uR-Gesuch einreicht (mangelnde Beratung; Urteile des Bundesgerichts 5A_181/2012 vom 27. Juni 2012 E. 2.3.3 und 5A_843/2009 vom 23. Februar 2010 E. 4.3).

(...)

16.

- 16.1. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass die ihr von der Vorinstanz zugesprochene **amtliche Entschädigung den gebotenen Aufwand nicht decke**. Sie

rügt damit sinngemäss eine Verletzung von Art. 122 ZPO bzw. Art. 42 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

- 16.2. Vorab ist an die **Dispositionsmaxime** (Art. 58 Abs. 1 ZPO) zu erinnern (zur Anwendbarkeit im uR-Verfahren siehe BÜHLER, a.a.O., N. 19 zu Art. 119 ZPO). Die Dispositionsmaxime besagt, dass einer Partei nicht mehr und nichts anderes zugesprochen werden darf, als sie beantragt hat. Im vorliegenden Kontext folgt daraus, dass wer von der ausnahmsweisen Rückwirkung der unentgeltlichen Rechtspflege profitieren will, ausdrücklich oder zumindest sinngemäss hierum ersuchen muss.

- 16.2.1. Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Gesuch vom 10. November 2015 (Akten CIV 15 7116 pag. 1 ff.) um uR «für die Durchführung des Ehescheidungsverfahrens» er- sucht.

- 16.2.2. Gemäss Art. 274 ZPO wird das Scheidungsverfahren durch Einreichung eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens oder einer Scheidungsklage eingeleitet. Ersteres war vorliegend am 20. Oktober 2015 der Fall (pag. 5).

Die Zeit davor, in welcher die Parteien während ca. 9 Monaten anwaltlich unterstützte Konventionsverhandlungen geführt haben, ist somit vom gestellten Antrag auf uR klarerweise nicht umfasst.

Auch der nach Treu und Glauben beizuziehenden Begründung des uR-Gesuchs lässt sich kein Antrag auf Rückwirkung entnehmen; es handelt sich dabei vielmehr um eine Standardeingabe ohne Rücksicht auf die besondere Konstellation.

- 16.2.3. Für den Zeitraum vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens kann somit bereits **mangels Antrags keine amtliche Entschädigung** zugesprochen werden. Die Beschwerdeführerin als Rechtsanwältin ist auf der von ihr gewählten Formulierung des Rechtsbegehrens und dem unterlassenen Antrag auf Rückwirkung zu be- haften (vgl. auch BÜHLER, N. 20 zu Art. 119 ZPO).

- 16.3. Selbst wenn (1.) rechtzeitig ein Antrag auf rückwirkende Verbeiständung gestellt wor- den wäre oder (2.) ein Antrag bereits darin zu sehen wäre, dass in der – nota bene am Ende des Gerichtsverfahrens eingereichten – Honorarnote auch Aufwand für die Zeit vor Einreichung des Scheidungsbegehrens enthalten ist, hätte dieser nicht gut- geheissen werden können:

- 16.3.1. Wie in E. 13.4 oben dargelegt, setzt die **rückwirkende Bewilligung** der unentgeltli- chen Rechtspflege das Vorliegen einer «**Ausnahmesituation**» voraus. Der Gesetz- geber wollte mit Art. 119 Abs. 4 ZPO die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 122 I 203) kodifizieren (BÜHLER, a.a.O., N. 129 zu Art. 119 ZPO).

- 16.3.2. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, dass eine der oben diskutierten Ausnahmetat- bestände (Unmöglichkeit; Unkenntnis; Verschlechterung der Finanzsituation) oder ei- ne vergleichbare Situation gegeben wäre. Ausführungen zur Frage, was die Be- schwerdeführerin davon abgehalten hat, das uR-Gesuch bereits vor der Rechtshän- gigkeit des Scheidungsverfahrens einzureichen, fehlen sowohl erst- wie auch oberin- stanzlich. **Dass die Finanzierung der Anwaltskosten nicht geklärt wurde, ist, so- weit ersichtlich, ausschliesslich der Beschwerdeführerin zuzuschreiben.** Es wä- re ihr offen gestanden, vor Aufnahme der Konventionsverhandlungen um uR zu ersu- chen (Art. 119 Abs. 1 ZPO).

- 16.4. Damit kann vorliegend die Frage offen gelassen werden, in welchem genauen Umfang vorprozessuale Konventionsverhandlungen zu entschädigen sind (vgl. in diesem Zusammenhang bereits die Mitteilung der Zivilabteilung des Obergerichts vom 8. Juli 2011, publiziert in «in dubio» 4/11, S. 184 f.).

Grundsätzlich ist vorgängig der Aufnahme von Konventionsverhandlungen ein uR-Gesuch einzureichen oder später ein (begründeter) Antrag auf Rückwirkung zu stellen. Zudem ist an das Gebot der wirtschaftlichen Mandatsführung zu erinnern (Urteil des Bundesgerichts 5A_209/2016 vom 12. Mai 2016 E. 3.3.4), welches eine rasche Prozesseinleitung verlangt: Es ist primär Aufgabe des Gerichts, als neutrale, mit amtlicher Autorität ausgestattete Instanz für ein zielgerichtetes und effizientes Vorgehen zu sorgen.

Auch unter diesem Blickwinkel würde sich der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Aufwand als klar überhöht erweisen und erschiene die zugesprochene Entschädigung in der Gesamtbetrachtung – durchschnittlicher Fall, keine Besonderheiten, Erledigung im ersten Termin – ohne Weiteres als angemessen. Der erstinstanzliche Richter verfügt in diesem Zusammenhang über einen grossen Ermessensspielraum (Urteil des Bundesgerichts 5A_157/2015 vom 12. November 2015 E. 3.2); eine Pauschalierung ist zulässig (Urteil des Bundesgerichts 5D_62/2016 vom 1. Juli 2016 E. 4).

(...)

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.