



Entschädigung des anwaltlichen Prozessierens in eigener Sache und verwandter Formen

ARNOLD F. RUSCH*



ADRIAN FISCHBACHER**

Spricht das Gericht eine Entschädigung zu, wenn man als Anwalt in eigener Sache oder als Unternehmensjurist auftritt? Und wenn man einen Ghostwriter ohne Anwaltspatent anheuert? Die Gerichte zeigen sich bisweilen recht knauserig, wenn sich eine Verfahrenspartei nicht klassisch vertreten lässt. Dieser Aufsatz richtet den Fokus auf die Abgeltung juristischer Dienstleistungen ausserhalb des klassischen Anwaltsmonopols und hinterfragt die bestehenden Lösungen.

Devant les tribunaux suisses, le défraiement ne s'effectue en principe que dans le cas d'une représentation professionnelle : l'avocat employé d'un service juridique et l'avocat qui défend sa propre cause ne peuvent prétendre à un défraiement. L'article ci-dessous se consacre à l'indemnisation des services juridiques en dehors de la représentation professionnelle et remet les solutions en question.

Inhaltsübersicht

- I. Fragestellung
- II. Ist-Zustand
 - A. Anwalt als Parteivertreter
 - B. Privatperson ohne Anwaltspatent
 - C. Anwalt in eigener Sache
 - D. Anwalt als Organ
 - E. Unternehmensanwalt
 - F. Juristischer Ghostwriter
 - G. Anwalt pro bono
 - H. Von der Rechtsschutzversicherung bezahlter Anwalt
 - I. Rechtsgutachten
- III. Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
- IV. Soll-Zustand
 - A. Fallen die Kosten der rechtlichen Vertretung unter den Schadensbegriff?
 - B. Gibt es Parallelen zu den Selbstreparatur-Fällen im Haftpflichtrecht?
 - C. Gibt es valable Gründe, die Tätigkeit eines Anwalts in eigener Sache geringer zu werten?
 - D. Gibt es umgekehrt valable Gründe, die Zeit des Anwaltes höher zu werten als diejenige einer Privatperson ohne Anwaltspatent?
 - E. Ist es unter dem Blickwinkel des Zugangs zum Recht richtig, (1) keine, (2) eine nur moderate oder (3) eine volle Parteientschädigung zu gewähren?
 - F. Sind die Anreize richtig gesetzt, wenn eine Partei eine möglichst günstige Prozessführung bewirkt und «als Belohnung» für die Sparbemühungen im Obsiegsfall überhaupt keine Entschädigung erhält?
 - G. Basieren die Einschränkungen auf Standespolitik?
- V. Fazit

I. Fragestellung

«Der vorliegend in eigener Sache prozessierende Anwalt hat gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts – zumal ein Ausnahmefall nicht vorliegt – keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung [...]»¹ Dieses Zitat gibt den Grundtenor wieder, den man in vielen Urteilen liest: «Die Beschwerdeführerin [...] ist nicht durch einen externen Anwalt, sondern durch einen Rechtsanwalt ihrer Rechtsabteilung vertreten. Damit steht ihr nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts mangels eines besonders hohen Aufwandes keine Parteientschädigung zu [...]»² Verliert die Tätigkeit eines Anwalts schlagartig ihren gesamten Wert, sobald der Anwalt als Angestellter oder in eigener Sache arbeitet? Wären die Aufwendungen für den angestellten Anwalt nicht auch unter den Schadensbegriff subsumierbar? Führt diese Regelung nicht dazu, dass jeglicher Anreiz zu günstigeren Lösungen schwindet?

In den nachfolgenden Überlegungen möchten wir den Ist-Zustand der Entschädigung von verschiedenen Formen der juristischen Dienstleistung in den Verfahrensordnungen möglichst umfassend aufarbeiten. In einem zweiten Schritt widmen wir uns dem Soll-Zustand. Dabei wollen wir das Wesen der Entschädigung beleuchten und die gängigen Lösungen hinterfragen.

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

** ADRIAN FISCHBACHER, MLaw, Rechtsanwalt, Zürich.

¹ BGer, 1P.125/2006, 24.3.2006, E. 3.

² BGer, 4A_262/2016, 10.10.2016, E. 6.

II. Ist-Zustand

A. Anwalt als Parteivertreter

Die obsiegende Partei erhält die sog. Parteientschädigung für die Kosten der berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Die Parteientschädigung bemisst sich indes nicht nach den konkret aufgewendeten Stunden, sondern nach Tarif (Art. 105 Abs. 2 ZPO, Art. 68 Abs. 2 BGG).³ Die Notwendigkeit des Beizugs eines Anwalts darf dabei keine Rolle spielen.⁴ Die Entschädigung deckt in den allermeisten Fällen die wahren Kosten des Anwalts nicht, die sich nicht tariflich, sondern gemäss individueller Vereinbarung berechnen.⁵ Die nicht gedeckten Anwaltskosten sind uneinbringlich, da die Regeln zur Partei-

entschädigung als *lex specialis* dem Privatrecht in diesem Bereich vorgehen.⁶

Unterliegt die Partei mit einem unentgeltlichen Rechtsbeistand, so entschädigt der Kanton den Rechtsbeistand angemessen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). In Zürich ist diese angemessene Entschädigung gleich hoch wie die Parteientschädigung. Obsiegt sie, erhält der Anwalt primär die Parteientschädigung. Kann die Gegenpartei diese nicht bezahlen, erhält der Anwalt die angemessene Entschädigung gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO, die in Zürich wiederum gleich hoch ist wie die angemessene Entschädigung.⁷

B. Privatperson ohne Anwaltspatent

Privatpersonen erhalten grundsätzlich keine Entschädigung für die Zeit, die sie für Rechtsstreitigkeiten aufwenden.⁸ Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO sieht nur in begründeten Fällen eine *Umtriebsentschädigung* vor.⁹ Die Botschaft zur ZPO sieht in der Entschädigung in erster Linie einen Ausgleich für den Verdienstausschlag einer selbständig erwerbenden Person.¹⁰ Im Verfahren vor Bundesgericht gel-

³ Vgl. Art. 96 ZPO; Zürich: § 2 i.V.m. § 4 der Verordnung vom 8. September 2010 über die Anwaltsgebühren (AnwGebV/ZH; LS 215.3); Bundesgericht: 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).

⁴ BGE 144 III 164 E. 3.5: «Aus all dem folgt, dass im Rahmen von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO grundsätzlich nicht zu prüfen ist, ob die berufsmässige Vertretung effektiv notwendig war. Aufgrund dieser Vorgabe auf der Stufe des Bundesrechts besteht insoweit auch keine Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers, im Tarifrecht einen entsprechenden Nachweis vorzusehen [...]»

⁵ OGer ZH, PE180001-O, 19.7.2018, E. 4.6: «Die vom Bundesgericht im Zusammenhang mit der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters entwickelten Grundsätze sind bei der Bemessung der Parteientschädigung nicht massgebend. Insbesondere begründet Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO keinen Anspruch auf volle Schadloshaltung der obsiegenden (entschädigungsberechtigten) Partei, d.h. auf Ersatz bzw. Erstattung der gesamten bei ihr angefallenen Anwaltskosten. Einen solchen Anspruch gewährt auch das kantonalschweizerische Recht nicht. Die Differenz zwischen den Kosten der anwaltlichen Vertretung, die gemäss Tarif der AnwGebV zugesprochen werden, und dem Anwalts honorar, das dem Anwalt gemäss individueller Vereinbarung geschuldet ist, hat die entschädigungsberechtigte Partei selbst zu tragen, und zwar auch dann, wenn sie vollständig obsiegt»; OGer ZH, RE180002-O, 19.4.2018, E. 3.4; OGer ZH, PP170047-O, 13.2.2018, E. 3.3.1: «Der kantonale Tarif ist ein Überwälzungstarif, der (nur) die Höhe der vom Gericht zuzusprechenden Parteientschädigung und mithin auch der von der Gegenpartei zu leistenden Vergütung für die Kosten einer berufsmässigen Vertretung regelt (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Hingegen gilt im Verhältnis zwischen dem Anwalt und der von ihm vertretenen Partei nicht dieser Tarif, sondern – im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben – die getroffene Vereinbarung (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 37 und Art. 96 N 20; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 95 N 18 und Art. 96 N 5). Zu beachten ist, dass das Bundesrecht keinen Anspruch auf einen minimalen Anwaltskostensatz gewährt (BGer 4C_1/2011 vom 3. Mai 2011 = Pra 100 [2011] Nr. 88, E. 6.2 und E. 9.1; 4A_367/2011 vom 27. September 2011, E. 3.2; ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 37 und Art. 96 N 20; s.a. OGer ZH RE160018 vom 15.05.2017, E. III.1; insofern missverständlich KUKO ZPO-Schmid, Art. 96 N 15).»

⁶ BGE 139 III 190 E. 4.4; BGer, 2C_152/2010, 24.8.2010, E. 3.2; 5A_442/2016, 7.2.2017, E. 7.2; vgl. aber die spezielle Konstellation in BGer, 4A_557/2014, 2.2.2015, E. 2.1; OGer ZH, PP170047-O, 13.2.2018, E. 3.3.1: «Insbesondere begründet Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO keinen Anspruch auf volle Schadloshaltung der obsiegenden (entschädigungsberechtigten) Partei, d.h. auf Ersatz bzw. Erstattung der gesamten bei ihr angefallenen Anwaltskosten. Die Differenz zwischen den gemäss (Überwälzungs-)Tarif zugesprochenen Kosten der anwaltlichen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO) und dem gemäss Vereinbarung geschuldeten Anwalts honorar hat die entschädigungsberechtigte Partei selbst zu tragen, und zwar auch dann, wenn sie vollständig obsiegt.»

⁷ OGer ZH, PP170047-O, 13.2.2018, E. 3.3.4.

⁸ BENEDIKT A. SUTER/CRISTINA VON HOLZEN, Art. 95 ZPO N 41, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013.

⁹ Zur Begründung eines solchen Falles werden nach wie vor die in BGE 110 V 132 E. 4d genannten Kriterien herangezogen: Kumulativ muss es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handeln, die Interessenwahrung muss einen hohen Arbeitsaufwand notwendig machen, der den Rahmen dessen überschreitet, was der Einzelne üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat, und es muss zwischen dem betriebenen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung ein vernünftiges Verhältnis bestehen.

¹⁰ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., 7293; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 95 N 21, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser), wenden ein, es spreche nichts dagegen, auch die entgangene Freizeit von Privatpersonen zu entschädigen.

ten die gleichen Voraussetzungen,¹¹ wobei sich dieses bei der Zusprechung von Entschädigungen besonders zurückhaltend zeigt.¹²

C. Anwalt in eigener Sache

Das Bundesgericht gewährt Anwälten in eigener Sache¹³ in ständiger Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen eine Parteientschädigung gemäss Art. 68 BGG.¹⁴ Eine solche Ausnahme liegt bei komplizierten Prozessen mit hohem Streitwert vor, bei denen die Interessenwahrung einen hohen Arbeitsaufwand mit sich bringt, der das zumutbare Mass dessen überschreitet, was man nebenbei zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten auf sich zu neh-

men hat.¹⁵ Das Bundesgericht spricht diese Parteientschädigung allerdings unter dem Titel der weiteren durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu. Dieser Ansatz liegt tiefer als die Honoraransätze, die bei Beizug eines mandatierten externen Rechtsvertreters zur Anwendung gelangen.¹⁶ Ausgenommen von dieser Ausnahme sind die amtlichen Strafverteidiger, die um ihr eigenes Honorar streiten. Sie bekommen eine Parteientschädigung unabhängig vom Aufwand und von der Komplexität des Falles.¹⁷ Dasselbe gilt für als Willensvollstrecker tätige Anwälte, die für den Nachlass klagen.¹⁸ Diese restriktive Haltung des Bundesgerichts ist in der Literatur umstritten.¹⁹

In den Verfahren gemäss ZPO gelten dieselben Regeln.²⁰ Unter der Zürcher ZPO wurde dem Anwalt in eigener Sache zwar eine Entschädigung zugesprochen, der Abzug zum offiziellen Tarif betrug aber 25–50%.²¹ Die Frage der Höhe der Entschädigung liegt im Ermessen des Gerichts.²²

¹¹ BGE 125 II 518 E. 5b, der noch vor Inkrafttreten des BGG ergangen ist: «*Einer nicht anwaltlich vertretenen Partei steht, unabhängig davon ob es sich um einen juristischen Laien oder einen Rechtsanwalt handelt, unter besonderen Voraussetzungen eine Parteientschädigung zu*»; das Bundesgericht verweist auch in neueren Entscheiden auf die in BGE 125 II 518 festgehaltenen Voraussetzungen, vgl. etwa BGer, 4A_334/2017, 4.10.2017, E. 3; 4A_625/2012, 22.1.2013, E. 4; vgl. auch SHK BGG-SEILER, Art. 68 N 17, in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich/Niklaus Oberholzer (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. A., Bern 2015.

¹² BGE 135 III 127 E. 4; 133 III 439 E. 4; sowohl DOLGE wie auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER gehen davon aus, dass im Verfahren nach BGG gar keine Entschädigung an nicht anwaltlich vertretene Parteien ausgerichtet werden: ANNETTE DOLGE, in: Karl Spühler/Heinz Aemisegger/Annette Dolge/Dominik Vock (Hrsg.), Praxiskommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 68 BGG N 6; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016, N 10.6; dies mag faktisch stimmen, zumindest theoretisch scheint eine Entschädigung aber möglich, da das Bundesgericht auch in neueren Urteilen immer wieder die Voraussetzungen von BGE 125 II 518 erwähnt (vgl. FN 11).

¹³ «In eigener Sache» legt das Bundesgericht so aus, dass auch am Verfahrensausgang interessierte Anwälte darunterfallen, vgl. BGE 129 V 113 E. 4.1: «*Lediglich ausnahmsweise Anspruch auf Parteientschädigung haben Rechtsvertreter, die ein eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses haben, was beispielsweise anzunehmen ist, wenn die streitige Zusprechung von Leistungen ihre Unterstützungspflicht (Art. 328 ZGB) mindert (nicht veröffentlichtes Urteil T. vom 21. Juni 1999, I 601/98), wenn sie als Inhaber der elterlichen Gewalt (Art. 296 ff. ZGB) das unmündige Kind vertreten (ZAK 1984 S. 279 Erw. 3) oder im Rahmen der eherechtlichen Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB) für den Ehepartner handeln (ZAK 1985 S. 472 Erw. 4)*»; diese Regel kam auch zur Anwendung, als zwei Partner einer Anwaltskanzlei als deren Vertreter in einem Steuerverfahren agierten, vgl. BGer, 2C_807/2008, 19.6.2009, E. 4.3; der Anwalt in eigener Sache erhält keine Parteientschädigung, auch wenn er zusätzlich seine Ehefrau vertritt (BGer, 1P.125/2006, 24.3.2006, E. 3).

¹⁴ BGE 129 II 297 E. 5; 129 V 113 E. 4.1; 128 V 236 E. 5; 119 Ib 412 E. 3; 110 V 132 E. 4d; BGer, 2C_807/2008, 19.6.2009, E. 4.3; 8C_903/2008, 27.3.2009, E. 5; 2C_508/2007, 27.5.2008, E. 4.

¹⁵ BGE 125 II 518 E. 5b; 129 V 113 E. 4.1; 144 V 280 E. 8.2; BGer, 2C_807/2008, 19.6.2009, E. 4.3.

¹⁶ BGer, 2C_807/2008, 19.6.2009, E. 4.3; BGE 125 II 518 E. 5b i.V.m. BGer, 1C_89/2007, 13.7.2007, E. 4; Anwaltskosten fallen unter Art. 1 lit. a i.V.m. Art. 2–8 des Reglements vom 31. März 2006 über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor Bundesgericht (SR 173.110.210.3), während die «notwendigen Kosten» in Art. 1 lit. b i.V.m. Art. 11 geregelt sind.

¹⁷ BGE 125 II 518 E. 5b.

¹⁸ BGE 129 V 113 E. 4.2–4.4; 144 V 280 E. 8.2.2; BGer, 4A_533/2013, 27.3.2014, E. 7.

¹⁹ Für volle Entschädigung des Anwalts in eigener Sache: ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2013, § 16 N 18 (unter grosszügiger Anwendung der Voraussetzungen in BGE 110 V 134), und (ohne Begründung) DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 95 ZPO N 8; für blosser Deckung der Unkosten: BK ZPO-STERCHI, Art. 95 N 18, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012 (zit. BK ZPO-Verfasser).

²⁰ HGer ZH, HE170263-O, 23.8.2017, E. 8.2; die Teile über die nicht berufsmässig vertretenen Parteien dürften mittlerweile hinfällig sein, vgl. unten FN 34.

²¹ Vgl. OGer ZH, 16.3.1962, in: ZR 1962, Nr. 52, E. 7; OGer ZH, 2.2.1954, in: ZR 1957, Nr. 103, E. 10; RICHARD FRANK, in: Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer (Hrsg.), Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 69 ZPO/ZH N 4.

²² BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 10), Art. 95 N 22; die Kantone Luzern und Nidwalden haben die Entschädigung von Anwälten in eigener Sache explizit geregelt: Im Kanton Luzern darf die Umtriebsentschädigung maximal die Hälfte der ordentlichen Gebühr betragen (§ 29 Abs. 2 Justiz-Kostenverordnung; SRL 265); im Kanton Nidwalden darf die Entschädigung höchstens drei Viertel

Vordergründig scheint eine Umgehung dieser Rechtsprechung problemlos möglich, indem man *pro forma* einen Anwaltskollegen unterschreiben lässt.²³ Fraglich ist jedoch, ob man das tun darf. Im Ergebnis bringt man durch eine unterschriebene Unwahrheit das Gericht dazu, eine nicht geschuldete Parteientschädigung festzusetzen, und die Gegenpartei dazu, diese zu begleichen. Da dieses Vorgehen geeignet ist, beim Gericht eine von der Wirklichkeit abweichende Überzeugung hervorzurufen, kommt eine Verurteilung wegen Prozessbetrugs in Frage. Die Anwälte täuschen das Gericht, damit die Gegenpartei eine Parteientschädigung bezahlen muss – es geht also um *Verfügungen über Drittvermögen* und damit um einen *Dreiecksbetrug*.²⁴ Die Arglist lässt sich auf zwei Arten bezahlen – einerseits durch den fabrizierten Beweis der vom Pro-forma-Vertreter unterzeichneten Rechtsschrift als besondere Machenschaften, andererseits aufgrund der schwierigen Widerlegung der unwahr behaupteten Vertretung.²⁵ Hinzu kommt in echter Konkurrenz²⁶ eine Urkundenfälschung.

D. Anwalt als Organ

Gleich wie der Anwalt in eigener Sache erhält der Anwalt, der Organ der Partei ist, nur eine Umtriebsentschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO.²⁷ Das Bundesgericht

des ordentlichen Honorars betragen (Art. 32 Abs. 3 Prozesskostengesetz; NG 261.2).

²³ BGer, 1C_233/2015, 5.10.2015, C: «Überdies sei es ihm zuwider, die eigene Sache gegen aussen durch Benützung des Geschäftspapiers und der Unterschrift eines Anwaltskollegen formell zur rechtlich vertretenen Angelegenheit zu wandeln, wie dies üblicherweise geschehe, um zu einer Parteientschädigung zu gelangen», und E. 3.3: «Sodann stellt der Beschwerdeführer die Rechtsprechung in Frage, wonach dem in eigener Sache prozessierenden Anwalt keine Parteientschädigung zusteht, indem er auf die angebliche Gepflogenheit hinweist, entsprechende Beschwerden würden wegen der Parteientschädigung von einem Anwaltskollegen unterzeichnet, der sie gar nicht verfasst habe, was ihm zuwider sei.»

²⁴ Vgl. zum Dreiecksbetrug und zur Ablehnung des Prozessbetrugs BSK StGB-MAEDER/NIGGLI, Art. 146 N 144 f., 149 f., in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019; BGE 122 IV 197 E. 2c.

²⁵ BGE 122 IV 197 E. 3d.

²⁶ BGE 138 IV 209 E. 5.5.

²⁷ BGer, 2C_807/2008, 19.6.2009, E. 4.3 (Verfahren nach BGG; Partner der betroffenen Anwaltskanzlei); OGer BE, ZK 15 221, 7.9.2015, E. 11f, 12b, 13b (Verfahren nach ZPO; Entschädigung nach den Voraussetzungen des Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO; Anwalt ist Vereinspräsident): «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»; HGer ZH, HG160146-O, 21.3.2017, E. 4.4 (Verfahren nach ZPO; Anwalt ist Verwaltungsratspräsident); BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 10), Art. 95 N 22;

verlangt indes eine Prüfung, ob die Tätigkeit als Anwalt wirklich zur Organtätigkeit zählt.²⁸ Das Urteil hält als Grundsatz fest, es gehöre «[...] nicht zu den Aufgaben eines Verwaltungsrates einer juristischen Person, diese in Zivilprozessen anwaltlich zu vertreten».²⁹ An welchen Kriterien sich diese Prüfung orientieren soll, ist nicht klar. Unseres Erachtens kann es nur auf die Kundgabe der Vollmacht ankommen – legitimiert sich der Verwaltungsrat mit dem Handelsregisterauszug, ist es Organhandeln.³⁰ Bei einer gewöhnlichen Anwaltsvollmacht fällt die Tätigkeit unter die anwaltliche Tätigkeit.

E. Unternehmensanwalt

Unter dem Regime der ZPO gibt es für Unternehmen, die sich durch ihren Rechtsdienst vertreten lassen, praxisgemäss keine Parteientschädigung. Denkbar bleibt in begründeten Fällen eine Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO – beim angestellten Anwalt

unter der Zürcher ZPO wurde dem Anwalt, der als Verwaltungsratspräsident einer AG prozessierte, zwei Drittel der Prozessentschädigung zugestanden, vgl. FRANK (FN 21), § 69 ZPO/ZH N 4; für eine reduzierte Parteientschädigung Rekurskommission TG, 28.7.1997, ZR 96 150, in: RBOG 1997, Nr. 36; für volle Entschädigung: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 19), § 16 N 18.

²⁸ BGer, 4A_399/2018, 8.2.2019, E. 4: «Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist die pauschale Aussage des Kantonsgerichts unzutreffend, wonach es sich um ein Prozessieren in eigener Sache handle, wenn der Rechtsvertreter gleichzeitig Organ der Partei sei, die er vertritt. Es ist vielmehr mit Blick auf die Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob die Tätigkeit des Rechtsvertreters als freiberufliche Anwaltstätigkeit oder aber als Organhandeln zu qualifizieren ist. Wenn ein freiberuflich tätiger Anwalt, der gleichzeitig Organ einer juristischen Person ist, diese in einem Zivilprozess vertritt, kann nicht ohne Weiteres von einem analogen Anwendungsfall des Prozessierens in eigener Sache ausgegangen werden. Es gehört denn auch grundsätzlich nicht zu den Aufgaben eines Verwaltungsrates einer juristischen Person, diese in Zivilprozessen anwaltlich zu vertreten»; in E. 5 qualifizierte das Bundesgericht die Tätigkeit des Anwalts als freiberufliche Tätigkeit ausserhalb des Organhandelns; vgl. schon Rekurskommission TG, 28.7.1997, ZR 96 150, E. 2b, in: RBOG 1997, Nr. 36: «Zwar trifft es zu, dass die juristische Person nicht selber, sondern nur durch eine natürliche Person, durch eines ihrer Organe, handeln kann; daraus kann indessen entgegen ZR 46, 1947, Nr. 71 nicht einfach geschlossen werden, ein Anwalt sei in solchen Fällen nur als Organ und nicht als Parteivertreter tätig, womit alsdann nicht auf den Anwaltsarif abgestellt werden könnte.»

²⁹ BGer, 4A_399/2018, 8.2.2019, E. 4.

³⁰ Rekurskommission TG, 28.7.1997, ZR 96 150, E. 1, in: RBOG 1997, Nr. 36: «Im Prozess berief er sich nicht auf seine Vertretungsmacht als ihr Organ, sondern trat als ihr Anwalt auf und reichte hierfür auch eine spezielle Prozessvollmacht ein, die einerseits von ihm selbst und andererseits vom Delegierten des Verwaltungsrats unterzeichnet war.»

geht es schliesslich um den *eigenen Aufwand* der Partei.³¹ Die Gerichte verlangen deshalb, dass die Partei aufzeigt, welche Umtriebe sie durch den Einsatz des ohnehin angestellten Anwalts erlitten hat.³²

Dasselbe gilt vor Bundesgericht: Wer den Prozess durch den Anwalt der eigenen Rechtsabteilung führen lässt, dem steht auch im Verfahren nach BGG «[...] *man-gels eines besonders hohen Aufwandes keine Parteient-schädigung zu [...]*».³³

F. Juristischer Ghostwriter

Wer für einen Prozess einen juristischen Ghostwriter ohne Anwaltspatent anheuert, erhält keine Parteientschädigung im Sinne des Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO – das wären die Kosten für die berufsmässige Vertretung, die ja gerade nicht vorliegt. Das Bundesgericht lehnt eine Ausdehnung des Begriffs der notwendigen Auslagen im Sinne des Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO auf Nichtanwälte ab. Ebenso lehnt es die Subsumierung unter Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO (Umtriebsentschädigung in begründeten Fällen) ab. Es gehe dabei um den *eigenen Aufwand* der *selber prozessierenden Partei*.³⁴

G. Anwalt pro bono

Bekommt eine *pro bono* vertretene Partei eine Parteient-schädigung? Wenn der Anwalt pro bono tätig wird, verursacht er bei der vertretenen Person keinen Aufwand, weshalb diese auch keine Parteientschädigung erhält.³⁵ Verlangt er ein Honorar aus dem Prozessgewinn nur für den Fall des Obsiegens, liegt ein verbotenes Erfolgshonorar vor.³⁶ Verlangt er im Falle des Obsiegens lediglich die gerichtliche Prozessentschädigung, so liegt nach Ansicht

der Zürcher Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte kein verbotenes Erfolgshonorar vor.³⁷

H. Von der Rechtsschutzversicherung bezahlter Anwalt

Wenn die Rechtsschutzversicherung den Anwalt bezahlt, erhält die so vertretene Partei dennoch eine Parteient-schädigung in voller Höhe.³⁸ Das Bundesgericht macht dabei

³⁷ OGer ZH, Aufsichtskommission über die Anwältinnen und An-wälte, 2.12.2010, in: ZR 2011, Nr. 16, E. 5–7; kritisch zu diesem Entscheid WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2. A., Bern 2017, N 442, und ADRIAN FISCHBACHER/ARNOLD F. RUSCH, *Der Bruno Steiner-Fall*, AJP 2013, 525 ff.

³⁸ BGer, 9C_178/2010, 14.4.2010, E. 2; BGE 135 V 473 E. 3.1; 122 V 278 E. 3d; 117 Ia 295 E. 3; vgl. BGer, 6B_976/2008, 8.6.2009, E. 2.2 (Übernahme dieser Rechtsprechung im Strafrecht, bestätigt in BGE 142 IV 42 E. 2.3 f.); in der Literatur ist die Frage umstritten, vgl. zum Stand der Meinungen ADRIAN URWYLER/MYRIAM GRÜTTER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), *Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. A., Zürich 2016, Art. 95 ZPO N 25; für volle Entschädigung: KUKO ZPO-SCHMID, Art. 95 N 20, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/ Ulrich Haas (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurz-kommentar*, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO ZPO-Verfasser); MAX PLATTNER/JEAN-PIERRE SCHMID, *Gerichtskosten und Rechts-schutzversicherungen*, in: Christian Schöbi (Hrsg.), *Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung*, Bern 2001, 59 ff., 69: «*Beim Entscheid, ob ein freigesprochener Angeschuldigter bzw. eine Partei im Zivilverfahren Anspruch auf eine Prozessentschädigung hat, kann und darf es keinen Unterschied machen, ob eine Rechtsschutzversicherung vorliegt oder nicht. Der Versicherte bezahlt seinem Versicherer Prämien, damit er an seiner Stelle die ihm zu Recht auferlegten Verfahrenskosten und Parteientschädigungen bezahlt bzw. sie ihm zurückvergütet, und nicht damit der Staat oder die Gegenpartei Kosten sparen kann*»; für blosser Umtriebsentschädigung: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 19), § 16 N 18 (unter Berufung auf BGE 120 Ia 170); BK ZPO-STERCHI (FN 19), Art. 95 N 19: «*Dass einer Partei bei Vertretung durch einen bei ihrer Rechtsschutzversicherung angestellten Anwalt (soweit wegen möglicher Interessenkollision überhaupt zulässig) gar keine Parteientschädigung auszurichten wäre (so Suter/von Holzen, a.a.O., N 43), überzeugt nicht. Wohl entstehen [bei der Vertretung durch den Anwalt der Rechtsschutz-versicherung] keine Vertretungskosten i.S.v. lit. b, doch gelten auch in diesem Fall die oben (N 15–17) dargestellten Überlegungen bezüglich einer Umtriebsentschädigung an die Partei selbst*»; gegen eine Entschädigung: SUTER/VON HOLZEN (FN 8), Art. 95 ZPO N 43: «*Einer Partei, die durch einen bei ihrer Rechtsschutz-versicherung angestellten Anwalt vertreten ist, entstehen keine Kosten. Ihr sind deshalb weder Kosten für die berufsmässige Vertretung noch eine Umtriebsentschädigung im Sinne von Bst. c zuzusprechen (ebenso D. Tappy, Commentaire CPC, Art. 95 N 28; a.A. H. Schmid, *Kurzkomm. ZPO*, Art. 95 N 34). Die frühere Praxis zum kantonalen Recht, wonach eine reduzierte Umtriebsent-schädigung zugesprochen werden konnte (BGE 120 Ia 169, 170 E. 3a/b; BGE 117 Ia 295), ist durch Art. 95 Abs. 3 ZPO überholt. Es wäre eine unzulässige Umgehung dieser Bestimmung, wenn sich die Rechtsschutzversicherung (nur) für den Fall der erfolgreichen*

³¹ BGer, 5D_229/2011, 16.4.2012, E. 3.3; vgl. auch FN 34; BGer, 4A_355/2013, 22.10.2013, E. 4.2; 4A_109/2013, 27.8.2013, E. 5.

³² HGer ZH, HG150238-O, 5.4.2017, E. 4.2; so bereits unter der Zürcher ZPO, vgl. KassGer ZH, 26.4.2007, in: ZR 2007, Nr. 78, E. III.2.a.

³³ BGer, 4A_262/2016, 10.10.2016, E. 6; 4A_585/2010, 2.2.2011, E. 5.2; 2C_807/2008, 19.6.2009, E. 4.3 (i.c. nicht ein eigentlicher Rechtsdienst, sondern Anwälte einer Anwaltskanzlei, die Beschwerdeführerin und damit Verfahrenspartei war); 1A.86/2003, 15.12.2003, E. 6.2 (noch unter dem Regime des OG); 2A.191/2005, 2.9.2005, E. 6 (ebenfalls OG).

³⁴ BGer, 4A_233/2017, 28.9.2017, E. 4.5.

³⁵ KassGer ZH, AA080158, 29.5.2009, E. IV.2.

³⁶ OGer ZH, Aufsichtskommission über die Anwältinnen und An-wälte, KG150033, 5.11.2015, in: ZR 2016, Nr. 15, E. IV.4.

keinen Unterschied, ob es sich um einen externen oder einen bei der Versicherung angestellten Anwalt handelt.³⁹ In vielen Versicherungsverträgen ist vorgesehen, dass die Versicherten eine Entschädigung an die Versicherung weiterreichen müssen.⁴⁰

I. Rechtsgutachten

Vergleichbar mit einem Ghostwriter sind auch Rechtsgutachter. Diese vertreten keine Partei. Häufig fehlt auch der Eintrag des Gutachters im Anwaltsregister. Gerichte ersetzen die Kosten eines Rechtsgutachtens nur, sofern dessen Erstellung für den Prozess unabdingbar war.⁴¹

III. Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung knüpft Entschädigungen für nicht anwaltlich vertretene Parteien an drei Voraussetzungen, die es erstmals in BGE 110 V 132 aufgestellt hat: Kumulativ muss es sich um eine *komplizierte Sache mit hohem Streitwert* handeln, die Interessenwahrung muss einen *hohen Arbeitsaufwand* notwendig machen, der den Rahmen dessen überschreitet, was der einzelne üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat, und es muss zwischen dem betriebenen Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung ein

Vertretung des Versicherten durch einen angestellten Anwalt eine Entschädigung durch den Versicherten ausbedingen würde, um den betreffenden Aufwand als Auslage gemäss Bst. a ersatzfähig zu machen. Auch ohne Aussicht auf Parteientschädigung kann es für die Rechtsschutzversicherung sinnvoll sein, ihre Versicherten durch angestellte Anwälte vor Gericht zu vertreten, sei es als besondere Dienstleistung oder als Mittel zur Beschränkung des Kostenrisikos der Versicherung im Falle des Unterliegens»; DENIS TAPPY, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2019, Art. 95 ZPO N 28.

³⁹ BGE 135 V 473.

⁴⁰ Vgl. AGB der Orion, Ziff. E5.7, Internet: https://www.orion.ch/downloads/de/Orion-PRIVATE/Orion_PRIVATE_AVB.pdf (Abruf 7.6.2019): «Jede Prozess- oder Parteientschädigung, die dem Versicherten (gerichtlich oder aussergerichtlich) zugesprochen wird, fällt bis zur Höhe der erbrachten Leistungen Orion zu»; Ziff. 2 AGB Coop, Internet: https://www.cooprecht.ch/cvfs/4844592/web/2016.cooprecht.ch/media/angebot/privatkunden/AVB_Privatrechtsschutz_Paket_D.pdf (Abruf 7.6.2019): «Der Versicherte hat die ihm zugesprochenen Prozess- und Parteientschädigungen im Umfang der erbrachten Leistungen an Coop Rechtsschutz zurückzuerstatten.»

⁴¹ BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 6.2.5; 5A_41/2010, 21.10.2010, E. 3.4; HGer ZH, HG110033-O, 1.9.2014, E. 3.

vernünftiges *Verhältnis* bestehen.⁴² Diese Kriterien ziehen sich seither wie ein roter Faden durch das Thema der Entschädigung der Prozessführung in eigener Sache. Das Bundesgericht verweist in allen angesprochenen Konstellationen auf diese Kriterien: bei der *Privatperson ohne Anwaltspatent*, beim *Anwalt in eigener Sache*, beim *angestellten Anwalt* und beim *Anwalt als Organ*. Sie gelangen sowohl im Zivilrecht wie auch im Versicherungsrecht, im öffentlichen Recht und im Strafrecht zur Anwendung.⁴³

Dabei gilt aber: Obwohl es sich um einheitliche Kriterien handelt, liegt keine Rechtsprechung mit Konturen vor, denn in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle werden die Kriterien bloss herangezogen, um den Anspruch auf Entschädigung pauschal abzuweisen – meist in einem einzigen Satz, in dem festgehalten wird, die Voraussetzungen von BGE 110 V 132 seien nicht erfüllt.

IV. Soll-Zustand

Dem Soll-Zustand bezüglich der Parteientschädigung wollen wir uns durch mehrere Fragen und Antworten nähern.

A. Fallen die Kosten der rechtlichen Vertretung unter den Schadensbegriff?

Die Relevanz dieser Fragestellung zeigt sich bei der Frage, ob die Kosten des eigenen Rechtsdienstes unter die nicht zu ersetzenden «Sowieso-Kosten» fallen. Kosten, die ohnehin anfallen, können sich zur schädigenden Handlung nicht kausal verhalten.⁴⁴ Fallen die Kosten unter den Schadensbegriff, so sind sie unter dem Regime des Privatrechts und der Differenztheorie gänzlich zu ersetzen, es sei denn, man betrachte die Regeln zur Parteientschädigung als *lex specialis* zum Zivilrecht. Mehrere Urteile bejahen die Schadensqualität der Vertreterkosten, betonen aber gleichzeitig den Vorrang des Prozessrechts.⁴⁵ Dies zeigt auch die Einordnung *vorprozessualer*

⁴² BGE 110 V 132 E. 4d.

⁴³ Beispiele: Zivilrecht: BGer, 5A_129/2015, 22.6.2016, E. 7; Strafrecht: BGer, 6B_1125/2016, 20.3.2017, E. 4.2; Versicherungsrecht: BGer, 8C_138/2017, 23.5.2017, E. 7; öffentliches Recht: BGer, 1C_233/2015, 5.10.2015, E. 3.1.

⁴⁴ Vgl. BGer, 5D_148/2013, 10.1.2014, E. 5.3.2.

⁴⁵ BGer, 4A_282/2009, 15.12.2009, E. 4; BGE 139 III 190 E. 4.4; vgl. KassGer ZH, AA080158, 29.5.2009, E. IV.2; THOMAS GEISER/FELIX UHLMANN, N 1.39, in: Thomas Geiser/Peter Münch/Felix Uhlmann/Philipp S. Gelzer (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, 4. A., Basel 2014; BSK BGG-GEISER, Art. 68 N 9, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtinger/Lorenz

Anwaltskosten unter den Schadensbegriff, solange die prozessualen Regeln nicht greifen.⁴⁶ Unseres Erachtens hat sich das Bundesgericht mit dem neuen BGE 144 III 164 noch weiter vom Schadensbegriff entfernt: Indem es die Notwendigkeit der berufsmässigen Vertretung für die Ausrichtung der Parteientschädigung als irrelevant erachtet, löst es sich von genuin schadenersatzrechtlichen Merkmalen wie der Schadenminderungsobliegenheit sowie der Kausalität.

B. Gibt es Parallelen zu den Selbstreparatur-Fällen im Haftpflichtrecht?

Im Haftpflichtrecht gibt es einige Konstellationen, in denen eine geschädigte Person durch Eigenleistung die effektiv anfallenden Kosten verringern kann. Exemplarisch lässt sich der Vergleich mit der Reparatur eines Autos heranziehen: Der Geschädigte hat es in der Hand, ob und wie er seinen Unfallwagen reparieren lässt.⁴⁷ Er kann die Reparatur in der Markengarage mit Originalteilen durchführen lassen. Er kann das Fahrzeug aber auch selbst reparieren oder günstigere Teile verwenden. Er kann sogar auf die Reparatur verzichten und das beschädigte Fahrzeug weiterverwenden. Die schweizerische Lehre gesteht dem Geschädigten stets die vollen Reparaturkosten zu, auch wenn er auf eine Reparatur verzichtet.⁴⁸ Der Ver-

mögensschaden besteht bereits in der Beschädigung des Fahrzeugs, nicht erst in der Reparaturrechnung.⁴⁹ Im Sinne einer *Dispositionsfreiheit* kann der Geschädigte selbst entscheiden, was er mit der Entschädigung macht. Würden die Gerichte keine Entschädigung zusprechen, so wären Eigenreparaturen von vornherein unattraktiv.⁵⁰

Die Tätigkeit des Anwalts in eigener Sache ist mit der Selbstreparatur vergleichbar: Es handelt sich um eine Substituierung von Leistungen, die – weil notwendig – am Markt eingekauft werden müssten, wenn der Geschädigte sie nicht selbst erbringen könnte. Für solche Leistungen scheint eine Abgeltung gerechtfertigt.⁵¹ Diese könnte sich am fiktiven Verdienst auf dem Arbeitsmarkt orientieren. Doch muss sie nicht gleich hoch wie bei einem gewöhnlichen Anwalt ausfallen.⁵² Dieser Frage widmen sich die nachfolgenden Überlegungen.

C. Gibt es valable Gründe, die Tätigkeit eines Anwalts in eigener Sache geringer zu werten?

Im Gegensatz zur Selbstreparatur ist bei Anwälten in eigener Sache ein Abschlag aufgrund der nicht notwendigen *Instruktion* und des wegfallenden *Klientenverkehrs* durchaus angezeigt. Diese Anwälte müssen nicht «anreisen». Sie wissen, worum es geht. Sie können direkt mit der juristischen Tätigkeit beginnen.⁵³ Bei angestell-

Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2018.

⁴⁶ BGer, 4A_264/2015, 10.8.2015, E. 3: «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können vorprozessuale Anwaltskosten haftpflichtrechtlich Bestandteil des Schadens bilden, aber nur wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nur soweit, als sie nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind [...]»

⁴⁷ Diesen Vergleich ziehen besonders deutsche Texte, vgl. AG Bonn, 3 C 507/70, 22.9.1970, in: NJW 1971, 50, HERBERT SCHMIDT, Gebührenerstattungsansprüche des Rechtsanwalts bei Tätigkeit in eigenen Angelegenheiten?, NJW 1970, 1406 f., 1406, und SIMONE SCHNITZER, Die schadensrechtliche Ersatzfähigkeit aussergerichtlicher Rechtsverfolgungsschritte, Diss. Augsburg 2000, 93.

⁴⁸ BGE 64 II 137 E. 3; HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 8 N 50; dies deckt sich mit der Rechtslage in Deutschland, vgl. BGH, VI ZR 398/02, 29.4.2003, in: NJW 2003, 2086; ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013, Art. 42 OR N 24: «[...] der Schaden liegt bereits in der Beschädigung der Sache, entsteht also nicht erst durch die Reparaturaufwendungen. Deshalb kann er auch dann berechnet werden und ist auch ersatzpflichtig, wenn seine Behebung gar nicht vorgenommen wird»; HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich 2018, N 390; VITO ROBERTO, Haftpflichtrecht, 2. A., Bern 2018, N 29.04 (und Kritik in N 29.11).

⁴⁹ BGE 64 II 137 E. 3c.

⁵⁰ Vgl. ROBERTO (FN 48), N 29.43: «Das Ziel, die Gesamtschadenssumme möglichst tief zu halten, erfordert eine Entschädigung desjenigen, der seine persönlichen Ressourcen für die Schadensbeseitigung aktiviert.»

⁵¹ Vgl. ROBERTO (FN 48), N 29.30, 29.38 und 29.41; CHRISTIAN HUBER, Fragen der Schadensberechnung, 2. A., Wien 1995, 636: «Aktiviert der Geschädigte diese [Erwerbsreserve], was dann der Fall ist, wenn es sich um eine ökonomisch sinnvolle Betätigung der Arbeitskraft handelt, was sich darin zeigt, dass solche Leistungen am Markt nur gegen Entgelt zu bekommen sind, liegt gerade kein bloss immaterieller Schaden vor. Es handelt sich vielmehr um eine Aktivierung der Erwerbsreserve und somit um eine ersatzfähige Aufwendung.»

⁵² In Deutschland gehen Lehre und Rechtsprechung vom gleich hohen Anspruch aus, vgl. SCHNITZER (FN 47), 93; SCHMIDT (FN 47), 1406; LG Mainz, 2 O 112/71, 9.11.1971, in: NJW 1972, 161.

⁵³ BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 10), Art. 95 N 22; vgl. OGer ZH, 16.3.1962, in: ZR 1962, Nr. 52, E. 7 *in fine*: «Doch ist im allgemeinen ein Abzug von nur einem Viertel zu gering dafür, dass die Gebührenordnung begrifflich nicht voll anwendbar ist, die Instruktion und der ganze Verkehr mit dem Klienten wegfallen und der Prozessstoff dem Anwalt als Prozesspartei viel näher liegt denn als Vertreter, so dass Vorbereitung des Prozesses und Studium leichter sind. Der Abzug dürfte sich daher zwischen einem Drittel und der Hälfte bewegen»; Rekurskommission TG, 28.7.1997, ZR 96 150, E. 2c, in: RBOG 1997, Nr. 36: «Vielmehr rechtfertigt es sich,

ten Anwälten ist dies zwar nicht zwingend so. Dennoch dürfte sich zumindest mit der Zeit eine Vertrautheit mit dem eigenen Geschäft ergeben, die aufwendige Instruktionsgespräche und eine Kontrolle überflüssig macht.⁵⁴ Idealerweise sollten die geltend gemachten Kosten eines Anwalts in eigener Sache dem fiktiven Verdienst in der gleichen Zeit entsprechen.⁵⁵

Beim angestellten Anwalt ist zu berücksichtigen, dass schon die «Bereithaltung» des Anwalts Kosten verursacht. Diese Kosten entstehen bei der Mandatierung eines externen Anwalts nicht. Aus haftpflichtrechtlicher Sicht handelt es sich um sog. *Vorhaltekosten*. Solche Kosten fallen an, wenn ein Unternehmen für einen möglichen Schadensfall spezielle Infrastruktur bereithält; das Paradebeispiel ist das Feuerwehrauto. Vorhaltekosten werden in der schweizerischen Lehre nicht als Schadensposition anerkannt, weil sie der Schädiger nicht kausal verursacht.⁵⁶ Gemäss richtiger Ansicht sind aber auch Vorhaltekosten ersatzpflichtig, wenn sie bei einer Drittbeschaffung erst nach der Schädigung anfallen würden.⁵⁷

wenn ein Anwalt gleichzeitig kollektivzeichnungsberechtigtes Organ einer juristischen Person ist, an den unteren Rahmen üblicher Anwaltshonoraransätze zu gehen, weil sein Aufwand in aller Regel tatsächlich häufig etwas geringer sein wird als in einem gewöhnlichen Mandatsverhältnis.»

⁵⁴ Vgl. HUBER (FN 51), 135.

⁵⁵ Zur möglichen Berechnung siehe ROBERTO (FN 48), N 29.44 («realer Stundenlohn», d.h. ohne Gewinn, ohne Mehrwertsteuern und Sozialabgaben); vgl. auch HUBER (FN 51), 628.

⁵⁶ HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 48), § 8 N 19 f.; vgl. aber BGH, VI ZR 35/59, 10.5.1960, in: NJW 1960, 1339, in welchem der BGH Schadenersatz für die Reservehaltung eines Strassenbahnwagens zugesprochen hat. Der Kläger argumentierte, die Kosten der Reservehaltung seien tiefer, als wenn bei jedem Ausfall ein Wagen gemietet werden müsste. Dieselbe Überlegung könnte auf die Anstellung eines Unternehmensanwaltes angewendet werden.

⁵⁷ ROBERTO (FN 48), N 29.62, differenziert danach, ob der Einsatz der Mittel vor oder nach dem Schadenfall stattfindet: «Die Vorsorgephäre gegen Rechtsverletzungen ist eben Sache des Rechtsinhabers. Dieser bei Privaten als Selbstverständlichkeit geltende Grundsatz muss auch für Unternehmen gelten. Hingegen darf derjenige, welcher sich Massnahmen zur Beseitigung der Schädigung nicht auf dem Markt verschafft, sondern auf seine eigenen Ressourcen zurückgreifen kann, schadenersatzrechtlich nicht leer ausgehen.» Nach seiner Auffassung ist entscheidend, dass der Laden-detektiv vor, das Ersatzfahrzeug nach dem Schadenfall eingesetzt wird; vgl. mit Bezug auf angestellte Anwälte KUKO ZPO-SCHMID (FN 38), Art. 95 N 34 *in fine*.

D. Gibt es umgekehrt valable Gründe, die Zeit des Anwaltes höher zu werten als diejenige einer Privatperson ohne Anwaltspatent?

Entscheidend ist, dass der Anwalt in eigener Sache Anwaltsarbeit verrichtet, die ansonsten extern eingekauft werden *müsste*. Diese Arbeit kann die Privatperson in der Regel gar nicht leisten, weil ihr die Ausbildung und die Arbeitsmaterialien fehlen.⁵⁸ In BGE 110 V 132 hat das Bundesgericht zwar entschieden, es bestehe kein Unterschied zwischen Anwälten und juristischen Laien.⁵⁹ Tatsächlich wird aber ein juristischer Laie nicht die Arbeit eines Anwaltes in eigener Sache verrichten können. Aus dieser Sicht scheint es gerechtfertigt, den Zeitaufwand eines Anwalts anders zu behandeln als denjenigen eines juristischen Laien. Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch mit Blick auf die oben definierte Möglichkeit, den fiktiven Verdienst abzugelten – dieser dürfte im Grundsatz mit jeder Qualifikationsstufe etwas höher ausfallen.

E. Ist es unter dem Blickwinkel des Zugangs zum Recht richtig, (1) keine, (2) eine nur moderate oder (3) eine volle Parteientschädigung zu gewähren?

Dazu lohnt sich ein Vergleich mit dem US-amerikanischen Prozessrecht. Die sog. *American Rule* besagt, dass jede Partei eines gerichtlichen Verfahrens für die eigenen Kosten aufzukommen hat. Die Begründung dafür lautet, dass nur diese Regel den Zugang zum Recht gewährleiste: Die Aussicht, der Gegenpartei Kosten ersetzen zu müssen, wirkt angesichts der Unsicherheiten eines Prozesses abschreckend.⁶⁰ Dem könnte man entgegen, dass die

⁵⁸ Die Situation ist gleich wie bei der Selbstreparatur eines Unfallwagens: Ein Laie kann ein stark beschädigtes Fahrzeug in der Regel gar nicht reparieren, weil er weder über die notwendigen Fachkenntnisse noch über das teure Spezialwerkzeug verfügt.

⁵⁹ BGE 110 V 132 E. 4d.

⁶⁰ Fleischmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co., 386 U.S. 714, 717 f.: «Although some American commentators have urged adoption of the English practice in this country, our courts have generally resisted any movement in that direction. The rule here has long been that attorney's fees are not ordinarily recoverable in the absence of a statute or enforceable contract providing therefor. This Court first announced that rule in *Arcambel v. Wiseman*, 3 Dall. 306 (1796), and adhered to it in later decisions. [...] In support of the American rule, it has been argued that since litigation is at best uncertain one should not be penalized for merely defending or prosecuting a lawsuit, and that the poor might be unjustly discouraged from instituting actions to vindicate their rights if the penalty for losing included the fees of their opponents' counsel. [...] Also, the time, expense, and difficulties of proof inherent in litigating

Aussicht auf keine oder eine nicht vollständige Entschädigung noch abschreckender wirkt.⁶¹ In der Schweiz bemisst sich die Parteientschädigung nach Tarif. Das Kostenrisiko ist dadurch zumindest kalkulierbar, weil man berechnen kann, wie viel man der Gegenpartei im Falle des Unterliegens schuldet.⁶² Die American Rule macht das Kostenrisiko des Klägers jedoch sicher um ein Vielfaches berechenbarer – umso mehr, als ihm in den USA auch die Möglichkeit offensteht, mit dem eigenen Anwalt eine *contingent fee* abzumachen. Die Regel fördert Klagen – auch und gerade solche, die sich nicht sicher gewinnen lassen, was unter dem Aspekt des Zugangs zum Recht ohne Zweifel positiv wirkt.⁶³ Die US-amerikanischen Ansätze unterscheiden sich jedoch zu radikal vom schweizerischen Prozessrecht und lassen sich nicht isoliert auf die Frage der Parteientschädigung für Anwälte in eigener Sache anwenden. Der Schweizer Prozess geht bei Vorliegen einer Vertretung von einer Parteientschädigung aus. Es wäre deshalb falsch, im Hinblick auf eine Förderung von Klagen bloss den Anwälten in eigener Sache eine Parteientschädigung zu verweigern.

F. Sind die Anreize richtig gesetzt, wenn eine Partei eine möglichst günstige Prozessführung bewirkt und «als Belohnung» für die Sparbemühungen im Obsiegensfall überhaupt keine Entschädigung erhält?

Der Sinn des unentgeltlichen Rechtsbeistands und einer Rechtsschutzversicherung liegt nicht darin, die unterliegende Gegenpartei von einer Pflicht zur Bezahlung einer Prozessentschädigung zu entlasten.⁶⁴ Daraus könnte man mit dem *argumentum a maiore ad minus* ableiten, dass man als Partei nicht beim eigenen Anwalt spart – indem man lediglich einen Ghostwriter beauftragt, als Anwalt in eigener Sache auftritt oder einen eigenen Rechtsdienst

aufbaut –, um damit die Gegenpartei bei der Parteientschädigung zu entlasten. Auch der im Prozess siegreiche Anwalt pro bono will nicht für die Gegenpartei gratis tätig sein.⁶⁵ Genau dazu kommt es aber, wenn man den so vertretenen und unterstützten Parteien die Parteientschädigung verweigert: Dieser Vorgang nimmt jeden Anreiz, Geld zu sparen, doch wäre dies äusserst förderungswürdig.⁶⁶ Die Zürcher Gerichte haben dieses Argument allerdings mehrfach als unbeachtlich qualifiziert.⁶⁷

Gemäss Bundesgericht darf die Notwendigkeit der Vertretung bei einer berufsmässig vertretenen Partei für die Ausrichtung der Parteientschädigung keine Rolle spielen. Das Bundesgericht begründet dies mit der Folgenerwägung, dass ein Notwendigkeitserfordernis gerade juristisch ausgebildete Personen unzumutbar treffen würde: «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

⁶⁵ Dieser Gedanke in AG Bonn, 3 C 507/70, 22.9.1970, in: NJW 1971, 50: «Wenn der Kläger zu 2 kein Anwalt wäre, wäre er dazu berechtigt, mit der Schadensregulierung einen Rechtsanwalt zu beauftragen mit der Folge, dass der Beklagte ihm die dadurch erwachsenen Kosten ersetzen müsste. Den Vorteil aber, dass der Kläger zu 2 Rechtsanwalt von Beruf ist und seinen eigenen Schaden selbst reguliert, darf nicht dem zum Schadensersatz verpflichteten Beklagten, sondern nur dem Geschädigten selbst zukommen.»

⁶⁶ Vgl. ROBERTO (FN 48), N 29.43; HUBER (FN 51), 123: «Versagt man dem Geschädigten für die Selbstregulierung aber jeglichen Ersatz, wird er stets einen Rechtsanwalt mit der Schadensregulierung betrauen, der selbstverständlich das sich aus dem Rechtsanwalttarif ergebende Entgelt in Rechnung stellt, wodurch auch für den Schädiger höhere Kosten anfallen.»

⁶⁷ OGer ZH, 26.2.1947, in: ZR 1947, Nr. 71: «[...] könnte gegen die dargelegte Rechtsauffassung eingewendet werden, es lasse sich nicht einsehen, weshalb die Gegenpartei einer juristischen Person im Prozesse daraus Nutzen ziehen solle, dass diese einen Anwalt zu ihrem Vertretungsorgan bestellt habe. Allein, der gleiche Vorteil fällt jedem Prozessführenden zu, dessen Gegenpartei, wenn es eine natürliche Person ist, ihre Sache selber führt und keinen Anwalt bezieht. Dieser Einwand kann daher nicht ausschlaggebend sein»; KassGer ZH, 26.4.2007, in: ZR 2007, Nr. 78, E. III.2.a: «[...] überdies erachtet sie es als stossend, wenn die obsiegende Partei nur deshalb keine Parteientschädigung erhalte, weil sie keinen selbständigen Rechtsanwalt beauftragt habe, sondern innerhalb ihrer Betriebsorganisation einen eigenen Rechtsdienst unterhalte. Das zuletzt genannte (beklagtische) Argument verfängt nur schon deshalb nicht, weil jede Partei, die den Prozess mit eigenen (persönlichen) Mitteln führt, d.h. keinen freiberuflich tätigen Rechtsanwalt beauftragt, keine Prozessentschädigung gemäss Anwaltstarif beanspruchen kann, sondern einzig nach Massgabe der tatsächlichen Umtriebe zu entschädigen ist [...]. Dass damit letztlich der Prozessgegner vom Verzicht einer Prozesspartei auf Beizug eines (externen) Rechtsanwalts profitiert, liegt in der Natur und der Ausgestaltung des vom Gesetzgeber vorgesehenen Entschädigungssystems und rechtfertigt nicht, von den einschlägigen Grundsätzen abzuweichen [...].»

the question of what constitutes reasonable attorney's fees would pose substantial burdens for judicial administration»; vgl. Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society, 421 U.S. 240, 245 f.

⁶¹ Vgl. ALBERT A. EHRENZWEIG, Reimbursement of Counsel Fees and the Great Society, California Law Review, Vol. 54, No. 2 (May, 1966), 792 ff., 792.

⁶² KUKO ZPO-SCHMID (FN 38), Art. 95 N 22.

⁶³ Vgl. die Berechnung zweier Beispiele bei BRANDON CHAD BUN-GARD, Fee! Fie! Foe! Fum!: I Smell the Efficiency of the English Rule – Finding the Right Approach to Tort Reform 2006, 31 Seton Hall Legis. J. 1, 38 f.

⁶⁴ Vgl. BGer, 5P.421/2000, 10.1.2001, E. 3b; 6B_312/2010, 13.8.2010, E. 2.2; BGE 122 V 278 E. 3d; so bereits HERMANN BLASS, Anmerkung zum Entscheid des Obergerichts Zürich vom 28.4.1926, in: ZR 1927, Nr. 73.

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 [...]. Es kann jedoch nicht angehen, solche [...] 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.»⁶⁸ Ist es umgekehrt nicht genauso irritierend, die eigenen juristischen Fähigkeiten in den Dienst des Schädigers zu stellen?⁶⁹ Dazu kommt es aber, wenn man Juristen vor die Wahl stellt, sich berufsmässig vertreten zu lassen oder auf den eigenen Kosten sitzen zu bleiben.⁷⁰ Und ist es nicht ein noch unwägbareres Risiko, als Anwalt in eigener Sache mangels besonderen Aufwands gar keine Entschädigung zu erhalten?

Das Bundesgericht verwirft die Notwendigkeit als Kriterium für die Zusprechung einer Parteientschädigung zusätzlich mit folgendem Argument: «Gemäss Art. 68 Abs. 1 ZPO kann sich sodann 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 betroffene Partei trüge damit ein zusätzliches Kostenrisiko (nämlich auf ihren eigenen Anwaltskosten vollumfänglich sitzen zu bleiben), während ihre Gegenpartei – obschon sie den Prozess verloren hat – von einem Kostenrisiko entlastet würde. Eine Rechtfertigung für diese Entlastung besteht nicht, sieht doch Art. 106 Abs. 1 ZPO ausdrücklich vor, dass die unterliegende Partei die Prozesskosten zu tragen hat.»⁷¹ Ist es nicht auch eine durchaus schüt-

zenswerte Befugnis, sich durch einen Rechtsdienst vertreten zu lassen? Die ausbleibende Entschädigung dafür unterläuft diese Befugnis noch stärker als das im bundesgerichtlichen Urteil verneinte Notwendigkeits-Kriterium.

Einen wichtigen Mosaikstein zur Antwort auf diese Frage liefert die Tatsache, dass man Prozesse auch verlieren kann. Mit der bundesgerichtlichen Logik zwingt man beispielsweise Anwälten in eigener Sache folgende Radikal-Optionen auf: Lässt sich ein Anwalt vertreten, erhält er bei einem Prozesssieg die Parteientschädigung – die erfahrungsgemäss die wahren Kosten der Vertretung nicht deckt. Verliert er den Prozess, muss er den eigenen Anwalt vollumfänglich selbst bezahlen. Lässt er sich nicht vertreten, erhält er bei Sieg und Niederlage nichts, muss aber wenigstens keinen eigenen Anwalt bezahlen. Eine Graustufe fehlt bei diesen Überlegungen: Der siegreiche Anwalt in eigener Sache hätte eben Anspruch auf eine zumindest reduzierte Entschädigung, ansonsten er nicht für sich, sondern für die Gegenpartei arbeitet, spart und Risiken minimiert. Umgekehrt muss er sich aber im Falle des Obsiegens darauf behaften lassen, dass er durch die billigere Vertretung Geld für den Unterliegensfall sparen wollte. Diese Wette kann man nicht ändern, bloss weil man gewonnen hat. Wertlos ist allerdings diese Eigenleistung nicht.

In einem ersten Schritt sollte man beim anwaltlichen Prozessieren in eigener Sache zumindest bei Notwendigkeit eine Parteientschädigung zusprechen: Hätte ein juristischer Laie einen Anwalt benötigt, dann soll einem Anwalt in eigener Sache auch eine Entschädigung zustehen, unabhängig davon, ob es sich um eine komplizierte Sache mit einem hohen Streitwert und grossem Arbeitsaufwand handelt. Es wäre eine erste und dringende Angleichung an die Rechtsprechung zu den vorprozessualen Anwaltskosten sowie zu den Rechtsgutachten, die man beide auch nur bei entsprechender Notwendigkeit ersetzt erhält.⁷² Aber auch ohne diese Notwendigkeit ist es angezeigt, die Parteientschädigung für den Anwalt in eigener Sache zuzusprechen. Nur weil man Anwalt ist, heisst das nicht, dass man ein Sonderopfer erbringen muss – ein Argument, das das Bundesgericht bei der Ablehnung des Notwendigkeits-Kriteriums explizit vorgebracht hat.⁷³ Es ist auch ein Argument, dass das Bundesgericht zugunsten einer vollen

⁶⁸ BGE 144 III 164 E. 3.5.

⁶⁹ Vgl. zum deutschen Recht BAG, 7 ABR 10/93, 27.7.1994, in: NZA 1995, 545, E. 3e.bb: «Die Anforderungen an die Erforderlichkeit der Kosten stiegen ebensowenig wie die Schadensminderungspflichten dadurch, dass der Gläubiger selbst Rechtsanwalt war. Dem Geschädigten ist es in der Regel nicht zuzumuten, seine besonderen beruflichen Fähigkeiten in den Dienst des Schädigers zu stellen [...]»

⁷⁰ So auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 19), § 16 N 18 in fine: «[...] es ist volkswirtschaftlich sinnlos, Anwälte/Anwältinnen zu zwingen, sich nicht selbst zu vertreten, sondern eine/n weitere/n Anwalt/Anwältin zu bevollmächtigen.»

⁷¹ BGE 144 III 164 E. 3.5.

⁷² Vgl. oben FN 41 und FN 46.

⁷³ BGE 144 III 164 E. 3.5: «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,

Entschädigung beim prozessierenden Anwalt als Organ einer Partei vorbringt: «*Es gehört denn auch grundsätzlich nicht zu den Aufgaben eines Verwaltungsrates einer juristischen Person, diese in Zivilprozessen anwaltlich zu vertreten.*»⁷⁴ Das gilt genauso für die anwaltliche Tätigkeit im Interesse der eigenen *natürlichen* Person. Das Bundesgericht gesteht selbst Anwälten den Beizug eines Anwalts zu. Muss die berufliche Tätigkeit in eigener Sache ohne Entschädigung erfolgen, kommt es zu einem anwaltlichen Sonderopfer.

G. Basieren die Einschränkungen auf Standespolitik?

Die obige Analyse zeigt, dass das Bundesgericht die wesentlichen Argumente kennt. Man will *erstens* nicht für den Prozessgegner sparen, wenn man in eigener Sache tätig ist oder eine Rechtsschutzversicherung hat. *Zweitens* geht es nicht in Ordnung, wenn von Juristen ein Sonderopfer verlangt wird. *Drittens* muss die Möglichkeit, einen berufsmässigen Vertreter zu mandatieren, auch faktisch möglich sein, was für eine Parteientschädigung auch bei nicht notwendiger Vertretung spricht. All diese Argumente kann man auch für die Entschädigung der hier behandelten Ansprecher nutzbar machen – Anwälte in eigener Sache, Rechtsdienste, Anwälte pro bono und juristische Ghostwriter. Diese Argumente geraten ausgerechnet immer bei Mitgliedern dieser Gruppe in Vergessenheit. Das lässt darauf schliessen, dass die berufsmässigen Vertreter entweder eine spezielle Lobby haben und das Bundesgericht so Standespolitik betreibt – oder dass die hier behandelten Ansprecher keine Lobby haben.⁷⁵

V. Fazit

Die Erkenntnisse dieses Aufsatzes lassen sich in wenigen Sätzen zusammenfassen. Die Gerichte sollten auch für die hier besprochenen Gruppen eine Entschädigung vorsehen, die allerdings tiefer als diejenige für gewöhnliche Anwälte ausfällt. Jede andere Lösung nimmt den Anreiz, günstigere Lösungen zu suchen, und betreibt eine unerwünschte Standespolitik.

sie hätten den Prozess günstiger und ebenso gut selber führen können.»

⁷⁴ BGer, 4A_399/2018, 8.2.2019, E. 4.

⁷⁵ Vgl. HUBER (FN 51), 133 ff., unter dem Titel «*Vermeidung der Privilegierung bestimmter Berufsgruppen*».