

**Art. 122 Abs. 2 ZPO, Art. 106 Abs. 1 ZPO, § 23 AnwGebV. Honorierung des unentgeltlichen Rechtsbeistands der obsiegenden Partei.**

13. Februar 2018, PP170047-O, Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer

Sachverhalt:

Die Erstinstanz verpflichtete im Endentscheid die vollumfänglich unterliegende Beklagte zur Leistung einer Parteientschädigung von Fr. 612.35 an den unentgeltlichen Rechtsbeistand der Klägerin (Beschwerdeführerin; Dispositiv-Ziffer 4). Zusätzlich dazu entschädigte sie den unentgeltlichen Rechtsbeistand (Beschwerdegegner) für seine Bemühungen und Auslagen mit Fr. 1'007.65 aus der Gerichtskasse (Dispositiv-Ziffer 5).

Aus den Erwägungen:

3.2. Gegenstand der Beschwerde

Gegenstand der Beschwerde bildet die Frage, ob es zulässig sei, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter einer vollumfänglich obsiegenden Partei im Endentscheid neben der Parteientschädigung nach Art. 106 Abs. 1 ZPO eine darüber hinausgehende (zusätzliche) Entschädigung aus der Gerichtskasse (mit Nachzahlungspflicht der obsiegenden Partei) zuzusprechen. ...

3.3. Rechtliche Grundlagen

3.3.1. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten (grundsätzlich) der unterliegenden Partei auferlegt, wobei bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend gilt. Diese Kostenverteilungsvorschrift gilt auch dann, wenn einer Partei (wie vorliegend) die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde (ZK ZPO-Emmel, Art. 122 N 1; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 122 N 3; Köchli, Stämpfli's Handkommentar, ZPO 122 N 1; Tappy, in: Code de procédure civile commenté, 2011, Art. 122 N 14). Zu den Prozesskosten gehört neben den Gerichtskosten die *Parteientschädigung* (Art. 95 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Sie bezweckt den – zumindest teilweisen – Ersatz für die der obsiegenden Partei durch

den Prozess verursachten Aufwendungen (Auslagen und Kosten) und umfasst unter anderem auch die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Die Tarife für die Prozesskosten werden durch die Kantone festgesetzt (Art. 96 ZPO), denen diesbezüglich ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 96 N 18 und N 26). 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 Anwaltskostenersatz 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). 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.

Im Kanton Zürich wird die Vergütung für Anwaltskosten (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO) durch die Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) geregelt (vgl. § 1 AnwGebV). Sie ist pauschalisiert, bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten primär vom Streitwert abhängig und im Einzelfall je nach der Verantwortung und dem Zeitaufwand der Anwältin oder des Anwalts und der Schwierigkeit des Falls nach oben oder unten anzupassen (§ 2 und § 4 AnwGebV). Konkret kann die streitwertabhängige Grundgebühr (§ 4 Abs. 1 AnwGebV) um bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden, wenn die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung oder die Schwierigkeit des Falls besonders

hoch oder tief ist (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Nach der Generalklausel von § 2 Abs. 2 AnwGebV wird bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen dem Streitwert und dem notwendigen Zeitaufwand der Vertretung die gemäss Verordnung berechnete Gebühr entsprechend (weiter) erhöht oder herabgesetzt. Die streitwertabhängigen Gebührenansätze der AnwGebV basieren auch auf dem Gedanken der Mischrechnung und nehmen in Kauf, dass eine Parteientschädigung bei kleinen Streitwerten im Einzelfall ungenügend ausfällt, was aber durch verhältnismässig hohe Entschädigungen bei grossen Streitwerten kompensiert wird (vgl. KUKO ZPO-Schmid, Art. 96 N 14).

3.3.2. Die Parteientschädigung ist der berechtigten *Partei* zuzusprechen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO). Das gilt mangels abweichender Regelung im Gesetz an sich auch dann, wenn die berechtigte Partei unentgeltlich vertreten ist. Nach herrschender Lehre, der sich das Bundesgericht (nach eigenen Ausführungen allerdings noch "ohne vertiefte Begründung") angeschlossen hat, ist es abweichend vom Gesetzeswortlaut aber zulässig, die Parteientschädigung in diesen Fällen direkt dem *unentgeltlichen Rechtsvertreter* zuzusprechen, wie die Vorinstanz es getan hat (vgl. BGer 5A\_754/2013 vom 4. Februar 2014, E. 5; 4A\_171/2017 vom 26. September 2017, E. 1.1; BK ZPO I-Bühler, Art. 122 N 59; ZK ZPO-Emmel, Art. 122 N 12; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 122 N 19; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 122 N 5; Mohs, OFK-ZPO, ZPO 122 N 3; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkomentar, Art. 122 N 5; so auch die frühere kantonale Regelung in § 89 Abs. 1 ZPO/ZH; a.M. immerhin BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 122 N 4; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2013, § 16 N 72; Tappy, a.a.O., Art. 122 N 18).

3.3.3. Von der Parteientschädigung zu unterscheiden ist die *Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters* einer Partei. Mit dessen gerichtlicher Einsetzung entsteht zwischen diesem und dem Staat ein öffentlich-rechtliches Verhältnis. Gestützt darauf hat er eine Forderung gegen den Staat auf Entschädigung. Es handelt sich um die Gegenleistung, die der Staat dem unentgeltlichen Rechtsvertreter für die Ausführung des ihm gestützt auf Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO übertragenen öffentlich-rechtlichen Mandats auszurichten hat. Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters ist gegenüber der Parteientschädigung subsidiär.

Sie stellt eine staatliche Ausfallhaftung dar, die auf dem besonderen öffentlich-rechtlichen Charakter dieses Mandats (zwischen Staat und unentgeltlichem Rechtsbeistand) beruht, und greift insoweit, als der unentgeltliche Rechtsvertreter für seine Tätigkeit im Ergebnis nicht von der Gegenpartei (über die Parteientschädigung) angemessen honoriert werden kann. Der amtlich bestellte Rechtsbeistand darf sich von der verbeiständeten Person nicht entschädigen lassen und ist insbesondere auch nicht befugt, sich von dieser eine zusätzliche Entschädigung zu derjenigen auszahlen zu lassen, welche er vom Staat erhält (BGE 122 I 322 E. 3.b S. 325; BK ZPO I-Bühler, Art. 122 N 29 f.).

Die Höhe der (vom Staat zu leistenden) Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters wird ebenfalls durch das kantonale Recht geregelt (Art. 96 ZPO). Gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung hat sie "angemessen" zu sein (Art. 122 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Damit wird einerseits klargestellt, dass sich die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands nicht zwingend nach demselben Tarif richten muss wie die Parteientschädigung (resp. die Entschädigung für die Kosten der berufsmässigen Vertretung; Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO), sondern die Kantone im Rahmen ihrer Tarifhoheit befugt sind, für die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands einen niedrigeren Tarif vorzusehen als für die Parteientschädigung; dass der unentgeltliche Rechtsbeistand also nicht von Bundesrechts wegen im Umfang einer vollen Parteientschädigung honoriert werden muss (vgl. BGE 137 III 185 E. 5.2 und E. 5.3 S. 188 f.; BGer 5D\_14/2017 vom 19. Juli 2017, E. 2.1; 5A\_209/2016 vom 12. Mai 2016, E. 2.1; Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7304). Andererseits – und im Unterschied zur Parteientschädigung – gewährt die Vorschrift von Art. 122 ZPO dem unentgeltlichen Rechtsvertreter von Bundesrechts wegen einen Anspruch auf eine minimale Entschädigung, dem der kantonale Tarif Rechnung zu tragen hat (vgl. BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 96 N 4). Sie begrenzt die kantonale Tarifhoheit nach unten, indem sie dem unentgeltlichen Rechtsvertreter für den notwendigen Aufwand, den das betreffende Mandat nach sich zieht, eine Vergütung garantiert, die ihm neben der Kostendeckung die Erzielung eines zwar bescheidenen, aber nicht nur symbolischen Verdiensts ermöglicht. Ein entsprechender Anspruch des unentgeltlichen Rechtsbeistands ergibt sich nach der bundesgerichtlichen Praxis auch aus Art. 29 Abs. 3 BV (und ergab sich bereits aus Art. 4 aBV). Auch diese Verfassungsbestimmung gewährt

einen Anspruch auf Deckung des Aufwands, der zur Wahrung der Rechte der unentgeltlich vertretenen Partei notwendig war. Sie verlangt im Ergebnis, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Staat entschädigt wird, wenn bei Obsiegen die kostenpflichtige Gegenpartei nicht mit Erfolg für das angemessene Honorar belangt werden kann (vgl. BGE 122 I 322 E. 3.d S. 326 [zu Art. 4 aBV]). Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 122 ZPO zwar bewusst darauf verzichtet, über die verfassungsrechtliche Mindestgarantie hinaus eine volle Entschädigung vorzuschreiben (BGer 5D\_14/2017 vom 19. Juli 2017, E. 2.1). Die ZPO kann (und will) den verfassungsrechtlichen Minimalanspruch aber auch nicht schmälern. Im Sinne einer groben Faustregel geht das Bundesgericht in diesem Zusammenhang davon aus, dass eine auf einer (zulässigen) Pauschalisierung beruhende Vergütung im Ergebnis zu einer Entschädigung im schweizerischen Durchschnitt in der Gröszenordnung von Fr. 180.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) pro effektiv geleistete und notwendige Aufwandstunde führen muss, um das Kriterium der Angemessenheit bzw. der Verfassungsmässigkeit zu erfüllen (vgl. BGer 5A\_157/2015 vom 12. November 2015, E. 3.2 und E. 3.3 m.w.Hinw.; 5D\_213/2015 vom 8. März 2016, E. 7.1; 5D\_62/2016 vom 1. Juli 2016, E. 4). Das pauschalisierende Vorgehen setzt allerdings nicht eine systematische "Kontrollrechnung" mit einem Stundenansatz von Fr. 180.– voraus und erlaubt auch Entschädigungen, die im Ergebnis unter diesem Ansatz für den geltend gemachten Aufwand liegen (BGer 6B\_1252/2016 vom 9. November 2017, E. 2.5 [zur Publikation bestimmt]). Das Honorar muss im Einzelfall aber so festgesetzt werden, dass die unentgeltliche Rechtsvertretung über den Handlungsspielraum verfügt, den sie zur wirksamen Ausübung des Mandats benötigt, und im Ergebnis jedenfalls in einem vernünftigen Verhältnis zu den vom Anwalt geleisteten (notwendigen) Diensten stehen (BGer 5A\_157/2015 vom 12. November 2015, E. 3.2.1; 5A\_209/2016 vom 12. Mai 2016, E. 2.2 m.w.Hinw.). Die "angemessene" Entschädigung wird festgesetzt, nachdem der unentgeltliche Rechtsbeistand dem Gericht eine Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen vorgelegt hat (§ 23 Abs. 2 AnwGebV).

Die Entstehungsgeschichte von Art. 122 ZPO zeigt, dass der Gesetzgeber mit dem Erfordernis einer "angemessenen" Entschädigung nur den Fall einer gegenüber der "vollen" Parteientschädigung tieferen Entschädigung vor Augen hatte (vgl. Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7304; BK ZPO I-Bühler, Art. 122 N 7 f.). Die hier

relevante Frage, ob eine "angemessene" Entschädigung im konkreten Einzelfall die volle Parteientschädigung übersteigen könne oder allenfalls gar müsse, wurde indessen – soweit ersichtlich – nicht thematisiert.

3.3.4. Im Unterschied zu anderen Kantonen statuiert das zürcherische Recht keine unterschiedlichen *Tarife* für die Parteientschädigung und die ("angemessene") Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands (nach Art. 122 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV; vgl. BK ZPO I-Bühler, Art. 122 N 9 ff.). Die Bemessungsvorschriften der AnwGebV gelten vielmehr in gleicher Weise sowohl für die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO; vgl. § 1 AnwGebV) als auch für die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung (§ 23 Abs. 1 AnwGebV). Das Zürcher Obergericht geht deshalb davon aus, bei der Festsetzung der Parteientschädigung zugunsten der vollständig obsiegenden Partei und der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands handle es sich (nach dem anwendbaren Zürcher Gebührentarif) materiell um denselben Entscheid (*OGer ZH PC140016 vom 08.09.2014, E. 4.2*). Dementsprechend erachtet es – wie schon unter dem früheren kantonalen Recht (vgl. ZR 107 [2008] Nr. 67) – auch im Geltungsbereich der Schweizerischen Zivilprozessordnung die rechtskräftig festgesetzte Parteientschädigung als für die "angemessene" Entschädigung nach Art. 122 Abs. 2 ZPO bindend, und es verneint einen Anspruch des unentgeltlichen Rechtsvertreters auf eine über die uneinbringliche Parteientschädigung hinausgehende Entschädigung (*OGer ZH PC140016 vom 08.09.2014, E. 4.1 und E. 4.2; RZ130005 vom 24.01.2014, E. 4.b-c; RE150020 vom 30.09.2015, E. 3.d; s.a. RE170017 vom 30.01.2018, E. 3.5*). In einem neueren Entscheid liess die erkennende Kammer allerdings offen, ob im Lichte der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGer 5A\_157/2015 vom 12. November 2015) an dieser Praxis festzuhalten sei (*OGer ZH RE160018 vom 15.05.2017, E. III.6.b*).

3.3.5. Mit Bezug auf die *Liquidation der Anwaltskosten* bei Obsiegen der unentgeltlich vertretenen Partei bestimmt Art. 122 Abs. 2 Satz 1 ZPO, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt wird, falls die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist. Die Formulierung dieser Bestimmung legt nahe, dass die Bemühungen und Auslagen des unentgeltlichen Rechtsvertreters der obsiegenden Partei allein

durch die der (unterliegenden) Gegenpartei aufzuerlegende Parteientschädigung nach Art. 95 Abs. 3 ZPO abzugelten sind. Eine "angemessene" Entschädigung durch den Staat kommt hingegen nur subsidiär, bei feststehender oder voraussichtlicher Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung in Betracht (BK ZPO I-Bühler, Art. 122 N 58; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 122 N 4a; Tappy, a.a.O., Art. 122 N 14). Die (zumindest voraussichtliche) Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung ist mithin *Anspruchsvoraussetzung* für die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands durch den Kanton (BK ZPO I-Bühler, Art. 122 N 64; s.a. OGer ZH PC130018 vom 25.04.2013, E. 3.3; OGer ZH RE160001 vom 17.08.2016, E. V.2). Die subsidiäre staatliche Entschädigung braucht von Bundesrechts wegen zwar nicht der vollen Parteientschädigung zu entsprechen. Als Ausfallhaftung für die Parteientschädigungsforderung ist sie im Grundsatz aber auf deren Höhe begrenzt (vgl. vorne, E. 3.3.3). Nach zürcherischem Recht entsprechen sich Parteientschädigung und subsidiäre staatliche Entschädigung betragsmässig (§ 23 Abs. 1 AnwGebV; vorne, E. 3.3.4). Mit der Zahlung durch den Staat geht die Entschädigungsforderung gegenüber der entschädigungspflichtigen Gegenpartei (im Umfang der Zahlung) auf den Staat über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO; vgl. zum Ganzen auch ZK ZPO-Emmel, Art. 122 N 11 ff.; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 122 N 15 f.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 16 N 72; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 122 N 5 f.).

Wie vorstehend (E. 3.3.3) erwähnt, darf der unentgeltliche Rechtsbeistand seiner Klientschaft kein zusätzliches Honorar in Rechnung stellen. Deshalb kann der in Art. 122 Abs. 2 ZPO statuierte Grundsatz, wonach der unentgeltliche Rechtsbeistand der obsiegenden Partei primär allein durch die Parteientschädigung zu honorieren ist, nur solange gelten, als die zu Lasten der Gegenpartei festgesetzte Parteientschädigung im Ergebnis den Anforderungen an eine angemessene Entschädigung für dessen notwendigen Aufwand im Sinne des bundes- (verfassungs)rechtlichen Minimalanspruchs (vgl. vorne, E. 3.3.3) genügt bzw. der kantonale Tarif eine solche Entschädigung gewährleistet. Das könnte bei streitwertabhängigen Parteientschädigungen angesichts des Mischrechnungsgedankens (vgl. vorne, E. 3.3.1), der beim Anspruch auf angemessene Entschädigung keinen Platz hat, namentlich bei niedrigen Streitwerten mitunter fraglich sein. Nach dem zürcherischen Tarif (AnwGebV) lässt sich der verfassungsrechtlich ga-

rantierte Minimalanspruch in der Regel aber zwanglos über die Generalklausel von § 2 Abs. 2 AnwGebV gewährleisten, welche bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen dem Streitwert und dem notwendigen Zeitaufwand der Vertretung eine entsprechende (unbegrenzte) Erhöhung der gemäss den Ansätzen von §§ 4 ff. AnwGebV berechneten Gebühr vorsieht. Davon geht zu Recht auch die Beschwerdeführerin aus. Ob und unter welchen Voraussetzungen in Einzelfällen allenfalls Ausnahmen denkbar sind, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden.

#### 3.4. Unzulässigkeit einer zusätzlichen Entschädigung

Im vorliegenden Fall hat die vor Vorinstanz unentgeltlich vertretene Beschwerdeführerin vollumfänglich obsiegt (vgl. Art. 106 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Entsprechend war und wurde die Beklagte verpflichtet, ihr bzw. ihrem unentgeltlichen Rechtsbeistand (vgl. vorne, E. 3.3.2) eine volle, nach §§ 2 ff. AnwGebV zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO; BGE 140 III 167 E. 2.3 S. 170). Mit dieser Parteientschädigung – und grundsätzlich nur mit dieser – waren die Bemühungen und Auslagen des Beschwerdegegners (als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin) im Ergebnis angemessen zu entschädigen. Damit musste dessen verfassungsmässig garantierter Anspruch auf angemessene Entschädigung (vgl. vorne, E. 3.3.3) im Ergebnis gewährleistet sein (...). Ob dies zutrifft, kann im vorliegenden Verfahren mangels Anfechtung von Dispositiv-Ziffer 4 der vorinstanzlichen Abschreibungsverfügung nicht beurteilt werden; die Frage hätte im Rahmen des vom Beschwerdegegner persönlich angehobenen Beschwerdeverfahrens (prozessrechtskonform) zur Prüfung gestellt werden müssen. Von Bedeutung ist hingegen, dass keinerlei Anhaltspunkte bestehen und (soweit ersichtlich) auch nirgends behauptet wurde, dass die der Beklagten auferlegte Parteientschädigung nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich sein könnte. Unter diesen Umständen verletzte die Vorinstanz Art. 122 Abs. 2 ZPO, indem sie dem Beschwerdegegner als unentgeltlichem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zusätzlich zur Parteientschädigung eine Entschädigung aus der Gerichtskasse zusprach. Für deren Zusprechung fehlt es an einer Anspruchsvoraussetzung.



Die Beschwerde ist somit begründet (Art. 320 lit. a ZPO) und gutzuheissen. Im Sinne eines neuen Sachentscheids ist die Dispositiv-Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung ersatzlos aufzuheben (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).