Urteilkopf

140 III 555

81. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A.A. gegen B.A. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_289/2014 vom 21. Oktober 2014

Regeste (de):

Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO; Begriff der berufsmässigen Vertretung.

Berufsmässig handelt ein Vertreter bereits dann, wenn er bereit ist, in einer unbestimmten Zahl von Fällen tätig zu werden. Es kommt nicht darauf an, ob er ein Entgelt bezieht oder zu Erwerbszwecken als Vertreter auftritt (E. 2).

Regeste (fr):

Art. 68 al. 2 lit. a CPC; notion de représentation à titre professionnel.

Agit déjà à titre professionnel le représentant qui est prêt à intervenir dans un nombre de cas indéterminés. Peu importe qu'il perçoive une rémunération ou qu'il intervienne comme représentant à des fins lucratives (consid. 2).

Regesto (it):

Art. 68 cpv. 2 lett. a CPC; nozione di rappresentanza professionale in giudizio.

Un rappresentante agisce professionalmente in giudizio già quando è disposto ad intervenire in un numero indeterminato di casi. Quel che conta non è che egli riceva un compenso o che eserciti la rappresentanza a scopo di lucro (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 555

BGE 140 III 555 S. 555

A. Am 27. Mai 2013 reichte B.A. (Ehefrau) am Bezirksgericht Baden (...) Scheidungsklage gegen A.A. (Ehemann) ein. Zur Einigungsverhandlung am 12. November 2013 erschienen B.A. in Begleitung ihres Rechtsanwalts und A.A. in Begleitung von C. Die Einigungsverhandlung wurde abgebrochen, nachdem C. nicht zur Vertretung zugelassen worden war, was das Bezirksgericht mit Verfügung vom selben Tage bestätigte.

BGE 140 III 555 S. 556

B. Mit Beschwerde vom 29. November 2013 an das Obergericht des Kantons Aargau verlangte A.A. sinngemäss, die genannte Verfügung betreffend Nichtzulassung von C. als Vertreter aufzuheben und Rechtsverweigerung sowie Behinderung in der freien Postulation festzustellen. Mit Entscheid vom 17. Februar 2014 wies das Obergericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

C. Am 8. April 2014 hat A.A. (Beschwerdeführer) subsidiäre Verfassungsbeschwerde und Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erhoben. Er verlangt die Aufhebung des obergerichtlichen Entscheids vom 17. Februar 2014 und die Feststellung von Rechtsverweigerung und einer Behinderung in der freien Postulation. Das Bundesgericht hat (...) keine Vernehmlassungen eingeholt. Es weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Vorliegend ist die Frage zu beantworten, ob sich der Beschwerdeführer von C., der nicht Anwalt ist, vertreten lassen kann (vgl. Art. 68 Abs. 1 ZPO) oder ob dieser berufsmässig auftritt und deshalb

unerlaubterweise im Monopolbereich der Anwälte tätig wird (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO). Vor diesem Hintergrund haben der zusätzliche Antrag des Beschwerdeführers betreffend Rechtsverweigerung und Behinderung freier Postulation und die entsprechenden Rügen keine eigenständige Bedeutung.

2.1 Das Obergericht hat festgestellt, C. sei juristisch nicht ausgebildet, weise keine besondere Beziehungsnähe zum Beschwerdeführer auf und sei bereit, aus ideellen Gründen Vertretungen vor Gericht vorzunehmen. Jedenfalls für einen solchen Fall sei auf die verbreitete Lehrmeinung abzustellen, wonach Berufsmässigkeit anzunehmen sei, wenn jemand Vertretungen vor Gericht in einer unbestimmten Anzahl Verfahren ohne Entgelt zu erbringen bereit sei. Wer bereit sei, Dritte zu vertreten, zu denen er in keiner besonderen Beziehungsnähe stehe, nehme in Anspruch, über ähnliche Fähigkeiten wie ein Anwalt zu verfügen.

2.2 Der Beschwerdeführer kritisiert die Beweiswürdigung des Obergerichts und rügt in diesem Zusammenhang Verletzungen des rechtlichen Gehörs und des Willkürverbots. Der Schluss des Obergerichts sei willkürlich, dass C. bereit sei, eine unbestimmte Anzahl von
BGE 140 III 555 S. 557

Vertretungen zu übernehmen. Es gebe dafür keine Beweise und es habe keine Befragung stattgefunden. Auch über seine Beziehungsnähe zu C. sei nicht Beweis geführt worden. Die Einwände sind unbegründet, soweit auf sie eingetreten werden kann. Das Obergericht hat massgeblich auf die Behauptungen des Beschwerdeführers selber abgestellt: In seiner kantonalen Beschwerde habe er ausgeführt, dass die Tätigkeit von C. im Familienrecht dessen Hobby sei, dessen Freizeit betreffe und ihn (den Beschwerdeführer) und C. eine gemeinsame politische Auffassung und eine gleiche Einschätzung über die Zustände in der Gesellschaft verbinde. Wenn das Obergericht aus diesen Ausführungen auf eine fehlende besondere Beziehungsnähe (wie z.B. Freundschaft) zwischen dem Beschwerdeführer und C. geschlossen hat, so ist dies keineswegs unhaltbar, denn die einzige geltend gemachte Gemeinsamkeit ist die politische Auffassung (vgl. zur Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; BGE 137 III 226 E. 4.2 S. 234; BGE 136 III 552 E. 4.2 S. 560). Wenn das Obergericht daraus implizit geschlossen hat, dass C. zur Vertretung in einer unbestimmten Anzahl von Fällen bereit sei, so erscheint dies ebenfalls nicht als willkürlich, da er ja schon im vorliegend zu beurteilenden Fall ohne besondere Beziehungsnähe zur Vertretung bereit ist. Der Beschwerdeführer behauptet sodann nicht, dass er vor Obergericht die Befragung von C. oder andere Beweismassnahmen verlangt und entsprechende Versäumnisse des Bezirksgerichts gerügt hätte. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist demnach von vornherein ungenügend begründet (Art. 106 Abs. 2 BGG und dazu BGE 135 III 397 E. 1.4 S. 400 f.; BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen; zum Beweisführungsanspruch als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148 mit Hinweisen). Soweit der Beschwerdeführer ausserdem die Sachverhaltsfeststellungen im Entscheid des Bezirksgerichts vom 12. November 2013 als willkürlich bezeichnet und das vorangegangene Verfahren kritisiert (z.B. die fehlende Befragung), ist darauf nicht einzutreten (Art. 75 BGG). Entsprechende Rügen wären vor Obergericht vorzubringen gewesen.

2.3 Es bleibt zu prüfen, ob C. angesichts der festgestellten Tatsachen berufsmässig auftritt. Art. 68 Abs. 2 ZPO definiert nicht näher, was unter "berufsmässiger Vertretung" ("*représenter les parties à titre professionnel*", "*rappresentanza professionale in giudizio*") zu verstehen ist.
BGE 140 III 555 S. 558

Gemäss der bundesrätlichen Botschaft zur ZPO kann sich die Partei durch eine beliebige Vertrauensperson vertreten lassen. Es müsse sich nicht um einen Anwalt oder eine Anwältin handeln, solange die Vertrauensperson das Mandat nicht berufsmässig ausübe. Was eine berufsmässige Vertretung ist, definiert auch die Botschaft nicht näher (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7279, Ziff. 5.5.2 zu Art. 66 des Entwurfs). Auch den übrigen, öffentlich zugänglichen Materialien lässt sich insoweit kein Hinweis entnehmen. In der Lehre werden verschiedene Ansätze zur Bestimmung des Begriffs der Berufsmässigkeit vertreten. Herangezogen werden die Kriterien der Entgeltlichkeit bzw. des vom Vertreter verfolgten wirtschaftlichen Zwecks (Erzielung eines Erwerbseinkommens), die regelmässige bzw. wiederholte Tätigkeit des Vertreters und gelegentlich seine Ausbildung und Qualifikation. Unterschiede bestehen in der Kombination dieser Kriterien und ihrer Gewichtung. Ohne auf die im Detail divergierenden Ansichten einzugehen, so steht doch für eine erste Gruppe von Autoren die Entgeltlichkeit oder der vom Vertreter verfolgte wirtschaftliche Zweck im Vordergrund, die zur Annahme der Berufsmässigkeit seines Handelns führen. Teilweise wird zusätzlich verlangt, dass die Vertretungstätigkeit regelmässig ausgeübt werden muss (vgl. zum Ganzen STAEHELIN/SCHWEIZER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 8 zu Art. 68 ZPO; MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische

Zivilprozessordnung, 2012, N. 6 zu Art. 68 ZPO; STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2011, N. 5 zu Art. 68 ZPO; LUCA TENCHIO, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 6 zu Art. 68 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 13 Rz. 16; FRANCESCO TREZZINI, in: Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC] [...], 2011, S. 244 f. mit Fn. 660; TANJA DOMEJ, in: ZPO, Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 10 zu Art. 68 ZPO). Nach Ansicht einer anderen Gruppe von Autoren ist das Kriterium der Entgeltlichkeit von untergeordneter Bedeutung. Demnach liegt eine berufsmässige Vertretung vor, wenn der Vertreter in einer unbestimmten oder unbegrenzten Zahl von Fällen für andere Prozesse führt oder zu führen bereit ist (ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 157; MARKUS AFFENTRANGER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], BGE 140 III 555 S. 559

Baker & McKenzie [Hrsg.], 2010, N. 6 zu Art. 68 ZPO; ähnlich LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, Rz. 3.21, wonach berufsmässige Vertretung vorliegt, wenn jemand bereit ist, von unbestimmt vielen Personen Aufträge entgegenzunehmen, wobei Berufsmässigkeit zu vermuten sei, wenn ein Entgelt verlangt werde). Diese Auffassung stützt sich insbesondere auf die frühere Zürcher Praxis (ZR 61/1962 Nr. 1 und SJZ 58/1962 S. 119 Nr. 103; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N. 6 zu § 29 ZPO/ZH; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 133 Fn. 39; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2009, § 10 Rz. 11). Nach einer vermittelnden Ansicht sind die Kriterien Entgeltlichkeit, Wiederholung der Tätigkeit und Ausbildung gleichwertig, wobei es auf den Einzelfall ankomme, ob bereits die Erfüllung eines der Kriterien für die Annahme der Berufsmässigkeit genüge (BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, Rz. 948 f.; vgl. auch TREZZINI, a.a.O., S. 244 f.). Die Einschränkung der Zulässigkeit der berufsmässigen Vertretung gemäss Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO auf Anwältinnen und Anwälte, die gemäss dem Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) zur Parteivertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt sind, dient der Sicherung der Qualität der Vertretung. Durch diese Beschränkung soll sichergestellt werden, dass die im Anwaltsgesetz vorgesehenen Qualitätssicherungsregeln in Verfahren, die der ZPO unterstehen, zum Zuge kommen, wenn der Vertreter "berufsmässig" auftritt. Bei diesen Massregeln handelt es sich um Verschiedenes: Zunächst werden Anforderungen an die Anwälte hinsichtlich ihrer Ausbildung (Art. 7 BGFA) und weiterer persönlicher Eigenschaften, wie ihrer finanziellen Situation oder dem Fehlen bestimmter strafrechtlicher Verurteilungen (Art. 8 BGFA), gestellt. Sodann legt das Anwaltsgesetz die von ihnen einzuhaltenden Berufsregeln (Art. 12 BGFA) fest, regelt das Berufsgeheimnis (Art. 13 BGFA) und schliesslich die Aufsicht, der die Anwälte unterstehen (Art. 14 ff. BGFA). Diese Regeln sind insbesondere im Interesse der vertretenen Parteien aufgestellt worden (vgl. STERCHI, a.a.O., N. 3 zu Art. 68 ZPO). Damit sie ihre Schutzwirkung entfalten können, ist bei der Zulassung von Vertretern, die diesen Ansprüchen nicht genügen, eine gewisse Zurückhaltung angezeigt, soweit die ZPO hierzu Spielraum bietet (vgl. GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. BGE 140 III 555 S. 560

2014, N. 2 zu Art. 68 ZPO; LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, Les parties et les actes des parties; le défaut, la notification et les délais, in: Le projet de code de procédure civile fédérale, 2008, S. 82 f.; FRANÇOIS BOHNET, in: CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, N. 12 zu Art. 68 ZPO). Vor diesem Hintergrund kann es für die Auslegung des Begriffs der berufsmässigen Vertretung nicht entscheidend darauf ankommen, ob der Vertreter seine Tätigkeit gegen Entgelt oder zu Erwerbszwecken ausübt. Ein Schutzbedürfnis des Publikums besteht bereits dann, wenn der Vertreter bereit ist, in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen tätig zu werden. Darauf kann - wie vorliegend - dann geschlossen werden, wenn er bereit ist, die Vertretung ohne besondere Beziehungsnähe zum Vertretenen zu übernehmen. In solchen Fällen gründet das Vertrauen in den Vertreter nicht auf seiner Person oder seiner Nähe zum Vertretenen, sondern auf anderen Eigenschaften des Vertreters (z.B. seine behauptete Fachkompetenz, Mitgliedschaft in Interessenverbänden etc.) und damit auf ähnlichen Kriterien wie bei der Auswahl eines Berufsmanns bzw. einer Berufsfrau. Da das Element des persönlichen Näheverhältnisses nicht im Vordergrund steht, rechtfertigt es sich, solche Vertreter den Restriktionen für berufsmässige Vertreter zu unterwerfen. Folglich hat das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es C. nicht als Vertreter des Beschwerdeführers zugelassen hat. Mit alldem ist nichts dazu gesagt, ob es zulässig wäre, sich an die Verhandlung durch eine solche Person begleiten zu lassen, ohne dass sie eine Vertretungsfunktion ausübt (vgl. TENCHIO, a.a.O., N. 1b zu Art. 68 ZPO). Der Beschwerdeführer macht zwar am Rande geltend, es sei ihm einerlei, ob C. als Vertreter oder Begleitperson zugelassen

werde. Seine Kritik gegen die Nichtzulassung von C. als Begleitperson richtet sich jedoch gegen den bezirksgerichtlichen Entscheid. Er macht nicht geltend, dass er Entsprechendes auch vor Obergericht vorgebracht hätte, und das Obergericht hat sich zu dieser Frage denn auch nicht geäußert. Darauf ist deshalb vor Bundesgericht nicht einzugehen. Von Rechtsverweigerung oder einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Nichtzulassung von C. als Vertreter kann schliesslich keine Rede sein. Es besteht kein verfassungsmässiges Recht, sich durch beliebige Personen vertreten zu lassen. Dem Beschwerdeführer steht es frei, seine Sache selber zu vertreten oder sich durch eine zulässige Vertrauensperson oder einen Anwalt vertreten zu lassen. Dass er generell kein Vertrauen in Anwälte hat, wie er geltend macht,
BGE 140 III 555 S. 561

vermag an der gesetzlichen Ordnung der Prozessvertretung nichts zu ändern. Soweit er die Kosten einer berufsmässigen Vertretung scheut, so ist er auf die unentgeltliche Rechtspflege zu verweisen, die ihm bei gegebenen Voraussetzungen den Beizug eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ermöglicht.

2.4 Die Beschwerde ist folglich abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.