

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Herausgegeben von:

Alexander R. Markus

Stephanie Hrubesch-Millauer

Rodrigo Rodriguez



Stämpfli Verlag

**Zivilprozess und Vollstreckung national und international –
Schnittstellen und Vergleiche**



A handwritten signature or set of initials, possibly 'JK', written in black ink.

Alexander R. Markus
Stephanie Hrubesch-Millauer
Rodrigo Rodriguez
(Herausgeber)

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Zina Conrad
Michaela Eichenberger
Melanie Huber-Lehmann
Dominik Milani
Ilija Penon
Denise Weingart
Daniel Wuffli
(Co-Herausgeber)



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2289-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Judocu ISBN 978-3-0354-1529-2



© Stämpfli Verlag AG Bern

Kostenhürde in der ZPO – Unding oder Segen?

Unter besonderer Berücksichtigung der Prozessfinanzierung

DANIEL WUFFLI: Dr. iur., Rechtsanwalt bei Baur Hürlimann AG in Zürich und Ersatzrichter am Obergericht des Kantons Aargau

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	709
II.	Prozesskosten als Ursache von Rechtsschutzlücken?	711
	A. Prozesskosten in der ZPO.....	711
	1. Gerichtskosten.....	712
	2. Parteikosten und Anwaltskosten	713
	3. Kostenvorschuss und Inkassorisiko	714
	4. Unentgeltliche Rechtspflege	715
	B. Aktuelle Kritik am Kostenrecht der ZPO	716
	C. Eigener Standpunkt.....	717
	1. Zivilprozesse sollen nicht ausschliesslich von der Allgemeinheit bezahlt werden.....	718
	2. ZPO berücksichtigt Kostenschwelle durchaus	718
	3. Sachgerechte Ausgestaltung der URP	719
	4. Prozesse gegen insolvente Gegenpartei	720
	5. Anwaltskosten sakrosankt?	720
	6. Zwischenfazit	721
III.	Prozessfinanzierung	722
	A. Begriff.....	722
	B. Voraussetzungen.....	722
	C. Rechtsnatur des Prozessfinanzierungsvertrages	723
	D. Wundermittel gegen Prozesskostenhürde?	723
IV.	Fazit.....	724
	Literaturverzeichnis	726

I. Einleitung

Staatliche Gebühren und Kosten sind (bei den Verpflichteten) unbeliebt. Es überrascht daher wenig, dass sie auch in der Lehre einseitig negativ dargestellt werden: Es wird vielerorts festgestellt und angeprangert, dass die Pro-

zessführung für den Mittelstand *prohibitiv teuer* sei.¹ Das rechtsstaatliche Gebot des effektiven Rechtsschutzes, so die verbreitete Meinung, sei mit der heutigen Kostenhürde nicht umfassend erfüllt. Der Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde i.S.v. Art. 29a BV werde durch das Kostenrisiko in Frage gestellt.² Es wird teilweise gar als belegt angesehen, dass die Rechtsdurchsetzung geradezu unerschwinglich sei.³ Kaum ein Thema des Zivilprozesses führt zu derart radikalen Thesen und emotionalen Diskussionen wie die Prozesskosten. Unlängst hat sich auch die Tagespresse dieser Thematik angenommen.⁴

Ist die Rechtsdurchsetzung in der Schweiz tatsächlich geradezu unerschwinglich oder bestehen nicht vielmehr bloss punktuelle Rechtsschutzlücken? Es lässt sich zumindest nicht von der Hand weisen, dass bei Fällen mit hohen Streitwerten das Damoklesschwert der drohenden Prozesskosten trotz intakter Prozessaussichten manch einen Geschädigten bzw. Gläubiger von der Einleitung eines Gerichtsverfahrens abhält. Als Anwalt muss man bei besonders hohen und tiefen⁵ Streitwerten nicht selten von der Einleitung eines Prozesses abraten, weil die Erfolgsaussichten nicht eindeutig positiv sind, die Gegenseite nur beschränkt liquid scheint oder die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten ein beträchtliches Risiko darstellen (bei hohen Streitwerten) bzw. sich ein Gang ans Gericht angesichts der anfallenden Anwaltskosten (bei tiefen Streitwerten) schlicht nicht lohnt. Insofern ist die These, wonach das Prozesskostenrisiko die effektive *Rechtsdurchsetzung tangiert* und teilweise auch einschränkt, durchaus plausibel und zutreffend. Fraglich ist aber, ob nicht gerade dies auch Sinn und Zweck der Prozesskosten ist.

Im Zusammenhang mit möglichen Verbesserungsvorschlägen ist auch vom *Institut der Prozessfinanzierung* die Rede.⁶ Leider ist die Prozessfinanzierung aber teilweise immer noch unbekannt und in der Praxis nicht sehr verbreitet, obwohl sie gerade bei Streitigkeiten mit hohen Streitwerten durchaus die vorhandene Rechtsschutzlücke schliessen könnte. Insofern rechtfertigt sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Institut, zumal das Bundesgericht

¹ MÜLLER, S. 1738; SCHMID, S. 14; MEIER/SCHINDLER, S. 32; HABERBECK, Rz. 3 ff.

² MEIER/SCHINDLER, S. 71 f.

³ Der ruinöse Gang vor die Schweizer Richter, Beitrag in der Handelszeitung vom 22. September 2015, abrufbar unter: <<http://www.handelszeitung.ch/politik/der-ruinoese-gang-vor-die-schweizer-richter-866816>>.

⁴ Vgl. «Wenn Prozessieren zu teuer wird», in NZZ vom 26. Februar 2015; Gastkommentar von ISAAK MEIER in der NZZ vom 20. Juni 2017: «Die Prozesskosten haben ein Ausmass erreicht, dass nur noch vermögende Personen prozessieren können. Mittelstand und KMU können Prozesse mit höherem Streitwert (Bau-, Haftpflicht-, Erb-, Mietprozesse usw.) faktisch nicht führen. Minderbemittelten Personen steht zwar die unentgeltliche Prozessführung zur Verfügung. Diese ist jedoch in entscheidenden Punkten unzureichend.»

⁵ Vgl. hierzu zu Recht HABERBECK, Rz. 4.

⁶ Vgl. SCHMID, S. 14 Fn. 4 mit Verweis auf WEY, S. 43 ff.

dessen Zulässigkeit wiederholt bestätigt⁷ und unlängst hervorgehoben hat, dass es u.a. zu den Aufgaben des Anwalts gehöre, «den Klienten gegebenenfalls auf die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung aufmerksam zu machen und ihn beim Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags zu beraten und zu vertreten».⁸ Im Jahr 2015 hat BENJAMIN SCHUMACHER eine Dissertation zum Thema «Prozessfinanzierung, Erfolgshonorierte Fremdfinanzierung von Zivilverfahren» verfasst und sich umfassend mit diesem Thema auseinandergesetzt. Es würde den Umfang dieses Beitrages sprengen, sich detailliert mit der Prozessfinanzierung auseinanderzusetzen, hierfür kann auf das zitierte Werk, das auch in Zukunft zweifellos als Standardwerk der Prozessfinanzierung herangezogen werden wird, verwiesen werden. Dieser Aufsatz soll aber die Prozessfinanzierung direkt mit den Themen Prozesskosten und Rechtsdurchsetzung in Verbindung bringen und klären, inwiefern die Prozessfinanzierung allfällige Rechtsschutzlücken zu schliessen vermag.

SCHUMACHER weist in seiner Abhandlung zu Recht darauf hin, dass der Anwendungsbereich der Prozessfinanzierung und damit auch dessen Möglichkeit zur Beseitigung von Rechtswegbarrieren beschränkt sei.⁹ Dennoch erhält die Prozessfinanzierung in der Praxis noch zu wenig Beachtung und wird nur selten in die finanziellen Überlegungen vor Prozessbeginn einbezogen.

Zunächst ist zu eruieren, ob und in welchem Umfang die Prozesskosten überhaupt zu Defiziten in der Rechtsweggarantie führen (nachfolgend Kap. II). Sodann wird die Prozessfinanzierung kurz dargestellt und dabei insbesondere Bezug auf die zuvor festgestellten Rechtsschutzlücken genommen (Kap. III). Abschliessend werden die wichtigsten Thesen zusammengefasst (Kap. IV).

II. Prozesskosten als Ursache von Rechtsschutzlücken?

A. Prozesskosten in der ZPO

Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Obwohl das Zivilprozessrecht seit dem 1. Januar 2011 vereinheitlicht ist, liegt die Regelungskompetenz für die Prozesskostentarife nach wie vor bei den Kantonen (Art. 96 ZPO). Dadurch soll den unterschiedlichen Verhältnissen der Kantone besser Rechnung getragen werden. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn mit der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts auch die entsprechenden Kostentarife eidgenössisch festgelegt worden wären. Inwiefern die «kantonalen Eigenheiten» unterschiedliche Gerichtskosten

⁷ BGE 131 I 223 E. 4; BGer 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015.

⁸ BGer 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015 E. 4.3.1.

⁹ SCHUMACHER, N 61.

ten bei einem identischen Prozess rechtfertigen sollen, leuchtet nicht ein. Es lässt sich nicht sachlich begründen, weshalb ein Haftpflichtfall über Fr. 1.5 Mio. (über alle Instanzen) z.B. im Kanton Luzern rund Fr. 476'000.00 kostet, im Kanton Schwyz hingegen «nur» Fr. 283'000.00.¹⁰ Da politisch nicht durchsetzbar, bleibt aber wohl ein *einheitlicher Tarif für den Schweizer Zivilprozess* ein frommer Wunsch. Immerhin haben sich die kantonalen Tarife an die verfassungsmässigen Grundsätze zu halten.¹¹ Im Einzelnen:

1. *Gerichtskosten*

Gerichtskosten sind die Pauschalen für das Schlichtungsverfahren, die Entscheidunggebühren, die Kosten der Beweisführung, Übersetzung sowie der Vertretung des Kindes (Art. 95 Abs. 2 lit. a-e ZPO). Der Tarif wird durch die Kantone festgesetzt, wobei insbesondere das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip zu beachten sind.¹² Daneben sind auch das Legalitätsprinzip, das allgemeine Willkürverbot, das Gleichheitsgebot sowie der Anspruch auf Zugang zum Gericht zu berücksichtigen.¹³

Nach dem *Kostendeckungsprinzip* darf die Gebühr die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen. In der Praxis spielt das Kostendeckungsprinzip faktisch keine Rolle, weil die von den Gerichten eingenommenen Gebühren die entsprechenden Kosten, wie immer diese auch berechnet werden, bei Weitem nicht decken.¹⁴ Gemäss dem Rechenschaftsbericht 2016 der Zürcher Gerichte beliefen sich die Rechtspflegekosten aller Bezirksgerichte sowie des Obergerichts im Jahr 2016 auf rund Fr. 217 Mio.¹⁵ Dem stehen Einnahmen aus Gebühren und Busen von rund Fr. 45.5 Mio. gegenüber.¹⁶ Der Selbstfinanzierungsgrad der Zürcher Gerichte liegt nach diesen Berechnungen demnach lediglich bei rund 21%. Das Kostendeckungsprinzip ist durch die aktuellen Gerichtsgebühren bei weitem eingehalten (auch unter Berücksichtigung des ungleichen Selbstfinanzierungsgrades von Zivil- und Strafgerichten).

¹⁰ Vgl. die diesbezüglichen Berechnungen sowie zu Recht kritischen Kommentare von MEIER/SCHINDLER, S. 36 f.

¹¹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7302 ff., 7292.

¹² STERCHI, Art. 95 N 6.

¹³ MEIER/SCHINDLER, S. 41.

¹⁴ BGE 139 III 334 E. 3.2.3; vgl. auch MEIER/SCHINDLER, S. 42.

¹⁵ Rechenschaftsbericht ZH, 167; abrufbar unter <http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/Rechenschaftsberichte/Rechenschaftsbericht_2016.pdf>.

¹⁶ Rechenschaftsbericht ZH (Fn. 15), S. 166.

Nach dem *Äquivalenzprinzip* darf die Gebühr im Einzelfall nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen, sie muss sich in vernünftigen Grenzen bewegen. Das Äquivalenzprinzip ist damit Ausdruck des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Bei der Gerichtsgebühr darf namentlich auch der Streitwert eine massgebende Rolle spielen.¹⁷ Es herrscht sodann Einigkeit, dass die Höhe der Gerichtsgebühr die Inanspruchnahme des Gerichts nicht verunmöglichen oder übermässig erschweren darf.¹⁸ Dies wäre mit Art. 29a BV nicht in Einklang zu bringen. Gestützt auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR können durch das Äquivalenzprinzip aber lediglich extreme Einzelfälle korrigiert werden.¹⁹

2. *Parteikosten und Anwaltskosten*

Als Parteientschädigung gilt der Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Wesentlicher Bestandteil bilden in der Praxis die Kosten einer berufsmässigen Vertretung, mithin Honorar und Auslagen des Parteivertreters. Für die Bemessung der Entschädigung haben die Kantone entsprechende Tarife zu erlassen (Art. 96 sowie Art. 105 Abs. 2 ZPO). Die kantonalen Tarife sind meist auf patentierte Anwälte ausgerichtet. Entweder sehen die Tarife eine Entschädigung nach Zeitaufwand oder ein System der Entschädigungspauschalen vor.²⁰

Von den kantonalen Anwaltstarifen und dem Parteikostenersatz gemäss ZPO zu unterscheiden ist das zwischen Anwalt und Klient effektiv vereinbarte und geschuldete Honorar. Die *eigenen Anwaltskosten* sind in der Praxis oft der grösste und bedeutendste Ausgabenposten.²¹ Das Honorar wird zwischen Anwalt und Klient frei vereinbart, es gilt grundsätzlich die *Vertragsfreiheit*.²² Massgebend im Verhältnis Anwalt-Klient ist demnach nicht die in den kantonalen Tarifen vorgesehene Entschädigung.

Verboten ist indes nach Art. 12 lit. e BGFA eine Beteiligung am Prozessgewinn als (vollständiger) Ersatz für das Honorar und die Vereinbarung, der Anwalt verzichte im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf

¹⁷ BGE 139 III 334 E. 3.2.4 mit Hinweisen.

¹⁸ STERCHI, Art. 95 N 6; MEIER/SCHINDLER, S. 43-45.

¹⁹ Das Bundesgericht hat z.B. Gerichtskosten von Fr. 12'000.00 für einen Nichteintretensentscheid zufolge Nichtbezahlung des Kostenvorschusses zu Recht kassiert, BGE 139 III 334; vgl. MEIER/SCHINDLER, 72.

²⁰ Vgl. URWYLER/GRÜTTER, Art. 96 N 10.

²¹ Vgl. auch SCHUMACHER, N 35; MEIER/SCHINDLER, S. 48.

²² FELLMANN, N 1390.

das Honorar.²³ Verboten ist für den Anwalt aber nur das *reine* Erfolgshonorar. Das Bundesgericht stellt in einem neuen Leiturteil klar, dass ein sog. *pactum de palmario* unter gewissen Voraussetzungen zulässig ist: Eine Vereinbarung, mit welcher das einem Anwalt in jedem Fall geschuldete Honorar bei erfolgreicher Mandatsführung erhöht wird, ist zulässig.²⁴ Es sind jedoch folgende Voraussetzungen zu beachten: Erstens darf das Verbot des reinen Erfolgshonorars nicht mit einer geringfügigen erfolgsunabhängigen Entschädigung unterlaufen werden – der Anwalt muss unabhängig vom Verfahrensausgang ein Honorar erzielen, welches nicht nur seine Selbstkosten deckt, sondern ihm auch einen angemessenen Gewinn ermöglicht. Zweitens darf die erfolgsabhängige Honorarkomponente nicht derart hoch sein, dass die Unabhängigkeit des Anwalts beeinträchtigt ist und die Gefahr einer Übervorteilung besteht. Klar überschritten ist diese Grenze immer dann, wenn das erfolgsabhängige Honorar höher als das erfolgsunabhängige Honorar ist. Schliesslich darf das *pactum de palmario* nur zu Beginn des Mandatsverhältnisses oder nach Abschluss des Rechtsstreits abgeschlossen werden, nicht aber während des laufenden Mandats.²⁵ Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nur unter (engen) Voraussetzungen zulässig ist.

In der Praxis ist es oft so, dass die eigenen Anwaltskosten der obsiegenden Partei höher als die ihr gestützt auf das Prozessrecht (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 Abs. 2 ZPO) zugesprochene Entschädigung sind.²⁶ Mithin bleibt ein Teil des Aufwandes der obsiegenden Partei *trotz Obsiegens ungedeckt*. Insofern kann eine zu knausrige Bemessungspraxis der kantonalen Tarife durchaus heikel sein.²⁷

Die hier interessierende Prozessfinanzierung fusst auf dem soeben beschriebenen Verbot des anwaltlichen Erfolgshonorars. Das Dreiecksverhältnis zwischen Anwalt-Prozessfinanzierer-Anspruchsinhaber ermöglicht eine reine Erfolgshonorierung (vgl. Kap. III hinten).

3. *Kostenvorschuss und Inkassorisiko*

Das Gericht kann von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen (Art. 98 ZPO). In den eidgenössischen Räten wurde die Kostenvorschusspflicht kontrovers diskutiert. Nachdem im Vorentwurf noch eine Vorschusspflicht höchstens bis zur Hälfte der

²³ Vgl. hierzu eingehend FELLMANN, N 434 ff.

²⁴ BGE 143 III 600 E. 2.7.4.

²⁵ BGE 143 III 600 E. 2.7.5.

²⁶ Vgl. auch SCHUMACHER, N 35.

²⁷ STERCHI, Art. 95 N 14; MEIER/SCHINDLER, S. 49.

zu erwartenden Gerichtskosten vorgesehen war, wurde die Bestimmung in der Folge auf die volle Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten erweitert.²⁸ Dies war letztlich ein bewusster Entscheid der Politik, da das wichtigste Anliegen der Kantone bei der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts in der Kostenneutralität bestand. Durch die eidgenössische ZPO sollten den Kantonen keine Mehrkosten entstehen.²⁹

Art. 98 ZPO i.V.m. Art. 111 ZPO führt dazu, dass das *Inkassorisiko* des Zivilprozesses vollumfänglich dem Kläger auferlegt wird. Art. 98 ZPO ist als Kann-Bestimmung ausgestaltet und gewährt dem Richter damit bezüglich des «Ob» wie auch der Höhe («bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten») einen Spielraum.

4. *Unentgeltliche Rechtspflege*

Untrennbar mit den Prozesskosten und der hier interessierenden Thematik ist auch die *unentgeltliche Rechtspflege* (Art. 117 ff. ZPO) verbunden.³⁰ Wer nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ein nicht aussichtsloses Rechtsbegehren vor Gericht durchsetzen will, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Die unentgeltliche Rechtspflege bezweckt die Sicherstellung des rechtsgleichen Zugangs zum Gericht sowie die Herstellung von Waffengleichheit zwischen den Parteien.³¹ Als rein verfahrensrechtliches Institut ist die unentgeltliche Rechtspflege nicht sozialstaatlich gefärbt.³² Entgegen ihres Namens bewirkt die «*unentgeltliche* Rechtspflege» keine Unentgeltlichkeit. Der Prozess ist nicht etwa kostenlos, aber es wird auf Kostenvorschüsse sowie die sofortige Begleichung der Prozesskosten verzichtet. Die der in unentgeltlicher Rechtspflege prozessierenden Partei ggf. auferlegten Gerichtskosten und ihre eigenen Anwaltskosten werden gestundet, bis eine Nachzahlung (Art. 123 ZPO) möglich ist.³³ Allerdings befreit die unentgeltliche Rechtspflege nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO).

²⁸ STERCHI, Art. 98 N 1 f. mit Hinweisen.

²⁹ Botschaft zur ZPO (Fn. 11), 7238.

³⁰ WUFFLI, URP, Rz. 1.

³¹ Vgl. WUFFLI, URP, Rz. 11 mit Hinweisen.

³² BGE 140 III 12 E. 3.3.1; vgl. auch WUFFLI, URP, Rz. 8-10; a.M. MEICHSSNER, S. 145; KLEY-STRULLER, S. 191.

³³ Vgl. WUFFLI, URP, Rz. 6.

B. Aktuelle Kritik am Kostenrecht der ZPO

Das Kostenrecht in der ZPO, insbesondere die *Vorschusspflicht* des Klägers, wird von einem Teil der Lehre scharf kritisiert. Das Inkassorisiko der Prozesskosten, so der einheitliche Tenor, soll beim Staat liegen, nicht beim Kläger. Im schlimmsten Fall bleibe der obsiegende Kläger auf den Kosten sitzen. Damit trage «das Opfer des Vertragsbruchs das Risiko der Gerichtskosten». Es wird gar befürchtet, dass die stärkere Partei in Zukunft opportunistisch handeln wird, indem sie nach der Erfüllung des Vertrages durch die schwache Partei die Vertragsbedingungen neu aushandelt – im Wissen darum, dass sich die schwache Partei eine gerichtliche Durchsetzung ihres legitimen Anspruches gar nicht leisten könne.³⁴ MEIER/SCHINDLER weisen darauf hin, dass ein Gerichtsverfahren auch ein Dienst für die Öffentlichkeit sei. Eine Rechtsordnung bedürfe der ständigen Anwendung und Präjudizien seien wichtig. Ohnehin könnten die hohen Gerichtskosten nur einen kleinen Beitrag an die Staatsfinanzen leisten – es sei es nicht wert, wegen den Gerichtskosten eine Beschränkung des Gerichtszugangs in Kauf zu nehmen.³⁵ Im Einzelnen:

- **Reduktion oder Abschaffung der Vorschusspflicht:** Das Risiko, die Anwalts-, Prozess- und evtl. Expertenkosten eines Verfahrens zu tragen, besteht aufgrund der in der ZPO statuierten *Vorschusspflicht* (Art. 98 ZPO) sowie der Verrechnungsmöglichkeit (Art. 111 ZPO) sowohl im Falle des Unterliegens wie auch Obsiegens. In der Praxis verlangen die Gerichte meist einen Vorschuss und zwar in der vollen Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten.³⁶ Dies wird in der Lehre kritisiert und es wird de lege lata für eine *grössere Zurückhaltung bei der Einforderung von Kostenvorschüssen* plädiert.³⁷ De lege ferenda wird gefordert, dass Vorschüsse an die Parteien zurückzuerstatten anstatt zu verrechnen seien. Es wird z.T. gar eine vollständige *Abschaffung* der Kostenvorschüsse verlangt.³⁸
- **Drastische Senkung der Gerichtskostentarife:** Es wird die Auffassung vertreten, dass die Gerichtskostentarife drastisch zu senken seien.³⁹ Gerichtskosten seien der einzige Faktor, den der Staat als Beitrag zur Senkung des enormen Kostenrisikos leisten könne, da die Kosten für die anwaltliche Vertretung marktgebunden und damit vorgegeben seien. Ohnehin würden die Gerichtskosten nur einen geringen Teil der effektiven Auslagen decken und seien daher entbehrlich.⁴⁰

³⁴ Vgl. MÜLLER, S. 1738 f.

³⁵ MEIER/SCHINDLER, S. 74.

³⁶ Vgl. RUSCH, S. 571 ff.; MÜLLER, S. 1738; RÜEGG/RÜEGG, Art. 98 N 2.

³⁷ MEIER/SCHINDLER, S. 79.

³⁸ HABERBECK, Rz. 10; MEIER/SCHINDLER, S. 76-79.

³⁹ Vgl. MÜLLER, S. 1739; HABERBECK, Rz. 7.

⁴⁰ MEIER/SCHINDLER, S. 74.

- **Erhöhung der Parteikostentarife:** Die Anwaltskosten sind gemäss der h.L. unantastbar, weil diese durch den freien Markt bestimmt werden. Damit man trotz Obsiegens nicht noch Kosten trage, seien die Parteikostentarife auf das Niveau der tatsächlichen Anwaltskosten zu erhöhen.⁴¹
- **Kostengünstige Verfahrensgestaltung des Gerichts:** Das Gericht sollte verpflichtet werden, das Verfahren kostengünstig zu gestalten. Mit der Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses sollte z.B. nicht gleichzeitig die Frist zur Klageantwort angesetzt werden, weil ansonsten bei Nichtleistung des Kostenvorschusses unnötige Kosten verursacht werden.⁴²

Die Lehre anerkennt zwar, dass das Institut der *unentgeltlichen Rechtspflege* durchaus eine gewisse Abhilfe in der Kostenproblematik schafft, jedoch sei sie zu restriktiv ausgestaltet. Es wird einerseits eine zu strenge Praxis bei der Berechnung der Bedürftigkeit kritisiert, was dazu führe, dass der Mittelstand von der unentgeltlichen Rechtspflege ausgeschlossen sei.⁴³ Andererseits wird Art. 118 Abs. 3 ZPO, wonach die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht von der Pflicht zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die obsiegende Gegenseite befreit, als unzulässige Hürde für den Zugang zum Gericht qualifiziert. Selbst mittellose Parteien könnten nur dann einen Prozess mit höheren Streitwerten führen, wenn sie bereit seien, im Fall des Unterliegens ihren finanziellen Ruin in Kauf zu nehmen.⁴⁴

Es wird sodann bestritten, dass die verbreitete Vergleichskultur etwas an dieser Misere ändere. Ein *Vergleich* sei zwar zu begrüssen, da er das Verfahren beschleunige und es kostengünstiger gestalte, jedoch sei dies nur dann eine faire Lösung, wenn beiden Parteien das Erkenntnisverfahren bis zum Urteil als eine realistische Alternative zur Verfügung stehe. Auch die *Teilklage* sei nur eine «Notlösung». So könne zwar mit einer Teilklage ein Präjudiz für die Frage der Haftung geschaffen werden. Rechtlich habe die Teilklage aber keinerlei Bindung für die restlichen Ansprüche.⁴⁵

C. Eigener Standpunkt

Hinter den Diskussionen um die verschiedenen Aspekte der Prozesskosten steht stets dieselbe *Grundfrage*: In welchem Umfang soll der Steuerzahler für die durch ein Gerichtsverfahren verursachten Kosten aufkommen und inwie-

⁴¹ MEIER/SCHINDLER, S. 71.

⁴² MEIER/SCHINDLER, S. 81.

⁴³ Statt vieler: WEGMÜLLER, S. 235.

⁴⁴ Vgl. MEIER/SCHINDLER, S. 32, 69; HABERBECK, Rz. 27 ff.

⁴⁵ MEIER/SCHINDLER, S. 33.

fern sind die Rechtssuchenden, die das Gerichtsverfahren verursachen, in die Finanzierung einzubinden?

Es wird m.E. meist zu wenig berücksichtigt, dass Gebühren und Kosten als Eintrittsschwelle in einen Gerichtsprozess grundsätzlich zu begrüssen sind. Ohne diese Hürde wäre eine regelrechte Flut von Klagen zu erwarten, womit letztlich aber für niemanden ein Mehrwert geschaffen würde. Wenn man bei unterschiedlichen Auffassungen im Geschäftsverkehr stets sogleich vor ein Gericht gezerrt wird, ist dies dem Rechtsfrieden keineswegs förderlich. Die Prozesskosten bewirken, dass sich der Kläger mit seinem Standpunkt vor Klageeinreichung intensiv auseinandersetzt und auch nach aussergerichtlichen Lösungen suchen muss. *Dass* die Gerichtskosten eine gewisse Eintrittsschwelle für den Gerichtszugang bewirken, ist m.E. zu begrüssen, wobei darauf zu achten ist, dass diese Schwelle den Gerichtszugang nicht geradezu verunmöglicht.

1. *Zivilprozesse sollen nicht ausschliesslich von der Allgemeinheit bezahlt werden*

M.E. darf nicht ausschliesslich die Allgemeinheit in die Finanzierung des Zivilprozesses eingebunden werden. Es ist zwar richtig, dass für den generellen Aufbau der Justiz Steuergelder verwendet werden und insofern ist es folgerichtig, dass die Einnahmen aus den Gerichtsgebühren nur einen geringen Anteil des finanziellen Aufwandes der Justiz decken. Es ist auch zu begrüssen, dass die Allgemeinheit für nicht wieder einbringliche Kosten im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege aufkommt und damit den Gerichtszugang auch für die finanziell Schwächsten ermöglicht. Allerdings kann es nicht angehen, dass generell und stets die Allgemeinheit dafür bezahlt, wenn zwei Parteien einen sie betreffenden Streit vor einem Gericht austragen. Von sämtlichen in der Schweiz hängigen Prozessen dürften wohl nur wenige zu sog. Präjudizien führen – insofern ist das Argument, wonach ein Zivilprozess auch ein Dienst für die Allgemeinheit sein soll, zu relativieren. Ein Zivilprozess ist letztlich immer eine Streitigkeit zwischen zwei (oder mehreren) Parteien, dessen gerichtliche Beurteilung in den meisten Fällen ausschliesslich diesen dient.

2. *ZPO berücksichtigt Kostenschwelle durchaus*

Durch einen «*Vergleich*» oder die Einleitung einer «*Teilklage*» (vgl. Kap. II.B vorne) lässt sich die Kostenhürde mildern. Einem Geschädigten steht es grundsätzlich frei, zunächst eine Teilklage anzuheben und damit das Kostenrisiko zu senken. Leider hat das Bundesgericht diesen Vorteil der Teilklage

stark relativiert, indem es eine negative Feststellungsklage (als Reaktion auf eine echte Teilklage) auch im vereinfachten Verfahren zulässt.⁴⁶ Dem Kläger steht es aber weiterhin offen, seine Prozesschancen zunächst durch die Einleitung eines Gesuchs um *vorsorgliche Beweisabnahme* (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO) auszuloten – so können z.B. komplexe Kausalitätsfragen mittels Gutachten vorab geklärt werden. Diese Massnahmen stehen auch einer mittelständischen Person offen und es sind nicht sogleich Kosten zu befürchten, die den Ruin bedeuten. Von diesen Instrumenten sollte in der Praxis vermehrt Gebrauch gemacht werden. In diesem Zusammenhang ist m.E. deshalb unverständlich, dass das Bundesgericht prozessarme Parteien von der vorsorglichen Beweisabnahme i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ausschliesst.⁴⁷

Zu beachten ist schliesslich der sog. «*soziale Zivilprozess*»,⁴⁸ mithin Streitigkeiten bestimmter «sozialer» Materien wie z.B. Mietrecht sowie Streitigkeiten mit «geringen» Streitwerten von bis zu Fr. 30'000.00. Hierfür hat der Gesetzgeber ein ökonomisch vorteilhaftes, laienfreundlicheres und rascheres Verfahren vorgesehen. Schliesslich sind z.B. gewisse Schlichtungsverfahren in sozialen Bereichen wie z.B. dem Miet- und Arbeitsrecht kraft Bundesrecht kostenlos (Art. 113 ZPO), teilweise sogar auch die nachfolgenden Entscheidungsverfahren (z.B. in Teilen des Arbeitsrechts, Art. 114 ZPO).

3. *Sachgerechte Ausgestaltung der URP*

Die aktuelle (strenge) Praxis zur unentgeltlichen Rechtspflege ist gerechtfertigt. Auch Art. 118 Abs. 3 ZPO ist m.E. sachgerecht.⁴⁹ Letztlich handelt es sich dabei um das finanzielle Risiko, das jedem Zivilprozess inhärent ist. Durch die Auferlegung der gegnerischen Parteikosten wird der Gerichtszugang nicht beeinträchtigt, da im Zeitpunkt der Kostenauflegung der Prozess ja bereits beendet ist. Auch eine begüterte Partei sieht sich mit dem Risiko konfrontiert, dass sie im Unterliegensfall die gegnerischen Parteikosten tragen muss und deshalb in ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten geraten kann. Die Prozesskosten und das damit einhergehende Risiko sollen m.E. auch dafür sorgen, dass die Parteien stets vorab ernsthaft nach aussergerichtlichen Lösungen suchen, andernfalls würde die Justiz mit Klagen überflutet. Die Alternative zu Art. 118 Abs. 3 ZPO wäre einzig eine subsidiäre Staatshaftung, was aber m.E. abzulehnen ist, würden damit doch sogleich neue Ungleichheiten geschaffen: Weshalb soll der Staat, aus Sicht der obsiegenden Gegenpartei, nur bei Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege uneinbringliche Partei-

⁴⁶ BGE 143 III 506 E. 4.4.

⁴⁷ Vgl. WUFFLI, *Vorsorgliche Beweisführung*, S. 141 ff.

⁴⁸ Vgl. Botschaft zur ZPO (Fn. 11), 7345.

⁴⁹ Vgl. hierzu eingehend WUFFLI, *URP*, Rz. 531 ff.

kosten finanzieren? War die unterliegende Partei nicht im Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege und sind die der Gegenpartei zugesprochenen Parteikosten dennoch nicht einbringlich, verbleibt das Prozesskostenrisiko ebenfalls bei der obsiegenden Gegenpartei. In welchen Fällen also soll der Staat eingreifen?

4. *Prozesse gegen insolvente Gegenpartei*

Es ist auf den ersten Blick in der Tat stossend, wenn der Kläger, obwohl er obsiegt, z.T. auf seinen eigenen Kosten sowie den Gerichtskosten sitzenbleibt. Noch weniger kann es aber m.E. sein, dass der Staat und damit letztlich der in diesen Streit nicht involvierte Steuerzahler für die Prozesskosten aufzukommen hat. Es ist nicht die Aufgabe des Staates, Zivilprozesse gegen insolvente Beklagte zu finanzieren. Wer einen Prozess einleitet, muss neben seinen Prozesschancen stets auch prüfen, ob ein allfälliger Prozessgewinn bei der Gegenseite überhaupt erhältlich gemacht werden kann. Es kann nicht sein, dass ein Prozess letztlich nach dem Motto *ars gratia artis* angestrengt und auf Kosten der Steuerzahler durchgeführt wird. Insofern erscheint die gesetzliche Konzeption, mangels sachgerechter Alternativen, nicht per se unangebracht.

Bei, zugegebenermassen seltenen, Konstellationen, in denen ein Prozess wesentlich gegen eine *insolvente Gegenpartei* angestrengt wird, ist die aktuelle Gesetzgebung (Art. 98 i.V.m. Art. 111 ZPO) sachgerecht und das Inkassorisiko ist voll auf den Kläger abzuwälzen. Häufig dürfte ein Kläger seinen Prozess jedoch in guten Treuen einleiten, da er die Solvenz der Gegenpartei nicht exakt einschätzen kann. Zu diskutieren wäre in solchen Fällen, ob der Staat nicht zumindest einen Teil der geleisteten Vorschüsse an die obsiegende Partei zurückerstatten sollte. So könnte das Prozessrisiko zwischen Staat und Kläger aufgeteilt werden. Eine vollständige Übertragung des Inkassorisikos auf den Staat erscheint aber nicht sachgerecht. Letztlich wurde der vom Kläger geleistete Kostenvorschuss ja auch effektiv benötigt, um das Verfahren zumindest teilweise zu finanzieren. Insofern kann es nicht sein, dass ausschliesslich der Staat die Zeche für die insolvente Gegenpartei bezahlen soll.

5. *Anwaltskosten sakrosankt?*

Es wird oft eine signifikante Herabsetzung der Gerichtskosten propagiert, hingegen wird eine Deckelung von Anwaltshonoraren, wenn eine solche denn überhaupt in Erwägung gezogen wird, abgelehnt. Man dürfe nicht in die zwischen Klienten und Prozessvertretern zu vereinbarende, also durch das Spiel

von Angebot und Nachfrage zu determinierende Anwaltsvergütung regulierend eingreifen.⁵⁰ Auch wenn das Ergebnis m.E. durchaus richtig ist, erscheint diese Argumentation fragwürdig. Vom Staat wird erwartet, dass er am besten ganz auf Gerichtskosten verzichten sollte, damit der Gerichtszugang möglichst vollständig gewährt werden kann. Wenn indes der Gerichtszugang als das absolut höchste Gut verstanden wird, wäre es durchaus auch denkbar, die Rechtsanwälte in die Pflicht zu nehmen. Es kann m.E. nicht sein, dass die knappen finanziellen Ressourcen einer klagenden Partei bereits durch hohe Anwaltshonorare verbraucht werden, sich die Lehre indes einzig gegen die Gerichtskosten einschiesst. Selbstverständlich plädiere ich nicht für eine Deckelung der Anwaltshonorare, aber es erscheint mir etwas widersprüchlich, eine Regulierung der Anwaltshonorare bereits zu Beginn aussen vor zu lassen, wohingegen von den Gerichten radikale Massnahmen verlangt werden wie ein vollständiger Verzicht auf Gerichtskosten. Indirekt würden Rechtsanwälte profitieren, indem die wegfallenden Gerichtskosten zu mehr Klagen und damit mehr Einnahmen für Anwälte – zu nach wie vor «marktgerechten» Honoraransätzen – führen würden. Zu prüfen wäre m.E. aber, ob und wie der Zivilprozess vereinfacht werden kann. Insbesondere die hohen Substantiierungsanforderungen führen teilweise zu einem kaum mehr zu bewältigenden Umfang an Prozessakten, was selbstredend auch Aufwand und Kosten des Anwalts in die Höhe treibt.

6. *Zwischenfazit*

Es ist nach dem Gesagten m.E. nicht zu beanstanden, wenn die Prozesskosten eine gewisse Hemmschwelle zur Einleitung eines Gerichtsverfahrens darstellen – dies ist durchaus entsprechend beabsichtigt. Die Einleitung einer Klage soll stets gut überlegt und nicht leichtsinnig sein. Fraglich ist einzig, in welchem Ausmass die Kosten den Gerichtszugang erschweren dürfen. Kritisch ist die Situation, in welcher ein Geschädigter, der zum Mittelstand zu zählen ist, einen Prozess mit hohem Streitwert anzustrengen hat, z.B. gegen eine Versicherung. Hier besteht m.E. in der Tat die Gefahr, dass er trotz guter Prozessaussichten die Einleitung eines Prozess wegen des immensen Risikos nicht wagen wird. Hier kann aber die Prozessfinanzierung Abhilfe schaffen.

⁵⁰ HABERBECK, Rz. 27 ff. sowie Rz. 43.

III. Prozessfinanzierung

A. Begriff

Die Idee ist simpel und genial zugleich: Ein Dritter finanziert gegen eine Erfolgsbeteiligung den Prozess des Anspruchsinhabers und übernimmt das volle Kostenrisiko. Im Idealfall stellt dies eine win-win-Situation dar: Sofern eine Person nicht über die zur Durchsetzung ihres vermögensrechtlichen Anspruchs notwendigen Ressourcen verfügt bzw. diese nicht für den Prozess binden will oder kann, droht ihr der faktische Verzicht auf ihren Anspruch, sollte sie keine Klage einleiten. Eine solche Person hat ein berechtigtes Interesse daran, dass ihr die benötigten finanziellen Mittel für die im eigenen Namen vorzunehmende Rechtsdurchsetzung durch einen Dritten bereitgestellt werden. Der Dritte kommt dabei für die ganze Finanzierung der anfallenden Rechtsverfolgungskosten auf. Bei erfolgloser Geltendmachung des Anspruchs werden die Kosten definitiv vom Dritten getragen, mithin liegt das volle Kostenrisiko bei ihm. Im Gegenzug wird der Dritte am potentiell erstrittenen Anspruchserlös beteiligt, indem hiervon einerseits seine gesamten zur Verfügung gestellten Mittel wieder gedeckt werden, ihm andererseits eine quotale Beteiligung am Reinerlös zusteht. Die Prozessfinanzierung vereint damit die Finanzierungs-, Versicherungs- und Risikoschutzfunktion für den Anspruchsinhaber sowie die Investitionsfunktion für den Finanzierer/Dritten.⁵¹

B. Voraussetzungen

Die Prozessfinanzierung ist beschränkt auf *vermögenswerte* Ansprüche. Der erstrittene Anspruch muss *teilbar* sein, weil das Geschäftsmodell auf einer wirtschaftlichen Teilhabe am Prozessergebnis basiert.⁵² Sodann muss die Finanzierung aus Sicht des Dritten rentabel sein. Im Einzelnen:

- *Erfolgsaussichten*: Die Anspruchserlangung muss realistisch sein, d.h. keine kritischen Beweisschwierigkeiten oder prozessualen Hürden;⁵³
- *Bonität der Gegenpartei*: Ein zentrales Element ist das Vollstreckungsrisiko. Ein positives Urteil nützt dem Prozessfinanzierer nichts, wenn es sich nicht vollstrecken lässt;⁵⁴
- *Streitwert*: Die aufzuwerfenden Mittel der Prozessfinanzierung dürfen nicht höher als der eigentliche Anspruchswert sein, d.h. es braucht einen

⁵¹ Vgl. SCHUMACHER, N 14 f.

⁵² SCHUMACHER, N 22.

⁵³ SCHUMACHER, N 27.

⁵⁴ SCHUMACHER, N 27.

gewissen Mindestwert. In der Schweiz wird von einer durchschnittlicher Mindestschwelle von rund Fr. 300'000.00 ausgegangen,⁵⁵

- *Erfolgsbeteiligung*: Entscheidend ist die Quote des Finanzierers am Erlös, mithin an dem, was nach Abzug sämtlicher für die Anspruchsdurchsetzung investierten Kosten noch verbleibt. Im Durchschnitt dürfte diese Quote bei rund 30% liegen, jedenfalls zwischen 20 und 50%.⁵⁶

C. Rechtsnatur des Prozessfinanzierungsvertrages

Eine einheitliche Definition des Prozessfinanzierungsvertrages existiert nicht. Vertragsparteien sind jedenfalls der Anspruchsinhaber sowie der Dritte/Finanzierer. Der Anwalt des Anspruchsinhabers wird nicht in das Prozessfinanzierungsverhältnis eingebunden. Die Rechtsnatur des Prozessfinanzierungsvertrages ist noch ungeklärt, es dürfte sich wohl – so die überzeugende Auffassung von SCHUMACHER – um einen Innominatvertrag mit Elementen des Darlehens sowie der Garantie handeln. Die Finanzierungsfunktion stellt ein partiarisches Darlehen dar, während die Risikoschutzfunktion eine Garantieabrede ist.⁵⁷

D. Wundermittel gegen Prozesskostenhürde?

Wer aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse von der unentgeltlichen Rechtspflege ausgeschlossen ist, jedoch in Relation zu den mutmasslichen Gerichts- und Anwaltskosten eines beabsichtigten Prozesses dennoch nur äusserst knapp über genügend finanzielle Mittel verfügt, wird sich die Einleitung eines Verfahrens gut überlegen. Schliesslich will man sein gesamtes Ersparnis nur ungern ausschliesslich für einen womöglich mehrere Jahre dauernden Prozess binden und im worst case – ein Prozessergebnis lässt sich nie mit Sicherheit voraussagen – gar verlieren. Das Kostenrisiko wirkt auf eine solche Person bedrohend. Wer weder über die Deckung durch eine Rechtsschutzversicherung noch unentgeltliche Rechtspflege verfügt, kann auf die Prozessfinanzierung angewiesen sein. In solchen Situationen erscheint mir die Prozessfinanzierung als ein *hervorragendes Instrument*, um auch (oder gerade) einen *Prozess mit hohem Streitwert* und damit hohem Kostenrisiko anzustrengen. Es ist zu hoffen, dass sich die Prozessfinanzierung in der Praxis noch weiter verbreitet.

⁵⁵ Vgl. Update zur Prozessfinanzierung in der Schweiz, Lawstyle 2/2016, S. 57.

⁵⁶ SCHUMACHER, N 30.

⁵⁷ SCHUMACHER, N 237 sowie eingehend N 202-236 betr. Gesellschaftsverhältnis.

Der grosse Vorteil der Prozessfinanzierung besteht m.E. darin, dass es sich letztlich um einen *ökonomischen Entscheid* der freien Marktwirtschaft handelt: Nur bei gewissen Mindeststreitwerten ab ca. Fr. 300'000.00 (1), bei solventen Gegenparteien (2) und natürlich bei intakten Prozessaussichten (3) wird ein Prozess angestrengt. Genau die beiden letztgenannten Kriterien sollte m.E. aber auch eine Person, welche die Prozessfinanzierung nicht in Anspruch nimmt bzw. nehmen kann, in ihre Entscheidung miteinbeziehen, ob sie eine Klage einreicht oder nicht. Wer eine Klage gegen einen insolventen Beklagten oder trotz eher schlechten Erfolgsaussichten einreicht, mag hierfür seine guten Gründe haben, allerdings soll er das Verfahren nicht auf dem Buckel der Steuerzahler durchführen können. Insofern ist auch die in der ZPO statuierte Vorschusspflicht mit Verrechnungsmöglichkeit (Art. 98 i.V.m. Art. 111 ZPO) nicht generell zu beanstanden (vgl. Kap. II.C vorne).

Der Vorteil, dass die Prozessfinanzierung letztlich auf marktwirtschaftlichen Aspekten beruht, beschränkt natürlich zugleich auch ihren Anwendungsbereich: Prozesse ohne hohen Streitwert (unter Fr. 300'000.00) sowie ohne sehr gute Prozesschancen profitieren nicht von diesem Institut. Sodann ist auch zu bedenken, dass es je nach vereinbarter Erfolgsbeteiligung auch störend erscheinen kann, wenn ein Gläubiger einen Teil der ihm zustehenden Forderung an einen Prozessfinanzierer abzugeben hat, nur weil er nicht in der Lage war, das Kostenrisiko zu tragen. Es ist deshalb mit SCHUMACHER davon auszugehen, dass die Prozessfinanzierung nicht eine allgemeine Wunderwaffe für allfällige Defizite des Kostenrechts ist.⁵⁸

IV. Fazit

Was ist uns der Zugang zum Gericht wert? Was darf ein Zivilprozess kosten? Wie stark soll die Allgemeinheit in die Finanzierung privater Streitigkeiten eingebunden werden? Es gibt m.E. keine richtigen oder falschen Antworten auf diese Fragen, handelt es sich doch dabei um *persönliche Wertungen*. Solche rechtspolitischen Überlegungen beeinflussen aber die Diskussionen um das Kostenrecht in der ZPO massgebend.

Ein Prozess darf und soll durchaus etwas kosten. Dass die Kosten eine gewisse Hürde für den Gerichtszugang darstellen, ist zu begrüssen. Eine effektive *Rechtsschutzlücke* ist aber bei *Prozessen mit hohen Streitwerten* (über Fr. 300'000.00) anzunehmen, da ein Unterliegen für den Kläger gleichbedeutend mit seinem finanziellen Ruin wäre, sofern er nicht eine Rechtsschutzversicherung im Hintergrund weiss. In diesen Konstellationen mutiert das Prozesskostenrisiko von der begrüssenswerten Hemmschwelle zur unüberwind-

⁵⁸ SCHUMACHER, N 61.

baren Mauer für den Gerichtszugang. Wenn ein Geschädigter aus dem Mittelstand einen Prozess mit hohem Streitwert gegen eine Versicherung anzustrengen hat, besteht de lege lata die reale Gefahr, dass er trotz guter Prozessaussichten den Prozess wegen des immensen Risikos nicht wagen wird. Hier kann die Prozessfinanzierung Abhilfe schaffen. Der Prozessfinanzierer springt indes nur für Klagen mit sehr guten Gewinnaussichten, einer solventen Gegenpartei und hohen Streitwerten ein, dies liegt in der Natur der Sache.

Allerdings fragt sich, ob in anderen Konstellationen, insbesondere bei nur mässigen Prozessaussichten sowie einer wohl insolventen Gegenpartei, überhaupt ein schützenswerter Anspruch auf Zugang zum Gericht – nach dem Motto «um jeden Preis» – vorhanden ist. Wenn die Privatwirtschaft einen Prozess als nicht schützenswert erachtet, sollte der Staat diesen Prozess nicht um jeden Preis unterstützen. M.E. ist es nicht eine Staatsaufgabe, *sämtliche* zivilrechtlichen Streitigkeiten zu finanzieren. Gäbe es keine genügend hohe Kostenschwelle im Zivilverfahren, würden die Gerichte mit Bagatellstreitigkeiten sowie praktisch aussichtslosen Verfahren überlastet. Letztlich hätten die Steuerzahler hierfür einzustehen und einen (noch) teureren Justizapparat zu finanzieren. Streitigkeiten mit unklaren Gewinnaussichten sowie Bagatellstreitigkeiten sind nicht um jeden Preis vor ein Gericht zu bringen. Sollte man anderer Auffassung sein und das Recht auf Zugang zum Gericht extensiver auslegen, so ist es zumindest fragwürdig, einzig die Gerichtskosten reduzieren oder gar abschaffen zu wollen, hingegen die Anwaltskosten unter Verweis auf die Mechanismen der freien Marktwirtschaft unangetastet zu lassen.

Nach meinem Dafürhalten ist de lege ferenda am aktuellen System festzuhalten. Fraglich ist einzig, ob sich nicht eine Korrektur von Art. 111 ZPO dahingehend aufdrängt, wonach die Gerichtskosten mit den geleisteten Vorschüssen nur zur Hälfte verrechnet und im Übrigen an den obsiegenden Kläger zurückerstattet werden.

Nachtrag: Der Bundesrat hat am 2. März 2018 das Vernehmlassungsverfahren zu einer Änderung der Zivilprozessordnung eröffnet (www.bj.admin.ch – Staat und Bürger – Laufende Rechtssetzungsprojekte – Änderung ZPO). Vorgeschlagen ist u.a., dass das Gericht auch auf die Möglichkeiten der Prozessfinanzierung hinweist (Art. 97 VE-ZPO) – dies ist zu begrüßen. Die Unterschiede in den kantonalen Kostentariifen haben leider weiterhin Bestand. Dafür soll der Gerichtskostenvorschuss der klagenden Partei maximal nur noch bis zur Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten einverlangt werden können (Art. 98 Abs. 1 VE-ZPO) und auch die Verrechnungsmöglichkeit (Art. 111 VE-ZPO) wird vollständig abgeschafft: Die Vorschüsse sind den Parteien zurückzuerstatten, soweit ihnen der Entscheid nicht Kosten auferlegt. Damit wird das Inkassorisiko einseitig auf den Staat abgeschoben, was m.E. in die-

sem Umfang nicht gerechtfertigt ist. Erfreulich ist hingegen, dass die unentgeltliche Rechtspflege neu auch für die vorsorgliche Beweisführung gewährt werden kann (Art. 118 Abs. 2 zweiter Satz VE-ZPO).

Literaturverzeichnis

- FELLMANN WALTER, *Anwaltsrecht*, 2. Aufl., Bern 2017 (zit. FELLMANN)
- HABERBECK PHILIPP, *Massnahmen für einen besseren Rechtsschutz im Schweizer Zivilprozess*, Jusletter vom 11. Juli 2016 (zit. HABERBECK)
- KLEY-STRULLER ANDREAS, *Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege: Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 BV und der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention zu Art. 6 EMRK*, in: *AJP* 1995, S. 179 ff. (zit. KLEY-STRULLER)
- MEICHSSNER STEFAN, *Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV)*, Diss. Basel 2008 (zit. MEICHSSNER)
- MEIER ISAAK/SCHINDLER RICCARDA, *Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht?*, in: FELLMANN WALTER/WEBER STEPHAN (Hrsg.): *HAVE – Haftpflichtprozess 2015*, S. 29 ff. (zit. MEIER/SCHINDLER)
- MÜLLER LUKAS, *Kann sich der Staat hohe Gerichtskosten leisten?*, in: *AJP* 2016, S. 1738 ff. (zit. MÜLLER)
- RÜEGG VIKTOR/RÜEGG MICHAEL, *Kommentar zu Art. 98 ZPO*, in: SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. RÜEGG/RÜEGG)
- RUSCH ARNOLD F., *Will das Recht, dass man klagt?*, in: BREITSCHMID PETER/JENT-SØRENSEN INGRID/SOGO MIGUEL/SCHMID HANS (Hrsg.), *Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, S. 569 ff. (zit. RUSCH)
- SCHMID MARKUS, *Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – die Fakten*, in: FELLMANN WALTER/WEBER STEPHAN (Hrsg.): *HAVE – Haftpflichtprozess 2015*, S. 13 ff. (zit. SCHMID)
- SCHUMACHER BENJAMIN, *Prozessfinanzierung – Erfolgshonorierte Fremdfinanzierung von Zivilverfahren*, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 180, Diss. Zürich 2015 (zit. SCHUMACHER)

- STERCHI MARTIN H., Kommentar zu Art. 95 und 98 ZPO, in: HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012 (zit. STERCHI)
- URWYLER ADRIAN/GRÜTTER MYRIAM, Kommentar zu Art. 96 ZPO, in: BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. Zürich /St. Gallen 2016 (zit. URWYLER/GRÜTTER)
- WEGMÜLLER MARCEL, Prozessfinanzierung in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Ausblick, HAVE 2013, S. 235 ff. (zit. WEGMÜLLER)
- WEY RAINER, Kommerzielle Prozessfinanzierung – ein Überblick über Angebot und Rechtsfragen, in: FELLMANN WALTER/WEBER STEPHAN (Hrsg.), HAVE – Haftpflichtprozess 2008, S. 43 ff. (zit. WEY)
- WUFFLI DANIEL, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. WUFFLI, URP)
- WUFFLI DANIEL, Vorsorgliche Beweisführung – kein Verfahren für Bedürftige, in: ZZZ 2014/2015, S. 141 ff. (zit. WUFFLI, Vorsorgliche Beweisführung)

