

Philipp Haberbeck

## Massnahmen für einen besseren Rechtsschutz im Schweizer Zivilprozess

---

Das Gebot effektiven Rechtsschutzes ist ein ganz wesentliches Charakteristikum eines Rechtsstaates. Es ist deshalb sehr beunruhigend, dass in der Schweiz im Bereich des Zivilprozessrechts, also hinsichtlich der Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche, das rechtsstaatliche Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht umfassend erfüllt wird. In diesem Beitrag wird ein Massnahmenkatalog diskutiert, der im Ergebnis dazu führen würde, dass bei sachgemässer Vorgehensweise das mit einer Klage verbundene Gesamtkostenrisiko gegenüber der heutigen Situation deutlich reduziert wäre.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Massnahmen für einen besseren Rechtsschutz im Schweizer Zivilprozess, in: Jusletter 11. Juli 2016

## Inhaltsübersicht

- I. Das Problem: Eingeschränkter effektiver Rechtsschutz in der Schweiz im Zivilprozessrecht
- II. Massnahmen zur Herstellung eines verbesserten effektiven Rechtsschutzes im Bereich privatrechtlicher Ansprüche
  - A. Signifikante Herabsetzung der Gerichtskosten
  - B. Abschaffung oder massive Reduzierung des Gerichtskostenvorschusses
  - C. Kein Transfer des Inkassorisikos auf den erfolgreichen Kläger
  - D. Abschaffung der Parteientschädigung?
  - E. Deckelung von Anwaltshonoraren?
  - F. Fazit: Wirkung des Massnahmenpakets
  - G. Exkurs: Gesonderte Massnahmen für Massen- und Streuschäden
- III. Zusammenfassung

### I. Das Problem: Eingeschränkter effektiver Rechtsschutz in der Schweiz im Zivilprozessrecht

[Rz 1] Dass der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, auch als Rechtsweggarantie oder Justizgewährungsanspruch bezeichnet, nicht nur in Art. 29a Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV)<sup>1</sup> und Art. 6 Ziffer 1 EMRK<sup>2</sup> positivrechtlich verankert ist, sondern auch ein ganz wesentliches Element eines Rechtsstaates<sup>3</sup> darstellt, dürfte unumstritten sein. Jedem Rechtsstaat obliegt somit ein rechtsstaatliches Gebot effektiven Rechtsschutzes.<sup>4</sup>

[Rz 2] Dieses insbesondere von Art. 29a BV geschützte Gebot effektiven Rechtsschutzes gilt in sämtlichen Rechtsbereichen, auch im Bereich von privatrechtlichen Rechtsverhältnissen.<sup>5</sup> Dass dieses Gebot auch hinsichtlich privatrechtlicher Rechtsverhältnisse gelten muss, leuchtet ein, wenn man sich das staatliche Gewaltmonopol vor Augen hält, einen Grundwert unserer rechtsstaatlichen Ordnung<sup>6</sup>: Wenn man den Bürgerinnen und Bürgern<sup>7</sup> eines Landes aus offensichtli-

<sup>1</sup> Art. 29a BV (SR 101) lautet: «Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen».

<sup>2</sup> Art. 6 Ziffer 1 EMRK (SR 0.101) lautet: «Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde».

<sup>3</sup> Vgl. etwa die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I 1), S. 490 («Die fehlende Rechtsweggarantie widerspricht einem rechtsstaatlichen Verständnis von Rechtsschutz, wonach derselbe durch ein unabhängiges Gericht zu gewähren ist») und S. 502 (hervorhebung zusätzlich: «**Es ist Aufgabe des Rechtsstaates, dem Bürger staatlichen Schutz seiner Rechte zu gewähren**»).

<sup>4</sup> Siehe etwa CHRISTOPH DEGENHART, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Bd. V, 3. A., Heidelberg 2007, S. 776.

<sup>5</sup> Siehe etwa THOMAS FLEINER / DANIELA IVANOV, Rechtsgutachten mit dem Titel: «Die Umsetzung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV im interkantonalen Recht», 30. April 2007 (gefunden auf: [http://www.thomasfleiner.ch/files/documents/Rechtsweggarantie\\_Endbericht.pdf](http://www.thomasfleiner.ch/files/documents/Rechtsweggarantie_Endbericht.pdf)), S. 16 (Alle Websites zuletzt besucht am 10. Juni 2016).

<sup>6</sup> Vgl. etwa den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 29. August 2007 (B 2007/42), E. 3.3 (Hervorhebung zusätzlich: «Auch in einer pluralistischen Gesellschaft müssen als gemeinsame Basis gewisse **Grundwerte** – namentlich das **staatliche Gewaltmonopol**, die Gleichberechtigung von Mann und Frau, die demokratische Ordnung, die Unantastbarkeit des Lebens, die Religions- und Meinungsfreiheit sowie die Selbstbestimmung des Individuums – respektiert werden [...]»).

<sup>7</sup> Nicht immer werden in diesem Text gleichzeitig die weibliche und männliche Form verwendet. Wird nur die weibliche oder männliche Form verwendet, ist die andere Form jeweils mitgemeint.

chen Gründen selbstverständlich zu Recht verbietet, ihre Ansprüche auf dem Wege der Selbstjustiz gewaltsam durchzusetzen, muss ihnen der Staat ermöglichen, dies auf dem Wege von Gerichts- und Vollstreckungsorganen zu erzielen.<sup>8</sup> Versagt der Staat in diesem Bereich, wird dies das Vertrauen in den Rechtsstaat unterhöhlen und über kurz oder lang den Rechtsfrieden massiv gefährden.

[Rz 3] Vor obigem Hintergrund muss es stark beunruhigen, dass in der Schweiz im Bereich des Zivilprozessrechts, also hinsichtlich der Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche, das rechtsstaatliche Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht umfassend<sup>9</sup> erfüllt wird. Zu diesem niederschmetternden Befund, der den in der Praxis seit geraumer Zeit gewonnenen Eindruck fundiert wissenschaftlich bestätigt, kommen ISAAK MEIER und RICCARDA SCHINDLER in ihrer ausgezeichneten Studie über die Kostenhürde beim Gerichtszugang<sup>10</sup>, in der insbesondere folgendes Fazit gezogen wird:

*«Uneingeschränkt Prozesse führen können allein grössere Unternehmen und vermögende Privatpersonen. Alle anderen Personen können sich nach dem heutigen System im Grund genommen Klagen mit hohem Streitwert nicht leisten».*<sup>11</sup>

[Rz 4] Hervorzuheben ist, dass das von MEIER/SCHINDLER nachgewiesene partielle Fehlen effektiven Rechtsschutzes nicht nur bei Klagen mit hohem Streitwert, sondern akzentuiert auch bei Klagen mit besonders tiefen Streitwerten besteht. Bei geringen Forderungssummen von einigen Hundert oder Tausend Franken lohnen sich im heutigen System die mit der individuellen Rechtsverfolgung verbundenen Kosten schlicht nicht. Dies insbesondere deshalb, weil selbst im Erfolgsfall die von der unterliegenden Gegenpartei zu bezahlende Parteientschädigung, die gemäss eines kantonalen Tarifs berechnet wird, die Kosten des eigenen Prozessvertreters gerade bei geringen Streitwerten in aller Regel nicht in vollem Umfang deckt. Zur Illustration hierzu folgende, auf den Kanton Zürich bezogene Beispielrechnung: Die ordentliche Parteientschädigung («ordentlich» im Sinne einer Grundgebühr, die unter Umständen in gewissem Umfang erhöht / reduziert werden kann) beträgt bei einem Streitwert von CHF 5'000 gemäss § 4 AnwGebV nur CHF 1'250.<sup>12</sup> Geht man von einem Stundensatz von z.B. auf dem Platz Zürich eher tiefen CHF 300 aus, würde

<sup>8</sup> Vgl. etwa HANNAH L. BUXBAUM, Incentives to Promote the Private Enforcement of Law: A View From the United States, in: Zugang zum Recht: Europäische und US-amerikanische Wege der privaten Rechtsdurchsetzung, Heinz-Peter Mansel et al. (Hrsg.), Baden Baden 2008 (hiernach: **«Zugang zum Recht»**), S. 91 («Any discussion concerning «access to justice» [...] must distinguish two different objectives that fall under that rubric. The first is simply to ensure that those who possess legal claims – even small ones – have an effective way to assert them. This objective is a matter of fundamental fairness in any legal system [...]»).

<sup>9</sup> Nicht umfassender, nicht vollumfänglicher, zu verbessernder Rechtsschutz (und ähnliche Formulierungen) deshalb, weil es sich in der Schweiz ja nicht so verhält, dass mit Blick auf die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche überhaupt kein Rechtsschutz bestünde, sondern dieser zurzeit dahingehend lückenhaft ist, dass nicht sämtliche Personen ihre Ansprüche durchsetzen können (Problem der zu hohen Kostenhürde) und gewisse Kategorien von Ansprüchen wirtschaftlich nicht durchsetzbar sind (insbesondere Streuschäden).

<sup>10</sup> ISAAK MEIER / RICCARDA SCHINDLER, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht?, in: HAVE – Haftpflichtprozess 2015, S. 29 ff. Siehe auch den Artikel in der NZZ vom 26. Februar 2015, Wenn Prozessieren zu teuer wird, in dem insbesondere folgendes steht: «In der Schweiz ist Prozessieren dagegen sehr schwierig geworden, und dies nicht, weil die Werbung für Anwälte untersagt ist. Mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) wurde der Zugang zum Gericht stark erschwert oder besser gesagt verteuert [...]. Viele Bürger verzichten oft auf eine Klage, selbst bei guten Erfolgchancen. So wird Prozessieren eine Tätigkeit für Wohlhabende – und Mittellose, denn diese haben gemäss Bundesverfassung Anspruch auf ein unentgeltliches Verfahren».

<sup>11</sup> ISAAK MEIER / RICCARDA SCHINDLER, a.a.O., S. 71.

<sup>12</sup> Vgl. den im Internet angebotenen Gebührenrechner: [http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/Themen/Allgemeine\\_Dokumente/Prozesskosten/P\\_Prozesskosten.htm](http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Themen/Allgemeine_Dokumente/Prozesskosten/P_Prozesskosten.htm).

dies bedeuten, dass der gesamte erstinstanzliche Prozess in ca. vier Stunden abgewickelt werden müsste, was selbst in sehr einfach gelagerten Fällen absolut unmöglich sein dürfte.<sup>13</sup>

[Rz 5] Zwar ist das vorliegende Thema zweifellos nicht neu<sup>14</sup>, aber es ist nach hier vertretener Auffassung in der Schweiz mittlerweile dringend und sehr relevant. Es fragt sich also, was zu tun ist, damit in der Schweiz das rechtsstaatliche Gebot effektiven Rechtsschutzes auch im Bereich privatrechtlicher Ansprüche vollumfänglich erfüllt wird.<sup>15</sup>

## II. Massnahmen zur Herstellung eines verbesserten effektiven Rechtsschutzes im Bereich privatrechtlicher Ansprüche

[Rz 6] Es gibt keine «silver bullet», um das konstatierte Defizit mit einer einzigen Massnahme zu beheben. Im Gegenteil dürfte das Ziel eines umfassenden effektiven Rechtsschutzes im Bereich des Zivilprozessrechts nur über eine Reihe verschiedener Massnahmen zu erreichen sein, die insgesamt bzw. im Zusammenspiel die erhoffte Verbesserung der Situation bewirken. Hiernach werden einige solcher Massnahmen, gestützt auf die langjährige praktische Erfahrung des Autors als Prozessanwalt, im Sinne eines Denkanstosses und Diskussionsbeitrags beschrieben.

### A. Signifikante Herabsetzung der Gerichtskosten

[Rz 7] Justizbehörden sind zweifellos teuer. Zu Illustrationszwecken kann z.B. darauf hingewiesen werden, dass die Rechtspflegekosten der Bezirksgerichte und des Obergerichts im Kanton Zürich im Jahr 2015 insgesamt rund CHF 209 Mio. betragen.<sup>16</sup> Das ist ein erheblicher Betrag, insbesondere wenn man in Betracht zieht, dass es sich hierbei wie erwähnt nur um die Justizbehörden im Kanton Zürich handelt, womit die gesamtschweizerischen Rechtspflegekosten signifikant höher liegen, wohl mehr als das zehnfache<sup>17</sup>. Aber auch andere Funktionen des Staates sind teuer. Zum Beispiel betrug – wieder zu Illustrationszwecken – der nicht durch Erträge gedeckte Aufwand der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich im Jahre 2015 rund CHF 1 Mrd.<sup>18</sup>, und die gesamten Staatsausgaben in der Schweiz betragen im Jahr 2013 über CHF 200 Mrd.<sup>19</sup>

[Rz 8] Entscheidend ist nach hier vertretener Auffassung der Umstand, dass es sich bei der Verwirklichung effektiven Rechtsschutzes um einen ganz zentralen Baustein einer rechtsstaatlichen, gerechten und akzeptanzsichernden Staatsstruktur handelt. Dies kann und muss sich ein demokratischer Rechtsstaat etwas kosten lassen. Es kann nicht sein, dass in einem demokratischen

---

<sup>13</sup> Vgl. auch den Bericht des Bundesrates «*Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten*» vom 3. Juli 2013 (hiernach: «**Bericht des Bundesrates**»), S. 13.

<sup>14</sup> Siehe z.B. ROLF STÜRMER, Rechtsdurchsetzung durch Gewährung von Klageanreizen?, in: Zugang zum Recht, S. 128 («*Das Prozesskostenrisiko als Rechtswegsperre ist ein uraltes Thema*»).

<sup>15</sup> Siehe auch den von ISAAK MEIER / RICCARDA SCHINDLER vorgeschlagenen differenzierten Massnahmenkatalog (ISAAK MEIER / RICCARDA SCHINDLER, a.a.O., S. 73 ff.).

<sup>16</sup> Siehe den Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich über das Jahr 2015, S. 171.

<sup>17</sup> Siehe den Report der European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) über «*European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice*» (hiernach: der «**CEPEJ-Report**»), S. 21. Gemäss dieses Reports betrug in der Schweiz das «*Total annual approved budget allocated to the whole justice system*» im Jahr 2012 ca. EUR 2.2 Mrd.

<sup>18</sup> Siehe den Geschäftsbericht und die Rechnung für das Jahr 2015 des Regierungsrates des Kantons Zürich, S. 129.

<sup>19</sup> Siehe die Finanzstatistik der Schweiz 2013 (Jahresbericht), S. 5.

Rechtsstaat die Mehrheit oder zumindest ein signifikanter Teil der Bevölkerung im Bereich der Durchsetzung von privatrechtlichen Ansprüchen praktisch von der Rechtsdurchsetzung ausgeschlossen ist. So wie es sich ein Rechtsstaat aus offensichtlichen Gründen nicht leisten kann, keine ausreichende Sicherheitsstruktur zu finanzieren, sollte ein solcher Staat auch kein weite Teile der Bevölkerung treffendes strukturelles Defizit im Bereich des zivilprozessualen Rechtsschutzes zulassen. Wenn die Beseitigung eines solchen Defizits die Tragung höherer Staatskosten voraussetzt, dann ist dies nach hier vertretener Auffassung zu akzeptieren.

[Rz 9] Vor obigem Hintergrund sind nach Auffassung des Autors in der Schweiz die Gerichtskosten sehr deutlich zu senken.<sup>20</sup> Man muss hierbei nicht so weit gehen wie Frankreich und Luxemburg, in denen überhaupt keine Gerichtsgebühren erhoben werden<sup>21</sup>, aber man sollte nach hier vertretener Auffassung doch so weit gehen, dass auch eine durchschnittliche mittelständische Familie in der Lage ist, einen Anspruch mit höherem Streitwert nötigenfalls durch drei Instanzen hindurch prozessual durchzusetzen. Im Sinne einer groben Indikation zu Illustrationszwecken sollten entsprechende Gerichtskosten nach Auffassung des Autors für einen gesamten, allenfalls mehrstufigen Prozess auf einige Tausend Franken begrenzt werden, um nicht prohibitiv teuer zu sein und damit (im Zusammenspiel mit weiteren Faktoren) für einen Grossteil der Bevölkerung zu einer faktischen Beseitigung des Rechtsschutzes im Bereich privatrechtlicher Ansprüche zu führen.

## **B. Abschaffung oder massive Reduzierung des Gerichtskostenvorschusses**

[Rz 10] Mit der eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>22</sup> wurde den Gerichten die Befugnis eingeräumt, «von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten [zu] verlangen»<sup>23</sup>. Leistet die Klägerin oder der Kläger den Gerichtskostenvorschuss nicht, tritt das Gericht auf die Klage nicht ein.<sup>24</sup>

[Rz 11] Zwar handelt es sich bei der einschlägigen Ermächtigung um eine Kann-Vorschrift, so dass das Gericht auf das Verlangen eines Kostenvorschusses auch verzichten könnte. Nach Erfahrung des Autors werden jedoch von den Gerichten in aller Regel Kostenvorschüsse in Höhe der geschätzten Gerichtskosten verlangt.<sup>25</sup>

[Rz 12] Mit Blick auf den Aspekt des Gerichtskostenvorschusses stellt sich die Frage nach dessen Höhe. Von einem Kläger vor Anhandnahme einer Klage eine gewisse Gebühr zu verlangen, wäre unproblematisch. Eine Art Einschreibgebühr, die sich im Bereich von z.B. einigen Hundert Franken bewegt, dürfte nicht prohibitiv wirken. Bei der heutigen Ausgestaltung der kantonalen Gerichtsgebührentarife wirkt es sich nach Erfahrung des Autors in der Praxis zurzeit auf eine

---

<sup>20</sup> Gleicher Meinung ISAAK MEIER / RICCARDA SCHINDLER, a.a.O., S. 74 ff.

<sup>21</sup> Siehe den CEPEJ-Report, S. 82.

<sup>22</sup> Die eidgenössische ZPO (SR 272) trat in Kraft am 1. Januar 2011.

<sup>23</sup> Art. 98 ZPO. Diese Bestimmung lautet: «Das Gericht kann von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen».

<sup>24</sup> Die Leistung eines Gerichtskostenvorschusses ist eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO), bei deren Fehlen das Gericht auf die Klage nicht eintritt (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

<sup>25</sup> Siehe auch etwa BENEDIKT A. SUTER / CHRISTINA VON HOLZEN, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Thomas Sutter-Somm / Franz Hasenböhler / Christoph Leuenberger (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016 (hiernach: «ZPO-Kommentar»), Art. 98 N 10.

Klägerin oder einen Kläger jedoch abschreckend aus, wenn bei einem höheren Streitwert ein Gerichtskostenvorschuss von zehntausenden von Franken bezahlt werden muss. Dies kann dazu führen, dass von der Durchsetzung eines Anspruches mit guten Prozesschancen abgesehen wird, um einen mit der Leistung eines Gerichtskostenvorschusses verbundenen substantiellen Liquiditätsabfluss oder Finanzierungsbedarf zu vermeiden. Dies sollte nach hier vertretener Auffassung nicht sein. Es sollte in einem Rechtsstaat, der im Bereich privatrechtlicher Ansprüche effektiven Rechtsschutz gewährt, nicht so sein, dass insbesondere auch Ansprüche mit hohen Prozesschancen aufgrund von vorab zu leistenden Gerichtskostenvorschüssen nicht durchgesetzt werden.

[Rz 13] Vor obigem Hintergrund sollten nach Auffassung des Autors Gerichtskostenvorschüsse in aller Regel ganz abgeschafft oder zumindest massiv reduziert werden.<sup>26</sup>

### C. Kein Transfer des Inkassorisikos auf den erfolgreichen Kläger

[Rz 14] Der mit der eidgenössischen ZPO eingeführte Art. 111<sup>27</sup> kann in Verbindung mit dem vorstehend diskutierten Art. 98 ZPO betreffend Gerichtskostenvorschüsse dazu führen, dass ein zu 100% obsiegender Kläger im schlimmsten Fall die Gerichtskosten, die er vorschüssen musste, im Ergebnis trotzdem tragen muss, nämlich dann, wenn er sie bei der Gegenpartei nicht mehr eintreiben kann.

[Rz 15] Mit anderen Worten schreibt Art. 111 ZPO sinngemäss vor, dass das Gericht seine Kosten nach Abschluss des Verfahrens aus dem geleisteten Gerichtskostenvorschuss deckt. Die Klägerin, die den Gerichtskostenvorschuss geleistet hat, muss bei komplett gewonnenem Prozess eigentlich grundsätzlich keine Gerichtskosten tragen.<sup>28</sup> Aber wenn sie den gesetzlichen Regressanspruch<sup>29</sup> nicht erfolgreich durchsetzen kann, bleiben diese Kosten im Ergebnis doch bei ihr hängen.

[Rz 16] Es dürfte auf der Hand liegen, dass dieser Aspekt, über den der Prozessanwalt seine Klientin oder seinen Klienten vor Einleitung eines Prozesses aufklären muss, unter Umständen ein Grund sein kann, von der Durchsetzung eines Anspruchs trotz guter Prozesschancen abzusehen, namentlich wenn die Bonität der Gegenpartei nicht über alle Zweifel erhaben ist.

[Rz 17] Um im Bereich von Zivilprozessen effektiven Rechtsschutz zu fördern, sollte die Gläubigerin oder der Gläubiger einer Forderung mit hohen Prozesschancen die Aussicht haben, im Falle des Obsiegens aufgrund der Beschreitung des Rechtswegs kein Geld zu verlieren. Aus diesem Grund ist nach hier vertretener Auffassung der in Art. 111 ZPO vorgesehene Transfer des Inkassorisikos auf den erfolgreichen Kläger abzuschaffen.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Gleicher Meinung sind ISAAK MEIER / RICCARDA SCHINDLER, a.a.O., S. 76 ff.

<sup>27</sup> Art. 111 ZPO, mit dem Titel «Liquidation der Prozesskosten», lautet: «[Absatz 1] Die Gerichtskosten werden mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet. Ein Fehlbetrag wird von der kostenpflichtigen Person nachgefordert. [Absatz 2] Die kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen sowie die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen. [Absatz 3] Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die unentgeltliche Rechtspflege».

<sup>28</sup> Vgl. Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO («Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt.»).

<sup>29</sup> Vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO («Die kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen [...]»).

<sup>30</sup> Gleicher Meinung sind ISAAK MEIER / RICCARDA SCHINDLER, a.a.O., S. 80.

## D. Abschaffung der Parteientschädigung?

[Rz 18] Das Kostenrisiko, das eine Prozesspartei zu gewärtigen bzw. zu tragen hat, setzt sich aus verschiedenen Elementen zusammen. Ein wichtiges Element ist die Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 ZPO, die auf der Grundlage von kantonalen Tarifen festgelegt wird (Art. 96 i.V.m. Art. 105 Abs. 2 ZPO). Unterliegt eine Partei in einem Zivilprozess, hat sie der Gegenpartei eine Parteientschädigung zu bezahlen, welche die Gegenpartei für ihre Anwaltskosten entschädigen soll.<sup>31</sup>

[Rz 19] Es liegt auf der Hand, dass das Risiko, der Gegenpartei im Unterliegensfall eine Parteientschädigung bezahlen zu müssen, unter Umständen signifikant sein und eine Gläubigerin oder einen Gläubiger von der Beschreitung des Rechtsweges abhalten kann. Ist die Parteientschädigung aus diesem Grunde abzuschaffen oder massiv zu reduzieren? Zwar gibt es Länder, in denen eine Prozesspartei kein Parteientschädigungs-Risiko zu gewärtigen hat, namentlich die USA<sup>32</sup>, aber nach hier vertretener Auffassung wäre dies keine sinnvolle Massnahme.

[Rz 20] Gegen einen solch radikalen Schritt sprechen verschiedene Gründe, unter anderem ein sehr stark verbreitetes<sup>33</sup> Fairnessempfinden. Obsiegt eine Partei in einem Gerichtsverfahren, erschiene es in der Regel unfair, wenn diese Partei trotz ihres Obsiegens auf ihren Anwaltskosten (zumindest *in toto*) sitzen bliebe. Es sind Situationen denkbar, in denen dies ohne weiteres nachvollziehbar sein sollte, z.B. die folgenden hypothetischen Konstellationen:

[Rz 21] Die Beklagte hat ein seit langem erfolgreich etabliertes und patentgeschütztes Produkt der Klägerin schamlos bzw. vorsätzlich kopiert. Nach einem langwierigen Prozess obsiegt die Klägerin vollständig (Nachahmungsverbot, Schadenersatz), hat aber substantielle Rechtsvertretungskosten tragen müssen. Diese sind ihr durch das rechtswidrige Verhalten der Beklagten verursacht worden. Es scheint nur recht und billig, dass ihr diese Kosten von der Beklagten zumindest teilweise zu ersetzen sind.

[Rz 22] Zweites Beispiel: Die Beklagte hat Vermögenswerte des Klägers verwaltet. Eine Finanzkrise hat das Depot des Klägers arg in Mitleidenschaft gezogen, womit sich der Kläger nicht abfinden will, obwohl er sehenden Auges die betreffenden Risiken einging. Wider besseres Wissen versucht der Kläger erfolglos, den Vermögensverlust von der Beklagten einzuklagen. Die Abwehr dieses ungerechtfertigten Anspruchs führte bei der Beklagten zu hohen Anwaltskosten. Auch hier entspricht es unserem Fairnessgefühl, dass die Beklagte für solche Kosten einen ganzen oder zumindest teilweisen Entschädigungsanspruch gegen den Kläger besitzt.

[Rz 23] Namentlich wegen dieses Fairnessempfindens ist nach hier vertretener Auffassung von einer Abschaffung der Parteientschädigungsregelung abzusehen.

<sup>31</sup> Siehe Art. 106 ZPO, der folgendermassen lautet: «[Absatz 1] Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend. [Absatz 2] Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. [Absatz 3] Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen».

<sup>32</sup> Siehe etwa ROLAND HARTWIG, Zugang zum Recht: Europäische und US-amerikanische Wege, in: Zugang zum Recht, S. 16 («Von ein paar seltenen Ausnahmen abgesehen, ist der Verlierer eines Prozesses in den USA nicht verpflichtet, die Kosten der Gegenseite zu erstatten.»).

<sup>33</sup> Siehe etwa THEODORE EISENBERG / GEOFFREY P. MILLER, The English Versus the American Rule on Attorney Fees: An Empirical Study of Public Company Contracts, in: Cornell Law Review, Volume 98, 2. Januar 2013, S. 327 (Hervorhebung zusätzlich: «The American rule for attorney fees requires each party to pay its attorney, win or lose; the English rule (*applicable in most of the world*) requires the losing party to pay the winner's reasonable attorney fees.»).

[Rz 24] Was aber eingeführt werden sollte, ist eine Berücksichtigung von Vergleichsangeboten, entsprechend einer Regel, die der Bundesrat in die ZPO einzuführen vorschlug.<sup>34</sup> Worum es geht, soll an folgendem Beispiel illustriert werden:

[Rz 25] Nehmen wir an, eine Gläubigerin realisiert, dass die Chancen, mit ihrer Forderung gerichtlich durchzudringen, zwar intakt, aber nicht völlig klar sind. In Zahlen ausgedrückt, schätzt die Gläubigerin ihre Erfolgchancen auf 60%. Aus diesem Grunde unterbreitet sie der Gegenseite das Angebot, ihre Forderung im Betrag von CHF 1 Mio. gegen eine Zahlung von CHF 600'000 aussergerichtlich zu vergleichen. Die Schuldnerin verweigert dieses Vergleichsangebot, und es kommt zum Prozess, in dem die betreffende Forderung, zu 100% eingeklagt, im Umfang von CHF 600'000 geschützt wird. Nach hier vertretener Auffassung wäre es in einem solchen Fall gerechtfertigt, die Prozesskosten in Abweichung von Art. 106 Abs. 2 ZPO<sup>35</sup> nicht im Verhältnis von 4:6, sondern in vollem Umfang der Beklagten aufzuerlegen.

[Rz 26] Zwar könnte eine entsprechende Kostenverteilung möglicherweise bereits heute unter Art. 107 Abs. 1 ZPO subsumiert werden, der in bestimmten Situationen eine Kostenverteilung nach Ermessen zulässt.<sup>36</sup> *De lege lata* kann dies aber wohl (wenn überhaupt) nur sehr zurückhaltend erfolgen, weil die ausdrückliche Verankerung von Kostenfolgen einer Vergleichsablehnung vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt wurde.<sup>37</sup> Nach hier vertretener Auffassung spricht jedoch viel für eine solche Regelung. Es gibt immer wieder Situationen, in denen die Prozessschätzung sehr schwierig ist und nicht mit naturwissenschaftlicher Genauigkeit durchgeführt werden kann. Ohnehin handelt es sich hierbei um eine der schwierigsten Aufgaben des Prozessanwalts.<sup>38</sup> Es gibt also immer wieder Situationen, in denen ein Gläubiger zwar realisiert, dass ein aktiver Forderungsprozess mit Risiken verbunden sein wird, er sich aber trotzdem berechtigte Hoffnungen machen darf, dass das Gericht seine Gesamtforderung schützen wird. Wenn sich ein solcher Gläubiger dazu entschliesst, der Schuldnerin vor Einleitung des Prozesses zwecks Prozessvermeidung ein Vergleichsangebot zu unterbreiten, welches dem von ihm gewärtigten Risiko Rechnung trägt, dann sollte dies nach hier vertretener Auffassung bei der Prozesskostenverlegung (insbesondere bezüglich der Parteientschädigung) honoriert werden.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> Siehe Art. 99 Satz 2 des bundesrätlichen Vorentwurfs der ZPO. Art. 99 dieses VE-ZPO, mit dem Titel «*Unnötige Prozesskosten*», lautet (Hervorhebung zusätzlich): «*Offensichtlich unnötige Prozesskosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat. Namentlich hat sie zu bezahlen, wer durch den Entscheid nicht wesentlich mehr erhält, als zum Vergleich angeboten wurde*».

<sup>35</sup> Art. 106 Abs. 2 ZPO lautet: «*Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt*».

<sup>36</sup> Siehe DAVID JENNY, in: ZPO-Kommentar, Art. 107 N 20.

<sup>37</sup> Siehe DAVID JENNY, in: ZPO-Kommentar, Art. 107 N 20.

<sup>38</sup> Vgl. etwa PHILIPP HABERBECK, Praktische Hinweise zur früheren Referentenaudienz bzw. heutigen Vergleichsverhandlung vor dem Handelsgericht Zürich, in: Jusletter 6. Januar 2014, Rz. 44.

<sup>39</sup> Man kann sich überlegen, eine solche Regelung nicht nur auf vorprozessuale Vergleichsangebote, sondern *mutatis mutandis* auch auf während des Verfahrens gemachte Vergleichsangebote auszudehnen. Schlägt z.B. der Instruktionsrichter den Parteien nach dem ersten Schriftenwechsel einen Vergleich vor, der von einer Partei akzeptiert, von der anderen ausgeschlagen wird, könnte es sich rechtfertigen, dies hinsichtlich der nach dem Zeitpunkt des Vergleichsvorschlags angefallenen Kosten bei der Kostenverlegung zulasten der vergleichsunwilligen Partei zu berücksichtigen.



## E. Deckelung von Anwaltshonoraren?

[Rz 27] Es ist kein Geheimnis, dass Prozessieren auch wegen der Kosten des eigenen Rechtsvertreters teuer ist. Man kann sich deshalb fragen, ob das Kostenrisiko auch durch einen staatlichen Eingriff in diesen Bereich reduziert werden sollte. Theoretisch könnte man legislatorisch detailliert die Vergütung von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten regeln.<sup>40</sup> Nach hier vertretener Auffassung sollte durch den Staat jedoch nicht in diesen Bereich eingegriffen werden, namentlich aus folgenden Überlegungen:

[Rz 28] Die Frage, ob es grundsätzlich effizienter ist einen Markt den Marktkräften zu überlassen oder staatlich zu regulieren, dürfte nach dem Kollaps des Ostblocks (namentlich der ehemaligen DDR<sup>41</sup>) historisch entschieden sein. Entsprechend dürfte grundsätzlich Einigkeit darüber herrschen, dass in einem bestimmten Marktbereich effizientere und qualitativ höherstehende Leistungen erbracht werden, wenn dieser Bereich im sinnvollen Rahmen den Marktkräften überlassen wird.

[Rz 29] Spezifischer auf die Prozessvertretung bezogen bedeutet dies u.a., dass eine zu starke staatliche Deckelung der in diesem Bereich zu erzielenden Einkünfte dazu führen könnte, dass sich qualifizierte Praktikerinnen und Praktiker aus dieser Tätigkeit verabschieden, was der Qualität des Dienstleistungsniveaus nicht zuträglich wäre. Dies kann in einem für einen Rechtsstaat so zentralen Bereich nicht wünschbar sein.

[Rz 30] Relevant ist im vorliegenden Kontext sodann, dass der Markt im Bereich der Prozessvertretung in der Schweiz spielt.<sup>42</sup> Insbesondere wächst die Zahl von zugelassenen Anwältinnen und Anwälten in der Schweiz stetig, vor allem in den wirtschaftlichen Zentren, so dass ein Rechtssuchender heute eine ausreichend grosse Auswahl an entsprechenden Anbietern vorfinden dürfte. Zum Beispiel zählte im Kanton Zürich der Zürcher Anwaltsverband per Ende 2015 über 3000 aktive Mitglieder<sup>43</sup>, während er z.B. per Ende Juni 1998 noch 1623 betrug<sup>44</sup>, was einer signifikanten Steigerung in diesem Zeitraum von über 80% entspricht.<sup>45</sup>

[Rz 31] Dass der Markt der Prozessvertreter den Marktkräften ausgesetzt ist, liegt auch an verschiedenen weiteren Entwicklungen, namentlich:

- I. Die eidgenössische ZPO führt dazu, dass kantonale prozessuale Eigenheiten zwar nicht komplett beseitigt, aber doch reduziert werden. So dürfte es (spätestens) heute z.B. für einen

---

<sup>40</sup> Siehe z.B. das deutsche Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, gefunden auf: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/rvg/gesamt.pdf>.

<sup>41</sup> Siehe etwa ANDREAS MALYCHA, Geschichte der DDR, Auf dem Weg in den Zusammenbruch (1982 bis 1990), Bundeszentrale für politische Bildung, 31. Oktober 2011 (gefunden auf: <http://www.bpb.de/izpb/48560/auf-dem-weg-in-den-zusammenbruch-1982-bis-1990?p=all>), u.a.: «Die Wirtschaft der DDR stand Anfang der 1980er Jahre vor dem Zusammenbruch».

<sup>42</sup> So etwa auch JAN PETKE, «Nicht mandatiert sind Sie schon» – Wege der wirksamen Mandatsakquisition und Mandatsentwicklung, Anwaltsrevue 10/2015, S. 410 («Doch wie passt Wachstum in einen augenscheinlich gesättigten Markt, einen Markt, in dem Preis- und Verdrängungswettbewerb herrschen?»); BRUNO MASCELLO, Anwalt 2020: Megatrends, Auswirkungen und Reaktionen, Anwaltsrevue 9/2012, S. 404 («Auf jeden Fall wird der Wettbewerbsdruck steigen.»); JEAN FRANÇOIS TANDA, Erschwerter Aufstieg, Handelszeitung vom 1. Dezember 2013 («Die fetten Jahre sind vorbei, auch in der Anwaltschaft.»).

<sup>43</sup> Siehe den Jahresbericht des Zürcher Anwaltsverbandes 2015, S. 35.

<sup>44</sup> Siehe das ZAV-Info 2/98 – Juli 1998, S. 11.

<sup>45</sup> Dass ein signifikanter Teil der in Zürich tätigen Anwälte (auch) prozessierend tätig ist, indiziert eine Abfrage in der Datenbank des Schweizer Anwaltsverbands (SAV). Sucht man dort nach in Zürich tätigen Anwältinnen und Anwälten, die (auch) das Tätigkeitsgebiet «Zivilprozessrecht» angegeben haben, erhält man am 10. Juni 2016 insgesamt 506 Treffer. Die Datenbank findet sich unter folgendem Link: <http://www.sav-fsa.ch/de/anwaltsuche.html>.

Zürcher Prozessanwalt kein Problem mehr sein, eine Partei z.B. vor den Gerichten in Bern oder Aarau zu vertreten (und *vice versa* natürlich). Eine Prozesspartei kann also, wenn sie dies wünscht, einen nicht-lokalen Anwalt mit ihrer Vertretung mandatieren, was zu einer Belebung des Wettbewerbs führt.

- II. Gemäss den Beobachtungen des Autors sind heute immer mehr Anwältinnen und Anwälte bereit, bei der Ausgestaltung ihrer Honorare mehr Phantasie walten zu lassen, als dies früher der Fall war, als das auf Stundensätzen basierende Modell fast ausnahmslos zur Anwendung kam. Zum Beispiel lassen sich heute Prämienregelungen aushandeln, die ein tieferes Grundhonorar mit einer Prämie für den Erfolgsfall verbinden, was rechtlich zulässig ist.<sup>46</sup> Auch dies indiziert einen ausreichend spielenden Wettbewerb.
- III. Dank der technologischen Entwicklung liegt die Markteintrittsschwelle heute für selbständig tätige Anwältinnen und Anwälte deutlich tiefer als früher. Augenscheinlich ist dies mit Bezug auf die Rechtsquellen, dem Handwerkszeug von Prozessanwältinnen und -anwälten. Während früher voluminöse und entsprechend teure physische Gesetzessammlungen zu erwerben und nachzuführen waren, ist das gesamte kantonale und Bundesrecht heute kostenfrei im Internet zugänglich. Ähnlich verhält es sich mit der Rechtsprechung. Physische BGE-Sammlungen haben sich erübrigt, heute sind sämtliche BGE und ab 2000 überhaupt alle Bundesgerichtsentscheide online und ebenfalls kostenlos greifbar. Auch das Verfassen von Rechtsschriften, um ein weiteres Beispiel zu nennen, erledigen heute wohl die meisten Prozessanwälte selbst. Während früher Rechtsschriften diktiert und dann von Assistentinnen geschrieben wurden, dürften zumindest jüngere Anwältinnen und Anwälte Rechtsschriften nicht mehr diktieren, sondern selbst schreiben.
- IV. Last, but not least, ist der Anwaltsmarkt heute viel transparenter als vor zwanzig und mehr Jahren. Während sich die Rechtssuchenden früher wohl fast ausschliesslich auf persönliche Kontakte oder direkte Empfehlungen verlassen mussten, erlauben heute persönliche Websites bzw. Internetauftritte, Social Media (z.B. LinkedIn), Online-Directories (z.B. [www.legal500.com](http://www.legal500.com) und [www.whoswholegal.com](http://www.whoswholegal.com)), Internetsuchdienste (z.B. Google) und Vergleichsportale (z.B. [www.anwaltvergleich.ch](http://www.anwaltvergleich.ch)) dem Publikum ganz andere Informations- und Vergleichsmöglichkeiten. Auch dies dürfte ein Faktor sein, der dazu beiträgt, dass der Markt im Bereich der Prozessvertretung in der Schweiz spielt.

[Rz 32] Aus den genannten Erwägungen wird hier die Auffassung vertreten, dass es nicht nötig bzw. sogar kontraproduktiv wäre, in die zwischen Klienten und Prozessvertretern zu vereinbarenden, also durch das Spiel von Angebot und Nachfrage zu determinierende Anwaltsvergütung regulierend einzugreifen.

[Rz 33] Statt stärker zu regulieren, sollte mit Blick auf Honorarvereinbarungen im Gegenteil dereguliert werden: Das Verbot von reinen Erfolgshonoraren<sup>47</sup> sollte im Bereich von Forderungsprozessen aufgehoben werden, um Gläubigerinnen und Gläubigern mit aussichtsreichen Forderungen die Chance zu geben, ohne entsprechenden Liquiditätsabfluss bzw. Finanzierungsbedarf

---

<sup>46</sup> Siehe etwa BGE 135 III 259 E. 2.3 S. 262 f.

<sup>47</sup> Dieses Verbot basiert auf Art. 12 lit. e des Anwaltsgesetzes (BGFA; SR 935.61), der folgendermassen lautet: «[Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte] dürfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen; sie dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten».

sowie ohne Risiko, im Falle des Unterliegens ihren Anwalt bezahlen zu müssen, prozessieren zu können.

[Rz 34] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beruht das Verbot von reinen Erfolgshonoraren auf den beiden Annahmen, dass solche Honorarabreden die Unabhängigkeit des Prozessanwalts gefährdeten sowie dass Mandanten beim Abschluss einer solchen Honorarabrede übervorteilt werden könnten.<sup>48</sup> Nach Auffassung des Autors halten jedoch beide Annahmen im Bereich von Forderungsprozessen einer näheren Prüfung nicht stand.<sup>49</sup> Insbesondere ist diesbezüglich in aller Kürze folgendes hervorzuheben:

- I. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vereinbarung eines Erfolgshonorars die Unabhängigkeit einer Prozessanwältin tangieren soll. Mit dem Mandanten besteht Interessenkongruenz (Mandant und Anwältin wollen beide den Prozess erfolgreich führen, was auch einen akzeptablen Vergleich einschliesst)<sup>50</sup>, und gegenüber dem Gericht ist die Prozessanwältin nicht Gehilfin der Justiz<sup>51</sup>, sondern Verfechterin der Interessen ihres Mandanten<sup>52</sup>.
- II. Der befürchteten systematischen<sup>53</sup> Übervorteilung von Mandanten stehen diverse Aspekte entgegen (Konkurrenzdruck im Anwaltsmarkt, standesrechtliche Pflichten etc.), die eine solche Befürchtung als übertrieben und wenig überzeugend erscheinen lassen.<sup>54</sup>

## F. Fazit: Wirkung des Massnahmenpakets

[Rz 35] Wie eingangs erwähnt, gibt es keine «silver bullet», um das konstatierte Rechtsschutzdefizit mit einer einzigen Massnahme zu beheben. Mit Implementierung der vorstehend diskutierten Massnahmen dürfte aber das Ziel erreichbar sein, die Kostenhürde beim Gerichtszugang so herabzusetzen, dass nicht nur grössere Unternehmen und vermögende Privatpersonen, sondern sich auch alle anderen Personen Klagen mit hohem Streitwert leisten können.

[Rz 36] Die Gerichtskosten wären signifikant auf maximal einige Tausend Franken reduziert, und in Kombination mit einigen oder allen anderen empfohlenen Massnahmen (Abschaffung bzw. massive Reduktion von Gerichtskostenvorschüssen auf das Niveau einer Einschreibgebühr; Abschaffung des Transfers des Inkassorisikos auf den Kläger; Berücksichtigung von ausgeschlagenen Vergleichsangeboten; Zulassung von reinen Erfolgshonoraren) wäre bei sachgemässer Vorgehens-

---

<sup>48</sup> Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006, E. 2.1.

<sup>49</sup> Siehe PHILIPP HABERBECK, Gedanken zur Schliessung der Lücke im Rechtsschutzsystem der Schweiz betreffend die effektive Durchsetzung von Massen- und Streuschäden, in: Jusletter 24. März 2014 (hiernach: «**Durchsetzung von Massen- und Streuschäden**»), Rz. 12 ff. Die dort gemachten Ausführungen beziehen sich zwar auf Gruppenklagen, können aber *mutatis mutandis* mit Bezug auf Forderungsprozesse verallgemeinert werden.

<sup>50</sup> Siehe PHILIPP HABERBECK, Durchsetzung von Massen- und Streuschäden, Rz. 19 f.

<sup>51</sup> Siehe BGE 106 Ia 100 E. 6b und 6c S. 104 ff., insbesondere E. 6b S. 105 («*Der Anwalt ist aber nicht staatliches Organ und auch nicht «Gehilfe des Richters», sondern Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig.*»).

<sup>52</sup> Siehe PHILIPP HABERBECK, Durchsetzung von Massen- und Streuschäden, Rz. 21 ff.

<sup>53</sup> Einzelfallmässige Ausreisser können nie ausgeschlossen werden, auch heute nicht, d.h. trotz des zurzeit bestehenden Verbots von Erfolgshonoraren. Diesbezüglich sei zu Illustrationszwecken an den Fall des Genfer Rechtsanwalts Jean Patry erinnert, der in einer Nachlassangelegenheit ein Honorar von über CHF 10 Mio. bezog, von denen er CHF 6 Mio. seiner Klientin zurückzahlen musste (siehe den Entscheid des Bundesgerichts 4A\_24/2011 vom 28. März 2012; Le Temps vom 4. Mai 2012: «*L'avocat trop gourmand de l'affaire Agnelli*»; Tribune de Genève vom 19. Oktober 2012: «*Le fisc va devoir rendre plus de 4 millions à un avocat genevois*»).

<sup>54</sup> Siehe PHILIPP HABERBECK, Durchsetzung von Massen- und Streuschäden, Rz. 24 ff.

weise<sup>55</sup> das mit einer Klage verbundene Gesamtkostenrisiko im Ergebnis gegenüber der heutigen Situation (sehr) deutlich reduziert, so dass auch nicht besonders vermögende Gläubiger Klagen mit höherem Streitwert nötigenfalls durch drei Instanzen durchprozessieren könnten.

## G. Exkurs: Gesonderte Massnahmen für Massen- und Streuschäden

[Rz 37] Wie eingangs erwähnt, ist das partielle Fehlen effektiven Rechtsschutzes nicht nur bei Klagen mit hohem Streitwert, sondern auch bei Klagen mit besonders tiefen Streitwerten zu konstatieren.<sup>56</sup> Besonders stossend ist dies im Bereich von Massen- und vor allem bei Streuschäden<sup>57</sup>, bei denen nach hier vertretener Auffassung *de lege lata* hinsichtlich des effektiven Rechtsschutzes ein deutliches strukturelles Defizit besteht. Letzteres wurde vom Bundesrat<sup>58</sup> und Parlament<sup>59</sup> ausdrücklich bestätigt, und entsprechend wurde der Bundesrat vom Parlament beauftragt, «*die notwendigen Gesetzesänderungen auszuarbeiten, welche es einer grossen Anzahl gleichartig Geschädigter erleichtern, ihre Ansprüche gemeinsam vor Gericht geltend zu machen*».<sup>60</sup>

[Rz 38] Wie der vorstehend erwähnte Auftrag legislatorisch umgesetzt werden könnte, wird in der Lehre seit einiger Zeit diskutiert.<sup>61</sup> Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzgebungsprozess in diesem Bereich schwierig und langwierig sein wird. Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, auf die z.T. komplizierten, technischen und umstrittenen Punkte einzugehen, die sich bezüglich der Verbesserung des Rechtsschutzes bei Massen- und Streuschäden stellen. An dieser Stelle sei nur *pro memoria* daran erinnert, dass es zwischen den beiden fraglichen Themenbereichen Berührungspunkte bzw. Überlappungen gibt, die im legislatorischen Prozess zu berücksichtigen wären.

## III. Zusammenfassung

[Rz 39] Das Gebot effektiven Rechtsschutzes, in Art. 29a BV und Art. 6 Ziffer 1 EMRK positivrechtlich verankert, ist ein ganz wesentliches Charakteristikum eines Rechtsstaates. Es ist deshalb sehr beunruhigend, dass in der Schweiz im Bereich des Zivilprozessrechts, also hinsichtlich der

---

<sup>55</sup> Verzicht auf das Einklagen von Forderungen mit schlechten Prozesschancen; Überprüfung der Bonität der Schuldnerin; Bereitschaft zu realistischen vorprozessualen Vergleichsangeboten; allfällige Vereinbarung von Erfolgshonoraren; etc.

<sup>56</sup> Siehe Rz. 4 oben.

<sup>57</sup> Siehe zu diesen Begriffen den Bericht des Bundesrates, S. 10 ff.

<sup>58</sup> Siehe den Bericht des Bundesrates.

<sup>59</sup> Siehe die vom National- und Ständerat angenommene Motion von Frau PRISCA BIRRER-HEIMO über die Förderung und den Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung (Motion Nr. 13.3931 vom 27. September 2013).

<sup>60</sup> Siehe die Motion Nr. 13.3931 vom 27. September 2013.

<sup>61</sup> Siehe etwa PASCAL PICHONNAZ, «*Soll die ZPO durch eine Sammelklage ergänzt werden?*», in: plädoyer 03/2016 vom 23. Mai 2016; LUKAS WYSS, Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten in der Schweiz, in: Jusletter 16. Februar 2015; PHILIPP HABERBECK, Konkreter Diskussionsvorschlag für eine neue ZPO-Bestimmung betreffend Gruppenklagen, in: Jusletter 12. Januar 2015; PHILIPP HABERBECK, Durchsetzung von Massen- und Streuschäden; CHRISTIAN KÖLZ, Braucht es in der Schweiz Sammelklagen?, ZBJV 11/2013 vom 14. November 2013, S. 865 ff.; MARINA JOOS, Vers une «class action» Helvétique?, in: Anwaltsrevue 11/12 2013, S. 487 ff.; MARTIN BERNET / MICHAEL HESS, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz – neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, in: Anwaltsrevue 10/2012, S. 451 ff.; LEANDRO PERUCCHI, Class actions für die Schweiz, in: AJP/PJA 4/2011, S. 489 ff.

Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche, das rechtsstaatliche Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht umfassend erfüllt wird. Zu diesem niederschmetternden Befund kommen ISAAK MEIER und RICCARDA SCHINDLER in ihrer ausgezeichneten Studie über die Kostenhürde beim Gerichtszugang.

[Rz 40] Es gibt keine «silver bullet», um das konstatierte Defizit mit einer einzigen Massnahme zu beheben. Im Gegenteil dürfte das Ziel eines verbesserten effektiven Rechtsschutzes im Bereich des Zivilprozessrechts nur über eine Reihe verschiedener Massnahmen zu erreichen sein, die insgesamt bzw. im Zusammenspiel die erhoffte Verbesserung der Situation bewirken.

[Rz 41] In diesem Beitrag werden, gestützt auf die langjährige praktische Erfahrung des Autors als Prozessanwalt, einige solcher Massnahmen im Sinne eines Denkanstosses und Diskussionsbeitrags beschrieben, u.a. eine sehr signifikante Senkung der Gerichtskosten<sup>62</sup>, eine Abschaffung oder zumindest massive Reduzierung von Gerichtskostenvorschüssen<sup>63</sup> sowie die Beseitigung des in Art. 111 ZPO vorgesehenen Transfers des Inkassorisikos auf den erfolgreichen Kläger.<sup>64</sup>

[Rz 42] Die Abschaffung der Parteientschädigungsregelung wird zwar abgelehnt, es wird aber die Berücksichtigung von ausgeschlagenen Vergleichsangeboten als kostensenkungsfördernde Massnahme angeregt, entsprechend einer Regel, die der Bundesrat in die ZPO einzuführen vorschlug.<sup>65</sup>

[Rz 43] Da das Prozessieren auch wegen der Kosten des eigenen Rechtsvertreters teuer ist, wird diskutiert, ob das Kostenrisiko auch durch einen staatlichen Eingriff in diesen Bereich reduziert werden sollte. In diesem Beitrag wird dargelegt, warum es nicht nötig bzw. sogar kontraproduktiv wäre, in die zwischen Klienten und Prozessvertretern zu vereinbarende, also durch das Spiel von Angebot und Nachfrage zu determinierende Anwaltsvergütung regulierend einzugreifen.<sup>66</sup> Statt stärker zu regulieren, sollte mit Blick auf Honorarvereinbarungen nach hier vertretener Auffassung im Gegenteil das Verbot von reinen Erfolgshonoraren im Bereich von Forderungsprozessen aufgehoben werden, um Gläubigerinnen und Gläubigern mit aussichtsreichen Forderungen die Chance zu geben, ohne entsprechenden Liquiditätsabfluss bzw. Finanzierungsbedarf sowie ohne Risiko, im Falle des Unterliegens ihren Anwalt bezahlen zu müssen, prozessieren zu können.

[Rz 44] Die Implementierung des diskutierten Massnahmenkatalogs (signifikante Reduktion der Gerichtskosten auf maximal einige Tausend Franken; Abschaffung bzw. massive Reduktion von Gerichtskostenvorschüssen auf das Niveau einer Einschreibgebühr; Abschaffung des Transfers des Inkassorisikos auf den Kläger; Berücksichtigung von ausgeschlagenen Vergleichsangeboten bei der Prozesskostenverlegung; Zulassung von reinen Erfolgshonoraren) würde im Ergebnis bei sachgemässer Vorgehensweise dazu führen, dass das mit einer Klage verbundene Gesamtkostenrisiko gegenüber der heutigen Situation deutlich reduziert wäre, so dass auch nicht besonders vermögende Gläubiger Klagen mit höherem Streitwert nötigenfalls durch drei Instanzen durchprozessieren könnten.

[Rz 45] Abschliessend wird *pro memoria* kurz darauf hingewiesen, dass im Bereich von Massen- und vor allem bei Streuschäden *de lege lata* hinsichtlich des effektiven Rechtsschutzes ein deut-

---

<sup>62</sup> Siehe Rz. 7 ff. oben.

<sup>63</sup> Siehe Rz. 10 ff. oben.

<sup>64</sup> Siehe Rz. 14 ff. oben.

<sup>65</sup> Siehe Rz. 18 ff. oben.

<sup>66</sup> Siehe Rz. 27 ff. oben.

liches strukturelles Defizit besteht, und dass der Bundesrat vom Parlament beauftragt wurde, in diesem Bereich eine Gesetzesänderung auszuarbeiten.<sup>67</sup>

---

Lic. iur. utr. PHILIPP H. HABERBECK ist Rechtsanwalt in Zürich.

---

<sup>67</sup> Siehe Rz. 37 f. oben.