



ARNOLD F. RUSCH/MARC WOHLGEMUTH

# Prozessrecht als dienendes Recht

## Kernelement des Zugangs zum Recht

### Inhaltsübersicht

- I. Dienend, weil kantonal
- II. Dienend, auch national
- III. Bedeutung und Geltendmachung der dienenden Funktion
  - A. Fehlendes Erfolgshonorar
  - B. Gerichtskosten(vorschuss) und Parteientschädigungen
  - C. Kollektiver Rechtsschutz
    1. De lege lata
    2. De lege ferenda
  - D. Beweis- und Informationsbeschaffung
  - E. Weitere prozessuale Hürden
- IV. Und alles zusammen?
- V. Schlusswort

*Früher durfte kantonales Zivilprozessrecht wegen der derogatorischen Kraft des Bundesrechts eidgenössischem Zivilrecht nicht widersprechen. Die Gerichte heben die dienende Funktion des Zivilprozessrechts auch heute noch hervor, obwohl längst eine eidgenössische ZPO existiert – weil viel mehr als ein Kompetenzproblem dahintersteckt. Es geht um einen effektiven Rechtsschutz und den Zugang zum Recht.*

### I. Dienend, weil kantonal

Das Bundesgericht hielt zu Zeiten der kantonalen Zivilprozessordnungen stets fest, das Prozessrecht habe eine dem materiellen Zivilrecht *dienende Funktion* inne. Der innere Grund lag in der Kompetenzordnung. Kantonales Prozessrecht durfte eidgenössisches Zivilrecht nicht derogieren oder vereiteln.<sup>1</sup> Im Zweifel mussten die Ge-

richte das kantonale Prozessrecht so auslegen, dass es dem materiellen Recht *zum Durchbruch* verhilft.<sup>2</sup> Schon dem *Sinn und Geist* des Bundeszivilrechts durfte es nicht in die Quere kommen.<sup>3</sup> Grundlage dieses *Verwirklichungsgebots*<sup>4</sup> bildete in allen Fällen *die derogatorische Kraft des Bundesrechts* (Art. 49 BV). Dennoch liess sich die Verfassungsverletzung mit Berufung rügen.<sup>5</sup>

### II. Dienend, auch national

Mit der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung würde man glauben, diese Rechtsprechung sei Schnee von gestern. Erstaunlicherweise sieht das Bundesgericht für das Prozessrecht aber nach wie vor eine dienende, das materielle Recht verwirklichende Rolle vor – in einem Entscheid, der eine prozessuale Regel des eidgenössischen OG<sup>6</sup> und des ZGB<sup>7</sup> betraf, aber auch

Bezug zur EMRK); 110 II 44 E. 4c; 104 Ia 105 E. 4a (derogatorische Kraft des Bundesrechts); MAX GULDENER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 1961 II, 1 ff., 23; JOSEPH VOYAME, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR 1961 II, 67 ff., 99; ISAAK MEIER, Privatrecht und Prozessrecht, eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts, in: Peter F. Schlosser (Hrsg.), Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, Veröffentlichung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V., Band 6, Bielefeld 1992, 25, 27.

<sup>2</sup> BGE 123 III 140 E. 2c; MEIER (FN 1), 32; vgl. BGE 110 II 352 E. 1b; OSCAR VOGEL, Die Stufenklage und die dienende Funktion des Zivilprozessrechts, recht 1992, 58 ff., 60 f.

<sup>3</sup> BGE 110 II 44 E. 4c; 104 Ia 105 E. 4a; MEIER (FN 1), 25.

<sup>4</sup> In BGE 116 II 215 E. 4a schrieb das Bundesgericht irrtümlich von einem *Verwirklichungsverbot*, vgl. VOGEL, (FN 2), 61.

<sup>5</sup> Vgl. dazu VOGEL (FN 2), 64.

<sup>6</sup> BGE 127 III 461 E. 3d.

<sup>7</sup> BGer, 5A\_221/2011, 31.10.2011, E. 4.3; vgl. auch DANIEL STECK, Die Regelung des Verfahrens im neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, ZBl 2013, 26 ff., 35, und DANIEL

ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr., LL.M., Rechtsanwalt, Universität Freiburg i. Ue.

MARC WOHLGEMUTH, MLaw, Inhaber des Zürcher Notarpatents, RKR Rechtsanwälte, Zürich.

<sup>1</sup> BGer, 5A\_449/2007, 25.10.2007, E. 2, 3, 5 (derogatorische Kraft des Bundesrechts); BGE 123 III 140 E. 2c; 118 II 479 E. 2d (derogatorische Kraft des Bundesrechts); 116 II 215 E. 3 (derogatorische Kraft des Bundesrechts); 115 II 129 E. 5a (mit

in einem erst kürzlich ergangenen Urteil: «Zivilprozessrecht hat eine dienende Funktion. Es ist darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Seine dienende Funktion bestimmt auch die Auslegung des Prozessrechts [...]. Wären die Verfahrensarten für die gleichen Streitigkeiten unterschiedlich, weil diese von unterschiedlichen Gerichten beurteilt werden könnten, so wäre die mit der vereinheitlichten Zivilprozessordnung angestrebte einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechts [...], angesichts der soeben dargestellten Unterschiede der anzuwendenden Verfahren, in Frage gestellt.»<sup>8</sup>

Das Bundesgericht hat also den Grundsatz der dienenden Funktion des Prozessrechts unter Hinweis auf die alte Rechtsprechung, die zur derogatorischen Kraft des Bundesrechts ergangen ist, mit einem eleganten Kunstgriff und einer neuen Begründung auferstehen lassen: Die Vereinheitlichung der ZPO sei erfolgt, um das materielle Recht einheitlich zu verwirklichen. Folglich hat auch das eidgenössische Zivilprozessrecht eine dem materiellen Zivilrecht dienende Funktion.

In totalem Widerspruch dazu erging später ein anderer Entscheid, der festhielt, dass das Obligationenrecht die zivilprozessualen Normen nicht vereiteln dürfe. Wo das Zivilprozessrecht eine Parteientschädigung, also eine Entschädigung, die unter Art. 95 Abs. 3 ZPO fällt, *verweigert oder gewährt*, sei eine Klage aus Delikt oder Vertrag nicht mehr möglich. Dies gelte auch für diejenigen Verfahren, bei denen das *kantonale Recht* von einer Entschädigung dispensiert (vgl. Art. 116 ZPO). Das Bundesgericht begründet dies mit dem Vorrang des spezielleren Prozessrechts: «*En effet, les actions en dommages-intérêts accordées par le droit de la responsabilité civile, notamment par les art. 41 ou 97 CO, ne sont pas disponibles pour éluder les règles spécifiques du droit de procédure civile et procurer au plaideur victorieux, en dépit de ces règles, une réparation que le législateur compétent tient pour inappropriée ou contraire à des intérêts supérieurs.*»<sup>9</sup>

*Kann das stimmen?* Es ging um einen Mieter, der vier Mal gegen seinen Vermieter gerichtlich mit anwaltlicher Hilfe vorgehen musste. Er war jedes Mal erfolgreich, erhielt aber nie eine Parteientschädigung. Er erhob deshalb eine Klage gegen den Vermieter aus Art. 97 Abs. 1 OR auf Bezahlung von Schadenersatz für die Anwaltskosten. Gerade dieser Fall zeigt, dass die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht zur Rücksichtnahme<sup>10</sup>

bei einem einmaligen Verstoss kaum eine Haftung begründet, während ein viermaliges, vielleicht schon als hartnäckiges Leugnen der Rechtslage zu bezeichnendes Verhalten sehr wohl darunterfällt. Dieses Verhalten könnte man vielleicht sogar als absichtliche Schadenszufügung im Sinne des Art. 41 Abs. 2 OR betrachten. Doch welcher Richter spricht dann in den konkreten Verfahren auch Entschädigungen für drei andere Verfahren zu? Besonders schlimm ist die dadurch entstandene Situation, weil sie sogar *kantonale Prozessnormen* zur Unentgeltlichkeit des Verfahrens via Art. 116 ZPO einen Vorrang gegenüber dem Zivilrecht verleiht.

Richtig betrachtet beruht der im Mietrecht fehlende prozessuale Kostenentschädigungsanspruch auf einem anderen Lebenssachverhalt als der materielle Kostenentschädigungsanspruch, der auf Verschulden und Widerrechtlichkeit basiert. Konkurrenzfragen stellen sich gar nicht.<sup>11</sup> Es wäre aber nicht falsch, den materiellen und den prozessualen Kostenerstattungsanspruch miteinander konkurrieren zu lassen, nur entspricht dies nicht herrschender Lehre.<sup>12</sup> Auch widerspricht das Verhalten des Vermieters dem Zweck des Kostenerstattungsanschlusses, der ein kostengünstiges Verfahren anstrebt: Er will das Verfahren, um den Mieter zu schädigen, also will er gerade Kosten verursachen.<sup>13</sup> Diese Überlegung deckt sich mit der Argumentation in BGE 117 II 394 E. 3b: «*Anders verhält es sich dagegen dann, wenn das Prozessverhalten selbst die deliktische oder auch vertragliche Anspruchsgrundlage bildet. Diesfalls besteht grundsätzlich ein selbständiger bundesrechtlicher Ersatzanspruch, dessen Durchsetzung nicht davon abhängt, ob das massgebende Verfahrensrecht seinerseits die Möglichkeit einer Deckung gibt.*» In diesem Fall ging es um eine Klage in den USA, bei denen es bekanntlich keine Prozessentschädigungen gibt.

Der materiellrechtliche Anspruch ist nicht einfach ein Akzessorium, das dem prozessualen Anspruch sofort weichen müsste. Dieser Anspruch hat auch genuin eigene Anwendungsfelder, die seine Nützlichkeit und Notwendigkeit offenbaren: Gerade die ausservertragliche Anspruchsgrundlage wäre geeignet, gegen die Organe einer sinnlos prozessierenden Gesellschaft vorzugehen, bei der nichts mehr zu holen ist. Auf diese Weise bliebe der Zugriff auf deren Privatvermögen auch ohne

WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses – Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zürich 2012, 50.

<sup>8</sup> BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3; vgl. auch ZR 2012, 243 ff., 246, E. 2.3.5, zur Möglichkeit der Klageänderung, also zur Auslegung der eidg. ZPO.

<sup>9</sup> BGE 139 III 190 E. 4.4, bestätigt in BGer, 5A\_442/2016, 7.2.2017, E. 7.2; vgl. aber BGer, 4A\_557/2014, 2.2.2015, E. 2.1, wo diese Einschränkung keine Erwähnung mehr fand, vgl. dazu ARNOLD F. RUSCH, Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, in: Thomas Probst/Franz Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 2016, 259 ff., 296.

<sup>10</sup> Vgl. dazu EKKEHARD BECKER-EBERHARD, Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels-

und Prozessrecht, Band 105, Diss. Bonn 1983/84, Bielefeld 1985, 67 ff. und 77 ff.

<sup>11</sup> Vgl. zu den Konkurrenzüberlegungen zwischen prozess- und materiellrechtlichem Kostenersatzanspruch BECKER-EBERHARD (FN 10), 94 f., 137 ff., insb. 151, 182, 243 f.; vgl. auch ArbG Leipzig, 17 Ca 7564/05, 10.5.2006, in: DB 2006, 1624, und PETER GAUCH, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, 189 ff., 190, 195; restriktiv BGer, 4C.51/2000, 7.8.2000, E. 2; BGE 133 II 361 E. 4.1.

<sup>12</sup> Vgl. GAUCH (FN 11), 194 ff., insb. 195.

<sup>13</sup> Diese Überlegungen bei STEFAN LÖW, Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten im arbeitsgerichtlichen Verfahren erster Instanz, MDR 2007, 637, 638 f., und DANIEL FRICK, DB 2006, 1624 f.; vgl. auch LAG Hessen, 18–10 Sa 1725/05, 18.9.2006, in: BeckRS 2007, 40536.

den schwierig zu begründenden Durchgriff zumindest für den prozessualen Schaden erhalten.<sup>14</sup> Ähnliche Konstellationen bestehen in den Fällen, in denen Anwälte als Vertreter sinnlos prozessieren. Auch hier sollte der direkte Anspruch gegen den Anwalt aus Art. 41 Abs. 2 OR möglich sein, ohne die vertretene Partei belangen oder prozessuale Entschädigungsnormen anrufen zu müssen.<sup>15</sup> Es ist also *offensichtlich*, dass dieser Entscheid keinen Bestand haben darf. Prozessrecht muss dem Zivilrecht den Vortritt lassen.

### III. Bedeutung und Geltendmachung der dienenden Funktion

Vorne haben wir dargelegt, dass das Prozessrecht, obwohl es mittlerweile auch zum eidgenössischen Recht gehört, eine dienende Funktion hat. *Doch weshalb spielt das alles eine Rolle?* Das Zivilprozessrecht zeigt sich in Fragen des Zugangs zum Recht als *veritabler Hemmschuh*. Reine Erfolgshonorare sind verboten (Art. 12 lit. e BGFA<sup>16</sup>) und ein funktionierender kollektiver Rechtsschutz existiert nicht. Der Kläger trägt das volle Kostenrisiko und muss die Kosten und vielleicht sogar die Entschädigungen vorschliessen (Art. 95, 98 f., 106 ZPO). Schon dieses Paket verhindert Klagen mit porentiefer Gründlichkeit. Prozessieren ist nicht nur im Bereich des *small claims dilemma* ein ökonomischer Unsinn, sondern auch in grossen Fällen, in denen man sich im Recht weiss. Bei grossen Streitsummen läuft man überdies Gefahr, sich in den finanziellen Ruin zu prozessieren. Unlängst hat sich dies am Beispiel eines vermeintlichen Erben in Zürich gezeigt.<sup>17</sup> *Wie verhält es sich dabei mit der dienenden Rolle des Zivilprozessrechts?* Kann man irgendwie geltend machen, dass die zivilprozessualen Normen eine Klage unrealistisch machen? Was früher mit der derogatorischen Kraft des Bundesrechts im Bereich des theoretisch Möglichen gelegen hätte, muss heute eine andere Begründung und Grundlage finden.

In Frage kommen primär Art. 29 BV und Art. 6 EMRK. Die Bundesverfassung nimmt sich mit Art. 190 BV gleich selbst aus dem Rennen – die Gerichte müssen Bundesgesetze anwenden, auch wenn sie verfassungswidrig sind.<sup>18</sup> Art. 6 EMRK erfasst zwar auch den materiellen Zugang zum Recht und genießt gegenüber

der ZPO Priorität, doch lässt die Rechtsprechung diverse prozessuale Barrieren zu und hat, soweit ersichtlich, noch nie das System der kumulierten Klagehindernisse, wie es in der Schweiz besteht, einer Prüfung unterzogen.<sup>19</sup> Diese Lücke füllt die amerikanische Betrachtung zur Frage des *forum non conveniens* zumindest teilweise. Diese Frage stellt sich, wenn die amerikanischen Gerichte das eigentlich zuständige Forum im Ausland voller Klagehindernisse als nicht adäquate Alternative erachten und deshalb ihre eigene Zuständigkeit bejahen. Einzuräumen ist, dass sich damit zwar keine Schweizer Prozessbarrieren beseitigen lassen, doch vermittelt diese Aussenbetrachtung wertvolle Erkenntnisse.

Die nachfolgende Darstellung richtet den Fokus zuerst auf einzelne Barrieren für den Gerichtszugang sowie deren Behandlung in der Rechtsprechung und der Legislative, um anschliessend eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen.

#### A. Fehlendes Erfolgshonorar

Art. 12 lit. e BGFA verbietet dem Anwalt vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientschaft eine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn *als Ersatz* für das Honorar abzuschliessen. Demnach darf sich der Anwalt auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens, auf das Honorar zu verzichten. Die *ratio legis* soll – nach nicht unumstrittener Ansicht, worauf zurückzukommen sein wird – darin erblickt werden, dass das Verbot des Erfolgshonorars die Unabhängigkeit des Anwalts wahrt, indem dieser nicht in eine wirtschaftliche Abhängigkeit gerät.<sup>20</sup> Zulässig ist jedoch die Vereinbarung einer Prämie für den Fall des Obsiegens, wobei das Bundesgericht kürzlich sogar diese Möglichkeit stark eingeschränkt hat.<sup>21</sup> So oder anders ist die Begründung des Verbots des Erfolgshonorars mit der Unabhängigkeit des Anwalts nur dem Ansatz nach stichhaltig: Anwälte oder Anwaltskanzleien, die Grosskunden betreuen, sind häufig wirtschaftlich von diesen Kunden abhängig («Klumpenrisiko») und ein Abspringen derselben wäre in wirtschaftlicher Hinsicht entsprechend ein-

<sup>14</sup> Dieser Gedanke bei GERHARD WAGNER, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. A., München 2017, § 826 BGB N 192.

<sup>15</sup> Vgl. HUGO CASANOVA, Die Haftung für prozessuales Verhalten, Diss. Fribourg 1982, 14 f., und CHRISTOPH GUTMANN, Die Haftung des Gesuchstellers für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen, Diss. Basel 2006, 71 f.

<sup>16</sup> Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61).

<sup>17</sup> Vgl. ADI KÄLIN, Gerangel um eine Prachtvilla am Zürichberg, NZZ vom 30.5.2014, 16; LUCIEN SCHERRER, Durch Millionenprozess in den Ruin getrieben, NZZ vom 4.6.2014, 15, und OGer ZH, LB130067, 24.4.2014.

<sup>18</sup> BGE 136 II 120 E. 3.5.1.

<sup>19</sup> Vgl. dazu eingehend JENS MEYER-LADEWIG/STEFAN HARRENDORF/STEFAN KÖNIG, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. A., Baden-Baden 2017, Art. 6 EMRK N 36–40, m.w.H.; vgl. EGMR, Howald Moor et autres c. Suisse, 52067/10 und 41072/11, 11.3.2014, N 70 ff.

<sup>20</sup> WALTER FELLMANN, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, Art. 12 BGFA N 119 f.; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, N 1619 f.; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 30 N 40.

<sup>21</sup> BGE 143 III 600 E. 2.5 f.; BENJAMIN SCHUMACHER/ROBERTO DALLAFIOR, Die Vereinbarung von Erfolgsprämien für den Anwalt, AJP 2017, 1284 ff., m.w.H.

schneidend. Insofern ist im Ergebnis kein Unterschied zum Erfolgshonorar ersichtlich. Hinzu kommt, dass das Stundenhonorar Probleme und Interessenkonflikte schafft: Es weckt beim Anwalt ein unnatürliches Interesse, möglichst lange und ausgiebig zu streiten.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht erachtet das unbedingte Verbot des Erfolgshonorars als verfassungswidrig: *«Für die Wahrnehmung und Durchsetzung von Rechten ist es im Rechtsstaat aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit von massgeblicher Bedeutung, dass sich der Einzelne der Unterstützung durch Rechtsanwälte versichern kann [...]. Bei der Entscheidung der Rechtsuchenden über die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe ist die Kostenfrage von massgebender Bedeutung [...]. Vor diesem Hintergrund können auch Rechtsuchende, die auf Grund ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse keine Prozesskostenhilfe oder Beratungshilfe beanspruchen können, vor der Entscheidung stehen, ob es ihnen die eigene wirtschaftliche Lage vernünftigerweise erlaubt, die finanziellen Risiken einzugehen, die angesichts des unsicheren Ausgangs der Angelegenheit mit der Inanspruchnahme qualifizierter rechtlicher Betreuung und Unterstützung verbunden sind. Nicht wenige Betroffene werden das Kostenrisiko auf Grund verständiger Erwägungen scheuen und daher von der Verfolgung ihrer Rechte absehen. Für diese Rechtsuchenden ist das Bedürfnis anzuerkennen, das geschilderte Risiko durch Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung zumindest teilweise auf den vertretenden Rechtsanwalt zu verlagern. Anders als der einzelne Rechtsuchende ist er auf Grund der Vielzahl der Mandate zur Diversifikation der Kostenrisiken in der Lage und kann nicht zuletzt deshalb diese besser tragen.»* Das Bundesverfassungsgericht sieht im starren Verbot des Erfolgshonorars einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes (Berufsfreiheit) und legt dabei die Berufsfreiheit der Anwälte insbesondere unter dem Aspekt des Zugangs zum Recht und der prozessualen Waffengleichheit aus.<sup>22</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 4a Abs. 1 RVG in der Folge eine Norm erlassen, die den Argumenten des Bundesverfassungsgerichts entgegenkommt und das Erfolgshonorar zulässt, *«wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde.»* Diese geglückte Formulierung knüpft nicht an die Vermögenslosigkeit an, sondern an die Abhaltung von der Rechtsverfolgung, was auch bei vermögenden Personen zutreffen kann.<sup>23</sup> Auf diese Weise zeigt die Norm gerade, dass sie den Zugang zum Recht effektiv schaffen will.

Die Zulassung des Erfolgshonorars würde den Zugang der Rechtsuchenden zum Gericht verbessern. Es ist zu bedauern, dass im vorliegenden Vorentwurf zur Revi-

sion der ZPO<sup>24</sup> keine Erleichterung des Erfolgshonorars vorgesehen ist, obwohl der Vorentwurf das Problem der Prozesskosten als Rechtszugangshürde anerkennt.<sup>25</sup> Zur Linderung der Problematik ist im fraglichen Vorentwurf in Art. 97 VE-ZPO eine Hinweispflicht der Gerichte auf die Möglichkeiten der Prozessfinanzierung vorgesehen. Diese Hinweispflicht dürfte aus verschiedenen Gründen nur in Einzelfällen Verbesserungen bringen: Zunächst erfolgt die Belehrung viel zu spät, da diese erst nach Klageanhebung erfolgt und viele Kläger bereits früher die Segel gestrichen haben. Weiter kommt die Prozessfinanzierung nur in vermögensrechtlichen Fällen mit einem hohen Streitwert und guten Prozesschancen in Frage.<sup>26</sup>

## B. Gerichtskosten(vorschuss) und Parteientschädigungen

Das Recht auf Zugang zum Gericht gilt seit dem Entscheid *Golder v. The United Kingdom* als implizit durch Art. 6 EMRK geschützt.<sup>27</sup> Der EGMR hat im Anschluss mit mehreren Entscheidungen den Fokus auf den Gerichtskostenvorschuss, die Gerichtsgebühren sowie die Sicherstellung von Parteientschädigungen gerichtet.<sup>28</sup> Im Entscheid *Kreuz v. Poland* hielt das Gericht fest, dass der Zugang zum Recht verletzt sei durch eine Kautionspflicht, die einem durchschnittlichen Jahreslöhner entspricht.<sup>29</sup> Im Entscheid *Stankov v. Bulgaria* hielt der EGMR den Zugang zur Justiz für verbart, weil die Gerichtskosten für den teilweise unterliegenden Kläger die Entschädigung für die ungerechtfertigte Untersuchungshaft zu 90 % auffrassen.<sup>30</sup> Auch die Kautionspflicht der Parteientschädigung kann eine Konventionsverletzung zur Folge haben. Im Entscheid *García Manibardo v. Spanien* sah der EGMR eine Verletzung von Art. 6 EMRK in der Verweigerung des Zugangs zur Rechtsmittelinstanz, da die Beschwerdeführerin die – letztlich übermässige – Parteientschädigung nicht sicherstellen konnte.<sup>31</sup>

Auch in der Schweiz sind die finanziellen Hürden für die Führung eines Prozesses zumeist sehr hoch, da sich die Gerichte die mutmasslichen Gerichtskosten bevorzugen lassen (Art. 98 ZPO) und der Kläger allenfalls

<sup>24</sup> Vorentwurf vom 2.3.2018 zur Teilrevision der Schweizerischen Zivilprozessordnung (zit. VE Teilrevision ZPO).

<sup>25</sup> Erläuternder Bericht vom 2.3.2018 zur Änderung der Zivilprozessordnung zwecks Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung (zit. Bericht Teilrevision ZPO), 15 f.

<sup>26</sup> Vgl. dazu BENJAMIN SCHUMACHER, Richterliche Pflicht zum Hinweis auf private Prozessfinanzierung?, AJP 2018, 458 ff., *passim*.

<sup>27</sup> EGMR, *Golder v. The United Kingdom*, 4451/70, 21.2.1975, N 28 ff.

<sup>28</sup> Dazu OLIVER DIGGELMANN/TILMANN ALTWICKER, Finanzielle Gerichtszugangsschranken in Zivilprozessen im Licht von Art. 6 Abs. 1 EMRK, DÖV 2012, 781 ff., insb. 785 ff.

<sup>29</sup> EGMR, *Kreuz v. Poland*, 28249/95, 19.6.2001, N 61–66.

<sup>30</sup> EGMR, *Stankov v. Bulgaria*, 68490/01, 12.7.2007, N 58 ff.

<sup>31</sup> EGMR, *García Manibardo v. Spanien*, 38695/97, 15.2.2000, N 43 ff.; weitergehend DIGGELMANN/ALTWICKER (FN 28), 786.

<sup>22</sup> BVerfG, 1 BvR 2576/04, 12.12.2006, N 100, in: NJW 2007, 979.

<sup>23</sup> BT-Drucksache 16/8916, 14.

auch für die Parteientschädigung Sicherheiten leisten muss (Art. 99 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege befreit zwar von den Vorschüssen (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO), doch dürften die Vorschüsse gerade diejenigen Leute vom Prozessieren abhalten, die nicht in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege kommen. Um den Kläger vollends abzuschrecken, überlässt das Zivilprozessrecht dem obsiegenden Kläger auch das Inkassorisiko, indem das Gericht gemäss Art. 111 ZPO die Gerichtskosten mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet und die obsiegende Partei für den Ersatz an den Prozessverlierer verweist.

Die Höhe der Kosten bereitet ebenfalls Sorgen. Es bestehen zwar durchaus schon *de lege lata* Möglichkeiten, Gerichtsgebühren adäquat zu verteilen und vernünftig zu bemessen, doch schreiben die Gebührenverordnungen dies nicht *ex officio* vor. Es geht meist um Kann-Vorschriften oder die Prinzipien des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips,<sup>32</sup> die einer exakten, vorhersehbaren und unkomplizierten Anwendung im Alltag nicht offenstehen und bei einem sehr hohen Streitwert unabhängig vom Aufwand offenbar sehr hohe und auch ruinöse Kosten rechtfertigen.<sup>33</sup>

Der Gesetzgeber hat die Problematik der Vorschüsse in der angedachten Revision der ZPO<sup>34</sup> erkannt, wobei die Vorlage – wie bereits beim fehlenden Erfolgshonorar dargelegt – nach hier vertretener Ansicht etwas mutlos daherkommt. Die Vorlage reduziert die Bevorschussung der Gerichtskosten gemäss Art. 98 VE-ZPO auf maximal die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten. Eine weitere Senkung oder gar der Verzicht der Bevorschussung stehen ausserhalb der Verbandsklagen (Art. 115a VE-ZPO) nicht zur Debatte, da dies dem Verursacherprinzip entspreche, die Kostenfolgen aufzeige, das Inkassorisiko des Staates reduziere und querulatorischer Prozessführung vorbeuge.<sup>35</sup> Diesen Argumenten lässt sich entgegen, dass das Gericht die Parteien ohnehin gemäss Art. 97 ZPO über die Prozesskosten orientiert und das höhere Inkassorisiko sich aufgrund des notorisch tiefen Kostendeckungsgrads der Gerichte relativiert.<sup>36</sup> Darüber hinaus darf es nicht sein, dass die zahlenmässig eher seltenen querulatorischen Prozesse als Begründung dafür dienen, redlich prozessierende Par-

teien von der gerichtlichen Durchsetzung ihrer Forderungen abzuhalten.

## C. Kollektiver Rechtsschutz

Das schweizerische Zivilverfahrensrecht ist vom Grundsatz der «Individualprozesse» geprägt, wonach sich in Gerichtsverfahren grundsätzlich eine oder mehrere bestimmte Personen als Kläger sowie eine oder mehrere bestimmte Personen als Beklagte gegenüberstehen.<sup>37</sup>

### 1. De lege lata

Nur in speziellen Fällen sieht die geltende Zivilprozessordnung Mittel für die kollektive Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor. So können beispielsweise Verbände zur Wahrung von kollektiven Interessen einer ganzen Berufsgruppe, jedoch beschränkt auf deren Persönlichkeitsschutz, mittels Verbandsklage nach Art. 89 ZPO vorgehen.<sup>38</sup> Durch diese Einschränkung auf den Persönlichkeitsschutz wurden der Verbandsklage im Laufe des Gesetzgebungsprozesses weitgehend die Zähne gezogen.<sup>39</sup> Der Gesetzgeber wollte im Ergebnis eine Sammelklage nach amerikanischem Vorbild («*class action*»)<sup>40</sup> verhindern, da er die Möglichkeit, wonach sich verschiedene Kläger als einfache Streitgenossenschaft konstituieren können, als ausreichend betrachtete.<sup>41</sup>

Ein Blick über die Schweizer Grenze zeigt, dass Bewegung in die Frage des kollektiven Rechtsschutzes kommt. Der EuGH hat im Jahre 2000 entschieden, dass im AGB-Bereich Verbandsklagen zur Verfügung stehen müssen, wobei er sich auf den *Effektivitätsgrundsatz* stützte.<sup>42</sup> Dadurch zeigt der Effektivitätsgrundsatz einen Bezug zur effizienten Rechtsdurchsetzung und zum offenen Zugang zum Gericht im Rahmen eines kollekti-

<sup>32</sup> BGE 139 III 334 E. 3.2.3 und 3.2.4: «Der wirtschaftliche Nutzen für den Rechtssuchenden besteht vielmehr im Zugang zur Justiz an sich, der darin besteht, dass er die Möglichkeit hat, seinen Anspruch mittels einer zulässigen Klage gerichtlich durchzusetzen. Der Wert dieser Möglichkeit ist umso grösser, je höher der Betrag des Klageanspruchs [...] liegt.»; vgl. die Kann-Vorschriften in §§ 4 Abs. 2, 10 Abs. 1 GebV OG/ZH sowie Art. 107 ZPO.

<sup>33</sup> ARNOLD MARTI, Die Kosten im heutigen Zivilprozess, *Anwaltsrevue* 2018, 116 ff., N 7, 27.

<sup>34</sup> Vgl. dazu VE Teilrevision ZPO (FN 24) sowie Bericht Teilrevision ZPO (FN 25).

<sup>35</sup> Bericht Teilrevision ZPO (FN 25), 52.

<sup>36</sup> Vgl. zur Liquidation der Prozesskosten auch DHEDEN C. ZOTSANG, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2015, 235 ff., insb. 247, m.w.H.

<sup>37</sup> ALEXANDER R. MARKUS, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Bd. I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-MARKUS), Art. 89 ZPO N 4.

<sup>38</sup> BK-MARKUS (FN 37), Art. 89 ZPO N 6 und 12; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016, N 6.43 und 6.46.

<sup>39</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichte Botschaft vom 28. Juni 2005 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2005 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO), 7289; BALTHASAR BESSENICH/LUKAS BOPP, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genève 2016 (zit. ZPO Komm-Verfasser), Art. 89 N 2, m.w.H.

<sup>40</sup> Vgl. dazu etwa HERIBERT HIRTE, Sammelklagen – Fluch oder Segen?, in: Olaf Werner/Peter Häberle/Zentaro Kitagawa/Ingo Saenger (Hrsg.), Brücken für die Rechtsvergleichung, Festschrift für Hans G. Leser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1998, 335 ff., 337 f.

<sup>41</sup> BOTSCHAFT ZPO (FN 39), 7290; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 20), § 13 N 23; ZPO Komm-BESSENICH/BOPP (FN 39), Art. 89 N 3. Auch das deutsche Zivilprozessrecht ist sehr zurückhaltend mit dem kollektiven Rechtsschutz und verweist – wie das Schweizer Recht – in erster Linie auf die Streitgenossenschaft (HIRTE [FN 40], 336).

<sup>42</sup> Vgl. EuGH, *Océano Grupo Editorial SA v. Roció Murciano Quintero*, C-240/98 bis C-244/98, 27.6.2000, N 27.

ven Rechtsschutzes, auch wenn er vielleicht noch keine Sammelklagen oder neue Formen der Rechtsdurchsetzung verlangt.<sup>43</sup> Im Bereiche des Schweizer Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts hat sich in den letzten Jahren immerhin etwas getan,<sup>44</sup> doch hat der VW-Abgasskandal erneut gezeigt, dass effektive Instrumente für die kollektive Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen zweifellos fehlen.<sup>45</sup>

Nach richtiger Ansicht ermöglicht im Bereich der seriellen Bagatellschädigung erst die Sammelklage eine funktionierende Rechtsdurchsetzung im «*small claims dilemma*».<sup>46</sup> Geht es um geringe (Streit-)Werte, verzichtet der ökonomisch denkende Geschädigte auf die Klage, da Aufwand und Ergebnis der Prozessführung in einem ungünstigen Verhältnis stehen. Stehen dem Schädiger hingegen eine Vielzahl Geschädigter gegenüber, die ihre Rechte kollektiv durchsetzen können, so macht dies die Prozessführung auch für Geschädigte mit Bagatellschaden wieder interessant. Die Zulassung von weitergehendem kollektivem Rechtsschutz dürfte zudem wirkungsmässig weit über die effektiv durchgeführten Sammelprozesse hinausgehen, da insbesondere grössere Unternehmen zur Abwendung solcher Klagen gewisse Geschäftspraktiken zu Lasten des Publikums aufgeben würden.<sup>47</sup>

## 2. De lege ferenda

Der Entwurf zur Revision der ZPO schlägt nebst Optimierung der Individualklagen<sup>48</sup> zur Verbesserung der kollektiven Durchsetzung insbesondere zwei neue Massnahmen vor: Erstens soll die Verbandsklage gemäss

Art. 89 ZPO nicht mehr nur auf Persönlichkeitsverletzungen beschränkt sein und zweitens soll neu ein Gruppenvergleichsverfahren zur Verfügung stehen.

Die Verbandsklage erfährt gemäss dem vorgeschlagenen Art. 89 VE-ZPO eine Aufwertung, als sich diese nicht mehr nur auf Persönlichkeitsverletzungen beschränkt und somit auch Schadenersatz oder Gewinnherausgabe ermöglicht. Der klagende Verband als Prozessstandschafter macht im eigenen Namen finanzielle Ansprüche der betroffenen Personen geltend.<sup>49</sup> Dies ist zu begrüssen, löst das Problem aber noch nicht. Es bleibt fraglich, ob hinsichtlich aller denkbaren Schäden ein entsprechender Verband für eine kollektive Durchsetzung existiert und dieser wirklich zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung bereit und fähig ist. Art. 89 VE-ZPO sieht zudem nirgends vor, dass das Gericht den Schaden bloss einmal für die typischen Fälle ermittelt und dann mit der Anzahl Geschädigten multipliziert. Es scheint tatsächlich, als müssten die Kläger wie bei einer herkömmlichen Klage jeden einzelnen Franken des Schadens aller Geschädigten beweisen. So etwas bringt nichts.

Der Vorentwurf zur Revision der ZPO sieht in Art. 352a ff. ein Gruppenvergleichsverfahren zur Regelung von Massenschäden vor. Zum Vergleichsschluss sind klägerseits Organisationen legitimiert, die auch Verbandsklagen nach Art. 89 ZPO anheben können. Der ausgehandelte Vergleich, der sämtliche von der Rechtsverletzung betroffenen Personen zu umfassen hat, bedarf der richterlichen Genehmigung (u.a. auf Angemessenheit), womit dieser für alle von der Rechtsverletzung betroffenen Personen verbindlich wird (Art. 352f Abs. 1 VE-ZPO). Nach hier vertretener Ansicht ist es fraglich, ob sich dieses Gruppenvergleichsverfahren effektiv für die Geltendmachung von Massenschäden eignet, da zunächst die gerichtliche Angemessenheitsprüfung sehr spät im Verfahren erfolgt. Dies dürfte unseres Erachtens eine zurückhaltende Praxis zur Folge haben. Da griffige und abschreckende Alternativen zum Gruppenvergleichsverfahren fehlen, leidet mit hoher Wahrscheinlichkeit die Vergleichsbereitschaft der schädigenden Personen zur adäquaten Schadensliquidation. Erst wenn durchschlagkräftige Verfahren für die Geltendmachung von Massen- und Streuschäden vorhanden sind, dürfte sich die Vergleichsbereitschaft drastisch erhöhen, wie die Behandlung des VW-Abgasskandals in den USA letztes Jahr plastisch vor Augen geführt hat.<sup>50</sup>

## D. Beweis- und Informationsbeschaffung

Dient die Dokumentenedition der Informations- oder der Beweisbeschaffung? Die Botschaft zur ZPO äussert

<sup>43</sup> KATRIN KULMS, Der Effektivitätsgrundsatz: eine Untersuchung zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Diss. Greifswald 2013 = Nomos Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft; Band 374, 45, m.w.H.; vgl. EuGH, C-432/05, 13.3.2007, Unibet [London] Ltd. u.a./Justitiekansler, N 40–42.

<sup>44</sup> Vgl. etwa Art. 1157 ff. OR, Art. 86 KAG und Art. 105 FusG.

<sup>45</sup> Dazu ALEXANDER AMANN/SIMON FRICKER/SEBASTIAN HEPP, Sammelklage über Umwege möglich, plädoyer 2018, 16 ff., *passim*.

<sup>46</sup> Eisen v. Carlisle & Jacqueline, 417 U.S. 156, 161; HIRTE (FN 40), 335; ARNOLD F. RUSCH, Will das Recht, dass man klagt?, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sørensen/Hans Schmid/Miguel Sogo (Hrsg.), Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2015, 569 ff., 579.

<sup>47</sup> Vgl. dazu HIRTE (FN 40), 339, welcher diesbezüglich auch auf die Missbrauchsgefahr infolge der schieren Grösse der geltend gemachten Ansprüche aufmerksam macht. Die beklagte Partei kann sich aufgrund der Rechtsunsicherheit infolge des hängigen Prozesses durchaus zum Abschluss eines Vergleiches genötigt sehen.

<sup>48</sup> Namentlich sollen die nachfolgend aufgezählten prozessualen Mittel optimiert werden: Streitgenossenschaft gemäss Art. 71 VE-ZPO (dazu Bericht Teilrevision ZPO [FN 25], 34 ff.), Streitverkündung gemäss Art. 81 VE-ZPO (dazu Bericht Teilrevision ZPO [FN 25], 36 f.), Klagenhäufung gemäss Art. 90 VE-ZPO (dazu Bericht Teilrevision ZPO [FN 25], 47 f.), Trennung und Überweisung von Verfahren gemäss Art. 125 lit. b VE-ZPO (dazu Bericht Teilrevision ZPO [FN 25], 60).

<sup>49</sup> Bericht Teilrevision ZPO (FN 25), 17.

<sup>50</sup> Vgl. etwa Volkswagen vor Einigung in den USA, NZZ Online vom 9.1.2017, Internet: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/milliar-denbusse-erwartet-volkswagen-vor-einigung-in-den-usa-ld.138734> (Abruf 12.5.2018).

sich dazu nicht mit letzter Klarheit: «In der Regel dient diese sog. vorsorgliche Beweisführung der Beweissicherung [...]. Sie kann jedoch auch der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen, wie dies einzelne kantonale Prozessordnungen vorsehen. Auf diese Möglichkeit wird mit der Formulierung «schutzwürdiges Interesse» Bezug genommen: Sie trägt dazu bei, aussichtslose Prozesse zu vermeiden.»<sup>51</sup> Das Bundesgericht und die Lehre lassen die Edition nur zur Beschaffung von Beweisen zu, die man schon kennt und damit exakt benennen kann.<sup>52</sup> Soll das Prozessrecht das materielle Recht verwirklichen, muss es auch dann einen Informationsanspruch vermitteln, wenn man das zu edierende Dokument nicht näher definieren kann. Es muss dabei behilflich sein, vermutete Informationen zu beschaffen – ähnlich wie bei der Stufenklage, die man auch mit der Verwirklichung des materiellen Rechts begründet hat.<sup>53</sup> Dieses unglaublich restriktive Regime und die grassierende Angst vor einer *discovery* amerikanischen Zuschnitts müsste man überdenken. Thematisiert haben diese Prozessbarriere einzig die amerikanischen Gerichte. Es gibt Fälle, in denen das Fehlen einer *discovery* einen wesentlichen Faktor zur Verneinung des *forum non conveniens* gespielt hat.<sup>54</sup> Dies, weil im Ausland kein genügender Rechtsschutz ohne *discovery* bestehe. In letzter Konsequenz schafft die Schweizer Haltung eine Notwendigkeit des *whistleblowing*, das einer zivilisierten Gesellschaft unwürdig ist und einem Faustrecht im Bereich des Beweises gleichkommt.

### E. Weitere prozessuale Hürden

Selbst wenn man das Recht auf seiner Seite weiss und die finanzielle Bürden des Rechtswegs meistern kann, warten weitere prozessuale Hürden auf den Kläger. Als Beispiel sei auf die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung über die Anforderungen an die objektiv gehäufte Teilklage hingewiesen.<sup>55</sup> Konkret fordert das Bundesgericht, dass sich der Kläger über die Ansprüche, welche sich aus den einzelnen Lebenssachverhalten ergeben, hinsichtlich der Reihenfolge und/oder des Umfangs der Geltendmachung ausspricht. Dies hört sich einfacher an, als es ist. Nach richtigem Verständnis gehört das Problem der Zulässigkeit der Teilklage einzig zum materiellen Recht,<sup>56</sup> welches sich um die Frage der Teilbarkeit ausser in Art. 69 OR nicht kümmert. Mit der

geforderten Präzisierung macht das Bundesgericht den sog. *Auffülleeffekt*<sup>57</sup> der Teilklage zunichte, der bislang die teilklageweise Durchsetzung von prozessualen Ansprüchen vereinfacht hat. Folge davon ist eine weitere Rechtszugangshürde. Die unspezifizierte Teilklage hat das Bundesgericht früher wohl ausgerechnet deshalb zugelassen, weil es dem materiellen Recht zum Durchbruch verhelfen wollte.<sup>58</sup> Die Teilklage soll den Zugang zum Recht erleichtern, indem sie eine Möglichkeit bietet, die streitwertbasierten Gerichtskosten gering zu halten und in den Genuss des vereinfachten Verfahrens zu kommen (bis CHF 30'000; Art. 243 Abs. 1 ZPO). Auch diesen sicheren Vorteil hat das Bundesgericht unlängst teilweise kaputtgemacht. Wenn der echt Teilbeklagte eine negative Feststellungswiderklage erhebt, die den Streitwert des vereinfachten Verfahrens überschreitet, will das Bundesgericht beide Klagen im ordentlichen Verfahren beurteilt wissen.<sup>59</sup>

### IV. Und alles zusammen?

Die vorstehenden Gedanken haben gezeigt, dass die Gerichte die prozessualen Hindernisse bei separater Betrachtung akzeptiert haben. Auch der Gesetzgeber geht die Probleme nur punktuell an. Die Antwort auf die Frage, ob der Zugang zum Recht wirklich offensteht, müsste unseres Erachtens anders ausfallen, wenn man *zwei oder mehrere Hindernisse kumuliert tragen muss*. Auch die amerikanischen Gerichte haben einzelne Klagehürden im Ausland kaum genügen lassen, um ihre eigene Zuständigkeit im Rahmen der *forum non conveniens*-Prüfung zu verneinen.

So war es bei der Restitution der Bilder von Adele Bloch-Bauer. Für die Klage mit dem geschätzten Streitwert in der Höhe von \$ 135 Mio. war eine Kautions von ca. 24 Mio. Schilling (\$ 1.6 Mio.) fällig. Maria Altmann liess die Klage in Wien fallen, weil sie auch die später reduzierte Kautions von 2 Mio. Schilling (\$ 135'000) nicht begleichen konnte.<sup>60</sup> Die Klägerin konnte die amerikanische Zuständigkeit aufgrund eines in Amerika erschienenen Auktionskatalogs begründen. Die Gerichte verwarfen jedoch den Einwand, dass die österreichische

<sup>51</sup> Botschaft ZPO (FN 39), 7315.

<sup>52</sup> BGE 141 III 281 E. 3.4.3 und ZPO Komm-FELLMANN (FN 39), Art. 158 N 17b, je m.w.H.

<sup>53</sup> BGE 116 II 215 E. 4a.

<sup>54</sup> Vgl. die Angaben bei FN 62.

<sup>55</sup> BGE 142 III 683; 143 III 254; vgl. dazu TANJA KNEZEVIC/MARCO KAMBER, Prozessuale Anforderungen an die objektiv gehäufte Teilklage, AJP 2017, 1039 ff., passim.

<sup>56</sup> DANIEL STAEHELIN, Die unspezifizierte unechte Teilklage, in: Roland Fankhauser/Corinne Widmer Lüchinger/Rafael Klingler/Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016, 627 ff., 628.

<sup>57</sup> Vgl. dazu PATRICK WAGNER/MARKUS SCHMID/BENOÎT SANTSCHI, Die Teilklage im vereinfachten Verfahren: ein Instrument zur risikoärmeren und schnelleren Durchsetzung von Forderungen aus Personenschäden, HAVE 2013, 322 ff., 327; vgl. auch die Überlegungen in BGer, 4A\_111/2016, 24.6.2016, E. 4.5 f.; STAEHELIN (FN 56), 640.

<sup>58</sup> Vgl. STAEHELIN (FN 56), 633 f., m.w.H.

<sup>59</sup> BGE 143 III 506 E. 4.4; dazu auch die Urteilsbesprechung von FRANZISKA RHINER/MARC WOHLGEMUTH, BGer 4A\_576/2016: Relevanz der gleichen Verfahrensart bei negativer Feststellungswiderklage auf eine echte Teilklage, AJP 2018, 111 ff., 116 f., welche aufzeigen, dass die Überweisung ins ordentliche Verfahren alles in allem keine Kostennachteile zur Folge hat.

<sup>60</sup> Vgl. Tarifpost 1 gemäss österreichischem Gerichtsgebührengesetz (1,2 % vom Streitwert zuzüglich € 2'987); Maria Altmann v. Republic of Austria, 142 F. Supp. 2d 1187, 1196; Maria Altmann v. Republic of Austria, 317 F.3d 954, 961, 973.

Justiz alleine aufgrund der Kautonierung der Klage unzumutbar sei.<sup>61</sup>

Amerikanische Gerichte haben der fehlenden *discovery* im Rahmen der *forum non conveniens*-Prüfung grosses Gewicht beigemessen. So haben sie die Zuständigkeit für Klagen in Amerika nur unter der Bedingung bejaht, dass der Beklagte einer *discovery* im Ausland zustimme.<sup>62</sup> Es existieren jedoch sehr wohl auch Entscheide, die eine amerikanische Zuständigkeit verneint haben, da sie das ausländische Forum trotz der fehlenden *discovery* und der Gerichtskostenvorschüsse als genügend erachteten.<sup>63</sup> Gleich verhält es sich beim Erfolgshonorar. Amerikanische Gerichte hielten im Rahmen der Frage des *forum non conveniens* meist fest, dass das Fehlen des Erfolgshonorars alleine ein ausländisches Forum noch nicht disqualifiziere – vielmehr sei es lediglich *einer von mehreren Faktoren*.<sup>64</sup>

Bei einer *konsolidierten Betrachtung* zeigen sich ermutigende Resultate. Bei einer Klage gegen Banken, die sich das Vermögen von Holocaust-Opfern angeeignet hatten, bejahte das amerikanische Gericht einen unzulänglichen französischen Rechtsschutz, der keine *class action*, keine *contingent fee* und keine *discovery* vorsieht.<sup>65</sup> In einem Fall mit Bezug zu den Bahamas liess es das amerikanische Gericht genügen, dass der mittellose Kläger keinen Anwalt auf Basis eines Erfolgshonorars mandatieren durfte und für die Klage zwingend ein Vorschuss zu entrichten war.<sup>66</sup> In einem anderen Fall wollte ein Kläger aus Ghana in Amerika gegen einen amerikanischen Fahrzeughersteller klagen, doch blieb der Erfolg versagt. Er stützte sich vergeblich darauf, dass das Recht in Ghana keine *discovery*, keine *contingent fee*, keine *American Rule* und kein Recht auf eine *jury* vorsehe.<sup>67</sup> Die summierten Klagehindernisse können die Klage durchaus massiv erschweren, was die Richtigkeit der vorstehenden Überlegungen zeigt. Die Hürde dafür ist offenbar hoch und nicht verlässlich gesetzt.<sup>68</sup> Interessant wäre es deshalb, wenn der europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Schweizer System der Klageverhinderung einer ganzheitlichen Analyse unterziehen würde.

## V. Schlusswort

Bezeichnend am Ganzen ist, dass man die im Binnenrecht bestehenden Zugangsdefizite nur mit Staatsvertragsrecht angreifen oder durch Anhebung einer Klage in Amerika unter Geltendmachung der Unzulänglichkeit des Schweizer Rechtssystems überhaupt offenlegen kann. Dies steht in ganz grundsätzlicher Weise dem Wesen des dienenden Rechts entgegen und zeigt eben auch, dass der Gesetzgeber zwar die schönen Sätze zur dienenden Natur pflegt, aber diesen nur wenige Taten folgen lässt. Das Prozessrecht in seiner dienenden Funktion war bis zum Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO ein Kompetenzproblem. Interessanterweise ist es ein Kompetenzproblem geblieben, nur muss man mittlerweile das dazugehörige Korrektiv im vorrangigen Staatsvertragsrecht suchen!

<sup>61</sup> Maria Altmann v. Republic of Austria, 317 F.3d 954, 972 f.

<sup>62</sup> In re Union Carbide Corporation Gas Plant Disaster, 634 F. Supp. 842, 850, unter Hinweis auf Piper Aircraft v. Reyno, 454 U.S. 235, 257 N 25.

<sup>63</sup> Satz v. McDonnell Douglas Corp., 244 F.3d 1279, 1283; Sarei v. Rio Tinto PLC, 221 F. Supp. 2d 1116, 1170.

<sup>64</sup> Vgl. Murray v. BBC, 81 F.3d 287, 292 f.; vgl. aber die klare Feststellung in McKrell v. Penta Hotels, 703 F. Supp. 13, 14.

<sup>65</sup> Bodner v. Banque Paribas, 114 F. Supp. 2d 117, 132.

<sup>66</sup> Fiorenza v. United States Steel International Ltd., 311 F. Supp. 117, 120.

<sup>67</sup> Agyenkwa v. American Motors Corp., 622 F. Supp. 242, 245; vgl. auch Piper Aircraft v. Reyno, 454 U.S. 235, 254; Sarei v. Rio Tinto PLC, 221 F. Supp. 2d 1116, 1170; vgl. in re Lernout & Hauspie Securities Litigation, 208 F. Supp. 2d 74, 91 f.

<sup>68</sup> Das kritisiert auch JOEL H. SAMUELS, When is an Alternative Forum Available? Rethinking the Forum Non Conveniens Analysis, Indiana Law Journal, Vol. 85, Iss. 3, Article 7, 1059 ff., 1060.