

Tirage à part

«Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier»

Edités au nom de la Faculté de droit de Fribourg par
Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz

Rechtsverfolgungskosten als Schaden?

Ingeborg Schwenzer

Schulthess §

Rechtsverfolgungskosten als Schaden?

Dr. iur. INGBORG SCHWENZER, Professorin an der Universität Basel*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Kostenerstattung im internationalen Vergleich
 - 1. Costs follow the event
 - 2. American Rule
 - 3. Schiedsverfahren
- III. Schadenersatz
 - 1. Rechtliche Qualifikation des Kostenerstattungsanspruchs
 - 2. Prozessuale Kosten
 - 3. Vorprozessuale Kosten
- IV. Schlussbetrachtung

I. Einleitung

Es ist nicht nur das grosse Verdienst des Jubilars, das schweizerische Obligationenrecht in zentralen Bereichen entscheidend befördert zu haben, stets liegt ihm auch die praktische Umsetzung der Theorie ganz besonders am Herzen. Es sei deshalb gewagt, ein paar Gedanken zu einem Thema zu äussern, das nicht allein für die heutige internationale Handelsschiedsgerichtspraxis von wichtiger Bedeutung ist, sondern dessen sich der Jubilar selbst auf nationaler Ebene bereits im Jahre 1994 angenommen hat:¹ Die Erstattung von Rechtsverfolgungskosten.

Rechtsverfolgungskosten umfassen einerseits die sog. Prozesskosten, d.h. die (Schieds-) Gerichtskosten und die im Verlauf oder bei Einleitung des Prozesses entstehenden und auf den Prozess zurückzuführenden Parteikosten.² Zu den Parteikosten zählen namentlich die Kosten eines Anwalts sowie Kosten für eigene Umtriebe und Auslagen. Zu den Rechtsverfolgungskosten rechnen aber auch die sog. vorprozessualen Kosten, die einer Partei vor Prozesseinleitung entstehen. Praktisch bedeutsam sind auch insofern vor allem vorprozessuale Anwaltskosten. Gerade bei internationalen Sachverhalten mit grösseren Streitwerten können derartige vorprozessuale Kosten, wie sie namentlich bereits zur Vorbereitung allfälliger Vergleichsverhandlungen anfallen, ohne weiteres schnell die Millionengrenze überschreiten.

* Für wertvolle Unterstützung danke ich meinem wissenschaftlichen Assistenten lic. iur. Olivier Mosimann.

¹ TERCIER, L'indemnisation des frais d'avocat et l'assurance de protection juridique, in: Strassenverkehrsrechts-Tagung, Fribourg 1994, S. 5 ff.

² Vgl. BGE 117 II 394, 396.

sprechenden ersatzfähigen Sätze im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz niedergelegt;⁷ in Spanien beispielsweise kann die erfolgreiche Partei maximal bis zu einem Drittel des Streitwerts als Kosten geltend machen.⁸ Unterschiede bestehen insbes. auch in der Frage, ob ausser den Prozesskosten auch vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten von der jeweiligen prozessrechtlichen Kostenerstattungspflicht erfasst werden oder nicht.⁹

2. American Rule

Im Gegensatz zu den meisten anderen Rechtsordnungen findet in den USA das Prinzip «costs follow the event» grundsätzlich keine Anwendung. Vielmehr trägt jede Partei unabhängig vom Verfahrensausgang ihre eigenen Kosten einschliesslich allfälliger Anwaltskosten. Dies wird als die sog. «American Rule» bezeichnet.

Der U.S. Supreme Court, der der American Rule bereits im Jahre 1796 zum Durchbruch verholfen hat,¹⁰ rechtfertigt dieses Prinzip mit drei Argumenten: Erstens sei der Ausgang eines Verfahrens in vielen Fällen höchst ungewiss und es sei deshalb ungerrecht, die unterliegende Partei durch Auferlegen von Kosten und Gebühren zu bestrafen; zweitens könnte eine Kostenerstattungspflicht zu Lasten der unterliegenden Partei weniger wohlhabende Personen davon abhalten, ihre Rechte geltend zu machen; und drittens würden Kostenerstattungsansprüche eine erhebliche zusätzliche Belastung für die Gerichte darstellen.¹¹ Ausnahmen von der American Rule finden sich namentlich in Konsumentenschutzgesetzen sowie für Situationen, in denen eine Partei böswillig gehandelt hat.¹²

m. Verweis auf Arrêté concernant le tarif des frais entre plaideurs NE [SGS 165.31]; Art. 93 ZPO VD m. Verweis auf Tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens VD [SGS 177.11.3].

⁷ BGBl. 2004 I, S. 718.

⁸ Vgl. GOTANDA, 21 Mich. J. Int'l L. 1, 7 (1999) m.w. Nachw.

⁹ Vgl. nur für die Schweiz: explizit erfasst in Art. 143 Abs. 2 ZPO NE; vgl. dazu BOHNET, Code de procédure civile neuchâtelois commenté, Basel 2005, S. 226 f.; gemäss Praxis auch in der weiten Formulierung von Art. 58 ZPO BE enthalten; vgl. dazu LEUCH/MARBACH, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, Art. 58, Rn. 3; die Rechtslage in ZH ist unklar; vgl. dazu WEBER, Ungereimtheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten, SVZ 61 (1993), S. 219, 121, der sich gegen eine Anwendung von § 68 ZPO ZH auf vorprozessuale Kosten ausspricht; vgl. auch FRANK/STRAULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, § 68, Rn. 8; in den meisten Kantonen nicht erfasst, so z.B. in BL und BS; vgl. dazu STAFHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, S. 186 (die Autoren halten zumindest in beschränktem Umfang auch vorprozessuale Anwaltskosten für als Parteikosten zusprechbar); vgl. weiter HABERTHÜR, Praxis zur Basler Zivilprozessordnung, Band 2, Basel 1964, S. 721.

¹⁰ Vgl. Arcambel v. Wiseman, 3 U.S. 306 (1796).

¹¹ Vgl. Fleischman Distilling Corp. v. Maier Brewing Co., 386 U.S. 714, 718 (1967).

¹² Vgl. MEDINA, 61 Tul. L. Rev. 1173, 1187 ff. (1987); Bunnett v. Smallwood, 793 P.2d 157 (Colo. 1990); vgl. auch die Nachweise bei GOTANDA, 21 Mich. J. Int'l L. 1, 11 f. (1999).

amerikanische Gerichte haben schon des Öfteren derartige auf einer vertraglichen Kostenabrede beruhende Schiedssprüche aufgehoben.²⁰

III. Schadenersatz

Aus dem Vorstehenden wird deutlich, dass im Regelfall weder die Parteien eines staatlichen noch eines Schiedsverfahrens damit rechnen können, selbst im Falle vollständigen Obsiegens von der Gegenseite sämtliche Kosten erstattet zu bekommen. Deshalb wurde und wird immer wieder national wie auch international diskutiert, ob die nicht über das anwendbare Verfahrensrecht erstatteten Kosten zumindest im Wege des Schadenersatzes geltend gemacht werden können.

1. Rechtliche Qualifikation des Kostenerstattungsanspruchs

Vielfach wird die Frage, ob eine Kostenerstattung im Wege des Schadenersatzes möglich ist, von der rechtlichen Qualifikation der Kostenerstattung abhängig gemacht.

So folgt in der Schweiz die h.M. der sog. Prozesskostentheorie. Danach beurteilt sich die Ersatzfähigkeit prozessualer Anwaltskosten nach der jeweils anwendbaren Zivilprozessordnung;²¹ dasselbe soll für vorprozessuale Anwaltskosten gelten, soweit das Gericht sie entsprechend dem anwendbaren Prozessrecht den prozessualen Kosten zuschlägt.²² Soweit die entstandenen Kosten durch das kantonale Verfahrensrecht abgegolten werden, bleibt kein Raum für einen materiellrechtlichen Schadenersatzanspruch nach (Bundes-)Privatrecht. Regelt das kantonale Recht hingegen keinen Ersatz der vorprozessualen Kosten, so soll eine Kostenerstattung im Wege des Schadenersatzes möglich sein.²³

Die damit erfolgende grundsätzliche Differenzierung zwischen vorprozessualen und prozessualen Kosten wird von der sog. absoluten Schadenstheorie, der sich auch der Jubilar angeschlossen hat, verworfen.²⁴ Sie geht vielmehr davon aus, dass die Anwaltskosten als «Kosten-Schaden» zum Schaden hinzutreten, dass deshalb bundesprivat-

121 (1989); Ad hoc Final Award, 17.11.1994, 21 Y.B. Com. Arb. 13, 38 (1996); Final Award Nr. 6320 (ICC 1992), 20 Y.B. Com. Arb. 62, 108 f. (1995).

²⁰ Vgl. Nachweise bei GOTANDA, 21 Mich. J. Int'l L. 1, 13 (1999).

²¹ Vgl. GAUCH, recht 1994, 189, 194; BK-Brehm, Art. 41, Rn. 88; WEBER, Fn. 9, S. 121; JÄGGI, Rechtsgutachten betr. vorprozessuale Vertretungskosten, erstattet der Helvetia-Unfall Schweiz. Versicherungsgesellschaft Zürich, Freiburg 24.8.1962, publiziert von WEBER, SVZ 63 (1995), S. 268, 272; BGE 117 II 394, 396.

²² Vgl. BGE 4C.55/2006 vom 12.5.2006 E. 4.1; 4C.11/2003 vom 19.5.2003 E. 5 = Pra 93 (2004) Nr. 26; 4C.195/2001 vom 12.3.2002 E. 2bb; 4C.51/2000 vom 7.8.2000 E. 2; BGE 117 II 394, 396; 117 II 104, 106 = Pra 80 (1991) Nr. 163, S. 735; 97 II 259, 267 f.

²³ Vgl. BOSCH, Prozesskosten, in: Der Haftpflichtprozess, Zürich 2006, S. 152 m.w. Nachw.

²⁴ Vgl. TERCIER, Fn. 1, S. 17 f.; GAUCH, Fn. 21, S. 191 ff.; ähnlich BERGER, Der Geschädigte hat ein Recht auf Ersatz seiner Anwaltskosten, HAVE 2003, S. 133 und GRSBERGER, Das Recht auf Ersatz der Anwaltskosten, die im Zusammenhang mit der Verfolgung oder Abwehr unbegründeter Ansprüche entstehen, SJZ 58 (1962), S. 350 ff.

vention im Ganzen und vor allem auf das Bedürfnis nach einheitlicher Auslegung abgestellt werden. Im Rahmen des Art. 74 CISG führt dies zu folgenden Überlegungen:

Art. 74 CISG regelt einerseits den Ersatz von Rechtsverfolgungskosten nicht explizit, andererseits schliesst er diesen Ersatz aber nicht aus. Auch ein Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte des Art. 74 hilft nicht weiter. Grundsätzlich geht es deshalb beim Ersatz von Rechtsverfolgungskosten nicht um eine Materie, die vom CISG nicht geregelt ist. Es muss deshalb geprüft werden, ob der Ersatz von Rechtsverfolgungskosten und insbesondere von prozessualen Kosten von den allgemeinen Art. 74 CISG zu Grunde liegenden Wertungen getragen wird.

Eines der wenigen Prinzipien, die unmittelbar aus dem Text des Art. 74 CISG abgeleitet werden können, ist jenes der vollen Kompensation.³⁰ Dieses Prinzip würde zunächst dafür streiten, sämtliche Rechtsverfolgungskosten nach Art. 74 CISG zu ersetzen. Insofern könnte man mit der im Schweizer Recht vertretenen «absoluten Schadenstheorie» eine Konkurrenz zwischen nationalen (prozessrechtlichen) Kostenerstattungsregeln und Schadenersatz nach CISG annehmen.

Indes verbietet ein anderes, den Grundsatz der vollen Kompensation überlagerndes Grundprinzip eine derartige Auslegung. Das CISG geht aus von der prinzipiellen Gleichbehandlung von Käufer und Verkäufer; insbesondere sehen Artt. 45 und 61 CISG für beide Parteien bei Vertragsbruch seitens der jeweils anderen Partei entsprechende Rechtsbehelfe vor. Würde man Rechtsverfolgungskosten als Schadenersatz nach Art. 74 CISG gewähren, so würde daraus eine eklatante Ungleichbehandlung der Parteien resultieren, weil allein der siegreiche Kläger in der Lage wäre, seine Prozesskosten als Schadenersatz zu liquidieren.³¹ Schadenersatz nach Art. 74 CISG setzt einen Vertragsbruch voraus; der obsiegende Beklagte ist deshalb nicht in der Lage, Kostenerstattung nach Art. 74 CISG zu verlangen, da es regelmässig an einem Vertragsbruch des unterliegenden Klägers fehlen wird.³² Das Recht auf Schadenersatz und auf volle Kompensation gehört zum Kernbereich des Vertragsrechts; eine Ungleichbehandlung von Gläubiger und Schuldner in diesem Bereich zuzulassen, liefe wohl nicht nur den Grundprinzipien des CISG, sondern generell Grundwertungen des Vertragsrechts, wie sie allen Rechtsordnungen zugrunde liegen, zuwider.

Deshalb ist nicht allein nach Art. 74 CISG Ersatz der prozessualen Kosten im Wege des Schadenersatzes abzulehnen. Auch für das schweizerische Recht haben diese Überlegungen Gültigkeit. Prozessuale Kosten sind ausschliesslich nach prozessrechtlichen Grundsätzen zu erstatten; für eine konkurrierende und gegebenenfalls über das Prozessrecht hinaus gehende Anwendung des Schadenersatzrechtes sollte entgegen der absoluten Schadenstheorie kein Raum sein.

³⁰ Vgl. insbes. CISG-AC, Fn. 29, Comment 1.

³¹ Vgl. CISG-AC, Fn. 29, Rn. 5.4 m.w. Nachw. in Fn. 93.

³² Versuche, die unternommen wurden, auch dem siegreichen Beklagten sei es nach nationalem Recht oder nach CISG einen Kostenerstattungsanspruch gegen den unterliegenden Kläger zu gewähren, vermögen nicht zu überzeugen; vgl. ZELLER, FII, 27, S. 10; FELEMEGAS, FII, 27, S. 126.

rechtlich keine Rolle spielen kann. Dementsprechend kann es auch nicht darauf ankommen, ob das jeweils anwendbare Verfahrensrecht diese Kosten erstattet oder nicht.

Das entscheidende Argument muss auch hier die im Vertragsrecht gebotene Gleichbehandlung von Gläubiger und Schuldner sein. Denn Erstattung vorprozessualer (Anwalts-)Kosten käme wiederum nur einseitig dem obsiegenden Gläubiger, grundsätzlich jedoch nicht einem obsiegenden Schuldner zugute.

Dieser Ungleichbehandlung versuchte in der Schweiz schon JÄGGI in seinem berühmten nicht publizierten Gutachten gegenzusteuern.⁴⁰ Er setzte sich dafür ein, «in freier Rechtsfindung» die vorprozessualen Anwaltskosten generell den Regeln des Prozessrechts zu unterwerfen. «Schon aus rein praktischen Gründen» seien «die vorprozessualen Kosten nach den gleichen Gesichtspunkten und in gleichem Umfang zu entschädigen ... wie die prozessualen Kosten», d.h., dass sie «auch nach allgemeinem Privatrecht grundsätzlich von der unterliegenden Partei zu tragen» sind.⁴¹ So sehr diese Auffassung vom Ergebnis her Zustimmung erheischt, so kann sie jedoch weder im nationalen Schweizer Recht noch bei internationalen, dem CISG unterliegenden Kaufverträgen dogmatisch begründet werden. Bei nur teilweisem Obsiegen des Gläubigers kann die Kürzung des Erstattungsanspruchs zwar ohne weiteres unter dem Gesichtspunkt der Mitverursachung erfolgen.⁴² Eine eigene Anspruchsgrundlage für den obsiegenden Schuldner lässt sich indes unter keinem Gesichtspunkt «erfinden».

IV. Schlussbetrachtung

Fasst man die vorstehenden Überlegungen zusammen, so ergibt sich folgendes Bild:

Prozessuale Kosten sollten ausschliesslich entsprechend dem jeweils anwendbaren Verfahrensrecht ersetzt werden. Dies gilt auch und gerade, wenn dieses Ersatz dieser Kosten nicht bzw. in nur beschränktem Umfang vorsieht. Nur dadurch wird eine Gleichbehandlung von Gläubiger und Schuldner sichergestellt.

Dieselben Prinzipien müssen aber auch den Ersatz vorprozessualer Kosten beherrschen. Auch hier muss – soweit es zu einem späteren Verfahren kommt – das insoweit anwendbare Verfahrensrecht eine mögliche Verteilung und Erstattungsfähigkeit vorprozessualer Kosten bestimmen. Fehlt es hieran, so muss der Grundsatz gelten, dass jede Partei vorprozessuale Kosten – sei es für ihre eigenen Umtriebe oder Anwaltskosten – selbst zu tragen hat. Eine Ausnahme ist dort zu machen, wo sich die Geltendmachung eines Anspruchs oder die willkürliche Ablehnung eines berechtigten Begehrens selbst als unerlaubte Handlung darstellt.⁴³

⁴⁰ JÄGGI, Fn. 21, passim.

⁴¹ JÄGGI, Fn. 21, 275 f.

⁴² Schweiz: Art. 44 OR; CISG: Art. 80.

⁴³ Zum Schweizer Recht vgl. hierzu BGE 117 II 394 ff.: «Wenn das prozessbezogene Verhalten als solches und nicht das im Prozess zu beurteilende Ereignis eine rechtswidrige Handlung darstellt, besteht ein bundesrechtlicher Anspruch gegen den Schädiger auf Ersatz der dadurch entstandenen Prozesskosten.»