



## Zur Revision des Kostenrechts im Zivilprozess

Das Gegenteil von gut ist nicht schlecht, sondern gut gemeint

DANIEL HOCHSTRASSER\*



PREDRAG SUNARIC\*\*

*Der vorliegende Beitrag setzt sich mit der unter dem geltenden Recht bestehenden Kostenschranke auseinander und zeigt auf, weshalb sich heute bei hohen Streitwerten auch vermeintlich finanzstarke Personen das Führen eines Zivilprozesses kaum noch leisten können. In einem zweiten Abschnitt wird erläutert, weshalb die im Rahmen der E-ZPO vorgeschlagenen Änderungen betreffend das Kostenrecht an dieser alarmierenden Situation kaum etwas ändern werden, und was es bräuchte, damit der Zugang zum Gericht tatsächlich wieder gewährleistet ist.*

*Le présent article traite de la barrière des coûts selon le droit en vigueur et montre pourquoi aujourd'hui, même les personnes supposées être financièrement solides peuvent difficilement se permettre de conduire des procédures civiles contenant une valeur litigieuse élevée. La deuxième partie explique pourquoi la modification du droit des coûts dans le cadre du P-CPC ne pourra guère changer quoi que ce soit à cette situation alarmante et ce qu'il faudrait pour que l'accès au juge soit à nouveau réellement garanti.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Unzulänglichkeiten des heutigen Kostenrechts
  - A. Vorbemerkung
  - B. Kantonale Tarifhoheit und die sich daraus ergebende Kostenschere
  - C. Horrende Gesamtkosten
  - D. Mangelnde Überprüfbarkeit hoher Gerichtskosten
  - E. Kostenvorschusspflicht und Inkassorisiko
  - F. Zwischenfazit
- III. Zu den Revisionsbestrebungen
  - A. Überblick über die vorgesehenen Änderungen
  - B. Zu der Regelung von Art. 98 E-ZPO im Besonderen
  - C. Notwendig wäre ein bundesrechtlicher Rahmentarif

### I. Einleitung

Am 26. Februar 2020 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft und den Entwurf zur Änderung der Zivilprozessordnung. Die geplanten, punktuellen Änderungen der ZPO zielen auf eine Verbesserung ihrer Praxistauglichkeit sowie der Rechtsdurchsetzung hin.<sup>1</sup> Eines der Kernanliegen der geplanten Gesetzesrevision ist dabei der Abbau von Kostenschranken, namentlich der als faktische Zutrittsschranken wahrgenommenen Gerichtskostenvorschüsse.<sup>2</sup> Der vorliegende Beitrag will aufzeigen, weshalb

die vorgeschlagenen Änderungen betreffend das Kostenrecht an sich zwar begrüssenswert sind, letztlich jedoch an der falschen Stelle ansetzen und entsprechend nicht über eine blossе Symptombekämpfung hinausgehen.

### II. Die Unzulänglichkeiten des heutigen Kostenrechts

#### A. Vorbemerkung

Dass das heutige Kostenrecht in mehrfacher Hinsicht als problematisch wahrgenommen wird und sich als solches kaum noch mit den verfassungs- und konventionsmässigen Garantien gemäss Art. 29a BV und Art. 6 EMRK vereinbaren lässt, ist bekannt und bildet Gegenstand etlicher wissenschaftlicher Publikationen.<sup>3</sup> Der Tenor ist, dass das heutige Kostenrecht zu einer Dreiklassengesellschaft geführt habe, in welcher sich nur noch schwerreiche und ganz arme Personen das Führen eines Zivilprozesses leisten können. Allen anderen, d.h. insbesondere mittelstän-

\* DANIEL HOCHSTRASSER, LL.M., Rechtsanwalt, Senior Partner bei Bär & Karrer, Zürich.

\*\* PREDRAG SUNARIC, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Associate bei Bär & Karrer, Zürich.

<sup>1</sup> Vgl. Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 ff. (zit. Botschaft), 2698.

<sup>2</sup> Vgl. Botschaft (FN 1), 2712.

<sup>3</sup> Siehe statt vieler: ARNOLD MARTI, ZPO-Revision, Anwaltsrevue 2021, 17 ff.; DOMINIK VOCK/STEFANIE FUCHS, Kostenvorschuss im Zivilprozess – eine neue Form der Rechtsverweigerung?, ZZZ 2019, 285 ff.; MARTIN HABLÜTZEL, Schweizerische ZPO, eine Anleitung, wie man Rechtssuchende vom Gang zum Gericht abhält!, HAVE 2019, 134 ff.; ARNOLD MARTI, Die Kosten im heutigen Zivilprozess, Anwaltsrevue 2018 (zit. MARTI, Anwaltsrevue 2018), 116 ff.; ARNOLD F. RUSCH, Will das Recht, dass man klagt? in: Peter Breitschmid et al. (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Zürich 2015, 569 ff.; ISAAK MEIER/RICCARDA SCHINDLER, Unerschwinglichkeiten der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht?, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich 2015, 29 ff.

dischen Personen und KMUs, sei der Zugang zu den Zivilgerichten von wenigen Ausnahmen abgesehen faktisch verwehrt.<sup>4</sup>

Diesem Befund ist im Grundsatz beizupflichten. Das Führen eines Zivilprozesses ist unter dem geltenden Recht zu einem Privileg verkommen, das sich Mittelständler zumindest bei höheren Streitwerten kaum noch leisten können. Was in der bisherigen Diskussion rund um die Unzulänglichkeiten des heutigen Kostenrechts indessen übergangen wird, ist die Tatsache, dass das heutige System auch vermeintlich finanzstarke Personen und Unternehmungen aufgrund oft geradezu grotesk hoher Gerichtskosten von der prozessualen Geltendmachung ihrer Rechte abhalten kann, wie nachfolgend aufgezeigt werden soll.

## B. Kantonale Tarifhoheit und die sich daraus ergebende Kostenschere

Das geltende Recht überlässt die Festsetzung der Tarife für die Prozesskosten den Kantonen (Art. 96 ZPO). Mit dieser Regelung wollte man den unterschiedlichen Verhältnissen bzw. Kostenstrukturen in den Kantonen Rechnung tragen.<sup>5</sup> Es wurde mithin bewusst in Kauf genommen, dass ein Zivilprozess mit gleichem Streitwert, je nachdem in welchem Kanton er geführt wird, unterschiedlich viel kosten würde. Die gestützt auf diese Regelung erlassenen kantonalen Tarife klaffen heutzutage nun aber derart weit auseinander, dass sich dieser Umstand mitnichten mehr mit (angeblich) unterschiedlichen Kostenstrukturen in den jeweiligen Kantonen oder sonstwie sachlich rechtfertigen liesse. Art. 96 ZPO hat vielmehr aus fehlgeleiteten fiskalpolitischen Überlegungen zu einem aus föderalistischer wie auch staatsrechtlicher Hinsicht höchst fragwürdigen Wettlauf einzelner Kantone um die höchsten Gerichtskosten geführt, was den Zugang zu den Gerichten – und damit die Zurverfügungstellung einer der zentralen Staatsaufgaben überhaupt – massgeblich untergraben hat.<sup>6</sup>

MEIER/SCHINDLER haben in ihrer aus dem Jahre 2015 stammenden Untersuchung anhand eines fiktiven Haftpflichtfalls mit einem Streitwert von CHF 1,5 Mio. aufgezeigt, dass die erstinstanzlichen Gerichtskosten je nach untersuchtem Kanton bei CHF 45'000 bis zu CHF 60'000

zu liegen kommen können.<sup>7</sup> Diese Kostenschere von rund 33 % bzw. CHF 15'000 vermag auf den ersten Blick zwar unschön, aber noch nicht gerade alarmierend wirken. Es gilt jedoch zu beachten, dass die Kostenschere bei noch höheren Streitwerten exponentiell grösser wird, da nicht sämtliche Kantone eine Plafonierung der maximal vorgesehenen Gerichtskosten in den jeweiligen Tarifen vorgesehen haben. Zu welchen Unterschieden dies *in extremis* führen kann, sei anhand eines konkreten Beispielfalls veranschaulicht, nämlich anhand des im Nachgang an das Grounding der SAir Group geführten Verantwortlichkeitsverfahrens. Letzteres wurde erstinstanzlich vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich geführt und wies einen Streitwert von etwas über CHF 282 Mio. auf. Das Handelsgericht des Kantons Zürich schöpfte unter Berücksichtigung der Tatsachen, dass das Verfahren inhaltlich komplexe Fragen aufwarf, knapp fünf Jahre lang gegen 14 Beklagte geführt wurde und rund 18'000 Seiten an Prozessakten produzierte, den kantonalen Tarifrahmen vollständig aus und legte die Gerichtskosten auf CHF 3 Mio. fest.<sup>8</sup> Wäre das gleiche Verfahren erstinstanzlich nun statt im Kanton Zürich im Kanton Schwyz durchgeführt worden, so hätten die Gerichtskosten maximal CHF 150'000 betragen, mithin gerade einmal rund 5 % der in Zürich angefallenen Kosten, da der Kanton Schwyz eine Plafonierung der maximalen Gerichtskosten im erstinstanzlichen Verfahren kennt.<sup>9</sup> Umgekehrt wären bei einer Behandlung des selben Falls im Kanton Bern Gerichtskosten von bis zu CHF 45,16 Mio.(!) möglich gewesen, mithin 1500 % der im Kanton Zürich veranlagten Gerichtskosten.<sup>10</sup>

Man mag nun dagegenhalten, dass der Swissair-Fall in der schweizerischen Gerichtspraxis einen Ausnahmefall darstellte, welcher sich so schnell nicht mehr wiederholen wird. Dies mag zutreffen, doch gilt zu beachten, dass Streitwerte im hohen zwei- oder gar dreistelligen Millionenbetrag in der heutigen Gerichtsbarkeit keine Seltenheit mehr darstellen, und dies nicht nur im Haftpflichtrecht.

Weiter wird man intuitiv einwenden wollen, dass Gerichte in Kantonen mit Tarifen, welche bei hohen Streitwerten exorbitant hohe Gerichtskosten zulassen, davon im Rahmen ihres Ermessens nicht oder nur zurückhaltend

<sup>4</sup> VOCK/FUCHS (FN 3), 288; MARTI, *Anwaltsrevue* 2018 (FN 3), Rz. 27; MEIER/SCHINDLER (FN 3), 32.

<sup>5</sup> Vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff., 7292.

<sup>6</sup> Ähnlich auch HABLÜTZEL (FN 3), 135.

<sup>7</sup> MEIER/SCHINDLER (FN 3), 36.

<sup>8</sup> HGer ZH, HG130073-0, 16.3.2018, 23, 162 f.

<sup>9</sup> Vgl. § 33 i.V.m. § 3 Abs. 3 der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz vom 20. Januar 1975.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 42 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern vom 24. März 2010.

Gebrauch machen werden, so dass die maximal zulässigen Gerichtskosten bloss theoretische Zahlen bleiben. Dem ist bedauerlicherweise nicht so, wie die Autoren aus eigener Erfahrung berichten können. So waren sie kürzlich in eine Erbschaftsstreitigkeit involviert, in welcher im Zusammenhang mit einer erbrechtlichen Auskunftsklage mit einem Streitwert im mittleren zweistelligen Millionenbereich mehrere Millionen Schweizer Franken(!) als Gerichtskostenvorschuss vom erstinstanzlichen Gericht festgesetzt wurden. Vergewahrtigt man sich, dass das materielle Recht eine umfassende Informations- und Auskunftspflicht unter den Erben statuiert,<sup>11</sup> mithin den Erben ein unbedingtes Recht auf Auskunftserteilung zuteilt, so wird das materielle Recht geradezu pervertiert, wenn ein Erbe mehrere Millionen Schweizer Franken vorab als Kostenvorschuss zu entrichten hat, um lediglich an die ihm nach materiellem Recht zustehenden Informationen zu kommen, welche es ihm überhaupt ermöglichen sollen, seine Ansprüche, z.B. wegen Pflichtteilsverletzung, zu prüfen.

Es kann nicht angehen, dass je nachdem, wo in der Schweiz geklagt wird, Gerichtskosten von einigen (Zehn-)Tausend bis zu mehreren Millionen Schweizer Franken für dieselbe Arbeit erhoben werden. Die heute bestehende Kostenschere befördert geradezu ein «*Forum Shopping*» nach dem günstigsten Gericht und belastet letztlich die Justiz derjenigen Kantone, welche sich darum bemühen, die Justiz erschwinglich bzw. für jedermann zugänglich zu erhalten. Wo ein solches «*Forum Shopping*» nicht möglich ist, und die rechtssuchende Person ihr Recht nur in einem Kanton mit hohen Gerichtskosten durchsetzen kann, wird sie mit Blick auf die teils exorbitanten Gerichtskosten unter Umständen auf die Geltendmachung ihres Rechts verzichten müssen.

### C. Horrende Gesamtkosten

Erstinstanzliche Gerichtskosten, welche wie soeben gesehen für sich schon in die Millionen von Schweizer Franken gehen können, bilden nur einen Teil der zu erwartenden Gesamtkosten, sinnbildlich gesprochen oftmals gar nur die Spitze des Eisbergs. Hinzu kommen die Kosten für die eigene anwaltliche Vertretung sowie im Falle des Unterliegens grundsätzlich auch die Kosten für die anwaltliche Vertretung der Gegenseite in Form einer Parteientschädigung (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Wird das erst-

instanzliche Urteil angefochten und die Rechtsstreitigkeit in der Folge über mehrere Instanzen ausgetragen, so treten zusätzlich noch die Gerichts- und Anwaltskosten für die Rechtsmittelverfahren hinzu. Die letztinstanzlich unterliegende Partei hat im Grundsatz wiederum für sämtliche Kosten aufzukommen, dies auch dann, wenn es infolge einer unklaren Rechtslage zu einer mehrfachen Beanspruchung des Instanzenzugs kommt. Zu welcher horrenden Gesamtkosten dies unter dem geltenden Kostenrecht auch in Kantonen mit vermeintlich moderaten Gebührentarifen führen kann, sei anhand der Hirschmann-Erbstreitigkeit veranschaulicht.<sup>12</sup>

Im besagten Fall war strittig, ob sich die ehemalige Lebenspartnerin des Erblassers auf ein Vermächtnis aus dem Jahre 2008 berufen konnte, welches sie mit CHF 10 Mio. begünstigte. Der Erblasser hatte im Jahr 2010 ein weiteres Testament erstellt, welches eine Widerrufsklausel enthielt, dieses Testament in der Folge aber (in Aufhebungsabsicht) vernichtet.<sup>13</sup> Es stellte sich folglich die Frage, ob es mit der Vernichtung des aus dem Jahre 2010 stammenden Testaments zu einem «Widerruf des Widerrufs» kam, d.h. ob damit das widerrufenen Vermächtnis wieder auflebte.<sup>14</sup>

Die von der ehemaligen Lebenspartnerin des Erblassers erhobene Klage gegen die Söhne des Erblassers wurde vom Bezirksgericht Meilen erstinstanzlich abgewiesen. Das Bezirksgericht Meilen legte die Gerichtskosten dabei auf CHF 162'050 fest und verpflichtete die ehemalige Lebenspartnerin zur Zahlung einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 153'000.<sup>15</sup> Diese reichte in der Folge Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich ein, welche gutgeheissen wurde. Das Obergericht setzte die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren auf CHF 100'000 fest und verpflichteten die Söhne des Erblassers, der ehemaligen Lebenspartnerin ihres Vaters eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 153'000 für das erstinstanzliche sowie CHF 71'000 für das zweitinstanzliche Verfahren zu zahlen.<sup>16</sup> Gegen den obergerichtlichen Entscheid reichten wiederum die Söhne des Erblassers Beschwerde beim Bundesgericht ein. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und wies die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht des Kantons

<sup>11</sup> Art. 607 sowie Art. 609 ZGB; vgl. dazu BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 607 N 11 m.w.Nachw., in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), ZGB II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019.

<sup>12</sup> Vgl. dazu FABIAN BAUMGARTNER, Der Hirschmann-Erbstreit muss neu beurteilt werden, NZZ vom 6.2.2018, 16; BGer, 5A\_412/2017, 8.1.2018; BGer, 5A\_69/2019, 20.6.2019; ALEXANDRA HIRT, Trotz Vernichtung des Widerruftestaments kein Wiederaufleben des ursprünglichen Testaments, dRSK, 10.9.2019.

<sup>13</sup> Vgl. HIRT (FN 12).

<sup>14</sup> BGer, 5A\_412/2017, 8.1.2018, E. 3.2.

<sup>15</sup> Vgl. OGer ZH, LB160085-O/U, 26.4.2017, 3 f.

<sup>16</sup> Vgl. OGer ZH, LB160085-O/U, 26.4.2017, Dispositivziffern Nr. 4, 5 und 6

Zürich zurück.<sup>17</sup> Das Bundesgericht setzte die Gerichtskosten für das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren auf CHF 40'000 fest und verpflichtete die ehemalige Lebenspartnerin zur Zahlung einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 50'000.<sup>18</sup> Im zweiten Anlauf wies das Obergericht des Kantons Zürich die Klage der ehemaligen Lebenspartnerin des Erblassers ab. Es legte die Gerichtskosten für beide Berufungsverfahren auf CHF 140'000 fest und verpflichtete die ehemalige Lebenspartnerin zur Zahlung einer Parteientschädigung für beide Berufungsverfahren in der Höhe von CHF 106'000.<sup>19</sup> Danach ging der Fall nochmals vor das Bundesgericht, welches die Beschwerde der ehemaligen Lebenspartnerin abwies. Das Bundesgericht legte die Gerichtskosten für das zweite bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren erneut auf CHF 40'000 fest, sprach indessen keine Parteientschädigungen zu.<sup>20</sup>

Ausser Spesen nichts gewesen: Im Endeffekt ging die ehemalige Lebenspartnerin leer aus. Gleichzeitig fielen gesamthaft Gerichtskosten von über CHF 380'000 an. Rechnet man zusätzlich die Kosten für die Rechtsvertretung beider Parteien hinzu, so gelangt man ohne Weiteres auf Gesamtkosten von über CHF 1 Mio. Mit anderen Worten kostete die Überprüfung der Gültigkeit eines einfachen Vermächnisses mehr als CHF 1 Mio.; dies *nota bene* bei einem Streitwert von *«lediglich»* CHF 10 Mio.

Dieser Beispielfall zeigt eindringlich auf, wie unter dem geltenden Kostenrecht der Versuch der zivilprozessualen Durchsetzung eines Anspruchs ohne Weiteres in finanziellen Ruin für die rechtssuchende Partei enden kann.<sup>21</sup>

#### D. Mangelnde Überprüfbarkeit hoher Gerichtskosten

Rechtssuchende Personen sind exorbitant hohen Gerichtskosten regelmässig machtlos ausgeliefert, da eine Überprüfung im Rechtsmittelverfahren nur in äusserst engen Grenzen möglich ist. Gerichtskosten sind zwar Kausalabgaben, die als solche dem Kostendeckungs- sowie dem Äquivalenzprinzip zu genügen haben.<sup>22</sup> Beide Garantien bieten aufgrund der in diesem Zusammenhang ergange-

nen bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Ergebnis jedoch keinen effektiven Schutz vor u.U. exorbitant hohen Gerichtskosten:

Das *Kostendeckungsprinzip* besagt, dass der Gebührenertrag die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen soll. Die gesamten Kosten des *«betreffenden Verwaltungszweigs»* – im Kanton Bern bspw. die Kosten der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit des gesamten Kantons Bern – liegen je nach Kanton im hohen zwei- oder gar dreistelligen Millionenbereich, weshalb dem Kostendeckungsprinzip bei der Überprüfung von Gerichtskosten in aller Regel keine Bedeutung zukommt.<sup>23</sup>

Das *Äquivalenzprinzip* konkretisiert den Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) und verlangt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss.<sup>24</sup> Ein solch *«offensichtliches Missverhältnis»* ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch nur in engen Grenzen zu bejahen. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang einerseits festgehalten, dass es den Gemeinwesen nicht verwehrt ist, *«mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte den Ausfall in weniger bedeutsamen Fällen auszugleichen»*.<sup>25</sup> Mit anderen Worten dürfen die Gerichte bei Streitigkeiten mit hohen Streitwerten eine gewisse *«Quersubventionierung»* vornehmen, d.h. die Gerichtskosten bewusst über dem eigentlich angefallenen Verwaltungsaufwand festlegen, womit rechtssuchende Personen letztlich über die Erhebung der Gerichtskosten zur eigentlichen Finanzierung des Staatshaushaltes zur Kasse gebeten werden dürfen.<sup>26</sup> Darüber hinaus ist gemäss Bundesgericht bei der Bestimmung des Wertes der gerichtlichen Leistung ohnehin nicht bloss danach zu fragen, wie hoch der gerichtliche Kosten- bzw. Zeitaufwand ausgefallen ist. Vielmehr bestimmt sich der Wert der gerichtlichen Leistung auch nach dem wirtschaftlichen Nutzen für den Rechtssuchenden, der *«im Zugang zur Justiz an sich»* zu verorten sei.<sup>27</sup> Der Wert dieses Zugangs ist – so das Bundesgericht – *«umso grösser, je höher der Betrag des Klageanspruchs (Streitwert) liegt»*.<sup>28</sup> Diese Rechtsprechung erlaubt es folglich, den Wert der gerichtlichen Leistung bei sehr hohen Streitwerten ebenfalls sehr hoch anzusetzen, womit letztlich auch exorbitante

<sup>17</sup> BGer, 5A\_412/2017, 8.1.2018, Dispositivziffer Nr. 1.

<sup>18</sup> BGer, 5A\_412/2017, 8.1.2018, Dispositivziffern Nr. 2 und 3.

<sup>19</sup> OGer ZH, LB180004-O/U, 5.12.2018, Dispositivziffern Nr. 3, 4 und 6.

<sup>20</sup> BGer, 5A\_69/2019, 20.6.2019, Dispositivziffern Nr. 3 und 4.

<sup>21</sup> Als weiteres Anschauungsbeispiel mag der bei RUSCH (FN 3), 572 f. besprochene Fall des Zürcher Heimatschutzpräsidenten dienen.

<sup>22</sup> Vgl. BGer, 5A\_398/2018, 11.12.2018, E. 5.4.

<sup>23</sup> Vgl. so auch BGE 139 III 334 E. 3.2.3.

<sup>24</sup> BGE 139 III 334 E. 3.2.4.

<sup>25</sup> BGE 139 III 334 E. 3.2.4; vgl. auch MEIER/SCHINDLER (FN 3), 43.

<sup>26</sup> Ähnlich MARTI, Anwaltsrevue 2018 (FN 3), Rz. 6.

<sup>27</sup> BGE 139 III 334 E. 3.2.4.

<sup>28</sup> BGE 139 III 334 E. 3.2.4.

Gerichtskosten als mit dem Äquivalenzprinzip vereinbar erscheinen.<sup>29</sup>

Was die Höhe von Gerichtskosten*vorschüssen* anbelangt, so kommt hinzu, dass diese gemäss der zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ergangenen Rechtsprechung vor Bundesgericht nur von einer Person angefochten werden können, «*die nicht über die nötigen finanziellen Mittel für die Zahlung des von ihr unter diesem Titel verlangten Betrages verfügt, die aber auch nicht die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt*».<sup>30</sup> Die beschwerdeführende Partei muss mithin im Sinne einer Eintretensvoraussetzung «*nachweisen, dass sie finanziell nicht in der Lage ist, den Betrag zu zahlen, der ihr den Zugang zum Gericht eröffnen würde*». Gelingt ihr dies nicht, wird auf die Beschwerde vor Bundesgericht auch bei Vorliegen eines exorbitant hohen Gerichtskosten*vorschusses* nicht eingetreten.<sup>31</sup>

### E. Kostenvorschusspflicht und Inkassorisiko

Zivilgerichte sind unter dem geltenden Recht an sich nicht verpflichtet, Gerichtskosten*vorschüsse* zu erheben. Art. 98 ZPO ist vielmehr als Kann-Vorschrift ausgestaltet. Dessen ungeachtet erheben die Gerichte praxisgemäss grundsätzlich immer Kostenvorschüsse in der Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten.<sup>32</sup> Das Bundesgericht bezeichnete dies jüngst gar als den Regelfall,<sup>33</sup> was, wie MARTI zutreffend hervorhebt, faktisch einem unzulässigen Ermessensverzicht gleichkommt.<sup>34</sup> Diese klägerfeindliche Praxis führt gepaart mit den bereits erwähnten, teils exorbitant hoch ausfallenden Gerichtskosten letztlich dazu, dass der Zugang zum Recht massiv eingeschränkt wird. Die klägerlastige Kostenvorschusspflicht hat auch eine Ungleichbehandlung der Parteien zur Folge, indem sie zu Unrecht davon ausgeht, dass Prozesse stets von der klagenden Partei veranlasst werden.<sup>35</sup> Damit werden u.a. zahlungsunwillige Schuldner privilegiert, da

diese darauf hoffen können, dass ein Gläubiger die hohen *Vorschüsse* scheuen und letztlich von der Geltendmachung seines Anspruchs absehen wird.

Diese an sich schon angespannte Situation wird durch die Regelung von Art. 111 ZPO weiter verschärft. Gemäss Art. 111 ZPO werden die Gerichtskosten mit den geleisteten *Vorschüssen* verrechnet und die kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei die geleisteten *Vorschüsse* zu ersetzen. Mit anderen Worten wird im Falle des Unterliegens der beklagten Partei der von der Klägerin geleistete *Vorschuss* zur Deckung der von der Gegenpartei zu zahlenden Gerichtskosten verwendet und damit das Inkassorisiko für die Gerichtskosten vom Staat auf die klagende Partei abgewälzt. MEIER/SCHINDLER ist zuzustimmen, dass diese Regelung dem Gerechtigkeitsempfinden widerstrebt und eines modernen Rechtsstaates schlicht unwürdig ist.<sup>36</sup>

### F. Zwischenfazit

Die vorstehenden Ausführungen mögen aufgezeigt haben, dass das heutige Kostenrecht bei hohen Streitwerten auch vermeintlich finanzstarke Personen und Unternehmungen von der Geltendmachung ihrer Rechte abhalten kann. Die Ausgangsthese, wonach sich heute nur noch schwerreiche und ganz arme Personen das Führen eines Zivilprozesses leisten können, ist folglich insofern anzupassen, als sich heute eigentlich nur noch ganz arme Personen mit Aussicht auf Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege das Führen eines Zivilprozesses leisten können, wobei auch diese aufgrund der Regelung von Art. 118 Abs. 3 ZPO im Falle eines Unterliegens ihren finanziellen Ruin in Kauf nehmen müssen.<sup>37</sup> Das heutige Kostenrecht stellt mithin unabhängig von der Finanzstärke der rechtssuchenden Person eine massive Beschränkung des verfassungs- und konventionsmässig garantierten Zugangs zum Gericht dar. Verschiedene Untersuchungen haben denn auch aufgezeigt, dass die Anzahl zivilrechtlicher Gerichtsverfahren in den letzten Jahren substantiell zurückgegangen ist, dies bei zeitgleicher Zunahme der gesamtschweizerischen Wohnbevölkerung.<sup>38</sup> Dieser Befund ist für einen modernen Rechtsstaat, als den sich die Schweiz versteht, gleichermassen alarmierend wie beschämend, sofern die Gründe dafür nicht in einer allgemeinen «neuen Friedfertigkeit» liegen (was wir bezweifeln), sondern tatsächlich von der geschilderten Kostenschranke beeinflusst sind.

<sup>29</sup> So auch RUSCH (FN 3), 573.

<sup>30</sup> BGE 142 III 798 E. 2.3.4. = Pra 107 (2018), Nr. 28.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu auch MEIER/SCHINDLER (FN 3), 61, die darauf hinweisen, dass unklar ist, ob und wann eine juristische Person als «*mittellos*» zu gelten hat.

<sup>32</sup> Vgl. so auch MARTI, Anwaltsrevue 2018 (FN 3), Rz. 18 f.; HABLÜTZEL (FN 3), 135.

<sup>33</sup> BGE 140 III 159 E. 4.2.

<sup>34</sup> MARTI, Anwaltsrevue 2018 (FN 3), Rz. 19. Gl. M. sind auch VOCK/FUCHS (FN 3), 287.

<sup>35</sup> MARTIN STERCHI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, Art. 98 ZPO N 3; MARTI, Anwaltsrevue 2018 (FN 3), Rz. 20.

<sup>36</sup> MEIER/SCHINDLER (FN 3), 80. So auch VOCK/FUCHS (FN 3), 290.

<sup>37</sup> Vgl. MEIER/SCHINDLER (FN 3), 32.

<sup>38</sup> HABLÜTZEL (FN 3), 135 f. m.w.Nachw.; MEIER/SCHINDLER (FN 3), 76 f.

### III. Zu den Revisionsbestrebungen

#### A. Überblick über die vorgesehenen Änderungen

Der Bundesrat erachtet die *«vielstimmige Kritik am geltenden Prozesskostenrecht»* als berechtigt und schlägt deshalb punktuelle Gesetzesänderungen vor, die den Zugang zum Recht insbesondere *«auch für Personen und Parteien [gewährleisten sollen], die weder besonders begütert sind noch in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. ZPO kommen»*.<sup>39</sup>

Konkret ist vorgesehen, die *Kostenvorschüsse* im Grundsatz auf maximal die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten zu begrenzen (Art. 98 Abs. 1 E-ZPO). Anders als noch im Vorentwurf schlägt der Bundesrat nunmehr in Art. 98 Abs. 2 E-ZPO aber eine Ausnahmeregelung für bestimmte Verfahren vor, in welchen weiterhin die Möglichkeit bestehen soll, Vorschüsse in der Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten zu erheben.

Weiter soll die Regelung über die Liquidation der Prozesskosten dahingehend angepasst werden, dass das *Inkassorisiko* für die Gerichtskosten, ausser in den Ausnahmefällen gemäss Art. 98 Abs. 2 E-ZPO, wieder dem Staat übertragen wird.

#### B. Zu der Regelung von Art. 98 E-ZPO im Besonderen

Die Regelung von Art. 98 Abs. 1 E-ZPO, wonach zukünftig grundsätzlich höchstens noch die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten als Vorschuss erhoben werden soll, löst die unter dem heutigen Recht bestehende Ungleichbehandlung zwischen den Parteien auf, indem zu Beginn des Prozesses nicht länger einseitig davon ausgegangen wird, dass die klagende Partei sämtliche mit dem Prozess verbundenen Kosten verursacht. Dies ist an sich begrüssenswert. Bedauerlich ist hingegen, dass der Praxis, wonach grundsätzlich immer Kostenvorschüsse erhoben werden, kein Riegel geschoben wird. VOCK/FUCHS haben aufgezeigt, dass die Erhebung von Gerichtskostenvorschüssen oftmals kein taugliches Mittel zur Erreichung der damit angestrebten Zwecke darstellt.<sup>40</sup> Von einer generellen Kostenvorschusspflicht ist deshalb sinnvollerweise abzusehen. Wünschenswert wäre eine Ergänzung der Regelung von Art. 98 Abs. 1 E-ZPO, wonach Vorschüsse in der Höhe von maximal der Hälfte der zu erwartenden Gerichtskosten nur dann erhoben werden dürfen,

wenn das Gericht bei Anwendung von pflichtgemäsem Ermessen zum Ergebnis gelangt, dass dies aufgrund eines sachlichen Grundes angezeigt ist, bspw. aufgrund eines erhöhten Inkassorisikos<sup>41</sup> oder zur Verhinderung rechtsmissbräuchlicher, schikanöser oder querulatorischer Prozessführung.<sup>42</sup>

In der Vernehmlassung äusserte sich eine knappe Mehrheit der Kantone angesichts der erwarteten Mehrkosten ablehnend gegen eine allgemeine Beschränkung der Vorschusspflicht auf die Hälfte der zu erwartenden Gerichtskosten.<sup>43</sup> Dieser Kritik kommt der Bundesrat nun insoweit entgegen, als dass er in Art. 98 Abs. 2 E-ZPO einen Ausnahmekatalog für Verfahren vorsieht, welche – so der Bundesrat – *«entweder aufgrund nur geringer mutmasslicher Gerichtskosten auch nur geringe Vorschüsse zur Folge haben oder in denen höhere Vorschüsse sachlich gerechtfertigt erscheinen»*.<sup>44</sup> Wie bereits erwähnt führt die Regelung, wonach die klagende Partei sämtliche Gerichtskosten vorzuschüssen hat, zu einer Ungleichbehandlung der Parteien. Eine solche Regelung ist folglich gerade *nicht* sachlich gerechtfertigt. Sie dient im Verbund mit der neu in Art. 111 E-ZPO vorgesehenen Ausnahme vielmehr dazu, das staatliche Inkassorisiko in den in Art. 98 Abs. 2 E-ZPO aufgeführten Verfahren auf die rechtssuchende Partei zu übertragen, was in der Botschaft denn auch explizit zugegeben wird.<sup>45</sup> Damit wird es auch in Zukunft in einer Vielzahl von Verfahren dabei bleiben, dass *«eine aus gutem Grund klagende und in der Folge vollumfänglich obsiegende Partei in einem ersten Schritt grundsätzlich auch die Gerichtskosten zu tragen hat, indem ihr dafür lediglich eine Ersatzforderung gegenüber dem Prozessgegner zusteht»*.<sup>46</sup>

Als besonders unglücklich erweist sich die Regelung von Art. 98 Abs. 2 lit. a E-ZPO. Als eine der grossen Neuerungen sieht die Gesetzesvorlage die Möglichkeit vor, dass die Kantone ihre Handelsgerichte für bestimmte Fälle von internationalen Handelsstreitigkeiten für zuständig erklären können und die Parteien – über die bestehende Möglichkeit von Artikel 8 ZPO (direkte Klage beim oberen Gericht) hinaus – in diesen Fällen somit ausnahmsweise die Handelsgerichte prorogieren können (vgl. Art. 6

<sup>39</sup> Vgl. Botschaft (FN 1), 2712.

<sup>40</sup> VOCK/FUCHS (FN 3), 289 f.

<sup>41</sup> So auch VOCK/FUCHS (FN 3), 290.

<sup>42</sup> Vgl. Botschaft (FN 1), 2741.

<sup>43</sup> Bericht Vernehmlassung, Internet: <https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2018#EJPD> (Abruf 16.2.2021), Ziff. 4.1 und 5.16; Botschaft (FN 1), 2740.

<sup>44</sup> Vgl. Botschaft (FN 1), 2712.

<sup>45</sup> Vgl. Botschaft (FN 1), 2742.

<sup>46</sup> Dies wollte man eigentlich mit der Revision gerade verhindern, vgl. Botschaft (FN 1), 2744.

Abs. 4 lit. c E-ZPO).<sup>47</sup> Mit der in Art. 98 Abs. 2 lit. a E-ZPO vorgesehenen Kostenvorschusspflicht und dem sich aus Art. 111 E-ZPO ergebenden Inkassorisiko droht die als bahnbrechende Neuerung gefeierte Möglichkeit einer internationalen Handelsgerichtsbarkeit aber letztlich toter Buchstabe zu bleiben; dies mindestens so lange, wie bei hohen Streitwerten exorbitant hohe Gerichtskosten und damit auch exorbitant hohe Gerichtskostenvorschüsse möglich bleiben.

### C. Notwendig wäre ein bundesrechtlicher Rahmentarif

Die Gesetzesrevision nimmt sich wie soeben gesehen der zu Recht als problematisch angesehenen Regelungen betreffend die Kostenvorschusspflicht und die Liquidation der Prozesskosten an, wobei sie dies aber auch bloss halbherzig tut. Der eigentliche *«elephant in the room»*, nämlich das Problem der teils exorbitanten Gerichtskosten, wird dagegen nicht angegangen. Vielmehr soll an der in Art. 96 ZPO vorgesehenen Tarifhoheit der Kantone unverändert festgehalten werden. Die Botschaft hält so dafür, dass von der *«Schaffung schweizweit einheitlicher Gebührentarife oder zumindest eines Rahmen- oder Maximaltarifs und damit von einem Eingriff in die Tarifhoheit [abgesehen wird]»*.<sup>48</sup> Nach Ansicht des Bundesrats stehen die Kantone *«in der Pflicht, im Rahmen ihrer Tarifautonomie auch weiterhin eine erschwingliche Zivilgerichtsbarkeit zu gewährleisten»*.<sup>49</sup>

Die Erfahrung der letzten zehn Jahre lehrt, dass einzelne Kantone sich als unfähig bzw. unwillig erwiesen haben, eine *«erschwingliche Zivilgerichtsbarkeit zu gewährleisten»*. Die lasche bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Äquivalenzprinzip hat dazu beigetragen, dass rechtssuchende Parteien exorbitanten Gerichtskosten regelmässig machtlos ausgeliefert sind. Diese Situation wird durch die vorgeschlagenen Änderungen nur minim entschärft. Eine rechtssuchende Partei wird nämlich stets auch das Kostenrisiko im Falle eines Unterliegens mitzubetrachten haben. Dieses bleibt gemäss der E-ZPO unverändert fortbestehen. Dass das *«Eintrittsticket»* fortan in bestimmten Verfahren nur noch halb so viel kosten soll wie bis anhin, vermag – solange die Gerichtskosten so exorbitant hoch bleiben – keinen wirklichen Trost zu spenden. Es bleibt nämlich bei einer faktischen Zutrittschranke, wenn eine rechtssuchende Partei neu statt bspw.

CHF 4 Mio. *«nur»* noch CHF 2 Mio. vorschüssen muss, um ihre materiellen Rechte prozessual durchsetzen zu können.

Die Zurverfügungstellung eines funktionierenden und erschwinglichen Justizapparates stellt in einem Rechtsstaat eine der wichtigsten Staatsaufgaben überhaupt dar.<sup>50</sup> Die Justiz soll und muss erschwinglich bleiben. Wird der Zugang zum Recht durch übersetzte Gebühren faktisch beschränkt, wird nicht nur der verfassungs- und konventionsmässig garantierte Justizgewährungsanspruch ausgehöhlt, sondern letztlich auch das materielle Recht untergraben.

Angezeigt wäre ein entschlossenes Vorgehen gegen exorbitante Gerichtskosten und letztlich eine Abkehr von der kantonalen Tarifhoheit. Es ist nicht einzusehen, weshalb es im Zivilprozessrecht anders als im Schuldbetreiberrecht nicht möglich sein soll, einen bundesrechtlichen Rahmentarif vorzusehen. Fiskalpolitische Überlegungen bzw. die Angst vor allfälligen Mehrkosten vermögen nicht zu überzeugen, zumal die Zivilgerichtsbarkeit bereits heute sowohl beim Bund als auch in den Kantonen ein Verlustgeschäft darstellt.<sup>51</sup> Es kann nicht angehen, diesen Verlustsaldo auf dem Buckel des verfassungs- und konventionsmässig garantierten Zugangs zum Gericht um ein paar Prozentpunkte minimieren zu wollen.

<sup>47</sup> Vgl. Botschaft (FN 1), 2718.

<sup>48</sup> Vgl. Botschaft (FN 1), 2713.

<sup>49</sup> Vgl. Botschaft (FN 1), 2713.

<sup>50</sup> Vgl. MARTI, Anwaltsrevue 2018 (FN 3), Rz. 3 sowie Botschaft (FN 1), 2713, die in diesem Zusammenhang von einer *«essentiellen Staatsaufgabe»* spricht.

<sup>51</sup> Vgl. MARTI, Anwaltsrevue 2018 (FN 3), Rz. 8.