

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.

Die entscheidende Frage, die sich für alle diese Kosten stellt, ist, ob, auf welcher rechtlichen Grundlage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang sie allenfalls von der anderen Partei zurückgefordert werden können. Zunächst ist es dabei Sache des jeweils anwendbaren (Schieds-)Verfahrensrechts darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang eine Kostenerstattung zu erfolgen hat. Sodann stellt sich die Frage, ob in Fällen, in denen das anwendbare Verfahrensrecht keine Kostenerstattung ermöglicht, eine solche über das anwendbare materielle Recht erfolgen kann, d.h. ob Rechtsverfolgungskosten allenfalls im Wege des Schadenersatzes von der anderen Partei ersetzt verlangt werden können.

II. Kostenerstattung im internationalen Vergleich

Im internationalen Vergleich lassen sich vereinfacht gesprochen zwei grundlegend verschiedene Systeme unterscheiden:

1. Costs follow the event

Nach der Mehrzahl der Verfahrensordnungen hat die unterlegene Partei der obsiegenden Partei die Kosten zu erstatten. Im englischen Sprachraum wird dieses System oft als das Prinzip «Costs follow the event» bezeichnet.³ In der Schweiz folgen sämtliche kantonalen Prozessordnungen wie auch der Entwurf zur eidgenössischen Zivilprozessordnung diesem Grundsatz.⁴

Trotz identischem Ausgangspunkt sind freilich bei der Ausgestaltung im Einzelnen erhebliche Unterschiede zu verzeichnen.

So findet sich häufig die Regelung, dass vom Verteilungsgrundsatz nach Unterliegen/Obsiegen unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden und das Gericht die Verteilung nach Ermessen vornehmen kann.⁵ In vielen Ländern können Kosten nur bis zur Grenze bestimmter Höchstsätze geltend gemacht werden. So erfolgt in den meisten kantonalen Prozessrechten ein Ersatz entsprechend Tarif,⁶ in Deutschland sind die ent-

³ Vgl. nur GOTANDA, 21 Mich. J. Int'l L. 1, 4 (1999) m.w. Nachw.

⁴ Vgl. § 112 ZPO AG; Art. 90 ZPO AI; Art. 81 ZPO AR; Art. 58 ZPO BE; § 211 ZPO BL; § 172 ZPO BS; Art. 111 ZPO FR; Art. 176 ZPO GE; Artt. 132, 139 ZPO GL; Art. 122 ZPO GR; Art. 57 ZPO JU; § 119 ZPO LU; Art. 152 ZPO NE; Art. 99 ZPO NW; Art. 93 ZPO OW; Art. 264 ZPO SG; Art. 254 ZPO SH; § 101 ZPO SO; § 59 ZPO SZ; § 75 ZPO TG; Art. 148 ZPO TI; Art. 107 ZPO UR; Art. 92 ZPO VD; Art. 252 ZPO VS; §§ 38, 40 ZPO ZG; §§ 64, 68 ZPO ZH; Art. 104 E-ZPO (Entwurf schweiz. ZPO).

⁵ Vgl. nur Art. 105 E-ZPO.

⁶ Vgl. nur § 100 ZPO AG m. Verweis auf Dekret über die Entschädigung der Anwälte AG [SGS 291.150]; Art. 66 ZPO BE m. Verweis auf Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes BE [SGS 168.811]; Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte BL [SGS 178.112]; § 1 ff. Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt [SGS 291.400]; Tarif vom 28. Juni 1988 der als Parteikosten in Zivilsachen geschuldeten Anwaltshonorare und –auslagen FR [SGS 137.21]; § 117 ZPO LU m. Verweis auf Gesetz über die Kosten im Verfahren vor Gerichtsbehörden LU [SGS 264] sowie Verordnung über die Kosten in den Zivil- und Strafverfahren LU [SGS 265]; Art. 143 ZPO NE

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/STRÄULI/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 STAEHELIN/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).

3. Schiedsverfahren

Weicht die Kostenerstattung in den nationalen Rechtsordnungen bereits erheblich voneinander ab, so gilt dies erst recht im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.

Zwar sehen die Schiedsordnungen der am weitesten verbreiteten institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit wie auch die für ad hoc Schiedsgerichtsbarkeit vorgesehenen UNCITRAL Schiedsregeln heute ausdrücklich vor, dass das Schiedsgericht die Befugnis hat, im Rahmen des Schiedsspruchs auch über die Kosten inkl. allfälliger Anwaltsgebühren zu entscheiden.¹³ Indes variieren diese Regeln beträchtlich im Hinblick auf die Methode der Kostenverteilung. Während einige Schiedsregeln dem Schiedsgericht insoweit ein breites Ermessen einräumen,¹⁴ folgen andere Regeln dem Prinzip, dass die unterlegene Partei die Kosten der obsiegenden Partei zu übernehmen hat, wobei im Regelfall das Schiedsgericht wiederum nach Ermessen entsprechend den Umständen des Einzelfalls von dieser Regel abweichen kann.¹⁵ Auf Grund des den Schiedsgerichten eingeräumten weiten Ermessens erstaunt es kaum, dass selbst unter derselben Schiedsordnung oftmals erheblich divergierende Entscheide zustande kommen.¹⁶

Häufig haben Schiedsgerichte in Fragen der Kostenerstattung auch auf nationales Recht zurückgegriffen.¹⁷ Dies insbesondere dann, wenn die anwendbaren Schiedsregeln, wie z.B. die ICC Rules, dem Schiedsgericht zwar die Befugnis zur Kostenregelung einräumen, die anwendbare Methode jedoch nicht festlegen. Auch bei dieser Vorgehensweise sind indes Unsicherheiten vorprogrammiert. Denn es ist keineswegs sicher, welches nationale Recht zur Kostenverteilung herangezogen wird, erscheint es doch schon im internationalen Vergleich als offene Frage, ob der Kostenentscheid – wie freilich in den meisten Rechtsordnungen – prozessrechtlichen oder – wie teilweise in den USA – materiellrechtlichen Regelungen folgt.¹⁸

Nicht zuletzt auf Grund dieser Unsicherheiten gehen mehr und mehr Parteien dazu über, in ihren Verträgen nicht nur eine Schiedsklausel zu vereinbaren, sondern vorsorglich auch die Fragen der Kostenerstattung mehr oder weniger detailliert zu regeln. Grundsätzlich wird ein Schiedsgericht eine derartige Klausel beachten und die Kosten dementsprechend der oder den Parteien im Schiedsspruch auferlegen.¹⁹ Auch insoweit müssen die Parteien allerdings zuweilen mit Überraschungen rechnen. Vor allem US-

¹³ Vgl. Art. 43 lit. c AAA Commercial Arbitration Rules; Art. 46 CIETAC Rules; § 35.1 DIS Rules 1998; Art. 31 ICC Rules 1998; Artt. 28.3, 28.4 LCIA Rules; Art. 44 SCC Rules; Art. 38 SRIA; Art. 38 UNCITRAL Arbitration Rules; Art. 72 WIPO Arbitration Rules.

¹⁴ Vgl. Art. 31 Abs. 3 ICC RULES; Art. 43 AAA Commercial Arbitration Rules; Art. 31.1 SIAC Rules.

¹⁵ Vgl. Art. 28.4 LCIA Rules; Art. 40 SRIA; Art. 40 Abs. 1 UNCITRAL Arbitration Rules; § 35.2 DIS Rules 1998; Art. 46 Abs. 2 CIETAC Rules; Art. 44 SCC Rules; Art. 72 WIPO Arbitration Rules.

¹⁶ Vgl. die Nachweise bei GOTANDA, 21 Mich. J. Int'l L. 1, 18 ff. (1999).

¹⁷ Vgl. nur Final Award Nr. 6962 (ICC 1992), 19 Y.B. Com. Arb. 184, 193 (1994); Final Award Nr. 2642 (SMA 28. März 1990), 18 Y.B. Com. Arb. 112, 120 (1993); Final Award Nr. 6248 (ICC 1990), 19 Y.B. Com. Arb. 124, 139 f. (1994); Final Award Nr. 5946 (ICC 1990), 16 Y.B. Com. Arb. 97, 118 (1991).

¹⁸ Vgl. GOTANDA, 21 Mich. J. Int'l L. 1, 2 f. (1999).

¹⁹ Vgl. nur Ad hoc UNCITRAL Award, 27.5.1991, 17 Y.B. Com. Arb. 11, 26 f. (1992); Final Award Nr. 6320 (ICC 1992), 20 Y.B. Com. Arb. 62, 108 f. (1995); Final Award Nr. 7385 und 7402 (ICC 1992), 18 Y.B. Com. Arb. 68, 78 f. (1993); Final Award Nr. 3572 (ICC 1982), 14 Y.B. Com. Arb. 111,

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. BÖSCH, 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 GIRSBERGER, Das Recht auf Ersatz der Anwaltskosten, die im Zusammenhang mit der Verfolgung oder Abwehr unbegründeter Ansprüche entstehen, SJZ 58 (1962), S. 350 ff.

rechtliche Schadenersatzansprüche mit Kostenerstattungsansprüchen nach kantonailem Prozessrecht generell konkurrieren können.²⁵ Damit kann auch ein «übertarifliches» Anwaltshonorar ersetzt werden, insoweit nicht eine Verletzung der Schadensminderungspflicht anzunehmen ist.²⁶

Auch auf internationaler Ebene hat die Frage der Zuordnung der Kostenerstattung wiederholt Anlass zu Diskussionen gegeben. Furore machte insbesondere der US-amerikanische Zapata-Fall.²⁷ Zur Beantwortung der Frage, ob Anwaltskosten einen Schaden im Sinne des Art. 74 CISG darstellen können, rekurrierte das Gericht auch hier zunächst einmal auf die Rechtsnatur der Kostenerstattung. Das Gericht hob hervor, dass die Frage der Kostenerstattung eine prozessrechtliche sei, die nach der *lex fori* und nicht nach dem einheitlichen UN-Kaufrecht zu beurteilen sei. Es stellte jedoch weiter darauf ab, dass durch eine Zusprechung dieser Kosten als Teil des vom geschädigten Gläubiger geltend gemachten Schadens eine einseitige Begünstigung des siegreichen Klägers erfolge; ein siegreicher Beklagter müsse dagegen die Kosten grundsätzlich selber tragen. Schliesslich stützte das Gericht sich massgeblich darauf, dass bei Ratifizierung des CISG eine derartige Bedeutung der Schadenersatznormen der Artt. 74 ff. CISG nicht in Betracht gezogen worden sei; dass andernfalls wohl kaum die USA das Abkommen ratifiziert hätten, wenn damit eine Abkehr von der «hallowed American Rule» verbunden gewesen sei.

Fraglich erscheint, inwieweit diese dargestellten Theorien einen sinnvollen Ersatz von Rechtsverfolgungskosten insbesondere auch bei internationalen Sachverhalten sicherstellen können. Entsprechend der herrschenden Diskussion sei insoweit zwischen prozessualen und vorprozessualen Kosten unterschieden.

2. Prozessuale Kosten

Ob prozessuale Kosten im Wege des Schadenersatzes ersetzt werden können, kann grundsätzlich nicht von der Frage der rechtlichen Qualifikation des Kostenersatzes abhängen. Dies zeigt sich insbesondere auf internationaler Ebene. Ob eine bestimmte Frage als materiellrechtlich oder prozessrechtlich beurteilt wird, kann von Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterschiedlich gesehen werden und mag häufig auf den Umständen des Einzelfalls beruhen.²⁸ Auf internationaler Ebene wird ein nach der rechtlichen Qualifikation differenzierender Ansatz mittlerweile als «outdated and unproductive»²⁹ angesehen. Für die Frage der Anwendbarkeit des CISG sollte statt dessen auf Ziele und Wertungen einzelner Bestimmungen des CISG wie auch der Kon-

²⁵ Vgl. GAUCH, Fn. 21, S. 195; TERCIER, Fn. 1, S. 18.

²⁶ Vgl. GAUCH, Fn. 21, S. 195.

²⁷ Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co., Inc., US Court of Appeals (7th Cir.) 19.11.2002, 313 F. 3d 385 = CISG-online 684; vgl. dazu SCHLECHTRIEM, IHR 2006, 49 ff.; FELEMEGAS, 15 Pace Int'l L. Rev., 91 ff. (2003); FLECHTNER/LOOKOFKY, 7 Vind. J. Int'l Com. L. & Arb. 93 ff. (2003); ZELLER, 2004 Nordic J. Com. L. 1; VANTO, 15 Pace Int'l L. Rev. 203 ff. (2003).

²⁸ Vgl. insgesamt zu dieser Problematik ORLANDI, 5 Uniform L. Rev. 23 (2000).

²⁹ Vgl. nur CISG-AC, Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Art. 74 (Rapporteur GOTANDA), 2006, <http://www.cisg-online.ch/cisg/docs/AC-Opinion%206.pdf>.

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, Fn. 27, S. 10; FELEMEGAS, Fn. 27, S. 126.

3. Vorprozessuale Kosten

Bestehen im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit im Rahmen des Schadenersatzes von prozessualen Kosten durchaus unterschiedliche Auffassungen, so scheint jedenfalls die Literatur und Rechtsprechung sowohl in der Schweiz³³ als auch in Deutschland³⁴ einhellig die Meinung zu vertreten, dass – soweit das anwendbare Prozessrecht vorprozessuale Kosten nicht regelt – diese Kosten vom obsiegenden Kläger im Wege des Schadenersatzes verlangt werden können. Eine Reihe vor allem deutscher Entscheide hat dieses Prinzip auch auf Art. 74 CISG übertragen und dementsprechend Schadenersatz für vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten gewährt.³⁵ Allein die Kosten für die Einschaltung eines Inkassobüros wurden als nicht ersatzfähig betrachtet, weil diese nicht zu einer angemessenen Rechtsverfolgung erforderlich seien.³⁶ Von der deutschsprachigen Literatur wird diese Auffassung ohne nähere Diskussion geteilt.³⁷ Offenbar werden hier – wie in verschiedenen anderen Bereichen³⁸ – im nationalen Recht vorgefundene Lösungen auf das internationale Kaufrecht übertragen, ohne dass man sich auf rechtsvergleichender Basis mit der Situation in anderen Vertragsstaaten auseinandersetzt.

Denn ein Blick auf Rechtsordnungen ausserhalb des deutschen Rechtskreises macht deutlich, dass zumindest vorprozessuale Anwaltskosten keineswegs im Wege des Schadenersatzes von der vertragsbrüchigen Partei verlangt werden können. Zum CISG fehlt es zwar an Entscheiden von Gerichten ausserhalb des deutschen Rechtskreises nicht nur in Bezug auf eine positive Zuspriechung dieser Kosten als Schadenersatz, sondern in Bezug auf eine Diskussion dieser Thematik überhaupt. Allein für das nationale US-amerikanische Kaufrecht liegt eine Reihe von Entscheiden vor, die explizit die Ersatzfähigkeit von Anwaltskosten generell als sog. *incidental damages* verneinen.³⁹

Vergegenwärtigt man sich nochmals die Argumente, die im Rahmen der Erstattung von prozessualen Kosten diskutiert wurden, so wird deutlich, dass auch für die Erstattung von vorprozessualen Kosten die rechtliche Qualifikation als prozess- oder materiell-

³³ Vgl. BK-BREHM, Art. 41, Rn. 89 f.; WEBER, Fn. 9, S. 219 ff.; JÄGGI, Fn. 21, S. 272; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Zürich 1995, § 2, Rn. 37 sowie Band II/2, Zürich: 1989, § 25, Rn. 303; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band II, Bern 1998, S. 64; KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, Bern 2002, S. 71 ff., Band II, Bern: 1998, S. 39, 48 ff.; ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Rn. 775; vgl. auch BOESCH, Prozesskosten, in: Der Haftpflichtprozess, Zürich 2006, S. 152; zur Rechtsprechung vgl. Nachweise bei Fn. 22.

³⁴ Vgl. UNBERATH, § 286, Rn. 72 in: BAMBERGER/ROTH, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., München 2007; LÖWISCH, § 286, Rn. 209 in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Berlin (Bearb. 2004); THODE, § 286, Rn. 7 in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., München 2006.

³⁵ Vgl. Handelsgericht AG, 19.12.1997, CISG-online 418; AG Augsburg, 29.1.1996, CISG-online 172; AG Tergarten, 13.3.1997, CISG-online 412; OLG Düsseldorf, 11.7.1996, CISG-online 201.

³⁶ Vgl. LG Frankfurt, a.M. 16.9.1991, CISG-online 26; OLG Köln, 3.4.2006, CISG-online 1218.

³⁷ Vgl. nur STOLL/GRUBER, Art. 74, Rn. 20 in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 4. Aufl., München 2004; anders nun SCHWENZER in der 5. Aufl., Art. 74, Rn. 30.

³⁸ Vgl. etwa zur Untersuchungs- und Rügepflicht nach Artt. 38, 39 CISG SCHWENZER, 7 EJLR 2005, 353 ff.

³⁹ Vgl. FLECHTNER, 22 Nw. J. Int'l L. & Bus. 121, 136 f. (2002) mit ausführlichen Nachw.

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 teilweise 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.»

Im Übrigen ist es vor allem Parteien im internationalen Handelsverkehr dringend anzuraten, Grundsätze und Massstäbe zur Teilung und Erstattung sowohl prozessualer als auch vorprozessualer Kosten in entsprechenden Vertragsklauseln ausdrücklich zu regeln, wovon auch immer öfter Gebrauch gemacht wird. Im Bereich des ausservertraglichen Haftpflichtrechtes, wo die hier vorgeschlagene Lösung namentlich Konsumenten nachteilig betreffen könnte, ist einmal an den Gesetzgeber zu appellieren, sich dieser Problematik anzunehmen;⁴⁴ zum anderen muss insoweit auf die zunehmende Verbreitung von Rechtsschutzversicherungen verwiesen werden.

⁴⁴ Im Rahmen der Schaffung der Eidg. ZPO fände sich hierzu eine gute Gelegenheit.