

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter, A. Glaser,
A. Griffel, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley, R. Matteotti,
D. Moeckli, M. Oesch, J. Reich, M. Simonek und F. Uhlmann

Beda Stähelin

Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit

dargestellt am Beispiel der Schweizerischen
Zivilprozessordnung

Inhaltsverzeichnis

Vorwort / Danksagung	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialienverzeichnis	LIX
Kapitel I: Vorbemerkungen	1
A. Einleitung	3
B. Gegenstand der Untersuchung.....	4
C. Methode und Aufbau	6
Kapitel II: Die Prozesskosten im schweizerischen Zivilprozess	11
A. Allgemeines	13
I. Vorbemerkungen.....	13
II. Kostenrecht im schweizerischen Zivilprozess	15
B. Prozesskostenregelung der schweizerischen Zivilprozessordnung.....	16
I. Prozesskosten.....	16
1. Terminologie	16
2. Gerichtskosten.....	16
3. Parteientschädigung	17
4. Bemessung der Prozesskosten.....	19
a. <i>Kantonale Tarifhoheit</i>	19

b.	<i>Gegenstand der kantonalen Regelung</i>	20
5.	Aufklärungspflicht, Kostenvorschuss und Sicherheitsleistung	22
a.	<i>Aufklärung über die Prozesskosten</i>	22
b.	<i>Kostenvorschuss</i>	23
c.	<i>Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung</i>	25
II.	Verteilung und Liquidation der Prozesskosten.....	27
1.	Verteilung der Prozesskosten	27
a.	<i>Entscheid</i>	27
b.	<i>Verteilungsregeln</i>	27
aa.	<i>Grundsatz</i>	27
bb.	<i>Verteilung nach Ermessen</i>	28
cc.	<i>Verteilung gemäss Verursacherprinzip</i>	29
dd.	<i>Verteilung bei Vergleich</i>	30
2.	Liquidation der Prozesskosten.....	31
a.	<i>Kostenliquidation</i>	31
b.	<i>Stundung und Erlass</i>	32
III.	Besondere Kostenregelungen.....	33
1.	Allgemeines	33
2.	Schlichtungsverfahren	34
3.	Entscheidverfahren	35
IV.	Unentgeltliche Rechtspflege.....	37
1.	Allgemeines und Geltungsbereich	37
2.	Verfassungsrechtliche Grundlagen	38
3.	Anspruchsvoraussetzungen.....	40
a.	<i>Mittellosigkeit</i>	41

b.	<i>Fehlende Aussichtslosigkeit</i>	44
c.	<i>Sachliche Notwendigkeit der Rechtsverbeiständung</i>	45
d.	<i>Gesuch</i>	46
4.	Umfang der unentgeltlichen Rechtspflege	47
a.	<i>Vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege</i>	47
b.	<i>Teilweise unentgeltliche Rechtspflege</i>	48
5.	Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege	49
6.	Liquidation der Prozesskosten und Nachzahlungspflicht.....	50
a.	<i>Kostenliquidation bei unentgeltlicher Rechtspflege</i>	50
b.	<i>Nachzahlungspflicht</i>	53
	Kapitel III: Die Kostenregelung der ZPO im verfassungsrechtlichen Kontext	55
A.	Vorbemerkungen.....	57
B.	Verfassungsrechtliche Grundlagen	58
I.	Allgemeines Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV	58
1.	Allgemeines	58
2.	Bedeutung und Inhalt des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots	59
3.	Schranken des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots	61
a.	<i>Faktische Unmöglichkeit einer absoluten Gleichbehandlung</i>	61
b.	<i>Schrankenwirkung des Föderalismus</i>	62
c.	<i>Gesetzes- und Praxisänderungen</i>	63
d.	<i>Gleichbehandlung im Unrecht</i>	64

II.	Grundsatz der Waffengleichheit im Kontext von Art. 8 Abs. 1 BV.....	65
1.	Anspruch auf ein gerechtes Verfahren nach Art. 29 Abs. 1 BV	65
a.	<i>Rechtsgleichheit als Quelle der Verfahrensgrundrechte</i>	65
b.	<i>Wesen und Bedeutung der Verfahrensgrundrechte</i>	66
c.	<i>Funktion von Art. 29 Abs. 1 BV als Generalklausel.....</i>	67
2.	Grundsatz der Waffengleichheit.....	68
a.	<i>Überblick.....</i>	68
b.	<i>Waffengleichheit als prozessbezogene Konkretisierung der Rechtsgleichheit.....</i>	69
c.	<i>Tragweite der Waffengleichheit im Zivilprozess</i>	70
III.	Anspruch auf Zugang zum Recht im Kontext von Art. 8 Abs. 1 BV.....	79
1.	Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV	79
a.	<i>Entstehungsgeschichte von Art. 29a BV</i>	79
b.	<i>Inhalt und Bedeutung der Rechtsweggarantie.....</i>	80
c.	<i>Anwendungsbereich der Rechtsweggarantie.....</i>	83
d.	<i>Schranken der Rechtsweggarantie.....</i>	84
aa.	<i>Verfassungsmässige Schranken.....</i>	84
bb.	<i>Verfahrensrechtliche Schranken.....</i>	85
2.	Rechtsgleicher Zugang zum Recht?	90
C.	Rechtsverfolgungskosten und Zugang zum Recht	92
I.	Vorbemerkungen.....	92
II.	Kostenbedingte Beschränkungen des Zugangs zum Recht.....	93
1.	Überblick.....	93

2.	Faktische Schrankenwirkung der Rechtsverfolgungskosten.....	94
a.	<i>Ausgangslage</i>	94
b.	<i>Kostenrisiko der Rechtsverfolgung</i>	96
aa.	<i>Einflussfaktor des Kostenrisikos</i>	96
bb.	<i>Beurteilung des Kostenrisikos</i>	97
	(i) Ungewissheit der Kostenhöhe.....	98
	(ii) Ungewissheit der Kostenfolge.....	102
	(iii) Inkassorisiko	105
cc.	<i>Möglichkeiten der Risikominimierung</i>	107
	(i) Teilklage als Prozesskostenbremse	108
	(ii) Vorsorgliche Beweisführung zwecks vorprozessualer Chancenbeurteilung.....	113
	(iii) Fazit zur Risikominderung.....	117
c.	<i>Auswirkungen des Kostenrisikos auf den Zugang zum Recht</i>	119
aa.	<i>Zugangshemmender Effekt des Kostenrisikos</i>	119
	(i) Im Allgemeinen.....	119
	(ii) Korrelation mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.....	121
bb.	<i>Kostenbedingte faktische Rechtswegsperre</i>	122
	(i) Beseitigung der formellen Kostensperre durch unentgeltliche Rechtspflege.....	122
	(ii) Rechtsverfolgungskosten und der Durchschnittsbürger.....	123
	(iii) Folgerung: Kostenrisiko als faktische Rechtswegsperre im Einzelfall	129

3.	Tatsächliche Schrankenwirkung der Kostenvorschusspflicht.....	132
a.	<i>Durchbrechung der Rechtswegsperre durch die unentgeltliche Rechtspflege.....</i>	132
b.	<i>Zugangshemmender Effekt der Vorschusspflicht.....</i>	133
aa.	<i>Zum Umfang der Vorschusspflicht</i>	133
bb.	<i>Statistischer Nachweis der Hemmwirkung der Vorschusspflicht</i>	136
cc.	<i>Intensivierung der Hemmwirkung durch das Inkassorisiko.....</i>	138
c.	<i>Zugangshemmender Effekt der Kautionspflicht</i>	139
III.	Würdigung	141
1.	Kostenvorschusspflicht und Zugang zum Recht.....	141
a.	Überblick.....	141
b.	Rechtfertigung der Vorschusspflicht.....	141
c.	Kritik an der geltenden Ausgestaltung.....	143
aa.	<i>Problem: Überwälzung des Inkassorisikos auf den Rechtsuchenden.....</i>	143
bb.	<i>(Ungenügende) Rechtfertigung der geltenden Regelung.....</i>	144
cc.	<i>Fazit zur Gerichtskostenvorschusspflicht und Reformbedarf.....</i>	146
2.	Kostenrisiko und Zugang zum Recht	147
a.	Überblick.....	147
b.	<i>Nutzen des zugangshemmenden Effekts des Kostenrisikos.....</i>	149
c.	<i>Fazit zum Kostenrisiko.....</i>	151

D.	Rechtsverfolgungskosten und Grundsatz der Waffengleichheit	157
I.	Einfluss des Kostenrisikos auf das Prozessverhalten	157
1.	Grundsätzliches	157
2.	Verhaltenssteuernde Wirkung des Kostenrisikos im Einzelnen	158
a.	<i>Wahl und Instruktion des Rechtsanwalts</i>	159
aa.	<i>Entscheid für oder wider die Inanspruchnahme anwaltlicher Unterstützung</i>	159
bb.	<i>Anwaltswahl</i>	162
cc.	<i>Instruktion des Anwalts</i>	164
b.	<i>Beweisführung</i>	166
aa.	<i>Ausgangslage</i>	166
bb.	<i>„Private“ Beweisbeschaffung</i>	169
cc.	<i>Beweisführung im Prozess</i>	171
c.	<i>Vergleichsdruck</i>	174
aa.	<i>Ausgangslage</i>	174
	(i) Zur Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid	174
	(ii) Gerichtlicher Vergleich im Besonderen	175
bb.	<i>Einfluss der Rechtsverfolgungskosten auf die Vergleichsbereitschaft</i>	176
	(i) Vergleichsfördernde Funktion der Rechtsverfolgungskosten	176
	(ii) Einfluss des Kostenrisikos auf die Vergleichsbereitschaft	178
	(iii) Einfluss des kostenbedingten Vergleichsdrucks bei Vergleichsverhandlungen	180

(iv) Einfluss des Richters.....	182
cc. <i>Fazit zum Vergleichsdruck</i>	184
3. Fazit zum Einfluss des Kostenrisikos auf das Prozessverhalten	186
II. Folgerungen betreffend den Grundsatz der Waffengleichheit	188
1. Materielle Waffenungleichheit als Folge der Entgeltlichkeit des Prozesses.....	188
a. <i>Geld als (prozessuale) Waffe</i>	188
b. <i>Auswirkungen in Bezug auf die Waffengleichheit</i>	188
aa. <i>Faktische Besserstellung der wirtschaftlich leistungsfähigeren Parteien</i>	188
bb. <i>(Implizite) Anerkennung der wirtschaftlich bedingten Waffenungleichheit</i>	190
2. Konklusion.....	192
a. <i>Unmöglichkeit einer umfassenden Waffengleichheit im entgeltlichen Prozess</i>	192
b. <i>Zur Tragweite der Waffengleichheit</i>	193
aa. <i>Illusion der Möglichkeit einer umfassenden Waffengleichheit</i>	193
bb. <i>Tragweite der Waffengleichheit nach herrschendem Verständnis</i>	196
cc. <i>Bedeutung der Waffengleichheit im Kostenrecht</i> ...	196
c. <i>Fazit</i>	198

Kapitel IV: Die unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit	203
A. Vorbemerkungen.....	205
B. Auswirkungen der unentgeltlichen Rechtspflege auf den Zugang zum Recht und die prozessuale Waffengleichheit	206
I. Unentgeltliche Rechtspflege und Zugang zum Recht	206
1. Ausgangslage	206
2. Zugangserleichternde Wirkung der unentgeltlichen Rechtspflege	207
a. <i>Befreiung von der Kostenvorschusspflicht</i>	207
b. <i>Weitgehender Wegfall des Kostenrisikos</i>	208
c. <i>Fazit</i>	211
II. Unentgeltliche Rechtspflege und Waffengleichheit.....	212
1. Ausgangslage	212
2. Auswirkungen der unentgeltlichen Rechtspflege.....	212
a. <i>Weitgehender Wegfall kostenbedingter Einschränkungen im Prozesshandeln</i>	212
b. <i>Fazit</i>	216
C. Verfassungsrechtliche Würdigung der unentgeltlichen Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit.....	218
I. Vorbemerkungen.....	218
II. Prüfmethode	219
1. „Klassische“ Prüfung: Sachliche Differenzierung.....	219
a. <i>Vergleichbarkeit: tertium comparationis</i>	222
b. <i>Rechtfertigung: sachlicher Grund</i>	224
c. <i>Bereichsspezifische Konkretisierungen des sachlichen Grundes</i>	227

aa.	<i>Strengerer Prüfungsmaßstab: Verfahrensgrundrechte</i>	227
bb.	<i>Milderer Prüfungsmaßstab: Typisierungen</i>	229
2.	Berücksichtigung externer Regelungsziele	232
a.	<i>Differenzierung aufgrund externer Regelungsziele</i>	232
b.	<i>Typisierungen als externe Regelungsziele</i>	235
III.	Sachliche Differenzierung in der Regelung der unentgeltlichen Rechtspflege	238
1.	Ausgangslage	238
2.	Vergleichbarkeit: <i>tertium comparationis</i>	238
a.	<i>Zweck der unentgeltlichen Rechtspflege</i>	238
b.	<i>Konkretisierungsbedürftigkeit der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen</i>	239
c.	<i>Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als tertium comparationis</i>	241
3.	Rechtfertigung: sachlicher Grund.....	242
a.	<i>Prüfungsmaßstab</i>	242
b.	<i>Sachliche Begründung</i>	243
aa.	<i>Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als Differenzierungsgrund</i>	243
bb.	<i>Zwischenfazit und Übergang</i>	246
cc.	<i>Umfang und Folgen der Ungleichbehandlung in der unentgeltlichen Rechtspflege</i>	248
(i)	Zugang zum Recht.....	248
(ii)	Waffengleichheit.....	252
(iii)	Fazit.....	255
IV.	Typisierung in der Regelung der unentgeltlichen Rechtspflege.....	258

1.	Typisierung nach Massgabe des Kriteriums der Mittellosigkeit	258
2.	Auswirkungen der Typisierung	261
a.	... im Kontext des Zugangs zum Recht	261
b.	... im Kontext der prozessualen Waffengleichheit.....	263
3.	Beurteilung der Typisierung im Lichte der Rechtsgleichheit.....	265
a.	Ausgangslage.....	266
b.	Verhältnismässigkeitsprüfung	267
aa.	Eignung.....	267
bb.	Erforderlichkeit.....	269
cc.	Zumutbarkeit.....	272
dd.	Konklusion.....	275
V.	Zusammenfassendes Fazit zur Würdigung der unentgeltlichen Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit.....	276
D.	Vorschläge <i>de lege ferenda</i>	281
I.	Ausgangslage: Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse	281
II.	Richtungsvorgabe.....	283
III.	Lösungsansätze	285
1.	Zur Möglichkeit der Reduktion des Kostenrisikos	285
2.	Möglichkeiten im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege.....	287
a.	Zielvorgaben	287
b.	Änderungsvorschläge.....	288
aa.	Stufensystem.....	289
(i)	Zweckbestimmung	289

(ii) Ausgestaltung	290
(iii) Würdigung	291
bb. Selbstbehalt	292
(i) Zweckbestimmung	292
(ii) Ausgestaltung	293
(iii) Würdigung	295
3. Fazit	296
Kapitel V: Schlusswort	299