

ANGEMESSENHEIT VON PARTEIKOSTEN, ERFOLGSHONORARE, KOSTEN INTERNER JURISTEN UND KOSTEN DER PROZESSFINANZIERUNG DURCH DRITTE

Dr. Christian Oetiker, Advokat, VISCHER AG

Vortrag anlässlich der Dreiländerkonferenz vom 1. September 2017 in Zürich

I. EINLEITUNG

- 1 Das Kostenrisiko ist für viele Parteien ein relevanter Faktor beim Entscheid, ob ein Zivilprozess oder ein Schiedsverfahren an die Hand genommen werden soll. Es setzt sich aus zwei Elementen zusammen: Der Art der Kostenverteilung und der Höhe der Kosten.
- 2 Ich werde mich mit der Höhe der Kosten beschäftigen. Dabei werde ich mich auf die Parteikosten beschränken und die Kosten des Schiedsgerichts nicht behandeln.
- 3 Ich werde zu folgenden Punkten sprechen:
 - zur Angemessenheit von Parteikosten;
 - zu den Erfolgshonoraren;
 - zu den Kosten interner Juristen; und
 - zu den Kosten der Prozessfinanzierung durch Dritte.

II. ANGEMESSENHEIT VON PARTEIKOSTEN

A. Regelungen

- 4 Das erste Thema ist die Angemessenheit von Parteikosten. Diesem Kriterium begegnet man, wenn man die Gesetze und Schiedsordnungen zum Thema des Parteikostenersatzes konsultiert.
- 5 §609 Abs. 1 öZPO und §626 Abs. 1 IZPO enthalten eine identische Bestimmung, wonach die Kostenersatzpflicht alle zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung angemessenen Kosten umfassen kann. Das IPRG und die schweizerische ZPO enthalten keine analoge Bestimmung. Die Geltung des Prinzips, wonach die angemessenen Parteikosten erstattungsfähig sind, ist aber auch in der Schweiz anerkannt.
- 6 Schiedsordnungen enthalten in der Regel Bestimmungen betreffend den Umfang der Kosten, deren Ersatz geltend gemacht werden kann. So bestimmt z.B. Art. 38 Swiss Rules, dass der Schiedsspruch eine Feststellung der Kosten des Schiedsverfahrens zu enthalten hat. In der Folge definiert die Bestimmung, was vom Begriff der Kosten erfasst ist.
- 7 In Bezug auf die Parteikosten sieht Art. 38 lit. e Swiss Rules vor, dass die Kosten für rechtliche Vertretung und rechtlichen Beistand erstattungsfähig sind, soweit dies beantragt wurde, *"jedoch nur in der Höhe,*

die das Schiedsgericht für angemessen erachtet". Andere Schiedsordnungen enthalten ähnliche Regelungen. Ich verweise hier z.B. auf Art. 38 Abs. 1 ICC Rules oder Art. 44 Abs. 1 Ziff. 1.2 Wiener Regeln.

8 Angesichts dieser Regelungen stellt sich die Frage, welche Parteikosten angemessen sind.

B. Ausgangspunkt

9 Um die Angemessenheit zu überprüfen, muss sich das Schiedsgericht im Wesentlichen zwei Fragen stellen, nämlich:

- Erstens, ob die geltend gemachten Aufwendungen zur Führung des konkreten Schiedsverfahrens unter Berücksichtigung der Komplexität und des involvierten Interessenwerts notwendig waren.
- Zweitens, ob die geltend gemachten Beträge einschliesslich der Anzahl Stunden und der Stundensätze angemessen sind.

10 Das Schiedsgericht sollte diese Fragen aus dem Blickwinkel der Parteien im Zeitpunkt der Instruktion und nicht in Kenntnis des Schiedsurteils beurteilen. Oft machen Parteien umfangreiche Ausführungen zu Punkten, die für den Entscheid des Schiedsgerichts schliesslich nicht massgeblich waren, von denen die Parteien im damaligen Zeitpunkt aber annehmen durften oder mussten, dass sie entscheidungswesentlich sein könnten.

11 Ausgangspunkt der Betrachtungen des Schiedsgerichts bilden die effektiven Aufwendungen jener Partei, der eine Parteientschädigung zugesprochen wird. Dabei darf das Schiedsgericht zumindest im Grundsatz davon ausgehen, dass die fragliche Partei, welche die betreffenden Kosten ja zumindest vorläufig tragen musste, für deren Angemessenheit besorgt war. Bei der Festlegung der Parteientschädigung ist somit in einem ersten Schritt von den insgesamt von einer Partei geltend gemachten Parteikosten auszugehen.

12 Zu diesem Zweck hat jede Partei ihre tatsächlichen Parteikosten substantiiert darzulegen, wobei insbesondere erkennbar sein sollte, welche Anzahl Stunden von welchen Anwälten zu welchen Stundensätzen für welche Tätigkeiten verrechnet wurden. Soweit dem Klienten tatsächlich verrechnet, können hier wohl auch Kosten von Paralegals geltend gemacht werden. Zudem sollte aufgezeigt werden, dass die fraglichen Kosten tatsächlich so in Rechnung gestellt wurden und dementsprechend von der betreffenden Partei bereits bezahlt wurden oder in Zukunft noch bezahlt werden müssen.

13 Die Schiedsgerichte verlangen von den Parteien am Ende des Verfahrens regelmässig separate Eingaben zu den Kosten. Unter Gesichtspunkten des rechtlichen Gehörs ist es, jedenfalls in der Schweiz, nicht erforderlich, dass die Parteien zu den Kosteneingaben der Gegenseite Stellung nehmen können (BGer v. 17.3.2011, 4A_600/2010, E. 4.2). In vielen Fällen erscheint eine solche Stellungnahme jedoch sinnvoll.

14 Substantiiert eine Partei die geltend gemachten Parteikosten nicht ausreichend, stellt sich die Frage, ob das Schiedsgericht die Erstattung dieser Kosten verweigern oder weitere Informationen anfordern soll. Grundsätzlich obliegt es den Parteien, die Kosteneingaben genügend zu substantiieren. Dies spricht für eine Abweisung. Sofern die Frage der Substantiierung der Kosteneingaben in den anwendbaren Schiedsregeln nicht geregelt ist, das Schiedsgericht keine Regelung erlassen hat und die Parteien nichts vereinbart haben, erscheint es in Ausnahmefällen jedoch angezeigt, dass das Schiedsgericht zusätzliche Informationen gezielt einfordert. Dies scheint etwa angezeigt, wenn bloss der Nachweis fehlt, dass die geltend gemachten Honorare tatsächlich in Rechnung gestellt oder bezahlt wurden.

C. Allfällige Reduktion

15 In einem zweiten Schritt hat das Schiedsgericht zu prüfen, ob eine Reduktion der geltend gemachten Kostenerstattung Platz greifen soll. Dieser Entscheid liegt im Ermessen des Schiedsgerichts.

16 Die nur teilweise Zusprechung der geltend gemachten Parteikosten kann sich insbesondere dann rechtfertigen, wenn die von den beiden Parteien geltend gemachten Parteikosten stark voneinander abweichen und sich diese Abweichung nicht objektiv rechtfertigen lässt.

17 Im Falle solcher Differenzen wird das Schiedsgericht in der Regel prüfen,

- ob eine Partei massgeblich mehr Anwälte als die andere Partei eingesetzt hat, ohne dass ein objektiver Grund dafür bestanden hätte,
- ob die Anzahl der verrechneten Stunden in einem angemessenen Verhältnis zum Umfang und zur Komplexität der Streitigkeit steht, und
- ob die verrechneten Stundensätze im Bereich des Üblichen am Sitz des fraglichen Rechtsvertreters liegen.

18 Relevant ist auch die Proportionalität zwischen den geltend gemachten Parteikosten und dem Streitwert (oder allenfalls dem Interessenwert) sowie den gesamten Umständen des Verfahrens.

19 Waren auf der Seite einer Partei mehrere Anwaltskanzleien involviert, so stellt sich die Frage, ob dies gerechtfertigt war. Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine Partei durch eine Kanzlei in ihrer Heimatjurisdiktion und eine Kanzlei der anwendbaren Rechtsordnung vertreten wird. Gleiches gilt, wenn Spezialwissen aus verschiedenen Kanzleien zusammengeführt werden musste.

20 Der Bericht der ICC-Kommission zu den Kosten im Schiedsverfahren (ICC Dispute Resolution Bulletin 2015/2, S. 13) zählt des Weiteren die folgenden Punkte auf, die ein Schiedsgericht berücksichtigen kann:

- die Angemessenheit der eingeklagten Beträge (kein Überklagen, ausser wenn solches im konkreten Fall unter dem Vorsichtsprinzip angezeigt ist);
- die Existenz nicht notwendiger oder unbegründeter Klagen;
- die Länge des Verfahrens und seiner verschiedenen Phasen (sowie allfällige unnötige Verlängerung);
- der zeitgerechte Rückzug unbegründeter Klagen;
- der Umgang einer Partei mit Anträge auf Dokumentenherausgabe (aktiv und passiv);
- die Relevanz der Zeugenbeweise (schriftliche Zeugenerklärungen, Hauptverhandlung, Kreuzverhör);
- Länge der Hauptverhandlung und Verhalten der Partei;
- Haltung der Partei zur Spaltung des Verfahrens (Bifurcation) und zu Entscheiden über Vorfragen;
- allfällige Vergleichsbemühungen.

21 Insgesamt ergibt sich, dass der vom Gesetz und den Schiedsordnungen gesetzte Rahmen weit ist und dass es an klaren Vorgaben mangelt, wie die Angemessenheit der Parteikosten zu beurteilen ist. Nach meinem Dafürhalten ist diese Lösung insgesamt die Richtige. Mehr Regeln würden kaum zu mehr Gerechtigkeit im Einzelfall führen.

III. ERFOLGSHONORAR

22 Der zweite Punkt meiner Betrachtungen sind Erfolgshonorare.

23 Terminologisch ist zu unterscheiden zwischen Erfolgshonoraren und dem *Pactum de quota litis*, bei dem sich der Anwalt einen Teil des Prozessgewinns versprechen lässt. Ein *Pactum de quota litis* ist in Österreich, Liechtenstein und der Schweiz unzulässig. Ich werde mich deshalb nicht weiter damit beschäftigen.

24 Bei den Erfolgshonoraren ist zu unterscheiden zwischen dem reinen Erfolgshonorar – "no win, no fees" – und dem *Pactum de palmario* – "no win, less fee". Ich möchte mich nicht mit der grundsätzlichen Frage der Zulässigkeit aufhalten. Nur so viel: Reine Erfolgshonorare sind soweit ersichtlich in Österreich und der Schweiz nicht zulässig. Liechtenstein scheint solche Abreden zuzulassen, stets unter Vorbehalt des Verbots des *Pactum de quota litis*. Hingegen ist ein *Pactum de palmario* im Sinne der Vereinbarung eines Zusatzhonorars im Erfolgsfall zusätzlich zum zumindest kostendeckenden Grundhonorar in Österreich, Liechtenstein und der Schweiz zulässig.

25 Dieses soll nun Gegenstand meiner Betrachtung sein. Es stellt sich die Frage, inwieweit solche Erfolgshonorare beim Kostenersatz berücksichtigt werden können.

- 26 Als Grundsatz kann festgehalten werden, dass ein Erfolgshonorar bei der Zusprechung von Parteikosten dann berücksichtigt werden kann, wenn das Gesamthonorar im Rahmen dessen liegt, was eine Partei auch bei Anwendung des Aufwandshonorars hätte geltend machen können. Dabei kann auf den oberen Rand der Angemessenheit eines solche Aufwandshonorars abgestellt werden. Mithin sind jene Teile der Erfolgshonorare, die wesentlich über das Aufwandshonorar hinausgehen, nicht erstattungsfähig.
- 27 Die Partei, die ein Erfolgshonorar geltend machen will, trifft eine Offenlegungspflicht. Diese greift nicht schon zu Beginn des Verfahrens, sondern im Rahmen der Eingaben zum Kostenersatz. Die Grundlagen und der Umfang des Erfolgshonorars müssen offengelegt werden, damit eine Zusprechung möglich ist. Bei der Prüfung der Angemessenheit wird das Schiedsgericht in der Regel auch hier die von der Gegenseite geltend gemachten Parteikosten berücksichtigen.
- 28 Es gibt auch Stimmen, welche die Ersatzfähigkeit von Erfolgshonoraren generell verneinen mit dem Argument, das Kostenrisiko eines Verfahrens dürfe nicht einer Partei alleine auferlegt werden. Das Schiedsgericht müsste nach dieser Meinung wohl beurteilen, ob jene Partei, die ein Erfolgshonorar vereinbart, dennoch in ausreichendem Umfang ein Kostenrisiko trägt. Eine solche Beurteilung, bei dem das Schiedsgericht sein Ermessen ausüben muss, erscheint wenig geeignet, um über die grundsätzliche Erstattungsfähigkeit eines Erfolgshonorars zu entscheiden. Der Ansatz über die Angemessenheit des Gesamthonorars erscheint zielführender.
- 29 Insgesamt folgt aus dem Gesagten, dass sich die Ersatzfähigkeit von Erfolgshonoraren, soweit diese zulässig sind, nach dem allgemeinen Kriterium der Angemessenheit bestimmt.

IV. KOSTEN INTERNER JURISTEN

- 30 Mein dritter Punkt betrifft die Kosten interner Juristen der Parteien.
- 31 Bei den Eigenkosten ist zwischen den Aufwendungen interner Juristen und anderer Mitarbeiter einschliesslich Management zu unterscheiden. Ich betrachte heute nur die Aufwendungen der internen Juristen.
- 32 Gegen die Ersatzfähigkeit der Kosten interner Juristen wird angeführt, es handle sich um Ohnehinkosten, die unabhängig davon anfallen würden, ob das betreffende Schiedsverfahren durchgeführt wird oder nicht.
- 33 Für die Ersatzfähigkeit spricht, dass der Einsatz interner Juristen zu einer Reduktion der Kosten für externe Anwälte führen kann. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es nicht gerechtfertigt, die betreffende Partei für die erzielten Effizienzgewinne zu bestrafen, indem die Erstattung der Kosten interner Juristen versagt wird.

- 34 Die Frage der Erstattungsfähigkeit löst sich in der Praxis oft aufgrund einer Parteivereinbarung. Zumindest in der Schweiz herrscht die Ansicht, dass Anträge auf Ersatz der Kosten interner Juristen von Seiten beider Parteien einer Vereinbarung gleichzusetzen seien, dass solche Kosten ersatzfähig sind. Fehlt es an solchen übereinstimmenden Anträgen (oder an einer ausdrücklichen Vereinbarung), liegt es letztlich im Ermessen des Schiedsgerichts, ob es die Erstattungsfähigkeit solcher Kosten bejahen will oder nicht.
- 35 Die Partei, welche den Kostenersatz geltend macht, muss die fraglichen Kosten substantiieren. Die internen Juristen müssen ihre Aufwendungen in zeitlicher Hinsicht also erfassen und dokumentieren.
- 36 Offen bleibt damit die Frage, zu welchen Ansätzen die Aufwendungen interner Juristen geltend gemacht werden können. Eine Möglichkeit ist, die Kosten pro Stunde anhand der vollen Lohnkosten einschliesslich der Berücksichtigung eines Gemeinkostenanteils zu errechnen. Dieser Nachweis kann sich allerdings als sehr aufwändig erweisen.
- 37 Alternativ wird teilweise vorgeschlagen, das Schiedsgericht solle von der Annahme ausgehen, dass die fragliche Partei nichts spare. Dementsprechend sei von normalen Ansätzen externer Anwälte für die analoge Tätigkeit auszugehen. Dies erscheint aus meiner Sicht zu weitgehend, zumal es die vorgenannte Rechtfertigung des Kostenersatzes in Frage stellt.
- 38 Aus meiner Sicht ist aufgrund des Gesagten die Erstattungsfähigkeit der Kosten interner Juristen im Grundsatz zu bejahen. Es erscheint angemessen, dies anhand der tatsächlich entstandenen Kosten zu tun. Der Aufwand, die tatsächlichen Kosten zu ermitteln und darzulegen, wird in der Praxis aber oft dazu führen, dass auf eine Erstattung verzichtet wird.

V. KOSTEN DER PROZESSFINANZIERUNG DURCH DRITTE

- 39 Der letzte Aspekt, dem ich mich widmen möchte, sind die Kosten der Prozessfinanzierung durch Dritte. Das Thema hat in jüngster Zeit viel Beachtung gefunden.
- 40 In der Schiedsgerichtsbarkeit wirft die Prozessfinanzierung eine ganze Reihe von Fragen auf, die – so finde ich – mitnichten einfach zu beantworten sind, betreffen sie doch mithin die Grundfesten der Schiedsgerichtsbarkeit wie etwa die konsensuale Natur.
- 41 Folgende Fragen sind von besonderer Relevanz im Zusammenhang mit der Prozessfinanzierung:
- Ist der Prozessfinanzierer als Partei oder Quasi-Partei des Schiedsverfahrens zu betrachten?
 - Müssen der Umstand, dass eine Prozessfinanzierung stattfindet, und die Identität des Prozessfinanzierers offengelegt werden? In welchem Verfahrensstadium?

- Wie verhält es sich mit der Unabhängigkeit des Schiedsgerichts im Verhältnis zum Prozessfinanzierer?
- Wie steht es mit der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens im Falle einer Prozessfinanzierung? Wie kann diese gewahrt werden?
- Was ist der Einfluss einer Prozessfinanzierung auf die Frage, ob Kostensicherheit geleistet werden muss?
- Kann das Schiedsgericht den Prozessfinanzierer verpflichten, der obsiegenden Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen?

42 Ich werde heute nicht näher auf diese Punkte eingehen, denn unser Thema sind ja die Kriterien für den Kostenersatz. Hier stellt sich im Wesentlichen die Frage, ob jene Partei, die sich den Prozess finanzieren lässt, im Falle des Obsiegens die Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung geltend machen kann.

43 Die Meinungen dazu sind geteilt. In einem ICSID-Entscheid (*Kardassopoulos and Fuchs v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18 und No. ARB/07/15) vom 3. März 2010 hat das Schiedsgericht festgehalten, dass die Kosten einer Prozessfinanzierung beim Entscheid über die zu erstattenden Kosten zu ignorieren seien. Wörtlich führte es aus (Rz. 691): "*The Tribunal knows of no principle why any such third party financing arrangement should be taken into consideration in determining the amount of recovery by the Claimants of their costs.*" Dieser Entscheid fand Zuspruch von anderen Schiedsgerichten und gewichtiger Stimmen in der Literatur.

44 Anders hat der englische Commercial Court vor knapp einem Jahr entschieden im Urteil *Essar Oilfield Services Limited v Norscot Rig Management Pvt Limited* [2016] EWHC 2361 (Comm). Das Schiedsgericht hatte Norscot Ersatz für die Kosten der Prozessfinanzierung zugesprochen und zwar gestützt auf Sect. 59 Abs. 1 lit. c des englischen Arbitration Act 1996. Dieser sagt: "*References in this Part to the costs of the arbitration are to the legal or other costs of the parties.*" Das Schiedsgericht hatte die Kosten der Prozessfinanzierung unter "*other costs*" subsummiert. Es hatte Wert darauf gelegt, dass Norscot die Prozesskosten nicht habe selbst finanzieren können und dass dieser Umstand Essar sehr wohl bewusst gewesen sei. Norscot sei in dieser Situation geradezu genötigt gewesen, den Prozess finanzieren zu lassen, wenn es seine Rechte durchsetzen wollte. Der englische Commercial Court bestätigte im zitierten Entscheid, dass Prozessfinanzierungskosten unter "*other costs*" subsumiert werden können. Damit ist allerdings, so auch der Commercial Court, noch nichts darüber gesagt, ob der Kostenersatz im konkreten Fall auch zugesprochen werden soll. Der Commercial Court anerkannte im Norscot-Urteil, dass die Umstände des konkreten Falls die Prozessfinanzierung geradezu als unumgänglich erscheinen liessen. Es bestätigte dementsprechend den Entscheid des Schiedsgerichts, wonach Essar die Kosten der Prozessfinanzierung erstatten musste.

- 45 In Bezug auf die uns beschäftigende Frage lassen sich daraus meines Erachtens zwei Schlüsse ziehen:
- Erstens ist es nicht gänzlich ausgeschlossen, dass die Kosten der Prozessfinanzierung als Teil der Parteikosten ersatzfähig sind.
 - Zweitens kann dies jedoch nur die Ausnahme zur Regel sein, dass Prozessfinanzierungskosten beim Kostenentscheid im Allgemeinen nicht erstattungsfähig sind.
- 46 Das Norscot-Urteil illustriert, dass Konstellationen vorstellbar sind und in der Praxis auch tatsächlich vorkommen, in denen die Erstattung von Prozessfinanzierungskosten ausnahmsweise sachgerecht erscheint.
- 47 Wenn die Prozessfinanzierungskosten als solche in der Regel nicht erstattungsfähig sind, stellt sich die Frage, ob die betreffende Partei gar keine Parteikosten geltend machen kann, weil sie selbst keine solche getragen hat. Dies erscheint mir nach einer vorläufigen Beurteilung nicht der korrekte Ansatz. Vielmehr sollte sich in diesem Fall doch wohl die Parteientschädigung nach den Kosten richten, die für die Parteivertretung tatsächlich entstanden sind, auch wenn diese vom Prozessfinanzierer und nicht von der betreffenden Partei getragen wurden.
- 48 Dies führt zur Lösung, dass in der Regel im Falle der Prozessfinanzierung die tatsächlichen angemessenen Kosten der Prozessführung erstattungsfähig sind, nicht jedoch allfällige darüber hinausgehende Prozessfinanzierungskosten. Nur in Ausnahmefällen, wenn besondere Umstände dies geradezu gebieten, können die tatsächlichen Prozessfinanzierungskosten erstattet werden. Dabei können jedoch die Kosten der Prozessführung und die Prozessfinanzierungskosten nicht kumuliert werden.

VI. FAZIT

- 49 Ich komme zum Schluss. Welches Fazit lässt sich in Bezug auf die behandelten Fragestellungen ziehen?
- 50 Wir Juristen sehnen uns oft nach klaren Regeln. Wir wünschen uns dabei eine grössere Berechenbarkeit. Gerade im Bereich, in welcher Höhe Parteikosten erstattungsfähig sind, fehlen solche klaren Regeln. Der Entscheid liegt im Wesentlichen im Ermessen des Schiedsgerichts.
- 51 Mein Fazit ist, dass diese Lösung insgesamt die Richtige ist. Die Regeln weiter zu konkretisieren, wäre schwierig, gerade wenn ein umfangreiches Regelwerk vermieden werden soll. Zudem bestünde keineswegs eine Garantie, dass umfassendere Regeln zu mehr Gerechtigkeit im Einzelfall führen würden.
- 52 Diese Schlussfolgerung gilt sowohl für die Höhe der erstattungsfähigen Kosten im Allgemeinen als auch für die Erfolgshonorare. Auch bei den Kosten interner Juristen, die vom Grundsatz her erstattungsfähig sein dürften, ist deren Angemessenheit letztlich entscheidend.

VISCHER

- 53 Bei den Kosten der Prozessfinanzierung durch Dritte erscheint es richtig, dass diese als solche in der Regel nicht erstattungsfähig sind. Hingegen sind auch in diesen Fällen die angemessenen Kosten der Prozessführung zuzusprechen.

* * * * *