Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren

Unter besonderer Berücksichtigung der erfolgshonorierten Prozessfinanzierung

DISSERTATION
der Universität St.Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Linus A. Zweifel

von

Glarus Süd (Glarus)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Markus Müller-Chen

und

Prof. Dr. Dr. Peter Sester

Dissertation Nr. 5084

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2021

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 19. Oktober 2020

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 44 der Schriftenreihe «St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft», herausgegeben von der Juristischen Abteilung der Universität St.Gallen
ISBN 978-3-03891-269-9

Meinen Eltern

Vorwort

An dieser Stelle gilt es all denjenigen Personen zu danken, welche mich auf meinem Weg bis zum Abschluss dieser Dissertation unterstützt und zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Allen voran bedanke ich mich bei meinem Doktorvater, Prof. Dr. Markus Müller-Chen für die Bereitschaft, dieses Dissertationsprojekt zu betreuen, für die mir gewährte Freiheit bei dessen Verfolgung sowie die entspannte Art und Weise, mit der er es betreute. Grosser Dank gebührt auch dem Korreferenten dieser Arbeit, Prof. Dr. Dr. Peter Sester, an dessen Lehrstuhl für Internationales Wirtschaftsrecht und Law and Economics ich während einem Grossteil meines Doktorats wirken durfte.

Dr. Marco Stacher sei für die zahlreichen Diskussionen zu schiedsrechtlichen Themen und das jederzeit offene Ohr insbesondere im Anfangsstadium dieser Abhandlung gedankt. Für die wertvollen Anregungen zum Manuskript danke ich Dr. Nino Sievi und Jurij Santschi von Herzen; Ersterem nicht zuletzt auch für den entscheidenden Hinweis bei meiner Suche nach einem geeigneten Dissertationsthema. Dario Sutter bin ich für das sorgfältige sprachliche Lektorat zu Dank verpflichtet.

Der weitaus grösste Dank gilt jedoch meinen Eltern, Claudia und Hans-Jürg Zweifel, welche mich bereits mein ganzes Leben bedingungslos unterstützt haben. Ihr Beitrag lässt sich nicht in Worte fassen. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Zürich, im Oktober 2020 Linus A. Zweifel

Inhaltsübersicht

Vorwort VII
Inhaltsverzeichnis XI
Abkürzungsverzeichnis XVII
Literaturverzeichnis XXV
Materialienverzeichnis XXXIX
Zusammenfassung XLI

I. Einleitung 1
A. Problemstellung und praktische Relevanz 2
B. Untersuchungsgegenstand, Eingrenzungen und Aufbau 3
C. Begriffe 5

II. Grundlagen der Prozesskostensicherheit 7
A. Begriff, Konzept und Zweck 7
B. Herkunft und Verbreitung 9
C. Prozesskostensicherheit im Schweizer Zivilprozess 13
D. Kritik 40
E. Zusammenfassung 43

III. Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren 45
A. Kosten und Kostenverteilung 46
B. Rechtliche Grundlagen 64
C. Rechtsnatur 67
D. Zuständigkeit 91
E. Antragsberechtigung und Mehrparteienverfahren 94
F. Voraussetzungen 98
G. Umfang 129
H. Höhe und Form 133
I. Verfahren 135
J. Kautionsverfügung des Schiedsgerichts 139
K. Zusammenfassung 145

IV. Prozesskostensicherheit und Prozessfinanzierung 147
A. Grundlagen der Prozessfinanzierung 147
B. Problematik: Fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts 179
C. Prozessfinanzierung als Kautionsgrund 181
D. Beweislast, Beweismass und Offenlegungspflichten 196

E. Exkurs: Einfluss auf den Kostenentscheid 198
F. Zusammenfassung 201

V. Zusammenfassung und Fazit 203

Stichwortverzeichnis 207

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Inhaltsübersicht IX
Abkürzungsverzeichnis XVII
Literaturverzeichnis XXV
Materialienverzeichnis XXXIX
Zusammenfassung XLI

I. Einleitung 1
A. Problemstellung und praktische Relevanz 2
B. Untersuchungsgegenstand, Eingrenzungen und Aufbau 3
C. Begriffe 5

II. Grundlagen der Prozesskostensicherheit 7
A. Begriff, Konzept und Zweck 7
B. Herkunft und Verbreitung 9
C. Prozesskostensicherheit im Schweizer Zivilprozess 13
1. Prozesskosten und Kostenverlegung 13
2. Prozessuales 15
3. Rechtsnatur 19
a) Argumente für eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme 20
b) Argumente gegen eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme 21
i. Zweck 21
ii. Zuständiges Gericht 22
iii. Begriff des (Verfügungs-)Anspruchs 23
iv. Glaubhaftmachen des (Verfügungs-)Anspruchs 25
v. Weitere Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen 26
vi. Rechtsmittel und Vollstreckung 26
vii. Systematik von Art. 101 ZPO 28
c) Fazit 29
4. Umfang und Höhe 29
5. Kautionsgründe 32
6. Vollstreckung und Rechtsmittel 35
7. Ausnahmen 37
8. Verfahren vor Bundesgericht 39
D. Kritik 40
E. Zusammenfassung 43

III. Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren ... 45
A. Kosten und Kostenverteilung ... 46
1. Kostenarten ... 46
a) Verfahrenskosten ... 47
b) Parteikosten ... 49
2. Kompetenz des Schiedsgerichts ... 51
a) Festsetzung und Verteilung der Verfahrenskosten ... 52
b) Festsetzung und Verteilung der Parteikosten ... 54
3. Kostenverteilungsgrundsatz ... 56
4. Alternativer Kostenverteilungsgrundsatz und Vergleich ... 60
B. Rechtliche Grundlagen ... 64
1. Schiedsrecht der Schweiz ... 64
2. Schiedsrecht anderer Jurisdiktionen ... 65
3. Institutionelle Schiedsordnungen ... 66
C. Rechtsnatur ... 67
1. Rechtsnatur der Kautionsverfügung ... 67
a) Argumente für eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme ... 69
b) Argumente gegen eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme ... 70
i. Geschichtliche Entwicklung ... 70
ii. Zweck ... 71
iii. Voraussetzungen ... 72
iv. Zuständigkeit ... 78
v. Vollstreckung ... 80
vi. Systematik der ZPO und Entstehung von Art. 379 ZPO ... 82
vii. Nähe zum Kostenvorschuss ... 83
c) Zwischenfazit ... 84
d) Alternative Kompetenzgrundlage ... 85
i. Zweck der Schiedsvereinbarung und mutmasslicher Parteiwille ... 85
ii. Parteiwille als Kompetenzgrundlage ... 87
iii. Exkurs: Ausfluss von Treu und Glauben ... 89
2. Rechtsnatur des Anspruchs auf Sicherstellung ... 89
3. Fazit ... 90
D. Zuständigkeit ... 91
E. Antragsberechtigung und Mehrparteienverfahren ... 94
1. Beklagte und widerbeklagte Partei («Normalfall») ... 94
2. Klagende Partei («Spezialfall») ... 95
3. Verfahren mit mehr als zwei Parteien ... 97
F. Voraussetzungen ... 98
1. Zwingende Voraussetzungen ... 100
a) Theoretischer Anspruch auf Kostenerstattung ... 101
b) Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs ... 101
c) Zunahme der Gefährdung seit Abschluss der Schiedsvereinbarung ... 102

d) Treuwidriges Verhalten 104
i. Herrschende Lehre: Besondere Umstände 104
ii. Hier vertretene Auffassung: Treuwidrigkeit ist zwingende Voraussetzung 106
iii. Begründung 109
iv. Ausnahme 111
e) Zusammenfassung 113
2. Mögliche Szenarien 114
a) Sitzstaat der leistungspflichtigen Partei 114
b) Klage durch eine zahlungsunfähige Partei 116
c) Abtretung der Forderung an eine Zweckgesellschaft 117
d) Treuwidrige Vermögensentäusserung und absichtlich herbeigeführte Insolvenz 118
e) Treuwidrige Sitzverlegung und treuwidrige Vermögensverschiebung 119
f) Verweigerung der Herausgabe von Dokumenten 120
3. Spezialfall Art. 379 ZPO 121
4. Mögliche Ausnahmen 122
a) Beklagte Partei ist für die Zahlungsunfähigkeit verantwortlich 123
b) Beklagte Partei hat ihren Anteil am Kostenvorschuss nicht bezahlt 124
c) Anderweitig treuwidriges Verhalten der beklagten Partei 125
d) Prozesskostensicherheit ist für die kautionspflichtige Partei unbezahlbar 126
e) Forderung und Gegenforderung sind konnex 127
G. Umfang 129
1. Erfasste Kostenarten 129
2. Erfasster Zeitraum 131
H. Höhe und Form 133
I. Verfahren 135
1. Antrag 135
2. Beweislast und Beweismass 136
3. Mitwirkungspflicht der leistungspflichtigen Partei 137
4. Stellungnahme zum Antrag 138
J. Kautionsverfügung des Schiedsgerichts 139
1. Form und Inhalt 139
2. Konsequenzen der Nichtbefolgung 140
3. Rechtsmittel 143
4. Auflösung der Kaution 144
K. Zusammenfassung 145

IV. Prozesskostensicherheit und Prozessfinanzierung ... 147
A. Grundlagen der Prozessfinanzierung ... 147
1. Definition und Funktionsweise ... 149
2. Abgrenzung von anderen Finanzierungsformen ... 151
a) Zum Darlehen ... 151
b) Zum anwaltlichen Erfolgshonorar ... 152
c) Zur (Rechtsschutz-)Versicherung ... 153
d) Zu weiteren Finanzierungsformen ... 154
3. Voraussetzungen ... 155
4. Prozessfinanzierungsvertrag ... 157
a) Parteien ... 158
b) Inhalt ... 159
i. Kostentragung ... 159
ii. Vergütung ... 160
iii. Sicherung des Anspruchs ... 161
iv. Informations- und Mitspracherechte ... 162
v. Beendigungsmöglichkeiten ... 163
c) Rechtsnatur ... 164
5. Nutzen ... 165
a) Verbesserter Zugang zur (Schieds-)Gerichtsbarkeit ... 165
b) Angleichung der Verhandlungsmacht ... 166
c) Höhere Qualität der Klagen ... 167
d) Betriebswirtschaftliche Flexibilität ... 168
6. Bedenken ... 169
a) Moralische Bedenken ... 170
b) Interessenkonflikte ... 171
c) Beeinträchtigung der Beziehung zwischen Prozesspartei und Anwaltschaft ... 174
d) Vertraulichkeit des Verfahrens ... 175
e) Tiefere Vergleichsbereitschaft ... 178
B. Problematik: Fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts ... 179
C. Prozessfinanzierung als Kautionsgrund ... 181
1. Überblick über Lehre und Rechtsprechung ... 182
a) Prozessfinanzierung ist nicht zu berücksichtigen ... 182
b) Prozessfinanzierung ist ein relevantes Kriterium ... 184
i. «Hit and Run»-Szenario ... 184
ii. Wesentliche Veränderung der Umstände ... 186
iii. Verschiebung der Beweislast ... 188
c) Zwischenfazit ... 190
2. Hier vertretene Auffassung ... 191
a) Prozessfinanzierung ist kein eigener Kautionsgrund ... 191
b) Allgemeine Voraussetzungen bleiben unverändert ... 192

c) Spezialfall Prozessfinanzierung 193
i. Voraussetzungen 193
ii. Begründung und Vorteile 194
D. Beweislast, Beweismass und Offenlegungspflichten 196
E. Exkurs: Einfluss auf den Kostenentscheid 198
F. Zusammenfassung 201

V. Zusammenfassung und Fazit 203

Stichwortverzeichnis 207

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
AAA	American Arbitration Association
AAA Rules	AAA Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures, Version in Kraft seit 1. Oktober 2013
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)
Akron L. Rev.	Akron Law Review (Akron)
ALI	American Law Institute
Am. Rev. Int'l. Arb.	American Review of International Arbitration (New York)
AppH	Appellationshof
Arb. Int'l.	Arbitration International (London)
Arbitraje	Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones (Madrid)
Art.	Artikel
ASA	Swiss Arbitration Association
Asian Int'l. Arb. J.	Asian International Arbitration Journal (Singapur)
Aufl.	Auflage
AVO	Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005, SR 961.011
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BCSC	Supreme Court of British Columbia
Bd.	Band
BE ZPO	Gesetz über die Zivilprozessordnung des Kantons Bern vom 7. Juli 1918 (nicht mehr in Kraft)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000, SR 935.61
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BK	Berner Kommentar
BR-CCP	Code of Civil Procedure (Brasilien)
BSK	Basler Kommentar

bspw.	beispielsweise
Bull.	Bulletin
BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Cah. Arb.	Les Cahiers de l'Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration (Paris)
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CAM-CCBC Rules	CAM-CCBC Arbitration Rules, Version in Kraft seit 1. August 2018
Ccia-Ti	Camera di Commercio dell'Industria e dell'Artigianato del Cantone Ticino
CHF	Schweizer Franken
CIArb	Chartered Institute of Arbitrators
Civ.	Civil Division (Teil des EWCA)
CoA 2nd Cir.	United States Court of Appeal, Second Circuit
Comm.	Commentaire
Comm. C.	Commercial Court (Teil des EWHC)
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review (Ithaca)
CPR	Civil Procedure Rules (England)
d.h.	das heisst
D-ZPO	Zivilprozessordnung der Bundesrepublik Deutschland
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
DIS Rules	DIS-Schiedsgerichtsordnung, Version in Kraft seit 1. März 2018
Disp. Res. Int'l.	Dispute Resolution International (London)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
e.g.	exempli gratia (zum Beispiel)
E-ZPO	Entwurf zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozess-ordnung
EG	Europäische Gemeinschaft
engl.	englisch
et al.	et aliae/alii (und andere)
etc.	et cetera (und so weiter)

EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro
Eur. Arb. Rev.	European Arbitration Review (London)
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWHC	England and Wales High Court
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Frankfurt am Main)
f./ff.	die folgende/die folgenden
F-CPC	Code de procédure civile (Frankreich)
Fl. Dist. CoA	Florida District Court of Appeal
Fn.	Fussnote
GAR	Global Arbitration Review (London)
GBP	Britische Pfund
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal (Washington D.C.)
gl.M.	gleicher Meinung
h.L.	herrschende Lehre
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review (Cambridge)
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HGer	Handelsgericht
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Centre
HKIAC Rules	2018 HKIAC Administered Arbitration Rules, Version in Kraft seit 1. November 2018
Hrsg.	Herausgeber
HÜ54	Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954, SR 0.274.12
HÜ80	Übereinkommen über den internationalen Zugang zur Rechtspflege vom 25. Oktober 1980, SR 0.274.133
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IBA	International Bar Association
IBA Rules	IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration
ICC	International Chamber of Commerce

ICC Rules	ICC Arbitration Rules, Version in Kraft seit 1. Januar 2021
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICDR	International Centre for Dispute Resolution
ICDR Rules	ICDR International Dispute Resolution Procedures, Version in Kraft seit 1. Juni 2014
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
inkl.	inklusive
Int'l. Arb. L. Rev.	International Arbitration Law Review (London)
Int'l. Bus. L.J.	International Business Law Journal (London/Paris)
Int'l. J. Arb. Med. Disp. Mgmt.	Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management (London)
Int'l. Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics (New York)
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Bielefeld)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291
IT-CPC	Codice di procedura civile (Italien)
J. D. Int'l.	Journal du Droit International (Paris)
J. Int'l. Arb.	Journal of International Arbitration (Dordrecht)
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics (Chicago)
J.L. Econ. & Pol'y.	Journal of Law, Economics & Policy (Arlington)
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies (Chicago)
JP-CCP	Code of Civil Procedure (Japan)
KGer	Kantonsgericht
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969, SR 279 (nicht mehr in Kraft)
KuKo	Kurzkommentar
LCIA	London Court of International Arbitration
LCIA Rules	LCIA Arbitration Rules, Version in Kraft seit 1. Oktober 2020
lit.	litera
L. Q. Rev.	Law Quarterly Review (London)
LTF	= BGG
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Mercer L. Rev.	Mercer Law Review (Macon)
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review (Minneapolis)
Mio.	Million(en)

Mrd.	Milliarde(n)
MüKo	Münchner Kommentar
N	Note
n.Chr.	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Frankfurt)
NL-CCP	Code of Civil Procedure (Niederlande)
No.	Number
Nr.	Nummer
NZCA	Court of Appeal of New Zealand
NZHC	High Court of New Zealand
Ö-ZPO	Österreichische Zivilprozessordnung
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 200
PILA	= IPRG
publ.	publiziert
QB	Queen's Bench Division (Teil des EWHC)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen)
Rev. Litig	Review of Litigation (Austin)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Frankfurt am Main)
Rs.	Rechtssache des EuGH
SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution
Scand. Stud. L.	Scandinavian Studies in Law (Stockholm)
SCC	Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
SCC Rules	Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Version in Kraft seit 1. Januar 2017
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren (München)
Sect.	Section
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SH ZPO	Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 (nicht mehr in Kraft)

SHK	Stämpflis Handkommentar
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
SIAC Rules	Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, Version in Kraft seit 1. August 2016
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRIA	Swiss Rules of International Arbitration, Version in Kraft seit 1. Juni 2012
St(.)	Saint / Sankt
Swiss Rules	= SRIA
TDM	Transnational Dispute Management (Nootdorp)
TG ZPO	Gesetz über die Zivilrechtspflege (Zivilprozessordnung) des Kantons Thurgau vom 6. Juli 1988 (nicht mehr in Kraft)
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review (Los Angeles)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL Model Law	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (UNCITRAL Modellgesetz für die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit)
UNCITRAL Rules	UNCITRAL Arbitration Rules, Version in Kraft seit 15. August 2010
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
USA	United States of America
USD	US Dollar
v.	versus
v.a.	vor allem
VE-IPRG	Vorentwurf zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 11. Januar 2017
VE-ZPO	Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung von Juni 2003
vgl.	vergleiche
VIAC	Vienna International Arbitration Centre
Vienna Rules	VIAC Rules of Arbitration and Mediation, Version in Kraft seit 1. Januar 2018 (VIAC Schieds- und Mediationsordnung)

Vind. J. Int'l. Comm. L. & Arb.	Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration (Wien)
Wake Forest L. Rev.	Wake Forest Law Review (Winston-Salem)
Widener L.J.	Widener Law Journal (Harrisburg)
WIPO	World Intellectual Property Organization
WIPO Rules	WIPO Arbitration Rules, in Kraft seit 1. Januar 2020
Wm. & Mary Bill Rts. J.	William & Mary Bill of Rights Journal (Williamsburg)
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review (Williamsburg)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (München)
ZG ZPO	Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (nicht mehr in Kraft)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH ZPO	Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (nicht mehr in Kraft)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich)

Literaturverzeichnis

ALRASHID MERIAM N./WESSEL JANE/LAIRD JOHN, Impact of Third Party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration, in: Disp. Res. Int'l. 2012, 101 ff.

ALTENKIRCH MARKUS, Die Sicherheitsleistung für die Prozesskosten – Ein Vergleich des deutschen und englischen Zivilprozessrechts und ein Vorschlag für das Schiedsverfahrensrecht, München 2013 (Diss. Mainz 2012)

AMBAUEN IRMA, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG – Eine Gegenüberstellung im Kontext der Opting-out-Möglichkeiten – Unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen, der Schiedsfähigkeit und der Anfechtbarkeit von Schiedssprüchen, in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 109, Zürich 2016 (Diss. Luzern 2016)

ANUKARAN SAI, Security for Costs in International Commercial Arbitration: Mandate, Exercise of Mandate, Standards and Third Party Funding, in: Int'l. J. Arb. Med. Disp. Mgmt. 2018, 77 ff.

ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2018

BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 (zit. als SHK ZPO-BEARBEITER)

BAKER THURBERT, Paying to Play: Inside the Ethics and Implications of Third-Party Litigation Funding, in: Widener L.J. 2013, 229 ff.

BARKSDALE COURTNEY R., All That Glitters Isn't Gold: Analyzing the Costs and Benefits of Litigation Finance, in: Rev. Litig. 2007, 707 ff.

BAUMGARTNER PAUL, Die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 54, Zürich 1981 (Diss. Zürich 1980)

BAUMGARTNER SAMUEL et al., Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018

BEECHEY JOHN, The Pandora's Box of Third-Party Funding: Some Practical Suggestions for Arbitrators in Light of Recent Developments, in: Jean Engelmayer Kalicki/Mohamed Abdel Raouf (Hrsg.), Evolution and Adaption: The Future of International Arbitration, ICCA Congress Series 2019, 558 ff. (zit. als BEECHEY, *Third-Party Funding*)

BEECHEY JOHN, International Arbitrations and the Award of Security for Costs in England, in: ASA Bull. 1994, 179 ff. (zit. als BEECHEY, *Security for Costs*)

BEISNER JOHN H./MILLER JESSICA D./RUBIN GARY, Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third Party Litigation Funding in the United States, Washington DC 2009

BEISNER JOHN H./MILLER JESSICA D./SCHWARTZ JORDAN M., Selling More Lawsuits, Buying More Trouble: Third Party Litigation A Decade Later, Washington DC 2020

BENCH NIEUWVELD LISA/SHANNON SAHANI VICTORIA, Third-Party Funding in International Arbitration, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2017

BERGER BERNHARD, Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law, in: ASA Bull. 2010, 7 ff. (zit. als BERGER, *Security for Costs*)

BERGER BERNHARD, Gedanken zur Kautionspflicht im Zivilprozess, in: ZBJV 2004, 277 ff. (zit. als BERGER, *Kautionspflicht im Zivilprozess*)

BERGER BERNHARD, Prozesskostensicherheit (cautio iudicatum solvi) im Schiedsverfahren, in: ASA Bull. 2004, 4 ff. (zit. als BERGER, *Prozesskostensicherheit*)

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2015 (zit. als BERGER/KELLERHALS, *Arbitration*)

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. als BERGER/KELLERHALS, *Schiedsgerichtsbarkeit*)

BERTI STEPHEN V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011

BERTRAND EDOUARD, The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding, in: ASA Bull. 2011, 607 ff.

BLACKABY NIGEL et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. Aufl., Oxford 2015

BOOG CHRISTOPHER, Die Durchsetzung einstweiliger Massnahmen in internationalen Schiedsverfahren – Aus schweizerischer Sicht, mit rechtsvergleichenden Aspekten, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 166, Zürich 2011 (Diss. Zürich 2010)

BORN GARY B., International Arbitration: Law and Practice, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2016 (zit. als BORN, Law and Practice)

BORN GARY B., International Commercial Arbitration, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2014 (zit. als BORN, *Commercial*)

BREKOULAKIS STAVROS/PARK WILLIAM W. (RUSTY)/ROGERS CATHERINE A., Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, The ICCA Reports No. 4, April 2018

BREKOULAKIS STAVROS L./VON GOELER JONAS, The Arbitration Agreement and Arbitrability, It's all about the Money: The Impact of Third-Party Funding on Costs Awards and Security for Costs in International Arbitration, in: Christian Klausegger et al. (Hrsg.), Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, Wien 2017, 1 ff.

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. als DIKE ZPO-BEARBEITER)

BUCHER ANDREAS (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le droit internatioal privé, Convention de Lugano, Basel 2011 (zit. als CR IPRG-BEARBEITER)

BÜHLER MICHA, Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview, in: ASA Bull. 2004, 249 ff.

BUNGERT HARTWIN, Prozesskostensicherheitsleistung ausländischer Kapitalgesellschaften und die Diskriminierungsverbote des EWG-Vertrages, EWS 1993, 315 ff.

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS, Guideline 5: Applications for Security for Costs, London 2016 (zit. als CIArb)

CORBOZ BERNARD et al. (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 2. Aufl., Bern 2014 (zit. als Comm. LTF-BEARBEITER)

COURSEY DON L./STANLEY LINDA R., Pretrial Bargaining Behavior Within the Shadow of the Law: Theory and Experimental Evidence, in: Int'l. Rev. L. & Econ. 1988, 161 ff.

CRAIG LAURENCE W./PARK WILLIAM W./PAULSSON JAN, International Chamber of Commerce Arbitration, 3. Aufl., Dobbs Ferry 2000

CREMADES SANZ-PASTOR BERNARDO M./DIMOLITSA ANTONIAS (Hrsg.), Third-Party Funding in International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Paris 2013

DANELZIK WILHELM, Sicherheitsleistung für die Prozesskosten – Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Betrachtung, Diss. Bonn 1976

DARWAZEH NADIA/LELEU ADRIEN, Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding, in: J. Int'l. Arb. 2016, 125 ff.

DAVENPORT BRIAN, The Ken-Ren Case: Much Ado About Nothing Very Much, in: Arb. Int'l. 1994, 303 ff.

DETHLOFF NINA, Verträge zur Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, in: NJW 2000, 2225 ff.

DIMDE MORITZ, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung im Zivilprozess, Eine ökonomische Analyse des Rechts, in: Berliner Juristische Universitätsschriften Bd. 42, Berlin 2003 (Diss. Berlin 2003)

DONOHUE ILL JOHN T., Opting for the British Rule, or, if Posner and Shavell Can't Remember the Coase Theorem, Who Will?, in: Harv. L. Rev. 1990/1991, 1093 ff.

DOS SANTOS CAROLINE, Third-party funding in international commercial arbitration: a wolf in sheep's clothing?, in: ASA Bull. 2017, 918 ff.

EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Bd. 1, Art. 1–80 BV, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. als SGK BV-BEARBEITER)

EISENBERG THEODORE/MILLER GEOFFREY P., The English versus the American Rule on Attorney Fees: An Empirical Study of Public Company Contracts, in: Cornell L. Rev. 2013, 327 ff.

ELSING SIEGFRIED H., Zur Anordnung einer Kostensicherheit in internationalen Schiedsverfahren, in: Reinhold Geimer/Athanassios Kaissis/Roderich C. Thümmel (Hrsg.), Ars aequi et boni in mundo, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, München 2015, 69 ff.

EVERSBERG ARNDT, Prozessfinanzierung für den Versicherungsprozess, in: Jürgen Veith/Jürgen Gräfe (Hrsg.), Der Versicherungsprozess, 3. Aufl., München 2016

FENN PETER/BRAWN DANIEL, Security for Costs in Arbitration England and Wales, in: Int'l. Arb. L. Rev. 2003, 193 ff.

FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012

FRECHEN FABIAN/KOCHHEIM MARTIN L., Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung, in: NJW 2004, 1213 ff.

FRIGNATI VALENTINA, Ethical implications of third-party funding, in: Arb. Int'l. 2016, 506 ff.

FRITZSCHE JÖRG/SCHMIDT STEFFEN, Eine neue Form der Versicherung?, in: NJW 1999, 2998 ff.

FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht (Art. 1 – 200 IPRG), 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. als HK IPRG-BEARBEITER)

GAILLARD EMMANUEL/SAVAGE JOHN (Hrsg.), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Den Haag 1999

GAUCH PETER, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, Ein klassisches Thema aus dem Deliktsrecht, in: recht 1994, 198 ff.

GEHRI MYRIAM A./JENT-SØRENSEN INGRID/SARBACH MARTIN (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015 (zit. als OFK ZPO-BEARBEITER)

GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. als BSK ZGB-BEARBEITER)

GEISINGER ELLIOTT/VOSER NATHALIE (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, 2. Aufl., Biggleswade 2013

GIESEL GRACE M., Alternative Litigation Finance and the Work-Product Doctrine, in: Wake Forest L. Rev. 2012, 1083 ff.

GILLERS STEPHEN, Waiting for Good Dough: Litigation Funding Comes to Law, in: Akron L. Rev. 2010, 677 ff.

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives, 3. Aufl., Zürich 2016

GLEUSSNER, IRMGARD, Prozessfinanzierung, in: Reinhard Greger/Irmgard Gleussner/Jörg Heinemann (Hrsg.), Neue Wege zum Recht, Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, Köln 2006, 25 ff.

GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014

GOLDSMITH AREN/MELCHIONDA LORENZO, Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (but Were Afraid to Ask), in: Int'l. Bus. L.J. 2012, 53 ff.

GOLDSTEIN MARC J., Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up? – Thoughts About A Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration, in: TDM 2011, 1 ff.

GOTANDA JOHN Y., Attorneys' Fees Agonistes: The Implications of Inconsistency in the Awarding of Fees and Costs in International Arbitrations, in: Miguel Angel Fernandez-Ballester/David Arias (Hrsg.), Liber Amicorum Bernardo Cremades, Madrid 2010

GU WEIXIA, Security for Costs in International Commercial Arbitration, in: J. Int'l. Arb. 2005, 167 ff.

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979

HABERBECK PHILIPP, Einige Gedanken zur Prozesskostenfinanzierung durch Dritte in der Schweiz, in: Jusletter vom 25. Juni 2018

HANOTIAU BERNARD, The parties' costs of arbitration, in: Yves Derains/Richard Kreindler (Hrsg.), Evaluation of Damages in International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Paris 2006, 213 ff.

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. als BK ZPO I-BEARBEITER)

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Art. 150–352 ZPO und Art. 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. als BK ZPO II-BEARBEITER)

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. III, Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2012 (zit. als BK ZPO III-BEARBEITER)

HENDERSON ALASTAIR, Security for Costs in Arbitration in Singapore, in: Asian Int'l. Arb. J. 2011, 54 ff.

HENRIQUES DUARTE G., Third-Party Funding – In Search for a Definition, in: Am. Rev. Int'l. Arb. 2017, 405 ff.

HO JEAN, Getting the shoe to fit – Obtaining security for costs under the rules of arbitration of the International Chamber of Commerce, in Vind. J. Int'l. Comm. L. & Arb. 2005, 329 ff.

HOLTZMANN HOWARD M. et al., A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, Alphen aan den Rijn 2015

HOMBERG MATTHIAS, Erfolgshonorierte Prozessfinanzierung, in: Saarbrücker Schriften zu Recht und Praxis Bd. 3, Saarbrücken 2006 (Diss. Saarbrücken 2006)

HONSELL HEINRICH et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. als BSK IPRG-BEARBEITER)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. als BSK OR II-BEARBEITER)

HUBER LUCIUS, Gestaltungsspielraum eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz beim Erlass vorsorglicher Verfügungen, in: Roland Fankhauser et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 227 ff.

HUERTA-GOLDMAN JORGE A./ROMANETTI ANTOINE/STIRNIMANN FRANZ X. (Hrsg.), WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration, Alphen aan den Rijn 2013

HUGHES JAMES W./SNYDER EDWARD A., Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence, J.L. & Econ. 1995, 225 ff.

HYLTON KEITH N., The Economics of Third-Party Financed Litigation, in: J.L. Econ. & Pol'y. 2012, 701 ff.

ICC COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, ICC Commission Report, Decisions on Costs in International Arbitration, in: Offprint from ICC Dispute Resolution Bull. 2015, Issue 2 (zit. als ICC COMMISSION)

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, Proposals for Amendment of the ICSID Rules, Working Paper No. 3, August 2019 (zit. als ICSID)

ISLER RAINER, Die Kautionspflicht im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1967

JÄGER ALMUTH, Die Prozesskostensicherheit für Kläger aus EU-Mitgliedstaaten gehört nicht der Vergangenheit an, in: EWS 1997, 37 ff.

JÄGER MARKUS, Reimbursement for Attorney's Fees, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), International Commerce and Arbitration, Den Haag 2010

JASKOLLA JÜRGEN, Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, in: Versicherungswissenschaft in Berlin Bd. 26, Karlsruhe 2004 (Diss. Berlin 2004)

KALICKI JEAN E., Security for Costs in International Arbitration, in: TDM, Dezember 2006

KAMPF ROGER, Sicherheitsleistungen durch britische Staatsangehörige – Ein Beitrag zur Anwendbarkeit des § 110 ZPO, NJW 1990, 3054 ff.

KARRER PIERRE A., Naives Sparen bringt Gefahren – Kostenfragen aus Sicht der Parteien und des Schiedsgerichts, in: SchiedsVZ 2006, 113 ff.

KARRER PIERRE A./DESAX MARCUS, Security for Costs in International Arbitration – Why, when, and what if…, in Robert Briner et al. (Hrsg.), Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel anlässlich seines Ausscheidens als Direktor des Instituts für Luft- und Weltraumrecht und des von ihm gegründeten Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht, Köln 2001, 339 ff.

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland, Oxford 2015

KIRTLEY WILLIAM/WIETRZYKOWSKI KORALIE, Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?, in: J. Int'l. Arb. 2013, 17 ff.

KOCHHEIM MARTIN LORENZ, Die gewerbliche Prozessfinanzierung, Rechtsfragen der Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung, in: Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht Bd. 37, Münster/Hamburg/London 2003 (Diss. Hamburg 2002)

KOTRONIS SOTIRIOS, Die Sicherheitsleistung im Privatrecht – Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und schweizerischen Privatrecht, in: Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 268, Zürich 2016 (Diss. Zürich 2015)

KREINDLER RICHARD/DIMSEY MARIEL, Sanctioning of Party Conduct Through Costs: A Reconsideration of Scope, Timing and Content of Costs Awards, in: Patricia Shaughnessy/Sherlin Tung (Hrsg.), The Powers and Duties of an Arbitrator, Liber Amicorum Pierre A. Karrer, Alphen aan den Rijn 2017, 201 ff.

KREINDLER RICHARD/GOLDSMITH AREN, Should Parties Disclose the Existence of a Third-Party Funder? (Disclosure and Conflicts of Interest), in: Sherlin Tung/Fabricio Fortese/Crina Baltag (Hrsg.), Finances in International Arbitration, Liber Amicorum Patricia Shaughnessy, Alphen aan den Rijn 2019, 255 ff.

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, IPRG/LugÜ Kommentar, Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse, 2. Aufl., Zürich 2019

KUHN JOHANNES/TRAPPE SEBASTIAN, 15 Jahre Prozessfinanzierung im Erbrecht, in: ZEV 2013, 246 ff.

KÜHN WOLFGANG/VAN OEVEREN HANNEKE, The Full Recovery of Third-Party Funding Costs in Arbitration: To Be or Not to Be?, in: J. Int'l. Arb. 2018, 307 ff.

LE MOULLEC CAROLINE, The Clean Hands Doctrine: A Tool for Accountability of Investor Conduct and Inadmissibility of Investment Claims, in: Int'l. J. Arb. Med. Disp. Mgmt. 2018, 13 ff.

LEUCH GEORG et al., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016

LEW JULIAN D. M./MISTELIS LOUKAS A./KRÖLL STEFAN M., Comparative International Commercial Arbitration, Den Haag 2003

LÖTSCHER MARCEL, Prozesskostenfonds: Die gewerbliche Prozessfinanzierung als alternatives Investmentvehikel aus ökonomischer und rechtlicher Sicht, in: Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum-Verlag Bd. 75, Marburg 2015

LÜTHI BENDICHT, Aus der Rechtsprechung des Handelsgerichts des Kantons Bern, ZBJV 2017, 69 ff.

MARGHITOLA RETO, Document Production in International Arbitration, in: International Arbitration Law Library Series Bd. 33, Alphen aan den Rijn 2015 (Diss. Zürich 2014)

MARTI ARNOLD, Die Kosten im heutigen Zivilprozess, in: Anwaltsrevue 2018, 116 ff.

MAUBACH NORBERT, Gewerbliche Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, in: Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht Bd. 47, Bonn 2002 (Diss. Köln 2001)

MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Lehre und Praxis, Zürich 2010 (zit. als MEIER, *Zivilprozessrecht*)

MEIER ISAAK, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983 (zit. als MEIER, *Einstweiliger Rechtsschutz*)

MEIER ISAAK/SCHINDLER RICCARDA, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht? in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich 2015, 29 ff.

MERZ BARBARA, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Bern 2006

MILES WENDY/SPELLER DUNCAN, Security for costs in international arbitration – emerging consensus or continuing difference?, in: Eur. Arb. Rev. 2007, 32 ff.

MOLOT JONATHAN T., Litigation Finance: A Market Solution to a Procedural Problem, in: Geo. L.J. 2010, 65 ff.

MULLER CAROLE, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen, in: Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Bd. 8, Zürich 2015

MÜLLER NICOLA, Prozessleitende Verfügungen im weiteren Sinne – Eine Untersuchung von Zwischenentscheiden und prozessleitenden Verfügungen nach ZPO und BGG, in: ZZZ 2014/2015, 245 ff.

MÜLLER-CHEN MARKUS/MÜLLER CHRISTOPH/WIDMER LÜCHINGER CORINNE (Hrsg.), Comparative Private Law, Zürich/St. Gallen 2015

MÜLLER-CHEN MARKUS/WIDMER LÜCHINGER CORINNE (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, Bd. II, Art. 108a–200, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. als ZK IPRG-BEARBEITER)

MUSIELAK HANS-JOACHIM/VOIT WOLFGANG (Hrsg.), Kommentar, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 17. Aufl., München 2020

NAGEL HEINRICH/GOTTWALD PETER, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Köln 2013

NATER HANS, Das Verbot des Erfolgshonorars – Verhinderung des Zugangs zum Recht?, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, 27 ff.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. als BSK BGG-BEARBEITER)

NITZSCHE DAGOBERT, Ausgewählte rechtliche und praktische Probleme der gewerblichen Prozesskostenfinanzierung unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzrechts, München 2003 (Diss. München 2002)

O'REILLY MICHAEL, Costs in Arbitration Proceedings, 2. Aufl., London 1997

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH, Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. als KuKo ZPO-BEARBEITER)

OSMANOGLU BURCU, Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest, in J. Int'l. Arb. 2015, 325 ff.

PATOCCHI PAOLO MICHELE, National Report for Switzerland (2018 through 2019), in: Lise Bosman (Hrsg.), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, National Reports and Basic Legal Texts, Loseblatt Stand März 2020

PAULSSON JAN/PETROCHILOS GEORGIOS, UNCITRAL Arbitration, Alphen aan den Rijn 2017

PINSOLLE PHILIPPE, Third Party Funding and Security for Costs, in: Cah. Arb. 2013, 399 ff.

PÖRNBACHER KARL/THIEL SOPHIE, Kostensicherheit in Schiedsverfahren, in: SchiedsVZ 2010, 14 ff.

POSNER RICHARD A., An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, in: J. Legal Stud. 1973, 399 ff.

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., London 2007

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, London 2019 (zit. als Queen Mary Survey)

RAUSCHER THOMAS/KRÜGER WOLFGANG (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3, §§ 946–1117 ZPO, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 5. Aufl., München 2017 (zit. als MüKo ZPO-BEARBEITER)

REINER ANDREAS, Les mesures provisoires et conservatoires et L'Arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI, in: J. D. Int'l. 1998, 853 ff.

REYMOND CLAUDE, Security for costs in international arbitration, in: L. Q. Rev. 1994, 501 ff.

RICHMOND DOUGLAS R., Other People's Money: The Ethics of Litigation Funding, in: Mercer L. Rev. 2005, 649 ff.

RISSE JÖRG/ALTENKIRCH MARKUS, Kostenerstattung im Schiedsverfahren: fünf Probleme aus der Praxis, in: SchiedsVZ 2012, 5 ff.

ROCHON STEPHAN ANDREAS, Die erfolgshonorierte Prozessfinanzierung und ihre Auswirkungen für den Rechtsanwalt, in: Rostocker Schriften zum Anwalts- und Notarrecht Bd. 1, Rostock 2003 (Diss. Rostock 2003)

ROGERS CATHERINE A., Ethics in International Arbitration, Oxford 2014

RONEY DAVID P./VON DER WEID KATHERINE, Third-Party Funding in International Arbitration: New Opportunities and New Challenges, in: Christoph Müller/Antonio Rigozzi (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration 2013, Zürich 2013, 183 ff.

ROSS ALISON, A storm over St Lucia, in: GAR 2014, 11 ff.

ROWLES-DAVIES NICK, Third Party Litigation Funding, Oxford 2014

RUBINS NOAH, In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration, in: Am. Rev. Int'l. Arb. 2000, 307 ff.

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, Supplement zur 2. Aufl., Zürich 1999

RÜETSCHI DAVID, Geldleistung als vorsorgliche Massnahme, Die Entwertung von Geldforderungen durch die Dauer des Zivilverfahrens und mögliche Lösungsansätze, in: Schriftenreihe für Internationales Recht Bd. 96, Basel 2002 (Diss. Basel 2001)

SANDROCK OTTO, The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or The Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant, in: J. Int'l. Arb. 1997, 17 ff.

SANGIORGIO DIDIER, Der vorsorgliche Rechtsschutz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach Art. 183 IPRG, Diss. Zürich 1996

SATMER FRANZ, Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrensmängeln, in: Schweizer Studien zum Internationalen Recht Bd. 89, Zürich 1994 (Diss. Zürich 1994)

SAVOLA MIKA, Awarding Costs in International Commercial Arbitration, in: Scand. Stud. L. 2017, 276 ff.

SCHERER MAXI/GOLDSMITH AREN/FLÉCHET CAMILLE, Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders' Perspectives, in: Int'l. Bus. L.J. 2012, 207 ff.

SCHILLER KASPAR, Das Erfolgshonorar nach BGFA, in: SJZ 2004, 353 ff.

SCHMID JEAN-DANIEL/SCHMID ALEXANDER, Der Kautionsgrund bei der zivilprozessualen Sicherstellung der Parteientschädigung, in: AJP 2016, 670 ff.

SCHMID MARKUS, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – die Fakten, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich 2015, 13 ff.

SCHUMACHER BENJAMIN, Prozessfinanzierung, Erfolgshonorierte Fremdfinanzierung von Zivilverfahren, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 180, Zürich 2015 (Diss. Zürich 2015)

SCHUMACHER BENJAMIN/DALLAFIOR ROBERTO, Die Vereinbarung von Erfolgsprämien für den Anwalt, in: AJP 2017, 1284 ff.

SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 3. Auflage, Köln 2018 (zit. als SCHÜTZE, *Schiedsgerichtsbarkeit*)

SCHÜTZE ROLF A., Das internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, 2. Aufl., Berlin 2011 (zit. als SCHÜTZE, *Internationales Zivilprozessrecht*)

SCHÜTZE ROLF A., Zur Neuregelung der cautio iudicatum solvi in Deutschland, in: RIW 1999, 10 ff. (zit. als SCHÜTZE, *Neuregelung*)

SCHÜTZE ROLF A., Die Rechtsprechung des EuGH zur Ausländerkaution – Luxemburg locuta causa finita, in: RIW 1998, 285 ff. (zit. als SCHÜTZE, *Rechtsprechung*)

SCHÜTZE ROLF A., Die verkannte Funktion der Ausländersicherheit, in: IPrax 1990, 87 f. (zit. als SCHÜTZE, *Ausländersicherheit*)

SCHWARTZ ERIC A., Security for Costs and Third-Party Funding: A Bridge Too Far, in: W. Michael Reisman/William W. Park (Hrsg.), Liber Amicorum en l'Honneur de William Laurence Craig, Paris 2016, 371 ff.

SCHWENZER INGEBORG, Rechtsverfolgungskosten als Schaden?, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008

SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, Basel 2013

SHAHDADPURI KHUSHBOO HASHU, Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory, in: Asian Int'l. Arb. J. 2016, 77 ff.

SHANNON SAHANI VICTORIA, Judging Third-Party Funding, in: UCLA L. Rev. 2016, 388 ff.

SHANNON VICTORIA, Recent Developments in Third-Party Funding, in: J. Int'l. Arb. 2013, 443 ff.

SHAVELL STEVEN, Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs, in: J. Legal Stud. 1982, 55 ff.

SIDKLEV JOHAN, Security for Costs in the SCC Rules, in: Sherlin Tung/Fabricio Fortese/Crina Balta (Hrsg.), Finances in International Arbitration, Liber Amicorum Patricia Shaughnessy, Alphen aan den Rijn 2019, 437 ff.

SIEBERT-REIMER ANNEKATHRIN, Der Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, in: Schriften zum Prozessrecht Bd. 243, Berlin 2017 (Diss. Berlin 2014)

SKRZEPSKI JOHN-ROBERT, Die gewerbliche Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung, in: Studien zum Zivilrecht Bd. 47, Hamburg 2008 (Diss. Hamburg 2007)

SPÜHLER KARL/REETZ PETER, Voraussetzungen und Höhe von Kautionen, in: Christian Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, 91 ff.

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. als BSK ZPO-BEARBEITER)

STACHER MARCO, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 2015 (zit. als STACHER, *Einführung*)

STACHER MARCO, Der unzuständige Schiedsrichter, in: ZZZ 29/2013, 32 ff. (zit. als STACHER, *Schiedsrichter*)

STACHER MARCO, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Merkmale und Wesen der verpflichtenden und der gestaltenden Elemente der Schiedsvereinbarung, in: St. Galler Studien zum internationalen Recht Bd. 36, Zürich/St. Gallen 2007 (Diss. St. Gallen 2007) (zit. als STACHER, *Rechtsnatur*)

STAEHELIN ADRIAN et al., Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2019

STAUBER DEMIAN, Anspruch auf Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten – prozessuale Aspekte, in: Michael Leupold et al. (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Veröffentlichungen zum aargauischen Recht Bd. 51, Zürich 2008, 147 ff.

STEINITZ MAYA, The Litigation Finance Contract, in: Wm. & Mary L. Rev. 2012, 455 ff. (zit. als STEINITZ, *Contract*)

STEINITZ MAYA, Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding, in: Minn. L. Rev. 2011, 1268 ff. (zit. als STEINITZ, *Claim*)

STÜRNER ROLF, The Principles of Transnational Civil Procedure, An Introduction to Their Basic Conceptions, in: RabelsZ 2005, 201 ff.

STUTZER HANSJÖRG, Die Kautionspflicht im ordentlichen zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1980

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. als BEARBEITER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger)

SWERDLOFF NICOLAS/ELUL HAGIT MURIEL/BAUM ANDREAS, Arbitrators' Power to Sanction Non-Compliance in Discovery in International Commercial Arbitration, in: Albert Jan Van den Berg (Hrsg.), Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series 2015, 221 ff.

THIEL SOPHIE/PÖRNBACHER KARL, Kostenentscheidungen und Kompetenz des Schiedsgerichts – Probleme aus der Praxis, in: SchiedsVZ 2007, 295 ff.

TOBIAS BRADLEY C., Officious Intermeddling or Protected First Amendment Activity? The Constitutionality of Prohibitive Champerty Law After Citizens United, in: Wm. & Mary Bill Rts. J. 2014, 1293 ff.

TRITTMANN ROLF, When Should Arbitrators Issue Interim or Partial Awards and or Procedural Orders?, in: J. Int'l. Arb. 2003, 255 ff.

TRUSZ JENNIFER A., Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration, in: Geo. L.J. 2013, 1649 ff.

VEIT MARC D., Security for Costs in International Arbitration – Some Comments to Procedural Order No. 14 of 27 November 2002, in: ASA Bull. 2005, 116 ff.

VELJANOVSKI CENTO, Third-Party Litigation Funding in Europe, in: J.L. Econ. & Pol'y. 2012, 405 ff.

VON GOELER JONAS, Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure, in: International Arbitration Law Library Bd. 35, Alphen aan den Rijn 2016 (Diss. Mannheim 2015)

VON SEGESSER GEORG, Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Schiedsprozess, in: ASA Bull. 2007, 473 ff.

VOSER NATHALIE, New Rules on Domestic Arbitration in Switzerland – Overview of Most Important Changes to the Concordat and Comparison with Chapter 12 PILA, in: ASA Bull. 2010, 753 ff.

WAINCYMER JEFFREY MAURICE, Procedure and Evidence in International Arbitration, Alphen aan den Rijn 2012

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. als BSK BV-BEARBEITER)

WALTER GERHARD/DOMEJ TANJA, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl., Bern 2012

WEBSTER THOMAS H./BÜHLER MICHAEL W., Handbook of ICC Arbitration, 4. Aufl., Edinburgh 2018

WEGMÜLLER MARCEL, Prozessfinanzierung in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Ausblick, in: HAVE 2013, 235 ff.

WEHRLI DANIEL, Contingency Fees / Pactum De Palmario – «Civil Law Approach», in: ASA Bull. 2008, 241 ff.

WETTER J. GILLIS/PRIEM CHARL, Costs and their allocation in international commercial arbitrations, in: Am. Rev. Int'l. Arb. 1991, 330 ff.

WOLF CHRISTIAN, Rechtswidrigkeit der Ausländersicherheit nach § 110 ZPO nach EG- und Verfassungsrecht, in: RIW 1993, 797 ff.

WUFFLI DANIEL, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Bd. 21, Zürich/St. Gallen 2015

WYLER SEBASTIAN, Auswirkungen von Prozessfinanzierungen auf die Tätigkeit des Anwaltes, in: Anwaltsrevue 2020, 30 ff.

YESILIRMAK ALI, Provisional Measures in International Commercial Arbitration, Den Haag 2005

ZAUGG NIKLAUS J., Verfahrensgliederung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Wirkungsweise von Teil- und Zwischenschiedssprüchen unter dem 12. Kapitel IPRG, in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 84, Zürich 2014 (Diss. Luzern 2014)

ZOTSANG DHEDEN C., Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 178, Zürich 2015 (Diss. Zürich 2015)

ZUBERBÜHLER TOBIAS et al., IBA Rules of Evidence, Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Zürich 2012

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. als SRIA-BEARBEITER)

ZÜRCHER JOHANN JAKOB, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich: einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 110, Zürich 1998 (Diss. Zürich 1998)

Materialienverzeichnis

Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung von Juni 2003 (zit. als Bericht VE-ZPO), abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf> (zuletzt abgerufen am 31. Oktober 2020)

Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983 I, 263 ff. (zit. als Botschaft IPRG)

Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020, 2697 ff. (zit. als Botschaft Revision ZPO)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (12. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 24. Oktober 2018, BBl 2018, 7163 ff. (zit. als Botschaft Revision IPRG)

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff. (zit. als Botschaft ZPO)

Entwurf zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020, 2785 ff. (zit. als E-ZPO)

Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung von Juni 2003 (zit. als VE-ZPO), abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/entw-zpo-d.pdf.download.pdf/entw-zpo-d.pdf> (zuletzt abgerufen am 31. Oktober 2020)

Vorentwurf zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 11. Januar 2017 (zit. als VE-IPRG), abrufbar unter <https://www.ejpd.admin.ch/dam/bj/de/data/aktuell/news/2017/2017-01-11/vorentw-d.pdf.download.pdf/vorentw-d.pdf> (zuletzt abgerufen am 31. Oktober 2020)

Zusammenfassung

Sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung ist anerkannt, dass das Instrument der Prozesskostensicherheit nicht nur im staatlichen Zivilprozess, sondern auch im Schiedsverfahren zur Verfügung steht. In den nationalen Schiedsgesetzen sowie den institutionellen Schiedsordnungen finden sich hierzu jedoch nur ausnahmsweise explizite Bestimmungen. Auch das Schweizer Recht kennt, abgesehen von Art. 379 ZPO, keine einschlägige Regelung zur Prozesskaution. Es stellt sich deshalb die Frage, worauf sich die Kompetenz eines Schiedsgerichts zum Erlass einer Kautionsverfügung stützt.

Auch vor dem Hintergrund dieser Fragestellung ordnet die h.L. die Anordnung einer Prozesskostensicherheit durch Schiedsgerichte den vorsorglichen Massnahmen zu. Tatsächlich lässt sich diese aber weder im Zivilprozess noch im Schiedsverfahren als vorsorgliche Massnahme qualifizieren. Entsprechend bilden die den vorsorglichen Massnahmen zugrundeliegenden Bestimmungen auch keine Basis, auf welche sich ein Schiedsgericht berufen könnte.

Die Grundlage der Kompetenz eines Schiedsgerichts, eine Partei zu einer Sicherheitsleistung verpflichten zu können, gründet vielmehr im Parteiwillen. Diese unterschiedliche Kompetenzgrundlage hat zur Konsequenz, dass für die Prozesskostensicherheit strenge Voraussetzungen gelten müssen; als Reaktion auf ein sich materialisierendes kommerzielles Gegenparteirisiko ist sie nicht das richtige Instrument. Die Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei stellt deshalb im internationalen Schiedsverfahren keinen alleinstehenden Kautionsgrund dar. Grundsätzlich ist Treuwidrigkeit als zwingendes Kriterium vorauszusetzen. Der Entscheid des Schiedsgerichts ergeht sodann als prozessleitende Verfügung.

Regelmässig kontrovers diskutiert wird schliesslich die Frage, ob eine externe, erfolgshonorierte Prozessfinanzierung einen möglichen Kautionsgrund darstellen soll. Im Grundsatz ist dies zu verneinen. Nach hier vertretener Auffassung ist davon jedoch dann eine Ausnahme zu machen, wenn mittels Prozessfinanzierung das der Verteilung der Prozesskosten inhärente Anreizsystem ausgehebelt wird. Führt eine Finanzierung des Verfahrens durch eine Drittpartei dazu, dass Kostenrisiken einseitig auf die Gegenpartei abgewälzt werden, kann ein korrigierendes Eingreifen mittels Anordnung einer Kautionsverfügung angezeigt sein. In dieser Konstellation ist ausnahmsweise vom Kriterium der Treuwidrigkeit abzusehen.

Abstract

Both doctrine and case law recognise that the instrument of security for costs applies not only in state court proceedings but also in arbitration. Many national arbitration laws and institutional arbitration rules, however, do not contain express provisions on security for costs. This is also true for Swiss law, with the exception of art. 379 of the Swiss Code of Civil Proceedings. The question thus arises on what legal basis an arbitral tribunal can assume its competence to issue an order for security for costs.

In view of the above, prevailing doctrine qualifies orders for security for costs in arbitration as interim measures. It is this author's view that this is wrong and that such an order cannot be qualified as a provisional measure, be it in state court or in arbitration proceedings. The legal provisions governing interim measures, therefore, cannot constitute a valid basis for arbitral tribunals to assert competence for security for costs orders.

Rather, the competence of an arbitral tribunal to order security for costs stems from the will of the parties. As a consequence, strict requirements must be met before an order for security for costs can be made. Security for costs is not the appropriate remedy to reallocate a materialising commercial counterparty risk. The insolvency alone of a party does, therefore, not warrant an order for security for costs in arbitration proceedings. Rather, the decisive criterion shall be if a party acted in bad faith or not.

Finally, a controversial discussion has arisen whether success-based third-party funding constitutes a ground to order security for costs or not. It is this author's view that the involvement of a third-party funder cannot be relevant for such determination, but that an exception needs to be made where the involvement of a funder fundamentally changes the incentive system inherent to the allocation of costs. If third-party funding leads to the cost risk being passed on solely to the counterparty, a corrective intervention by means of an order for security for costs may be justified. In such a situation, the otherwise decisive criterion of bad faith can exceptionally be waived.

Résumé

Tant la doctrine que la jurisprudence reconnaissent que des sûretés en garantie du paiement des dépens ne peuvent pas seulement être ordonnées en contentieux civil, mais également en arbitrage. Toutefois, les lois nationales d'arbitrage et les règles institutionnelles d'arbitrage ne contiennent qu'exceptionnellement des dispositions explicites à ce sujet. Aussi le droit suisse de l'arbitrage ne contient pas de telles dispositions, à l'exception de l'art. 379 du CPC. Se pose alors la question de la base légale pour la compétence d'un tribunal arbitral pour ordonner le paiement de sûretés en garantie des dépens.

Pour cette raison principalement, la doctrine majoritaire qualifie les sûretés en garantie des dépens ordonnées par les tribunaux arbitraux de mesures provisionnelles. La présente thèse soutient que ceci est faux et qu'en réalité, une ordonnance de sûretés ne peut être qualifiée de mesure provisionnelle, ni en contentieux, ni en arbitrage. Ainsi, les dispositions relatives aux mesures provisionnelles ne peuvent servir de bases légales pour octroyer à un tribunal arbitral la compétence d'ordonner des sûretés.

La compétence d'un tribunal arbitral lui d'ordonner une partie à fournir des sûretés en garantie des dépens est plutôt ancrée dans la volonté des parties. Ceci a pour conséquence que des conditions strictes doivent être remplies pour que des sûretés en garantie des dépens puissent être ordonnées. Les sûretés ne doivent pas servir à redistribuer un risque commercial de contrepartie. En conséquence, l'insolvabilité de la partie adverse à elle seule n'est pas une raison pour l'octroi de sûretés. Le critère décisif doit être la présence (ou absence) d'un comportement de mauvaise foi.

Finalement, la question de savoir si le financement de procès par un tiers en fonction du résultat du procès constitue une raison suffisante pour ordonner des sûretés ou non, est ardemment débattue. La présente thèse soutient qu'en principe, le recours à un financement de procès par un tiers ne saurait être décisif, mais qu'il convient de faire une exception lorsque le financement par un tiers revient à éluder le système incitatif inhérent à la répartition des frais de procédure. Si le financement de la procédure par un tiers a pour conséquence de faire passer le risque lié aux coûts entièrement à la partie adverse, une intervention corrective par le biais d'une ordonnance de sûretés peut s'avérer justifiée. Dans une telle situation, il faudra faire fi du critère autrement décisif de la mauvaise foi.

I. Einleitung

Der freie Zugang zu einer funktionierenden Gerichtsbarkeit ist ein in einem Rechtsstaat unabdingbares und entsprechend kostbares und schützenswertes Gut. Die Bundesverfassung garantiert nicht nur die Gleichheit aller vor dem Gesetz,[1] sondern gewährt auch jeder Person den Anspruch auf richterliche Beurteilung ihrer rechtlichen Auseinandersetzungen.[2] Gleichzeitig hat die Realität jedoch grosse Mühe, dem Ideal des allen offenstehenden Rechtsdurchsetzungsapparates gerecht zu werden.[3] Die Durchsetzung von Ansprüchen ist mit einem teilweise erheblichen Kostenrisiko verbunden,[4] was verschiedene rechtspolitische Fragestellungen mit sich bringt und insbesondere die Frage aufwirft, ob unsere Gerichte wirklich allen Anspruchsgruppen gleichermassen zur Verfügung stehen.[5] Oder um die Befürchtung mit einem regelmässig verwendeten Zitat auszudrücken: *«The Courts are open to all, like the Ritz Hotel»*.[6]

Mindestens so frustrierend, wie sich als klägerische Partei mit (zu) hohen Kostenhürden konfrontiert zu sehen, ist es aber für eine beklagte Partei, nach gewonnenem Rechtsstreit auf schlimmstenfalls horrenden Verteidigungskosten sitzen zu bleiben, weil diese sich im Nachhinein als uneinbringlich erweisen. Das hiesige Gerechtigkeitsempfinden verlangt, dass niemandem, der unbegründet eingeklagt wird, daraus ein Schaden entstehen soll. Aus diesem Grund kennen viele Rechtsordnungen das Instrument der Prozesskostensicherheit, welches obsiegende Beklagte vor genau diesem Risiko schützen soll. Dieses Instrument und insbesondere

---

1 Vgl. Art. 8 BV.

2 Vgl. Art. 29a BV.

3 MARTI, N 27 ff.

4 Vgl. exemplarisch die Kostenaufstellung zu einem aus einem Verkehrsunfall resultierenden Haftpflichtfall SCHMID, *passim*. Die derzeit laufende Revision der ZPO sieht eine Reduktion der Kostenschranken im Zivilprozess vor, vgl. Botschaft Revision ZPO, 2712 f.; Art. 98 Abs. 1 E-ZPO.

5 MEIER/SCHINDLER beschreiben – zumindest für hohe Streitwerte – eine Dreiklassengesellschaft, 31 f.

6 Ein Zitat aus dem 19. Jahrhundert, welches verschiedenen Personen – den Juristen Lord Norman Birkett, Sir James Mathew, Lord Charles Bowen und Lord Justice Joseph William Chitty sowie dem Politiker John Horne Tooke – zugeschrieben und auch in jüngerer Zeit gerne verwendet wird, vgl. FORSTMOSER/VOGT, § 21 N 288.

dessen Anwendung im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit stehen im Zentrum dieser Arbeit.

Während die Prozesskostensicherheit ein seit langem bekanntes und angewandtes Konzept darstellt, wurde in den letzten Jahren der Einfluss der erfolgshonorierten Prozessfinanzierung – der Finanzierung von Prozessen durch nicht am Streit beteiligte Dritte – immer grösser. In Zeiten niedriger oder gar negativer Zinsen verspricht die Prozessfinanzierung auf der Suche nach alternativen Anlagemodellen attraktive Renditen; es ist deshalb wenig verwunderlich, hat sie sich innert weniger Jahre zu einem Milliardengeschäft entwickelt.[7]

A. Problemstellung und praktische Relevanz

Wer sich vorwiegend mit staatlichen (schweizerischen) Gerichtsverfahren befasst, dürfte sich die durchaus berechtigte Frage stellen, inwiefern zum Thema der Prozesskostensicherheit Bedarf für eine ausführliche Abhandlung besteht. Im Gegensatz zum Zivilprozess kennt die Schiedsgerichtsbarkeit jedoch kaum explizite Regelungen zur Prozesskaution. Dies führt dazu, dass das anwendbare Recht jeweils nur ungenügende Hilfestellung leistet. Dass die publizierte Rechtsprechung zur Thematik einerseits dünn gesät und andererseits bestenfalls uneinheitlich ist, macht das Ganze für involvierte Parteien auch nicht einfacher.

Ohne einen möglichst breit abgestützten Konsens bezüglich der Anwendung der Prozesskaution im Schiedsverfahren können die Parteien weder die Erfolgsaussichten ihrer Anträge auf Sicherstellung ihrer Prozesskosten vernünftig abschätzen, noch können Schiedsgerichte Kautionsanträge fundiert behandeln. Aus Sicht aller Beteiligten – Prozessparteien, Parteivertreter und Schiedsgerichte – wäre es deshalb hilfreich, sich auf einen gemeinsamen Nenner stützen zu können.

Ein solcher gemeinsamer Nenner würde in vielen Situationen Abhilfe schaffen; die praktische Relevanz der Prozesskostensicherheit in Schiedsverfahren ist hoch und hat in den letzten Jahren zugenommen.[8] Dies zeigt sich nicht zuletzt daran,

---

7 Die *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration* schätzt den Markt auf inzwischen über USD 10 Mrd., vgl. auch BEISNER/MILLER/SCHWARTZ, 6; BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 1, 17 m.w.H.

8 Vgl. BORN, *Commercial,* 2495; SIDKLEV, 438; KAPLAN, 771. Vgl. auch den LCIA 2019 Annual Casework Report, wonach die Prozesskostensicherheit die mit Abstand am

dass sie in den Regelwerken renommierter Schiedsinstitutionen – wenn auch erst vereinzelt – vermehrt explizite Berücksichtigung findet.[9] Grosse Bedeutung hat die Sicherheitsleistung ausserdem für die Prozessparteien im Einzelfall. Dies aus dem einfachen Grund, dass Schiedsverfahren regelmässig sehr teuer sind und entsprechend hohe, oft siebenstellige Kostenersatzansprüche nach sich ziehen.[10]

Mit den Prozessfinanzierern sind in den letzten Jahren zudem zusätzliche Akteure auf dem Parkett der (Schieds-)Gerichtsbarkeit aufgetaucht. Deren besondere Rolle im Zusammenhang mit den anfallenden Verfahrenskosten führt unweigerlich zur Frage, welchen Einfluss eine Prozessfinanzierung auf die Prozesskostensicherheit haben kann bzw. haben soll. Vor dem Hintergrund der Mitwirkung verfahrensfremder Drittparteien steht die Schiedsgerichtsbarkeit deshalb vor Herausforderungen, die sich ihr noch vor einigen Jahren nicht in diesem Ausmass gestellt haben.

B. Untersuchungsgegenstand, Eingrenzungen und Aufbau

Die vorliegende Arbeit muss verschiedene Eingrenzungen vornehmen. Hauptsächlicher Untersuchungsgegenstand bildet die Prozesskostensicherheit in privatrechtlichen, insbesondere vor Schiedsgerichten ausgetragenen Auseinandersetzungen. Auf ihr liegt der Fokus dieser Abhandlung. Einen weiteren Schwerpunkt bildet sodann die Prozessfinanzierung und im Besonderen ihr Einfluss auf Fragen der Prozesskostensicherheit.

Die grundsätzliche Fokussierung auf Schiedsverfahren soll hingegen nicht daran hindern, auch die notwendigen Grundlagen der Prozesskostensicherheit – insbesondere im Rahmen des Schweizer Zivilprozesses – darzulegen. Diese Grundlagen bilden deshalb den ersten Teil der nachfolgenden Ausführungen,[11] wobei der Diskussion zur Rechtsnatur eine zentrale Bedeutung zukommt.[12]

---

meisten beantragte Massnahme nach Art. 25 LCIA Rules darstellt (abrufbar unter <https://www.lcia.org/lcia/reports.aspx> (zuletzt abgerufen am 31. Oktober 2020).

9 Vgl. hierzu Teil III.B.3 *infra.*

10 Vgl. Fn. 807 *infra* m.w.H.

11 Vgl. Teil II *infra.*

12 Vgl. Teil II.C.3 *infra.*

Auf diesen Grundlagen aufbauend, widmet sich der Hauptteil dieser Arbeit der Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren, wobei vorwiegend Verfahren mit Sitz in der Schweiz betrachtet werden.[13] Der internationale Charakter der Schiedsgerichtsbarkeit gebietet es dennoch, andere Jurisdiktionen und Schiedsordnungen in die Überlegungen miteinzubeziehen; wo sinnvoll, finden diese deshalb ebenfalls Eingang. Dieser Teil III beleuchtet eine Vielzahl von Fragestellungen rund um die Prozesskaution, wobei zwei Elementen herausragende Bedeutung zukommt: Einerseits steht die dogmatische Einordnung der Prozesskostensicherheit im Zentrum; die Frage nämlich, wie ihre Rechtsnatur zu qualifizieren ist und worauf sich folglich die schiedsgerichtliche Kompetenz zu deren Anordnung stützt.[14] Andererseits verdienen basierend darauf die für die Anordnung einer Prozesskostensicherheit notwendigen Voraussetzungen besondere Beachtung.[15]

Teil IV steht schliesslich im Zeichen der immer bedeutender werdenden Prozessfinanzierung. Neben den Ausführungen zu deren Grundlagen steht insbesondere die Frage im Mittelpunkt, welchen Einfluss einer Prozessfinanzierung im Rahmen der Beurteilung eines Kautionsantrags zuzugestehen ist, bzw. ob deren Existenz als Grundlage für die Anordnung einer Prozesskaution qualifiziert.[16]

Die Ausführungen zur Schiedsgerichtsbarkeit beschränken sich zu einem überwiegenden Teil auf die Handelsschiedsgerichtsbarkeit *(«commercial arbitration»).* Explizit ausgespart bleiben die Sportschiedsgerichtsbarkeit sowie die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit *(«investment arbitration» oder «investor-state arbitration»),* wobei zuweilen auf deren Rechtsprechung zurückgegriffen wird. Ausführungen zu Verfahren vor staatlichen Gerichten finden im Rahmen des Grundlagenteils sowie andernorts insoweit Eingang, als sie für das bessere Verständnis notwendig sind. Schliesslich beschränkt sich die vorliegende Arbeit auf «klassische» Schiedsverfahren, d.h. Verfahren zwischen privaten Akteuren aufgrund bilateraler Schiedsklauseln oder -verträge. Spezialfälle wie bspw. Schiedsklauseln in Statuten juristischer Personen oder in allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Konsumentenverträgen werden nicht berücksichtigt.

---

13 Vgl. Teil III *infra.*

14 Vgl. Teil III.C *infra.*

15 Vgl. Teil III.F *infra.*

16 Vgl. Teil IV bzw. Teil IV.C *infra.*

C. Begriffe

Der in dieser Arbeit wichtigste Begriff der *Prozesskostensicherheit («security for costs»)* wird synonym zum Begriff der *Prozesskaution* verwendet. Ebenfalls dasselbe meint die *Sicherstellung der Prozesskosten,* die *Sicherheitsleistung für die Prozesskosten* oder die *aktorische Kaution*. Die *Kautionsverfügung* oder die *Anordnung zur Leistung* einer Prozesskostensicherheit umfasst die (schieds-) gerichtliche Verfügung zur Hinterlegung der gegnerischen Parteientschädigung. Abzugrenzen ist der Begriff der Prozesskostensicherheit insbesondere von der Sicherstellung der (materiellen) Forderung *(«security for claim»)*.

Ist im Folgenden vom *Zivilprozess* die Rede, so meint dies jeweils ein vor staatlichen Gerichten ausgetragenes Gerichtsverfahren, in der Schweiz nach den Regeln der schweizerischen Zivilprozessordnung oder dem Bundesgesetz über das Bundesgericht. Dies im Gegensatz zum *Schiedsverfahren,* welche eine vor einem privaten Schiedsgericht ausgetragene Auseinandersetzung beschreibt. Das Schiedsverfahren kann dabei nationaler oder internationaler Natur sein.

Von *Prozessfinanzierung («third party funding»)* ist immer dann die Rede, wenn sich eine an der (schieds-)gerichtlichen Auseinandersetzung nicht beteiligte Drittpartei *(Prozessfinanzierer)* gegen eine Entschädigung an den anfallenden Prozesskosten beteiligt. Hängt die Entschädigung des Prozessfinanzierers massgeblich vom Ausgang des Verfahrens ab, so handelt es sich um *erfolgshonorierte* oder auch *erfolgsabhängige Prozessfinanzierung*. Diese Form der erfolgshonorierten Prozessfinanzierung steht überwiegend im Zentrum, wobei sie im Rahmen dieser Arbeit zu Abgrenzungszwecken auch als *Prozessfinanzierung i.e.S.* bezeichnet wird. Der *Prozessfinanzierungsvertrag* bezeichnet die Vereinbarung zwischen dem Prozessfinanzierer und der von ihm finanzierten Prozesspartei.

II. Grundlagen der Prozesskostensicherheit

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Institut der Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren verlangt, dass zunächst einige Grundlagen dargestellt werden. Im Folgenden werden zunächst in groben Zügen das Konzept bzw. die allgemeine Funktionsweise der Prozesskostensicherheit, deren ökonomische Rechtfertigung sowie ihre Herkunft und Verbreitung erörtert. Sodann wird die Prozesskostensicherheit in staatlichen Gerichtsverfahren, d.h. vor schweizerischen Zivilgerichten beschrieben; einerseits, weil eine Darstellung nur für das Schiedsverfahren unvollständig wäre, andererseits, weil es in späteren Teilen hilfreich sein wird, Bezüge zum und Vergleiche mit dem Zivilprozess herstellen zu können. Der letzte Teil dieses Kapitels beleuchtet schliesslich die teilweise an der aktorischen Kaution geäusserte Kritik.

A. Begriff, Konzept und Zweck

Die Prozesskostensicherheit beschreibt die auf Antrag der beklagten Partei erfolgende Sicherstellung ihrer potenziellen Parteientschädigung durch die Klägerin.[17] Unter der Voraussetzung, dass das anwendbare Verfahrensrecht dem sog. Unterliegensprinzip folgt, d.h. dass die obsiegende Partei einen prozessualen Anspruch auf Rückerstattung ihrer Prozesskosten hat,[18] schützt die Prozesskaution diesen (Rückerstattungs-)Anspruch der Beklagten für den Fall, dass «sich für die Eintreibung Schwierigkeiten abzeichnen.»[19] Sie sichert so die Vollstreckung eines zugunsten der beklagten Partei ergehenden Kostenentscheids und verhilft dem zugrundeliegenden Unterliegensprinzip zu dessen Durchsetzung.[20]

---

17 Vgl. statt vieler ZOTSANG, 121; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 1.

18 Sofern das anwendbare Prozessrecht auch eine Vorschusspflicht der beklagten Partei vorsieht, umfasst die Sicherheitsleistung konsequenterweise auch den von dieser geleisteten Kostenvorschuss. Vgl. zum Kostenverteilungsgrundsatz im Schweizer Zivilprozess Teil II.C.1 *infra* und zum Kostenverteilungsgrundsatz im Schiedsverfahren Teil III.A.3 *infra*.

19 SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 2.

20 ALTENKIRCH, 8. Vgl. zum Unterliegensprinzip in der Schweiz auch Teil II.C.1 *infra*.

Der der Prozesskaution zugrundeliegende Gedanke basiert darauf, dass sich die klagende Partei naturgemäss in einer komfortableren Situation befindet, da (nur) «der Kläger über die Anhebung des Prozesses entscheidet.»[21] Nicht nur entscheidet die klagende Partei, ob eine Klage eingereicht wird, sie bestimmt auch den Zeitpunkt, das angerufene Gericht und die Prozessparteien.[22] Die klägerische Partei kann das Ausfallrisiko ihres allfälligen Kostenerstattungsanspruchs im Voraus abschätzen, noch bevor überhaupt eine Entscheidung über die Anhebung des Verfahrens gefällt wird. Einer beklagten Partei ist diese Möglichkeit verwehrt; sie wird in ein gerichtliches Verfahren gezwungen. Es scheint deshalb stossend, dass eine vor Gericht am Ende obsiegende Beklagte unter Umständen auf ihren Verfahrenskosten sitzenbleibt, weil sich deren Rückerstattungsanspruch – aus welchen Gründen auch immer – als uneinbringlich erweist. Diese Asymmetrie auszugleichen ist Aufgabe der Prozesskostensicherheit.

Aus ökonomischer Perspektive macht die Prozesskaution als Durchsetzungshilfe des Unterliegensprinzips durchaus Sinn. Kann sich eine klägerische Partei aufgrund einer angeordneten Prozesskaution einem gegen sie erlassenen Kostenentscheid nicht entziehen, so erhöht sich ihr Prozesskostenrisiko. Dies führt zu einer Reduktion ungerechtfertigter oder gar missbräuchlicher Klagen und zu einer Reduktion der Arbeitsbelastung der Gerichte.[23] Die Prozesskaution verhindert auch, dass Beklagte nur aufgrund drohender Prozesskosten erpressbar werden. Besteht die Gefahr, dass sich eine beklagte Partei ohne Aussicht auf Rückerstattung hohen Verteidigungskosten gegenübersieht, könnte ein von der klagenden Partei angebotener Vergleich als «geringeres Übel» akzeptiert werden, obwohl dieser die materiellen Prozessaussichten nicht korrekt widerspiegelt.[24] Gleichzeitig reduziert die aktorische Kaution den drohenden Ausfall für die Beklagte; im optimalen Fall erhält sie ihre kompletten Kosten zurückerstattet.[25]

---

21 BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 6; BERGER, *Kautionspflicht im Zivilprozess,* 278.

22 WOLF, 801. Wobei der Kläger mittels Abtretung der Forderung sogar die Klägerstellung manipulieren kann, *idem.*

23 Auch wenn hier die dem anwendbaren Recht zugrundeliegenden Kostenverteilungsregeln den grösseren Einfluss haben dürften, vgl. hierzu Teil II.C.1 und Teil III.A.3 *infra.* Für Hinweise auf empirische Daten vgl. ALTENKIRCH, 4.

24 Gerade in den USA lässt sich beobachten, dass dies eine weitverbreitete Strategie darstellt, vgl. ALTENKIRCH, 4 f.

25 In diesem Kontext ist allerdings zu beachten, dass die zugesprochenen Parteientschädigungen nur in Ausnahmefällen die kompletten Kosten decken, vgl. MEIER/SCHIND-

B. Herkunft und Verbreitung

Die Wurzeln der Prozesskostensicherheit reichen bis ins römische Recht.[26] Als «Sicherheit, dass eine Prozessschuld beglichen wird»[27] nahm die sogenannte *cautio iudicatum solvi* (auch *cautio judicatum solvi*) eine erste Vorgängerrolle zur heutigen Prozesskaution ein. Dieser lateinische Ausdruck wird denn auch bis heute als Synonym für die Prozesskaution verwendet.[28] Die *cautio iudicatum solvi* des römischen Rechts entsprach jedoch funktionell nicht der Prozesskostensicherheit nach heutigem Verständnis; sie bezeichnete vielmehr eine Pflicht der beklagten Partei, in bestimmten Situationen[29] Sicherheit für die Erfüllung eines allfälligen abschliessenden (materiellen) Urteils zu leisten.[30] Aus heutiger Sicht ist dieses Institut zumindest dem Zweck nach am ehesten mit dem Arrest nach Art. 271 ff. SchKG vergleichbar; eine eigentliche Anordnung des Gerichts an einen Schuldner auf Sicherheitsleistung für eine behauptete Forderung kennt das heutige Schweizer Zivilprozessrecht in dieser Form nicht.[31] Insofern unterschied sich sowohl die pflichtige Partei (üblicherweise die Beklagte statt die Klägerin) wie auch der Zweck (Sicherung des behaupteten materiellen Anspruchs statt Sicherung des Kostenerstattungsanspruchs) von der heutigen Prozesskaution; streng genommen stimmt die Bezeichnung *cautio iudicatum solvi* demnach nicht.[32] Trotzdem hat sich der Begriff sowohl in der Lehre als auch der Rechtsprechung durchgesetzt und wird heute grundsätzlich gleichbedeutend mit der Prozesskaution verwendet.[33]

LER, 49. Auch wird die beklagte Partei nicht für ihren oft erheblichen zeitlichen Aufwand entschädigt.

26 DANELZIK, 82 ff., BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 4; ALTENKIRCH, 14 f.

27 BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 4.

28 So bspw. im Titel bei BERGER, *Prozesskostensicherheit;* DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 2; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 25.

29 Vgl. ausführlich zu den Voraussetzungen unter dem römischen Recht DANELZIK, 83 ff.

30 DANELZIK, 83; ALTENKIRCH 14.

31 Zwar kann ein Gericht in den vom Gesetz bestimmten Fällen die vorsorgliche Leistung einer Geldzahlung anordnen (vgl. Art. 262 lit. e ZPO), diese Geldzahlung geht jedoch an die Gegenpartei und nicht ans Gericht (vgl. bspw. Art. 303 Abs. 2 ZPO). Zur materiellen Sicherheitsleistung im Privatrecht vgl. auch KOTRONIS, *passim*.

32 ALTENKIRCH, 15.

33 Vgl. den Aufsatz von SCHÜTZE «Zur Neuregelung der cautio iudicatum solvi in Deutschland» anlässlich der Neukonzeptionierung von § 110 D-ZPO.

Funktionell näher am heutigen Instrument der Prozesskostensicherheit ist die auf die Jahre 537 bis 541 n.Chr. und damit auf die justinianische Zeit zurückgehende *cautio pro expensis.* Die Novelle 112, der dritte von drei Erlassen,[34] welche die *cautio pro expensis* konstituierten, sah vor, dass dem Beklagten die Klageschrift nur dann zugestellt wird, wenn die Klägerin – mittels Kaution eines Bürgen oder durch eidesstaatliches Versprechen – garantierte, dass sie dem Beklagten im Falle eines ungerechtfertigt erhobenen Verfahrens zur Deckung seiner Kosten zehn Prozent der Streitsumme erstatten würde.[35] Im Gegensatz zur *cautio iudicatum solvi* richtete sich die *cautio pro expensis* gegen die klagende Partei und hatte die Sicherstellung der Ausgaben des Beklagten zum Zweck – mithin das, was die Prozesskostensicherheit in ihrer heutigen Form bezweckt.[36]

Im schweizerischen Verfahrensrecht ist das Instrument der Prozesskaution ebenfalls seit langem bekannt.[37] So sah bereits die Berner Gerichtssatzung von 1761 vor, dass ein Kläger unter bestimmten Voraussetzungen Sicherheit für die Kosten des Beklagten zu leisten hat.[38] Die erste Berner Zivilprozessordnung führte dies 1821 weiter, verzichtete fortan jedoch darauf, dass ein Kläger ausländischer Herkunft allein aufgrund seiner Eigenschaft als Ausländer sicherstellungspflichtig war.[39] Auch der Kanton Zürich kannte die Prozesskostensicherheit schon früh. Be-

---

34 Zu den Inhalten der zwei vorangehenden Verordnungen aus den Jahren 537 und 539 n.Chr. vgl. DANELZIK, 86 f.

35 DANELZIK, 87.

36 Die Pflicht zur Sicherheitsleistung traf jeden Kläger, ALTENKIRCH, 15. Die Tatsache, dass nicht die Eigenschaft als Ausländer zur Sicherstellungspflicht führte, veranlasst DANELZIK zum Fazit, dass «die Ausländerkaution […] ihren Ursprung nicht im römischen Recht hat», 88. Trotzdem kann die *cautio pro expensis,* gerade auch mit Blick auf den in der Schweiz im Vergleich zu Deutschland weiteren Katalog mit möglichen Kautionsgründen, mit gutem Gewissen als Vorläuferin zur Prozesskostensicherheit nach heutigem Verständnis betrachtet werden.

37 Zur weiteren Entwicklung der Prozesskostensicherheit in Europa und insbesondere in Deutschland vgl. DANELZIK, 88 ff.

38 Vgl. Berner Gerichtssatzung von 1761 (Erneuerte Gerichts-Satzung vor Die Stadt Bern, Und Derselben Teutsche Städte und Landschafften), III. Teil, VI. Titel, 1. Satzung ff.; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 5 enthält eine Abschrift der originalen Bestimmung.

39 Das Fallenlassen dieses Kautionsgrunds im Jahr 1821 ist insbesondere deshalb auch interessant, weil in Deutschland bis 1999 die Staatsangehörigkeit und nicht der gewöhnliche Aufenthaltsort des Klägers massgebend war, vgl. SCHÜTZE, *Neuregelung,* 10 sowie auch Teil II.D *infra*.

reits vor Inkrafttreten des ersten zürcherischen Rechtspflegegesetzes im Jahr 1874 galt – geregelt in drei obergerichtlichen Verordnungen – unter bestimmten Voraussetzungen eine Kautionspflicht.[40] Im Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege von 1874 fand sich dann eine erste kodifizierte Bestimmung, die nicht nur die klagende Partei, sondern unter gewissen Voraussetzungen auch die Beklagte[41] zur Sicherheitsleistung verpflichtete.[42] Die letzte nur für den Kanton Zürich geltende Zivilprozessordnung aus dem Jahr 1976 regelte die Prozesskaution in § 73, wobei eine Prozesskaution grundsätzlich aufgrund des Wohnsitzes[43] oder aus verschiedenen ökonomischen Gründen[44] geschuldet war. Vergleichbare Bestimmungen kannten auch die 25 anderen kantonalen Zivilprozessordnungen.[45] Seit der Inkraftsetzung der schweizweit geltenden Zivilprozessordnung ist die Prozesskostensicherheit in Art. 99 ZPO geregelt.[46]

Die Prozesskaution ist ein Instrument, welches sich heute in zahlreichen nationalen Zivilprozessordnungen findet. So kennen – neben der Schweiz – bspw. das Prozessrecht Deutschlands,[47] Österreichs,[48] Englands,[49] der Niederlande,[50] Kana-

---

40 Ausführlich hierzu STUTZER, 73 m.w.H.

41 Vgl. § 266 Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege von 1874.

42 Vgl. § 265 ff. Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege von 1874. Die Bestimmung wurde später als § 59 in die zürcherische Zivilprozessordnung von 1913 übernommen. Vgl. STUTZER, 74.

43 Vgl. § 73 Ziff. 1 ZH ZPO.

44 Vgl. § 73 Ziff. 2 bis 7 ZH ZPO.

45 BERGER, *Kautionspflicht im Zivilprozess,* 277 m.w.H.

46 Vgl. ausführlich hierzu Teil II.C *infra.* Für Verfahren vor Bundesgericht gilt Art. 62 Abs. 2 BGG, vgl. hierzu auch Teil II.C.8 *infra*.

47 Vgl. § 110 ff. D-ZPO; SCHÜTZE, *Internationales Zivilprozessrecht,* § 110, *passim*.

48 Vgl. § 57 ff. Ö-ZPO.

49 Vgl. Rule 25.12 ff. CPR.

50 Vgl. Art. 224 NL-CCP.

das,[51] Brasiliens,[52] Australiens,[53] Neuseelands,[54] Japans,[55] Singapurs[56] und Hongkongs[57] das Instrument der Prozesskostensicherheit, wobei sich die genauen Voraussetzungen oder die anwendbaren Verfügungsgründe je nach Jurisdiktion unterscheiden können. Keine drohende Prozesskaution müssen klagende Parteien hingegen bspw. in Frankreich,[58] Finnland,[59] Italien,[60] Portugal[61] oder den USA[62] befürchten.

Schliesslich ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass die Prozesskostensicherheit auch Gegenstand verschiedener Staatsverträge bildet, welchen die Schweiz beigetreten ist. Zu erwähnen sind hier insbesondere die Haager Übereinkunft betreffend

---

51 Alle Provinzen und Territorien Kanadas kennen das Instrument der Prozesskostensicherheit. Exemplarisch Rule 56 Ontario Rules of Civil Procedure; Rule 65 Québec Code of Civil Procedure; Rule 4.22 f. Alberta Rules of Court. British Columbia kennt keine kodifizierte Regelung zur Prozesskaution, vgl. jedoch *Culp Investments LLC v. KPMG Inc [2007] BCSC 45.*

52 Vgl. Art. 83 BR-CCP.

53 Vgl. Section 1335(1) Corporations Act für den Fall, dass die Klägerin eine juristische Person ist; Rule 42.21 Uniform Civil Procedure Rules für Gerichte in New South Wales; Section 56(1) Federal Court of Australia Act.

54 Vgl. Rule 5.45 High Court Rules.

55 Vgl. Art. 75 ff. JP-CCP, wobei in Japan nur die Gerichtskosten von der Kaution erfasst sind, da den Parteien, vorbehaltlich anderslautender Abmachungen, keine Parteientschädigung zusteht, vgl. Art. 61 JP-CCP.

56 Vgl. Order 23 Singapore Rules of Court.

57 Vgl. Order 23 Rule 1 Hong Kong Rules of the High Court; Order 23 Rule 1 Hong Kong Rules of the District Court.

58 Zur Abschaffung der Prozesskaution in Frankreich vgl. DANELZIK, 145; JÄGER A., 38.

59 JÄGER A., 38.

60 Die entsprechende Bestimmung wurde 1960 für verfassungswidrig erklärt, vgl. JÄGER A., 38.

61 JÄGER A., 38.

62 Vgl. hierzu auch III.A.4 *infra.*

das Zivilprozessrecht von 1954[63] und das Haager Übereinkommen über den internationalen Zugang zur Rechtspflege von 1980[64].[65]

C. Prozesskostensicherheit im Schweizer Zivilprozess

Im Rahmen der folgenden Ausführungen soll das Instrument der Prozesskaution im schweizerischen Zivilprozess gemäss Art. 99 ZPO in seinen Grundzügen dargestellt werden.[66] Schwerpunkt dieses Abschnitts bilden – neben einem Überblick über unterschiedliche Aspekte der Prozesskostensicherheit – die Überlegungen zur Rechtsnatur.

1. Prozesskosten und Kostenverlegung

Die Zivilprozessordnung kennt zwei voneinander abzugrenzende Arten von Kosten, welche im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung entstehen können. Sie unterscheidet in Art. 95 Abs. 1 ZPO zwischen den «Gerichtskosten»[67] und der «Parteientschädigung», welche gemeinsam die «Prozesskosten» ausmachen.[68] Die

---

63 Vgl. Art. 17 HÜ54. Dieser Staatsvertrag gilt nur noch gegenüber Staaten, welche dem Übereinkommen über den internationalen Zugang zur Rechtspflege von 1980 nicht beigetreten sind, vgl. Art. 22 HÜ80.

64 Vgl. Art. 14 HÜ80.

65 Vgl. ausserdem das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (Art. 16), das Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28. September 1954 (Art. 16), das Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972 (Art. 17) sowie das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindsentführung vom 25. Oktober 1980 (Art. 22).

66 Für Verfahren vor Bundesgericht, welche nicht hauptsächlichen Gegenstand dieser Arbeit bilden, vgl. Art. 62 Abs. 2 BGG sowie Teil II.C.8 *infra.*

67 Vgl. ausführlich zu den Gerichtskosten Art. 95 Abs. 2 ZPO; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 2 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.2 ff.; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 95 N 13 ff.; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 95 N 6 ff.; BK ZPO I-STERCHI Art. 95 N 3 ff.; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 95 N 5 ff.; KuKo ZPO-SCHMID Art. 95 N 4 ff.; OFK ZPO-MOHS Art. 95 N 3 f.

68 Vgl. Art. 95 Abs. 1. Die Höhe der Prozesskosten bestimmt sich nach kantonal festgelegten Tarifen, Art. 96 ZPO.

Parteientschädigung wird in Art. 95 Abs. 3 ZPO wiederum unterteilt in den «Ersatz notwendiger Auslagen»[69] (lit. a), «die Kosten einer berufsmässigen Vertretung»[70] (lit. b) und eine unter bestimmten Umständen (ausnahmsweise) gerechtfertigte «Umtriebsentschädigung»[71] (lit. c). Die Auflistung in Art. 95 Abs. 3 lit. a–c ZPO ist abschliessend.[72]

Eigentliche Daseinsberechtigung der Prozesskostensicherheit bildet der anwendbare Kostenverteilungsgrundsatz im jeweiligen Prozessrecht. Dieser bestimmt, wie die Kosten verlegt werden, d.h. wer am Ende des Verfahrens die angefallenen Kosten zu tragen hat. Für den Zivilprozess vor Schweizer Gerichten findet sich dieser in Art. 106 Abs. 1 ZPO,[73] wonach die angefallenen Prozesskosten (d.h. die Gerichtskosten und die Parteientschädigung)[74] der «unterliegenden Partei auferlegt» werden.

Damit folgt Art. 106 ZPO im Grundsatz[75] dem verbreiteten[76] Unterliegensprinzip[77] (auch *costs follow the event* oder *English* bzw. *British Rule* genannt). Bei Nichteintreten sowie bei Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend. Wird die Klage durch die beklagte Partei anerkannt, so gilt Letztere als unterliegend. Bei teilweisem Obsiegen bzw. Unterliegen können die Prozesskosten an-

---

69 Zum Ersatz notwendiger Auslagen vgl. STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 12 f.

70 Zu den Kosten der berufsmässigen Vertretung vgl. STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 14 ff.

71 Zur Umtriebsentschädigung vgl. STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 19.

72 BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 95 N 16; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 95 N 29.

73 Für das bundesgerichtliche Verfahren vgl. Art. 66 Abs. 1 BGG.

74 Vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO.

75 Eingeschränkt wird der «zivilprozessuale Grundsatz des kostenpflichtigen Unterliegens» (so BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 106 N 1) durch Art. 107 und Art. 108 ZPO.

76 Derselbe Mechanismus kommt in der überwiegenden Mehrheit aller Jurisdiktionen zur Anwendung. Ausnahmen bilden u.a. die USA, China und Japan, wobei die Bestimmungen dieser drei Jurisdiktionen jedoch nur bedingt miteinander vergleichbar sind, vgl. STÜRNER, 251 f., Fn. 242.

77 Ein Begriff, den auch die schweizerische Rechtsprechung regelmässig verwendet, vgl. BGer 4A_291/2015 vom 3. Februar 2016 E. 4.3.1.; KG Graubünden ZK 1 17 9 vom 27. Juni 2017 E. 2; OGer Zürich NG160009 vom 24. November 2016 E. 7. Teilweise auch als Unterliegenshaftung bezeichnet, vgl. SIEBERT-REIMER, 91.

teilsmässig im Verhältnis zum Ausgang des Verfahrens verteilt werden.[78] Diese Regelung «beruht auf der Vermutung, dass die unterliegende Partei die Kosten verursacht hat»,[79] und dass der im Verfahren obsiegenden Partei aus einem erfolgreich abgeschlossenen Verfahren keine Kosten entstehen sollen.[80]

2. Prozessuales

Bereits der Wortlaut von Art. 99 ZPO hält in Abs. 1 fest, dass die klagende Partei nur auf Antrag der beklagten Partei Sicherheit für deren Parteientschädigung zu leisten hat. Unabhängig vom Vorliegen eines Kautionsgrundes,[81] kann das Gericht eine Klägerin deshalb nicht ohne Zutun der Beklagten zur Sicherheitsleistung verpflichten.[82] Diese Regelung macht insofern Sinn, als der Erlass einer Kautionsverfügung im alleinigen Interesse der antragstellenden Partei liegt.[83] Antragsberechtigt ist nach der Formulierung von Art. 99 ZPO einzig die beklagte Partei. Nach Auffassung sowohl des Bundesgerichts als auch der h.L. sind jedoch die Streithelfer der Beklagten, die widerbeklagte Partei sowie die Rechtsmittelgegnerin (unabhängig der prozessualen Stellung im erstinstanzlichen Verfahren)[84] ebenfalls antragsberechtigt. Der Antrag kann, muss jedoch nicht beziffert werden.[85]

---

78 Art. 106 Abs. 2 ZPO; KuKo ZPO-SCHMID Art. 106 N 2; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 106 N 8; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 106 N 6; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 35.

79 BGE 119 Ia 1 E. 6.

80 Wenn auch, wie bereits erwähnt, die Realität diesem Anspruch nur selten gerecht wird.

81 Zu den Kautionsgründen vgl. Teil II.C.5 *infra.*

82 BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 1.

83 Statt vieler ISLER, 10. Dies im Gegensatz zum Gerichtskostenvorschuss, welcher zugunsten der Gerichtskasse ergeht und im Interesse des Staates liegt, ZOTSANG, 149.

84 Vgl. BGer 5A_221/2014 vom 10. September 2014 E. 2; BGer 4A_26/2013 vom 5. September 2013 E. 2.2; KGer VS C2 15 61 vom 8. Januar 2016; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 3; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 7 f.; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 25; KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 2. Im Rechtsmittelverfahren kann jedoch nur Sicherstellung der zweitinstanzlichen Parteientschädigung verlangt werden, SUTTER-SOMM, N 641; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 5.

85 BGE 141 III 554 E. 2.5.2; BGE 140 III 444 E. 3.2.1 ff. m.w.H; SUTTER-SOMM, N 638; SCHMID/SCHMID, 673; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 3; OFK ZPO-MOHS Art. 99 N 2; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.19; BAUMGARTNER et al., § 37 N 43.

Zum Antragszeitpunkt schweigt das Gesetz; in der Lehre herrscht darüber keine Einigkeit. Möglich ist ein Antrag grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der Klageeinleitung.[86] Einige Autoren gehen davon aus, dass ein Kautionsgesuch spätestens mit der Klageantwort einzureichen sei, andernfalls das Gericht von einem Verzicht auszugehen habe.[87] Andere sind wiederum der Ansicht, dass ein Gesuch zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens gestellt werden könne.[88] Schliesslich vertritt SCHMID die Auffassung, ein entsprechender Antrag sei unverzüglich – d.h. nicht erst mit Einreichung der Klageantwort – zu stellen.[89]

Nach hier vertretener Auffassung kann ein Antrag jederzeit gestellt werden. Dies ist allein deswegen notwendig, weil nur so auf sich im Verlauf des Verfahrens ändernde Umstände reagiert werden kann. Zu beachten ist jedoch, dass der Antragszeitpunkt je nach Lehrmeinung grossen Einfluss auf die Höhe der Kaution haben kann.[90] Empfehlenswert ist folglich, den Antrag zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu stellen.

Umstritten ist ferner, ob die antragstellende Partei beweisen muss, dass einer der im Gesetz genannten Kautionsgründe vorliegt.[91] Eine Mehrheit der Kommentatoren geht grundsätzlich von einer Beweispflicht aus.[92] STERCHI erkennt hingegen –

Etwas restriktiver BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 3 («[die] Sicherheitsleistung ist soweit möglich und tunlich zu beziffern»).

86 DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 4. Im Schlichtungsverfahren werden gemäss Art. 113 Abs. 1 ZPO keine Parteientschädigungen zugesprochen.

87 So SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 12; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 5; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 28. Alle verweisen jedoch auch auf die Situation, in der sich ein Kautionsgrund erst zu einem späteren Zeitpunkt materialisiert. In diesem Fall soll ein späterer Antrag grundsätzlich möglich sein.

88 So BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 5; BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 4 f.

89 Vgl. KuKo ZPO-SCHMID Art. 100 N 1. Die vor 2011 geltenden kantonalen Zivilprozessordnungen wichen in dieser Frage voneinander ab, vgl. BGE 132 I 134 E. 2.2.

90 Vgl. zur Höhe der Kaution II.C.4 *infra*.

91 Vgl. zu den Kautionsgründen Teil II.C.5.

92 So STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 28; OFK ZPO-MOHS Art. 99 N 2; KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 1. Andere gehen von einer abgeschwächten Beweislast aus, so SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 16. Vgl. auch HGer BE 15 69 vom 16. September 2015, besprochen bei LÜTHI, 83 f., welches Verfahren aus Art. 99 ZPO klar dem Verhandlungsgrundsatz unterstellt.

allerdings ohne Hinweis auf eine entsprechende Grundlage – eine Pflicht des Gerichts, die beklagte Partei im Falle eines Informationsvorsprungs «vom Bestehen eines dieser nicht bekannten Kautionsgrundes […] in Kenntnis zu setzen.»[93] Das Schrifttum scheint diese Auffassung nicht zu teilen; es stellt sich diesbezüglich denn auch die Frage, ob eine solche Informationspflicht mit dem auf Art. 99 ZPO anwendbaren Verhandlungsgrundsatz überhaupt vereinbar wäre.[94] RÜEGG geht schliesslich davon aus, dass das Gericht bei Vorliegen eines entsprechenden Antrags die Tatsachen von Amtes wegen festzustellen habe.[95]

Leistungs- bzw. kautionspflichtig ist gemäss dem Wortlaut von Art. 99 ZPO die klagende Partei. Diese Definition ist prozessrechtlich zu verstehen und weit auszulegen; es handelt sich nicht um die «einen Rechtsanspruch geltend machende Partei»,[96] sondern um «alle Erscheinungsformen der Klage».[97] Der Begriff der klagenden Partei umfasst nach Auffassung der h.L. entsprechend den Kläger, den Widerkläger sowie den Rechtsmittelkläger (naturgemäss auch hier unabhängig von dessen Stellung im erstinstanzlichen Verfahren).[98] Im Falle notwendiger Streitgenossenschaft kann die Sicherstellung nur verlangt werden, falls auf alle Streitgenossen mindestens eine der Voraussetzungen von Art. 99 Abs. 1 lit. a–d ZPO zutrifft.[99] Keine Prozesskaution darf von der beklagten Partei gefordert werden.[100]

---

93 BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 2.

94 Vgl. SCHMID/SCHMID, 673.

95 Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 2 m.w.H., wobei das Gericht faktisch auf die entsprechenden Parteivorbringen angewiesen sei.

96 BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 6. Kautionspflichtig können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, SHK ZPO-KUSTER Art. 99 N 3.

97 SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 7.

98 SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 7 f.; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 4; OFK ZPO-MOHS Art. 99 N 3 ff.; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 25; ZOTSANG, 122 ff.; BAUMGARTNER et al., § 37 N 44.

99 Art. 99 Abs. 2 ZPO, wobei nicht für alle Streitgenossen derselbe Kautionsgrund vorliegen muss, BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 7.

100 BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 4; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 9; BAUMGARTNER et al., § 37 N 44. Dies im Gegensatz zu einigen kantonalen Zivilprozessordnungen, in welchen dies vor Einführung der schweizerischen ZPO möglich war. So z.B. § 43 Abs. 2 ZG ZPO;

Liegt ein Antrag auf Prozesskaution vor und heisst das Gericht diesen gut, so stellt die Leistung derselben eine Prozessvoraussetzung i.S.v. Art. 59 ZPO dar.[101] Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen, d.h. auch die Leistung der Sicherheit, ist von Amtes wegen zu prüfen.[102] Bleibt die Leistung innerhalb der vom Gericht festgelegten Frist sowie der zwingend anzusetzenden Nachfrist[103] aus, so tritt das Gericht auf die Klage nicht ein.[104] Die Bestimmungen zur Prozesskaution bedürfen deshalb auch keines weiteren Vollstreckungsmechanismus.[105] Der bei Nichtleistung vom Gericht gefällte Nichteintretensentscheid entfaltet jedoch keine materielle Rechtskraft, schafft demnach keine *res iudicata;* die Klage kann – vorbehaltlich inzwischen abgelaufener Verjährungs- oder Verwirkungsfristen – jederzeit wieder neu eingereicht werden.[106]

Das Verfahren ist im Gesetz nicht explizit geregelt.[107] Nach h.L.[108] und Rechtsprechung[109] sind jedoch die Bestimmungen über das summarische Verfahren gemäss

---

Art. 120 SH ZPO; § 77 Abs. 2 TG ZPO; vgl. MERZ, § 77 N 1; GULDENER, 410; vgl. auch ISLER, 7.

101 Vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO.

102 Art. 60 ZPO; vgl. auch BGer 4P.239/2005 vom 21. November 2005 E. 4.3.

103 Vgl. Art. 101 Abs. 3 ZPO; SUTTER-SOMM, N 645; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 29. Umstritten ist, ob die Nachfrist peremptorisch anzusetzen ist, so SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 101 N 9; OFK ZPO-MOHS Art. 101 N 3; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 101 N 5. Weniger restriktiv hingegen BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 101 N 2 und BERTI, N 506, welche eine Erstreckung der Nachfrist in Ausnahmefällen als zulässig erachten.

104 Art. 101 Abs. 3 ZPO; Art. 59 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 5.23.

105 Vgl. hierzu auch Teil II.C.3.b)vi.

106 DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 101 N 1; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 101 N 3; BK ZPO I-STERCHI Art. 101 N 11; ZÜRCHER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 59 N 48; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 101 N 15; SHK ZPO-KUSTER Art. 101 N 6; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 22; ZOTSANG, 160; SUTTER-SOMM, N 646.

107 Ausführlich zum Verfahren ZOTSANG, 149 ff.

108 Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 100 N 4; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 14; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 6.

109 Vgl. OGer BE ZK 14 262 vom 25. August 2015 E. IV./1.1.; KGer FR 101 2015 219 vom 20. Oktober 2015 E. 1.

Art. 248 ff. ZPO anwendbar bzw. ergänzend beizuziehen. Diese Vorgehensweise ist angesichts des Zwecks und der Natur der Prozesskaution sicher sachgerecht.

3. Rechtsnatur

Bevor auf einzelne weitere Charakteristika der Prozesskostensicherheit eingegangen wird, beleuchten die folgenden Ausführungen die Frage, wie diese dogmatisch einzuordnen ist. Zu unterscheiden ist dabei zunächst zwischen der Rechtsnatur des Anspruchs auf Sicherstellung und der Rechtsnatur der eigentlichen Kautionsverfügung.

Hinsichtlich des Anspruchs auf Sicherstellung ist festzuhalten, dass dieser ausschliesslich vom anwendbaren Verfahrensrecht geregelt und somit grundsätzlich rein verfahrensrechtlicher Natur ist.[110] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung stützt diese Auffassung.[111] Die Parteientschädigung wird der obsiegenden Partei denn auch nur für prozessuale Kosten zugesprochen.[112] Dies macht insofern Sinn, als dass es keinen materiellrechtlichen Anspruch auf Kostenerstattung gibt; im Zivilprozess anfallende Gerichtskosten fallen in der Schweiz insbesondere nicht unter den haftpflichtrechtlichen Schadenbegriff.[113]

Hinsichtlich der Qualifikation der Prozesskaution an sich herrscht in der Literatur Uneinigkeit, wobei zwei ungleich stark vertretene Meinungen zu finden sind. Während eine Minderheit davon ausgeht, dass diese eine vorsorgliche Massnahme darstelle,[114] betrachtet sie der überwiegende Teil der Lehre als prozessleitende

---

110 BERGER, *Kautionspflicht im Zivilprozess,* 279. LEUCH et al., Art. 58 BE ZPO N 5c; a.M. SPÜHLER/REETZ, 93.

111 Vgl. BGE 117 II 394 E. 3; BGE 112 Ib 353 E. 3.

112 ZOTSANG, 11.

113 So in BGE 117 II 394 E. 3a und E. 5; BGer 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 4.2. Vgl. statt vieler auch GAUCH, 194. Dies im Gegensatz zu sog. vorprozessualen Anwaltskosten, welche vom materiellrechtlichen Schadensrecht gedeckt sein können, vgl. hierzu STAUBER, 152 ff.; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 95 N 20; BGE 117 II 106 E. 5; a.M. SCHWENZER, 424 f., wonach ausserhalb des Prozessrechts keine Anspruchsgrundlage für (vor-)prozessuale Parteikosten besteht, und bei Fehlen entsprechender Bestimmungen im Verfahrensrecht jede Partei vorprozessuale Kosten selbst zu tragen hat. Begründet wird dies mit dem Gleichbehandlungsgebot der Parteien.

114 Vgl. BERGER, *Kautionspflicht im Zivilprozess,* 280; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 14. Diese Position wird insbe-

Verfügung nach Art. 124 ZPO.[115] SUTER/VON HOLZEN qualifizieren die Kautionsverfügung als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 261 ff. ZPO, welche als prozessleitende Verfügung nach Art. 124 ZPO ergehe.[116] SCHMID/SCHMID lassen die Frage letztlich bewusst unbeantwortet, rücken die Prozesskaution jedoch dogmatisch «in die Nähe der vorsorglichen Massnahmen»,[117] wenn auch mit gewissen Vorbehalten.[118] Diese zwei gegensätzlichen Positionen werden einander im Folgenden gegenübergestellt.

a) Argumente für eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme

Die Vertreter der Theorie, dass der Entscheid des Gerichts als vorsorgliche Massnahme ergehe, stützen sich insbesondere auf die Tatsache, dass die Prozesskaution einen zwar noch nicht begründeten, jedoch potenziellen Anspruch sicherstellen solle.[119] Damit ziele ein Kautionsgesuch auf die «Abwendung einer drohenden Rechtsgefährdung» und der entsprechende Erlass helfe, «die spätere Realverwirklichung einer gefährdeten Rechtsposition» zu sichern.[120] Die Prozesskaution stelle somit eine Sicherungs- oder Erhaltungsmassnahme dar und sei demnach als vorsorgliche Massnahme zu qualifizieren.[121]

Ähnlich argumentieren SUTER/VON HOLZEN, welche das Thema zwar nicht vertieft behandeln, die Prozesskaution jedoch mit dem Hinweis auf deren Zweck,

---

sondere auch im Zusammenhang mit Schiedsverfahren vertreten, vgl. ausführlich hierzu Teil III.C.1 *infra.*

115 Vgl. LEUTENBERGER/UFFER-TOBLER, N 8.13, 10.23; SUTTER-SOMM, N 639; STAEHELIN D. in Staehelin/ Staehelin/Grolimund, § 16 N 31; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 6; BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 11; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 6.

116 SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 14. Während vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens die materielle Rechtslage regeln, dienen prozessleitende Verfügungen dem «zügigen und ordnungsgemässen Prozessverlauf», MULLER, 15.

117 SCHMID/SCHMID, 671.

118 Vgl. SCHMID/SCHMID, Fn. 5.

119 BERGER, *Kautionspflicht im Zivilprozess,* 280.

120 BERGER, *Kautionspflicht im Zivilprozess,* 280.

121 Zur bundesgerichtlichen Einteilung der vorsorglichen Massnahmen in Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsmassnahmen vgl. BGE 131 III 473 E. 2.2; SUTTER-SOMM, N 1210 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.196; STAEHELIN D. in Staehelin/ Staehelin/Grolimund, § 22 N 14 ff.

nämlich den «Schutz der gefährdeten Parteientschädigung», ebenfalls den vorsorglichen Massnahmen i.S.v. Art. 261 ZPO zuordnen.[122]

b) Argumente gegen eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme

Der oben dargestellten Ansicht steht die Lehrmeinung entgegen, dass es sich bei der Anordnung auf Sicherheitsleistung um eine prozessleitende Verfügung gemäss Art. 124 ZPO handle.[123] So schreibt SUTTER-SOMM: «Kautionsverfügungen sind keine vorsorglichen Massnahmen, sondern prozessleitende Verfügungen.»[124] An dieser Stelle werden unterschiedliche Charakteristika der vorsorglichen Massnahme betrachtet, welche gegen eine Qualifikation der aktorischen Kaution als vorsorgliche Massnahme sprechen.

i. Zweck

Die vorsorgliche Massnahme dient dem Schutz einer Partei, welche einen vermutungsweise bestehenden (materiellrechtlichen)[125] Anspruch gerichtlich durchsetzen möchte, vor der zeitlichen Dimension des Gerichtsverfahrens. Mittels vorsorglicher Massnahme kann der antragstellenden Partei einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden, bevor ein rechtskräftiges Urteil vorliegt.[126] Diese soll nämlich vor oder während eines Prozesses keine in der Dauer des Verfahrens begründete Verschlechterung ihrer Rechtsposition hinnehmen müssen.[127] Oder in den Worten des Bundesrates: «Er schützt die betreffende Partei vor Nachteilen, die einzutreten drohen, bevor das Gericht – nach einem möglicherweise langen Prozess – ‹endgültigen› Rechtsschutz gewähren kann.»[128] Damit findet das Zivilprozessrecht

---

122 SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 14.

123 Für eine Beschreibung der prozessleitenden Verfügung vgl. SUTTER-SOMM, N 701 ff.; MÜLLER, 248.

124 SUTTER-SOMM, N 639; gl.M. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 6. Beide Autoren begründen diese Einordnung jedoch nicht weiter.

125 Vgl. ausführlich zum Begriff des Verfügungsanspruchs Teil II.C.3.b)iii *infra.*

126 Statt vieler HUBER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 261 N 1.

127 SHK ZPO-TREIS Art. 261 N 1; KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER Art. 261 N 1.

128 Botschaft ZPO, 7353.

einen Kompromiss «zwischen möglichst guter, genauer Rechtsfindung und möglichst schnellem Rechtsschutz.»[129]

Der Zweck der Prozesskostensicherheit besteht hingegen nicht darin, die antragstellende Partei vor einer Verschlechterung ihrer Rechtsposition während der Verfahrensdauer zu schützen. Es geht nicht darum, eine Partei vor Nachteilen zu schützen, die aufgrund eines langen Prozesses «einzutreten drohen». Vielmehr bezweckt sie, die beklagte Partei vor der Uneinbringlichkeit ihres Anspruchs auf Parteientschädigung zu schützen.[130] Der drohende «Nachteil», d.h. die Gefahr der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung, besteht i.d.R. bereits zu Verfahrensbeginn. Die zu schützende Rechtsposition – der Anspruch auf Parteientschädigung – entsteht hingegen erst mit dem Entscheid am Ende des Verfahrens.

Während die vorsorgliche Massnahme also einen mutmasslich bestehenden Anspruch vor Gefahren schützt, welche sich im Verlauf des Verfahrens materialisieren könnten, schützt die Prozesskostensicherheit einen noch nicht bestehenden Anspruch vor einer üblicherweise bereits zu Beginn des Prozesses bestehenden Gefahr. Auch wenn der erste Blick täuschen könnte, erfüllen die zwei Instrumente bei genauer Betrachtung unterschiedliche Zwecke.

ii. Zuständiges Gericht

Für vorsorgliche Massnahmen sieht das Gesetz in Art. 13 ZPO zwei alternative Gerichtsstände vor: das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist (lit. a) sowie das Gericht am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b). Diese Wahl ist zwingender Natur. [131] Der Gerichtsstand am Vollstreckungsort steht der gesuchstellenden Partei selbst dann zur Verfügung, wenn die Hauptsache bereits rechtshängig ist.[132]

Für die Anordnung einer Prozesskaution ist nur das mit der Hauptsache befasste Gericht zuständig.[133] Dies ist auch die einzig sachgerechte Lösung. Da die Leistung der Kaution nicht erzwungen bzw. vollstreckt werden kann, macht ein zwei-

---

129 SHK ZPO-TREIS Art. 261 N 1.

130 Vgl. zum Zweck der Prozesskostensicherheit auch Teil II.A *supra*.

131 SUTTER-SOMM/KLINGLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 13 N 15; DIKE ZPO-ZÜRCHER Art. 13 N 4; BK ZPO I-GÜNGERICH Art. 13 N 13 f.

132 SUTTER-SOMM/KLINGLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 13 N 14, 17; BK ZPO I-GÜNGERICH Art. 13 N 19.

133 BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 13 sowie Art. 98 N 13; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 6.

ter Gerichtsstand am Vollstreckungsort naturgemäss keinen Sinn.[134] Es ist denn auch kein Szenario denkbar, in welchem eine Partei für den Antrag auf Leistung einer Prozesskostensicherheit ein anderes als das in der Hauptsache zuständige Gericht anrufen wollen würde.

iii. Begriff des (Verfügungs-)Anspruchs

Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme setzt gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO einen verletzten oder gefährdeten Anspruch der gesuchstellenden Partei voraus.[135] Vorliegend stellt sich deshalb die Frage, ob der Anspruch auf Parteientschädigung überhaupt als (Verfügungs-)Anspruch i.S.v. Art. 261 ZPO qualifiziert.

Bereits aus dem Wortlauft von Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO («ein ihr zustehender Anspruch») ergibt sich, dass der behauptete Anspruch im Zeitpunkt des Antrags auf eine vorsorgliche Massnahme, spätestens aber im Zeitpunkt deren Anordnung, bestehen muss.[136] Ein erst in der Zukunft entstehender Anspruch wird durch Art. 261 ZPO nicht erfasst.[137] Der Entscheid über die Verteilung der Prozesskosten, und damit auch über den Anspruch auf eine Parteientschädigung, ergeht «in der Regel im Endentscheid.»[138] Erst mit dessen Rechtskraft hat die obsiegende Partei einen positiven Anspruch gegenüber der Gegenpartei; weder im Zeitpunkt des Kautionsantrags noch im Zeitpunkt der Kautionsverfügung verfügt sie folglich über einen «ihr zustehenden Anspruch», wie dies Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO verlangt.

Nach Ansicht der h.L. muss es sich bei diesem Anspruch um einen im materiellen Zivilrecht begründeten Anspruch handeln.[139] Als Umschreibung verwendet werden dabei etwa die Begriffe «zivilrechtlicher Anspruch»,[140] «zivilrechtlicher

---

134 Vgl. ausführlicher hierzu Teil II.C.6 *infra.*

135 Ergänzt wird der Verfügungsanspruch um den sog. Verfügungsgrund als zweite Voraussetzung, vgl. hierzu statt vieler KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER Art. 261 N 4.

136 Vgl. MEIER, *Einstweiliger Rechtsschutz,* 57 f. m.w.H.

137 A.M. BERGER, *Kautionspflicht im Zivilprozess,* 280.

138 Art. 104 Abs. 1 ZPO.

139 KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER Art. 261 N 5; HUBER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 261 N 17; OFK ZPO-ROHNER/WIGET Art. 261 N 2; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 22 N 8; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.192.

140 STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 22 N 8; BSK ZPO-SPRECHER Art. 261 N 15; SHK ZPO-TREIS Art. 261 N 4; HUBER in Komm. ZPO Sutter-Somm/

Hauptanspruch»,[141] «materieller Anspruch»,[142] «materiellrechtlicher Anspruch»,[143] «materieller Anspruch zivilrechtlicher Natur»,[144] «Hauptanspruch»[145] oder «materielles Hauptbegehren»[146]. Klar ist, die Basis jeder vorsorglichen Massnahme muss ein im materiellen Recht begründeter Anspruch sein. Sowohl der in Art. 106 ZPO begründete Anspruch auf Parteientschädigung als auch der in Art. 99 ZPO verankerte Anspruch auf deren Sicherstellung[147] haben ihre Grundlage im formellen Zivilprozessrecht. Beim von der Prozesskostensicherheit geschützten Anspruch auf Parteientschädigung handelt es sich folglich gerade nicht um einen im materiellen Zivilrecht verankerten Anspruch,[148] weshalb die Prozesskaution auch nicht von Art. 261 ff. ZPO erfasst sein kann.

Ferner muss die vorsorgliche Massnahme mit einem Hauptgegenstand des Verfahrens in Verbindung stehen, d.h. einen der Hauptansprüche schützen: «Vorsorgliche Massnahmen können zum Schutz jeglicher Art von Hauptansprüchen getroffen werden»[149] und «[v]orsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 261 [ZPO] sind solche, die in einem Bezug zur Hauptsache stehen.»[150] Der Anspruch auf Parteientschädigung stellt keinen Hauptanspruch dar; die Prozesskaution schützt demnach auch keinen hauptsächlichen Verfahrensgegenstand.

Schliesslich spricht auch der pekuniäre Charakter des Anspruchs auf Parteientschädigung gegen eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme. Die Kautionsverfügung ist naturgemäss auf die Sicherstellung einer (zukünftigen) Geldforderung gerichtet. Auf reine Geldforderungen gerichtete (vorsorgliche) Massnahmen

---

Hasenböhler/Leuenberger Art. 261 N 17, mit der Ergänzung, dass dieser zustehende Anspruch auf eine Grundlage im «materiellen Zivilrecht» verweise.

141 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.192.

142 DIKE ZPO-ZÜRCHER Art. 261 N 1.

143 BK ZPO II-GÜNGERICH Art. 261 N 14; KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER Art. 261 N 5.

144 SUTTER-SOMM, N 1215; HUBER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 261 N 17.

145 DIKE ZPO-ZÜRCHER Art. 261 N 2.

146 BSK ZPO-SPRECHER Art. 261 N 15.

147 Vgl. zur Qualifikation des Anspruchs die Einleitung zu Teil II.C.3 *supra*.

148 Gl.M. BERGER, *Kautionspflicht im Zivilprozess,* 279, obwohl dieser für eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme plädiert.

149 OFK ZPO-ROHNER/WIGET Art. 261 N 2.

150 BK ZPO II-GÜNGERICH Art. 261 N 11.

sind jedoch abschliessend im SchKG geregelt; das Instrument der vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO steht für rein pekuniäre Ansprüche nicht zur Verfügung.[151] Damit sollen «verkappte» Arreste verhindert werden.[152] Oder in den Worten des Bundesgerichts: *«Le champ d'application des mesures provisionnelles conservatoires est donc en principe limité à la protection des droits réels ou personnels dont la nature n'est pas pécuniaire.»*[153] Vom Ausnahmetatbestand in Art. 262 lit. e ZPO ist die Prozesskaution nicht erfasst.[154] Die Prozesskostensicherheit als Instrument zum Schutz einer reinen Geldforderung fällt demnach auch unter diesem Gesichtspunkt nicht in den Anwendungsbereich von Art. 261 ff. ZPO.

iv. Glaubhaftmachen des (Verfügungs-)Anspruchs

Der Bestand des eben beschriebenen, materiellen Verfügungsanspruchs muss nach dem Wortlaut von Art. 261 Abs. 1 ZPO glaubhaft gemacht werden.[155] Dies macht Sinn; die Prüfung eines weitergehenden Beweismasses käme einer Vorwegnahme des Endentscheids gleich. TREIS umschreibt das Erfordernis in Anlehnung an die übliche Formulierung des Bundesgerichts so: «Der Richter muss von der Wahrheit nicht völlig überzeugt sein, sie aber überwiegend für wahr halten, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind.»[156]

Der Anspruch auf Parteientschädigung muss im Antrag auf Prozesskostensicherheit nicht glaubhaft gemacht werden. Es handelt sich – vorausgesetzt es liegt ein

---

151 Vgl. Art. 269 lit. a ZPO; vgl. Art. 271 ff. SchKG zum Arrest; vgl. ferner STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 22 N 3; MEIER, *Einstweiliger Rechtsschutz,* 96; HUBER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 261 N 6, 11; KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER Art. 261 N 5; OFK ZPO-ROHNER/WIGET Art. 261 N 2; SHK ZPO-TREIS Art. 269 N 2; BGE 108 II 180 E. 2. Vgl. zum Ganzen auch RÜETSCHI, *passim*. Die Prozesskaution ist auch nicht von den wenigen Ausnahmen erfasst, welche das Gesetz vorsieht, vgl. hierzu KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER Art. 262 N 13.

152 SUTTER-SOMM, N 1210; vgl. auch MEIER, *Einstweiliger Rechtsschutz,* 97 f. mit Beispielen zum verkappten bzw. verschleierten Arrest.

153 BGer 5A_852/2010 vom 28. März 2011 E. 3.1.

154 Vgl. für mögliche Konstellationen unter Art. 262 lit. e ZPO statt vieler BK ZPO II-GÜNGERICH Art. 262 N 42 ff.

155 Vgl. ZÜRCHER, 54, der das Glaubhaftmachen deshalb auch als «Königsbegriff des Massnahmeverfahrens» bezeichnet.

156 SHK ZPO-TREIS Art. 261 N 15; vgl. zum Beweismass des «Glaubhaftmachen» in der Rechtsprechung auch BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.3.

entsprechendes Rechtsbegehren vor und die antragstellende Partei obsiegt – um einen gesetzlichen Anspruch. Im Ergebnis weicht die Prozesskaution folglich auch in diesem Punkt von den Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen ab; eine sogenannte Hauptsachenprognose[157] muss (und darf) unter Art. 99 ZPO nicht getroffen werden.

v. Weitere Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen

Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme bedarf neben dem soeben erläuterten Verfügungsanspruch noch weiterer Voraussetzungen. Es sind dies der drohende nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil (der sog. Verfügungsgrund),[158] die Dringlichkeit[159] sowie die Verhältnismässigkeit.[160]

Keine dieser Voraussetzungen muss vom Gericht unter Art. 99 ZPO explizit geprüft werden. Das Kriterium des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils findet immerhin implizit Anwendung. Das Gesetz definiert in lit. a–d über einen Automatismus selbst, in welchen Situationen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht bzw. vermutet wird. Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit werden durch diesen Automatismus überflüssig.

vi. Rechtsmittel und Vollstreckung

Entscheide über vorsorgliche Massnahmen unterliegen gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO der Berufung. In nicht-vermögensrechtlichen Fällen in jedem Fall,[161] in vermögensrechtlichen Fällen ab einem Streitwert von CHF 10'000.[162] Dabei ist

---

157 Vgl. zum Begriff der Hauptsachenprognose BSK ZPO-SPRECHER Art. 261 N 38.

158 Vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO.

159 Dringlichkeit wird von Art. 261 ZPO zwar nicht erwähnt, stellt jedoch eine der Grundvoraussetzungen vorsorglicher Massnahmen dar, vgl. BGE 127 II 132 E. 3; BGer 4A_230_/2017 vom 4. September 2017 E. 2.2; Botschaft ZPO, 7354; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 22 N 11; HUBER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 261 N 22; DIKE ZPO-ZÜRCHER Art. 261 N 12. Vgl. auch Art. 265 ZPO zu den superprovisorischen Massnahmen, der bei «besonderer Dringlichkeit» anwendbar ist, im Gegensatz zu Fällen «normaler» Dringlichkeit unter Art. 261 ZPO, so BSK ZPO-SPRECHER Art. 261 N 39.

160 Vgl. für eine Auflistung mit allen Voraussetzungen statt vieler BSK ZPO-SPRECHER Art. 261 N 10.

161 Vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO.

162 Vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO. Dabei ist umstritten, ob der Streitwert der Massnahme (so STAEHELIN A./BACHOFNER in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 26 N 13 lit. c; REETZ/

unbeachtlich, ob die Massnahme im Hauptverfahren oder bereits vor Anhängigmachung der Klage angeordnet wurde; in beiden Fällen unterliegt die vorsorgliche Massnahme der Berufung.[163]

Gegen eine Kautionsverfügung kann hingegen keine Berufung geführt werden, sie ist gemäss Art. 103 ZPO einzig mit Beschwerde anfechtbar.[164] Die Lehre ist dabei der einhelligen Auffassung, dass es sich hierbei um eine Beschwerde gegen eine prozessleitende Verfügung i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO handelt (und nicht etwa um eine Beschwerde gegen eine nicht berufungsfähige vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 319 lit. a ZPO).[165]

Auch mit Blick auf die Vollstreckung der beiden Instrumente gibt es Unterschiede. Formell rechtskräftige[166] vorsorgliche Massnahmen können mittels Zwangsmassnahmen[167] in der ganzen Schweiz[168] vollstreckt werden.[169] Eine Kautionsverfü-

---

THEILER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 308 N 41; SHK ZPO-MATHYS Art. 308 N 35) oder der Streitwert der Hauptsache (so BSK ZPO-SPÜHLER Art. 308 N 9; OFK ZPO-GEHRI Art. 308 N 6) massgebend ist. Diese Diskussion kann an dieser Stelle offengelassen werden.

163 SHK ZPO-MATHYS Art. 308 N 18. Nicht der Berufung unterliegen jedoch sinnvollerweise superprovisorische Massnahmen nach Art. 265 ZPO, vgl. BGE 140 III 289 E 1.1; SHK ZPO-MATHYS Art. 308 N 19; BSK ZPO-SPÜHLER Art. 308 N 7; DIKE ZPO-BLICKENSTORFER Art. 308 N 23; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 12.37a. Umstritten ist, ob gegen die Abweisung des Antrags auf eine superprovisorische Massnahme ein Rechtsmittel besteht. Das Bundesgericht verneint dies in BGE 137 III 417, vgl. auch BSK ZPO-SPÜHLER Art. 308 N 7; a.M. REETZ/THEILER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 308 N 34.

164 Vgl. hierzu auch Teil II.C.6 *infra*.

165 Zur Anwendbarkeit von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO (i.V.m. Art. 103 ZPO) vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 103 N 1; OFK ZPO-MOHS Art. 103 N 1; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 103 N 4; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 103 N 2; BK ZPO I-STERCHI Art. 103 N 1; SHK ZPO-REICH Art. 319 N 6 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 12.63; SUTTER-SOMM, N 1389; ZOTSANG, 172.

166 Vgl. Art. 315 Abs. 4 lit. b und Abs. 5 ZPO sowie Art. 325 Abs. 1 ZPO.

167 Vgl. Art. 343 ZPO. Vgl. zu deren möglichen Inhalt auch BSK ZPO-SPRECHER Art. 267 N 7 ff.; BSK ZPO-ZINSLI Art. 343 *passim.*

168 Zum internationalen Verhältnis vgl. BSK IPRG-BERTI/DROESE Art. 10 *passim.*

169 Vgl. Art. 267 ZPO. Hierbei ist umstritten, ob der Erlass von Vollstreckungsmassnahmen von Amtes wegen zu erfolgen hat (so STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 22 N 33; BSK ZPO-SPRECHER Art. 267 N 4; DIKE ZPO-ZÜRCHER Art. 267 N 1; SHK ZPO-TREIS Art. 267 N 1; HUBER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböh-

gung kann hingegen nicht zwangsweise vollstreckt werden. Art. 267 ZPO bezieht sich auf vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 261 ZPO, welche die Prozesskostensicherheit nicht umfassen. Art. 95 ff. ZPO zu den Prozesskosten enthalten ebenfalls keine Bestimmungen zu allfälligen Vollstreckungsmöglichkeiten. Diese sind auch gar nicht notwendig. Die Anordnung, eine Prozesskaution zu leisten, vollstreckt sich von selbst; angesichts der Konsequenzen der Nichtbefolgung ist eine antragstellende Partei nicht darauf angewiesen, dass die Kaution auch wirklich geleistet wird.[170]

vii. Systematik von Art. 101 ZPO

Ein Hinweis darauf, dass die Prozesskaution nach Art. 99 ZPO nicht als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 261 ZPO zu qualifizieren ist, findet sich auch im Wortlaut von Art. 101 Abs. 2 ZPO: «Vorsorgliche Massnahmen kann [das Gericht] schon vor Leistung der Sicherheit anordnen.» Zweck dieser Bestimmung ist, dass die beklagte Partei die Anordnung von dringlichen Massnahmen – zu denken ist hier insbesondere (auch) an superprovisorische Massnahmen – nicht mit einem Antrag auf Sicherstellung ihrer Parteientschädigung vereiteln kann.[171]

Das Gesetz unterscheidet in Art. 101 Abs. 2 ZPO demnach selbst zwischen der Leistung der Sicherheit und vorsorglichen Massnahmen. Wäre die Prozesskaution eine vorsorgliche Massnahme, so würde der Gesetzestext konsequenterweise bspw. von «anderen» oder «weiteren» vorsorglichen Massnahmen schreiben. So aber enthält Art. 101 ZPO eine implizite Unterscheidung zwischen der vorsorglichen Massnahme und der Prozesskostensicherheit; von einem anderen Verständnis ausgehend würde die Formulierung in dieser Form keinen Sinn ergeben.

---

ler/Leuenberger Art. 267 N 8; im Ergebnis wohl auch Botschaft ZPO, 7357 («[e]s bedarf keines separaten Vollstreckungsgesuchs der interessierten Partei») oder ob ein Antrag auf Vollstreckung notwendig ist (so KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER Art. 267 N 2; BK ZPO II-GÜNGERICH Art. 267 N 2).

170 Vgl. hierzu Teil II.C.6 *infra*. Vgl. auch BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 16 zur Unterscheidung zwischen einer «Last» und einer «Pflicht».

171 Statt vieler BK ZPO I-STERCHI Art. 101 N 5. Zu beachten ist ferner, dass es sich bei Anordnungen vorsorglicher Massnahmen i.S.v. Art. 101 Abs. 2 ZPO um Anordnungen im Rahmen des hängigen Hauptverfahrens handelt. Für Massnahmen vor Rechtshängigkeit gemäss Art. 263 ZPO ist die Prozesskaution ausgeschlossen.

c) Fazit

Das Instrument der zivilprozessrechtlichen Prozesskostensicherheit gemäss Art. 99 ZPO ist zweifellos mit den vorsorglichen Massnahmen vergleichbar; es verfolgt auf den ersten Blick einen ähnlichen Zweck, nämlich den Schutz eines (potenziellen) Anspruchs. Bei genauerer Betrachtung ist es dennoch falsch, die Prozesskaution als vorsorgliche Massnahme zu qualifizieren. In zu vielen Punkten passt sie nicht ins Schema der vorsorglichen Massnahme. Weder verfolgen sie einen identischen Zweck, noch stimmen die Bestimmungen hinsichtlich der gerichtlichen Zuständigkeit oder ihrer Voraussetzungen überein. Insbesondere die Analyse der zugrundeliegenden Ansprüche zeigt, dass die Prozesskaution letztlich eine andere Art von Anspruch schützt. Ferner stehen den Parteien unterschiedliche Rechtsmittel zur Verfügung und auch der Wortlaut von Art. 101 ZPO deutet darauf hin, dass es sich um zwei voneinander zu unterscheidende Instrumente handeln muss. Es ist denn auch kein Grund ersichtlich, weshalb eine Qualifikation der Prozesskostensicherung als vorsorgliche Massnahme – zumindest im Rahmen des Zivilprozesses[172] – Vorteile bringen würde. Die Prozesskaution kann im Ergebnis nicht als vorsorgliche Massnahme bezeichnet werden; es handelt sich um ein eigenständiges, gesetzliches Instrument zur Verfahrensleitung, deren Anordnung als prozessleitende Verfügung nach Art. 124 ZPO ergeht.

Die Frage der dogmatischen Einordnung der Prozesskostensicherheit hat keine eigentlichen praktischen Konsequenzen. Dies ist jedoch insbesondere auch dem Umstand geschuldet, dass sie – auch von Verfechtern einer Qualifikation als vorsorgliche Massnahme – weitgehend von Art. 261 ff. ZPO losgelöst und als selbständiges Instrument mit eigenen Voraussetzungen und Konsequenzen betrachtet und zudem durch eigene Bestimmungen geregelt wird.

4. Umfang und Höhe

Gegenstand der Prozesskaution bildet nach dem Wortlaut von Art. 99 ZPO lediglich die Parteientschädigung. Keine Sicherheitsleistung ist für den Kostenvorschuss[173] zu leisten. Diese Unterscheidung macht Sinn. Das Gericht kann nur von der klagenden Partei einen Vorschuss verlangen; die beklagte Partei trifft keinerlei

[172] Vgl. für die Situation in der Schiedsgerichtsbarkeit Teil III.C *infra.*

[173] Vgl. Art. 98 ZPO.

Vorschusspflicht.[174] Anders gestaltet es sich beim Vorschuss für Beweiserhebungen nach Art. 102 ZPO. Diesen hat diejenige Partei vorzuschiessen, welche die Beweiserhebung veranlasst.[175] Es besteht deshalb die Möglichkeit, dass die beklagte Partei einen Gegenbeweis erbringen möchte, für welchen sie vorschusspflichtig wird. Dieser Vorschuss fällt unter den Begriff der Gerichtskosten nach Art. 95 Abs. 2 ZPO, welche gerade nicht Teil der von der Prozesskaution geschützten Parteientschädigung sind.[176] Obsiegt die beklagte Partei, kann sich dieser Vorschuss für die Beweiserhebung trotz angeordneter Kaution als uneinbringlich erweisen.

Zur Höhe der Prozesskaution nimmt das Gesetz nicht explizit Stellung. Da die Parteientschädigung im Zeitpunkt der Kautionsverfügung noch unbestimmt ist, muss sich die Höhe der Kaution an der mutmasslichen Parteientschädigung bemessen.[177] Dabei ist stets auf die volle Höhe der erwarteten Parteientschädigung abzustellen.[178] Für die Berechnung ist der kantonale Anwaltstarif massgeblich.[179] Die Kaution ist gemäss Art. 100 Abs. 1 ZPO in bar[180] oder durch Garantie[181] eines qualifizierten Bank- oder Versicherungsinstituts[182] zu leisten. Die Höhe kann im

---

174 Art. 98 ZPO; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 98 N 4. Dies im Gegensatz zum Schiedsverfahren, vgl. hierzu Teil III.G.1 *infra.*

175 DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 102 N 1; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 102 N 12; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 23.

176 Vgl. Teil II.C.1 *supra*.

177 KuKo ZPO-SCHMID Art. 100 N 10; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 100 N 2a; ZOTSANG, 144; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 100 N 6. Diese Unsicherheit führt zu einem entsprechend grossen Ermessen, vgl. DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 100 N 1.

178 BK ZPO I-STERCHI Art. 100 N 4.

179 ZOTSANG, 144; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 100 N 6; BK ZPO I-STERCHI Art. 100 N 4.

180 Dies schliesst eine Überweisung auf ein Post- oder Bankkonto mit ein, SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 100 N 12.

181 Ausführlich zur Garantie inkl. eines in Zürich gebräuchlichen Mustertexts KuKo ZPO-SCHMID Art. 100 N 4 f.

182 Ausführlicher zu den zugelassenen Instituten ZOTSANG, 145 f.; KuKo ZPO-SCHMID Art. 100 N 8 f.; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 100 N 13.

Verlaufe des Verfahrens schliesslich auf Antrag[183] einer Partei jederzeit erhöht oder herabgesetzt werden, bei Wegfallen aller Kautionsgründe ist die Kaution aufzuheben und allenfalls zurückzuerstatten.[184]

Der Wortlaut von Art. 99 ZPO äussert sich zudem nicht zur Frage, ob mit der Prozesskaution nur zukünftig entstehende Kosten sichergestellt werden können. Die Literatur ist zu dieser Frage uneinheitlich. Während die einen davon ausgehen, dass nur «zukünftige Kosten» sicherzustellen seien,[185] gehen andere davon aus, dass alle – auch die bereits entstandenen – Kosten berücksichtigt werden müssten,[186] oder aber, dass zumindest die Kosten für die Klageantwort gedeckt sein sollten, falls der Antrag mit der Klageantwort gestellt werde.[187] Letzterer Auffassung ist nach hier vertretener Auffassung der Vorzug zu geben, zumal Art. 99 ZPO keine entsprechende Einschränkung enthält. Das Bundesgericht folgt hingegen der Ansicht, dass nur die Sicherstellung zukünftig entstehender Kosten verlangt werden könne.[188] Sachgerecht scheint m.E. zu sein, dass zumindest auch dann für bereits entstandene Kosten Sicherheit verlangt werden kann, wenn ein Kautionsgrund erst im Verlauf des Verfahrens eintritt.[189] Nur auf diese Weise vermag Art. 99 ZPO seinen Schutzzweck zu erfüllen.

---

183 Vgl. SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 100 N 15; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 100 N 3; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 30.

184 Art. 100 Abs. 2 ZPO; BERTI, N 505; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 100 N 15 ff.; KuKo ZPO-SCHMID Art. 100 N 11 f.; OFK ZPO-MOHS Art. 100 N 2; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 100 N 2; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 100 N 3; BK ZPO I-STERCHI Art. 100 N 5 ff.; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 30.

185 Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 5, Art. 100 N 2a; KuKo ZPO-SCHMID Art. 100 N 1; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.24.

186 Vgl. BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 9.

187 Vgl. STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 28; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 100 N 9.

188 Vgl. die Argumentation in BGer 4A_46/2015 vom 27. März 2015 E. 3 (nicht publiziert in BGE 141 III 155). Für Verfahren vor Bundesgericht wurde das in diesem Sinne bereits höchstrichterlich entschieden, vgl. BGE 132 I 134 E. 2.2.

189 So ZOTSANG, 145; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 100 N 4.

5. Kautionsgründe

Das Gesetz zählt in Art. 99 Abs. 1 lit. a–d ZPO in einer nicht abschliessenden Liste[190] die Gründe auf, basierend auf welchen die klagende Partei zur Sicherstellung der mutmasslichen Parteientschädigung der Gegenpartei zu verpflichten ist. An dieser Stelle werden die einzelnen Gründe im Sinne eines Überblicks zusammengefasst dargestellt. Für detailliertere Ausführungen zu den einzelnen Kautionsgründen sei auf die jeweils angegebenen Literaturhinweise verwiesen.

Sicherheit zu leisten hat eine Klägerin gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO, sofern sie «keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hat». Der Bestimmung liegt die Vermutung zugrunde, dass das Risiko für die beklagte Partei zunimmt, falls sie den Kostenentscheid im Ausland vollstrecken muss.[191] Massgeblich ist der effektive Wohnsitz nach Art. 23 ZGB für natürliche[192] sowie der Sitz nach Art. 56 ZGB für juristische Personen.[193] Der Anwendungsbereich von Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO wird jedoch durch den in Art. 2 ZPO stipulierten Vorrang von Staatsverträgen, insbesondere die Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht von 1954[194] sowie das Haager Übereinkommen über den internationalen Zugang zur Rechtspflege von 1980[195], stark eingeschränkt.[196] Diese Staatsverträge sehen jeweils vor, dass der Kautionsgrund nach Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO für Angehörige von Vertragsstaaten ausgeschlossen ist.

---

190 Die Liste ist deshalb nicht abschliessend, weil Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO einen Auffangtatbestand enthält, welcher zusätzlich zu den vom Gesetz explizit genannten Kautionsgründen weitere Gründe zulässt.

191 Vgl. zur Ratio dieser Bestimmung auch BGE 141 III 155 E. 4.3; BGE 121 I 108 E. 2; BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 14.

192 BGer 5A_733/2012 vom 16. November 2012 E. 2.1; BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 15.

193 BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 15.

194 Vgl. Art. 17 HÜ54; WALTER/DOMEJ, 330 f.

195 Vgl. Art. 14 HÜ80; WALTER/DOMEJ, 407.

196 Ausführlich zum Vorbehalt von Staatsverträgen SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 20 ff.; SHK ZPO-KUSTER Art. 99 N 11 ff.; ZOTSANG, 129 ff.; BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 16 ff. Zum internationalen Verhältnis gemäss IPRG vgl. SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 18 f. Vgl. auch Fn. 65 *supra* m.w.H.

Kautionspflichtig ist die klagende Partei gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO ausserdem beim Anschein der Zahlungsunfähigkeit.[197] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist zahlungsunfähig, wer «weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen».[198] Das Gesetz stellt die unwiderlegbare[199] Vermutung auf, dass eine Zahlungsunfähigkeit dann vorliegt, wenn über eine Partei «der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen.»[200] Diese Liste ist nicht abschliessend, eine Prozesskaution kann auch dann verfügt werden, wenn andere Anhaltspunkte für eine Zahlungsunfähigkeit bestehen.[201]

Falls eine Partei (rechtskräftig festgesetzte und vollstreckbare)[202] Prozesskosten aus früheren Verfahren schuldig ist, so ist sie ebenfalls kautionspflichtig.[203] Dabei spielt weder eine Rolle, ob die noch geschuldeten Prozesskosten aus Gerichtskosten oder aus Parteientschädigungen bestehen,[204] noch ob sie dem Staat oder dem Prozessgegner geschuldet,[205] oder ob sie in einem zivil-, straf- oder verwaltungs-

---

197 Zum Verhältnis der Zahlungsunfähigkeit als Kautionsgrund und der Mittellosigkeit als Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtspflege vgl. STUTZER, 136 ff.; WUFFLI, N 533.

198 BGE 111 II 206 E. 1.

199 Vgl. KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 5; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 13; BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 19; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 27.

200 Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO. Ausführlich zu diesen unwiderlegbaren Vermutungen SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 27.

201 Vgl. für Aufzählungen mit solchen Anhaltspunkten BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 12; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 28 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.19.

202 ZOTSANG, 134; BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 26; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 12; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 16. Dies kann auch für ausländische Schiedsverfahren gelten, vgl. KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 11; OFK ZPO-MOHS Art. 99 N 5.

203 Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO.

204 ZOTSANG, 133; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 32. Restriktiver KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 10, wonach aus früheren Verfahren geschuldete Parteientschädigungen nur dann einen Kautionsgrund darstellen sollen, wenn es sich um dieselbe Gegenpartei handelt.

205 BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 16; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 12.

rechtlichen Verfahren entstanden sind.[206] Auch Schulden für Prozesskosten in ausländischen Verfahren werden unter Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO berücksichtigt.[207] Ferner ist unbeachtlich, ob die offenen Prozessverbindlichkeiten aufgrund von Zahlungsschwierigkeiten oder Zahlungsunwilligkeit unbezahlt sind.[208] Das Bundesgericht folgt dieser Ansicht[209] und stellt – unabhängig von den Gründen – einzig auf die Frage ab, ob im Zeitpunkt des Entscheids über die Prozesskaution noch unbezahlte Prozesskostenschulden bestehen.[210]

Schliesslich enthält Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO im Sinne einer «Generalklausel»[211] einen die in lit. a–c genannten Fälle ergänzenden Auffangtatbestand.[212] Dieser kann Anwendung finden, wenn keine der vom Gesetz erwähnten Situationen vorliegt. Kautionspflichtig ist eine klagende Partei demnach auch dann, «wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen».[213] Der Begriff der «erheblichen Gefährdung» ist unbestimmt und muss durch richterliches Ermessen ausgelegt werden.[214] Klar ist jedoch, dass die Gefährdung das normale Prozessrisiko übersteigen muss,[215] wobei Glaubhaftmachung einer solchen

---

206 ZOTSANG, 133; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 16.

207 STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 26c; KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 11; OFK ZPO-MOHS Art. 99 N 5; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 33; ZOTSANG, 133.

208 So insbesondere BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 16; im Ergebnis gl.M. SHK ZPO-KUSTER Art. 99 N 22.

209 Vgl. BGer 5A_916/2016 vom 7. Juli 2017 E. 2.4.4: «Die Beurteilung der Kautionsvoraussetzungen darf nicht mit schwierigen Abgrenzungsfragen belastet werden. […] Spielt der Grund für das Nichtbegleichen der Prozesskostenschuld keine Rolle, so kann im Einzelfall dahingestellt bleiben, ob diese Schuld auf Zahlungsunfähigkeit oder aber Zahlungsunwilligkeit zurückzuführen ist.»

210 Vgl. BGer 5A_916/2016 vom 7. Juli 2017 E. 2.4.5.

211 SHK ZPO-KUSTER Art. 99 N 25.

212 Vgl. OGer ZH RA160011 vom 23. Februar 2017; Botschaft ZPO, 7294; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 34; ZOTSANG, 134.

213 Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO.

214 Vgl. BGer 5A_221/2014 vom 10. September 2014 E. 3.

215 Vgl. SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 34. Eine Aufzählung von möglichen Situationen, in welchen der Tatbestand der erheblichen Gefährdung der Parteientschädigung erfüllt sein dürfte, findet sich bei ZOTSANG, 135. Vgl. ferner SHK ZPO-KUSTER Art. 99 N 25; KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 12.

Gefährdung zur Erfüllung des Tatbestands ausreicht.[216] Anwendung finden kann Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO bspw. im Fall von *asset stripping* vor einem Konkurs,[217] Zahlungsflucht,[218] der Verheimlichung von Vermögenswerten,[219] eines Konkursaufschubs nach Art. 725a oder 903 OR[220] oder eines wirtschaftlichen Durchgriffs[221].

6. Vollstreckung und Rechtsmittel

Die ZPO kennt keinen Mechanismus, um die kautionspflichtige Partei zur Leistung der Sicherheit zwingen zu können. Wie bereits erwähnt,[222] führt die Nichtleistung zur Einstellung des Verfahrens, so dass die klagende Partei mit dem Entscheid zur Nichtleistung implizit auf die Durchsetzung ihres allfälligen Rechtsanspruchs verzichtet.[223] Ein positiver Anspruch der antragstellenden Partei auf Leistung der Kaution besteht nicht.

Der Entscheid über die Leistung einer Prozesskostensicherheit ist im erstinstanzlichen[224] Verfahren gemäss Art. 103 ZPO selbständig mit Beschwerde anfechtbar.[225] Von der leistungspflichtigen Partei angefochten werden kann die Anordnung der Sicherheitsleistung an sich, deren Höhe, die damit verbundene

---

216 SHK ZPO-KUSTER Art. 99 N 25.

217 Botschaft ZPO, 7294.

218 KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 12; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 35.

219 KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 12; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 35.

220 DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 13. Teilweise wird dieser Sachverhalt auch unter lit. b subsumiert, vgl. KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 5.

221 SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 35.

222 Vgl. II.C.3.b)vi *supra.*

223 Vgl. Art. 59 ZPO; Art. 101 Abs. 3 ZPO.

224 Vgl. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO; BK ZPO I-STERCHI Art. 103 N 1; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 103 N 1.

225 Vgl. Art. 103 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 10.30, 12.63. Vgl. auch Teil II.C.3.b)vi *supra.*

Fristansetzung sowie eine nachträgliche Erhöhung[226] der Sicherheitsleistung.[227] Die antragstellende Partei ihrerseits kann gegen die Ablehnung ihres Antrags und gegen die aus ihrer Sicht ungenügende Höhe der Kaution Beschwerde führen.[228] Konsequenterweise muss die klägerische Partei auch gegen eine ungenügende Herabsetzung sowie die beklagte Partei gegen eine ungenügende Erhöhung bzw. eine Aufhebung der Sicherheit Beschwerde führen können.[229] Umstritten ist, ob ein Nichteintretensentscheid nach Art. 101 Abs. 3 ZPO mit Beschwerde angefochten werden muss[230] oder ob dieser als Endentscheid i.S.v. Art. 236 ZPO der Berufung nach Art. 308 ff. ZPO unterliegt.[231]

Richtig ist m.E. die Auffassung, wonach sich Art. 103 ZPO nicht auf den Nichteintretensentscheid nach Art. 101 Abs. 3 ZPO bezieht; Letzterer ist kein «Entscheid über die Leistung von Vorschüssen und Sicherheiten»[232], sondern ein Endentscheid[233] mangels erfüllter Prozessvoraussetzung[234]. Endentscheide unterliegen dem Rechtsmittel der Berufung.[235] Dies ist insbesondere auch deshalb sachgerecht, weil durch den Nichteintretensentscheid – auch wenn dieser keine *res iudicata* schafft – ein endgültiger, nicht mehr reparierbarer Rechtsverlust eintreten kann. Dann nämlich, wenn mit der Verfahrenseinleitung materiellrechtliche Verjährungs- oder Verwirkungsfristen eingehalten wurden, welche in der Zwischenzeit abgelaufen sind. Auch vor diesem Hintergrund ist es richtig, dass gegen den

---

226 Vgl. Art. 100 Abs. 2 ZPO.

227 BK ZPO I-STERCHI Art. 103 N 2 ff.; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 103 N 4.

228 BK ZPO I-STERCHI Art. 103 N 2b; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 103 N 6.

229 Vgl. BK ZPO I-STERCHI Art. 103 N 2c, welcher jedoch nur den Fall der nachträglichen Erhöhung der Sicherheitsleistung nach Art. 103 Abs. 2 ZPO erwähnt.

230 So BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 103 N 1; BSK ZPO-SPÜHLER Art. 308 N 5; BK ZPO I-STERCHI Art. 101 N 10, wobei dies nicht in jedem Fall gilt, vgl. auch BK ZPO I-STERCHI Art. 103 N 1.

231 So SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 103 N 5; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 12.37; vgl. zu dieser Frage auch BOTSCHAFT ZPO, 7371; SEILER, N 296; MEIER, *Zivilprozessrecht,* 468.

232 Art. 103 ZPO.

233 Vgl. Art. 236 Abs. 1 ZPO.

234 Vgl. Art. 59 ZPO.

235 Vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO.

Nichteintretensentscheid das in der Hauptsache vorgesehene Rechtsmittel zur Verfügung steht.[236]

Gegen die Kautionsverfügung kann nach den allgemeinen Grundsätzen von Art. 320 ZPO lediglich die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) oder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) als Beschwerdegrund geltend gemacht werden.[237] Auf die Ausgestaltung des eigentlichen Beschwerdeverfahrens wird an dieser Stelle nicht weiter eingegangen.[238] Am Rande sei einzig erwähnt, dass gegen Kautionsverfügungen einer Rechtsmittelinstanz oder einer einzigen kantonalen Instanz[239] die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht zulässig ist.[240]

7. Ausnahmen

Neben den Kautionsgründen enthält Art. 99 ZPO in Abs. 3 auch einen Ausnahmenkatalog mit Fällen, in denen – unabhängig von erfüllten Kautionsgründen nach Abs. 1 – keine Sicherheit zu leisten ist. Keine Pflicht zur Leistung einer Kaution besteht demnach im vereinfachten Verfahren mit Ausnahme der vermögensrechtlichen Streitigkeiten gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO[241] (lit. a), im Scheidungs-

236 So die Begründung in BK ZPO I-STERCHI Art. 103 N 1.

237 Vgl. BK ZPO I-STERCHI Art. 103 N 8 ff. mit Ausführungen dazu, welche Beschwerdegründe im Zusammenhang mit der Anordnung einer Sicherheitsleistung offenstehen.

238 Vgl. hierzu Art. 321 ff. ZPO; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 103 N 8 ff.; BK ZPO I-STERCHI Art. 103 N 3 ff.

239 Vgl. Art. 5 f. ZPO.

240 Vgl. BGer 4A_46/2015 vom 27. März 2015 E. 1 (nicht publ. in BGE 141 III 155); BGer 4A_26/2013 vom 5. September 2013 E. 1.1; BGer 5A_733/2012 vom 16. November 2012 E. 1.2. Zu beachten sind ferner die Einhaltung der Streitwertgrenzen in Art. 74 BGG sowie der allgemeinen Voraussetzungen von Art. 93 BGG, vgl. hierzu auch BGer 5A_275/2016 vom 5. Juli 2016 E. 1; vgl. ferner BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 103 N 2; BK ZPO I-STERCHI Art. 103 N 1; KuKo ZPO-SCHMID Art. 103 N 2; BSK BGG-UHLMANN Art. 93 N 11.

241 Zum Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens vgl. statt vieler LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.153 f.

verfahren nach Art. 274 ff. ZPO (lit. b) sowie im summarischen Verfahren mit Ausnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO[242] (lit. c).[243]

Die Ausnahmen in Art. 99 Abs. 3 ZPO werden durch weitere Bestimmungen ergänzt. So ist eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege[244] nach Art. 117 ff. ZPO gewährt wurde, von der Kautionspflicht befreit.[245] Die mit der Gutheissung der unentgeltlichen Rechtspflege begründete Befreiung gilt in analoger Weise auch im Rechtsmittelverfahren.[246] Ferner steht das Instrument der Prozesskostensicherheit im Schlichtungsverfahren[247] sowie in Fällen kantonaler Kostenbefreiungen[248] nicht zur Verfügung.[249]

---

242 Zum Anwendungsbereich des summarischen Verfahrens vgl. statt vieler LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.169.

243 Ausführlich zu den Ausnahmetatbeständen ZOTSANG, 137 ff.; vgl. ferner STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 27; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 20 ff.; BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 29 ff.; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 15 ff.; OFK ZPO-MOHS Art. 99 N 8; KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 15.

244 Zum Spannungsverhältnis zwischen Art. 99 ZPO und Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO vgl. WUFFLI, N 533.

245 Vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO. Ausführlich hierzu WUFFLI, N 511 ff.; ferner BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 6; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER Art. 99 N 17; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 19; KuKo ZPO-SCHMID Art. 99 N 1a; SUTTER-SOMM, N 680; STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 26b; ZOTSANG, 142. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht von der Pflicht zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei befreit, vgl. Art. 118 Abs. 3 ZPO; DIKE ZPO-HUBER Art. 118 N 7 (dies im Gegensatz zu den Gerichtskosten, von welchen die im Kostenerlass prozessierende Partei auch im Falle ihres Unterliegens befreit ist, *idem* N 8). Ferner gilt, dass eine Partei im Falle einer teilweisen Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht von der Leistung einer Prozesskaution befreit werden darf, während gleichzeitig auf einer Leistung des Gerichtskostenvorschusses bestanden wird, vgl. BGE 141 III 369 E. 4.3.3; KuKo ZPO-JENT-SØRENSEN Art. 118 N 13.

246 BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 19, wobei die unentgeltliche Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO neu beantragt werden muss.

247 Vgl. Art. 113 Abs. 1 ZPO, vorbehaltlich weniger, kaum praxisrelevanter Ausnahmen, vgl. BAUMGARTNER et al., § 37 N 14 f.; BK ZPO I-STERCHI Art. 99 N 34.

248 Vgl. Art. 116 Abs. 1 ZPO; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 99 N 42.

249 ZOTSANG, 137. Ob diese zusätzlichen Befreiungstatbestände dazu führen, dass die Aufzählung in Art. 99 Abs. 3 ZPO als «nicht abschliessend» zu betrachten ist, sei an dieser

8. Verfahren vor Bundesgericht

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass das Instrument der Sicherstellung der Parteientschädigung nicht nur vor den kantonalen Instanzen, sondern gemäss Art. 62 Abs. 2 BGG auch vor dem Bundesgericht zur Verfügung steht. Im Unterschied zu Art. 99 ZPO enthält Art. 62 Abs. 2 BGG jedoch eine Kann-Bestimmung, wonach eine Partei, die «in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat oder nachweislich zahlungsunfähig ist, auf Begehren der Gegenpartei zur Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung verpflichtet werden» kann.

Die Voraussetzungen sind in Verfahren vor Bundesgericht enger gefasst als unter Art. 99 ZPO, die Sicherstellung der Parteientschädigung kann nur angeordnet werden, wenn die beschwerdeführende Partei[250] entweder über keinen festen (Wohn-) Sitz in der Schweiz verfügt[251] oder nachweislich zahlungsunfähig ist.[252] Von Art. 62 Abs. 2 BGG nicht erfasst werden die Parteientschädigungen im kantonalen Verfahren, und die Sicherstellung kann nur für zukünftige Parteientschädigungen beantragt werden, wobei auch hier ein strengerer Massstab angelegt wird: Wird die Sicherstellung zusammen mit der Beschwerdeantwort beantragt, so ist dies bereits zu spät, und es wird nicht auf den Antrag eingetreten.[253] Hinsichtlich der Höhe der Sicherstellung folgt die Regelung im BGG demselben Mechanismus wie Art. 99 ZPO; sicherzustellen sind die mutmasslich entstehenden Parteikosten im bundesgerichtlichen Verfahren.[254]

Stelle offengelassen. Bejahend BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 19; verneinend ZOTSANG, 137.

250 Demselben Mechanismus wie Art. 99 ZPO folgend kann nur von derjenigen Partei Sicherstellung verlangt werden, «welche das Bundesgericht angerufen hat», BSK BGG-GEISER Art. 62 N 19; Comm. LTF-CORBOZ Art. 62 N 28. Die Beschränkung auf die Beschwerdeführerin ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 62 Abs. 1 BGG.

251 Vgl. zu diesem Kriterium BSK BGG-GEISER Art. 62 N 26 ff.; Comm. LTF-CORBOZ Art. 62 N 32 ff.

252 Vgl. zu diesem Kriterium BSK BGG-GEISER Art. 62 N 22 ff.; Comm. LTF-CORBOZ Art. 62 N 35 ff.

253 BSK BGG-GEISER Art. 62 N 18 m.w.H.

254 BSK BGG-GEISER Art. 62 N 30; Comm. LTF-CORBOZ Art. 62 N 40 f. Zum Verfahren im Detail vgl. BSK BGG-GEISER Art. 62 N 32 ff.; Comm. LTF-CORBOZ Art. 62 N 45 ff. Vgl. zur Höhe auch Teil II.C.4 *supra.*

D. Kritik

Auch wenn die Prozesskostensicherheit als Instrument zum Ausgleich der Kostenrisiken sinnvoll erscheint, ist sie dennoch nicht unbestritten. Immer wieder werden Stimmen laut, welche für deren Abschaffung plädieren.[255] In jüngerer Zeit richtet sich die Kritik primär gegen die im Folgenden beschriebenen Aspekte.

Zunächst stellt eine Forderung nach Sicherstellung der eigenen potenziellen Parteientschädigung eine Hürde für die klägerische Partei auf dem Weg zur Durchsetzung ihres Rechtsanspruchs dar. Dies schränkt die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV[256] zumindest ein, wenn auch in unserem Rechtskreis soweit ersichtlich niemand die Meinung vertritt, die Prozesskaution sei deswegen verfassungswidrig.[257] Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit festgehalten, «dass in der Verpflichtung zur Leistung einer Prozesskostensicherheit als solcher noch keine Verschlechterung der verfahrensmässigen Stellung der Partei oder Beschneidung ihrer Verfahrensrechte liegt.»[258] Dennoch darf dieses behindernde Element nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden; gerade in Jurisdiktionen mit typischerweise langwierigen, teuren Gerichtsverfahren kann die Pflicht zur Leistung einer Prozesskaution der Durchsetzung von begründeten Ansprüchen und damit der Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustandes entgegenstehen.[259] Letztlich handelt es sich um eine rechtspolitische Abwägung eines Zielkonflikts.[260] Während es intuitiv richtig scheint, dass eine möglicherweise zu Unrecht beklagte Partei die Sicherstellung ihrer Parteientschädigung verlangen kann, scheint es dennoch ungerecht, dass eine

---

255 So bspw. in Deutschland, vgl. NAGEL/GOTTWALD, § 5 N 78: «In den heutigen Zeiten des internationalen Handels und Verkehrs handelt es sich um ein überholtes Relikt falsch verstandenen Schutzes (primär) eigener Staatsangehöriger.»

256 Vgl. auch Art. 6 EMRK.

257 Zur Prozesskaution als zulässige Einschränkung der Rechtsweggarantie vgl. BSK BV-WALDMANN Art. 29a N 28; vgl. zur Einbettung der Rechtsweggarantie in die jeweils geltende Prozessordnung auch SGK BV-KLEY Art. 29a N 8. Ganz abwegig ist dieser Gedanke nicht, so hat bspw. Italien die Prozesskaution 1960 für verfassungswidrig erklärt, JÄGER A., Fn. 17.

258 Vgl. BGer 4A_124/2010 vom 4. Oktober 2010 E. 6.2.2.

259 Insbesondere vor dem Hintergrund, dass zusätzlich zur Prozesskaution i.d.R. auch ein Kostenvorschuss ans Gericht sowie die Kosten der eigenen Vertretung aufzubringen sind.

260 Vgl. zu diesem Interessenkonflikt auch ALTENKIRCH, 11.

womöglich zu Recht klagende Partei von einer zu hohen Prozesskaution an der Durchsetzung ihrer Ansprüche gehindert wird.[261] Die in diesem Kontext immer wieder ins Feld geführte unentgeltliche Rechtspflege vermag an diesem Dilemma nur bedingt etwas zu ändern, steht sie doch in vielen Konstellationen – insbesondere juristischen Personen – nicht zur Verfügung.[262]

Teilweise richtet sich die Kritik auch lediglich gegen einzelne Kautionsgründe.[263] So kannten früher Deutschland, Österreich und Schweden Regelungen, unter denen die Staatsangehörigkeit der Klägerin allein als Kautionsgrund ausreichte.[264] In der Praxis konnte dies zu grotesken Situationen führen, weshalb die Bestimmungen in der Literatur zu Recht stark kritisiert wurden.[265] Während z.B. der mittellose und im Ausland lebende deutsche Staatsbürger für Verfahren vor deutschen Gerichten immer von der Prozesskaution befreit war, musste ein vermögender, im Inland lebender ausländischer Staatsangehöriger immer eine Prozesskaution leisten.[266] Der Europäische Gerichtshof hat in den 1990er Jahren in einer Reihe von vier Urteilen[267] festgehalten, dass eine solche Differenzierung nach Staatsangehörigkeit nicht mit dem europarechtlichen Diskriminierungsverbot vereinbar sei. Damit folgte der EuGH der Kritik aus der Lehre und die nationalen Zivilprozessordnungen mussten entsprechend angepasst werden.[268] Doch auch in der neuen Fassung – mit Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthaltsort statt an die Staats-

---

261 Vgl. FENN/BRAWN, 191.

262 BGer 4A_75/2017 vom 22. Mai 2017 E 3.1. Ungeachtet der Prozesskaution ist im Kontext der unentgeltlichen Rechtspflege zu beachten, dass diese im Falle einer Niederlage nicht von der Übernahme der gegnerischen Parteientschädigung entbindet, vgl. Art. 118 Abs. 3 ZPO.

263 Vgl. hierzu Teil II.C.5 *supra.*

264 Vgl. SCHÜTZE, *Rechtsprechung,* 286 f.

265 Vgl. KAMPF, 3054 ff.; BUNGERT, 315 ff.; SCHÜTZE, *Ausländersicherheit,* 87.

266 Vgl. WOLF, 800; vgl. auch SCHÜTZE, *Rechtsprechung,* 286 mit einem ähnlichen Beispiel.

267 Vgl. Rs. C-20/926 vom 1. Juli 1993 (Anthony Hubbard gegen Peter Hamburger); Rs. C-43/957 vom 26. September 1996 (Data Delecta Aktiebolag u. Ronny Forsberg gegen MSL Dynamics Ltd.); Rs. C-323/958 vom 20. März 1997 (Hayes gegen Kronenberger GmbH i. L.); Rs. C-122/969 vom 2. Oktober 1997 (Stephen Austin Saldanha u. MTS Securities Corporation gegen Hiross Holding AG). Vgl. auch WOLF, 797 ff.

268 So bspw. § 110 D-ZPO, welcher in der neuen Fassung an den gewöhnlichen Aufenthalt ausserhalb von EU und EWR anknüpft und damit europarechtskonform ist.

bürgerschaft[269] – werden die entsprechenden Bestimmungen, aus ähnlichen Gründen, weiterhin kritisiert.[270]

Überhaupt steht die Anknüpfung an persönliche Eigenschaften wie die Nationalität, den Wohnsitz oder aber generell die Anknüpfung an einen festen Katalog von Kautionsgründen in der Kritik.[271] BERGER plädierte noch vor Einführung der schweizerischen Zivilprozessordnung dafür, komplett auf eine Kodifizierung verschiedener Kautionsgründe zu verzichten und eine offene Formulierung zu wählen, welche den Gerichten einen grösseren Ermessensspielraum einräumt.[272] Auch seien Regelungen fragwürdig, welche einen Automatismus vorsehen und so dem Gericht bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen den Handlungsspielraum komplett entziehen;[273] besser wäre, einzig auf den gefährdeten Kostenerstattungsanspruch abzustellen und den Entscheid über den Kautionsantrag im Einzelfall der Rechtsprechung zu überlassen.[274]

Die Kritik ist nachvollziehbar. Immerhin verliert der weithin am meisten kritisierte Kautionsgrund des Wohnsitzes aufgrund bestehender Staatsverträge an Gewicht.[275] Ausserdem existiert mit Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO ein Auffangtatbestand, welcher dem Gericht zumindest ausserhalb des vorgegebenen Katalogs zusätzliches Ermessen einräumt.

Von der Kritik an der Prozesskostensicherheit ist die Kritik am Obsiegens- bzw. Unterliegensprinzip zu unterscheiden. Die Prozesskaution ist ein Mittel, um die Durchsetzung des Unterliegensprinzips sicherzustellen, insofern sind Kostenverteilung und Prozesskaution naturgemäss eng miteinander verknüpft. Das Unterliegensprinzip an sich lässt sich durchaus – teilweise auch aus ähnlichen Gründen

---

269 Vgl. § 110 D-ZPO.

270 Vgl. NAGEL/GOTTWALD, § 5 N 78.

271 Die ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure sehen in Principle 3.3 einen Mittelweg vor: *«A person should not be required to provide security for costs […] solely because the person is not a national or resident of the forum state.»*

272 BERGER, *Kautionspflicht im Zivilprozess,* 284.

273 So in Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO; einen Automatismus sehen auch andere Jurisdiktionen vor, vgl. § 110 D-ZPO; § 57 Ö-ZPO.

274 BERGER, *Kautionspflicht im Zivilprozess,* 285, wobei dieser Zug mit Einführung der vergleichsweise jungen ZPO auf absehbare Zeit abgefahren sein dürfte, zumal auch die jüngsten Revisionsbestrebungen keine Änderung von Art. 99 ZPO vorsehen.

275 Vgl. Teil II.B, II.C.5 und Fn. 65 *supra.*

wie die Prozesskaution – kritisieren,[276] und es gibt auch Argumente für alternative Kostenverteilungsgrundsätze.[277] Dennoch gilt es zu vermeiden, dass der Prozesskaution Kritik entgegenschlägt, welche richtigerweise dem zugrundeliegenden Kostenverteilungsgrundsatz gelten müsste.

E. Zusammenfassung

Die Prozesskostensicherheit ist ein seit langer Zeit bekanntes und gleichzeitig weit verbreitetes Instrument zur Sicherung des potenziellen Kostenerstattungsanspruchs. Für den Schweizer Zivilprozess findet sich die relevante Bestimmung in Art. 99 ZPO; Sicherheit ist bei Vorliegen der Voraussetzungen für die mutmassliche Parteientschädigung der Gegenpartei zu leisten. Die Gründe, aufgrund deren ein Anspruch auf Sicherstellung bestehen kann, finden sich in Art. 99 Abs. 1 lit. a–d ZPO, wobei insbesondere der Zahlungsunfähigkeit nach lit. b zentrale Bedeutung zukommt. Aufgrund diverser Staatsverträge kaum mehr von grosser Relevanz ist hingegen die sogenannte Ausländerkaution nach lit. a.

Die Rechtsnatur der Prozesskaution im Zivilprozess ist umstritten, wobei sich die h.L. für eine Qualifikation als prozessleitende Verfügung und eine Minderheit für eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme ausspricht. Nach Prüfung unterschiedlicher Charakteristika der Prozesskostensicherheit ist festzuhalten, dass diese nicht als vorsorgliche Massnahme qualifiziert werden kann. Es handelt sich um ein eigenständiges, gesetzliches Instrument zur Verfahrensleitung, deren Anordnung als prozessleitende Verfügung nach Art. 124 ZPO ergeht. Uneinheitlich ist die Literatur zudem zur Frage, für welche Kosten in zeitlicher Hinsicht Sicherheit verlangt werden kann. Die Rechtsprechung hierzu ist streng und erlaubt einzig die Sicherheitsleistung für zukünftige Kosten. Nach hier vertretener Auffassung ist beklagten Parteien jedoch einerseits dann die Sicherstellung der mit der Klageantwort verbundenen Kosten zuzugestehen, falls der Kautionsantrag im Rahmen der Klageantwort eingereicht wird. Andererseits ist eine Kaution m.E. dann auch für bereits entstandene Kosten anzuordnen, wenn der Kautionsgrund erst im Verlauf des Verfahrens eintritt, andernfalls der Schutzzweck von Art. 99 ZPO nicht erfüllt wird.

---

276 Vgl. zur Kritik am Unterliegensprinzip ALTENKRICH, 3.

277 Vgl. hierzu auch Teil III.A.4 *infra*.

III. Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren

Nachdem im vorangegangenen Kapitel die Grundlagen der Prozesskostensicherheit sowie die Prozesskaution im Rahmen des schweizerischen Zivilprozesses beleuchtet wurden, widmen sich die folgenden Ausführungen der Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren. Gerade im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit wurde die Prozesskaution in den letzten Jahren immer wieder rege diskutiert.[278]

Lange herrschte in der Schweiz sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung die Auffassung vor, dass die Anordnung einer Prozesskaution in einem Schiedsverfahren, zumindest ohne explizite Parteivereinbarung, unzulässig sei.[279] Die Expertenkommission des Bundes vertrat diese Ansicht in ihrem Bericht zum Vorentwurf der ZPO noch im Jahr 2003.[280] Inzwischen hat ein Umdenken stattgefunden, und die h.L. im In- und Ausland ist sich weitgehend einig, dass auch Schiedsgerichte Parteien zu Sicherheitsleistungen verpflichten können.[281] Um die von einem Schiedsgericht erlassene Kautionsverfügung dreht sich das vorliegende Kapitel.

Schwerpunkt der Untersuchung bildet das internationale Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz nach den Regeln des 12. Kapitels des IPRG. Wo es angebracht scheint und insbesondere wo Unterschiede zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bestehen, wird teilweise auch auf die interne Schiedsgerichtsbarkeit (Binnenschiedsgerichtsbarkeit, Art. 353 ff. ZPO) eingegangen.[282] Schliesslich verlangt die

---

278 Dies insbesondere seit der inzwischen berühmten Entscheidung des englischen House of Lords im Fall *Ken-Ren,* vgl. Coppée-Lavalin v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers, House of Lords, 5. Mai 1994. Vgl. zu diesem Fall auch ALTENKIRCH, 221 ff.; DAVENPORT, 303 ff.; BEECHEY, *Security for Costs,* 179 ff.

279 Vgl. GULDENER, 611; BUCHER, N 195; Sixth Order vom 12. November 1991, publ. in ASA Bull. 1995, 84 ff.; undatierte Verfügung eines Adhoc-Schiedsgerichts in Genf, publ. in ASA Bull. 1995, 529 ff.; vgl. auch BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1589 m.w.H.

280 Vgl. Bericht VE-ZPO, 175.

281 Vgl. BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1589; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2583 f. N 51; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.115; BORN, *Commercial,* 2495; BLACKABY et al., 316 f.

282 Ist im Folgenden ohne zusätzlichen Hinweis von der ZPO oder dem IPRG die Rede, so meint dies jeweils die Bestimmungen zur Schiedsgerichtsbarkeit im 3. Teil der ZPO bzw. im 12. Kapitel des IPRG.

Funktionsweise der Schiedsgerichtsbarkeit, dass punktuell auch auf die Schiedsordnungen ausgewählter Schiedsinstitutionen eingegangen wird.

A. Kosten und Kostenverteilung

Bevor im Detail auf das Instrument der Prozesskostensicherheit eingegangen werden kann, sind in einem ersten Schritt die in einem Schiedsverfahren anfallenden Kosten sowie deren Verlegung auf die Prozessparteien zu beleuchten. Der anwendbare Kostenverteilungsgrundsatz bildet Grundlage und Rechtfertigung der Prozesskostensicherheit zugleich. Ausgehend von der Fragestellung, welche Kosten in einem Schiedsverfahren überhaupt entstehen, werden sowohl die Kompetenz des Schiedsgerichts zur Festsetzung und Verteilung der Kosten, sowie die dabei angewandten Grundsätze erörtert.

Das 12. Kapitel des IPRG und der 3. Teil der ZPO unterscheiden sich in dieser Frage. Es ist deshalb teilweise zwischen der internen und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu differenzieren.

1. Kostenarten

Das Kostenregime im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit weicht von demjenigen im Zivilprozess ab.[283] Für Binnenschiedsverfahren sieht die ZPO eigene Kostenbestimmungen vor; die Art. 95 ff. ZPO sind entsprechend nicht direkt anwendbar.[284]

Der (Ober-)Begriff der Prozesskosten[285] findet sich im 3. Teil der ZPO nicht. Art. 378 ZPO und Art. 379 ZPO unterscheiden jedoch in zu Art. 95 ZPO bzw. zu Art. 98 ZPO und Art. 99 ZPO ähnlicher Weise zwischen den «Verfahrenskosten» und der «Parteientschädigung», wobei die in Art. 378 Abs. 1 ZPO und Art. 384

283 Vgl. Art. 95 ZPO; vgl. hierzu auch Teil II.C.1 *supra*.

284 SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 95 N 5; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 95 N 5.

285 Vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO.

Abs. 1 lit. f ZPO geregelten «Verfahrenskosten» das Pendant zu den «Gerichtskosten» gemäss Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO darstellen.[286]

Das 12. Kapitel des IPRG enthält keine Bestimmung zu den im Schiedsverfahren anfallenden Kosten.[287] Grundsätzlich wird jedoch auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zwischen den Verfahrenskosten[288] *(«arbitration costs»)*[289] einerseits und den Parteikosten *(«party costs»)* bzw. der Parteientschädigung andererseits unterschieden.[290]

a) Verfahrenskosten

Die Verfahrenskosten bezeichnen den «Gesamtbetrag der Kosten des Schiedsverfahrens».[291] Dabei liegt es grundsätzlich an den Parteien, entweder festzulegen, welche Kostenpositionen unter die Verfahrenskosten fallen, oder diese Frage mittels Verweis auf eine Schiedsordnung zu regeln.[292] Liegt weder eine Parteivereinbarung noch ein Verweis auf eine Schiedsordnung vor, so liegt dies im Ermessen des Schiedsgerichts.[293]

---

286 Vgl. auch SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 95 N 13.

287 Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG sah folgende Regelung vor: «Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, entscheidet das Schiedsgericht über die Höhe und Verteilung der Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens und über Parteientschädigungen.» Nach Kritik in der Vernehmlassung wurde die Bestimmung jedoch wieder fallengelassen, vgl. Botschaft Revision IPRG, 7184.

288 Zum Teil auch als «Schiedsgerichtskosten» bezeichnet, vgl. BAUMGARTNER, 76.

289 Zum Teil auch als *«procedural costs»* bezeichnet, vgl. BÜHLER, 250.

290 Vgl. BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 62 ff. zu den Verfahrenskosten und N 67 ff. zur Parteientschädigung; BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 33 ff. zu den Verfahrenskosten und N 37 ff. zur Parteientschädigung; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.133 ff. zu den Verfahrenskosten und N 7.142 f. zu den Parteikosten; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 49 zu den Verfahrenskosten und N 45 zu den Parteikosten; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2569 N 5; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1564; WEBSTER/BÜHLER Art. 38 N 3 ff.; SAVOLA, 279.

291 BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 33.

292 Vgl. bspw. Art. 38 Swiss Rules; Art. 38 Abs. 1 ICC Rules, Art. 40 UNCITRAL Rules. Zum Vorrang der Parteiabrede vgl. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.133; BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 33; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2567 N 6.

293 BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 33.

Üblicherweise umfassen die Verfahrenskosten die Kosten des Schiedsgerichts sowie der Schiedsinstitution. Als Kosten des Schiedsgerichts zählen dabei die Honorare,[294] Reise- und andere Spesen (auch im Zusammenhang mit Inspektionen, Zeugenbefragungen oder anderen Beweiserhebungsmassnahmen), Mietaufwand für Verhandlungsräumlichkeiten, Kosten für den Beizug von Übersetzungsdienstleistungen und sog. «Court Reporters», Honorare und Auslagen für vom Schiedsgericht ernannte Experten[295] sowie Kosten für andere im Verlauf des Verfahrens notwendige Unterstützung.[296]

Die Kosten eines juristischen Sekretariats zur Unterstützung des Schiedsgerichts[297] bilden ebenfalls Teil der Verfahrenskosten;[298] diese können entweder Teil des Schiedsrichterhonorars[299] oder aber Teil der Auslagen des Schiedsgerichts sein.[300] Sachgerecht scheint, die Kosten für ein Sekretariat zumindest dann aus dem Honorar zu entrichten, wenn kein Einverständnis der Parteien und keine einschlägige Regelung einer Schiedsordnung vorliegt, und das Schiedsgericht den Nachweis schuldig bleibt, dass der Beizug des Sekretariats aus objektiven Grün-

---

294 Ausführlich zum Honorar des Schiedsgerichts ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 38 SRIA N 6 ff.; SRIA-STACHER Art. 38 N 6 ff.; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2570 N 8 ff.

295 Diese werden z.T. auch als eigene Kostenkategorie dargestellt, vgl. CREMADES/MAZURANIC in Geisinger/Voser, 174; SRIA-STACHER Art. 38 N 2.

296 Zum Ganzen vgl. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.133; CREMADES/MAZURANIC in Geisinger/Voser, 174; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2569 N 5; ZK IPRG-OETIKER Art. 189 N 62; BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 60; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 49; BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 33.

297 Vgl. Art. 365 ZPO. Für Verfahren unter IPRG wird davon ausgegangen, dass dieselben Grundsätze gelten, vgl. GÖKSU, N 883; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1008.

298 Statt vieler BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 60.

299 So vorgesehen in ICC-Schiedsverfahren, ARROYO in Arroyo Art. 38 ICC N 10; REINER/PETKUTEI/KERN in Schütze, *Schiedsgerichtsbarkeit* Art. 38 ICC Rules N 6; vgl. hierzu auch die *Note on the Appointement, Duties and Remuneration of Administrative Services* des ICC Court vom 1. August 2012. Für Verfahren unter den Swiss Rules vgl. Art. 38 lit. a Swiss Rules; SRIA-STACHER Art. 38 N 9; SRIA-JERMINI/GAMBA Art. 15 N 23; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2571 Fn. 33. GRUNDMANN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 365 N 6 geht abweichend davon aus, dass die Kosten des Sekretariats unter Art. 38 lit. c Swiss Rules fallen.

300 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1011; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2571 N 12; GÖKSU, N 884. Ausführlich zu dieser Diskussion BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 365 N 23 ff.

den unerlässlich war.[301] Das Argument der reinen Zeitersparnis bzw. der Entlastung des Schiedsgerichts kann hierfür nicht ausreichen. Steht die Entlastung des Schiedsgerichts im Vordergrund, rechtfertigt sich ohne Einverständnis der Parteien auch die Deckung der Kosten aus dessen Honorar (und damit indirekt eine Reduktion des verbleibenden Honorars). So oder so empfiehlt es sich, den Beizug eines Sekretariats und dessen Aufgaben und Entschädigung, sofern durch die anwendbaren Schiedsregeln nicht hinreichend geregelt, frühzeitig zu klären.

Ebenfalls zu den Verfahrenskosten zählen schliesslich alle Kosten im Zusammenhang mit der Administrierung des Schiedsverfahrens durch eine Schiedsinstitution.[302] Dazu zählen insbesondere Registrierungs- und Verwaltungsgebühren und auch allfällige Gebühren aus einem Dringlichkeitsschiedsverfahren.[303]

b) Parteikosten

Von den Verfahrenskosten zu unterscheiden sind die Parteikosten. Darunter wird der «ersatzfähige Verfahrensaufwand der Parteien»[304] verstanden, welchen das Gesetz – im Gegensatz zu den Bestimmungen zum Zivilprozess[305] – jedoch nicht näher umschreibt.

Unter die Parteikosten fallen typischerweise die Kosten (Honorare und Auslagen) der Parteivertreter, Honorare und Auslagen von parteiernannten Gutachtern, Auslagen von parteiernannten Zeugen, Kosten im Zusammenhang mit der Herausgabe von Dokumenten *(«document production»)* und alle sonstigen für die Vorbereitung und Führung des Verfahrens notwendigen Ausgaben.[306]

---

301 KuKo ZPO-DASSER Art. 365 N 3.

302 Teilweise werden diese auch als eigene Kostenkategorie betrachtet, vgl. ALTENKIRCH, 196 f.

303 KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.133; BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 60; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 49; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2569 N 5; CREMADES/MAZURANIC in Geisinger/Voser, 174 und spezifisch zur Registrierungsgebühr unter den Swiss Rules und den ICC Rules 175 f. Vgl. zu den Kosten aus einem Dringlichkeitsschiedsverfahren auch Art. 38 lit. g Swiss Rules.

304 BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 37.

305 Vgl. Teil II.C.1 *supra.*

306 Zum Ganzen BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 60; BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 37; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.142; CREMADES/MAZURANIC in Geisinger/Voser, 174 f.

Regelmässig nicht zu den Parteikosten gezählt werden die Kosten für die Arbeit der internen Rechts- und Managementabteilungen der Prozessparteien.[307] Während die Kosten bzw. der Zeitaufwand des Managements einer Partei kaum je *(«rarely»)* als Parteikosten betrachtet werden dürften,[308] ist die Rechtsprechung zu den Aufwendungen interner Rechtsabteilungen uneinheitlich.[309] Es ist diesbezüglich zumindest ein Trend hin zu verstärkter Akzeptanz einer Berücksichtigung auszumachen.[310] Ein beachtlicher Teil der Lehre befürwortet zunehmend, dass die Kosten interner Rechtskonsulenten immerhin dann als Parteikosten qualifizieren, wenn sie in direktem Zusammenhang mit dem Verfahren stehen und gleichzeitig die Ausgaben für externe Berater nachweislich reduzieren.[311] Dieser Ansicht ist zu folgen. Das Argument, dass *«in-house»*-Mitarbeiter sowieso und unabhängig des Einzelfalls angestellt seien, verfängt nicht;[312] keine Partei sollte benachteiligt werden, weil sie ein Verfahren (vorwiegend) mit internen Ressourcen bestreitet.[313] Die Erstattungsfähigkeit der Kosten allein darf keinen Einfluss darauf haben, ob ein Schiedsverfahren durch interne Mitarbeiter oder externe Berater durchgeführt wird. Relevant darf einzig sein, ob die entsprechenden Kosten im Kontext des

---

307 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1625; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 48; BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 37; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2590 f. N 77; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 38 SRIA N 24; SRIA-STACHER Art. 38 N 23 m.w.H.

308 BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2590 f. N 77; vgl. auch BÜHLER, 274. Letzterer mit dem Hinweis, dass solche Kosten als Schadenersatz geltend gemacht werden könnten; dieser Frage wird an dieser Stelle nicht nachgegangen.

309 CREMADES/MAZURANIC in Geisinger/Voser, 190 f. sowohl mit Hinweisen zu ICC-Schiedssprüchen, in denen das Schiedsgericht solche Kosten zu den Parteikosten gezählt hat als auch zu ICC-Schiedssprüchen, in denen das Schiedsgericht dies abgelehnt hat. Vgl. auch ICC COMMISSION, 27.

310 KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.142; HANOTIAU, 216.

311 Ausführlich zu dieser Frage RISSE/ALTENKIRCH, 12 f.; vgl. auch BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 71; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2590 f. N 77; CREMADES/MAZURANIC in Geisinger/Voser, 175, 190 f.; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 38 SRIA N 24; SRIA-STACHER Art. 38 N 23. In dieser Frage zurückhaltender BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1625, welche eine Erstattungsfähigkeit bei mangelnder (impliziter) Parteivereinbarung ablehnen.

312 RISSE/ALTENKIRCH, 12.

313 Vgl. BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 71; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 38 SRIA N 25; SRIA-STACHER Art. 38 N 23; BÜHLER, 275; RISSE/ALTENKIRCH, 12 f.

Schiedsverfahrens sowohl notwendig als auch angemessen und schliesslich mit Blick auf die Geltendmachung hinreichend substantiiert worden sind.[314]

Nur in Ausnahmefällen[315] Gegenstand der Parteikosten bilden die in einem vorgängigen oder parallelen staatlichen Gerichtsverfahren anfallenden Kosten, und dies nur insoweit, als sie nicht bereits vom staatlichen Gericht verlegt wurden.[316] Vorprozessuale Kosten qualifizieren insoweit als Parteikosten, als sie in direktem Zusammenhang mit der Einleitung des Verfahrens stehen.[317]

2. Kompetenz des Schiedsgerichts

Zunächst ist zu prüfen, ob das Schiedsgericht überhaupt einen Entscheid hinsichtlich Festsetzung und Verteilung von Verfahrens- und Parteikosten zu treffen hat. Vorweg lässt sich festhalten, dass die Frage der Verteilung grundsätzlich der Parteiautonomie unterliegt; sie kann jederzeit mittels Vereinbarung – formfrei und bis zur Eröffnung des Entscheids[318] – unter den Parteien geregelt werden. Damit wird das Schiedsgericht davon entbunden, über die Verteilung zu entscheiden. Möglich

---

314 Da im Unternehmen tätige Juristen im Gegensatz zum externen Berater keine Honorarrechnungen stellen, dürfte in vielen Fällen ein detaillierter Stundennachweis notwendig sein, vgl. CREMADES/MAZURANIC in Geisinger/Voser, 190; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 38 SRIA N 26; WEBSTER/BÜHLER Art. 38 N 52. Vgl. zum Nachweis des Stundenaufwands von Unternehmensjuristen auch RISSE/ALTENKIRCH, 13; BÜHLER, 275 f.

315 Vgl. zu Ausnahmen dieses Grundsatzes SRIA-STACHER Art. 38 N 13.

316 BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 56; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 38 SRIA N 30; im Ergebnis auch SAVOLA, 282. Möglich ist, die Kosten eines staatlichen Gerichtsverfahrens (bspw. infolge Verletzung der Schiedsvereinbarung) als Schadenersatz vor dem Schiedsgericht geltend zu machen, vgl. BSK IPRG-GRÄNICHER Art. 178 N 79; VON SEGESSER/MENZ in Schütze, *Schiedsgerichtsbarkeit* Art. 38 SRIA N 8; SRIA-STACHER Art. 38 N 14 m.w.H. A.M. THIEL/PÖRNBACHER, 296 ff. für Situationen unter § 1057 D-ZPO.

317 BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 57; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 38 N 29; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2588 f. N 73; SRIA-STACHER Art. 38 N 12. Hinsichtlich der Kosten aus vorgängigen (gescheiterten) Vergleichsverhandlungen scheint sich die Lehre uneinig; während ZUBERBÜHLER diese Kosten zu den erstattungsfähigen vorprozessualen Parteikosten zählt, verneinen BÜHLER/STACHER dies. Vgl. zu Kosten aus erfolglosen Vergleichsverhandlungen in ICC-Schiedsverfahren auch SAVOLA, 281.

318 BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 35.

(und üblich) ist auch der Beizug einer institutionellen Schiedsordnung,[319] welche die Kompetenz des Schiedsgerichts regelt oder diese u.U. einer anderen Instanz als dem Schiedsgericht (bspw. der Schiedsinstitution) zuweist.[320]

Während für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit in Art. 384 Abs. 1 lit. f ZPO grundsätzlich vorgegeben ist, dass der Schiedsspruch «die Höhe und die Verteilung der Verfahrenskosten und der Parteientschädigung» zu enthalten hat,[321] macht das IPRG diesbezüglich keine Vorgaben.[322] Es ist jedoch unbestritten, dass ein Schiedsgericht auch in Verfahren nach den Regeln des IPRG und ohne anwendbare Schiedsordnung grundsätzlich kompetent ist, einen Kostenentscheid zu fällen.[323]

Für die Verfahrenskosten gilt dabei nicht notwendigerweise dasselbe wie für die Parteikosten, weshalb die zwei Kostenarten an dieser Stelle getrennt behandelt werden.

a) Festsetzung und Verteilung der Verfahrenskosten

Haben die Parteien keine – explizite oder implizite – Vereinbarung betreffend Verteilung der Verfahrenskosten getroffen, so liegt die Kompetenz zur Festsetzung der Höhe sowie zur Verteilung beim Schiedsgericht. Für Binnenschiedsverfahren ist dies in Art. 384 Abs. 1 lit. f ZPO geregelt, für Verfahren nach IPRG gilt dasselbe auch ohne explizite Kompetenzgrundlage.[324] Zu erwähnen ist, dass dem Schiedsgericht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in Verfahren unter IPRG nur die Kompetenz zukommt, verbindlich über die Kostentragungspflichten

---

319 Vgl. Art. 373 Abs. 1 lit. b ZPO.

320 BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 34. So bspw. Art. 38 Abs. 1 ICC Rules. Vgl. zum Ganzen auch ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 384 N 18; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 43; OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT Art. 384 N 4; GÖKSU, N 1684.

321 Wobei diese Bestimmung durch Parteiabrede wegbedungen werden kann, AMBAUEN, N 337.

322 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1611; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2569 N 7.

323 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1611; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.129; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2567 N 7. Gemäss BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 62 auch aufgrund von Art. 182 Abs. 2 IPRG.

324 Statt vieler KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.129; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2569 N 7; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1611.

zwischen den Parteien zu entscheiden, nicht jedoch über den ihm zustehenden Entschädigungsanspruch.[325]

In nach den Swiss Rules geführten Schiedsverfahren kommt dem Schiedsgericht gemäss Art. 38 Swiss Rules die Aufgabe zu, die Verfahrenskosten – inkl. des eigenen Schiedsrichterhonorars[326] – festzulegen und zu verteilen.[327] Vor Erlass des Schiedsspruchs ist der Kostenentscheid allerdings durch das Sekretariat des Gerichtshofs zu genehmigen.[328] In ICC-Schiedsverfahren obliegt die Kompetenz zur Festsetzung der Höhe der Verfahrenskosten dem Gerichtshof der ICC.[329] Die Verteilung zwischen den Parteien wird hingegen vom Schiedsgericht bestimmt.[330] Ähnliches gilt für LCIA-Verfahren, in denen ebenfalls der Gerichtshof die Verfahrenskosten festlegt[331] und das Schiedsgericht die Verteilung vornimmt.[332]

In Adhoc-Schiedsverfahren gibt es naturgemäss kein institutionelles Gremium, welches eine Kontrollfunktion ausübt, und welchem hinsichtlich der Höhe und Verteilung der Verfahrenskosten entsprechende Kompetenzen übertragen werden könnten. Die Kompetenz, die Verfahrenskosten festzusetzen und zu verteilen, liegt in diesen Verfahren deshalb allein beim Schiedsgericht.[333]

Einen Entscheid über die Verfahrenskosten muss das Schiedsgericht, sofern keine einschlägige Parteivereinbarung vorliegt, in jedem Fall *ex officio* und auch ohne

---

325 Vgl. der viel diskutierte BGE 136 III 597 E. 5.2.1 f., wonach der Festsetzung des Schiedsrichterhonorars blosser Rechnungscharakter zukommt; vgl. zu dieser Frage auch BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1614; SRIA-STACHER Art. 38 N 6; CREMADES/MAZURANIC in Geisinger/Voser, 189; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2587 N 66; ZK IPRG-OETIKER Art. 189 N 64; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 53 m.w.H. Art. 189 Abs. 3 VE-IPRG hatte sich dieser Thematik angenommen, vgl. hierzu Fn. 287 *supra*.

326 Vgl. auch SRIA-STACHER Art. 38 N 6; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 38 SRIA N 6.

327 Vgl. auch SRIA-STACHER Art. 38 N 3; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 38 SRIA N 3.

328 Art. 40 Abs. 4 Swiss Rules.

329 Art. 38 ICC Rules; vgl. auch ARROYO in Arroyo Art. 38 ICC N 1 ff.; WEBSTER/BÜHLER Art. 38 N 3.

330 Art. 38 Abs. 4 ICC Rules; WEBSTER/BÜHLER Art. 38 N 76.

331 Art. 28.1 LCIA Rules.

332 Art. 28.2 LCIA Rules. Denselben Mechanismus wie die ICC- und die LCIA Rules sehen ferner u.a. Art. 49 Abs. 2 SCC Rules, Art. 38 Vienna Rules und Art. 33.1 DIS Rules vor.

333 Vgl. Art. 40 Abs. 1 UNCITRAL Rules. Vgl. auch KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.132; PAULSSON/PETROCHILOS Art. 40 N 3 f.

Vorliegen eines Parteiantrags fällen.[334] Ferner dürfen und müssen die Verfahrenskosten auch dann vom Schiedsgericht festgesetzt und verteilt werden, wenn kein materieller Entscheid – bspw. wegen Unzuständigkeitserklärung, Vergleich oder Nichtleistung von Vorschüssen oder Sicherheiten – getroffen wird.[335]

b) Festsetzung und Verteilung der Parteikosten

Hinsichtlich der Kompetenz zur Festlegung und Verteilung der Parteikosten kann grösstenteils auf das soeben Ausgeführte verwiesen werden. Grundsätzlich ist auch eine allfällige Parteientschädigung Gegenstand der Parteiautonomie und hängt von der – direkten oder indirekten – Parteivereinbarung ab.[336] Bei fehlender Parteiabrede ergibt sich die Kompetenz zur Verteilung der Parteikosten in Binnenschiedsverfahren aus Art. 384 Abs. 1 lit. f ZPO. In Verfahren nach IPRG besitzt das Schiedsgericht die Kompetenz zur Verteilung der Parteikosten nach Ansicht der h.L. ebenfalls.[337] Finden institutionelle Schiedsregeln Anwendung, dann ergibt sich die Kompetenz des Schiedsgerichts üblicherweise direkt daraus.[338]

Umstritten ist, ob es eines spezifischen Rechtsbegehrens bedarf, damit das Schiedsgericht eine Parteientschädigung zusprechen darf. Für Binnenschiedsverfahren ist die h.L. der Auffassung, dass eine Parteientschädigung aufgrund der sich direkt aus Art. 384 Abs. 1 lit. f ZPO abgeleiteten Kompetenz von Amtes wegen

---

334 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1611; GÖKSU, N 1682; ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15c; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 384 N 18; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 54; BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 36; ZK IPRG-OETIKER Art. 189 N 63 geht hingegen davon aus, dass das Schiedsgericht darüber entscheiden «kann».

335 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1612; GÖKSU, N 1682; ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15b; BÜHLER, 258 f.; zur «Prozesskompetenz des unzuständigen Schiedsrichters», welche einen entsprechenden Kostenentscheid erlaubt vgl. STACHER, *Schiedsrichter,* 37 f.

336 Vgl. Art. 373 Abs. 1 ZPO; GÖKSU, N 1684; ZK IPRG-OETIKER Art. 189 N 66; ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 384 N 19; KuKo ZPO-DASSER Art. 384 N 9; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 43; BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 67; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1622; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.142.

337 Statt vieler BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 68; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1611; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.129.

338 Vgl. Art. 38 lit. e Swiss Rules; Art. 38 Abs. 1 und Abs. 4 ICC Rules; Art. 40 Abs. 2 lit. e UNCITRAL Rules.

zugesprochen werden könne.[339] GÖKSU geht hingegen davon aus, dass eine Parteientschädigung ohne Parteiantrag in Schiedsverfahren nach ZPO einen Entscheid *extra petita* und somit einen Beschwerdegrund nach Art. 393 lit. c ZPO darstelle.[340] In Verfahren nach IPRG verstösst die Zusprechung einer Parteientschädigung ohne entsprechendes Rechtsbegehren hingegen auch nach der h.L. gegen das *extra petita*-Verbot.[341] Ein Parteiantrag ist nur dann nicht notwendig, wenn die Parteivereinbarung oder die anwendbare Schiedsordnung das Schiedsgericht zur Kostenverteilung verpflichtet oder «ausdrücklich […] von Amtes wegen ermächtigt.»[342] Die Swiss Rules sehen die Notwendigkeit eines entsprechenden Parteiantrags explizit vor.[343]

Für Schiedsverfahren nach IPRG ist unbestritten, dass ein Rechtsbegehren auf Zusprechung einer Parteientschädigung notwendig ist. Für Schiedsverfahren nach ZPO ist m.E. GÖKSUS Ansicht zu folgen, wonach eine Parteientschädigung ebenfalls nur auf Antrag hin zugesprochen werden darf. Das Resultat dieses Ansatzes ist eine Regelung, wie sie auch im staatlichen Zivilprozess gilt, nämlich dass die Verfahrenskosten (bzw. Gerichtskosten) von Amtes wegen verlegt und die Parteientschädigung auf Antrag zugesprochen wird.[344] Die Unterscheidung in Art. 105 ZPO entspringt explizit der gesetzgeberischen Berücksichtigung der Dispositions-

---

339 Vgl. ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15c; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 384 N 22; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 54; BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 29; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1620; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.129.

340 GÖKSU, N 1683. Unbestritten ist die Rechtslage in Deutschland, wo § 1057 D-ZPO festhält, dass ein Schiedsgericht einen Kostenentscheid inkl. Verteilung der Parteikosten von Amtes wegen zu fällen hat.

341 Vgl. BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 68; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 54; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 384 N 22; ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15c; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1620; STACHER, *Einführung,* N 402; ohne sich festzulegen aber auf die Möglichkeit eines Verstosses gegen das *extra petita*-Verbot hinweisend KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.149.

342 BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 68.

343 Vgl. Art. 38 lit. e Swiss Rules («wenn die Erstattung dieser Kosten während des Schiedsverfahrens beantragt wurde»).

344 Vgl. den Wortlaut von Art. 105 Abs. 1 ZPO, welcher nur die Gerichtskosten und gerade nicht die Parteientschädigung erwähnt, obwohl gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO sowohl Gerichtskosten als auch Parteientschädigung der unterliegenden Partei aufzuerlegen sind. Vgl. zu dieser Unterscheidung in Art. 105 ZPO auch BGE 139 III 334 E. 4.3.

maxime,[345] welche grundsätzlich auch in der Schiedsgerichtsbarkeit Anwendung findet.[346] Die Parteientschädigung liegt zudem – anders als die Verfahrenskosten – allein im Interesse der antragstellenden Partei. In Anbetracht dessen, dass es sich bei Art. 384 Abs. 1 lit. f ZPO um keine zwingende Bestimmung handelt,[347] ist nach hier vertretener Auffassung nicht ersichtlich, weshalb diesbezüglich die Dispositionsmaxime durchbrochen werden soll. Es gibt keinen Grund, die obsiegende Partei im Schiedsverfahren in dieser Frage besser zu stellen. Das Gegenteil ist eher der Fall; die Dispositionsmaxime ist in der stärker spezialisierten und professionalisierten (und v.a. freiwilligen) Schiedsgerichtsbarkeit im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit im Zweifel eher zu stärken als einzugrenzen.

3. Kostenverteilungsgrundsatz

Bestimmungen, welche analog Art. 106 ZPO die Verteilung der Verfahrenskosten und der Parteientschädigung regeln, finden sich weder im 12. Kapitel des IPRG noch im 3. Teil der ZPO. Entsprechend stellt sich die Frage, nach welchen Grundsätzen diese Kosten auf die Prozessparteien zu verlegen sind.

Die Verteilung der Verfahrens- sowie der Parteikosten erfolgt grundsätzlich gemäss Vereinbarung der Parteien; Parteiabreden gehen in jedem Fall vor.[348] So können die Parteien bspw. vereinbaren, dass jede Partei ihre eigenen Auslagen sowie die Hälfte der Verfahrenskosten trägt,[349] sie können sich explizit auf das Unterliegensprinzip oder eine Abwandlung davon einigen, oder aber dem Schiedsgericht komplettes Ermessen zugestehen.[350] Einer Parteivereinbarung gleich kommt die

---

345 Vgl. Botschaft ZPO, 7296.

346 STACHER, *Einführung,* N 275 ff.

347 AMBAUEN, N 337.

348 Vgl. Art. 373 Abs. 1 ZPO; GÖKSU, N 1684; ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 384 N 18; KuKo ZPO-DASSER Art. 384 N 9; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 43; BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 67; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1622; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.144.

349 ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 384 N 23; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1622.

350 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1622; vgl. auch BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 43.

Wahl einer bestimmten Schiedsordnung mit einschlägigen Bestimmungen;[351] alle gebräuchlichen Schiedsordnungen sehen entsprechende Regelungen vor.[352]

Nach den Swiss Rules sind die Verfahrenskosten grundsätzlich von der unterliegenden Partei zu tragen,[353] wobei nur teilweises Unterliegen (keine Anwendung des *«loser pays all»*-Prinzips und stattdessen des *«pro rata»*-Prinzips)[354] sowie weitere Umstände des Falls – wie bspw. obstruktives Verhalten, bösgläubig erhobene Begehren, unnötige Kostenverursachung etc. – zu berücksichtigen sind.[355] Bei der Verteilung der Parteikosten hat das Schiedsgericht gemäss Art. 40 Abs. 2 Swiss Rules einen grösseren Ermessensspielraum und kann die Kosten grundsätzlich so verteilen, wie es dies für angemessen hält.[356] Beantragen beide Parteien eine Parteientschädigung, so ist von einer impliziten Vereinbarung auszugehen, wonach die unterliegende Partei zumindest einen Teil der Parteikosten der Gegenpartei zu tragen hat.[357]

Die ICC Rules gestehen dem Schiedsgericht einen grösseren Ermessensspielraum zu und machen keine Vorgaben zur Verteilung, weder hinsichtlich der Verfahrens- noch der Parteikosten.[358] Sie sehen lediglich vor, dass das Schiedsgericht «alle ihm relevant erscheinenden Umstände berücksichtigen [kann], einschliesslich des Ausmasses, in dem jede der Parteien das Verfahren in einer zügigen und kosten-

---

351 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1623; BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 36; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 44; ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 384 N 18.

352 BORN, *Law and Practice,* 183. So bspw. Art. 40 Abs. 1 und Abs. 2 Swiss Rules; Art. 33.3 DIS Rules; Art. 28.4 LCIA Rules; Art. 38 Abs. 5 ICC Rules; Art. 42 UNCITRAL Rules.

353 Art. 40 Abs. 1 Swiss Rules.

354 SRIA-STACHER Art. 40 N 3; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 40 SRIA N 7; BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 65; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2587 f. N 70 f.; BÜHLER, 269. Ausführlich zur Berechnung von teilweisem Obsiegen bzw. Unterliegen JÄGER M., 82 f.

355 BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 65; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 40 SRIA N 9 ff.; SRIA-STACHER Art. 40 N 6; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2588 N 72.

356 KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.146; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 40 SRIA N 10; SRIA-STACHER Art. 40 N 9; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1623; dies etwas relativierend BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2591 N 81.

357 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1624.

358 Statt vieler BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2587 N 69.

effizienten Weise betrieben hat.»[359] Die ICC Rules stellen damit das Verhalten der Parteien explizit mit in den Vordergrund *(«costs follow conduct approach»)*.[360] Es gilt zudem dasselbe wie unter den Swiss Rules: Beantragen beide Parteien die Erstattung ihrer Kosten, so ist von einer impliziten Vereinbarung auszugehen, wonach die Kosten von der unterlegenen Partei zu tragen sind.[361] Der relative Verfahrensausgang stellt auch in ICC-Schiedsverfahren den wichtigsten Anhaltspunkt für die Kostenverteilung dar.[362]

Die auf Adhoc-Schiedsverfahren zugeschnittenen UNCITRAL Rules sehen schliesslich vor, dass grundsätzlich die unterlegene Partei die Kosten des Verfahrens trägt, wobei das Schiedsgericht auch hier die Umstände des Einzelfalls berücksichtigen darf.[363]

Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass der Ausgang des Verfahrens den wichtigsten Anhaltspunkt für die Verteilung der Kosten darstellt.[364] Das gilt unabhängig davon, ob die anwendbaren Schiedsregeln dies explizit vorsehen, oder ob dem Schiedsgericht in dieser Frage weites Ermessen eingeräumt wird.[365]

Liegt keine Parteivereinbarung und keine anwendbare institutionelle Schiedsordnung vor, so bestimmt das Schiedsgericht, nach welchen Kriterien es die Kostenverteilung vornimmt.[366] Mangels einschlägiger Bestimmung im IPRG und in der ZPO geniesst es dabei weites Ermessen;[367] im hiesigen Rechtsraum hat sich das

---

359 Art. 38 Abs. 5 ICC Rules. Eine ähnliche Formulierung findet sich in Art. 49 Abs. 6 und Art. 50 SCC Rules.

360 Ebenfalls ein *costs follow conduct approach* findet sich in R-23(d) AAA Rules.

361 BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2587 N 69.

362 WEBSTER/BÜHLER Art. 38 N 106 ff. mit Hinweisen zu ICC-Schiedssprüchen. Zu ICC-Verfahren in den USA, welche grundsätzlich einem anderen Kostenverteilungsansatz folgen vgl. WEBSTER/BÜHLER Art. 38 N 87 ff.

363 Vgl. Art. 42 Abs. 1 UNCITRAL Rules. Dies beinhaltet die Verfahrens- und die Parteikosten, vgl. Art. 40 Abs. 2 UNCITRAL Rules.

364 JÄGER M., 80 f.

365 Vgl. ICC COMMISSION, 30 mit einer Statistik zu Verfahren nach ICDR Rules.

366 GÖKSU, N 1881; BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 68; vgl. zur entsprechenden Kompetenz des Schiedsgerichts auch Teil III.A.2 *supra*.

367 ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15a; BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 36; KuKo ZPO-DASSER Art. 384 N 9; GÖKSU, N 1685.

Unterliegensprinzip[368] auch in der Schiedsgerichtsbarkeit durchgesetzt: «Die Kostenverteilung erfolgt, soweit nichts anderes vereinbart ist, nach Ermessen des Schiedsgerichts, wobei sich die Regel *‹costs follow event›* eingebürgert hat».[369] Das Unterliegensprinzip «entspricht der allgemeinen Usanz in der Schiedsgerichtsbarkeit».[370] Das Bundesgericht stützt diese Auffassung.[371] In der Anwendung des Unterliegensprinzips hat das Schiedsgericht jedoch einen Ermessensspielraum, welcher ihm erlaubt, davon abzuweichen. Dies etwa, wenn eine Partei unnötige Kosten verursacht oder einen unverhältnismässig hohen Aufwand betrieben hat, oder wenn unterschiedliche Rechtsbegehren zu substanziell unterschiedlich hohem Aufwand führten.[372] Eine Minderheit ist entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Ansicht, dass das Unterliegensprinzip in einem Schiedsverfahren nach IPRG nicht *ex officio* angewandt werden dürfe, falls nicht beide Parteien die Erstattung der Kosten beantragt haben.[373] Verteilt werden müssen auf jeden Fall die Verfahrenskosten und – je nach Lehrmeinung auf Antrag oder von Amtes wegen[374] – die Parteientschädigung.

Schliesslich ist festzuhalten, dass vom Schiedsgericht nicht nur mit Blick auf das materielle Urteil, sondern auch mit Blick auf den Kostenentscheid eine ausreichende Auseinandersetzung mit dem anwendbaren Recht erwartet wird. In der

---

368 Vgl. zum Unterliegensprinzip auch Teil II.C.1 *supra.*

369 KuKo ZPO-DASSER Art. 384 N 9; vgl. auch ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15a; BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 40; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 51; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 384 N 20; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2589 N 74; PATOCCHI, 68.

370 BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 40. Dies gilt für die Mehrheit der Jurisdiktionen, GOTANDA, 542 ff.

371 Vgl. BGE 116 II 373 E. 7c: «Dass die Verfahrenskosten nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verteilt worden sind, versteht sich von selbst». Vgl. auch BGer 4A_288/2008 vom 4. September 2008, worin die krasse Missachtung des «anerkannten Rechtsgrundsatzes» über die Kostenverteilung nach Obsiegen und Unterliegen als willkürlich eingestuft wurde (bestätigt in BGer 4A_424/2011 vom 2. November 2011).

372 BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 52; ARROYO in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 384 N 15a; BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 40; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 384 N 20; BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 65, 67; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2588 N 72. Vgl. zur Sanktionierung mittels Kostenfolgen auch KREINDLER/DIMSEY, *passim.*

373 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1620 für die Verfahrens- und N 1624 für die Parteikosten; im Ergebnis auch BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 64.

374 Vgl. zu diesem Lehrstreit Teil III.A.2.b) *supra.*

Praxis wird der angewandte Kostenverteilungsgrundsatz jedoch oft nur unzureichend begründet.[375]

4. Alternativer Kostenverteilungsgrundsatz und Vergleich

Kostenverteilungsregeln sind stark von der jeweiligen Rechtstradition abhängig. In der Schweiz kommt – wie bereits beschrieben – sowohl im Zivilprozess[376] als auch überwiegend in Schiedsverfahren[377] eine abgeschwächte Form des Unterliegensprinzips zur Anwendung, welches den relativen Ausgang eines Verfahrens berücksichtigt. Diese Art der Kostenverlegung darf für sich in Anspruch nehmen, die am stärksten verbreitete Variante zu sein, und zwar sowohl in Civil Law- als auch in Common Law-Jurisdiktionen.[378]

Diesem Konzept steht insbesondere die sogenannte *American Rule*[379] entgegen, welche in den Vereinigten Staaten,[380] in Japan, China, Indonesien und den Philippinen zur Anwendung kommt.[381] Nach dieser Regelung trägt jede Partei ihre eige-

---

375 So BORN, *Commercial,* 3095: *«As a practical matter, arbitrators in international cases routinely award the costs of legal representation, usually without discussing questions of applicable law or detailed substantive analysis. Most arbitral awards either rely exclusively on grants of discretion (or other standards) pursuant to the applicable institutional rules, or simply award a ‹reasonable› or ‹appropriate› amount.»* Vgl. auch GOTANDA, 539: *«The awarding of arbitration costs and attorneys' fees in international arbitrations is often arbitrary and unpredictable.»* Vgl. ferner HANOTIAU, 220.

376 Vgl. Teil II.C.1 *supra.*

377 Vgl. Teil III.A.3 *supra.*

378 BÜHLER, 250; SAVOLA, 292; GOTANDA, 542; EISENBERG/MILLER, 327; eine Studie der ICC Task Force on Decisions as to Costs kommt zu folgendem Schluss: *«Despite the fact that the ICC and at least half of the other major institutional rules contain no presumption in favour of the recovery of costs by the successful party, it appears that the majority of arbitral tribunals broadly adopt that approach as a starting point.»*

379 Auch *«pay your own way approach»,* FLECKE-GIAMMARCO in Huerta-Goldman/Romanetti/Stirnimann, 413.

380 Eine Ausnahme bildet der Bundesstaat Alaska, vgl. EISENBERG/MILLER, 329.

381 BÜHLER, 250; vgl. auch SHAVELL, 55 ff. für weitere Möglichkeiten der Kostenverteilung.

nen Kosten, unabhängig davon, wer am Ende des Verfahrens obsiegt.[382] Sie gilt in den USA auch in der Schiedsgerichtsbarkeit; ein Schiedsgericht darf grundsätzlich nur dann eine Parteientschädigung zusprechen, wenn die Parteivereinbarung oder die anwendbare Schiedsordnung dies vorsehen.[383] Der Regelung liegt die Ratio zugrunde, dass der Zugang zur Gerichtsbarkeit nicht mit einem (Gegenpartei-) Kostenrisiko verbunden sein soll.[384] Da vor Einleitung eines Verfahrens dessen Ausgang nicht vorauszusehen ist, sei es ungerecht, wenn die verlierende Partei am Ende alle Kosten zu tragen habe;[385] Prozesskosten gehörten zum allgemeinen Lebensrisiko.[386] Auch führe eine nachträgliche Verteilung der Prozesskosten dazu, dass Parteien Kosten unnötig in die Höhe trieben, denn «wer darauf vertraut, das Verfahren zu gewinnen […], hat keinen Anreiz, kosteneffizient zu prozessieren.»[387]

Beide Ansätze, die American Rule und das Unterliegensprinzip, nehmen für sich in Anspruch, die «gerechte» Lösung darzustellen. Das bei uns dominierende Unterliegensprinzip deshalb, weil eine vor Gericht obsiegende Partei – welche mutmasslich von Anfang im Recht war – nicht auf ihren Kosten sitzenbleiben soll. Schliesslich entstehen ihr, so das Argument, die Kosten nur deshalb, weil sie entweder einen rechtmässigen Anspruch gerichtlich durchsetzen oder aber einen ungerechtfertigt erhobenen Anspruch abwehren muss. Umgekehrt soll diejenige Par-

---

382 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1622; ALTENKIRCH, 2. Dies betrifft insbesondere die Parteikosten; die Verfahrenskosten werden regelmässig der unterliegenden Partei auferlegt, JÄGER M., 38 f.

383 BÜHLER, 257; vgl. auch R-47(d)(ii) AAA Rules, wonach das Schiedsgericht eine Parteientschädigung (nur) dann zusprechen darf, wenn alle Parteien eine solche beantragt haben (implizite Parteivereinbarung) oder das anwendbare Recht oder die Schiedsvereinbarung dies vorsehen. Ausnahmen bilden Schadenersatzansprüche wegen *wrongful civil proceedings* und vom Gericht auferlegte Kostenerstattungspflichten als Sanktionierung von treuwidrigem Verhalten, ALTENKIRCH 2 f.; vgl. zu Ausnahmen von der American Rule auch JÄGER M., 40 ff. Zur Sanktionierung von *bad faith behaviour* vgl. auch *ReliaStar Life Insurance Co. of N.Y. v. EMC National Life Insurance Co. (CoA 2nd Cir. 9. April 2009).*

384 In Kombination mit der in den USA nicht ungewöhnlichen *contingency fee* trägt die klagende Partei so ausser dem notwendigen Zeitaufwand kein oder fast kein Kostenrisiko.

385 ALTENKIRCH, 3; FLECKE-GIAMMARCO in Huerta/Romanetti/Stirnimann, 413; SAVOLA, 292.

386 RISSE/ALTENKIRCH, 14.

387 ALTENKIRCH, 3.

tei für die Kosten der Gegenpartei aufkommen, welche mutmasslich «zu Unrecht» entweder ein Verfahren eingeleitet oder sich nicht an die vertraglichen Verpflichtungen gehalten hat.[388] Die American Rule im Gegensatz dazu deshalb, weil so «jeder unter zumutbaren finanziellen Voraussetzungen seine Rechtsauffassung vorbringen [kann].»[389]

Die ökonomischen Auswirkungen der beiden gegensätzlichen Kostenverteilungsansätze scheinen in der Literatur nicht abschliessend geklärt und werden seit langem kontrovers diskutiert. Insbesondere die Frage, welche Variante zu einer höheren Rate an Vergleichsabschlüssen führt, ist umstritten; eine mathematisch-wirtschaftswissenschaftliche Aufarbeitung dieser Thematik würde den Rahmen an dieser Stelle jedoch sprengen.[390] Für die Anwendung der American Rule spricht insbesondere, dass der Anreiz, die Kosten tief zu halten, grösser ist. Wer zuversichtlich ist, das Verfahren zu gewinnen, und gleichzeitig die Erstattung der eigenen Kosten in Aussicht hat, hat keinen besonderen Anreiz, sparsam zu prozessieren.[391] Wer in dieser Konstellation der Gegenpartei zusätzlich schaden möchte, kann die eigenen Kosten bis zu einem bestimmten Grad auch in die Höhe treiben.[392] Im Kontext von Schiedsverfahren wird schliesslich auch vertreten, dass es im Rahmen eines vertraglich vereinbarten und privat finanzierten Streitbeilegungsprozesses nur fair sei, sich dessen Kosten zu teilen.[393]

---

388 SAVOLA spricht deshalb auch von einer ursprünglich bestrafenden Funktion des Unterliegensprinzips, 292.

389 ALTENKIRCH, 3.

390 Vgl. hierzu insbesondere POSNER, 428 und SHAVELL, 65, die davon ausgehen, dass das Unterliegensprinzip zu einer höheren Wahrscheinlichkeit erfolgreicher Vergleichsverhandlungen führt, und die «Replik» hierzu von DONOHUE mit dem provokanten Titel *«Opting for the British Rule, or, if Posner and Shavell Can't Remember the Coase Theorem, Who Will?»*, welcher deren These unter Berücksichtigung des Coase-Theorems widerlegt, 1119. Vgl. auch COURSEY/STANLEY, 170, gemäss deren Experiment Parteien unter der British Rule öfter verglichen haben als unter der American Rule. Vgl. für eine qualitative Abwägung der verschiedenen Argumente schliesslich EISENBERG/MILLER, 336 ff.

391 BÜHLER, 269 mit Empfehlungen zur Vermeidung dieses Effekts; HUGHES/SNYDER, 227 mit Hinweisen auf theoretische und empirische Forschung.

392 BÜHLER, 269, wobei (Schieds-)Gerichte nur angemessene Kosten zusprechen, vgl. statt vieler KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 7.143.

393 Vgl. WETTER/PRIEM, 331: *«Both parties have agreed by contract to create a special forum which is privately financed and [...] they should in fairness pay in equal measure the costs of setting in motion and operating such a consensual regime.»*

Für die Anwendung des Unterliegensprinzips spricht hingegen, dass das höhere Kostenrisiko Parteien davon abhalten kann, unnötige bzw. wenig aussichtsreiche Klagen überhaupt anzuheben.[394] In der Konsequenz führt dies zu einer höheren durchschnittlichen Qualität der eingeleiteten Klagen. Ebenfalls für das Unterliegensprinzip spricht, dass die beklagte Partei nicht frei entscheiden kann, ob sie in einen Prozess involviert werden möchte. Falls sie dann, wie unter der American Rule, in jedem Fall für ihre eigenen (Verteidigungs-)Kosten aufkommen muss, führt dies zu einer gewissen Erpressbarkeit. Immer dann, wenn die erwarteten und nicht erstattungsfähigen Verteidigungskosten über den Kosten eines Vergleichsangebots liegen, ist die Annahme des Vergleichs im Ergebnis günstiger.[395]

Eine abschliessende Abwägung zwischen den zwei jeweils stark in ihren Rechtstraditionen verwurzelten Kostenverteilungsgrundsätzen ist schwierig. Empirische Daten zeigen immerhin, dass ein beachtlicher Anteil *(«a remarkable degree»)* der 2013 in einer Studie untersuchten und in den USA kotierten Unternehmen in ihren Verträgen von der American Rule abweichen.[396] Die Autoren der Studie schliessen daraus, dass die American Rule in vielen Fällen nicht dem optimalen Kostentragungsansatz entspricht: *«We infer from the data that the American rule on attorney fees is often not an optimal regime for compensating attorneys in disputes over important contracts among sophisticated parties.»*[397] Wenn selbst in den USA professionelle Parteien in vielen Fällen von der American Rule abweichen, lässt sich daraus womöglich schliessen, dass der europäische Ansatz eher überzeugt.

Unabhängig vom Beschriebenen ist insbesondere in Schiedsverfahren zwischen Parteien mit unterschiedlichem Hintergrund wichtig, dass die Frage der Kostenverteilung, sofern sie von der anwendbaren Schiedsordnung nicht hinreichend vorgegeben wird, frühzeitig zur Sprache kommt.[398]

---

394 BÜHLER, 268; HUGHES/SNYDER, 229; vgl. zu einer empirischen Studie im Bundesstaat Florida, in welchem während fünf Jahren für Klagen aus *medical malpractice claims* das Unterliegensprinzip eingeführt wurde HUGHES/SNYDER, 234 ff. und 248 für deren Ergebnis.

395 ALTENKIRCH, 4 m.w.H.

396 EISENBERG/MILLER, 377.

397 EISENBERG/MILLER, 377.

398 JÄGER M., 116.

B. Rechtliche Grundlagen

Eine der Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren besteht darin, dass in den meisten Fällen nicht auf explizite, die Prozesskaution regelnde gesetzliche (oder institutionelle) Grundlagen zurückgegriffen werden kann.[399] Hiervon gibt es jedoch Ausnahmen. An dieser Stelle wird kurz aufgezeigt, wie die Prozesskostensicherheit in verschiedenen Schiedsgesetzen und Schiedsordnungen geregelt ist.

1. Schiedsrecht der Schweiz

Das 12. Kapitel des IPRG kennt keine explizite Bestimmung, welche die Prozesskostensicherheit regelt. Es wurde in der Vergangenheit zwar auch schon (vorsichtig) angeregt, das Gesetz entsprechend anzupassen,[400] in der kürzlich beschlossenen Revision wurde dies jedoch nicht aufgenommen.[401]

Anders präsentiert sich die Lage in der die Binnenschiedsgerichtsbarkeit regelnden ZPO. Art. 379 ZPO sieht explizit vor, dass das Schiedsgericht die Sicherstellung der mutmasslichen Parteientschädigung anordnen kann. Interessant ist in diesem Kontext insbesondere, dass der Gesetzgeber damit einen Gesinnungswandel vollzog; unter Art. 26 KSG war die Prozesskostensicherheit noch ausgeschlossen.[402] Selbst der Vorentwurf zur seit 2011 geltenden ZPO ging noch davon aus, dass die Prozesskaution nicht aufgenommen werden sollte («[a]uf eine Bestimmung über die Sicherstellung der Parteikosten […] wird bewusst verzichtet – sie ist nach Auffassung der Expertenkommission unzulässig»).[403] Der Bundesrat nahm die in der Vernehmlassung geäusserte Kritik auf und fügte den heutigen Art. 379 ZPO ein.[404] Seit Inkrafttreten der schweizerischen ZPO im Jahr 2011

---

399 Vgl. REYMOND, 503 f. mit einer möglichen Begründung, warum das so ist.

400 Vgl. VOSER, 764.

401 Vgl. auch ZK IPRG-OETIKER Art. 176 N 116.

402 MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 3; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 1; vgl. ausführlich zum Ausschluss der Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO BAUMGARTNER, 92 ff.

403 Bericht VE-ZPO, 175; vgl. auch MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 2.

404 Vgl. Botschaft ZPO, 7401 (im Entwurf noch als Art. 377).

kennt die Schweiz nun zumindest für Binnenschiedsverfahren eine explizite Regelung.

2. Schiedsrecht anderer Jurisdiktionen

Vereinzelte Staaten kennen in ihren jeweiligen Schiedsgesetzen explizite Bestimmungen zur Prozesskostensicherheit. Aus europäischer Perspektive wichtigster Sitzstaat in diesem Zusammenhang ist England. Sect. 38(3) des English Arbitration Act sieht vor: *«The tribunal may order a claimant to provide security for the costs of the arbitration.»*[405] Andere Jurisdiktionen, welche die Prozesskostensicherheit in ihren Schiedsgesetzen ebenfalls explizit berücksichtigen, sind Singapur,[406] Hongkong,[407] Malaysia,[408] Australien[409] und Neuseeland[410].

Die allermeisten nationalen Schiedsgesetze, darunter auch diejenigen Deutschlands,[411] Österreichs und Frankreichs, sehen keine gesonderten Bestimmungen zur Prozesskostensicherheit vor.[412] Exemplarisch für den fehlenden (internationalen) Konsens stehen die langwierigen Diskussionen um den revidierten Art. 17 UNCI-

---

405 Eingeschränkt wird die Bestimmung nur dadurch, dass keine Prozesskostensicherheit aufgrund des Wohnsitzes oder des statutarischen Sitzes bzw. des Orts der Leitung einer Partei angeordnet werden darf, vgl. Sect. 38(3) English Arbitration Act. Vgl. auch SANDROCK, 22 f.

406 Vgl. Sect. 12(1)(1) Singapore International Arbitration Act; vgl. auch HENDERSON, 54 ff.

407 Vgl. Sect. 56 Hong Kong Arbitration Ordinance.

408 Vgl. Sect. 11(1)(e) Malaysia Arbitration Act.

409 Vgl. Sect. 23K Australian International Arbitration Act.

410 Vgl. Sect. 17A New Zealand Arbitration Act i.V.m. Sect. 17 New Zealand Arbitration Act, welcher die Prozesskostensicherheit explizit unter den Begriff der vorsorglichen Massnahmen fasst.

411 Teilweise wird die explizite Befugnis zur Anordnung einer Prozesskostensicherheit in § 1041 Abs. 1 D-ZPO hineingelesen, vgl. MILES/SPELLER, 33. Dies scheint jedoch nicht richtig. Vgl. zum Zweck von § 1041 Abs. 1 Satz 2 D-ZPO MüKo ZPO-MÜNCH § 1041 N 27 f.; VOIT in Musielak/Voit § 1041 N 4.

412 Teilweise scheint es zu Missverständnissen zu führen, dass in gewissen Schiedsgesetzen der Kostenvorschuss ans Schiedsgericht als *«security for costs [of the arbitral tribunal]»* bezeichnet wird, vgl. § 41 Norwegian Arbitration Act.

TRAL Model Law;[413] am Ende bestand die Einigung darin, die Prozesskostensicherheit im Rahmen des UNCITRAL Model Laws nicht zu regeln.[414]

Praktisch alle im Rahmen dieser Arbeit untersuchten Rechtsordnungen kennen allgemeine Bestimmungen, welche das Schiedsgericht ermächtigen, in einem laufenden Schiedsverfahren vorsorgliche Massnahmen anzuordnen.[415] Eine Ausnahme bildet dabei Italien, wo der Erlass von vorsorglichen Massnahmen dem staatlichen Gericht vorbehalten ist.[416]

3. Institutionelle Schiedsordnungen

Wie bei den nationalen Schiedsgesetzen bilden auch die institutionellen Schiedsordnungen, welche explizite Bestimmungen zur Prozesskostensicherheit enthalten, eher die Ausnahme, wobei jüngere Regelwerke dies tendenziell vermehrt aufgreifen. Besondere, die Prozesskaution regelnde Bestimmungen kennen insbesondere die LCIA Rules,[417] die HIAC Rules,[418] die SIAC Rules,[419] die Vienna Rules[420] sowie die SCC Rules[421].[422]

Keine Bestimmungen zur Prozesskaution finden sich in den meisten anderen der gebräuchlichsten Schiedsordnungen, darunter die Swiss Rules, die ICC Rules, die

---

413 Die UNCITRAL Working Group II verwendete zwischen März 2002 und Januar 2006 neun Sitzungen auf das Thema der vorsorglichen Massnahmen.

414 Vgl. MILES/SPELLER, 33 f.

415 Vgl. § 1041 D-ZPO; § 593 Abs. 1 Ö-ZPO; § Art. 1468 F-CPC; Sect. 38(4), 39 English Arbitration Act; Art. 23 Spanish Act on Arbitration; Sect. 25 Swedish Arbitration Act; § 19 Norwegian Arbitration Act.

416 Vgl. Art. 818 IT-CPC. Das in diesem Zusammenhang teilweise erwähnte Griechenland (vgl. ALTENKIRCH, 226; RUBINS, 335) unterscheidet in dieser Frage zwischen internationaler und interner Schiedsgerichtsbarkeit: Im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit kann ein Schiedsgericht vorsorgliche Massnahmen anordnen, vgl. Law 2735/1999, welches mit minimalen Abweichungen das UNCITRAL Model Law in der Fassung von 1985 übernimmt. Weitere Ausnahmen finden sich insbesondere in Entwicklungsländern, vgl. RUBINS, 335 m.w.H.

417 Vgl. Art. 25.2 LCIA Rules.

418 Vgl. Art. 24 HKIAC Rules.

419 Vgl. Rule 27(j) SIAC Rules.

420 Vgl. Art. 33 Abs. 6 Vienna Rules.

421 Vgl. Art. 38 SCC Rules.

422 Diese Liste ist nicht abschliessend. Vgl. bspw. auch Art. 48(c) WIPO Rules.

UNCITRAL Rules, die AAA Rules, die ICDR Rules, die DIS Rules und die CAM-CCBC Rules. Alle diese Schiedsordnungen enthalten jedoch allgemeine Bestimmungen über die Kompetenz des Schiedsgerichts zum Erlass vorsorglicher Massnahmen.[423]

C. Rechtsnatur

Wie bereits für den Zivilprozess geschehen,[424] beleuchtet der folgende Teil die Rechtsnatur der Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren. Dabei wird wiederum zwischen der Rechtsnatur der vom Schiedsgericht erlassenen Kautionsverfügung und der Rechtsnatur des Anspruchs auf Prozesskostensicherheit unterschieden. Hinsichtlich beiden gibt es Klärungsbedarf. Nochmal zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass das Instrument der aktorischen Kaution nach heute unbestrittener h.L. – trotz fehlender expliziter Bestimmung im IPRG – auch in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz zur Verfügung steht.[425] Eine gesonderte Betrachtung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit ist deshalb zu dieser Frage nicht notwendig.

1. Rechtsnatur der Kautionsverfügung

Sowohl die schweizerische als auch die ausländische h.L. qualifizieren die Prozesskostensicherheit im Rahmen des Schiedsverfahrens als vorsorgliche Massnahme.[426] Dies gilt insbesondere für Schiedsverfahren nach IPRG, überwiegend

---

423 Vgl. Art. 26 Swiss Rules; Art. 28 ICC Rules; Art. 26 UNCITRAL Rules; R-37 AAA Rules; Art. 24 ICDR Rules; Art. 25 DIS Rule; Art. 8 CAM-CCBC Rules.

424 Vgl. Teil II.C.3 *supra.*

425 Vgl. Einleitung zu Teil III und Fn. 281 *supra.*

426 Vgl. BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1591; BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 3; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 9; KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 8; OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT Art. 379 N 3; CR IPRG-BUCHER Art. 183 N 3; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 379 N 12; BOOG in Arroyo Art. 183 IPRG N 10; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.115, 6.117; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2583 f. N 51; BERGER, *Security for Costs,* 9; BOOG, N 25; BOOG in Arroyo, 2549 N 25; VON SEGESSER/BOOG in Geisinger/Voser, 115; MAGLIANA in Arroyo Art. 26 N 13; HUBER, 244; BORN, *Commercial,* 2495; GU, 167, wenn auch vorsichtig, vgl. Fn. 3; ALTENKIRCH, 213 ff.; a.M. REYMOND, 504; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 14 ff.

jedoch auch für Schiedsverfahren nach ZPO.[427] Diese im Vergleich zum Zivilprozess unterschiedliche Qualifikation des grundsätzlich gleichen Instruments ist bemerkenswert.

Die Qualifikation der Prozesskostensicherheit als vorsorgliche Massnahme ist dennoch nicht unumstritten. Teilweise wird – sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung – auch die Meinung vertreten, Kautionsverfügungen würden prozessleitende Entscheide und keine vorsorglichen Massnahmen darstellen.[428] Ferner wird vertreten, dass sich die Frage der Rechtsnatur aufgrund der expliziten Bestimmung in Art. 379 ZPO erübrige; diese könne analog auch auf Verfahren nach IPRG und ohne Zuhilfenahme von Art. 183 IPRG Anwendung finden.[429]

Abzulehnen ist m.E. die Ansicht, dass sich eine saubere Qualifikation der Prozesskaution deshalb erübrige, weil Art. 379 ZPO analog auf Verfahren nach IPRG angewandt werden könne. Diese Herangehensweise bringt zunächst keinen Erkenntnisgewinn mit Blick auf die Rechtsnatur. Es entspricht zudem der überwiegenden Auffassung, dass das 12. Kapitel des IPRG als eigenständiges Schiedsgesetz im Interesse der Benutzerfreundlichkeit von so wenig nationalen Bestimmungen wie möglich abhängig sein sollte.[430] Eine analoge Anwendung von ZPO-Bestimmun-

---

427 Die Diskrepanz in diesem Punkt rührt daher, dass mit Art. 379 ZPO eine explizite Bestimmung zur Prozesskostensicherheit existiert, während das 12. Kapitel des IPRG keine solche Regelung kennt.

428 BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 14 ff.; vgl. auch REYMOND, 504; Procedural Order No. 4 von April 2009 in einem ICC-Verfahren mit Sitz in Genf N 160, publ. in ASA Bull. 2010, 59 ff. mit folgender Schlussfolgerung: *«On the basis of the foregoing, the Arbitral Tribunal considers that security for costs is not an interim measure of protection but that it is rather a procedural institution which may be determined by agreement of the Parties or, in the absence of an express agreement concerning security for costs, by the Arbitral Tribunal pursuant to Article 182 PILA and Article 15 ICC Rules.»;* Procedural Order vom 19. Dezember 2003 im ICC Case 12542/EC N 51, publ. in ASA Bull. 2005, 685 ff., welche zumindest Zweifel an der Qualifikation als vorsorgliche Massnahme anbringt *(«and as it is, moreover, doubtful whether such a classification is correct as a matter of Swiss law»)*.

429 So GÖKSU, N 1845 f.; zum selben Schluss kommt scheinbar BSK IPRG-MABILLARD Art. 183 N 13: «Obgleich Art. 176 ff. [IPRG] keine den Art. 378 und 379 ZPO entsprechenden Bestimmungen vorsehen […], können diese vom Schiedsgericht gestützt auf Art. 182 Abs. 2 analog angewendet werden.»

430 Vgl. BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS Einleitung zum 12. Kapitel N 144, 148; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 88; GIRSBERGER/VOSER, N 194 f.; ZK IPRG-OETIKER Art. 176 N 2, 116. Ausnahmen zeigen sich da, wo das IPRG explizit auf Bestimmungen der ZPO verweist, vgl. Art. 179 Abs. 2 IPRG. Insgesamt weniger streng bzgl.

gen auf internationale Schiedsverfahren erschwert gerade für ausländische Parteien den Zugang zum Schweizer Schiedsplatz. Eine analoge Anwendung von Art. 379 ZPO ist folglich nicht angezeigt und widerläuft sowohl dem Geist des 12. Kapitels des IPRG als auch den (internationalen) Erwartungen an eine moderne *lex arbitri*. Diese zumindest teilweise sicher auch marketinggetriebene Haltung scheint auch dem gesetzgeberischen Willen zu entsprechen, wurde in der vor Kurzem beschlossenen IPRG-Revision doch darauf verzichtet, eine Art. 379 ZPO entsprechende Regelung ins IPRG aufzunehmen. Es ist dem Gesetzgeber zuzugestehen, für Binnensachverhalte weitergehende, detailliertere Regelungen vorzusehen und gleichzeitig für internationale Verfahren – oftmals ohne schweizerische Prozesspartei – grössere Zurückhaltung zu üben. Eine unbesehene Übernahme von ZPO-Bestimmungen ins 12. Kapitel des IPRG wäre vor diesem Hintergrund falsch.[431] Schliesslich ist festzuhalten, dass Art. 182 IPRG eine eigene Kaskade enthält, nach welcher Schiedsgerichte bei der Wahl des anwendbaren Rechts vorzugehen haben; ein Vorzug der ZPO-Bestimmungen ist nicht vorgesehen.

a) Argumente für eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme

Die Mehrheit der Kommentatoren schreibt die Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren dogmatisch den vorsorglichen Massnahmen zu.[432] Als Gründe für eine solche Qualifikation werden insbesondere die Nachfolgenden angeführt.

Die Prozesskaution bezweckt zunächst den Schutz des potenziellen Anspruchs auf Kostenersatz. Dieser besteht zwar im Zeitpunkt des Antrags noch nicht (BERGER/KELLERHALS sprechen deshalb von einer Anwartschaft)[433], die Anordnung dient jedoch «der Sicherung der späteren Realerfüllung einer gefährdeten Rechtsposition».[434] Dieser Sicherungszweck ist sicher der Hauptgrund für die Qualifikation als vorsorgliche Massnahme. Ebenfalls für eine Qualifikation der Prozesskostensicherheit als vorsorgliche Massnahme spricht, dass beide Instrumente temporärer Natur sind. Sowohl die vorsorgliche Massnahme als auch die Prozesskaution re-

der Anwendbarkeit von ZPO-Bestimmungen auf IPRG-Verfahren BESSON in Arroyo, 35 f. N 18.

431 Dies gilt auch für andere Konzepte, welche im 3. Teil der ZPO enthalten, dem 12. Kapitel des IPRG jedoch nicht bekannt sind, vgl. ZK IPRG-OETIKER Art. 176 N 116.

432 Vgl. Fn. 426 *supra* m.w.H.

433 Vgl. BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1591.

434 BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 11; vgl. auch BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 3.

geln einen bestimmten Sachverhalt für die Dauer des Verfahrens. Sobald ein einschlägiger (Teil-)Schiedsspruch über den Bestand des Anspruchs ergeht, fallen sie dahin bzw. werden durch den Schiedsspruch ersetzt.[435] Beide Formen der schiedsgerichtlichen Anordnung sind zudem im Verlauf des Verfahrens abänderbar.[436]

Ein weiterer zentraler Grund für die Qualifikation als vorsorgliche Massnahme besteht darin, dass Schiedsgerichte sowohl in der Schweiz als auch in den allermeisten anderen Jurisdiktionen die Kompetenz haben, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen.[437] Die h.L. ist sich zudem einig, dass Schiedsgerichte ermächtigt sein sollen, Prozesskautionsverfügungen anzuordnen, auch wenn sich dies nicht explizit in den auf das Verfahren anwendbaren Bestimmungen widerspiegelt. Es scheint deshalb naheliegend, die Kautionsverfügung dem verwandten Instrument der vorsorglichen Massnahme zuzuordnen; die Qualifikation als vorsorgliche Massnahme räumt allfällige Zweifel über die Kompetenz des Schiedsgerichts aus. So hält GÖKSU diesbezüglich fest: «Die Qualifikation erfolgte wohl vor dem Hintergrund, dass die schweizerische lex arbitri die Frage nicht regelte und ein Bedürfnis bestand, die Kautionspflicht in der Schiedsgerichtsbarkeit zu begründen».[438]

b) Argumente gegen eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme

Neben den Argumenten, welche für eine Qualifikation als vorsorgliche Massnahme sprechen, werden nun diejenigen Aspekte beleuchtet, welche diesem Ansatz entgegenstehen. Die folgenden Ausführungen beleuchten diejenigen Charakteristika vorsorglicher Massnahmen, welche mit dem Instrument der Prozesskostensicherheit kollidieren.

i. Geschichtliche Entwicklung

Einen ersten Hinweis darauf, ob die Prozesskostensicherheit in der Tat als vorsorgliche Massnahme zu qualifizieren ist, liefert ein Blick in die Geschichte. Bevor am 1. Januar 1989 das IPRG in Kraft getreten ist, hatte das interkantonale

---

435 Statt vieler RÜEDE/HADENFELDT, 253; BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 10.

436 ZAUGG, N 148 m.w.H. zur Abänderbarkeit vorsorglicher Massnahmen. Zur Abänderbarkeit der Prozesskaution vgl. auch Teil III.H *infra.*

437 Vgl. hierzu Teil III.B.2 *supra.*

438 GÖKSU, N 1846. Andere Autoren lassen diesen Gedanken ebenfalls durchblicken, vgl. BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 32.

Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) auch für internationale Schiedsverfahren gegolten. Ab 1989 und bis zur Einführung der schweizerischen ZPO am 1. Januar 2011 regelte das KSG weiterhin die Binnenschiedsgerichtsbarkeit. Das Konkordat kannte keine explizite Bestimmung zur Prozesskostensicherheit, enthielt in Art. 26 KSG jedoch eine Bestimmung betreffend vorsorgliche Massnahmen.

Art. 26 KSG sah vor, dass der Erlass vorsorglicher Massnahmen den staatlichen Gerichten vorbehalten war. Nichtsdestotrotz wurden bereits damals Anträge auf Prozesskostensicherheit an Schiedsgerichte herangetragen; dies mit Bezugnahme auf kantonale Zivilprozessordnungen, welche das Instrument der Prozesskostensicherheit kannten.[439] Das Obergericht des Kantons Zürich hat in einem Urteil aus dem Jahre 1981 denn auch bestätigt, dass ein Schiedsgericht in Zürich die Kompetenz zum Erlass einer Prozesskaution besass, obwohl die Kompetenz zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 26 KSG ausschliesslich bei den staatlichen Gerichte lag.[440]

Solche Urteile stellten jedoch Ausnahmen dar. Grundsätzlich ging man, wie bereits an früherer Stelle erwähnt, davon aus, dass die Prozesskaution unter dem KSG unzulässig war.[441] Dies obwohl Art. 26 KSG das Instrument der vorsorglichen Massnahme explizit regelte. Historisch wurden die zwei Instrumente augenscheinlich unabhängig voneinander behandelt.

ii. Zweck

Der Zweck einer vorsorglichen Massnahme ist im Schiedsverfahren grundsätzlich derselbe wie im Zivilprozess.[442] Bekämpft werden soll mit der vorsorglichen Massnahme «die Gefahr, dass vor oder während der Dauer des Verfahrens die Durchsetzung der Rechte, um welche die Parteien streiten oder zu streiten beabsichtigen, beeinträchtigt und schliesslich gar vereitelt wird.»[443] Vorsorgliche

---

439 Vgl. Order vom 25. Juni 1956 N 50, publ. in SJZ 1958, 92.

440 Vgl. OGer ZH vom 22. Juni 1981, zit. in BERGER, *Security for Costs,* Fn. 56; a.M. jedoch AppH BE vom 22. Mai 2009, publ. in ASA Bull. 2010, 77 ff.; vgl. zum Ganzen auch Procedural Order No. 4 von April 2009 N 158, publ. in ASA Bull. 2010, 59 ff.

441 Vgl. Teil III.B.1 *supra.*

442 Vgl. Teil II.C.3.b)i *supra.*

443 BOOG, N 24. Ähnlich BERGER/KELLERHALS, *Schiedsgerichtsbarkeit,* N 1139 («[d]ie Dauer, welche die Durchführung eines ordentlichen […] Prozesses benötigt, gebietet im Interesse der Durchsetzung materieller Rechte und Pflichten einstweiligen Schutz

Massnahmen schützen so lange den Status quo zwischen den Parteien, bis das Schiedsgericht einen endgültigen Entscheid fällt.[444]

Die vorsorgliche Massnahme bezweckt demnach den Schutz einer Partei vor der zeitlichen Dimension eines Verfahrens; die Dauer des Verfahrens soll nicht zu einer Verschlechterung der Rechtsposition führen, welche die Durchsetzung des behaupteten Anspruchs erschwert. Mit vorsorglichen Massnahmen wird sichergestellt, dass derjenige Rechtsanspruch, aufgrund dessen das Schiedsverfahren eingeleitet wird, am Ende des Verfahrens auch durchgesetzt werden kann.

Eine angeordnete Prozesskaution schützt die antragstellende Partei hingegen nicht vor einer befürchteten Verschlechterung der Durchsetzungsmöglichkeit während der Dauer des Verfahrens. Die Befürchtung, dass die Durchsetzung des Kostenerstattungsanspruchs gefährdet ist, besteht bereits im Zeitpunkt des Antrags. Der Kostenerstattungsanspruch dagegen entsteht erst mit Eröffnung des Schiedsspruchs. Bei genauer Betrachtung erfüllen Prozesskostensicherheit und vorsorgliche Massnahmen unterschiedliche Zwecke: die vorsorgliche Massnahme schützt einen mutmasslich bestehenden Anspruch[445] vor einer Verschlechterung im Verlauf des Verfahrens; die Prozesskostensicherheit schützt einen erst mit Prozessende entstehenden Anspruch vor der bereits im Zeitpunkt des Antrags bestehenden Gefahr der Uneinbringlichkeit.

iii. Voraussetzungen

Zunächst stellt sich die Frage, welchem Recht die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen entspringen. In der Lehre herrscht in diesem Punkt Uneinigkeit; denkbar sind die Anwendung der *lex arbitri,* der *lex causae* oder eine Kombination aus beiden.[446] Richtig ist nach hier vertretener Auffassung die Anwendung der *lex arbitri*. «Diese bestimmt letztlich die Kompetenzen und den Spielraum, die ein Schiedsgericht hat.»[447]

---

der umstrittenen Parteiansprüche zu gewährleisten»); vgl. auch BORN, *Commercial,* 2426 f.

444 KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.84; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1245; VON SEGESSER, 474.

445 Vgl. zum Verfügungsanspruch auch Teil II.C.3.b)iii *supra* und Teil III.C.1.b)iii *infra.*

446 Vgl. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.112; ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 19, jeweils m.w.H.

447 ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 19.

Weder Art. 183 IPRG noch Art. 374 ZPO äussern sich zu den Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen im Schiedsverfahren.[448] Diesbezügliche Parteivereinbarungen sind vom Schiedsgericht in Anwendung von Art. 182 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 373 Abs. 1 ZPO grundsätzlich zu beachten,[449] doch auch die meisten zur Verfügung stehenden Schiedsordnungen kennen keine spezifischen Voraussetzungen.[450] Die Voraussetzungen nach Art. 261 ZPO sind ebenfalls nicht anwendbar, können gemäss h.L. jedoch als «Inspirationsquelle» dienen.[451] Die Alternative zur Berücksichtigung von Art. 261 ZPO stellt das Abstellen auf die (internationale) schiedsgerichtliche Praxis dar,[452] welche den in Art. 261 ZPO genannten Voraussetzungen jedoch weitgehend entspricht.[453] Sachgerecht ist die Orientierung an Art. 261 ZPO m.E. nur insoweit, als sich dessen Voraussetzungen mit den von der internationalen Schiedspraxis entwickelten Voraussetzungen decken. Insbesondere in Verfahren nach IPRG muss im Zweifel die internationale Praxis Vorrang

---

448 BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 33; ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 19. Dies gilt auch für die meisten anderen Schiedsgesetze, vgl. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.112; BLACKABY et al., 315 f.

449 BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 34; BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 15; BOOG in Arroyo, 2545 f. N 13 f.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.114.

450 BOOG in Arroyo, 2551 N 33.

451 BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 15; NETZLE in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 374 N 6; BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 35; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 11. Dies insbesondere, weil auch das Bundesgericht bei der Umschreibung der vorsorglichen Massnahme im Schiedsverfahren auf die für den Zivilprozess geltende Kategorisierung abstellt, vgl. BGE 136 III 200 E. 2.3.2. Es ist jedoch unbestritten, dass das Schiedsgericht nicht an diesen Massnahmenkatalog gebunden ist, sondern darüber hinaus weitere vorsorgliche Massnahmen mit anderem Inhalt erlassen kann, vgl. BOOG in Arroyo, 2547 f. N 20; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1257; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.116; BOOG, N 93.

452 Dafür plädierend BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 35; BOOG in Arroyo, 2551 f. N 33. Ausgangspunkt für die Evaluation der «schiedsgerichtlichen Praxis» ist regelmässig das UNCITRAL Model Law.

453 BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 35; zu den Voraussetzungen von Art. 261 ZPO vgl. auch Teil II.C.3.b) *supra* sowie statt vieler BSK ZPO-SPRECHER Art. 261 N 10 ff. Nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen ist die (notwendige) *prima facie*-Prüfung des Schiedsgerichts über die eigene Zuständigkeit, vgl. hierzu BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 38 ff.; BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 23 f. sowie die u.U. zu leistende Sicherheit, vgl. Art. 183 Abs. 3 IPRG sowie ausführlich hierzu BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1291 ff.; BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 34 ff.

geniessen. Unbestritten ist, dass die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme sowohl einen Verfügungsanspruch als auch einen Verfügungsgrund bedingt.[454]

Verfügungsanspruch

Das Schiedsgericht muss zunächst feststellen, ob die antragstellende Partei einen Verfügungsanspruch besitzt. Damit ist auch im Schiedsverfahren[455] ein materiell-rechtlicher Anspruch gemeint.[456] Vorsorgliche Massnahmen dienen einzig dem Schutz des im Verfahren geltend gemachten, materiellen Hauptanspruchs und dürfen nur dann gewährt werden, «wenn sie mit dem zu schützenden Hauptanspruch im Zusammenhang» stehen.[457] Umstritten ist, ob im Gegensatz zum Zivilprozess auch die vorläufige Erfüllung von rein pekuniären Ansprüchen zulässig ist;[458] die h.L. scheint dies zu bejahen, allerdings mit grosser Zurückhaltung.[459]

---

454 Vgl. BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 15; BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 41 ff.; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1252 f.; BOOG in Arroyo, 2551 f. N 33. In der internationalen Literatur finden sich zuweilen auch andere Einteilungen, vgl. bspw. BORN, *Commercial,* 2468.

455 Vgl. zum Verfügungsanspruch unter Art. 261 ZPO Teil II.C.3.b)iii *supra.*

456 NETZLE in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 374 N 23 («materiell-rechtliche Anspruch»); BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 42 («materiell-rechtlicher Anspruch»); BOOG; N 96 («Hauptanspruch»); ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 29 («Begehren in der Hauptsache»); BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 15 verweist auf BSK ZPO-SPRECHER Art. 261 N 15, welcher vom «materiellen Hauptbegehren» schreibt. Dies scheint auch die Ansicht des Gesetzgebers zu sein: «Nach einhelliger Doktrin ist es Sache des Bundes zu bestimmen, inwiefern die Kantone den im Bundesrecht begründeten materiellen Ansprüchen Rechtsschutz, auch provisorischen Rechtsschutz gewähren sollen», Botschaft IPRG, 305.

457 BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 42; vgl. auch BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 14; OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT Art. 374 N 3; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1250; BOOG, N 96; KOFMEL EHRENZELLER, 82. Ähnlich wird teilweise zur Situation im deutschen Recht argumentiert: § 1041 D-ZPO verlangt einen «Bezug [zum] Streitgegenstand». Gemeint sei damit ein materieller Sachbezug zur Streitsache und gerade nicht zum Schiedsverfahren als solches, was die Anwendbarkeit auf die Prozesskostensicherheit ausschliesse, vgl. MüKo ZPO-MÜNCH § 1041 N 21a; ELSING, 70; a.M. jedoch PÖRNBACHER/THIEL, 16 f.; ALTENKIRCH 213 ff.

458 Vgl. hierzu auch Teil II.C.3.b)iii *supra.*

459 Vgl. BOOG, N 98; BOOG in Arroyo, 2549 N 22 ff.; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1258., SRIA-OETIKER Art. 26 N 10. Jedoch können solche Massnahmen nicht ohne Weiteres in der Schweiz vollstreckt werden, vgl. BOOG, N 98.

Dieser materielle Hauptanspruch ist einer «vorläufigen Würdigung» zu unterziehen; das Schiedsgericht muss auf einer *prima facie* Basis die «rechtsrelevanten Tatsachen prüfen und die relevanten Rechtsgrundlagen ermitteln»[460] (sog. Hauptsachenprognose).[461] Die vorsorgliche Massnahme wird nur angeordnet, falls die antragsstellende Partei glaubhaft machen kann, dass das zugrundeliegende materielle Hauptbegehren «Aussicht auf Erfolg» hat.[462] Schiedsgerichte scheinen sich jedoch regelmässig auch mit einem niedrigeren Standard zu begnügen.[463]

Der der Prozesskostensicherheit zugrundeliegende Anspruch ist kein materieller Hauptanspruch. Der Inhalt der Kautionsverfügung orientiert sich nicht am eingeklagten Hauptbegehren, sondern an einem sich aus dem anwendbaren Verfahrensrecht ergebenden prozessualen (Neben-)Anspruch. Vorsorgliche Massnahmen und Kautionsverfügungen schützen demnach unterschiedliche Arten von Ansprüchen.

Eine Hauptsachenprognose im Sinne einer *prima facie*-Prüfung des Verfügungsanspruchs führt ein Schiedsgericht schliesslich nicht durch.[464] Dies mit der Begründung, dass es nicht sachgerecht sei, sich bereits in einem sehr frühen Zeitpunkt des Verfahrens zum materiellen Verfahrensausgang zu äussern. Stattdessen

---

460 BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 43.

461 Vgl. auch BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1252; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.120; BOOG in Arroyo, 2551 f. N 33; BORN, *Commercial,* 2478 f. Vgl. auch das UNCITRAL Model Law, welches von einer *«reasonable possibility to succeed on the merits»* spricht, vgl. hierzu BLACKABY et al., 315 f.

462 So die Formulierung in BGer 4A_283/2010 vom 11. August 2010 E. 2.3 und in BGE 97 I 481 E. 3; vgl. auch die Formulierungen *«vernünftige Aussicht […], im Hauptverfahren zu obsiegen»* (SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 374 N 13), *«a ‹good case› both in fact and law»* (BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1252), *«justified on the merits»* (BOOG in Arroyo, 2551 f. N 33) und *«reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim»* (Art. 17A Abs. 1 lit. b UNCITRAL Model Law). In den Vorbereitungsarbeiten der UNCITRAL Working Group on Arbitration wurde sogar ein noch strengerer Entwurf diskutiert, vgl. UN Doc. A/CN.9/525 N 64 *(«substantial possibility that the requesting party will succeed on the merits of the dispute»),* vgl. hierzu auch HOLTZMANN et al., 273.

463 Vgl. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.120; LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 23-62 *(«the merits of the case rarely play any direct role in determining whether or not interim relief is granted»).*

464 BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 18; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1595; GU, 197 f.; BERGER, *Security for Costs,* 9; KARRER/DESAX, N 32.

sei unter der Voraussetzung des Verfügungsanspruchs ausreichend, wenn das anwendbare Verfahrensrecht das Zusprechen einer Parteientschädigung zulasse.[465]

Verfügungsgrund

Ebenfalls unbestrittene Voraussetzung einer vorsorglichen Massnahme ist der sogenannte Verfügungsgrund. Die antragstellende Partei muss glaubhaft machen, dass ihr, falls die beantragte Massnahme nicht angeordnet wird, ein «nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil»[466] droht.[467] BERGER/KELLERHALS schlagen vor, sich mangels kodifizierter Voraussetzungen[468] an Art. 17A Abs. 1 lit. a UNCITRAL Model Law zu orientieren,[469] andere Kommentatoren verweisen stattdessen auf Art. 261 ZPO.[470] Nach der hier vertretenen Auffassung ist zumindest für internationale Schiedsverfahren eine Auslegung entlang internationaler Praxis vorzuziehen.

Die erwähnte Bestimmung des UNCITRAL Model Law sieht vor, dass die antragstellende Partei dem Schiedsgericht glaubhaft machen muss, dass *«[h]arm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered».* Dieser drohende Nachteil muss ausserdem grösser sein als der Nachteil, den die Gegenpartei durch die Massnahme erfährt.[471] Die oft im Zusammenhang mit dem Verfügungsgrund genannte Dringlichkeit[472] kann zwar eine wichtige Rolle bei der Bewertung des Antrags einnehmen, ist jedoch nicht in jedem Fall zwingend.[473]

---

465 Vgl. BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 18; BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 7; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1595; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 14.

466 Dieselbe Formulierung findet sich in Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO sowie in Art. 17A Abs. 1 lit. a UNCITRAL Model Law.

467 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1253; BSK IPRG-MABILLARD Art. 183 N 8; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 374 N 13; BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 47.

468 Vgl. Art. 183 IPRG; Art. 374 ZPO.

469 Vgl. BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1253.

470 Vgl. BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 15.

471 Statt vieler SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 374 N 14.

472 Vgl. SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 374 N 13; BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 10; BSK IPRG-MABILLARD Art. 183 N 6; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1253; BLACKABY et al., 315.

473 BOOG in Arroyo, 2551 f. N 33. ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 28 ist sogar der Ansicht, dass der Erlass (normaler) vorsorglicher Massnahmen durch das Schiedsgericht keine

Diese Formulierung und insbesondere ihre Einschränkung *(«not adequately reparable by an award of damages»)* legen den Schluss nahe, dass drohende Nachteile, welche durch Schadenersatz ausgeglichen werden können, nicht zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen führen können.[474] Dieser strenge Ansatz wird kritisiert.[475] Der Kritik ist zumindest so weit zu folgen, dass ein «materiell-rechtlicher Anspruch auf Erfüllung in natura» nicht nur deshalb nicht mittels vorsorglicher Massnahme geschützt werden darf, weil er sich durch Schadenersatz ersetzen liesse.[476] Fraglich ist hingegen, ob eine vorsorgliche Massnahme dann beantragt werden kann, wenn bereits der zu schützende Anspruch auf Geldleistung lautet,[477] oder ob in einem solchen Fall gar kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen kann.[478] OETIKER schreibt hierzu: «Ob ein konkreter Nachteil wiedergutgemacht werden kann, beurteilt sich danach, ob ein Endentscheid den Nachteil wirksam beheben kann. Ist dies der Fall, so besteht kein Verfügungsgrund. Die Möglichkeit der wirksamen Behebung ist in aller Regel bei rein finanziellen Nachteilen gegeben.»[479] Dieser Auffassung ist m.E. zu folgen.

Die Prozesskostensicherheit schützt immer den potenziellen, rein pekuniären Anspruch auf Kostenersatz. Nach der hier vertretenen Auffassung droht ohne den Erlass einer Kautionsverfügung kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil,

---

Dringlichkeit voraussetzt; dies sei nicht im Einklang mit der Tatsache, dass regelmässig zuerst die Konstituierung des Schiedsgerichts abgewartet werden müsse.

474 Dieses Kriterium ist in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit strenger als unter Art. 261 ZPO; im Zivilprozess ist nicht zwingend, dass ein Nachteil nicht mit Geld entschädigt werden kann, vgl. HUBER in ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 261 N 20.

475 Vgl. BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 51; BORN, 2469 ff.

476 So BK ZPO II-GÜNGERICH Art. 261 N 37; vgl. auch BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 51; ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 25. Vgl. auch die Ausführungen in PAULSSON/PETROCHILOS Art. 26 N 17.

477 Zustimmend BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 51.

478 Vgl. BK ZPO II-GÜNGERICH Art. 261 N 38, welcher sich jedoch auf den Zivilprozess bezieht. Die h.L. scheint der Ansicht, dass im Schiedsverfahren auch rein pekuniäre Ansprüche mittels vorsorglicher Massnahme geschützt werden können, vgl. BOOG in Arroyo, 2549 N 22 m.w.H. Wohl a.M. ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 25. Hierfür sprechen auch die Beispiele aus der Rechtsprechung, in welchen ein solcher Nachteil angenommen wurde, so bspw. das Abhandenkommen eines wertvollen Gemäldes, der Verlust wichtiger Beweismittel oder das Verpassen einer grossen Geschäftschance, vgl. HOLTZMANN et al., 170.

479 ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 25.

wie er im Kontext der vorsorglichen Massnahme zu verstehen ist und in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit als Voraussetzung einer vorsorglichen Massnahme verlangt wird.

Zwischenfazit

Die Prozesskostensicherheit lässt sich nicht ins klassische Voraussetzungsraster der vorsorglichen Massnahmen einordnen.[480] Sie schützt nicht das materiell-rechtliche Hauptbegehren, auf dessen Schutz vorsorgliche Massnahmen zielen, sondern einen erst in der Zukunft (möglicherweise) entstehenden und im Verfahrensrecht begründeten Anspruch. Es findet auch keine *prima facie*-Würdigung des Kostenerstattungsanspruchs statt; eine eigentliche Hauptsachenprognose wird nicht vorgenommen. Ein Verfügungsanspruch, wie er für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vorausgesetzt wird, liegt deshalb nicht vor.

Nach hier vertretener Auffassung droht ferner auch kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil und insbesondere kein Nachteil *«not adequately reparable by an award of damages»*. Der Anspruch auf Kostenersatz wird durch den vollstreckbaren Endentscheid – zumindest aus Sicht der allgemeinen Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen – ausreichend geschützt. Es ist deshalb festzuhalten, dass sich die Prozesskostensicherheit ausserhalb des auf vorsorgliche Massnahmen anwendbaren Prüfungsrasters bewegt.[481] Die Qualifikation der Prozesskaution als vorsorgliche Massnahme gelingt der h.L. nur deshalb, weil sie deren allgemeine Voraussetzungen grosszügig auf den «Spezialfall Prozesskostensicherheit» adaptiert. Vor demselben Hintergrund stellt die h.L. ferner auch zusätzliche Kriterien auf, welche für «gewöhnliche» vorsorgliche Massnahmen keine Anwendung finden.[482] Insgesamt zeigt sich deutlich, dass die Prozesskaution nicht mit dem Voraussetzungsraster der vorsorglichen Massnahme kompatibel ist.

iv. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen hängt in erster Linie vom Parteiwillen ab; die Parteien können grundsätzlich selbst entscheiden, ob dem Schiedsgericht die entsprechende Kompetenz zukommen soll.[483] Dies ergibt sich

---

480 Vgl. auch BLACKABY et al., 316: *«Security for costs is a special form of interim relief, to which the criteria outlined so far do not apply.»*

481 Vgl. auch BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 17.

482 Vgl. ausführlich zu den Voraussetzungen der Prozesskostensicherheit Teil III.F *infra.*

483 Statt vieler BOOG in Arroyo, 2544 N 6 ff.

bereits aus dem Wortlaut von Art. 183 Abs. 1 IPRG sowie Art. 374 Abs. 1 ZPO und schliesst sowohl die Möglichkeit einer Regelung mittels Verweis auf eine bestimmte Schiedsordnung wie auch die Möglichkeit des Ausschlusses der schiedsgerichtlichen Kompetenz mit ein.[484] Umstritten ist, ob die Parteien die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts ausschliessen können.[485]

Liegt keine Parteivereinbarung vor, so sind für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nach unbestrittener h.L. – und zwar für Verfahren nach IPRG wie auch für Verfahren gemäss ZPO[486] – sowohl das Schiedsgericht als auch das staatliche Gericht parallel zuständig.[487] Dies gilt gleichermassen für Anträge vor und nach Konstituierung des Schiedsgerichts.[488] Diese parallele Zuständigkeit ist sachgerecht und sinnvoll: Das Schiedsgericht kennt den zu beurteilenden Sachverhalt am besten, was eine effizientere Behandlung des Antrags ermöglicht. Auch respektiert die Zuständigkeit des Schiedsgerichts den Willen der Parteien, ihre Auseinandersetzung grundsätzlich vor einem Schiedsgericht auszutragen. Gleichzeitig sind aber die Möglichkeiten des Schiedsgerichts eingeschränkt. Die Mitwirkung des staatlichen Gerichts kann immer dann sinnvoll (oder notwendig) sein, wenn das Schiedsgericht noch nicht konstituiert ist und kein Eilschiedsrichterverfahren zur Verfügung steht, wenn sich die vorsorgliche Massnahme gegen nicht an die Schiedsvereinbarung gebundene Drittparteien (bspw. eine Bank) richtet, oder wenn zur Vollstreckung der vorsorglichen Massnahme hoheitliche Mittel notwendig werden.[489]

Wird die Prozesskostensicherheit den vorsorglichen Massnahmen zugeordnet, so sind staatliche Gerichte und Schiedsgerichte konsequenterweise parallel für deren Anordnung zuständig. Für den Erlass einer Kautionsverfügung geht die h.L.

---

484 ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 2 f.

485 Vgl. zu dieser Diskussion ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 6 m.w.H.

486 Die ZPO hält dies in Art. 374 Abs. 1 ZPO im Gegensatz zum IPRG auch ausdrücklich fest.

487 Vgl. ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 4; BSK IPRG-MABILLARD Art. 183 N 5; CR IPRG-BUCHER Art. 183 N 6; BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 111; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1273; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI N 6.95; GÖKSU, N 1908; HUBER, 231.

488 ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 4; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1274; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.95; BOOG in Arroyo, 2544 N 5.

489 Vgl. zum Ganzen BOOG in Arroyo, 2543 N 3 f.

jedoch von der ausschliesslichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts aus.[490] Bei genauerer Betrachtung der internationalen Praxis erhellt, dass diejenigen Schiedsordnungen und -gesetze, welche die Prozesskostensicherheit explizit regeln, überwiegend eine ausschliessliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts vorsehen.[491]

Die ausschliessliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts für den Erlass einer Prozesskostensicherheit ist – im Gegensatz zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme – sachgerecht. Eine parallele Zuständigkeit des staatlichen Gerichts ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht angezeigt.[492]

v. Vollstreckung

Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme durch ein Schiedsgericht ist für die betroffene Partei grundsätzlich verbindlich.[493] Dabei handelt es sich jedoch um eine *lex imperfecta;* Schiedsgerichte verfügen zwar im Rahmen der Schiedsvereinbarung über Rechtsprechungsbefugnis, ihnen fehlen aber die hoheitlichen Zwangsmittel, um vorsorgliche Massnahmen auch gegen den Willen der betroffenen Partei durchzusetzen.[494] In der Praxis kommen die Adressaten vorsorglicher Massnahmen diesen dennoch oft freiwillig nach. Dies hauptsächlich deshalb, weil

---

490 Vgl. KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 8 und MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 11 für Verfahren nach ZPO, wobei dies bereits durch den Wortlaut von Art. 379 ZPO festgelegt zu werden scheint, vgl. auch Botschaft ZPO, 7401; GÖKSU, N 1848; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1592; ALTENKIRCH, 224; a.M. BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 4. ALTENKIRCH, 226 ff. geht davon aus, dass gemäss den meisten Schiedsordnungen und Schiedsgesetzen eine parallele Zuständigkeit gilt; dabei stützt er sich jedoch auf die allgemeinen Kompetenzzuweisungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Ausführlich zur Zuständigkeit Teil III.D *infra.*

491 Vgl. für Beispiele Teile III.B.2 und III.B.3 *supra.*

492 Zu den Gründen vgl. Teil III.D *infra.*

493 BSK IPRG-MABILLARD Art. 183 N 16; ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 52; BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 127; BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 40; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.132; BOOG, N 114; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 10; HUBER, 248.

494 BSK IPRG-MABILLARD Art. 183 N 16; BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 40; KuKo ZPO-DASSER Art. 374 N 10; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 374 N 36; GIRSBERGER/VOSER, N 1148; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.131 f.; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1265; POUDRET/BESSON, N 541; BOOG, N 129. Ausführlich zu möglichen Zwangsmassnahmen des Schiedsgerichts ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 53 ff.; BOOG, N 139 ff.; HUBER, 248.

die Parteien nicht dasjenige Schiedsgericht gegen sich aufbringen möchten, welches auch in der Sache entscheiden wird.[495] Kommt eine Partei einer vorsorglichen Massnahme nicht nach, so ersucht das Schiedsgericht[496] auf Antrag einer Partei[497] das staatliche Gericht um Mitwirkung, welches sodann «die notwendigen Schritte [unternimmt], damit die vom Schiedsgericht angeordnete Massnahme vollstreckt werden kann.»[498] Das angerufene Mitwirkungsgericht ist dabei zur Durchsetzung der einstweiligen Massnahme verpflichtet.[499]

Die Anordnung, eine Prozesskostensicherheit zu leisten, ist für die betroffene Partei nicht im eigentlichen Sinn verbindlich. Es steht ihr, unter Abwägung der damit verbundenen Konsequenzen, frei, ob sie dieser Folge leisten will.[500] STACHER schreibt deshalb auch, die Sicherstellung sei «eine Last und keine Pflicht».[501] Die Durchsetzung mittels Zwangsmassnahmen steht für die Prozesskaution nicht zur Verfügung; bei Nichtleistung kann die Gegenpartei auf das Verfahren verzichten

---

495 BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 128; BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 40; KuKo ZPO-DASSER Art. 374 N 10; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.132; GIRSBERGER/VOSER, N 1106; BOOG, N 116; HK IPRG-FURRER/GIRSBERGER/AMBAUEN Art. 182–186 N 11.

496 Diese Lösung entspricht dem Wortlaut von Art. 183 Abs. 2 IPRG, ist jedoch umstritten. Dafür plädierend, dass nur das Schiedsgericht ans staatliche Gericht gelangen darf: ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 62; CR IPRG-BUCHER Art. 183 N 12; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.135; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1267. Dafür plädierend, dass auch Parteien das staatliche Gericht um Mitwirkung ersuchen dürfen: BSK IPRG-MABILLARD Art. 183 N 16; POUDRET/BESSON, N 637; GÖKSU, N 1941; BOOG, N 251, allerdings mit Einschränkungen in N 253. Diese Diskussion kann an dieser Stelle offengelassen werden, wobei zumindest eine prozessökonomische Perspektive für letzteren Ansatz spricht. Falls die Parteien selbst antragsberechtigt sind, so müssen sie in analoger Anwendung von Art. 374 Abs. 2 ZPO zumindest die Zustimmung des Schiedsgerichts einholen, vgl. BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 42; BOOG, N 254. Im Binnenschiedsverfahren steht das Antragsrecht gemäss Art. 374 Abs. 2 ZPO explizit auch den Parteien zu. In der kürzlich beschlossenen Revision des IPRG wurde Art. 183 Abs. 2 IPRG an Art. 374 Abs. 2 ZPO angeglichen, so dass sich diese Diskussion dahingehend klärt, dass nunmehr auch gemäss dem Wortlaut der Bestimmung die Parteien ein eigenes Antragsrecht besitzen, vgl. Botschaft Revision IPRG, 7197.

497 ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 62; BOOG, N 255.

498 ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 69.

499 BOOG, N 242 m.w.H.

500 Statt vieler BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1605.

501 BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 16.

und vom Schiedsgericht die Einstellung des Verfahrens verlangen.[502] Tatsächlich war diese Unterscheidung einer der zwei Hauptgründe, warum ein ICC-Schiedsgericht mit Sitz in Genf die Prozesskostensicherheit nicht als vorsorgliche Massnahme qualifizierte.[503]

vi. Systematik der ZPO und Entstehung von Art. 379 ZPO

Die Bestimmungen zur Binnenschiedsgerichtsbarkeit im 3. Teil der ZPO kennen sowohl eine Bestimmung zu vorsorglichen Massnahmen (Art. 374 ZPO) als auch zur Prozesskostensicherheit (Art. 379 ZPO). Dasselbe gilt für die Prozesskaution im staatlichen Gerichtsverfahren, wo die vorsorgliche Massnahme in Art. 261 ZPO und die Prozesskostensicherheit in Art. 99 ZPO geregelt ist.

Würde die Prozesskostensicherheit eine vorsorgliche Massnahme darstellen, so wäre diese «doppelte Regelung» nicht notwendig. Könnte für das IPRG noch angeführt werden, dass die Prozesskaution bei dessen Inkraftsetzung noch keine grosse Beachtung fand, so zeigt die Systematik der deutlich jüngeren ZPO, dass der Gesetzgeber nicht davon ausging, dass die Kompetenz des Schiedsgerichts, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, die Kompetenz zur Anordnung einer Prozesskostensicherheit mit umfasst. Auch die Materialien zu den derzeit laufenden Revisionsbestrebungen widerlegen dies nicht. Bezeichnend ist schliesslich folgende Passage in der Botschaft zur ZPO im Rahmen deren Einführung: «Der Vorentwurf ging vom Prinzip aus, dass die Sicherstellung der Parteientschädigung unzulässig sei»,[504] und dies obwohl besagter Vorentwurf in Art. 364 VE-ZPO bereits eine Bestimmung zu vorsorglichen Massnahmen enthielt, welche praktisch unverändert ins geltende Recht übernommen wurde. Der Hinweis, dass die Expertenkommission von der Unzulässigkeit der Prozesskaution ausging, findet sich denn auch im Zusammenhang mit dem Kostenvorschuss ans Schiedsgericht und nicht im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen.[505]

---

502 Vgl. BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 17; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 73 ff.; KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 6; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1605; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2585 N 60; GU, 200. Ausführlich zu den Konsequenzen der Nichtbefolgung auch Teil III.J.2 *infra.*

503 Vgl. Procedural Order No. 4 von April 2009 N 159, publ. in ASA Bull. 2010, 59 ff.

504 Botschaft ZPO, 7404.

505 Vgl. Bericht VE-ZPO, 175.

vii. Nähe zum Kostenvorschuss

Schliesslich stellt sich die Frage, weshalb die Wahl der h.L. bei der Suche nach einem der Prozesskostensicherheit möglichst ähnlichen Instrument auf die vorsorgliche Massnahme und nicht auf den Kostenvorschuss gefallen ist. Der Kostenvorschuss verfolgt einen durchaus ähnlichen Zweck wie die Prozesskostensicherheit, nämlich die Sicherstellung der Verfahrenskosten.[506] Zwar basiert der damit gesicherte Anspruch auf einer anderen Grundlage und dient den Interessen des Schiedsgerichts und nicht der Gegenpartei,[507] die Funktion ist jedoch durchaus mit derjenigen der Prozesskaution zu vergleichen.

Vergleichbar sind neben dem Zweck des Kostenvorschusses auch die Konsequenzen, welche an die Nichtbefolgung geknüpft sind. Nach Art. 378 Abs. 2 ZPO kann eine Partei auf das Schiedsverfahren verzichten, falls die Gegenpartei den Kostenvorschuss nicht leistet;[508] Art. 379 ZPO zur Prozesskostensicherheit verweist hinsichtlich Rechtsfolge sogar explizit auf die Bestimmung zum Kostenvorschuss. In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist der Mechanismus weitgehend derselbe.[509] Die Leistung des Kostenvorschusses kann, ähnlich wie die Leistung einer Prozesskaution und im Gegensatz zu einer vorsorglichen Massnahme, nicht erzwungen werden.[510]

Insgesamt zeigt sich, dass die Prozesskaution grosse Überschneidungen mit dem Kostenvorschuss aufweist. REYMOND kommentierte die Aussage von Lord Mustill

---

506 BGer. 4P.2/2003 vom 12. März 2003 E. 3.1; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 378 N 9. Vgl. zum internationalen Schiedsverfahren MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 378 N 25; BSK ZPO-HABEGGER Art. 378 N 2. Vgl. zu den Verfahrenskosten auch Teil III.A.1.a) *infra.*

507 BGer. 4P.2/2003 vom 12. März 2003 E. 3.1; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 378 N 9.

508 Eine analoge Anwendung von Art. 378 Abs. 2 ZPO auf internationale Schiedsverfahren wird abgelehnt, vgl. BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1574. Schiedsordnungen sehen i.d.R. jedoch vor, dass das Schiedsgericht in einem solchen Fall das Verfahren aussetzen oder beenden kann, vgl. Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules; Art. 36 Abs. 6 ICC Rules.

509 Vgl. statt vieler BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1605. Vgl. zu den Konsequenzen der Nichtbefolgung auch Teil III.J.2 *infra.*

510 Die Lehre anerkennt jedoch einen Anspruch derjenigen Partei, welche den Anteil der Gegenpartei aufbringt, um das Verfahren am Laufen zu halten, wobei umstritten ist, ob dies in Form eines vollstreckbaren Teilentscheids geschehen soll, vgl. ausführlich zu dieser Frage BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1583 ff.

im Fall *Bank Mellat,* wonach die Prozesskaution eine vorsorgliche Massnahme darstelle, denn auch mit den Worten: *«With respect, this is to be doubted. First, it is highly doubtful that an order for security is a conservatory measure […]. Conservatory measures concern the subject-matter of the dispute, not its ancillary arrangements, such as advances towards the arbitrator's fees and the like, which is the category to which security for costs seems to belong.»*[511] Eine dogmatische Ansiedelung in der Nähe des Kostenvorschusses würde der Prozesskostensicherheit demnach eher gerecht werden.

c) Zwischenfazit

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist festzustellen, dass die Prozesskostensicherheit, entgegen der in der Literatur vorherrschenden Meinung, keine vorsorgliche Massnahme darstellt. Auffallend ist, dass die Auffassung der h.L. insbesondere in denjenigen Konstellationen anzutreffen ist, in welchen keine eigene Kompetenzgrundlage für den Erlass einer Prozesskaution besteht. Stellvertretend für diese Beobachtung halten BOOG/STARK-TRABER fest: «Im internationalen Schiedsverfahren wird auch die Sicherstellung der Parteientschädigung als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 183 IPRG aufgefasst […]. Für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit enthält Art. 379 [ZPO] dazu eine selbständige Regel […]. Somit muss nicht auf Art. 374 zurückgegriffen werden.»[512]

Der Wunsch der h.L. im In- und Ausland, dem Schiedsgericht die Kompetenz zum Erlass von Prozesskautionen einzuräumen, ist nachvollziehbar; aus dogmatischer Sicht ist die argumentative Abkürzung mittels deren Zuordnung zu den vorsorglichen Massnahmen jedoch abzulehnen. Auch wenn die Qualifikation der Prozesskostensicherheit vor dem Hintergrund eines praxisbetonten Ansatzes erfolgen mag, darf sie sich nicht primär (und insbesondere einzig) auf das Bedürfnis stützen, die Prozesskaution auch ohne explizite Rechtsgrundlage zuzulassen.

Die Tatsache, dass die Prozesskostensicherheit (auch) im Rahmen von Schiedsverfahren nicht als vorsorgliche Massnahme qualifiziert, hat zwei mögliche Konsequenzen: Entweder haben Schiedsgerichte keine Kompetenz, Prozesskautionen anzuordnen, oder ihre Kompetenz stützt sich auf eine andere Grundlage. Eine solche, alternative Kompetenzgrundlage wird im Folgenden aufgezeigt.

---

511 REYMOND, 504.

512 BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 32.

d) Alternative Kompetenzgrundlage

Die Prozesskostensicherheit stellt keine vorsorgliche Massnahme im eigentlichen Sinn dar. Art. 183 IPRG sowie äquivalente Bestimmungen in institutionellen Schiedsordnungen können deshalb nicht als entsprechende Kompetenzgrundlage dienen. Für internationale Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz stellt sich demnach die Frage, ob Schiedsgerichte überhaupt über die Kompetenz verfügen, Kautionsverfügungen zu erlassen. Für Binnenschiedsverfahren enthält Art. 379 ZPO zwar eine explizite Bestimmung, die Lehre ist jedoch einhellig der Auffassung, dass die Kompetenzgrundlage breiter sein muss, als was von Art. 379 ZPO tatsächlich erfasst wird.[513] Die Beschränkung auf Fälle, in welchen die Gegenpartei zahlungsunfähig erscheint, ist tatsächlich nicht sachgerecht. Insofern bietet auch Art. 379 ZPO keine ausreichende Grundlage.

An dieser Stelle wird deshalb eine alternative Kompetenzgrundlage hergeleitet, welche sowohl auf Schiedsverfahren nach IPRG als auch nach ZPO gleichermassen Anwendung findet. Der Gedankengang lässt sich zudem auf andere Jurisdiktionen übertragen, in welchen die Prozesskostensicherheit im anwendbaren Verfahrensrecht bzw. der gewählten Schiedsordnung nicht explizit geregelt ist. Finden sich in den anwendbaren Regelwerken explizite Bestimmungen, so ist selbstverständlich darauf zurückzugreifen.

i. Zweck der Schiedsvereinbarung und mutmasslicher Parteiwille

Mittels Schiedsvereinbarung einigen sich die Parteien vertraglich darauf, allfällige Streitigkeiten aus einem definierten Rechtsverhältnis durch ein Schiedsgericht verbindlich beurteilen zu lassen.[514] Damit machen die Parteien von einem Wahlrecht Gebrauch; sie verzichten auf die Anwendbarkeit des grundsätzlich anwendbaren staatlichen Prozessrechts zugunsten eines anwendbaren Schiedsverfahrensrechts.[515]

Diese vertragliche Form der Streitbeilegung bedingt ein Mindestmass an Partizipation; die Schiedsvereinbarung kann deshalb prozessuale Pflichten entfalten,

---

513 Vgl. BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 12; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 14; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1607 ff. Vgl. ausführlich zu Art. 379 ZPO Teil III.F.3 *infra*.

514 Statt vieler GIRSBERGER/VOSER, N 5; BSK IPRG-GRÄNICHER Art. 178 N 3; STACHER, *Rechtsnatur,* N 11.

515 Vgl. STACHER, *Rechtsnatur,* N 154.

welche diese nicht notwendigerweise explizit erwähnt.[516] Dies ist gerechtfertigt: Ein Schiedsverfahren lässt die Parteien in einem engeren Verhältnis stehen, als dies zwischen «normalen Prozessparteien» der Fall wäre.[517]

Rechte und Pflichten aus der Schiedsvereinbarung sind nach dem mutmasslichen Parteiwillen zu identifizieren, wobei die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung Anwendung finden.[518] Eigentliche Treuepflichten zwischen den Parteien sind in die Schiedsvereinbarung nicht hineinzulesen,[519] allerdings liegt es am Schiedsgericht, treuwidriges Verhalten zu verhindern bzw. zu sanktionieren.[520] Daraus folgt, auch wenn keine eigentlichen gegenseitigen Treuepflichten bestehen, dass sich die Parteien mittels Schiedsvereinbarung immerhin implizit darauf verständigen, treuwidriges Verhalten zu unterlassen.

Die Bestimmung des mutmasslichen Parteiwillens ist mit Blick auf die Prozesskostensicherheit von entscheidender Bedeutung. Es kann den Parteien unterstellt werden, dass sie im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung übereinstimmend beabsichtigen, auf treuwidriges Verhalten zur Unterminierung des Verfahrens (und damit auch des Kostenerstattungsanspruches) zu verzichten. Dies gilt umso mehr, weil die Parteien im Zeitpunkt der Unterzeichnung einer Schiedsklausel ihre zukünftige Rolle in einem allfälligen Schiedsverfahren üblicherweise nicht kennen. Vernünftig und redlich handelnden Parteien ist entsprechend, zumindest im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung, an der Gewährleistung prozessualer Waffengleichheit sowie der Durchsetzbarkeit eines potenziellen Kostenerstattungsanspruchs gelegen.[521] Ohne gegenteilige Anzeichen ist deshalb davon auszugehen, dass es, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, dem mutmasslichen Willen der Parteien entspricht, auf treuwidriges Verhalten zu verzichten sowie ins-

---

516 Vgl. STACHER, *Rechtsnatur,* N 413.

517 STACHER, *Rechtsnatur,* N 367.

518 BGE 140 III 134, E. 3.2; BGE 138 III 29, E. 2.2.3; BGer vom 14. Juni 1990, E. 4c (nicht publ.), publ. in ASA Bull. 1994, 228; vgl. auch KREN KOSTKIEWICZ Art. 178 IPRG N 17 f.; STACHER, *Rechtsnatur,* N 65 f.; BORN, *Law and Practice,* 92.

519 Gewisse Schiedsordnungen sehen jedoch vor, dass die am Verfahren Beteiligten nach Treu und Glauben zu handeln haben, vgl. Art. 15 Abs. 7 Swiss Rules.

520 STACHER, *Rechtsnatur,* N 371 f.

521 So auch BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 43; vgl. auch STACHER, *Rechtsnatur,* N 327, welcher denselben Gedankengang auch auf die Thematik des Kostenvorschusses anwendet.

besondere vom Schiedsgericht vor treuwidrigem Verhalten der Gegenpartei geschützt zu werden.

ii. Parteiwille als Kompetenzgrundlage

Das Schiedsgericht hat die Auseinandersetzung zwischen den Parteien in erster Linie gemäss anwendbarem materiellem Recht[522] und unter Berücksichtigung des von den Parteien gewählten Verfahrensrechts[523] zu entscheiden. Ferner hat das Schiedsgericht das Verfahren nach Massgabe der Schiedsvereinbarung und des Parteiwillens bzw. der anwendbaren Verfahrensordnung unter Berücksichtigung der Verfahrensgarantien[524] zu leiten. Die Gestaltung und Leitung des Verfahrens übt das Schiedsgericht mittels verfahrensleitender Verfügungen aus.[525] Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Prozesskaution angeordnet werden kann, ist eine verfahrensrechtliche Frage, welche das Schiedsgericht in Anwendung von Art. 182 IPRG[526] zu entscheiden hat.[527] Infrage kommen die nachfolgenden Konstellationen.

Sofern die Parteien – was zwar ungewöhnlich, aber möglich wäre – die Frage einer allfälligen Prozesskostensicherheit in der Schiedsvereinbarung adressiert haben, so ist diese Vereinbarung für das Schiedsgericht bindend; denkbar sind dabei sowohl eine explizite Kompetenzzuweisung wie auch ein Kompetenzentzug. Parteien können die auf das Verfahren anwendbaren Regeln grundsätzlich selbst bestimmen.[528] Dies gilt auch dann, wenn zusätzlich die Anwendbarkeit einer institutionellen Schiedsordnung beschlossen wurde, welche das Instrument der Prozesskostensicherheit nicht kennt. In diesen Fällen richtet sich die Kompetenz des

---

522 Vgl. Art. 187 IPRG; Art. 381 ZPO.

523 Vgl. Art. 182 IPRG; Art. 373 ZPO.

524 Vgl. hierzu statt vieler KNOLL in Arroyo Art. 182 IPRG N 26 ff.; BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER Art. 182 N 49 ff.; BORN, *Commercial,* 2154.

525 Ausführlich zum Instrument der verfahrensleitenden Verfügung BORN, *Commercial,* 2229 f.; ZAUGG, N 87 ff.

526 Bzw. Art. 373 ZPO.

527 Vgl. Order No. 1 vom 19. Dezember 2008 N 5.2.9, publ. in ASA Bull. 2010, 47 ff., welche Art. 182 IPRG zumindest als alternative Grundlage betrachtet.

528 Vgl. Art. 182 Abs. 1 IPRG; Art. 373 Abs. 1 lit. a ZPO.

Schiedsgerichts direkt nach dem sich aus der Schiedsvereinbarung ergebenden, expliziten Parteiwillen.[529]

Sofern die Parteien die Anwendung einer institutionellen Schiedsordnung vereinbaren, welche die Möglichkeit der Prozesskostensicherheit explizit vorsieht (oder möglicherweise ausschliesst), so richtet sich die Kompetenz des Schiedsgerichts direkt nach der anwendbaren Schiedsordnung.[530]

Sofern sich die Parteien auf eine Schiedsordnung geeinigt haben, welche die Prozesskostensicherheit nicht regelt, so ist diese Lücke durch das Schiedsgericht zu schliessen.[531] Dabei steht grundsätzlich eine Interpretation «aus sich heraus» im Vordergrund; primär sind Rechtsprechung und Vorarbeiten zur Schiedsordnung als Auslegungshilfen zu berücksichtigen.[532] Zudem ist auf «die Vorstellungen und Erwartungen der Parteien» abzustellen.[533] Folgt man der hier vertretenen Ansicht, dass eine Prozesskostensicherheit keine vorsorgliche Massnahme darstellt,[534] so ist für die meisten Schiedsordnungen von einer Lücke auszugehen, welche das Schiedsgericht in Anwendung von Art. 182 Abs. 2 IPRG unter Berücksichtigung des mutmasslichen Parteiwillens zu schliessen hat.[535]

Sofern sich die Parteien nicht auf die anwendbaren Verfahrensregeln geeinigt haben, obliegt deren Festlegung dem Schiedsgericht.[536] Einige Schiedsinstitutionen sehen eine solche *«catch all»*-Klausel auch in ihren Schiedsordnungen vor.[537] Das Schiedsgericht muss sich jedoch in jedem Fall am mutmasslichen Parteiwillen

---

529 BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER Art. 182 N 18, wobei sich Schiedsinstitutionen weigern können, ein Verfahren durchzuführen, wenn Parteiabreden im Widerspruch zur anwendbaren Schiedsordnung stehen. Es konnte jedoch keine institutionelle Schiedsordnung ausgemacht werden, welche die Anordnung einer Prozesskaution verbieten würde.

530 Vgl. für Schiedsordnungen, welche explizite Bestimmungen zur Prozesskostensicherheit enthalten Teil III.B.3 *supra.*

531 Vgl. BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1105.

532 BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER Art. 182 N 13.

533 BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER Art. 182 N 13; a.M. SATMER, 56, welcher subjektive Elemente bei der Auslegung der Schiedsordnung für unbeachtlich hält.

534 Vgl. zur Rechtsnatur Teil III.C.3 *supra.*

535 Vgl. zum mutmasslichen Parteiwillen Teil III.C.1.d)i *supra.*

536 Vgl. Art. 182 Abs. 2 IPRG; Art. 373 Abs. 1 lit. c ZPO.

537 Vgl. Art. 15 Abs. 1 Swiss Rules; Art. 19 ICC Rules.

orientieren; die Kompetenz zur alleinigen Festlegung der Verfahrensregeln gilt nur subsidiär.[538]

In jeder beschriebenen Konstellation ist entweder auf den expliziten und erkennbaren oder aber auf den mutmasslichen Parteiwillen abzustellen. Der in der Schiedsvereinbarung verankerte, übereinstimmende Parteiwille besteht u.a. darin, dass der eigene Kostenerstattungsanspruch vor treuwidrigem Verhalten der Gegenpartei geschützt wird.[539] Diese Parteierwartung bildet nach hier vertretener Auffassung – bei Abwesenheit einer expliziten Bestimmung im anwendbaren Verfahrensrecht – die Grundlage des Anspruchs auf Kostensicherheit. Aus diesem Anspruch ergibt sich folglich die Kompetenz des Schiedsgerichts zum Erlass einer Kautionsverfügung.

iii. Exkurs: Ausfluss von Treu und Glauben

Denkbar wäre auch eine Kompetenz des Schiedsgerichts, treuwidrigem Verhalten einer Prozesspartei auf der Grundlage von Treu und Glauben entgegenzutreten; der Grundsatz von Treu und Glauben ist auch in Schiedsverfahren anwendbar.[540] Ein Rückgriff darauf ist jedoch nur da angezeigt, wo weder Gesetz noch Parteivereinbarung Hilfestellung bieten.[541] Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Kompetenz des Schiedsgerichts, eine Prozesskostensicherheit anzuordnen, Ausfluss des durch die Schiedsvereinbarung materialisierten Parteiwillens. Ein Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben ist deshalb nicht notwendig. Sollte die vertragsrechtliche Auslegung der Schiedsvereinbarung jedoch zu keinem Ergebnis führen, so könnte auch der Grundsatz von Treu und Glauben Basis für eine schiedsrichterliche Intervention in Form einer Kautionsverfügung sein.

2. Rechtsnatur des Anspruchs auf Sicherstellung

Beim Anspruch einer Partei auf Prozesskostenersatz und Prozesskostensicherheit stellt sich die Frage, ob der Anspruch verfahrensrechtlicher oder vertragsrechtli-

538 Vgl. BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER Art. 182 N 33.

539 Vgl. ausführlich zu den Voraussetzungen Teil III.F *infra.*

540 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1156; STACHER, *Rechtsnatur,* N 367; vgl. auch Art. 15 Abs. 7 Swiss Rules.

541 STACHER, *Rechtsnatur,* N 370.

cher Natur ist. In der Literatur ist dies umstritten.[542] Während die Prozesskaution im Zivilprozess ihre Basis im anwendbaren Verfahrensrecht findet,[543] fehlt es in der Schiedsgerichtsbarkeit an einer prozessualen Kompetenzgrundlage.[544]

Nach den eben gemachten Ausführungen erhellt, dass die Grundlage der Prozesskostensicherheit in der Schiedsvereinbarung der Parteien zu suchen ist. Ausführungen zur Rechtsnatur des Anspruchs auf den Erlass einer Kautionsverfügung können deshalb kurzgehalten werden. Dieser ist Ausfluss des mutmasslichen Parteiwillens, den eigenen Kostenerstattungsanspruch in bestimmten Situationen vom Schiedsgericht geschützt zu sehen. Der Anspruch ist somit vertraglicher Natur.[545]

3. Fazit

Die Anordnung, eine Prozesskostensicherheit zu leisten, stellt keine vorsorgliche Massnahme dar. Die Kompetenz des Schiedsgerichts, eine Partei zur Leistung einer Prozesskostensicherheit anzuhalten, ergibt sich demnach auch nicht aus Art. 183 IPRG bzw. den in den jeweiligen institutionellen Schiedsordnungen enthaltenen Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen. Die Kompetenz des Schiedsgerichts, die Durchsetzung des potenziellen Kostenerstattungsanspruchs mittels Prozesskaution zu schützen, ergibt sich aus dem mutmasslichen Parteiwillen. Es handelt sich nach der hier vertretenen Auffassung um ein eigenständiges, im Parteiwillen verankertes Instrument zum Schutz der Integrität des Schiedsverfahrens.

Die Anordnung einer Prozesskostensicherheit ergeht als verfahrensleitende Verfügung nach Art. 182 IPRG.[546] Für die leistungspflichtige Partei ist die Anordnung insofern verbindlich, als die Nichtbefolgung mit negativen Konsequenzen behaftet ist; ein positiver Anspruch auf Leistung der Prozesskaution besteht hingegen nicht. Insofern kann die Leistung der Kaution auch als Obliegenheit bezeichnet werden,

---

542 Für eine verfahrensrechtliche Qualifikation plädierend BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 7. Für eine vertragsrechtliche Qualifikation plädierend BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 23; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 8; BSK IPRG-GRÄNICHER Art. 178 N 79.

543 Der Anspruch auf Prozesskostensicherheit nach Art. 99 ZPO wurde als rein verfahrensrechtlicher Anspruch qualifiziert, vgl. hierzu Teil II.C.3 *supra.*

544 Vgl. Teil III.B *supra.*

545 Vgl. ausführlich zur Herleitung dieser Schlussfolgerung Teil III.C.1.d) *supra.*

546 Vgl. auch Teil III.J.1 *infra.*

wobei die Missachtung der Anordnung dazu führt, dass die kautionspflichtige Partei ihren Anspruch nicht vor dem Schiedsgericht geltend machen kann.[547]

Für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit ist in Übereinstimmung mit der h.L. davon auszugehen, dass Art. 379 ZPO nicht die einzige Grundlage für eine Prozesskostensicherheit darstellt. Vielmehr ist Art. 379 ZPO als zusätzlicher Tatbestand zu verstehen, welcher – ausserhalb des Anwendungsbereichs des eben Beschriebenen – ebenfalls eine Prozesskostensicherheit nach sich ziehen kann.[548] Ein entsprechender Beschluss des Schiedsgerichts ergeht im Binnenschiedsverfahren nach Art. 373 ZPO.

D. Zuständigkeit

In der Lehre ist umstritten, wer für den Erlass einer Kautionsverfügung zuständig ist. In erster Linie richtet sich die Zuständigkeit nach der Parteivereinbarung.[549] In Abwesenheit eines erkennbaren Parteiwillens denkbar sind jeweils die exklusive Zuständigkeit des staatlichen Gerichts oder des Schiedsgerichts oder aber die parallele Zuständigkeit beider Spruchkörper. Die ausschliessliche Zuständigkeit des staatlichen Gerichts für den Erlass einer Prozesskostensicherheit macht in der Praxis keinen Sinn.[550] Die Mehrheit der Kommentatoren geht von einer ausschliesslichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts aus.[551] Andere Autoren erkennen eine parallele Zuständigkeit.[552] Unbestritten ist demnach, dass – ohne gegenteilige Be-

---

547 Vgl. ausführlich zu den Konsequenzen der Nichtbefolgung Teil III.J.2 *infra*.

548 Vgl. ausführlich zu Art. 379 ZPO Teil III.F.3 *infra*.

549 Statt vieler BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1592; BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 4; WAINCYMER, 644; RUBINS, 316; GU, 171.

550 Zu einem solchen Ergebnis kann theoretisch kommen, wer die Prozesskostensicherheit als vorsorgliche Massnahme qualifiziert, und die anwendbare *lex arbitri* die Kompetenz zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gleichzeitig den staatlichen Gerichten vorbehält, vgl. RUBINS, 335 m.w.H.

551 Vgl. MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 11; KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 8; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 28; GÖKSU, N 1848; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1592; BORN, *Commercial,* 2496; wohl auch BLACKABY et al., 317.

552 Vgl. BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 4; ALTENKIRCH, 226 ff.; SANDROCK, 35 f. (für Verfahren nach den UNCITRAL Rules).

stimmung in der *lex arbitri* – das Schiedsgericht (entweder exklusiv oder neben dem staatlichen Gericht) befugt ist, Prozesskautionen anzuordnen.[553]

Nach der hier vertretenen Auffassung ergeht die Anordnung, eine Prozesskostensicherheit zu leisten, als verfahrensleitende Verfügung gemäss Art. 182 IPRG bzw. Art. 373 ZPO,[554] wobei die Kompetenz des Schiedsgerichts dem Parteiwillen und somit direkt der Schiedsvereinbarung entspringt. Zuständig für verfahrensleitende Verfügungen ist einzig das in der Sache zuständige Schiedsgericht.[555] Für eine ausschliessliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts gibt es denn auch mehrere Gründe.

Ein Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung kann nicht vor Anhebung des Verfahrens gestellt werden. Es gibt deshalb keinen Anlass, vor einem staatlichen Gericht bereits vor Konstituierung des Schiedsgerichts den Erlass einer Kautionsverfügung zu beantragen. Die «Vollstreckung» der Kautionsverfügung erfolgt ausserdem unmittelbar durch das Schiedsgericht selbst.[556] Die Mitwirkung eines staatlichen Gerichts ist weder vorgesehen noch notwendig.

Eine solche Kompetenzzuordnung kommt auch dem Parteiwillen am nächsten. Die Parteien haben sich einer Schiedsvereinbarung unterworfen, welche ihre Auseinandersetzungen der staatlichen Gerichtsbarkeit entziehen soll. Es scheint deshalb sinnvoll, alle diejenigen Befugnisse exklusiv dem Schiedsgericht zu übertragen, für welche das Schiedsgericht nicht auf staatliche Intervention angewiesen ist bzw. für welche die staatlichen Gerichte gegenüber dem Schiedsgericht über keine Vorteile verfügen.[557]

Die ausschliessliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts deckt sich ferner mit dem Willen des Gesetzgebers, «die Einflussnahme der staatlichen Gerichtsbarkeit auf das unbedingt Notwendige» zu beschränken.[558] Dies macht insbesondere in

---

553 Einzig lange zurückliegende Schiedssprüche enthalten die Auffassung, dass das Schiedsgericht keine Prozesskaution anordnen darf; dies als Ausfluss der früher herrschenden Auffassung, dass Schiedsgerichten grundsätzlich keine Kompetenz zur Anordnung einer Prozesskostensicherheit zukommt, vgl. Sixth Order vom 12. November 1991, publ. in ASA Bull. 1995, 84 ff.; undatierte Verfügung eines Adhoc-Schiedsgerichts in Genf, publ. in ASA Bull. 1995, 529 ff.

554 Vgl. hierzu auch Teil III.J.1 *infra.*

555 BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 28.

556 Vgl. hierzu Teil III.J.2 *infra.*

557 ALTENKIRCH, 224; RUBINS, 319, 354.

558 Botschaft IPRG, 458.

Schiedsverfahren mit ausländischen Parteien Sinn, in welchen die Parteien ausser der Wahl des Schiedsorts möglicherweise keinen Bezug zum nationalen Recht haben. Es liegt im Interesse der Parteien, dass staatliche Gerichte nur dann aktiv werden können, wenn es auch im Interesse des Verfahrens liegt.[559] Für den Erlass einer Kautionsverfügung ist dies nicht der Fall.

Die ausschliessliche Zuständigkeit berücksichtigt schliesslich auch die internationale Entwicklung, prozessuale Aspekte des Schiedsverfahrens in die alleinigen Hände des Schiedsgerichts zu legen: *«As states recognize the economic benefit of promoting their cities as favorable venues for international arbitration, the trend seems to be even more extreme, towards a default rule depriving courts of jurisdiction over arbitral procedure.»*[560]

Die zweite in der Lehre vertretene Meinung erachtet Schiedsgerichte und staatliche Gerichte als parallel zuständig.[561] Zumindest teilweise ist dies die logische Konsequenz daraus, dass die h.L. die Prozesskaution als vorsorgliche Massnahme qualifiziert; für diese ist (aus guten Gründen) die parallele Zuständigkeit vorgesehen.[562] ALTENKIRCH geht denn auch – genau aus dem eben erwähnten Grund – davon aus, dass die meisten Schiedsordnungen und -gesetze, darunter die Swiss Rules sowie das IPRG und das UNCITRAL Model Law, von einer parallelen Zuständigkeit ausgehen.[563] Diese Ansicht steht jedoch im Widerspruch zur h.L. und bringt, wie bereits ausgeführt, auch keine praktischen Vorteile mit sich.

Es überwiegt die Auffassung, dass das Schiedsgericht für Kautionsverfügungen exklusiv zuständig ist.[564] Bemerkenswert ist dabei, dass sich ein Teil der Lehre für

---

559 Dies deckt sich auch mit dem von Art. 5 UNCITRAL Model Law verfolgten Ziel, staatliche Interventionen auf ein Minimum zu beschränken.

560 RUBINS, 335. Seit der Anpassung des English Arbitration Act – aufgrund der Entscheidung *Ken-Ren* – sieht das englische Recht explizit die ausschliessliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Prozesskostensicherheiten vor. Dasselbe gilt für internationale Schiedsverfahren in Singapur. Vgl. auch Teil III.B.2 *supra.*

561 Vgl. BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 4 für die Schweiz; ALTENKIRCH, 226 ff. für einen internationalen Überblick.

562 Vgl. Art. 374 Abs. 1 ZPO; Art. 183 IPRG. Für Verfahren nach IPRG ergibt sich dies nicht aus dem Wortlaut, die h.L. anerkennt jedoch die parallele Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen, vgl. BSK IPRG-MABILLARD Art. 183 N 5 m.w.H.

563 Vgl. ALTENKIRCH, 226 f., wenn auch mit der Einschränkung, dass staatliche Gerichte von dieser Kompetenz nur sehr zurückhaltend Gebrauch machen dürfen.

564 Vgl. Fn. 551 *supra.*

eine ausschliessliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts ausspricht, obwohl die Prozesskaution gleichzeitig als vorsorgliche Massnahme qualifiziert wird.[565] Dies ist zwar nicht konsequent, dem Ergebnis ist dennoch beizupflichten. Die ausschliessliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts ist die einzig sachgerechte Lösung; die Diskussion über deren Rechtsnatur soll darauf keinen Einfluss haben.

E. Antragsberechtigung und Mehrparteienverfahren

Im Folgenden wird dargestellt, welche Parteien einen Antrag auf Prozesskostensicherheit stellen dürfen. Dabei werden die beklagte bzw. widerbeklagte Partei, die klagende Partei sowie Konstellationen mit mehreren beklagten oder klagenden Parteien beleuchtet.

1. Beklagte und widerbeklagte Partei («Normalfall»)

Üblicherweise stellt die beklagte Partei einen Antrag auf Prozesskostensicherheit.[566] Die Sicherstellungspflicht der klägerischen bzw. der Schutz der beklagten Partei verkörpert den ursprünglichen Zweck der Prozesskaution.[567]

Dasselbe muss für diejenige Partei gelten, welche sich mit einer Widerklage konfrontiert sieht; sind die Voraussetzungen erfüllt, so muss ein Antrag auf Prozesskostensicherheit entsprechend auch für die widerbeklagte Partei möglich sein.[568] Die Interessenlage einer widerbeklagten Partei ist hinsichtlich Sicherstellung ihrer Parteikosten mit derjenigen der ursprünglich beklagten Partei identisch.[569] Dies muss auch für Binnenschiedsverfahren gelten, obwohl Art. 379 ZPO nur die be-

565 So MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 9, 11; KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 4; BORN, *Commercial,* 2495 f. Vgl. zu diesem Widerspruch auch Teil III.C.1.b)iv *supra.*

566 Statt vieler BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1590; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2583 N 49; VON SEGESSER/BOOG in Geisinger/Voser, 115; ALTENKIRCH, 244.

567 Vgl. hierzu Teil II.A *supra.*

568 Statt vieler KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 3; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1590; WAINCYMER, 642; zurückhaltender ALTENKIRCH, 258 ff.

569 GÖKSU, N 1850.

klagte Partei explizit erwähnt; die Begrenzung, wie sie das Gesetz vornimmt, wird folglich auch zu Recht stark kritisiert.[570]

Umstritten ist, ob eine beklagte Partei auch dann antragsberechtigt ist, wenn sie die Zuständigkeit des Schiedsgerichts in der Hauptsache bestreitet.[571] Ob ein Schiedsgericht in einem solchen Fall eine Prozesskostensicherheit anordnen darf oder nicht, kann m.E. einzig davon abhängen, ob das Schiedsgericht ermächtigt ist, einen Kostenentscheid zu treffen. Falls das Schiedsgericht die Kompetenz hat, einen Kostenerstattungsanspruch zu begründen, muss es auch die Kompetenz haben, diesen mittels Prozesskaution zu schützen.[572] Auch sich letztlich für unzuständig erklärende Schiedsgerichte können Kostenentscheidungen treffen.[573] Entsprechend verfügen auch sich für unzuständig erklärende Schiedsgerichte über die notwendige Kompetenz, um eine Prozesskostensicherheit anordnen zu können.[574]

2. Klagende Partei («Spezialfall»)

Umstritten ist, ob auch eine klagende Partei – ausserhalb des Kontexts einer Widerklage – berechtigt ist, einen Antrag auf Prozesskostensicherheit zu stellen.[575] Eine Sicherstellungspflicht darf in einer solchen Konstellation jedenfalls nicht leichtfertig angenommen werden. Diejenigen Autoren, welche eine Antragsberechtigung der klagenden Partei für möglich halten, setzen denn auch entsprechend hohe Anforderungen: *«In rare cases […], e.g. when the respondent, in an*

---

570 Vgl. MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 13; BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 5 mit zwei alternativen Ansätzen; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 33 f.; GÖKSU, N 1850; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1608; BERGER, *Security for Costs,* 14 f., Fn 8.

571 Bejahend BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 27; BERGER, *Security for Costs,* 13. Verneinend VEIT, 116.

572 Vgl. BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 27.

573 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1612; BERGER, *Security for Costs,* 13; STACHER, *Schiedsrichter,* 37 f.; BÜHLER, 259.

574 So im Ergebnis auch WAINCYMER, 651 f.

575 Die Antragsberechtigung ablehnend GÖKSU, N 1851; ALTENKIRCH, 262 f. Die Antragsberechtigung zumindest im Grundsatz befürwortend BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 5; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 45; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1590; BOOG in Arroyo, 2550 N 26; BERGER, *Security for Costs,* 14 f.; PÖRNBACHER/THIEL, 20.

obvious attempt of bad faith, is divesting itself of its assets to make itself an empty shell.»[576]

Eine Sicherstellungspflicht der beklagten Partei kann zwar, insbesondere bei Vorliegen von stark treuwidrigem Verhalten, im Grundsatz angebracht sein. Es ist jedoch fraglich, mit welchen Sanktionsmöglichkeiten ein Schiedsgericht die Leistung der Kaution gewährleisten kann. Weder die Aussetzung des Verfahrens noch die Abweisung der Klage[577] wären im Interesse der antragstellenden Partei. Effektiv ist eine der beklagten Partei auferlegte Prozesskostensicherheit aber nur, wenn sie entweder auf dem Weg der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann, oder aber deren Nichtbefolgung negative Folgen im Schiedsverfahren nach sich zieht.

Die schweizerische Lehre äussert sich soweit ersichtlich nicht zu diesem Dilemma. PÖRNBACHER/THIEL schlagen als Ausweg vor, nach Verstreichen einer Frist einen Arrest anzuordnen.[578] Nach schweizerischer Auffassung ist jedoch umstritten, ob ein Schiedsgericht überhaupt einen Arrest anordnen darf; die Lehre scheint dies überwiegend zu verneinen.[579] Denkbar wäre, dass das Schiedsgericht in Anwendung von Art. 185 IPRG den *juge d'appui* um Mitwirkung ersucht, welcher die Sicherstellung durchsetzen könnte.[580] Verhältnismässig wäre ein solches Vorgehen jedenfalls nur in eindeutigen Fällen. In allen anderen Fällen muss die Hoffnung ausreichen, dass die Gegenpartei im Bestreben, das Schiedsgericht nicht gegen sich aufzubringen, der Leistung der Sicherheit aus freien Stücken nachkommt. So oder so wäre die Anordnung einer Prozesskaution gegen die beklagte Partei eine Ausnahme; soweit ersichtlich gibt es hierzu keine publizierte Rechtsprechung.

---

576 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1590; vgl. auch BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 5; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 13, wobei nicht ganz klar wird, ob die Klägerin gemäss Letzterem in der Tat Sicherheit verlangen kann, oder ob dies nur möglich sein sollte.

577 Ausführlich zu den Konsequenzen der Nichtbefolgung Teil III.J.2 *infra.*

578 PÖRNBACHER/THIEL, 20.

579 Vgl. zum Arrest durch ein Schiedsgericht BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1248; ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 38; BOOG, N 99; SANGIORGIO, 145 ff. jeweils m.w.H.

580 Vgl. Art. 38 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 3 SchKG.

3. Verfahren mit mehr als zwei Parteien

Mit der Antragsberechtigung eng verknüpft ist die Frage der Kautionspflicht in Verfahren mit mehreren klagenden oder beklagten Parteien. Während die Frage, wer im bilateralen Verfahren für die Prozesskaution aufzukommen hat, trivial ist, bringen Mehrparteien-Konstellationen Besonderheiten mit sich.

Sind in ein Schiedsverfahren mehrere beklagte Parteien involviert, so kann jede dieser Parteien unabhängig der anderen die Leistung einer Prozesskaution beantragen. Die Dispositionsmaxime verlangt jedoch, dass nur die Sicherstellung der Parteikosten derjenigen Parteien angeordnet werden darf, welche einen entsprechenden Antrag gestellt haben.[581] Der Antrag einer beklagten Partei gilt deshalb nicht automatisch auch für die Prozesskosten der mitbeklagten Parteien. Möglich ist auch ein gemeinsamer Antrag aller beklagten Parteien, welcher jede Partei explizit benennt (bspw. im Rahmen der gemeinsam ausgefertigten Einleitungsantwort).

Treten in einem Schiedsverfahren mehrere klagende Parteien auf, so hängt die Kautionspflicht vom Verhältnis der Kläger untereinander ab. Sofern das Schiedsgericht bei Obsiegen der beklagten Partei alle Klägerinnen unabhängig voneinander zur Bezahlung einer Entschädigung verurteilen würde, muss der Antrag diejenige Partei identifizieren, gegen welche die Kautionsverfügung erlassen werden soll. Diese wird dann, falls die Voraussetzungen erfüllt sind, für einen Anteil an der mutmasslichen Gesamtentschädigung sicherstellungspflichtig.[582] Befinden sich die Klägerinnen hingegen in einer Streitgenossenschaft und haften solidarisch für den potenziellen Kostenerstattungsanspruch, so kann eine Prozesskaution nur dann angeordnet werden, wenn sie alle die notwendigen Voraussetzungen erfüllen. Andernfalls ist die obsiegende Partei durch die Solidarhaftung ausreichend geschützt.[583]

---

581 Vgl. zur Anwendbarkeit der Dispositionsmaxime im Schiedsverfahren STACHER, *Einführung,* N 275 ff.

582 BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 15 schreibt vom «Verhältnis ihres jeweiligen Streitwerts zum gesamten Streitwert», während BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 63 vom «Umfang […], in welchem die Rechtsbegehren dieser klagenden Parteien mutmasslich Parteikosten verursachen» ausgeht.

583 Vgl. zum Ganzen BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 15; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 63; KARRER/DESAX, N 46 ff.

Am Rande sei an dieser Stelle abschliessend erwähnt, dass das englische Zivilprozessrecht einem Gericht gestattet, Kautionsverfügungen unter bestimmten Voraussetzungen auch direkt gegen beteiligte Drittparteien zu erlassen, und sie so zur Leistung einer Sicherheit zu verpflichten.[584] Die Bestimmung sieht vor, dass im Fall einer Forderungsabtretung an die Prozesspartei oder bei Vorliegen einer Prozessfinanzierung auf diese Massnahme zurückgegriffen werden kann.[585] In der Schweiz besteht diese Möglichkeit nicht.

F. Voraussetzungen

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Prozesskaution werden sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung uneinheitlich definiert.[586] Auch führen diejenigen Schiedsordnungen, welche explizite Bestimmungen zur Regelung der Prozesskostensicherheit kennen, keine eigentlichen Voraussetzungen an.[587]

Im Folgenden werden zunächst diejenigen Voraussetzungen dargelegt, welche nach der hier vertretenen Auffassung für eine Prozesskostensicherheit in jedem Fall erfüllt sein müssen. In einem zweiten Schritt werden mögliche Szenarien beleuchtet, welche in der Literatur regelmässig als mögliche Gründe für eine Prozesskaution genannt werden. Sodann wird im dritten Teil gesondert auf die in Art. 379 ZPO verankerte Regelung eingegangen. In Lehre und Rechtsprechung werden schliesslich auch immer wieder Situationen beschrieben, in welchen das Schiedsgericht – trotz zunächst erfüllten Voraussetzungen – auf eine entsprechende Anordnung verzichten soll. Diese Ausnahmen bilden den Abschluss dieses Abschnitts.

Die h.L. orientiert sich hinsichtlich der Voraussetzungen der Prozesskostensicherheit regelmässig an den Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen und modifiziert diese soweit, sodass sie im Kontext der Prozesskaution Sinn erge-

---

584 Vgl. Rule 25.14(1) CPR.

585 Vgl. Rule 25.14(2) CRP. Vgl. hierzu auch Teil IV.B *infra*.

586 BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 165; vgl. für einen Überblick VON SEGESSER/BOOG in Geisinger/Voser, 115 f. m.w.H. Treffend auch die Aussage in Procedural Order von Oktober 2008 im ICC Case 14433 N 46, publ. in ICC Special Supplement 2014, 73 ff.: *«Various factors are considered when determining whether an order on security for costs should be rendered, however, there appears to be no ‹common denominator› in this determination.»*

587 Vgl. die Untersuchung bei YESILIRMAK, 5-85.

ben.[588] Auf diese Vorgehensweise, d.h. insbesondere auch auf die Unterteilung in die zwei Elemente «Verfügungsanspruch» und «Verfügungsgrund», wird an dieser Stelle bewusst verzichtet. Wie bereits beschrieben[589] stellt die Prozesskostensicherheit keine vorsorgliche Massnahme dar; die nur mithilfe von Anpassungen mögliche Anwendung des dazugehörigen Voraussetzungsrasters ist m.E. deshalb nicht zielführend. Vorzuziehen ist demgegenüber ein einzig auf die Spezifika der Prozesskostensicherheit zugeschnittenes Prüfungsschema. Ein solches, auf der bisherigen Lehre und Rechtsprechung basierendes Prüfungsschema wird im Folgenden vorgeschlagen.

Die Hürden für die Anordnung einer Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren sind hoch und unzweifelhaft höher als im staatlichen Gerichtsverfahren.[590] Das ist sachgerecht; die Prozesskostensicherheit ist ein Instrument des Schiedsgerichts, um in Ausnahmesituationen korrigierend eingreifen zu können.[591] Es sollte deshalb, insbesondere bei Fehlen einer expliziten Kompetenzgrundlage, nur mit grosser Zurückhaltung eingesetzt werden.[592] Oder mit den Worten VEITS: *«Ordering security for costs in international arbitration should not be the rule but rather the exception».*[593]

---

588 Vgl. statt vieler BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 6 ff.; BERGER, *Security for Costs,* 9 ff.; MAGLIANA in Arroyo Art. 26 SRIA N 14.

589 Vgl. Teil III.C *supra.*

590 LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 23-54 *(«[t]here are good arguments that a higher standard should be applied than in court proceedings»)*. A.M. ALTENKIRCH, 240 («immer dann, wenn die Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruchs in Gefahr ist. Es gibt keinen Grund, die Sicherungspflicht anders als vor staatlichen Gerichten auf Ausnahmefälle zu beschränken»).

591 Vgl. auch die Begründung im Entscheid vom 25. September 1997, N 8, publiziert in ASA Bull. 2001, 745 ff.

592 BSK IPRG-MABILLARD Art. 183 N 13; POUDRET/BESSON, N 554; Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 15, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff.; Procedural Order vom 6. Juni 2003 im ICC Case 12035 N 36, publ. in ICC Special Supplement 2010; Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003 N 20, publ. in ASA Bull. 2010, 28 ff.

593 VEIT, 116. Ähnlich GAILLARD/SAVAGE, N 1256 *(«[i]t would be particularly unfortunate if the granting of security for costs were to become the norm»),* POUDRET/BESSON, N 610 *(«only justified in very special cases»)* und schliesslich Procedural Order No. 14 vom 27. November 2002 N 4.1, publ. in ASA Bull. 2005, 112 ff.: *(«[a]rbitral precedents also show that security for costs should only be granted in extraordinary circumstances and with the greatest reluctance»).* Vgl. ferner Entscheid vom 17. Mai 2003 in

Vorwegzunehmen ist, dass das Schiedsgericht den Besonderheiten jeden Einzelfalls Rechnung zu tragen hat.[594] Es muss bei der Prüfung eines Antrags immer die Balance zwischen dem Recht der klagenden Partei, ihre Ansprüche geltend machen zu können, und dem Schutz der beklagten Partei vor der Uneinbringlichkeit ihres potenziellen Kostenerstattungsanspruchs im Auge behalten.[595] Daraus folgt auch, dass das Schiedsgericht eine Prozesskaution nur dann anordnen sollte, wenn es die Voraussetzungen als klar erfüllt erachtet; bestehen Zweifel daran, ist von einer Kautionsverfügung abzusehen.[596] In Binnenschiedsverfahren gelten – mit einer Ausnahme[597] – dieselben Voraussetzungen wie in internationalen Schiedsverfahren.[598] Die folgenden Ausführungen gelten deshalb gleichermassen für Verfahren nach IPRG wie auch für Verfahren nach ZPO.

1. Zwingende Voraussetzungen

An dieser Stelle werden diejenigen Voraussetzungen erörtert, welche nach hier vertretener Auffassung in jedem Fall erfüllt sein müssen, damit ein Schiedsgericht

---

einem Adhoc-Schiedsverfahren N 24, publ. in ASA Bull. 2010, 15 ff.; Procedural Order No. 4 vom 17. Juni 2003 N 23, publ. in ASA Bull. 2010, 23 ff.; Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 15, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff.

594 Vgl. BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 16 f., der feste («blinde») Automatismen bei der Beurteilung eines Kautionsantrags klar ablehnt. Vgl. auch WAINCYMER, 647 *(«each request for security for costs should be assessed on a case-by-case basis»)*.

595 Vgl. Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 17, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff.: *«At this point, it must be recalled that security for costs in international arbitration is first and foremost an issue about the conflict between the (insolvent) plaintiff's right to have access to arbitral justice on the one hand and the defendant's interest to have a reasonable chance of being able to enforce a future cost award issued in its favor on the other.»* Vgl. auch WAINCYMER, 643.

596 So die Argumentation in Procedural Order von Mai 2006 im ICC Case 13620, publ. in ICC Special Supplement 2014, 65 ff.: *«It is the Tribunal's view that the grant of security for costs in international commercial arbitration is an extraordinary remedy and should only be granted in clear cases. Rather than starting from a neutral standpoint, […], the Tribunal considers it appropriate to determine the application against this background.»*

597 Vgl. für Ausführungen zu Art. 379 ZPO Teil III.F.3 *infra.*

598 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1610. Abzulehnen ist m.E. die Auffassung, dass in Ergänzung von Art. 379 ZPO auf die in Art. 99 ZPO genannten Kautionsgründe abgestellt werden soll, vgl. DIKE ZPO-BRUNNER/STEININGER Art. 379 N 5; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 15.

eine Prozesskostensicherheit anordnen kann. Diese sind bewusst abstrakt formuliert; sie sollen unabhängig vom Sachverhalt Anwendung finden können. Die vier im Folgenden erläuterten Elemente müssen kumulativ erfüllt sein. Keine Rolle spielen die Erfolgsaussichten der Parteien im Hauptverfahren. Insbesondere in frühen Verfahrensstadien, in welchen Anträge auf Prozesskostensicherheit typischerweise gestellt werden, wäre eine *prima facie*-Beurteilung der materiellen Rechtsbegehren nicht sachgerecht.[599]

a) Theoretischer Anspruch auf Kostenerstattung

Grundlage jeder Kautionsverfügung bildet der potenzielle Anspruch auf Ersatz der im Verlaufe des Schiedsverfahrens angefallenen Kosten.[600] Nur wenn das Schiedsgericht der obsiegenden Partei diese in Anwendung der einschlägigen Verfahrensregeln zusprechen kann,[601] kann die Prozesskaution – als Sicherungsinstrument – überhaupt eine Rechtfertigung finden.[602]

Im Umkehrschluss bedeutet das, dass eine Prozesskaution dann nicht angeordnet werden darf, wenn sich die Parteien bspw. auf die American Rule geeinigt haben, oder wenn die anwendbare Schiedsordnung die American Rule (oder eine andere nicht dem Unterliegensprinzip folgende Kostenverteilung) vorsieht.[603]

b) Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs

Die zweite notwendige und sich direkt aus dem Zweck der Prozesskostensicherheit ergebende Voraussetzung ist die (absolute) Gefährdung des potenziellen Kos-

---

599 So auch die h.L. in der Schweiz, vgl. BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 18; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1595; KARRER/DESAX, N 32. Im Ausland wird teilweise eine andere Auffassung vertreten, vgl. PÖRNBACHER/THIEL, 18 ff.; ALTENKIRCH, 241 ff., wobei dieser den erforderlichen Test mit unter 50 % angibt. Vgl. zum Dilemma der Hauptsachenprognose auch WAINCYMER, 649.

600 Zu den Kosten eines Schiedsverfahrens vgl. Teil III.A.1 *supra.*

601 Vgl. Art. 40 Abs. 2 Swiss Rules; Art. 42 Abs. 1 UNCITRAL Rules, Art. 38 Abs. 5 ICC Rules; Art. 28.2 f. LCIA Rules; Art. 384 Abs. 1 lit. f ZPO.

602 Vgl. statt vieler BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 7. Zu den Kostenverteilungsgrundsätzen im Schiedsverfahren vgl. auch Teil III.A.3 *supra.*

603 Zur American Rule vgl. Teil III.A.4 *supra.*

tenerstattungsanspruchs.[604] Es muss ein berechtigter Grund zur Annahme bestehen, dass die Vollstreckung eines zukünftigen Kostenentscheids ins Leere laufen würde. Bestehen keine Anhaltspunkte, dass die klägerische Partei einen gegen sie erlassenen Kostenentscheid nicht erfüllen würde, gibt es schlicht keinen Anlass für dessen Sicherstellung; eine Prozesskaution darf in diesem Fall nicht angeordnet werden.

In der Lehre wird in diesem Zusammenhang teilweise zwischen Zahlungsunfähigkeit[605] und Zahlungsunwilligkeit der klagenden Partei unterschieden,[606] wobei die Zahlungsunfähigkeit den meistgenannten Grund für eine Prozesskaution darstellt.[607] Relevant ist m.E. jedoch einzig die abstrakte Gefährdung der späteren Vollstreckung des Kostenentscheids. Reine Zahlungsunwilligkeit stellt so lange keine Gefährdung dar, wie das Urteil auf dem gewöhnlichen Weg der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann. Die Prozesskostensicherheit schützt die antragstellende Partei nicht vor der Nichtbefolgung des Schiedsspruchs durch die unterlegene Partei, sondern vor der drohenden ultimativen Uneinbringlichkeit.

Das Schiedsgericht muss vor dem Erlass einer Kautionsverfügung entsprechend feststellen, dass die Vollstreckung des Kostenentscheids erheblich gefährdet ist. Für deren Gefährdung kann es verschiedene Gründe geben, Zahlungsunfähigkeit ist nur einer davon.[608] Als zwingende Voraussetzung ist deshalb auf die abstrakte Gefährdung des Anspruchs und nicht auf die Zahlungsunfähigkeit abzustellen.

c) Zunahme der Gefährdung seit Abschluss der Schiedsvereinbarung

Der überwiegende Teil der Lehre verlangt als Voraussetzung einer Kautionsverfügung eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse zwischen dem Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung und dem Zeitpunkt des Schiedsverfahrens.[609] Dabei steht i.d.R. eine in besagtem Zeitraum eingetretene Zahlungsunfä-

---

604 Vgl. statt vieler BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 9; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1596; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2584 N 54; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 15.

605 Vgl. zur Zahlungsunfähigkeit als Kautionsgrund auch Teil III.F.2.b) *infra.*

606 Vgl. SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 379 N 8 f.; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 40.

607 Vgl. statt vieler BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1599.

608 Vgl. für mögliche Szenarien Teil III.F.2 *infra.*

609 Vgl. BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 10; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 19; KARRER/DESAX, N 33, 35; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* 1598; POUDRET/BESSON,

higkeit oder zumindest eine erhebliche Verschlechterung der finanziellen Situation der klagenden Partei im Vordergrund.

Eine Beschränkung dieses Kriteriums auf die Verschlechterung der finanziellen Situation ist im hier vorgeschlagenen Voraussetzungsraster – unbesehen der Tatsache, dass sie in einer Mehrheit der Fälle im Mittelpunkt stehen dürfte – nicht vorgesehen. Notwendig ist einzig, dass die absolute Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs zwischen Abschluss der Schiedsvereinbarung und Einleitung des Schiedsverfahrens erheblich zugenommen hat, und zwar unabhängig des Ursprungs dieser Gefährdung.

Die Begründung für die Notwendigkeit dieses Kriteriums ist naheliegend. Sofern der Grund für die Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs bereits im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung bestand, musste die antragsberechtigte Partei damit rechnen, dass ein Kostenentscheid in einem allfälligen Schiedsverfahren nicht oder nur sehr schwer vollstreckbar sein würde. Wer in einem solchen Fall (ohne Absicherung)[610] eine Schiedsvereinbarung eingeht, nimmt dieses Risiko in Kauf.[611] So kann sich die beklagte Partei bspw. nicht im Nachhinein darauf berufen, dass die klagende Partei in einer sogenannten *«offshore jurisdiction»* inkorporiert ist, wenn dies bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Fall war.[612] Auch die grundsätzliche Tatsache, dass die Vollstre-

N 610; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2584 N 56; MAGLIANA in Arroyo Art. 26 SRIA N 14; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 25; ALTENKIRCH, 233; SANDROCK, 30.

610 Eine Absicherung könnte bspw. darin bestehen, dass bereits die Schiedsvereinbarung vorsieht, dass die klagende Partei in jedem Fall eine Prozesskaution leisten muss.

611 KARRER/DESAX, N 35; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1598; WAINCYMER, 650; RUBINS, 357 f.; HO, 336; PÖRNBACHER/THIEL, 18.

612 Vgl. Schiedsspruch vom 28. Februar 1994 im ICC Case 7047, publ. in ASA Bull. 1995, 301 ff., wobei HO, 339 dafür plädiert, den angewandten Grundsatz mit Zurückhaltung anzuwenden, wenn Parteien unterschiedlicher Verhandlungsstärke Verträge abschliessen; Procedural Order vom 19. Dezember 2003 im ICC Case 12542/EC N 57, publ. in ASA Bull. 2005, 685 ff.: *«The Respondent's place of incorporation, Cyprus, and the fact that the Respondent is an offshore company, are irrelevant in the Arbitral Tribunal's opinion. The Respondent's contracting party has been a Cyprus company from the inception of the contractual relationship in 1999. The Respondent is therefore estopped from submitting that the position suddenly changed to its detriment after the agreement in dispute was entered into.»*

ckung im Sitzstaat der Gegenpartei schwierig ist, gereicht nicht als Grund für eine Prozesskostensicherheit.[613]

d) Treuwidriges Verhalten

Abgesehen von den bereits erläuterten Voraussetzungen, welche sich teilweise direkt aus dem Zweck der Prozesskostensicherheit ergeben, variieren die verbleibenden Anforderungen in Rechtsprechung und Literatur zum Teil erheblich. Insbesondere stellt sich die Frage, ob eine gravierende Verschlechterung der finanziellen Situation der leistungspflichtigen Partei für sich bereits als Grund für den Erlass einer Prozesskaution ausreicht, oder ob zusätzlich treuwidriges Verhalten vorausgesetzt wird. Unbestritten ist, dass eine Prozesskaution nur in aussergewöhnlichen Fällen angeordnet werden soll.

i. Herrschende Lehre: Besondere Umstände

Nach Auffassung der schweizerischen h.L. ist eine Prozesskostensicherheit nur dann anzuordnen, wenn «besondere» (teilweise auch «aussergewöhnliche») Umstände eine solche rechtfertigen.[614] Als solche besonderen Umstände werden Situationen verstanden, in welchen sich entweder die finanzielle Situation der klagenden Partei seit Abschluss der Schiedsvereinbarung stark verschlechtert habe, oder in welchen die klagende Partei den gegnerischen Kostenerstattungsanspruch mittels treuwidrigem Verhalten zu vereiteln versuche.[615]

Einerseits sei eine Prozesskaution dann angemessen, wenn sich die finanzielle Situation der leistungspflichtigen Partei seit Abschluss der Schiedsvereinbarung so drastisch verschlechtert habe, dass diese zahlungsunfähig geworden sei. Zahlungs-

---

613 Vgl. Procedural Decision vom 11. Juni 2003 im ICC Case 12228, publ. in ICC Special Supplement 2010: *«In the Arbitral Tribunal's view [the question whether Respondent was aware of the alleged hindrance to the enforceability of an Award in Egypt] can be left open since a party who fails to review the validity and enforceability of a choice of law clause and an arbitration clause under the laws applicable at the domicile of its contract partner takes the risk of an unexpected surprise and cannot invoke this lack of due diligence as reason for security for costs.»*

614 Vgl. statt vieler BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2584 N 54; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1598 ff.

615 Vgl. BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1598 ff.; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2584 N 55 f.; MAGLIANA in Arroyo Art. 26 SRIA N 14; SRIA-STACHER Art. 41 N 25 ff.; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 25; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 15 f.; BERGER, *Security for Costs,* 10 ff.

unfähigkeit dürfe dabei «nicht leichtfertig angenommen werden»,[616] die blosse Eröffnung eines Insolvenzverfahrens sei nicht ausreichend. Die Anordnung einer Prozesskaution könne jedoch dann angezeigt sein, wenn die Konkurs- oder Nachlassmasse nicht über genügend Aktiven zur Deckung eines allfälligen Anspruchs der Gegenpartei verfüge, wenn ein Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt werde, wenn die beklagte Partei bereits einen Verlustschein gegen die klagende Partei besitze, oder wenn die klagende Partei ihre Geschäftstätigkeit aufgegeben habe, offenkundig überschuldet sei und über kaum liquide Mittel verfüge.[617]

Andererseits gebe auch treuwidriges Verhalten Anlass für eine Prozesskaution. Unter dem Begriff des treuwidrigen Verhaltens werden dabei Situationen zusammengefasst, in welchen eine Partei im Hinblick auf das Schiedsverfahren wider Treu und Glauben Massnahmen ergreift, um die Durchsetzung eines allfälligen Kostenerstattungsanspruchs der Gegenpartei zu erschweren oder zu vereiteln.[618] Darunter fallen bspw. die Zession des materiell-rechtlichen Hauptanspruchs an eine (vermögenslose) Zweckgesellschaft, die nicht zu Drittbedingungen *(«at arm's length»)* erfolgende Vermögensentäusserung, absichtlich herbeigeführte Insolvenz oder die Sitzverlegung bzw. Vermögensverschiebung in Staaten, in welchen die Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs nicht oder nur sehr schwer möglich ist.[619]

Liegt nun zusätzlich zu den anderen Voraussetzungen ein in eine dieser zwei Kategorien – «qualifizierte» Zahlungsunfähigkeit» oder «treuwidriges Verhalten» – fallender Sachverhalt vor, so ist nach der h.L. eine Prozesskostensicherheit anzuordnen.

---

616 BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 15. Dieselbe Formulierung (in englischer Sprache) findet sich auch bei BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1599; Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 19, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff.

617 Vgl. zum Ganzen BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1599; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2584 f. N 56; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 25; SRIA-STACHER Art. 41 N 27; Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 16 ff., publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff.

618 Statt vieler BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1600; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2584 N 55; BERGER, *Security for Costs,* 12.

619 ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 25; vgl. auch BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2584 N 55; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1600.

ii. Hier vertretene Auffassung: Treuwidrigkeit ist zwingende Voraussetzung

Nach der hier vertretenen Auffassung setzt die Anordnung einer Prozesskaution grundsätzlich treuwidriges Verhalten voraus. Die vorgenannten Elemente reichen – unabhängig vom «Schweregrad» einer Insolvenz[620] – nicht aus; notwendig ist zusätzlich das Vorliegen von Treuwidrigkeit. Die h.L. teilt diesen strengeren Ansatz nicht,[621] obschon er in Literatur und Rechtsprechung durchaus Unterstützung erfährt. So schreiben KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI: *«Arbitral practice is no univocal on the level of risk required, but it is generally accepted that it should be clearly established and involve an element of fraud aimed at frustrating the opponent's potential cost claim.»*[622]

Verschiedene publizierte Schiedssprüche stützen die hier vertretene Auffassung. So hielt, in einem Fall, in welchem sich die klägerische Partei freiwillig in Liquidation begeben hatte, ein Schiedsgericht mit Sitz in Genf unter dem Vorsitz von Claude Reymond fest: *«[I]nternational arbitration arises in connection with contracts or other operations of international trade, in the wide sense of the world, which imply greater risks than domestic trade. Such risks are to be borne by the parties, including, in the view of this Tribunal, the risk of the other party falling into financial difficulties, up to and including bankruptcy.»*[623] Da die freiwillige Liquidation jedoch nichts mit dem Schiedsverfahren zu tun hatte *(«[i]t has neither been alleged nor proved that this decision was made in circumstances amounting at bad faith»),* handle es sich um die Materialisierung eines kommerziellen Gegenparteirisikos.[624] Später erlassene Schiedssprüche sind dieser Argumentation

---

620 Vgl. statt vieler BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1599 zum von der h.L. akzeptierten Standard, ab wann Zahlungsunfähigkeit *(«manifest insolvency»)* anzunehmen ist.

621 Teilweise scheint auch nicht ganz klar, ob treuwidriges Verhalten vorausgesetzt wird oder nicht. So schreibt ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 25: *«[…] and require the requesting party to establish, on a prima facie basis, that the opposing party is abusively reducing assets.»* Gemäss den weiteren Ausführungen scheint die Insolvenz einer Partei jedoch auch ohne treuwidriges Element auszureichen (ebenfalls N 25).

622 KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 6.117.

623 Entscheid vom 25. September 1997, publ. in ASA Bull. 2001, 745 ff., 749.

624 Derselben Ratio folgt auch Procedural Order No. 4 vom 17. Juni 2003 N 29, publ. in ASA Bull. 2010, 23 ff.: *«[T]he Arbitral Tribunal determines that Respondent has failed to produce prima facie evidence that Claimant's status as a company ‹in Bankruptcy› stands in any direct or indirect connection with this arbitration, i.e., that*

gefolgt.[625] In einem anderen Fall wurde von einem Schiedsgericht, ebenfalls mit Sitz in der Schweiz, festgehalten: «Zusammengefasst hält das Schiedsgericht fest, dass die Anordnung einer Kostensicherstellung auf Machenschaften einer Partei zu beschränken ist, die ein Verhalten wider Treu und Glauben erkennen lassen.»[626]

Anders gestaltet sich die Situation, wenn die Zahlungsunfähigkeit vorsätzlich herbeigeführt wird, bspw. indem Geschäftsteile ohne angemessene Gegenleistung auf verbundene (Konzern-)Gesellschaften übertragen werden, um letztlich nur noch als vermögenslose Mantelgesellschaft dazustehen. Dieser zweite Fall wird vom Kriterium des treuwidrigen Verhaltens erfasst. So führte das bereits eingangs erwähnte Genfer Schiedsgericht weiter aus: *«By contrast, it may happen that a party takes certain steps in order to divest itself from its assets so as to be just an empty shell in case it loses the arbitration. Such manoeuvres, contrary to good faith, could justify an order for security for costs.»*[627]

Im Kern geht es um die Frage, ob die Zahlungsunfähigkeit einer Partei das Resultat eines gewöhnlichen, kommerziellen Gegenparteirisikos ist, oder ob sie auf treuwidrige Art und Weise absichtlich herbeigeführt wurde. GAILLARD/SAVAGE fassen diese Ratio wie folgt zusammen: *«The fact that a party is suffering financial*

Claimant deliberately manoeuvred itself into insolvency so as to deprive Respondent from recovering a possible future award in its favor.»

625 So hielt ein ICC-Schiedsgericht in Procedural Order vom 6. Juni 2003 im ICC Case 12035 N 52, publ. in ICC Special Supplement 2010, fest: *«Claimant has filed for reorganization proceedings in Mexico. This is a business risk that Respondents have to bear and nothing on record shows that Claimant has acted in bad faith.»* Vgl. auch Entscheid vom 17. Mai 2003 in einem Adhoc-Schiedsverfahren N 24, publ. in ASA Bull. 2010, 15 ff.; Procedural Order von Januar 2007 im ICC Case 14355 N 3 d), publ. in ICC Special Supplement 2014, 70 ff. Vgl. schliesslich POUDRET/BESSON, N 610 m.w.H.

626 Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003 in Ccia-Ti Nr. 103/00 N 20, publ. in ASA Bull. 2010, 28 ff.; vgl. auch die Anmerkung des Adhoc-Komitees im Aufhebungsverfahren zum ICSID Case No. ARB/09/17 vom 20. September 2012 N 45: *«[T]he power to order security for costs should be exercised only in extreme circumstances, e.g., where abuse or serious misconduct has been evidenced.»*

627 Entscheid vom 25. September 1997, publ. in ASA Bull. 2001, 745 ff., 749. Zu einem ähnlichen Schluss kommt die Procedural Order vom 6. Juni 2003 im ICC Case 12035 N 49, publ. in ICC Special Supplement 2010: *«[N]othing in the record indicates that the Claimant fashioned its insolvency in view of this arbitration or otherwise abusively. For this (additional) reason, the Tribunal concludes that Respondents' request for security for costs should be dismissed.»*

difficulties or is the subject of bankruptcy proceedings is certainly not sufficient, in itself, to form the basis of a request for security. However, that may not be the case where a party appears to have deliberately organized its insolvency while commencing what may prove to be lengthy and expensive arbitral proceedings against its co-contractor.»[628]

Wie eingangs erwähnt, ist Treuwidrigkeit nach der hier vertretenen Auffassung als Kriterium vorauszusetzen. Als treuwidrig ist ein Verhalten dann zu verstehen, wenn im Hinblick auf das Schiedsverfahren Handlungen vorgenommen werden, welche zum Ziel haben, die Vollstreckung des potenziellen Kostenerstattungsanspruchs der Gegenpartei zu erschweren oder zu vereiteln.[629] Diese müssen sich nicht zwingend direkt auf die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft auswirken, sondern können auch andere Auswirkungen haben, welche die Vollstreckbarkeit des potenziellen Kostenerstattungsanspruchs gefährden.[630] Entscheidend ist, dass das Ziel der Handlung in der Vereitelung des gegnerischen Kostenerstattungsanspruchs liegt und sich nicht unternehmerisch rechtfertigen lässt. Kommen mehrere Motive für ein potenziell treuwidriges Handeln in Betracht, liegt es am Schiedsgericht, zu entscheiden, ob die Handlung in Abwägung aller Umstände als treuwidrig qualifiziert. Gelingt es der antragsgegnerischen Partei, dem Schiedsgericht plausibel aufzuzeigen, dass eine möglicherweise als treuwidrig einzustufende Handlung in keinem Zusammenhang zum Schiedsverfahren steht, ist konsequenterweise vom Erlass einer Kautionsverfügung abzusehen. In Anbetracht der insgesamt strengen Voraussetzungen rechtfertigt sich eine Sicherstellung hingegen dann, wenn das Schiedsgericht davon ausgehen muss, dass die Vereitelung des

---

628 GAILLARD/SAVAGE, N 1256; vgl. auch GOLDSTEIN, 16 f.: *«Only infrequently will an award of security for costs be made against a party in this position as the result of normal business difficulties; the risk of financial distress affecting the collectibility of damages or costs is seen as one of the business risks associated with the underlying transaction.»* Vgl. auch ANUKARAN, 85.

629 Vgl. die Formulierung im Entscheid vom 17. Mai 2003 in einem Adhoc-Schiedsverfahren N 25, publ. in ASA Bull. 2010, 15 ff.: *«Rather the general approach followed by the quoted authorities aims to limit security for costs in international arbitration to cases where a party has deliberately and in view of the arbitration taken steps so as to ensure that the other party, in case of a final award in its favor, would be deprived of recovering the costs of the arbitration.»* Ähnliche bzw. fast identische Formulierungen finden sich auch in der Procedural Order No. 4 vom 17. Juni 2003 N 27, publ. in ASA Bull. 2010, 23 ff.; Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003 in Ccia-Ti Nr. 103/00 N 20, publ. in ASA Bull. 2010, 28 ff.; vgl. auch BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 44.

630 Zu möglichen Kautionsgründen vgl. Teil III.F.2 *infra.*

gegnerischen Kostenerstattungsanspruchs für die Handlung zumindest mitursächlich war.

iii. Begründung

Die Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft kann verschiedene Gründe haben. Nach der hier vertretenen Auffassung ist derjenigen Rechtsprechung[631] beizupflichten, welche zum Schluss kommt, dass die Zahlungsunfähigkeit einer Partei dann keine Grundlage für eine Prozesskaution bilden könne, wenn sie lediglich Ausfluss eines marktwirtschaftlichen Risikos sei. Lehre und Rechtsprechung sind einhellig der Auffassung, dass die Anordnung einer Prozesskostensicherheit ohne explizite Kompetenzgrundlage keine gewöhnliche Massnahme darstelle, sondern nur in aussergewöhnlichen Fällen anzuordnen sei. Entsprechend kann sie auch nicht die Konsequenz einer gewöhnlichen Entwicklung – wie die Materialisierung eines wirtschaftlichen Insolvenzrisikos – sein. Es ist m.E. nicht Zweck der Prozesskostensicherheit, die beklagte Partei vor dem gewöhnlichen Insolvenzrisiko der Gegenpartei zu schützen. Dieser Ansatz ist insbesondere aus zwei Gründen zu befürworten.

Zum einen ergibt sich die Kompetenzgrundlage des Schiedsgerichts, eine Prozesskostensicherheit anzuordnen, aus dem Parteiwillen und damit direkt aus der Schiedsvereinbarung.[632] Es entspricht dem (mutmasslichen) Parteiwillen, vom Schiedsgericht vor treuwidrigem Verhalten der Gegenpartei geschützt zu werden.[633] Die Anwendung des Instruments der Prozesskaution zum Schutz vor einem gewöhnlichen, kommerziellen Gegenparteirisiko würde hingegen in die wirtschaftliche Risikoallokation zwischen den Parteien eingreifen. Es ist eine kommerzielle Aufgabe, sich vor einem Vertragsabschluss mit allen Aspekten der beabsichtigten Transaktion, den dem Geschäft inhärenten Risiken und auch der Kreditwürdigkeit der Gegenpartei auseinanderzusetzen. Auf diesen sowie weiteren – reziproken – wirtschaftlichen Überlegungen basiert der marktwirtschaftliche Preisbildungsmechanismus. Wird nun im Rahmen eines Schiedsverfahrens eine Prozesspartei vor der Uneinbringlichkeit ihrer Parteientschädigung und damit vor einem Gegenparteirisiko geschützt, entfernt das Schiedsgericht nachträglich eines der Elemente der Preisbildung zwischen den Vertragsparteien. Die Aussicht darauf, dass ein Schiedsgericht in der Zukunft einen potenziellen Kostenerstattungs-

---

631 Für Hinweise zu publizierten Schiedssprüchen vgl. Teil III.F.1.d)ii *supra.*

632 Vgl. Teil III.C.1.d)ii *supra*.

633 Vgl. Teil III.C.1.d)i *supra.*

anspruch vorsorglich schützen würde, verändert folglich – zumindest theoretisch – das eingepreiste Gesamtrisiko einer Vertragsbeziehung und damit indirekt auch diejenigen Parameter, welche für die private Preisfindung, im Ergebnis also für die marktwirtschaftliche Ressourcenallokation relevant sind. Es kann jedoch nicht das Ziel der Prozesskostensicherheit sein, indirekte Auswirkungen auf die Risiko- und Ressourcenallokation der Vertragsparteien nach sich zu ziehen. Ohne entsprechende Hinweise kann ein solcher Parteiwille deshalb nicht ohne Weiteres angenommen werden.

Zum anderen trägt die hier vertretene Auffassung dem Umstand Rechnung, dass die Leistung einer Prozesskaution für die klagende Partei eine hohe, möglicherweise unüberwindbare Hürde auf dem Weg zur Durchsetzung ihres Anspruchs darstellen kann. Gerade für Parteien in prekären finanziellen Verhältnissen kann eine Prozesskaution die klageweise Geltendmachung eines Anspruchs verunmöglichen.[634] Diesem Aspekt ist Rechnung zu tragen, und im Zweifel ist die Rechtsweggarantie höher zu gewichten.[635]

Im Kontext dieser Abwägung zwischen dem Schutz eines potenziellen Kostenerstattungsanspruchs der beklagten Partei und dem Recht der klagenden Partei auf eine schiedsgerichtliche Beurteilung ihres behaupteten Anspruchs ist ferner zu beachten, dass ein Schiedsverfahren für die klagende Partei auch ohne die Anordnung einer Prozesskaution sehr teuer sein kann. Die eigenen Kosten und der zu leistende Kostenvorschuss – allenfalls auch der Anteil am Kostenvorschuss der Gegenpartei – erfordern bereits vor Einleitung der Klage einen beträchtlichen finanziellen Aufwand und schaffen so gerade für finanziell angeschlagene Gesellschaften genügend Anreiz, nur aussichtsreiche Klagen einzuleiten.[636] Die Möglichkeit, dass auch zahlungsunfähige oder insolvente Parteien ihre Ansprüche geltend machen können, ist m.E. höher zu gewichten, als der Schutz der beklagten

---

634 Vgl. BORN, *Commercial,* 2496.

635 Vgl. SCHWARTZ, 384 f., der diese Abwägung folgendermassen vornimmt: *«The [right to have access to justice] is clearly a right, while the [interest of being able to enforce a costs award], although important, is nevertheless not a right but merely an interest. In my submission, this difference between the ‹interests› being weighed therefore commands that the [former] be accorded greater importance in the balancing process and that, accordingly, an applicant for security for costs must have a very heavy burden to satisfy.»*

636 Vgl. CRAIG/PARK/PAULSSON, N 468 f. zum Kostenvorschuss: *«[It already] offers a certain guarantee against abusive and extravagant claims.»* Vgl. auch LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 23-54.

Partei vor Klagen durch finanziell angeschlagene Gegenparteien.[637] Ein unter den Swiss Rules agierendes Schiedsgericht hat dies im Jahr 2008 in einem Verfahren mit zwei klagenden und 16 beklagten Parteien treffend zusammengefasst:

> *«Imposing security for costs is likely to unduly restrict Claimants' access to arbitral justice. By requiring Claimants to pay a deposit of CHF 117,032.95, the Arbitral Tribunal already is effectively testing Claimants' ability to fund the costs of this arbitration. If Claimants fail to pay the deposit, the Arbitral Tribunal may suspend or terminate the arbitral proceedings. […] To additionally require a payment of security for costs at this time, when there is prima facie evidence of a significant restriction on Claimants' ability to pay large sums of money, could ultimately mean that Claimants opt no longer to prosecute their case. This restriction on Claimants' ability to arbitrate the case appears to be unjustified.»*[638]

Nach dem Gesagten ist die Prozesskostensicherheit als Instrument zu betrachten, welches das bestehende Risikogleichgewicht der Parteien zu schützen versucht, welches jedoch nicht in die wirtschaftliche Risikoallokation der Parteien einzugreifen hat. Sie dient primär dazu, Gegenparteien vor treuwidrigen Handlungen zu schützen. Treuwidrigkeit stellt nach hier vertretener Auffassung deshalb eine zwingende Voraussetzung der Prozesskaution dar.

iv. Ausnahme

Eine Ausnahme von der strengen Voraussetzung der Treuwidrigkeit ist nach hier vertretener Auffassung dann zu machen, wenn die klagende Partei aufgrund ihrer eigenen Zahlungsunfähigkeit für die Finanzierung des Schiedsverfahrens ausschliesslich oder überwiegend auf finanzielle Mittel einer Drittpartei zurückgreift, welche nicht an die Schiedsvereinbarung gebunden ist, und welche deshalb im Falle des Unterliegens nicht belangt werden kann.[639] Ist eine Partei nicht in der

---

637 So auch die Argumentation in Procedural Order vom 6. Juni 2003 im ICC Case 12035 N 51, publ. in ICC Special Supplement 2010: *«In the absence of any prima facie evidence that the Claimant's case is unjustified or frivolous or that the Claimant has been organizing its insolvency in view of this arbitration or has otherwise acted abusively, the Tribunal finds that in the present case the Respondents' interest does not prevail over the Claimant's interest in having access to justice.»*

638 Order No. 1 vom 19. Dezember 2008 N 7.3.6, publ. in ASA Bull. 2010, 47 ff. Vgl. auch SCHWARTZ, 384 f.

639 Ausführlich zu dieser Problematik Teil IV.B *infra*.

Lage, die vorab zu entrichtenden Kosten eines Schiedsverfahrens (Kosten der eigenen Vertretung, Registrierungsgebühr, Kostenvorschuss inkl. allfälligem Anteil am Kostenvorschuss der Gegenpartei) zu tragen, wäre es stossend, der Gegenpartei das Vollstreckungsrisiko ihres potenziellen Kostenerstattungsanspruchs aufzubürden. Dabei ist nach hier vertretener Auffassung irrelevant, ob es sich um eine klassische Prozessfinanzierung handelt, oder ob von anderen Finanzierungsformen Gebrauch gemacht wird.[640]

Solange der Weg ans Schiedsgericht für eine Partei aus eigener Kraft möglich ist, sollte gegen eine Prozesskaution und zugunsten der Rechtsweggarantie sowie des Anspruchs auf eine Beurteilung der Streitsache durch das vertraglich vereinbarte Schiedsgericht entschieden werden. Dem liegt folgende Ratio zugrunde: Eine Partei, welche grundsätzlich bereit und fähig ist, für einen behaupteten Anspruch ein hohes (eigenes) Kostenrisiko einzugehen, sollte nicht vom Schiedsverfahren ausgeschlossen bleiben. Wälzt die klägerische Partei dieses Kostenrisiko auf eine Drittpartei ab, welche sich ausserhalb des Wirkungsbereichs des Schiedsgerichts befindet, so soll auch ihre Gegenpartei vor dem Kostenrisiko geschützt werden.[641]

Die externe Finanzierung des Schiedsverfahrens ist nicht als treuwidriges Verhalten zu werten; sich für die Durchsetzung eines Anspruchs auf die finanziellen Mittel einer Drittpartei zu verlassen ist legitim. Es ist primär eine kommerzielle Entscheidung, welcher oftmals auch rein finanzstrategische Überlegungen zugrunde liegen.[642] Fällt sie jedoch mit den drei bereits erläuterten, zwingenden Voraussetzungen[643] zusammen, ist die Anordnung einer Prozesskaution trotz Fehlen eines treuwidrigen Elements angebracht. Andernfalls droht ein Risikoungleichgewicht. Mit anderen Worten: Solange eine sich nicht treuwidrig verhaltende Partei willens und in der Lage ist, eigenes Geld für die Durchsetzung eines behaupteten Anspruchs aufzubringen, soll ihr der Zugang zur Schiedsgerichtsbarkeit nicht durch eine Prozesskostensicherheit verwehrt werden. Ist sie dies nicht, so kann ein Schiedsgericht das resultierende Risikoungleichgewicht zwischen den Parteien mit Hilfe der Prozesskaution wieder ausgleichen.

Diese Ausnahmeregelung führt letztlich zu einem Ergebnis, welches in vielen Fällen mit der Lösung übereinstimmen dürfte, zu welcher auch die h.L. kommen

---

640 Vgl. hierzu auch Teil IV.A.2 *infra.*

641 Ähnlich argumentierend RUBINS, 361; GOLDSTEIN, 17; KALICKI.

642 Vgl. Teil IV.A.5.d) *infra.*

643 Theoretischer Anspruch auf Kostenerstattung, Gefährdung dieses Anspruchs sowie Zunahme dieser Gefährdung, vgl. Teil III.F.1 *supra.*

würde. Die bestehene Lehre geht regelmässig davon aus, dass Parteien, welche so starke finanzielle Schwierigkeiten haben, dass eine Prozesskostensicherheit angezeigt ist, ohnehin auf eine Finanzierung durch Dritte zurückgreifen (müssen).[644]

e) Zusammenfassung

Die h.L. unterteilt die Voraussetzungen der Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren in die zwei den Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen entnommenen Elemente «Verfügungsanspruch» und «Verfügungsgrund». Während die Prüfung des Verfügungsanspruchs notwendigerweise beschnitten wird (keine eigentliche Hauptsachenprognose), wird der Verfügungsgrund mit zusätzlichen, von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Elementen angereichert, damit im Ergebnis ein im Kontext der Prozesskaution befriedigendes Prüfungsschema entsteht. Diese Vorgehensweise ist m.E. insbesondere auch deshalb abzulehnen, weil die Prozesskostensicherheit bei genauer Betrachtung gar keine vorsorgliche Massnahme darstellt.[645]

Im Vorangegangenen wurde deshalb ein alternatives, einzig auf die Spezifika der Prozesskaution zugeschnittenes Voraussetzungsraster erarbeitet. Dieses gliedert die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien dergestalt neu, dass die Prüfung des Einzelfalls entlang definierter Richtlinien erfolgen kann. Es ist zu erwarten, dass die veränderte Herangehensweise in vielen Fällen zum selben Resultat führen wird, wie die Anwendung des etablierten Ansatzes. Einzig in Fällen, in welchen faktisch zahlungsunfähige Parteien ihre verbleibenden Mittel für die Einleitung eines Schiedsverfahrens aufwenden, ist u.U. mit unterschiedlichen Ergebnissen zu rechnen.

An dieser Stelle sei das hier vorgeschlagene alternative Prüfungsschema nochmals kurz zusammengefasst: Es besteht aus vier Voraussetzungen, welche kumulativ erfüllt sein müssen, damit der Erlass einer Kautionsverfügung gerechtfertigt ist: (i) Die anwendbaren Verfahrensregeln müssen dem Schiedsgericht die Kompetenz einräumen, der unterliegenden Partei die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, d.h. die antragstellende Partei muss im Erfolgsfall einen Anspruch auf Kostenersatz

---

644 Vgl. BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1599: *«In these examples [which qualify as ‹manifest insolvency›], the party who is manifestly insolvent is generally relying on funds from third parties in order to finance the arbitration.»* Demselben Gedankengang folgt auch Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 21, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff.

645 Vgl. zur Rechtsnatur Teil III.C.1 *supra.*

haben; (ii) die Vollstreckung des potenziellen Kostenerstattungsanspruchs muss gefährdet sein, d.h. es muss Grund zur Annahme bestehen, dass die Vollstreckung – unabhängig aus welchen Gründen – nicht oder nur sehr schwer möglich sein wird; (iii) die Gefährdung des potenziellen Kostenerstattungsanspruchs muss grösser sein als im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung, d.h. die Wahrscheinlichkeit der erfolgreichen Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruchs muss sich verschlechtert haben; und (iv) die leistungspflichtige Partei verhält sich treuwidrig, d.h. sie muss im Hinblick auf das Schiedsverfahren Massnahmen ergriffen haben, um die Vollstreckung des potenziellen Kostenerstattungsanspruchs zu vereiteln oder zumindest zu erschweren. Von dieser letzten Voraussetzung der Treuwidrigkeit kann ausnahmsweise abgewichen werden, wenn die klagende Partei das Schiedsverfahren nicht mit eigenen Mitteln bestreitet, und die das Verfahren finanzierende Drittpartei nicht der Zuständigkeit des Schiedsgerichts unterliegt.

2. Mögliche Szenarien

In Lehre und Rechtsprechung werden immer wieder Szenarien diskutiert, welche die Anordnung einer Prozesskostensicherheit rechtfertigen. Die am häufigsten genannten werden hier kurz beleuchtet. Vorwegzunehmen ist, dass Schiedsgerichte in der Vergangenheit Prozesskautionen teilweise auch in Situationen angeordnet haben, welche die nach hier vertretener Auffassung zwingenden Voraussetzungen nicht vollständig erfüllen.[646] Die nachfolgend dargestellten Situationen bilden beispielhafte Situationen ab, welche Anlass für eine Prozesskostensicherheit geben können; ob die Anordnung einer Prozesskaution im Einzelfall gerechtfertigt ist, entscheidet sich jedoch immer anhand des zuvor dargestellten Prüfungsrasters.

a) Sitzstaat der leistungspflichtigen Partei

Teilweise wird vertreten, ein «ausländischer» (Wohn-)Sitz der klägerischen Partei bzw. die Belegenheit deren Vermögen könne – ähnlich wie dies im schweizerischen Zivilprozess der Fall ist[647] – Grund für eine Prozesskostensicherheit sein.[648]

---

646 Vgl. für die zwingenden Voraussetzungen Teil III.F.1 *supra.*

647 Vgl. Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO.

648 Vgl. ALTENKIRCH, 246 ff., wobei er mit «Ausland» Staaten meint, in welchen – unabhängig davon, ob sie Vertragsstaaten des New Yorker Übereinkommens seien – eine erfolgreiche Vollstreckung des Schiedsspruchs nicht möglich oder nur sehr unwahrscheinlich sei.

Im Einklang mit der überwiegenden schweizerischen[649] und internationalen[650] Literatur ist dies klar abzulehnen.

Die alleinige Tatsache, dass die klagende Partei ihren Sitz oder ihr hauptsächliches Vermögen in einem Staat hat, welcher weder mit dem Sitz des Schiedsverfahrens noch mit dem Sitz der Gegenpartei übereinstimmt, kann für die Beurteilung eines Kautionsantrags keine Rolle spielen. Verschiedene Schiedssprüche von Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz stützen diese Ansicht.[651] Dies gilt unabhängig davon, ob es sich beim fraglichen Staat um einen Vertragsstaat des New Yorker Übereinkommens[652] handelt.[653] Mehrere Gründe sprechen für diesen strikten Ansatz.

Internationale Schiedsverfahren zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie zwischen Parteien unterschiedlicher Herkunft stattfinden und regelmässig auf einen «neutralen» Drittstaat als Sitz des Verfahrens zurückgreifen. Vor diesem Hintergrund darf nicht auf die «ausländische» Eigenschaft einer Partei abgestellt werden. Oder in den Worten von KARRER/DESAX: *«In international arbitration we are all ‹internationals›, no-one is a ‹national›, let alone a ‹foreigner›.»*[654]

---

649 Vgl. POUDRET/BESSON, N 610; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1601; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2585 N 57; BOOG in Arroyo, 2550 N 26; KARRER/DESAX, N 20.

650 Vgl. LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 23-54; WAINCYMER, 649; PÖRNBACHER/THIEL, 18; RUBINS, 371 f.; HO, 339; GU, 193; GAILLARD/SAVAGES, N 1256. *(«it would be unaccaptable [...] for security for costs to be ordered on the grounds of the nationality or domicile of one of the parties»).*

651 Vgl. Entscheid vom 17. Mai 2003 in einem Adhoc-Schiedsverfahren N 21, publ. in ASA Bull. 2010, 15 ff.; Entscheid vom 25. September 1997 N 8, publ. in ASA Bull. 2001, 745 ff.; Sixth Order vom 12. November 1991 N xi, publ. in ASA Bull. 1995, 84 ff.; Procedural Order vom 19. Dezember 2003 im ICC Case 12542/EC N 40, publ. in ASA Bull. 2005, 685 ff.

652 Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (SR 0.277.12), für die Schweiz in Kraft getreten am 30. August 1965.

653 Vgl. Entscheid vom 17. Mai 2003 in einem Adhoc-Schiedsverfahren N 24, publ. in ASA Bull. 2010, 15 ff.

654 KARRER/DESAX, N 30. So auch REINER, 892. Eine ähnliche Argumentation findet sich im Entscheid vom 25. September 1997, A. S.p.A. (Italy) v. B. A.G. (Germany), publ. in ASA Bull. 2001, 745 ff., 749: *«It is obvious that registration or domicile of the party outside the place of arbitration cannot justify such an order, since such situation is in the essence of international arbitration.»*

Hinzu kommt schliesslich, dass das Domizil der Gegenpartei i.d.R. bekannt ist. Eine Tatsache, welche der Gegenpartei im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung bekannt ist, kann nach der hier vertretenen Auffassung nie Grund für eine Prozesskostensicherheit sein.[655] Die einzig denkbare Ausnahme entstünde, wenn sich der Sitz während der Vertragsdauer verschiebt, und diese Verschiebung mit Blick auf das Schiedsverfahren vorgenommen wurde.[656] Fest steht, dass der Sitz einer Gesellschaft oder auch die Belegenheit von Vermögenswerten für sich allein nie als Grund für eine Prozesskostensicherheit ausreichen können.

b) Klage durch eine zahlungsunfähige Partei

Zur Situation einer Klage durch eine zahlungsunfähige Partei wurde bereits ausführlich Stellung bezogen; zu unterscheiden ist dabei m.E. zwischen der Materialisierung des gewöhnlichen, wirtschaftlichen Insolvenzrisikos und treuwidrig selbst herbeigeführter Zahlungsunfähigkeit.[657] Während erstgenannter Fall nach der hier vertretenen Auffassung keinen Anlass für eine Kautionsverfügung darstellt, kann Letzterer Grund für eine solche sein. Eine Ausnahme hiervon kann dann angebracht sein, wenn die klagende Partei die Kosten des Schiedsverfahrens nicht mit eigenen Mitteln bestreitet.[658]

Der von der h.L. angewandte Massstab ist etwas weniger streng. Ihr zufolge ist eine Insolvenz *per se* nur so lange nicht als Grund für eine Prozesskostensicherheit ausreichend, wie die Konkursmasse über genügend Aktiven verfügt und unter dem anwendbaren Insolvenzrecht eine Befriedigung des Kostenerstattungsanspruchs aus der Konkursmasse wahrscheinlich ist.[659] ALTENKIRCH plädiert sogar dafür,

---

655 So auch RUBINS, 372: *«Moreover, contracting parties are normally aware ex ante of the nationality of the entities with whom they deal. Therefore, even if the claimant's home state is not a member of the New York Convention, the respondent was in a position to evaluate the risks of the other side's nationality, and to extract concessions accordingly.»* Vgl. zur zwingenden Zunahme der Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs auch Teil III.F.1.c) *supra.*

656 Vgl. zur Voraussetzung der Treuwidrigkeit Teil III.F.1.d) *supra.*

657 Vgl. insbesondere Teil III.F.1.d)ii *supra.*

658 Vgl. zu dieser Ausnahme Teil III.F.1.d)iv *supra.*

659 Vgl. BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1599; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 15 f.; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 25; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2584 f. N 56. Vgl. hierzu auch Teil III.F.1.d)i *supra.*

einzig auf das Kriterium der Vermögenslosigkeit abzustellen.[660] Diese Ansicht ist m.E. abzulehnen; sie trägt der unternehmerischen Eigenverantwortung der Parteien bei der Wahl ihrer Vertragspartner keine Rechnung. Selbstverständlich ist die Zahlungsfähigkeit jedoch im Rahmen der Prüfung der Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs zu berücksichtigen; sie bildet regelmässig die Ursache dieser Gefährdung und ist insofern ein wichtiges Element innerhalb der gesamten Evaluation.

c) Abtretung der Forderung an eine Zweckgesellschaft

Wird ein Anspruch vor Einleitung des Schiedsverfahrens an eine (fast) vermögenslose Zweckgesellschaft – ein sog. *«special purpose vehicle»* – abgetreten und anschliessend von dieser vor dem Schiedsgericht eingeklagt, so kann dies nach einhelliger Lehrmeinung einen Grund für die Anordnung einer Prozesskaution darstellen.[661] Diese Auffassung ist sachgerecht.

Tritt eine Partei ihre Forderung vor Klageeinreichung an eine vermögenslose Gesellschaft *(«shell company»)* ab, so ist dies als Massnahme zu verstehen, um den potenziellen Kostenerstattungsanspruch der Gegenpartei zu vereiteln. Dasselbe gilt, wenn die Forderung kurzfristig an eine Gesellschaft mit Sitz in einer Jurisdiktion abgetreten wird, in welcher die Vollstreckung nicht oder nur sehr schwer möglich ist *(«offshore company»)*. Ebenfalls zur Sicherstellung verpflichtet ist in analoger Anwendung dieser Ratio der «Strohmann» einer Prozesspartei.[662]

Die Rechtsprechung stützt diese Auffassung. So verfügte ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz im Jahr 2003, dass eine klagende Partei Sicherheit für die Kosten der Gegenpartei zu leisten habe, nachdem die geltend gemachte Forderung lediglich 15 Tage vor Einleitung des Schiedsverfahrens an die Klägerin abgetreten wurde. Da keine Angaben zu den rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für diese Abtretung gemacht wurden, bestand der Verdacht, dass die abgetretene Forderung

---

660 Vgl. ALTENKIRCH, 250 f., allerdings mit dem Hinweis, dass die Mehrzahl der veröffentlichten Entscheidungen der Schweizer Lösung (d.h. Anwendung des Kriteriums der wesentlichen Veränderung der Umstände) folgt.

661 Vgl. MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 15; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 21; BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 12; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1600; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 25; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2584 N 55; SRIA-STACHER Art. 41 N 25; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 16; PÖRNBACHER/THIEL, 19; GU, 191; HO, 338.

662 Vgl. zur Sicherungspflicht des Strohmanns ALTENKIRCH, 256 f.

das einzige Aktivum der Gesellschaft darstellte. Angaben zu den Besitzverhältnissen hat die Klägerin zudem verweigert.[663]

Keinen Anlass für eine Prozesskaution gab hingegen eine Situation, in welcher die beklagte Partei die Schiedsvereinbarung bereits mit einer *offshore company* abgeschlossen hatte. In diesem Fall musste sich die im Schiedsverfahren beklagte Partei zu Recht vorhalten lassen, sich des Risikos von Beginn an bewusst gewesen zu sein.[664] Diesem Ergebnis ist zuzustimmen, in einem solchen Fall mangelt es an der Zunahme der Gefährdung des Kostenerstattungsanspruches.[665]

d) Treuwidrige Vermögensentäusserung und absichtlich herbeigeführte Insolvenz

Ebenfalls zur Leistung einer Prozesskostensicherheit verpflichtet ist diejenige Partei, welche sich im Hinblick auf das Schiedsverfahren ihres Vermögens oder wesentlicher Vermögensteile entäussert (sog. *«asset stripping»*).[666] Dasselbe muss gelten, wenn eine Partei mit Blick auf das Schiedsverfahren die eigene Insolvenz herbeiführt.[667] Im Ergebnis findet sich die beklagte Partei nämlich in beiden Kon-

---

663 Vgl. Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003 N 21, publ. in ASA Bull. 2010, 28 ff. Das Schiedsgericht fasste seinen Entschluss in N 22 wie folgt zusammen: «Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen erachtet es das Schiedsgericht prima facie als glaubhaft gemacht, dass die Klägerin bzw. der (vermutlich) hinter ihr stehende Y. mit der am 5. Dezember 2000 erfolgten Abtretung des Klageanspruchs gegenüber den Beklagten ein Verhalten an den Tag legen, das ernsthafte Zweifel erweckt, ob sie dem allgemeinen Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, tatsächlich genügen.»

664 Vgl. Schiedsspruch vom 28. Februar 1994 im ICC Case 7047 mit Sitz in der Schweiz, publ. in ASA Bull. 1995, 301 ff., welcher folgendermassen argumentierte: *«The Defendants knew that Claimant is a corporation domiciled in Panama on conclusion of the Agreement. […] If the Defendants were concerned about the enforceability of potential claims against the Claimant awarded to them in an arbitration procedure, it was up to them to ascertain this possibility before signing the Agreement.»* Hinsichtlich dieses strengen Ansatzes zurückhaltend HO, 339.

665 Vgl. Teil III.F.1.c) *supra.*

666 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1600; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 25; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2584 N 55; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 16; ALTENKIRCH, 257; Entscheid vom 17. Mai 2003 N 16, publ. in ASA Bull. 2010, 15 ff.; Entscheid vom 25. September 1997 N 8, publ. in ASA Bull. 2001, 745 ff.

667 ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 25 *(«[i]f a party has deliberately become insolvent with a view to avoiding the financial risks of arbitral proceedings»).* Vgl. auch GAILLARD/SAVAGE, N 1256.

stellationen in einer Situation wieder, in welcher die Aussichten auf Vollstreckung des Kostenentscheids im Vergleich zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung in treuwidriger Weise verschlechtert wurden. Damit ist die Voraussetzung der Treuwidrigkeit erfüllt und der Erlass einer Kautionsverfügung ist angebracht.

Vom Beschriebenen zu unterscheiden sind Vermögensentäusserungen und die freiwillige Liquidation einer Gesellschaft, welche geschäftsmässig begründet und gerade nicht im Hinblick auf das Schiedsverfahren stattfinden. In diesen Fällen fehlt es an der Voraussetzung des treuwidrigen Verhaltens.[668] Diese Unterscheidung kann für ein Schiedsgericht zugegebenermassen schwierig sein; finden unmittelbar vor oder sogar während eines Schiedsverfahrens entsprechende Vorgänge statt, so ist ein gewisses Misstrauen hinsichtlich der zugrundeliegenden Motive sicher angezeigt. Im Zweifelsfall darf davon ausgegangen werden, dass zumindest einer der Gründe in der Vereitelung eines nachteiligen Kostenentscheids liegt, womit sich eine Kautionsverfügung rechtfertigt.[669]

e) Treuwidrige Sitzverlegung und treuwidrige Vermögensverschiebung

Zur Leistung einer Prozesskostensicherheit kann ferner diejenige Partei verpflichtet werden, welche zwischen dem Abschluss der Schiedsvereinbarung und der Einleitung des Schiedsverfahrens ihren Sitz und/oder substanzielle Vermögenswerte an einen unbekannten Ort verschiebt. Dasselbe gilt für die Verschiebung an einen Ort, an welchem die Vollstreckung eines Kostenentscheids nicht oder nur sehr schwer möglich ist.[670]

Auch hier muss – als Ausfluss des Kriteriums des treuwidrigen Verhaltens – unterschieden werden, ob eine solche Sitz- oder Vermögensverschiebung geschäftsmässig begründet ist oder mit Blick auf das Schiedsverfahren vollzogen wurde. Konsequenterweise sah ein Adhoc-Schiedsgerichts 2003 von einer Kautionsver-

---

668 Vgl. insbesondere Entscheid vom 25. September 1997 N 8, publ. in ASA Bull. 2001, 745 ff.

669 Vgl. Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003 N 21, publ. in ASA Bull. 2010, 28 ff., in welcher das Schiedsgericht von einem zumindest teilweise treuwidrigen Verhalten ausgegangen ist, nachdem sich ihm die Motive mutmasslich treuwidriger Aktivitäten nicht erschlossen haben.

670 ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 25; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 16; ALTENKIRCH, 257 f.; RUBINS, 374 f..

fügung ab, weil eine beklagte Partei nicht ausreichend darlegen konnte, dass eine Sitzverlegung der Klägerin nach Monaco – zehn Jahre vor Einleitung des Schiedsverfahrens – in direktem Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren stand und nur deshalb vorgenommen wurde, um einem nachteiligen Kostenentscheid zu entgehen.[671] Diese Entscheidung ist korrekt; wenn eine Sitzverlegung ohne den geringsten Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren – und wie in diesem Fall lange vor dessen Beginn – erfolgt, fehlt es am Element der Treuwidrigkeit. Dabei muss auch hier gelten, dass Sitz- oder Vermögensverschiebungen unmittelbar vor oder während eines Schiedsverfahrens misstrauisch zu begegnen ist.

f) Verweigerung der Herausgabe von Dokumenten

Schliesslich wird in der ausländischen Literatur teilweise vertreten, dass eine klägerische Partei dann zur Sicherheitsleistung verpflichtet werden soll, wenn sie die Herausgabe von Dokumenten verweigert, welche der beklagten Partei mutmasslich den Beweis für die Gefährdung ihres Kostenerstattungsanspruchs liefern würde.[672] Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies sachgerecht; eine Partei soll nicht deswegen der Leistung einer Prozesskaution entkommen, weil sie im alleinigen Besitz der beweisrelevanten Unterlagen ist. In einem solchen Fall darf das Schiedsgericht davon ausgehen, «dass das Dokument den Interessen dieser Partei nachteilig ist»[673] und eine Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs in der Tat vorliegt.[674]

Im Rahmen des an früherer Stelle vorgestellten Prüfungsrasters wäre die Weigerung, einer vom Schiedsgericht angeordneten Herausgabe von Dokumenten nachzukommen, als treuwidriges Verhalten einzustufen, auch wenn es im Einzelfall möglicherweise gute Gründe für ein Zurückbehalten der relevanten Dokumente gibt. Die Vermutung, dass die Herausgabe der Dokumente den Interessen der Partei nachteilig wäre, führt im Ergebnis dazu, dass das Schiedsgericht in einem

---

671 Vgl. Entscheid vom 17. Mai 2003 in einem Adhoc-Schiedsverfahren N 27, publ. in ASA Bull. 2010, 15 ff.: *«Respondent has failed to produce prima facie evidence that Claimant's transfer of his domicile to Monaco (allegedly more than ten years ago) stands in any direct or indirect connection with this arbitration, i.e., that Claimant deliberately moved to Monaco so as to escape enforcement of a possible future award in favor of Respondent.»*

672 Vgl. GU, 196; CIArb, 8.

673 Die Formulierung ist der deutschen Übersetzung von Art. 9 Abs. 5 IBA Rules entnommen.

674 GU, 196.

solchen Fall von einer Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs bzw. dessen Zunahme ausgehen darf. Damit erfüllt auch eine solche Situation alle Voraussetzungen des Prüfungsschemas. Immerhin ist der herausgabepflichtigen Partei zu erlauben, die notwendigen Unterlagen in redigierter Form einzureichen. Denkbar wäre schliesslich auch eine Offenlegung bestimmter Informationen ausschliesslich zuhanden des Schiedsgerichts.

3. Spezialfall Art. 379 ZPO

Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Prozesskaution müssen für Schiedsverfahren nach IPRG sowie für Schiedsverfahren nach ZPO grundsätzlich dieselben sein.[675] Für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit sieht Art. 379 ZPO explizit vor, dass die klagende Partei auf Antrag der beklagten Partei zur Hinterlegung einer Sicherheit für die mutmassliche Parteientschädigung verpflichtet werden kann, sofern Erstere zahlungsunfähig erscheint.[676] Die h.L. ist dabei (fast) einhellig der Auffassung, dass Art. 379 ZPO zu eng gefasst sei, und dass die Zahlungsunfähigkeit auch in Verfahren nach ZPO nur einen der möglichen Kautionsgründe darstelle.[677] Die in Art. 379 ZPO enthaltene Bestimmung beschreibt deshalb nach hier vertretener Auffassung einen zusätzlichen, spezifischen Tatbestand, welcher in dieser Form ausschliesslich in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit zur Anwendung kommt und sich ausserhalb des vorstehend erläuterten Prüfungsschemas befindet.

Art. 379 ZPO nennt als einzigen Kautionsgrund die Zahlungsunfähigkeit der klagenden Partei. Für diesen Kautionsgrund ist deshalb – für Verfahren nach ZPO – davon auszugehen, dass die zwingende Voraussetzung der Treuwidrigkeit[678] entfällt. Schiedsgerichte können Prozesskostensicherheiten nach dem Wortlaut von Art. 379 ZPO demnach anordnen, ohne dass treuwidriges Verhalten seitens der leistungspflichtigen Partei vorliegt. Weiterhin notwendig bleibt hingegen, dass die antragstellende Partei einen theoretischen Anspruch auf Kostenerstattung besitzt,

---

675 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1610.

676 Zur Definition der Zahlungsunfähigkeit i.S.v. Art. 379 ZPO vgl. BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 30. Zum Anschein der Zahlungsunfähigkeit vgl. BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 35 ff.

677 Vgl. statt vieler BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 12; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 8; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1609. A.M. GÖKSU, N 1845, welcher dafür plädiert, Art. 379 ZPO «sowohl betreffend Voraussetzungen als auch betreffend Verfahren» analog auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit anzuwenden.

678 Ausführlich hierzu Teil III.F.1.d) *supra.*

dieser potenzielle Kostenerstattungsanspruch erheblich gefährdet ist, und sich diese Gefährdung seit Abschluss der Schiedsvereinbarung substanziell vergrössert hat.[679]

Nach hier vertretener Auffassung, und insbesondere um keine wenig sachgerechte Unterscheidung zwischen Binnen- und internationaler Schiedsgerichtsbarkeit zu schaffen, sollten Schiedsgerichte in Binnenschiedsverfahren ihre Kompetenz zur Anordnung von Prozesskautionen zurückhaltend anwenden, wenn kein treuwidriges Verhalten seitens der antragsgegnerischen Partei vorliegt. Die Ausgestaltung von Art. 379 ZPO als Kann-Vorschrift erlaubt es Schiedsgerichten m.E., das Vorhandensein von Treuwidrigkeit auch ohne explizite Erwähnung als Voraussetzung zu betrachten. Gleichzeitig erlaubt Art. 379 ZPO jedoch auch, im Rahmen von Binnenschiedsverfahren einzig auf die Zahlungsunfähigkeit abzustellen, wenn dies im Einzelfall geboten erscheint. Auf internationale Schiedsverfahren nach IPRG ist Art. 379 ZPO jedenfalls nicht analog anwendbar.[680]

4. Mögliche Ausnahmen

Zusätzlich zu den möglichen Gründen für die Anordnung einer Prozesskostensicherheit werden in Lehre und Rechtsprechung auch regelmässig Ausnahmetatbestände angeführt. Diese kommen dann zur Anwendung, wenn die Voraussetzungen für eine Prozesskostensicherheit zwar grundsätzlich erfüllt sind, vom Erlass einer Kautionsverfügung jedoch trotzdem abgesehen werden soll. Die am häufigsten diskutierten Konstellationen werden im Folgenden beleuchtet.

Vorwegzunehmen ist, dass das gemäss hier vertretener Auffassung notwendige Kriterium der Treuwidrigkeit die Hürde für allfällige Gründe gegen eine Prozesskaution hoch ansetzt. Handelt die klägerische Partei in treuwidriger Weise, so müssen sehr überzeugende Gründe vorliegen, weshalb auf eine Sicherheitsleistung verzichtet werden soll. Diese Abwägung liegt letztlich im Ermessen des Schiedsgerichts. M.E. schliesst treuwidriges Verhalten der Klägerin einige der in der Literatur erwähnten Gründe gegen eine Prozesskaution im Vornherein aus. Es finden sich denn auch nur sehr wenige publizierte Entscheidungen, in welchen aufgrund

679 Vgl. BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 7 ff.; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 15; OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT Art. 379 N 3; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1595 f.; 1610.

680 Vgl. zu den Gründen die Einleitung zu III.C.1 sowie Fn. 430 *supra.*

nachfolgend erläuterter Sachverhalte tatsächlich auf die Anordnung einer Sicherheitsleistung verzichtet wurde.

a) Beklagte Partei ist für die Zahlungsunfähigkeit verantwortlich

Es entspricht der h.L., dass ein Antrag auf Prozesskostensicherheit dann abzulehnen ist, wenn die beklagte Partei (hauptsächlich) für die prekäre Vermögenslage der klägerischen Partei verantwortlich ist.[681] Nach hier vertretener Auffassung kann sich eine Klägerin hingegen nicht darauf berufen, dass die im Hauptverfahren geltend gemachte Forderung, bzw. dessen Nichtbezahlung durch die Gegenpartei, für deren finanzielle Situation verantwortlich ist. Insbesondere drei Gründe führen zu diesem Ergebnis.

Erstens ist das Argument – aus der Retrospektive betrachtet – nur dann überhaupt sinnvoll, wenn der Einwand der klägerischen Partei gerechtfertigt ist. Es kann einem Schiedsgericht in einem sehr frühen Verfahrensstadium allerdings nicht zugemutet – und womöglich auch nicht zugetraut – werden, den materiellen Bestand der geltend gemachten Forderung abzuschätzen.[682] Dies wäre jedoch notwendig, um die Legitimität des Vorbringens und damit die Rechtfertigung dieser Ausnahme beurteilen zu können. Wie bereits beschrieben,[683] soll sich das Schiedsgericht im Rahmen eines Antrags auf Prozesskostensicherheit nicht mit den materiellen Parteibegehren auseinandersetzen (müssen).[684]

Zweitens ist es nicht der beklagten Partei zuzuschreiben, dass eine mutmasslich ausstehende Forderung, deren Bestand sie notabene bestreitet, die klagende Partei unmittelbar in Zahlungsschwierigkeiten versetzt. Die Diversifikation der Schuld-

---

681 Vgl. BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2583 N 49; KARRER/DESAX, N 44; SRIA-STACHER Art. 41 N 23; WAINCYMER, 650 f.; PÖRNBACHER/THIEL, 19; RUBINS, 375; GU, 194 f.; a.M. ALTENKIRCH, 269, wenn auch letztlich mit demselben Ergebnis.

682 Vgl. die Ausführungen in Procedural Order von Januar 2007 im ICC Case 14355 N 3 f), publ. in ICC Special Supplement 2014, 70 ff., welche dieses Dilemma treffend zusammenfasst: *«Claimant has also argued that Respondents' refusal to pay Claimant the sums requested in this arbitration ‹is a major cause, if not the cause for Claimant's current financial situation›. The Arbitral Tribunal does not feel in a position, at this stage of the proceedings, to confirm this statement. It would, however, not be justified either, on the basis of the evidence before this Tribunal, to conclude that Respondents' attitude is clearly foreign to Claimant's current financial situation.»*

683 Vgl. hierzu auch Teil III.C.1.b)iii *supra.*

684 Vgl. ICC Case 13358 N 124, publ. in KARRER, 117 ff.

ner liegt in der eigenen betriebswirtschaftlichen Verantwortung; das Risiko der Materialisierung eines «Klumpenrisikos» darf nicht ohne Weiteres auf die Gegenpartei abgewälzt werden.

Drittens, und das ist vorliegend entscheidend, bildet treuwidriges Verhalten der leistungspflichtigen Partei im hier vorgestellten Prüfungsschema eine notwendige Voraussetzungen für die Anordnung einer Prozesskaution.[685] Diese hohe Hürde bietet der klägerischen Partei ausreichenden Schutz; eine treuwidrig handelnde Partei verdient den Schutz eines solchen Ausnahmetatbestands nicht.

b) Beklagte Partei hat ihren Anteil am Kostenvorschuss nicht bezahlt

In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob der Antrag einer beklagten Partei auf Prozesskostensicherheit dann abgelehnt werden soll, wenn diese ihren Anteil am Kostenvorschuss nicht geleistet hat. Die Mehrheit erachtet es als angebracht, in einem solchen Fall den Kautionsantrag abzulehnen.[686] Dem steht insbesondere die in einem ICC-Verfahren mit Sitz in Bern geäusserte Meinung entgegen, wonach für einen bereits bezahlten Vorschuss keine Sicherheitsleistung mehr verlangt werden könne, da dessen Bezahlung freiwillig erfolge.[687] ALTENKIRCH argumentiert schliesslich, dass das Schiedsgericht nicht berücksichtigen solle, ob die beklagte Partei den Kostenvorschuss bezahlt habe, da andernfalls «die Interessen des Beklagten» missachtet würden.[688]

Nach der hier vertretenen Ansicht darf die Tatsache, ob die beklagte Partei ihren Anteil am Kostenvorschuss bezahlt hat oder nicht, keinen Einfluss auf die Beurteilung des Antrags auf Kostensicherheit haben.[689] Vor dem Hintergrund, dass die Anordnung einer Prozesskaution im Schiedsverfahren grundsätzlich treuwidriges

---

685 Vgl. Teil III.F.1.d) *supra.*

686 Vgl. ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 27; PÖRNBACHER/THIEL, 19; CRAIG/PARK/PAULSSON, N 469; RUBINS, 375; GU, 195; Procedural Order vom 6. Juni 2003 im ICC Case 12035 N 39, publ. in ICC Special Supplement 2010; Procedural Order von Mai 2006 im ICC Case 13620 N 3.3 ff., publ. in ICC Special Supplement 2014, 65 ff.; Schiedsspruch vom 28. Februar 1994 im ICC Case 7047, publ. in ASA Bull. 1995, 301 ff.

687 Vgl. Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 31, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff. Vgl. zum Umfang der Prozesskostensicherheit Teil III.G *infra.*

688 ALTENKIRCH, 268.

689 So auch ALTENKIRCH, 268, wenn auch nicht aus genau denselben Gründen.

Verhalten voraussetzt, sollte ein Schiedsgericht den Antrag der beklagten Partei nicht deshalb ablehnen, weil sie ihrer vertraglichen Vorschusspflicht nicht nachgekommen ist. Einer Partei, welche ohnehin befürchtet, einen zu ihren Gunsten ausfallenden Kostenentscheid nicht vollstrecken zu können, kann kaum vorgeworfen werden, dass sie nicht auch noch in Vorleistung tritt (auch wenn sie dazu grundsätzlich verpflichtet wäre). Dies könnte nur dann verlangt werden, wenn sie mit dem Erlass einer Kautionsverfügung rechnen könnte; der (zu Recht) zurückhaltende Umgang der Schiedsgerichte mit diesem Instrument lässt dies jedoch nicht zu. Sachgerecht ist deshalb, Vorschusspflicht und Prozesskostensicherheit voneinander zu trennen; als Sanktion für die Nichtleistung des Vorschusses stehen andere Möglichkeiten zur Verfügung.[690]

Ordnet das Schiedsgericht tatsächlich eine Sicherheitsleistung an, spielt die Frage, ob die beklagte Partei ihren Anteil am Kostenvorschuss geleistet hat, ohnehin keine entscheidende Rolle mehr. Hat sie ihren Anteil bezahlt, muss die klagende Partei im Gegenzug den entsprechenden Betrag sicherstellen.[691] Ist sie ihrer Vorschusspflicht nicht nachgekommen, und muss die klägerische Partei deswegen einspringen,[692] so muss diese für den entsprechenden Betrag selbstverständlich auch keine Kaution hinterlegen.

c) Anderweitig treuwidriges Verhalten der beklagten Partei

Teilweise wird vertreten, dass – abgesehen von der Nichtleistung des Kostenvorschusses – auch anderweitig treuwidriges Verhalten der beklagten Partei einem erfolgreichen Antrag auf Prozesskostensicherheit entgegenstehen würde. So könne bspw. ein sehr kurzfristig vor der mündlichen Verhandlung gestellter Antrag als treuwidrig qualifiziert werden.[693]

In diesem Zusammenhang ist zunächst wiederum auf das treuwidrige Verhalten der klagenden Partei als Voraussetzung für den Erlass einer Prozesskaution hinzuweisen. Liegt ein solches im Einzelfall vor, muss die Hürde auch für diesen

---

690 Vgl. ALTENKIRCH, 268: «Die Rechtsfolge der Nichtzahlung des Vorschusses ist nicht der Verlust des Anspruchs auf Kostensicherheit, sondern ein Schadenersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten.» Vgl. für die Basis dieses Anspruchs bspw. Art. 51 Abs. 5 SCC Rules; Art. 24.5 LCIA Rules; vgl. auch STACHER, *Rechtsnatur,* N 330 ff.; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1583 ff.

691 Vgl. hierzu Teil III.G.1 *infra.*

692 Vgl. Art. 14 Abs. 4 Swiss Rules; Art. 38 Abs. 5 ICC Rules; Art. 24.6 LCIA Rules.

693 GU, 195 m.w.H.

Ausnahmetatbestand hoch angesetzt werden. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach sich nur ein Rechtstreuer auf sein Recht berufen darf, ist unserer Rechtsordnung zudem – zumindest in dieser Absolutheit – fremd.[694] Dennoch kann es im Einzelfall angezeigt sein, auch das Verhalten der antragstellenden Partei in die Überlegungen mit einzubeziehen. Ist beiden Parteien im Kontext der Prozesskaution treuwidriges Verhalten vorzuwerfen, so hat das Schiedsgericht letztlich nach Ermessen zu entscheiden, ob unter diesen Umständen eine Sicherheitsleistung angebracht ist oder nicht.

d) Prozesskostensicherheit ist für die kautionspflichtige Partei unbezahlbar

Ein Teil von Lehre und Rechtsprechung verlangt, dass eine Prozesskaution dann nicht angeordnet werden dürfe, wenn sie für die kautionspflichtige Partei unbezahlbar sei, und ihr damit der Zugang zum Schiedsgericht versperrt würde.[695] Diese Auffassung führt zum Dilemma, dass in genau denjenigen Konstellationen, in welchen der potenzielle Kostenerstattungsanspruch am stärksten gefährdet ist, keine Sicherheitsleistung angeordnet werden kann. Von einer Prozesskaution sei jedoch immerhin dann nicht abzusehen, wenn sich die klagende Partei treuwidriges Verhalten vorzuwerfen habe.[696]

Eine andere Lehrmeinung gewichtet in einem solchen Fall den Schutz der beklagten Partei höher.[697] Diese Ansicht wiederum führt zum unbefriedigenden Ergebnis, dass einer womöglich rechtmässigen Forderung die Möglichkeit der Durch-

---

694 BSK ZGB I-HONSELL Art. 2 N 50 m.w.H. Vgl. zur in Common Law-Jurisdiktionen verankerten *Clean Hands Doctrine* LE MOULLEC, 14 ff.

695 Vgl. GU, 195; ALTENKIRCH, 263 ff.; ICC Case vom 9. November 1999 N 42, publ. in KARRER/DESAX; Order No. 1 vom 19. Dezember 2008 N 7.3.6, publ. in ASA Bull. 2010, 47 ff. Für ALTENKIRCH ist die beklagte Partei jedoch nur befreit, wenn auch «den am Prozess wirtschaftlich Beteiligten [Gesellschafter, stille Teilhaber, Gläubiger, Grossaktionäre sowie Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder] nicht zuzumuten ist, für die Sicherheit aufzukommen.»

696 ALTENKIRCH, 265 f.

697 So in einem Fall, in welchem der Konkurs der klagenden Partei mangels Aktiven eingestellt wurde, vgl. ZCC-Schiedsverfahren Nr. 415, Fourth Order vom 20. November 2001 N 16, publ. in ASA Bull. 2002 467 ff.; vgl. auch Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 18, 20, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff.

setzung verwehrt und in die Rechtsweggarantie der klagenden Partei eingegriffen wird.[698]

Im an früherer Stelle vorgestellten Prüfungsraster ist dieser Ausnahmetatbestand nicht notwendig, um unbefriedigende Ergebnisse zu vermeiden. Die Zahlungsfähigkeit der klägerischen Partei ist hier zunächst unbedeutend; die treuwidrig handelnde Klägerin ist – sofern die anderen Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind – auch dann zur Sicherheitsleistung verpflichtet, wenn diese für sie unbezahlbar ist. Der Schutz vor treuwidrigem Verhalten ist höher zu gewichtigen als der Zugang zum Schiedsverfahren zugunsten einer treuwidrig handelnden Partei.[699] Liegt hingegen kein missbräuchliches Verhalten vor, so ist eine Kautionspflicht nur dann angezeigt, wenn die klagende Partei für ihre eigenen Kosten nicht selbst aufkommt und auf finanzielle Mittel Dritter zurückgreift.[700]

Diese Herangehensweise löst das Dilemma, dass das Instrument der Prozesskaution gerade in den schwerwiegendsten Fällen nicht verfügbar ist; dann nämlich, wenn die klagende Partei in so grossen Zahlungsschwierigkeiten steckt, dass sie das Schiedsverfahren nicht mehr mit eigenen Mitteln bestreiten kann. Gleichzeitig stellt dieser Ansatz sicher, dass der Zugang zum Schiedsverfahren für gutgläubige Kläger, solange sie das Schiedsverfahren selbst finanzieren und damit das eigene Kostenrisiko selbst tragen, gewährleistet ist.

e) Forderung und Gegenforderung sind konnex

Die Lehre anerkennt schliesslich einen Ausnahmetatbestand für den Fall, dass die mittels Schiedsklage geltend gemachte Forderung und die mittels Widerklage geltend gemachte Gegenforderung konnex sind.[701] Forderung und Gegenforderung gelten dann als konnex, wenn sie sich auf denselben Sachverhalt stützen, d.h.

---

698 Vgl. Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 20, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff. *(«with the effect that access to arbitral justice is no longer allowed unconditionally, but rather subject to the requirement of providing security for the other party's costs»).*

699 Vgl. zum Spannungsverhältnis zwischen Zahlungsunfähigkeit und Rechtsweggarantie auch Teil III.F.1.d)iii *supra.*

700 Vgl. ausführlich zu dieser Ausnahme Teil III.F.1.d)iv *supra.*

701 Vgl. ALTENKIRCH, 259 f.; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1590; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2583 N 49; SRIA-STACHER Art. 41 N 23; Procedural Order No. 4 von April 2009 N 169 ff., publ. in ASA Bull. 2010, 59 ff.

«wenn ihnen ein einheitliches Lebensverhältnis zugrunde liegt».[702] Die Gegenforderung kann dabei mittels Widerklage oder auch mittels Verrechnung[703] geltend gemacht werden.[704]

Im Falle einer konnexen Gegenforderung ist jeweils die sicherungspflichtige Partei zu privilegieren. Dabei sind zwei Konstellationen denkbar: Falls die ursprünglich beklagte bzw. die eine konnexe Widerklage erhebende Partei die Sicherstellung ihrer Parteikosten beantragt, ist die ursprünglich klagende Partei ausnahmsweise von der Sicherungspflicht zu befreien.[705] Falls die ursprünglich klagende bzw. widerbeklagte Partei einen entsprechenden Antrag stellt, ist die beklagte Partei von der Sicherungspflicht zu befreien.[706]

Insbesondere für letztere Konstellation gibt es gute Gründe. Erstens wird eine konnexe Gegenforderung nicht als «Gegenangriff», sondern primär als «Verteidigungsmittel» betrachtet.[707] Zweitens verursacht eine konnexe Gegenforderung in vielen Fällen keine oder nur geringe zusätzliche Kosten. Da sich die behaupteten Ansprüche aus demselben Sachverhalt ergeben, führt deren rechtliche Beurteilung auch nur zu wenig zusätzlichem Aufwand; die widerbeklagte Partei könnte jedoch ohnehin nur für diejenigen Kosten Sicherheit verlangen, welche ohne Widerklage ausgeblieben wären.[708] Drittens wäre die Konsequenz der Nichtleistung der Prozesskaution durch die widerklagende Partei, dass auf die Gegenforderung nicht eingetreten wird. Es widerspräche jedoch dem Grundsatz von Treu und Glauben, zwar über die ursprüngliche Klage, nicht jedoch über eine damit in engem Zusam-

---

702 ALTENKIRCH, 259; vgl. auch BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1590; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2583 N 49.

703 Wobei eine Verrechnung nur dann als Verteidigungsmittel qualifiziert, wenn die zugrundeliegende Forderung demselben Lebenssachverhalt entspringt, ALTENKIRCH, 260.

704 Vgl. auch KARRER/DESAX, N 21.

705 So BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1590; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2583 N 49; Procedural Order No. 4 von April 2009 N 169 ff., publ. in ASA Bull. 2010, 59 ff.

706 So ALTENKIRCH, 259 m.w.H.

707 ALTENKIRCH, 259; vgl. auch KARRER/DESAX, N 21: *«It would not be fair to deprive the respondent of one of its means of defense against the claimant.»*

708 ALTENKIRCH, 260; vgl. auch Procedural Order No. 4 von April 2009 N 169, publ. in ASA Bull. 2010, 59 ff. Vgl. zum Umfang der Prozesskostensicherheit auch Teil III.G.1 *infra.*

menhang stehende Widerklage zu entscheiden.[709] Diesen Argumenten ist m.E. zu folgen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach hier vertretener Auffassung Ausnahmetatbestände, insbesondere in Anbetracht der hohen Voraussetzungen, welche für die Anordnung einer Prozesskaution erfüllt sein müssen, grundsätzlich mit Zurückhaltung anzuwenden sind. Entsprechend dürfte die Anordnung einer Prozesskaution teilweise auch dann angezeigt sein, wenn gleichzeitig Gründe vorliegen, welche dagegensprechen würden. Am Ende liegt es im Ermessen des Schiedsgerichts, im Sinne einer Würdigung der gesamten Umstände, die Gründe für und gegen eine Prozesskaution gegeneinander abzuwägen.

G. Umfang

Lehre und Rechtsprechung präsentieren sich uneinheitlich zur Frage, für welchen Umfang eine Sicherstellung beantragt werden kann. Dabei stehen zwei Aspekte im Vordergrund: Einerseits die Frage, für welche Kostenarten Sicherheit zu leisten ist, d.h. insbesondere ob sich die Prozesskaution nur auf die Parteikosten bezieht, oder ob auch der Vorschuss ans Schiedsgericht umfasst wird. Andererseits, für welchen Zeitraum eine Sicherstellung verlangt werden kann, d.h. insbesondere, ob bei der Bemessung nur zukünftige oder auch bereits entstandene Kosten zu berücksichtigen sind.

1. Erfasste Kostenarten

Zunächst stellt sich die Frage, welche Kostenarten mittels Prozesskaution sichergestellt werden müssen.[710] Insbesondere bezüglich der Kosten des Schiedsgerichts («Verfahrenskosten») finden sich unterschiedliche Auffassungen.

Unbestritten ist, dass die mutmasslichen «Parteikosten», d.h. insbesondere die Honorare und Auslagen der Parteivertreter sowie alle einer Partei im Zusammenhang mit der Führung des Schiedsverfahrens entstehenden Kosten für Gutachter, Zeu-

---

709 ALTENKIRCH, 260.

710 Zur Unterteilung der Kosten in «Verfahrenskosten» und «Parteikosten» vgl. Teil III.A.1 *supra.*

gen etc. sicherzustellen sind.[711] Folgt ein Schiedsgericht dem feststellbaren Trend, dass unter bestimmten Voraussetzungen zunehmend auch die Kosten interner Rechtskonsulenten Teil der Parteientschädigung bilden,[712] so sind bei der Festsetzung der Prozesskaution auch diese zu berücksichtigen.

Kontroverser gestaltet sich die Frage, ob auch die «Verfahrenskosten», d.h. die Kosten des Schiedsgerichts und allenfalls der Schiedsinstitution, von der Prozesskostensicherheit erfasst werden sollen. Nach der hier vertretenen Auffassung muss eine Prozesskostensicherheit sicher dann auch die Verfahrenskosten umfassen, wenn die antragsstellende Partei bereits einen Kostenvorschuss ans Schiedsgericht geleistet hat.[713] Die Ansicht, wonach der Kostenvorschuss nicht von der Prozesskaution erfasst sei, weil dieser «freiwillig» bezahlt werde,[714] ist abzulehnen. In vielen Fällen hat die antragstellende Partei keine echte Wahl, den Vorschuss nicht zu leisten.[715] Im Ergebnis müssen alle Kosten von der Prozesskostensicherheit erfasst werden, welche Gegenstand des finalen Kostenentscheids sind.

Stellt eine widerbeklagte Partei einen Antrag auf Prozesskaution, so umfasst diese nur diejenigen Kosten, welche durch die Widerklage zusätzlich anfallen; mit der ursprünglichen Klage zusammenhängende Kosten bleiben ausgeklammert. Entsprechendes gilt, wenn eine widerklagende Partei einen Antrag auf Kaution stellt. In diesem Fall deckt die Prozesskaution nur die mit der ursprünglichen Klage in Zusammenhang stehenden Kosten (und nicht die zusätzlichen Kosten der Widerklage). Es ist allerdings zu beachten, dass im Kontext der Widerklage einer der Ausnahmetatbestände anwendbar sein kann.[716]

---

711 Vgl. statt vieler BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1602; BÜHLER/STACHER, 1384 N 58; SRIA-STACHER Art. 41 N 28.

712 Zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten interner Rechtskonsulenten vgl. Teil III.A.1.b) *supra.*

713 So auch ALTENKIRCH, 205 ff.; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1602; BÜHLER/STACHER, 1383 N 58; Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003 N 24, publ. in ASA Bull. 2010, 28 ff.

714 Vgl. Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 31, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff.

715 Zu den Gründen vgl. STACHER, *Rechtsnatur,* N 330 ff.; ALTENKIRCH, 206 f. Ausführlich zu dieser Frage auch der Teilschiedsspruch *(Award on Reimbursement of Advance)* von 2004 im ICC Case 13439, publ. in KARRER, 116 f. Vgl. auch Art. 51 Abs. 5 SCC Rules; Art. 24.7 LCIA Rules.

716 Vgl. zum Fall der konnexen Gegenforderung Teil III.F.4.e) *supra.*

Die Prozesskostensicherheit nach Art. 379 ZPO umfasst gemäss Wortlaut nur die «mutmassliche Parteientschädigung», ohne den Kostenvorschuss zu erwähnen. Die Umsetzung dieser Bestimmung ist umstritten. In der Lehre wird sowohl vertreten, dass getreu dem Wortlaut nur die Parteientschädigung sicherstellungspflichtig sei,[717] als auch dass die Bestimmung zu eng gefasst und entsprechend auch ein allfällig bereits geleisteter Kostenvorschuss zu berücksichtigen sei.[718] Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Formulierung in Art. 379 ZPO in der Tat zu eng, um seinen Zweck, nämlich den Schutz der beklagten Partei vor dem Scheitern ihres Kostenerstattungsanspruchs, zu erfüllen. Da Kautionsverfügungen gemäss h.L. auch ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 379 ZPO möglich sind,[719] scheint eine Begrenzung auf die Parteientschädigung für Fälle, welche unter Art. 379 ZPO fallen, nicht sinnvoll. Richtigerweise müssen in jedem Fall alle diejenigen Kosten sichergestellt werden, welche das Schiedsgericht gemäss Art. 384 Abs. 1 lit. f ZPO verteilen kann; diese umfassen auch einen bereits bezahlten Anteil am Kostenvorschuss.

Nicht Gegenstand einer vom Schiedsgericht angeordneten Prozesskostensicherheit bilden die mutmasslichen Kosten in allfälligen Anfechtungs- oder Vollstreckungsverfahren.[720]

2. Erfasster Zeitraum

Ein Antrag auf Sicherstellung der Parteikosten kann in jedem Zeitpunkt des Verfahrens gestellt werden. Lehre und Rechtsprechung sind sich jedoch grundsätzlich einig, dass eine Prozesskostensicherheit nur für zukünftige, noch nicht angefallene

---

717 So BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 13; KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 7; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 59, Letzterer jedoch kritisch.

718 So MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 19; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1607; BERGER, *Security for Costs,* 14.

719 Vgl. Teil III.F.3 *supra.*

720 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1603; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 18.

Kosten verlangt werden kann.[721] Bereits geleistete Kostenvorschüsse[722] sind jedoch in jedem Fall zu berücksichtigen.[723] Dennoch stellen sich hinsichtlich des von der Prozesskaution abgedeckten Zeitraums einige Fragen.

Zunächst ist unklar, ab wann genau von «zukünftigen Kosten» die Rede sein kann. Insbesondere ist relevant, ob die antragstellende Partei noch vor Einreichung der Klageantwort einen separaten Antrag auf Prozesskostensicherheit stellen muss, um die Sicherstellung der mit der Klageantwort verbundenen Kosten zu erreichen. Aus prozessökonomischer Sicht kann eine Beurteilung des Antrags auf Prozesskaution noch vor Einreichung der Klageantwort durchaus sinnvoll sein; leistet eine kautionspflichtige Partei die angeordnete Sicherheit nicht, wird eine (in vielen Fällen kostspielige) Klageantwort womöglich hinfällig.[724] Will eine Partei diesbezüglich kein Risiko eingehen, so ist ihr sicherlich zu empfehlen, den Antrag so früh wie möglich, d.h. sofort nach Bekanntwerden des Kautionsgrundes zu stellen. Es sollte der antragstellenden Partei m.E. jedoch gestattet sein, den Antrag zusammen mit der Klageantwort einzureichen, ohne den Anspruch auf die Sicherstellung der damit verbundenen Kosten zu verlieren.[725]

Die grundsätzliche Regel, dass nur die Sicherstellung zukünftiger Kosten angeordnet werden kann, muss jedoch hinterfragt werden, wenn die Voraussetzun-

---

721 BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2585 N 58; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 26; SRIA-STACHER Art. 41 N 28; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 62; BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 13; Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003 N 24, publ. in ASA Bull. 2010, 28 ff.; Procedural Order von Dezember 2007 im ICC Case 14661 N 8, publ. in ICC Special Supplement 2014, 74 ff.: *«It is, however, in the nature of a security for costs to deploy its effects only in the future. Hence, in our case, the security is to be limited to the residual costs Claimant has to sustain up to the end of the arbitration proceedings.»*

722 Vgl. zur Frage, ob der Kostenvorschuss von der Prozesskaution erfasst wird, auch Teil III.G.1 *supra.*

723 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1602; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2585 N 58; Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003 N 24, publ. in ASA Bull. 2010, 28 ff.

724 Vgl. zur Nichtbefolgung einer Kautionsverfügung Teil III.J.2 *infra.*

725 So auch STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 28; SUTER/VON HOLZEN in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 100 N 9 für den Zivilprozess. A.M. SRIA-STACHER Art. 41 N 28 *(«costs the respondent will reasonably incur between the date when the request is filed and the final award»)*. Dieser strenge Ansatz wird vom Bundesgericht zumindest im Zusammenhang mit staatlichen Gerichtsverfahren gestützt, vgl. BGE 79 II 304 E. 3 (bestätigt in BGE 118 II 87 E. 2 und BGer 4A_162/2011 vom 20. Juli 2011 E. 3).

gen für eine Prozesskaution erst im Verlauf des Verfahrens erfüllt werden. Ein Schiedsgericht sollte zumindest dann die Sicherstellung bereits erfolgter Kosten in Betracht ziehen, wenn die antragstellende Partei das Vorliegen des Kautionsgrundes nicht bereits früher kennen konnte,[726] und dieser im treuwidrigen Verhalten der Gegenpartei gründet. Eine solche Ausnahme ist m.E. deshalb angebracht, weil es einem Schiedsgericht andernfalls nicht möglich wäre, angemessen auf eine bspw. erst in einem späten Verfahrensstadium stattfindende, treuwidrige Vermögensverschiebung zu reagieren. Der Massstab des «Kennenmüssens» ist angebracht; eine eingehende Auseinandersetzung mit der Gegenpartei zu Beginn des Verfahrens darf erwartet werden.

Schliesslich kann das Schiedsgericht die zeitliche Wirkung der Prozesskaution auch in die Zukunft begrenzen. In vielen Fällen kann dies sinnvoll sein, bspw. wenn in einem ersten Zwischenentscheid nur über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts und erst später über die materiellen Rechtsbegehren entschieden wird, oder wenn in einem ersten Schritt nur über den Bestand einer Forderung und erst im zweiten Schritt über deren Höhe geurteilt wird. In solchen Fällen sind nur die mutmasslichen Kosten bis zum vom Schiedsgericht festgelegten Zwischenentscheid sicherzustellen.[727] Denkbar sind auch feinere Abstufungen; dies liegt im Ermessen des Schiedsgerichts.[728]

H. Höhe und Form

Die Höhe der Sicherheitsleistung richtet sich nach den mutmasslichen Parteikosten der antragstellenden Partei bis zum Ende oder bis zu einem vom Schiedsgericht definierten Zeitpunkt des Verfahrens (bspw. einem Zwischenentscheid). Während sich die Höhe der Parteientschädigung im staatlichen Verfahren nach kantonalen Anwaltstarifen richtet,[729] kennt die Schiedsgerichtsbarkeit keine solchen Richtwerte. Teilweise wird dafür plädiert, die kantonalen Tarife als einen «sinnvollen

---

726 So im Ergebnis wohl Procedural Order von November 2006 im ICC Case 14020 N 16, publ. in ICC Special Supplement 2014, 67 ff.

727 Zum Ganzen ALTENKIRCH, 271 f.; PÖRNBACHER/THIEL, 21; Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003 N 24, publ. in ASA Bull. 2010, 28 ff.

728 Bspw. eine Sicherheitsleistung nur für die Kosten der ersten Schriftsatzphase, vgl. ALTENKIRCH, Fn. 1101 m.w.H.

729 Art. 96 ZPO, vgl. auch Teil II.C.4 *supra.*

Anhaltspunkt» beizuziehen,[730] die h.L. stellt jedoch einzig auf die tatsächlich angefallenen Kosten ab, soweit diese angemessen sind.[731] Sicherheit ist demnach für die voraussichtlichen, d.h. geschätzten, tatsächlich anfallenden Parteikosten zu leisten. Dabei können verschiedene Faktoren wie der Streitwert, die Komplexität des Sachverhalts und der Rechtsfragen, der Umfang des Beweisverfahrens, die Anzahl der involvierten Parteien und weitere sich auf den Aufwand auswirkende Aspekte berücksichtigt werden.[732] Der Kautionsentscheid des Schiedsgerichts ist jederzeit abänderbar.[733]

Den Ausgangspunkt für die Berechnung bildet die von der antragstellenden Partei zusammen mit dem Antrag eingereichte Aufstellung der voraussichtlichen Kosten. Das Schiedsgericht muss dann beurteilen, ob diese unter den erwähnten Gesichtspunkten angemessen und insbesondere «zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig» sind.[734] Insbesondere in umfangreichen Verfahren ist zur Liquiditätsschonung eine schrittweise Erhöhung der Kaution sinnvoll.[735]

Die Form der Sicherheitsleistung liegt im Ermessen des Schiedsgerichts.[736] Üblich sind einerseits die Einzahlung auf ein vom Schiedsgericht bestimmtes (oder zu diesem Zweck eingerichtetes) Bankkonto[737] oder die Leistung mittels Bankgaran-

---

730 So BSK ZPO-GIRSBERGER Art. 384 N 38.

731 Vgl. BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2588 N 73; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1602; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 N 26; BSK IPRG-WIRTH Art. 189 N 70; ZK IPRG-OETIKER Art. 189 N 67; KuKo ZPO-DASSER Art. 384 N 9; SHK ZPO-ZENHÄUSERN Art. 384 N 24; BK ZPO III-LAZOPOULOS Art. 384 N 45; ALTENKIRCH, 271.

732 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1603; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 18; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 61; BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 14; OFK ZPO-PLANINIC/ERK-KUBAT Art. 379 N 4; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 17.

733 KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 8.

734 ALTENKIRCH, 271; vgl. auch GU, 199.

735 BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 17; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1604; ZUBERBÜHLER in Arroyo Art. 41 SRIA N 26; BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 16; KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 7.

736 Statt vieler BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2585 N 58; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 70; BERGER, *Security for Costs,* 13.

737 In der Regel ein Bankkonto unter der Kontrolle der oder des Vorsitzenden oder der Schiedsinstitution, BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2585 N 58. Vgl. für Beispiele Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003 N 25, publ. in ASA Bull. 2010, 28 ff.; Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 34, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff.

tie zugunsten der Gegenpartei.[738] Möglich sind durchaus auch weitere Formen der Sicherheitsleistung.[739] Als zu präferierende Variante wird insbesondere die Bankgarantie empfohlen.[740]

I. Verfahren

Im Folgenden werden einige Aspekte erörtert, welche im Rahmen des Verfahrens zu beachten sind. Eingegangen wird in diesem Kontext auf die Anforderungen an den Antrag, auf die Beweislast und das Beweismass sowie auf eine allfällige Mitwirkungspflicht der Antragsgegnerin.

1. Antrag

Der Antrag auf Sicherstellung der Parteikosten kann zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens gestellt werden.[741] Er ist an das Schiedsgericht zu richten, staatliche Gerichte verfügen in dieser Sache nach der hier vertretenen Auffassung über keine – auch keine parallele – Kompetenz.[742] Die Form des Antrags richtet sich grundsätzlich nach der Vereinbarung der Parteien oder nach den von Parteien oder dem Schiedsgericht festgelegten Verfahrensregeln. Der Antrag ist üblicherweise gleichzeitig der Gegenpartei zuzustellen.[743]

Der Antrag muss folgende Elemente enthalten: (i) den erkennbaren Willen, dass dem Schiedsgericht beantragt wird, die Gegenpartei sei zur Sicherstellung der eigenen Parteikosten zu verpflichten; (ii) falls notwendig die Identifikation derje-

---

738 Zum Ganzen BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1604; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2585 N 58; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 70; BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 16a; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 20; KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 9; KARRER/DESAX, N 51 ff.

739 Vgl. GU, 199.

740 Vgl. KARRER/DESAX, N 52 mit Angaben zu Vor- und Nachteilen von Hinterlegung und Bankgarantie.

741 KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 5; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 55. Teilweise wird vertreten, ein Antrag müsse spätestens bis zur Festlegung der *Terms of Reference* erfolgen, andernfalls dies einem Verzicht gleichkommen könne (so ANUKARAN, 81). Diese Auffassung ist m.E. abzulehnen.

742 Vgl. hierzu ausführlich Teil III.D *supra.*

743 Vgl. bspw. Art. 15 Abs. 4 Swiss Rules.

nigen Partei, welche Sicherheit zu leisten hat;[744] (iii) die Gründe, weshalb die Voraussetzungen einer Kautionspflicht erfüllt sind; und (iv) den Betrag, für den Sicherheit verlangt wird, inkl. einer Aufstellung der erwarteten Kosten.[745]

2. Beweislast und Beweismass

Beweisbelastet ist grundsätzlich die antragstellende Partei. Sie muss den Beweis erbringen, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer Kautionsverfügung erfüllt sind.[746] Zu beweisen sind dabei insbesondere die Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs, die Zunahme der Gefährdung desselben seit Abschluss der Schiedsvereinbarung sowie das treuwidrige Verhalten der Gegenpartei.[747] Der theoretische Anspruch auf Kostenerstattung ergibt sich aus dem anwendbaren Verfahrensrecht, bzw. in vielen Fällen direkt aus der anwendbaren Schiedsordnung, und muss von der antragstellenden Partei deshalb nicht bewiesen werden.[748] Spätestens im Rahmen des Schiedsspruchs hat das Schiedsgericht die Frage, ob und wie die Kosten zu verteilen sind, ohnehin zu beurteilen.

Das erforderliche Beweismass ist «Glaubhaftmachen».[749] Eine Prozesskostensicherheit ist dann anzuordnen, wenn die antragstellende Partei aufzeigen kann, dass berechtigter Grund zur Annahme besteht, dass deren Voraussetzungen erfüllt sind. Kommen für ein bestimmtes Handeln der antragsgegnerischen Partei aus Sicht des Schiedsgerichts mehrere Handlungsmotive infrage, reicht es aus, wenn einer die-

---

744 BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 63; vgl. zu Verfahren mit mehr als zwei Parteien auch Teil III.E.3 *supra.*

745 BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 58; ALTENKIRCH, 271.

746 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1595 f.; GÖKSU, N 1856; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 64; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 15; GU, 189; Procedural Order von Februar 2006 im ICC Case 13359 N 6, publ. in ICC Special Supplement 2014, 63 ff. *(«[t]he Respondent has the burden of convincing us that security should be provided»);* Procedural Order von Januar 2007 im ICC Case 14355 N 3 d), publ. in ICC Special Supplement 2014, 70 ff.

747 Vgl. zu den Voraussetzungen Teil III.F *supra.*

748 Vgl. zur Anwendbarkeit des Prinzips *iura novit curia* im Schiedsverfahren auch BGer 4A_56/2017 vom 11. Januar 2018 E. 3.3.2 m.w.H.

749 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1595 f.; GÖKSU, N 1856; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 44; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 9; BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 9; BERGER, *Prozesskostensicherheit,* 15; BERGER, *Security for Costs,* 9 f.

ser möglichen Gründe als treuwidrig eingestuft wird.[750] Der teilweise propagierte «umgekehrte» Test, wonach kein Grund ersichtlich sein darf, welcher nicht treuwidrig wäre,[751] ist m.E. abzulehnen. Angesichts der bereits hohen Voraussetzungen wäre es nicht angemessen, von der antragstellenden Partei zusätzlich ein derart strenges Beweismass zu fordern. In anderen Worten muss es ausreichen, wenn die antragstellende Partei beim Schiedsgericht berechtigte Zweifel an den gutgläubigen Absichten der Gegenpartei wecken kann, d.h. aus Sicht des Schiedsgerichts berechtigter Grund zur Annahme besteht, dass die Gegenpartei in treuwidriger Weise handelt. Blosse Spekulationen hingegen reichen nicht. Dies hätte eine faktische Beweislastumkehr zur Folge, was ebenfalls nicht angebracht wäre.

3. Mitwirkungspflicht der leistungspflichtigen Partei

Fraglich ist, inwiefern die Antragsgegnerin bei der Erörterung des Sachverhalts zur Mitwirkung verpflichtet ist. Unter den meisten Schiedsordnungen[752] haben Schiedsgerichte ein breites Ermessen, wenn es darum geht, Parteien zur Herausgabe von Dokumenten aufzufordern.[753] Die vom Schiedsgericht, auf Antrag einer Partei, verlangten Dokumente können dabei sowohl mit materiell-rechtlichen als auch mit prozessualen Begehren in Zusammenhang stehen.[754]

Es steht dem Schiedsgericht demnach frei, Dokumente anzufordern, welche endgültig über die Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs oder über möglicherweise treuwidriges Verhalten aufklären.[755] Kommt die aufgeforderte Partei der

---

750 Vgl. auch die Formulierung in Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003 N 21, publ. in ASA Bull. 2010, 28 ff.: «Aufgrund der bisherigen Erwägungen hat das Schiedsgericht hingegen Grund zu der Vermutung, dass wenigstens einer dieser Beweggründe darin bestanden haben dürfte, die Beklagten für den Fall des Unterliegens der Klägerin an der Vollstreckung eines Parteikostenentscheids zu hindern.»

751 Vgl. RIEMER, 361 wonach Treuwidrigkeit dann vorliegt, wenn «vernünftigerweise kein anderer Grund […] für das fragliche Handeln ersichtlich ist.»

752 Vgl. Art. 24 Abs. 3 Swiss Rules; Art. 25 Abs. 5 ICC Rules; Art. 22.1 LCIA Rules; Art. 29 Abs. 1 Vienna Rules; Art. 28.2 DIS Rules; vgl. auch Art. 182 Abs. 2 IPRG.

753 Ausführlich zu Beweisregeln im Schiedsverfahren WAINCYMER, 743 ff. Vgl. auch MARGHITOLA, 25; BORN, *Commercial,* 2337 m.w.H.

754 ZUBERBÜHLER et al. Art. 3 N 131.

755 KARRER/DESAX, N 36 f.; im Ergebnis wohl auch BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 64, allerdings für Anträge unter Art. 379 ZPO zurückhaltender, da sich der Anschein der

Anordnung nicht nach, darf das Schiedsgericht daraus schliessen, dass die angeforderten Dokumente einen für sie nachteiligen Inhalt aufweisen (sog. *«adverse inference»*).[756] Im Ergebnis kann es deshalb – wie bereits an früherer Stelle ausgeführt[757] – zum Ergebnis kommen, dass die Voraussetzungen für eine Prozesskaution in der Tat erfüllt sind.[758]

4. Stellungnahme zum Antrag

Liegt ein Antrag auf Leistung einer Prozesskaution vor, so hat die Gegenpartei das Recht, zum Antrag Stellung zu nehmen.[759] Dieses Recht ergibt sich aus dem Gleichbehandlungsgebot sowie dem Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör.[760]

Das Schiedsgericht muss der Gegenpartei demnach die Gelegenheit geben, sich innert vom Schiedsgericht festzulegender Frist umfassend zum Antrag zu äussern. Dies beinhaltet eine Stellungnahme zum Antrag an sich, zum Vorliegen der behaupteten Kautionsgründe sowie zum beantragten Betrag.[761] Auch zur allenfalls beantragten Edition von Dokumenten ist der Antragsgegnerin die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.[762]

Zahlungsunfähigkeit regelmässig mit öffentlich zugänglichen Dokumenten belegen lässt.

756 KARRER/DESAX, N 37; SRIA-NATER-BASS/ROUVINEZ Art. 24 N 41; ZUBERBÜHLER et al. Art. 3 N 225, Art. 9 N 54 ff.; WEBSTER/BÜHLER Art. 25 N 79; BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER Art. 184 N 21; vgl. auch Art. 9 Abs. 5 IBA Rules. Ausführlich zur *adverse inference* SWERDLOFF/ELUL/BAUM, 230 ff.

757 Vgl. zur Verweigerung der Herausgabe von Dokumenten auch Teil III.F.2.f) *supra.*

758 Zu beachten sind vor einer solchen Schlussfolgerung in jedem Fall die entsprechenden Voraussetzungen, vgl. ZUBERBÜHLER et al. Art. 9 N 58. Vgl. auch BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER Art. 184 N 21, wonach nachteilige Schlüsse erst gezogen werden sollen, nachdem ein solcher Rechtsnachteil angedroht wurde.

759 GÖKSU, N 1852; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 65; DIKE ZPO-BRUNNER/STEININGER Art. 379 N 4.

760 Vgl. Art. 182 Abs. 3 IPRG; Art. 373 Abs. 4 ZPO. Gewisse Schiedsordnungen, welche das Instrument der Prozesskostensicherheit kennen, enthalten denn auch eine explizite Bestimmung, wonach die Gegenpartei anzuhören ist, vgl. Art. 25.2 LCIA Rules; Art. 33 Abs. 6 Vienna Rules.

761 BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 65.

762 Vgl. hierzu auch Teil III.I.3 *supra.*

J. Kautionsverfügung des Schiedsgerichts

Nachdem der Gegenpartei die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wurde, hat das Schiedsgericht über den Kautionsantrag zu entscheiden. Dieser Teil beleuchtet diejenigen Aspekte, welche direkt mit dem Entscheid des Schiedsgerichts zusammenhängen.

1. Form und Inhalt

Es ist teilweise Gegenstand einer Debatte, ob die Anordnung einer Prozesskostensicherheit als prozessleitende Verfügung oder als (Teil-)Schiedsspruch ergeht.[763] Aus schweizerischer Perspektive scheint die Diskussion hingegen geklärt; der Entscheid ergeht als prozessleitende Verfügung *(«procedural order»)*.[764]

Grund für die teilweise anderslautende Qualifikation ist, dass unter dem New Yorker Übereinkommen nur Schiedssprüche vollstreckbar sind.[765] Angesichts dessen, dass eine eigentliche Vollstreckung im Kontext der Prozesskostensicherheit keine Rolle spielt, ergeben sich durch die Qualifikation als Schiedsspruch jedoch keinerlei Vorteile.[766] Richtig ist, dass der Entscheid als prozessleitende Verfügung ergeht. Er bindet das Schiedsgericht nicht und kann – *ex officio* oder auf Parteiantrag[767] – jederzeit geändert (d.h. erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben) werden.[768] Schliesslich wird damit weder eine prozessuale noch eine materiell-rechtliche Frage endgültig entschieden.[769]

---

763 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1597; vgl. auch Art. 26 Abs. 2 Swiss Rules; Art. 48(c) WIPO Rules.

764 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1597; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 15, 24; BERGER, *Security for Costs,* 10. So auch ALTENKIRCH, 272. Vgl. auch die ausführliche Diskussion in ICC Case 13358 N 93 ff., publ. in KARRER, 117 ff. GÖKSU qualifiziert die Kautionsverfügung hingegen als Zwischenentscheid, N 1853.

765 BERGER, *Security for Costs,* 10.

766 Vgl. zu den Konsequenzen der Nichtbefolgung Teil III.J.2 *infra.*

767 BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 72.

768 Daraus ergibt sich auch, dass eine Partei nach einem ablehnenden Entscheid zu einem späteren Zeitpunkt nochmals einen Antrag stellen kann, BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 56.

769 Vgl. BGer 4A_596/2012 vom 15. April 2013 E. 3.3; BGE 136 III 597 E. 4.2; BGE 122 III 492 E. 1b/bb; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1597; BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER Art. 182 N 48; KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 7; ALTENKIRCH, 272. Vgl. zur

Aus inhaltlicher Sicht hat die Kautionsverfügung mindestens folgende Elemente zu enthalten: (i) die Aufforderung, Sicherheit für die Parteikosten der antragstellenden Partei zu leisten; (ii) eine Begründung, weshalb die Voraussetzungen für die Anordnung erfüllt sind;[770] (iii) den Betrag, welcher sicherzustellen ist; (iv) die Form, in welcher die Sicherheit zu leisten ist;[771] (v) die Frist, innert welcher die Sicherheit zu leisten ist;[772] und (vi) die Androhung der möglichen Konsequenzen bei Nichtbefolgung der Anordnung.[773]

2. Konsequenzen der Nichtbefolgung

Leistet eine Partei einer Kautionsverfügung nicht Folge, so kann das Schiedsgericht das betreffende Verfahren beenden.[774] Möglich ist auch, das Verfahren zunächst zu sistieren und erst nach Verstreichen einer letzten Frist zu beenden.[775] Die genaue Vorgehensweise hängt von den Besonderheiten des einzelnen Verfahrens ab und liegt im Ermessen des Schiedsgerichts. Eine zusätzliche Frist ist zumindest dann anzusetzen, wenn die Verfahrenseinstellung in der Kautionsverfügung nicht bereits angedroht wurde. Sofern die leistungspflichtige Partei zwar die letzte Frist verpasst, die Sicherheit jedoch noch vor Einstellung des Verfahrens bzw. vor Eintreffen der Verzichtserklärung nach Art. 378 Abs. 2 ZPO leistet, so ist das Verfahren weiterzuführen; der Schutz der antragstellenden Partei ist in diesem Fall gewährleistet.[776]

Unterscheidung von Schiedssprüchen und prozessleitenden Verfügungen auch TRITTMANN, 257 f.

770 Vgl. zu den Voraussetzungen Teil III.F *supra.*

771 Vgl. zur Höhe und zur Form der Sicherheitsleistung Teil III.H *supra.*

772 Die Frist muss angemessen sein. D.h. sie muss so lang sein, dass die kautionspflichtige Partei «eine vernünftige Chance zur Leistung» (BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 69) hat, und sie muss zudem «berücksichtigen, in welcher zeitlichen Abfolge die [antragstellende Partei] voraussichtlich grössere Kosten auf sich nehmen muss» (KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 9).

773 Zu den Konsequenzen der Nichtbefolgung vgl. Teil III.J.2 *infra.*

774 Statt vieler BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1605; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 73 ff.; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 379 N 21.

775 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1605.

776 Vgl. BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 75.

Die in der Schweiz überwiegende, jedoch nicht unbestrittene Lehre ist der Auffassung, dass die Beendigung des Schiedsverfahrens ohne materielle Rechtskraftfolge, d.h. ohne *res iudicata* erfolge.[777] Der Streitgegenstand kann demnach zu einem späteren Zeitpunkt wieder bei einem Schiedsgericht anhängig gemacht werden. Für Binnenschiedsverfahren ergibt sich dies direkt aus dem Wortlaut von Art. 378 Abs. 2 ZPO sowie den Absichten des Gesetzgebers.[778] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich beim beendigenden Entscheid gemäss Art. 378 Abs. 2 ZPO um einen Abschreibungsbeschluss, dasselbe dürfte auch für Verfahren nach IPRG gelten.[779]

Ausserhalb der Schweiz präsentiert sich die Situation anders; der wohl überwiegende Teil der Literatur spricht sich für eine Abweisung der Klage mit materieller Rechtskraftwirkung aus.[780] Dies dürfte insbesondere damit zusammenhängen, dass der English Arbitration Act diese Rechtsfolge explizit vorsieht.[781] Eine äquivalente Bestimmung enthält Art. 25.2 LCIA Rules.[782] In der Literatur wird dieser Ansatz sowohl unterstützt[783] als auch – insbesondere in Deutschland – kritisiert[784].

---

777 Vgl. BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1605; GÖKSU, 1864; BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2585 f. N 60; SRIA-STACHER Art. 41 N 29; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 76; ZK ZPO Art. 379 N 21; KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 6. A.M. KARRER/DESAX, N 58.

778 Vgl. Botschaft ZPO, 7401.

779 Vgl. BGE 142 III 284 E. 1.1.2; gl.M. BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1580; BK ZPO III-STACHER Art. 378 N 87; BSK ZPO-HABEGGER Art. 378 N 29; MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 378 N 22 (MÜLLER spricht sich im Zusammenhang mit Art. 379 ZPO jedoch für einen Nichteintretensentscheid aus, vgl. *idem* Art. 379 N 21). A.M. DIKE ZPO-BRUNNER Art. 378 N 8, welcher für einen Nichteintretensentscheid plädiert.

780 ALTENKIRCH, 273 m.w.H, wobei dieser mit der h.L. nicht einig geht.

781 Vgl. Sect. 41(6) English Arbitration Act: *«If a claimant fails to comply with a peremptory order of the tribunal to provide security for costs, the tribunal may make an award dismissing his claim.»*

782 Vgl. den letzten Satz von Art. 25.2 LCIA Rules: *«In the event that a claiming or cross-claiming party does not comply with any order to provide security, the Arbitral Tribunal may stay that party's claims or cross-claims or dismiss them by an award.»*

783 Vgl. KARRER/DESAX, N 58, welche jedoch für den Fall, dass die widerklagende Partei der Sicherheitsleistung nicht nachkommt, von der materiellen Rechtskraft absehen; VON GOELER, 333; GU, 200.

784 Vgl. ALTENKIRCH, 273; PÖRNBACHER/THIEL, 15.

Für internationale Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz ist der hiesigen h.L. zu folgen. Ohne besondere Parteiabrede und mangels expliziter Bestimmung im IPRG wäre eine gegenteilige Lösung zu drastisch, auch wenn insbesondere KARRER/DESAX gute Gründe für eine Abweisung der Klage mit *res iudicata* vorbringen.[785] Vorzuziehen ist m.E. ein Vorgehen, wie es bei der Nichtleistung des Kostenvorschusses zur Anwendung gelangt, nämlich dass die Klage als zurückgenommen gilt, und das Verfahren ohne Rechtskraftwirkung beendet wird.[786] Nach hier vertretener Auffassung kann ein aus diesem Grund ergangener Abschreibungsbeschluss jedoch nicht zur Konsequenz haben, dass die Parteien – und insbesondere die zur Sicherheitsleistung verpflichtete Partei – nicht weiter an die Schiedsvereinbarung gebunden sind. Eine erneute Klage hätte wiederum nach Massgabe der Schiedsvereinbarung zu erfolgen.[787] Zu beachten ist schliesslich, dass das Schiedsgericht, bevor es einen Abschreibungsbeschluss mit Kostenfolge fällt, die Parteien hinsichtlich der Kostenfolgen anzuhören hat. Andernfalls droht die Aufhebung des Entscheids durch das Bundesgericht wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs.[788]

Abzulehnen ist m.E. hingegen die Auffassung, wonach es den Parteien verwehrt sei, die materielle Rechtskraftwirkung explizit zu vereinbaren.[789] Die Parteiautonomie verlangt, dass Vertragsparteien diese Möglichkeit (theoretisch) haben sollten. Umso mehr, als dies in der internationalen Lehre der herrschenden Auffassung entspricht und in anderen Jurisdiktionen teilweise gesetzlich so vorgesehen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht können sich Parteien auf eine solche Rechtsfolge gültig einigen, entweder mittels Vereinbarung oder mittels Verweis auf eine Schiedsordnung, welche die Abweisung mit Rechtskraftwirkung vorsieht (wie z.B. die LCIA Rules).[790]

GÖKSU plädiert schliesslich dafür, dass eine kautionspflichtige Partei, welche nicht über die finanziellen Mittel verfügt, um die Sicherheit zu leisten, die Schieds-

---

785 Vgl. KARRER/DESAX, N 58 ff.; *idem* Fn. 29 m.w.H.

786 Vgl. Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules; Art. 36 Abs. 6 ICC Rules; Art. 24.8 LCIA Rules.

787 Vgl. KARRER/DESAX, N 60.

788 Das Bundesgericht hat aus diesem Grund im Jahr 2016 einen Entscheid eines Adhoc-Schiedsgerichts aufgehoben. Hinsichtlich Kosten- und Entschädigungsfolgen handelt es sich beim Abschreibungsbeschluss um einen anfechtbaren Endentscheid i.S.v. Art. 392 lit. a ZPO, vgl. BGE 142 III 284 E. 1.1.2; Art. 393 lit. d ZPO.

789 So GÖKSU, N 1867.

790 So auch BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1605.

vereinbarung kündigen und vor ein staatliches Gericht gelangen darf, sofern sie prozessarm ist und die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt sind.[791] Parteien in internationalen Schiedsverfahren erfüllen diese Voraussetzungen i.d.R. nicht.[792]

3. Rechtsmittel

Gegen eine Kautionsverfügung stehen, unabhängig von dessen Qualifikation als vorsorgliche Massnahme oder als verfahrensleitende Verfügung, keine Rechtsmittel zur Verfügung.[793] Weder vorsorgliche Massnahmen[794] noch prozessleitende Verfügungen[795] können angefochten werden. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass Entscheidungen von Schiedsgerichten nicht anfechtbar sind, wenn sie für das Schiedsgericht nicht bindend sind, und es im Verlauf des Verfahrens wieder darauf zurückkommen kann.[796] Dies trifft auf Kautionsverfügungen zu.

Dasselbe gilt für den Abschreibungsbeschluss des Schiedsgerichts bei Nichtleistung der Prozesskaution; dieser fällt ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich von Art. 190 IPRG bzw. Art. 392 ZPO. Da der Abschreibungsbeschluss keine materielle Rechtskraftwirkung entfaltet,[797] kann die kautionspflichtige Partei (inner-

---

791 GÖKSU, N 1868, 1888 ff.; vgl. auch MÜLLER in Komm. ZPO Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 380 N 4; BK ZPO III-STACHER Art. 380 N 12 jeweils m.w.H. ALTENKIRCH plädiert stattdessen von einer Befreiung der Kautionspflicht, vgl. 263 ff.

792 Vgl. insbesondere BGer 4A_75/2017 vom 22. Mai 2017 E 3.1.

793 GÖKSU, N 1853; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 72; KuKo ZPO-DASSER Art. 379 N 8; BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 3. Vertritt man die Minderheitsmeinung, wonach auch ein staatliches Gericht eine Prozesskostensicherheit anordnen kann (vgl. BSK ZPO-HABEGGER Art. 379 N 4), so richtet sich die Frage nach der anwendbaren *lex fori* des zuständigen Gerichts (vgl. ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 13) und im Ergebnis nach Art. 103 ZPO. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das staatliche Gericht für Prozesskautionen nicht zuständig; das staatliche Gericht dürfte auf einen entsprechenden Antrag mangels Zuständigkeit nicht eintreten.

794 BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1264; BSK IPRG-MABILLARD Art. 183 N 10; ZK IPRG-OETIKER Art. 183 N 43; BSK ZPO-HABEGGER Art. 374 N 33; BK ZPO III-BOOG/STARK-TRABER Art. 374 N 74; WALTER/DOMEJ, 599.

795 BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER Art. 182 N 47.

796 Vgl. BGer 4A_596/2012 vom 15. April 2013 E. 3.3; BGE 136 III 597 E. 4.2; BGE 136 III 200 E. 2.3.1; BGE 122 III 492 E. 1b/bb; vgl. auch Teil III.J.1 *supra.*

797 Vgl. hierzu Teil III.J.2 *supra.*

halb der einschlägigen Verwirkungs- und Verjährungsfristen) jederzeit ein neues Schiedsverfahren einleiten. Ein zusammen mit dem Abschreibungsbeschluss ergehender Kostenentscheid qualifiziert hingegen als Schiedsspruch und kann vor Bundesgericht angefochten werden.[798]

4. Auflösung der Kaution

Das endgültige Schicksal der Prozesskaution wird im finalen Schiedsspruch bestimmt. Falls die antragstellende Partei eine Kostenentschädigung zugesprochen erhält, wird dieser Erstattungsanspruch aus der Kaution beglichen. Ein allfälliger Überschuss geht zurück an die kautionspflichtige Partei. Obsiegt die kautionspflichtige Partei oder erhält die antragstellende Partei aus anderen Gründen keine Entschädigung zugesprochen, erhält die leistungspflichtige Partei den hinterlegten Betrag zurück.[799] Für letzteren Fall ist festzuhalten, dass die mit der Sicherheitsleistung verbundenen Kosten, d.h. bspw. die Kosten einer Bankgarantie,[800] ebenfalls der unterlegenen Partei aufzuerlegen sind. Es darf nicht sein, dass diese Kosten bei der kautionspflichtigen aber am Ende obsiegenden Partei verbleiben; dies ginge zulasten der Risikoneutralität zwischen den Parteien.[801]

Fraglich ist schliesslich, in welchem Zeitpunkt die Kaution aufzulösen ist. Der Schiedsspruch ist grundsätzlich mit dessen Eröffnung rechtskräftig.[802] Bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist[803] bzw. bis zum Ende des Anfechtungsverfahrens ist der Entscheid relativ (oder bedingt) endgültig; nach Ablauf der Frist bzw. nach erfolglosem Anfechtungsverfahren erlangt der Schiedsspruch absolute (unbedingte) Endgültigkeit.[804] Um den Zweck der Prozesskaution zu erfüllen, darf das Schiedsgericht die Sicherheit erst dann auflösen, wenn die Anfechtungsfrist verstrichen ist, auf das Rechtsmittel verzichtet wurde,[805] oder wenn die Anfechtung

---

798 Vgl. hierzu ausführlich BGE 142 III 284, insbesondere E. 1.1.2 und E. 3.

799 Zum Ganzen WAINCYMER, 653; BK ZPO III-STACHER Art. 379 N 71; BERGER, *Security for Costs,* 13. Vgl. auch das Dispositiv im Schiedsspruch vom 20. April 2009, publ. in ASA Bull. 2010, 46 f.

800 Vgl. zur Form der Sicherheitsleistung Teil III.H *supra.*

801 WAINCYMER, 1254; VON GOELER, 361; BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 183.

802 Art. 190 Abs. 1 IPRG; Art. 387 ZPO.

803 Vgl. Art. 100 Abs. 1 BGG.

804 BSK IPRG-PFISTERER Art. 190 N 8; ZK IPRG-OETIKER Art. 190 N 5.

805 Vgl. Art. 192 IPRG.

des Schiedsspruchs gescheitert ist. Eine frühere Auflösung der Sicherheit wäre aus Sicht des Schutzgedankens nicht sinnvoll.

K. Zusammenfassung

Lange betrachteten die schweizerische Lehre und Rechtsprechung die Prozesskostensicherheit im Kontext der Schiedsgerichtsbarkeit als unzulässig. Das hat sich inzwischen geändert; niemand geht mehr von deren Unzulässigkeit aus. Explizit geregelt ist die Prozesskostensicherheit im Schiedsverfahren jedoch nur in Ausnahmefällen. Die Schweiz stellt keine solche Ausnahme dar; abgesehen von Art. 379 ZPO kennt die schweizerische Gesetzgebung – das gilt auch für die Swiss Rules – keine explizite Bestimmung zur Prozesskaution. Dass ein Schiedsgericht die Kompetenz hat, die Sicherstellung von Parteikosten anzuordnen, ist unbestritten. Nach hier vertretener Auffassung kommt diese Kompetenz einzig dem Schiedsgericht zu.

Umstritten ist die dogmatische Einordnung der Prozesskostensicherheit. Wie aufgezeigt worden ist, stellt diese – entgegen der Auffassung der h.L. – keine vorsorgliche Massnahme dar. Die Kompetenzgrundlage findet sich vielmehr im Parteiwillen und ist damit direkt Ausfluss der Schiedsvereinbarung. Beim Anspruch auf Sicherstellung handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch, vom Schiedsgericht vor treuwidrigem Verhalten der Gegenpartei geschützt zu werden. Diese unterschiedliche Kompetenzgrundlage hat zur Konsequenz, dass die Hürden für eine Kautionsverfügung hoch anzusetzen sind; Zahlungsunfähigkeit *per se* reicht nicht aus. Die Voraussetzungen sind nach hier vertretener Auffassung: (i) Anwendbarkeit des Unterliegensprinzips, (ii) Gefährdung des potenziellen Kostenerstattungsanspruchs, (iii) Zunahme der Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs seit Abschluss der Schiedsvereinbarung und (iv) Treuwidrigkeit der leistungspflichtigen Partei. Vom letzten Kriterium der Treuwidrigkeit ist einzig dann abzusehen, wenn die klagende Partei das Schiedsverfahren nicht mit eigenen finanziellen Mitteln bestreitet, und es ihr gelingt, das Kostenrisiko auf eine Drittpartei abzuwälzen, welche nicht der Zuständigkeit des Schiedsgerichts unterliegt. Dieses Prüfungsraster hat insbesondere den Vorteil, dass es eine Prüfung entlang abstrakter Leitlinien ermöglicht. Art. 379 ZPO stellt einen zusätzlichen Tatbestand dar, welcher in dieser Form einzig in Schiedsverfahren nach ZPO zur Anwendung gelangt und auf internationale Schiedsverfahren nicht analog anwendbar ist.

Sicherheit ist für alle diejenigen Kosten zu leisten, welche vom Schiedsgericht verlegt werden, wobei im Kontext einer Widerklage möglicherweise ein Teil auszuklammern ist. Sicherzustellen sind ferner nur zukünftige Kosten der Gegenpartei. Nach hier vertretener Auffassung muss es einer beklagten Partei jedoch gestattet sein, Sicherheit für die mit der Klageantwort verbundenen Kosten zu verlangen, wenn der Kautionsantrag gemeinsam mit der Klageantwort eingereicht wird. Vor dem Hintergrund ihres Schutzzwecks ist eine Prozesskaution ausserdem dann für bereits entstandene Kosten anzuordnen, wenn das treuwidrige Verhalten der Gegenpartei erst im Verlauf des Verfahrens zutage tritt.

Die Beweislast liegt bei der antragstellenden Partei und das erforderliche Beweismass ist Glaubhaftmachen, wobei die antragsgegnerische Partei u.U. eine Mitwirkungspflicht trifft. In jedem Fall ist Letzterer die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.

Die Anordnung zur Sicherheitsleistung ergeht als prozessleitende Verfügung. Sie kann vom Schiedsgericht jederzeit erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben werden. Wird ihr nicht Folge geleistet, kann das Schiedsgericht das laufende Verfahren beenden. Eine solche Verfahrensbeendigung erfolgt mittels Abschreibungsbeschluss, welcher keine materielle Rechtskraftwirkung entfaltet. Rechtsmittel gegen eine vom Schiedsgericht erlassene Kautionsverfügung stehen der leistungspflichtigen Partei keine zur Verfügung. Nach Abschluss des Schiedsverfahrens ist schliesslich über das Schicksal der hinterlegten Kaution zu entscheiden, wobei die Kaution bis zur endgültigen Rechtskraft des Schiedsspruchs aufrechtzuerhalten ist.

IV. Prozesskostensicherheit und Prozessfinanzierung

Im Kontext der im Zentrum dieser Arbeit stehenden Prozesskostensicherheit wird regelmässig auf den «Spezialfall Prozessfinanzierung» hingewiesen. Die Beteiligung eines Prozessfinanzierers an einem Schiedsverfahren bringt tatsächlich verschiedene Herausforderungen mit sich, welche bis dato teilweise nicht abschliessend gelöst sind.[806]

Der nachfolgende Teil widmet sich der Prozessfinanzierung im Kontext von Schiedsverfahren im Allgemeinen sowie deren Auswirkungen auf Fragen der Prozesskostensicherheit im Besonderen.

A. Grundlagen der Prozessfinanzierung

Schiedsverfahren sind für die beteiligten Parteien regelmässig sehr teuer.[807] Das Instrument der Prozessfinanzierung *(«third-party funding»)* hat in der Schiedsgerichtsbarkeit[808] in den letzten Jahren, einen – gemessen sowohl an der Anzahl Anbieter[809] als auch an der Anzahl fremdfinanzierter Verfahren – starken Aufschwung erlebt und entsprechend das Augenmerk vieler Kommentatoren und ver-

---

806 Vgl. ausführlich zu verschiedenen dieser Herausforderungen VON GOELER, *passim* (Kapitel 4–10); vgl. auch BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 1; vgl. zu den Bedenken gegenüber der Prozessfinanzierung Teil IV.A.6 *infra.*

807 Statt vieler BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2567 N 1; LIVSCHITZ in Arroyo, 2614 N 2; vgl. auch die CIArb Costs of International Arbitration Survey von 2011, 13, welche für den Zeitraum von 1991 bis 2010 zum Schluss kam, dass Klägern im Durchschnitt Kosten von rund GBP 1.58 Mio. und Beklagten im Durchschnitt Kosten von rund GBP 1.41 Mio. anfallen, abrufbar unter <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2017/01/CIArb-Cost-of-International-Arbitration-Survey.pdf> (zuletzt abgerufen am 5. Oktober 2020). Es gibt keinen Grund zur Annahme, dass diese Zahlen heute tiefer liegen könnten.

808 Der Fokus dieser Arbeit liegt auf Schiedsverfahren. Ausführlich zur Prozessfinanzierung in (schweizerischen) Zivilverfahren vgl. insbesondere SCHUMACHER, *passim*.

809 Der Markt von Finanzierern von Zivilverfahren und Finanzierern von Schiedsverfahren ist nicht klar getrennt, nur wenige *«litigation funder»* scheinen jedoch auch die Finanzierung von Schiedsverfahren anzubieten, VON GOELER, 76. Vgl. für einen Überblick über den Markt und dessen wichtigste Anbieter SIEBERT-REIMER, 83 ff.; VON GOELER, 75 ff.; SCHUMACHER, N 16 ff.

mehrt auch von Schiedsinstitutionen und Gesetzgebern auf sich gezogen.[810] Inzwischen wird der Markt für Prozessfinanzierungen auf über USD 10 Mrd. geschätzt.[811] Als neues Phänomen kann die Prozessfinanzierung deshalb nicht mehr bezeichnet werden,[812] und dennoch bleiben die sich darum drehenden Diskussionen kontrovers.[813] Im Folgenden werden, als Basis für die nachfolgenden Ausführungen, die Grundlagen der Prozessfinanzierung im Sinne einer Übersicht dargestellt.

Vorweg ist festzuhalten, dass sich weder das IPRG noch die ZPO explizit zur Prozessfinanzierung äussern. In der Schweiz ist diese jedoch unbestrittenermassen zulässig.[814] Dies wurde vom Bundesgericht in einem Leitentscheid aus dem Jahr 2004 deutlich festgehalten,[815] und von diesem rund zehn Jahre später mit ausführlicher Begründung auch bestätigt.[816]

---

810 Vgl. BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 18 *«[i]n less than a decade, dispute funding has moved from the fringes of a handful of common law jurisdictions to centre stage in the global commercial litigation and arbitration market»)*. Vgl. auch SCHUMACHER, N 32 ff.; RONEY/VON DER WEID, 185; SCHERER in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 95; BERTRAND, 609.

811 So die Schätzung der *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration* um BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 1, 17 m.w.H.; vgl. auch BEISNER/MILLER/SCHWARTZ, 9 ff.; BREKOULAKIS/VON GOELER, 3. Wenn auch das Ausmass gemäss VON GOELER, 73 ff. zuweilen überschätzt werden dürfte.

812 BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 1; LIVSCHITZ in Arroyo, 2621 N 31 ff.

813 DERAINS in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 5. Insbesondere in den USA finden sich viele kritische Stimmen, vgl. hierzu statt vieler die Aufsätze von BAKER; BARKSDALE; RICHMOND, jeweils *passim.*

814 Statt vieler LIVSCHITZ in Arroyo, 2617 N 11; DOS SANTOS, 934. In nationalen Schiedsgesetzen anderer Jurisdiktionen finden sich ebenfalls nur ausnahmsweise Bestimmungen, welche die Prozessfinanzierung explizit regeln (bspw. Singapur und Hongkong); vgl. ausführlich hierzu BEECHEY, *Third-Party Funding,* 559 ff.; BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 56 ff.; DOS SANTOS, 932 f.

815 Vgl. BGE 131 I 223, *passim;* vgl. auch STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 50.

816 Vgl. BGer 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015 E. 4.

1. Definition und Funktionsweise

Eine einheitliche Definition der Prozessfinanzierung hat sich bislang nicht herauskristallisiert;[817] teilweise werden dieselben Begriffe für unterschiedliche Formen und teilweise werden unterschiedliche Begriffe für dieselben Formen verwendet.[818] Eine Legaldefinition findet sich in der Schweizer Gesetzgebung ebenfalls nirgends.[819] Ganz allgemein kann die (gewerbliche) Prozessfinanzierung als ein Geschäftsmodell beschrieben werden, in welchem eine nicht am Verfahren beteiligte Drittpartei gegen eine wirtschaftliche Beteiligung an einem allfälligen Prozessgewinn die Finanzierung der Verfahrenskosten einer der Verfahrensparteien übernimmt.[820] Das Bundesgericht hat die Prozessfinanzierung folgendermassen beschrieben: «Die Tätigkeit der Prozessfinanzierer besteht im Wesentlichen darin, dass sie die Übernahme der Kosten von Aktivprozessen gegen eine Beteiligung am Prozessergebnis (zum Beispiel einen Prozentsatz) anbieten.»[821]

Die Fremdfinanzierung von Schiedsverfahren kann unterschiedliche Formen annehmen.[822] Fasst man den Begriff der Prozessfinanzierung (sehr) weit, können darunter auch Instrumente wie die *contingency fee,* die *pro bono* Arbeit von Rechtsanwälten, klassische Darlehen, Instrumente der Unternehmensfinanzierung oder

---

817 VON GOELER, 3; SCHERER in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 95; KOCHHEIM, 29. Vgl. für verschiedene Definitionsansätze aus Sicht der Prozessfinanzierer SCHERER/GOLDSMITH/FLÉCHET, 209. Sinnbildlich der Titel des Aufsatzes von HENRIQUES: *«Third-Party Funding – In Search for a Definition».*

818 In der Literatur finden sich Begriffe wie «Prozessfinanzierung», «gewerbliche Prozessfinanzierung», «gewerbliche Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung», «Drittparteienfinanzierung», «Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung», «third-party funding», «litigation funding», «litigation finance» oder «dispute funding».

819 WEGMÜLLER, 236; dasselbe gilt für Deutschland, vgl. KOCHHEIM, 29.

820 So bzw. ähnlich bei SCHUMACHER, N 14; ROGERS, N 5.26; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 1; ROWLES-DAVIES, N 1.18 f.; HENRIQUES, 429 f.; LÖTSCHER, 8 f.; KOCHHEIM, 30; SIEBERT-REIMER, 73; HOMBERG, 8; BERTRAND, 609; STEINITZ, *Claim,* 1275; FRIGNATI, 508; vgl. auch die Definition bei BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 50, welche etwas breiter ausfällt. Ganz allgemein gehalten die Definition bei SHANNON SAHANI, 392: *«Third-party funding is an arrangement where a party involved in a dispute seeks funding from an outside entity for its legal representation.»*

821 BGE 131 I 223 E. 4.

822 LIVSCHITZ in Arroyo, 2614 N 5, 8 ff.; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 3 ff.; VON GOELER, 11 ff.; ROWLES-DAVIES, N 1.28; AFFAKI in Sanz-Pastor/Dimolitsa, 11.

Rechtsschutzversicherungen subsumiert werden.[823] Im Kontext der Prozessfinanzierung im engeren Sinne, wie sie hier im Fokus steht,[824] stellt ein vom Verfahren unabhängiger Prozessfinanzierer typischerweise der klagenden, d.h. anspruchsberechtigten Partei die für die Prozessführung notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung.[825] Im Gegenzug erhält dieser im Erfolgsfall neben der Rückzahlung des eingesetzten Kapitals[826] eine Beteiligung am erstrittenen Prozesserlös.[827] Diese kann als Prozentsatz des zugesprochenen Betrages oder aber als Vielfaches der eingesetzten Mittel (oder aus einer Kombination der zwei Grössen) definiert werden.[828] Im Falle, dass die anspruchsberechtigte Partei im Prozess unterliegt, trägt der Prozessfinanzierer die Prozesskosten endgültig und die Investition ist verloren.[829] Damit verschiebt sich das Kostenrisiko von der Prozesspartei zum Prozessfinanzierer. Diese Form der Prozessfinanzierung ist in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit am gebräuchlichsten und wird typischerweise gemeint,

---

823 BENCH NIEUWVELD/SHANNON/SAHANI, 3; VON GOELER, 11; LIVSCHITZ in Arroyo, 2616 N 10. Reine Erfolgshonorare *(«contingency fees»)* sind in der Schweiz nicht zulässig (vgl. Art. 12 lit. e BGFA), in anderen Jurisdiktionen wie insbesondere den USA jedoch erlaubt, vgl. MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER in Müller-Chen/Müller/Widmer Lüchinger, N 784 f. Ausführlich zum Erfolgshonorar unter dem BGFA NATER, 32 ff.; SCHILLER, 354 ff.; SCHUMACHER/DALLAFIOR, 1286 ff. Vgl. für die ausführliche Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit der Thematik BGE 143 III 600 sowie bzgl. der Vereinbarkeit von in Schiedsverfahren zugesprochenen Erfolgshonoraren mit dem schweizerischen Ordre public gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG BGer 4A_125/2018 vom 26. Juli 2018 E. 3.2.3. Vgl. ferner VELJANOVSKI, 409 mit einer Übersicht zur Situation in verschiedenen Staaten. Gemäss KOCHHEIM, 29 betreibt auch der Anspruchsinhaber, welcher die Prozesskosten selbst trägt, gewissermassen Prozessfinanzierung.

824 Diese Form der Prozessfinanzierung wird auch als *«non-recourse financing with repayment contingent on success»* bezeichnet, vgl. BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 7; ähnlich LIVSCHITZ in Arroyo, 2614 N 5.

825 Statt vieler LIVSCHITZ in Arroyo, 2614 N 5; RONEY/VON DER WEID, 184; SCHUMACHER N 25; HOMBERG, 14; SIEBERT-REIMER, 73; LÖTSCHER, 56.

826 Angewandt wird i.d.R. eine Netto-Betrachtung, WEGMÜLLER, 241.

827 VON GOELER, 30 f.; SCHUMACHER, N 14; LÖTSCHER, 57 f.; KOCHHEIM, 30.

828 LIVSCHITZ in Arroyo, 2615 N 7; VELJANOVSKI, 424; SCHERER in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 95; vgl. auch VON GOELER, 31 für ein Zahlenbeispiel und VELJANOVSKI, 419 für eine Übersicht über die von den grössten in England ansässigen Prozessfinanzierern angewandten Rückzahlungsmechanismen. Vgl. hierzu auch Teil IV.A.4.b)ii *infra.*

829 DERAINS in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 5; LIVSCHITZ in Arroyo, 2614, N 5; RONEY/VON DER WEID, 184; SIEBERT-REIMER, 75.

wenn von Prozessfinanzierung oder *third-party funding* die Rede ist.[830] Wenn im Folgenden von «Prozessfinanzierung» die Rede ist, dann meint dies die eben beschriebene Form.

Ungewöhnlich, aber dennoch denkbar, ist die Finanzierung einer beklagten Partei. Sie kommt üblicherweise dann infrage, wenn widerklageweise eigene Ansprüche geltend gemacht werden,[831] aber auch wenn sich im Erfolgsfall andere (indirekte) wirtschaftliche Vorteile ergeben, an welchen ein Prozessfinanzierer partizipieren kann.[832] Die Vergütung kann in einer solchen Konstellation auf Basis desjenigen Betrages berechnet werden, um den die Forderung der Gegenpartei dank erfolgreicher Verteidigung reduziert werden konnte.[833] Bis heute gibt es kaum einen Markt für Prozessfinanzierungen für beklagte Parteien, dies könnte sich in Zukunft jedoch durchaus ändern.[834]

2. Abgrenzung von anderen Finanzierungsformen

Neben der hier im Fokus stehenden Prozessfinanzierung i.e.S. existieren weitere Instrumente zur Fremdfinanzierung von (Schieds-)Verfahren. Von diesen ist die Prozessfinanzierung abzugrenzen, wobei an dieser Stelle im Sinne einer summarischen Betrachtung nur die wesentlichsten Unterschiede hervorgehoben werden.[835] Von einer Abgrenzung zur unentgeltlichen Rechtspflege wird bewusst abgesehen, diese steht in Schiedsverfahren nicht zur Verfügung.[836]

a) Zum Darlehen

Zwecks Führung eines Schiedsverfahrens kann (bspw. bei einer Bank oder einer verbundenen Konzerngesellschaft) auch ein gewöhnliches Darlehen aufgenom-

---

830 BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 7.

831 LIVSCHITZ in Arroyo, 2614 N 5; HOMBERG, 14; SIEBERT-REIMER, 74.

832 SCHUMACHER, N 25 f.; VON GOELER, 50; GOLDSMITH/MELCHIONDA, 59 f.

833 Vgl. für ein Rechenbeispiel VON GOELER, 49.

834 VON GOELER, 49 f.

835 Für detailliertere Ausführungen sei auf die spezialisierte Literatur verwiesen, insbesondere SCHUMACHER, N 38 ff.; VON GOELER, 51 ff.; LÖTSCHER, 9 ff.

836 Statt vieler BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1153; ZK IPRG-OETIKER Art. 182 N 80. Vgl. zur Abgrenzung der Prozessfinanzierung zur unentgeltlichen Rechtspflege SCHUMACHER, N 48 ff.; WYLER, 31 f.

men werden.[837] Die grössten Unterschiede zur Prozessfinanzierung i.e.S. liegen darin, dass das Kostenrisiko beim Darlehen nicht auf die finanzierende Partei abgewälzt wird. Dieses verbleibt bei der prozessführenden Partei, und die finanzierende Partei trägt die Kosten – eine Insolvenz der Darlehensnehmerin ausgenommen – in keinem Fall endgültig.[838]

Im Gegenzug partizipiert die darlehensgebende Partei auch nicht am Prozessergebnis;[839] die Zahlung von Zinsen sowie die Rückzahlung des Darlehens erfolgen in ihrer Höhe unabhängig vom Verfahrensausgang. Schliesslich hat eine Darlehensgeberin i.d.R. keinen Einfluss auf die Verfahrensführung.[840]

b) Zum anwaltlichen Erfolgshonorar

Das anwaltliche Erfolgshonorar *(«contingency fee»)* stellt für die am Prozess beteiligte Partei ebenfalls eine externe Finanzierungsform dar, wobei die Anwaltschaft als finanzierende Partei auftritt.[841] Die Höhe des «fremdfinanzierten» Anteils hängt dabei von der Ausgestaltung der Vereinbarung ab.[842] Möglich sind einerseits reine Erfolgshonorare *(«no win, no fee»)* oder Kombinationen aus festem Honorar und Erfolgsbeteiligung *(«no win, less fee»; «pactum de palmario»),* wobei beim erfolgsabhängigen Teil zusätzlich zwischen einer prozentualen Beteiligung am Erlös *(«pactum de quota litis»)* und einer fest vereinbarten Prämie zu unterscheiden ist.[843]

Im Gegensatz zur Prozessfinanzierung i.e.S. übernimmt bei der anwaltlichen Erfolgsprämie die identische Partei sowohl die Prozessführung (und damit verbun-

---

837 Statt vieler BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 35; LIVSCHITZ in Arroyo, 2616 N 9.

838 LIVSCHITZ in Arroyo, 2616 N 9.

839 Unter einem partiarischen Darlehen wäre dies zwar möglich, doch partizipiert der Prozessfinanzierer nicht nur am Gewinn, sondern auch am Verlust, DETHLOFF, 2226.

840 Zum Ganzen BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 6; VON GOELER, 56, 68; SCHUMACHER N 38.

841 Statt vieler BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 36; GOLDSMITH/MELCHIONDA, 63.

842 BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI 4 f. betrachten auch die kostenlose, *pro bono* anwaltliche Vertretung als eine verwandte Finanzierungsform. In der Schiedsgerichtsbarkeit dürfte dies keine praktische Relevanz haben, weshalb hier nicht weiter darauf eingegangen wird.

843 SCHUMACHER, N 39; VON GOELER, 51 f.; WYLER, 32 f.; WEHRLI, 242; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 5. Reine Erfolgshonorare sind in der Schweiz nicht zulässig, vgl. hierzu Fn. 823 *supra* m.w.H.

dene Beratungstätigkeiten) als auch die Finanzierung des Verfahrens. Das anwaltliche Erfolgshonorar bezieht sich zudem regelmässig nur auf die Kosten der anwaltlichen Vertretung, nicht jedoch auf weitere Prozesskosten wie bspw. Vorschüsse ans Schiedsgericht oder Ausgaben für Experten und Zeugen[844] und insbesondere nicht auf die im Falle einer Niederlage allenfalls zu tragenden Kosten der Gegenpartei.[845]

c) Zur (Rechtsschutz-)Versicherung

Eine ähnliche Funktion wie die Prozessfinanzierung i.e.S. nimmt auch die Rechtsschutzversicherung ein: Sie verfolgt dasselbe Ziel wie die Prozessfinanzierung, nämlich die Abwälzung des Prozesskostenrisikos auf eine Drittpartei.[846] Unterschieden wird jeweils zwischen BTE- *(before the event)* und ATE- *(after the event)* Versicherungen.[847]

Insbesondere BTE-Versicherungen – diese werden vorsorglich, d.h. bereits vor Eintreten einer Auseinandersetzung abgeschlossen – unterscheiden sich erheblich von der Prozessfinanzierung. Sie erfüllen einen eigentlichen Versicherungszweck (Übernahme eines Risikos gegen die Bezahlung von Versicherungsprämien),[848] während die Prozessfinanzierung i.e.S. erst nach Auftreten einer Streitigkeit abgeschlossen wird.[849] In diesem Punkt ähneln ATE-Versicherungen der Prozess-

---

844 Vgl. zu den in einem Schiedsverfahren anfallenden Kosten Teil III.A.1 *supra.*

845 Zum Ganzen BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 5; VON GOELER, 51 f.; SCHUMACHER, 39 f.; LIVSCHITZ in Arroyo, 2616 N 10; STEINITZ, *Claim,* 1293 f., welche insbesondere auch auf die Unterschiede (Ziele, Strategien, Kompetenzen, Standesregeln) zwischen Anwaltskanzleien und Finanzierungsgesellschaften hinweist, was zu unterschiedlichen Risiken (Stichwort Prinzipal-Agenten-Problematik) führen könne.

846 SCHUMACHER, N 41. Für die Rechtsschutzversicherung existiert in der Schweiz in Art. 161 AVO eine Legaldefinition: «Durch den Rechtsschutzversicherungsvertrag verpflichtet sich das Versicherungsunternehmen gegen Bezahlung einer Prämie, durch rechtliche Angelegenheiten verursachte Kosten zu vergüten oder in solchen Angelegenheiten Dienste zu erbringen.»

847 Vgl. VON GOELER, 53 f.; BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 33; NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 4.; VELJANOVSKI, 409 f. Die in der Schweiz verbreitete Rechtsschutzversicherung ist den BTE-Versicherungen zuzuschreiben. ATE-Versicherungen sind ein eher neues Phänomen und insbesondere in England und Wales verbreitet, LIVSCHITZ in Arroyo, 2615 N 8; VON GOELER, 54.

848 VON GOELER, 53.

849 STAEHELIN D. in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 16 N 50; SCHUMACHER, N 42; WEGMÜLLER, 237.

finanzierung; auch sie werden erst nach Auftreten einer Auseinandersetzung eingegangen.

Grosse Unterschiede zwischen Rechtsschutzversicherungen und der Prozessfinanzierung i.e.S. bestehen in der Vergütung der finanzierenden Partei, und zwar sowohl bei BTE- als auch ATE-Versicherungen. Während Prozessfinanzierer in Abhängigkeit des Verhandlungsergebnisses oder des investierten Kapitals entschädigt werden, erzielen Versicherungen ihre Erlöse aus den von den Versicherten (bedingungslos) zu entrichtenden Prämien.[850] Eine erfolgsabhängige Entschädigung des Versicherungsunternehmens ist schweizerischen Rechtsschutzversicherungen untersagt.[851]

Das Prämienmodell führt einerseits dazu, dass Versicherungen sowohl die Kosten der Anspruchsverfolgung als auch der -verteidigung abdecken können,[852] und andererseits, dass die Natur des Anspruchs unerheblich ist, d.h. nicht nur im weitesten Sinn vermögensrechtliche Ansprüche infrage kommen.[853]

d) Zu weiteren Finanzierungsformen

Zur Fremdfinanzierung von Prozessen sind weitere Instrumente denkbar, welche sich von der Prozessfinanzierung z.T. jedoch erheblich unterscheiden. Für die Durchsetzung von Forderungen, wie sie in der Schiedsgerichtsbarkeit typischerweise vorkommen, sind diese teilweise ungeeignet. Regelmässig genannt werden insbesondere das Factoring, das Forderungsinkasso, Prozesskostenfonds sowie weitere Instrumente der Unternehmensfinanzierung.

Beim Factoring findet eine Veräusserung des Rechtsanspruchs statt. Anders als der Prozessfinanzierer wird die Drittpartei Inhaberin des Anspruchs, und sie muss diesen selbständig durchsetzen. Im Gegenzug wird die den Anspruch verkaufende Partei sofort entschädigt. Factoringverträge beziehen sich sodann regelmässig auf eine Gesamtheit von bestehenden und zukünftigen Ansprüchen gegen eine Vielzahl von Parteien und dienen primär dem Debitorenmanagement bzw. einer Ver-

---

850 Vgl. SCHUMACHER, N 45.

851 So Art. 170 AVO: «Das Versicherungsunternehmen und das Schadenregelungsunternehmen dürfen sich keinen Anteil an einem allfälligen Erfolg der versicherten Person versprechen lassen.»

852 Vgl. BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 4; VON GOELER, 53.

853 SCHUMACHER, N 45; vgl. zur Tatsache, dass für Prozessfinanzierungen grundsätzlich nur pekuniäre Ansprüche infrage kommen auch Teil IV.A.3 *infra.*

ringerung des Delkredererisikos. Für mittels Schiedsverfahren geltend gemachte Forderungen kommt Factoring i.d.R. nicht infrage.[854]

Je nach Ausgestaltung eines Forderungsinkassos kann auch dieses Parallelen zur Prozessfinanzierung aufweisen. Dann nämlich, wenn die Drittpartei das Kostenrisiko der Rechtsdurchsetzung übernimmt und/oder wenn die Entschädigung aus dem geltend gemachten Anspruch erfolgt.[855] Prozessfinanzierer setzen selbst keine Ansprüche auf fremde Rechnung durch, weder in eigenem noch in fremdem Namen,[856] während beim Forderungsinkasso die Drittpartei die Rechtsdurchsetzung eigenständig anstrebt.[857]

Schliesslich können Prozesskostenfonds für Anspruchsinhaber eine ähnliche Funktion übernehmen wie Prozessfinanzierer. Diese stehen typischerweise bereit, um «Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsbereich bzw. einer bestimmten Branche» zu finanzieren.[858] Prozesskostenfonds werden meist von Mitgliedern der jeweiligen Branche geäufnet; eine Beteiligung des Fonds am Prozesserlös ist nicht vorgesehen.[859]

3. Voraussetzungen

Damit die Finanzierung eines Schiedsverfahrens überhaupt infrage kommt, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein. Liegen diese nicht vor, so macht es für die finanzierende Partei aus ökonomischer Perspektive keinen Sinn, in das Verfahren zu investieren und damit das Kostenrisiko zu übernehmen. Die Rechtsgrundlage des Anspruchs wie auch das betroffene Rechtsgebiet sind dabei meist irrelevant.[860]

Prozessfinanzierer decken ihre Kosten sowie ihre Gewinnmarge aus dem im Verfahren erzielten Erlös. Diese Partizipation am Ergebnis verlangt, dass das Verfah-

---

854 Zum Ganzen KOCHHEIM, 65 ff.; SCHUMACHER, N 56; VON GOELER, 57; MAUBACH, 73 ff.

855 SCHUMACHER, N 54.

856 Vgl. zu dieser Unterscheidung auch BGer 5A_771/2009 vom 16. Februar 2010 E. 3.2.2.

857 Zum Ganzen SCHUMACHER, N 54 f.; KOCHHEIM, 67 f.

858 SCHUMACHER, N 57.

859 SCHUMACHER, N 57.

860 SIEBERT-REIMER, 89; MAUBACH, 19 f.; HOMBERG, 14; SCHUMACHER, N 24.

ren grundsätzlich auf einen wirtschaftlichen Erlös abzielt, aus welchem die Entschädigung befriedigt werden kann.[861] Prädestiniert sind deshalb insbesondere positive Leistungsklagen auf Geldleistung oder auf Leistung anderer geldwerter Aktiven.[862] Denkbar ist zudem die Finanzierung von Feststellungs- oder Gestaltungsklagen, sofern sich daraus im Erfolgsfall geldwerte Vorteile ergeben.[863] Ob auch Ansprüche auf Unterlassung oder Duldung «finanzierbar» sind, ist umstritten.[864] In der Theorie sind solche Ansprüche für Prozessfinanzierer immerhin dann interessant, wenn «zumindest indirekt ein Ertrag aus dem durchzusetzenden Anspruch ableitbar ist»,[865] d.h. die Anspruchsdurchsetzung im Ergebnis zu einer Situation führt, in welcher zukünftig wirtschaftliche Erträge realisiert werden können, an denen ein Prozessfinanzierer partizipieren kann.[866]

Die Beteiligung am Prozesserlös verlangt ausserdem, dass der Streitwert eine gewisse Mindesthöhe aufweist. Teilweise wird die Höhe des Streitwerts denn auch als wichtigstes Kriterium betrachtet.[867] Der Wert des eingeklagten Anspruchs muss insbesondere höher sein als die mutmasslich für die Durchsetzung notwendigen finanziellen Mittel plus einen das Risiko angemessen reflektierenden Gewinnanteil, andernfalls sich die Finanzierung nicht lohnt.[868] Verfahren mit hohen Streitwerten sind für Prozessfinanzierer insbesondere deshalb lukrativer, weil die Verfahrenskosten sowie die beim Prozessfinanzierer intern anfallenden Kosten

---

861 MAUBACH, 18 f.; HOMBERG, 14; SIEBERT-REIMER, 73 f.; JASKOLLA, 6; SCHUMACHER, N 22.

862 VON GOELER, 19; SCHUMACHER N 22: HOMBERG, 14.

863 SCHUMACHER, N 22; VON GOELER, 19; JASKOLLA, 7; MAUBACH, 18.

864 Bejahend JASKOLLA, 7; vgl. zu dieser Diskussion SCHUMACHER, Fn. 128 m.w.H.

865 SCHUMACHER, N 23; vgl. auch JASKOLLA, 7 für ein Beispiel.

866 SCHUMACHER, N 22.

867 Vgl. VON GOELER, 18. Die JuraPlus AG mit Sitz in Zürich finanziert Forderungsprozesse gemäss ihrer Webseite (Stand 31. Oktober 2020) bspw. ab einem Streitwert von mind. CHF 300'000, wobei sich dies auf Zivilprozesse bezieht. Die stärker auf die Finanzierung von Schiedsverfahren spezialisierte Nivalion AG mit Sitz im Kanton Zug gibt auf ihrer Webseite (Stand 31. Oktober 2020) einen Mindeststreitwert von EUR 7 Mio. an. Vgl. für eine umfassende Übersicht über den deutschen Prozessfinanzierungsmarkt SIEBERT-REIMER, 84 f.

868 MAUBACH, 20; JASKOLLA, 8 f.; SCHUMACHER, N 28; HABERBECK, N 5 ff.

nicht proportional zum Streitwert zunehmen.[869] Für Schiedsverfahren wird je nach Anbieter ein Mindeststreitwert zwischen USD 1 Mio. und 25 Mio. angegeben.[870]

Die finanzierende Partei muss ferner die Erfolgsaussichten des Verfahrens als genügend hoch einschätzen.[871] Prozessfinanzierer unterziehen den streitigen Sachverhalt einer eingehenden Prüfung, welche sowohl die rechtliche und faktische Ausgangslage als auch prozessuale Aspekte wie Beweisschwierigkeiten und das Vollstreckungsrisiko berücksichtigt.[872] Was dabei als «erfolgsversprechend» gilt, hängt letztlich von der Risikobereitschaft des Prozessfinanzierers sowie der Höhe der vereinbarten Entschädigung ab.[873]

Schliesslich spielen aus Sicht des Prozessfinanzierers noch eine Reihe weiterer, z.T. auch «weicher» Faktoren eine Rolle. Relevant sein können Überlegungen hinsichtlich des eigenen Portfolio-Managements, die Vertrauensbasis zwischen dem Prozessfinanzierer und der finanzierten Partei sowie deren Anwaltschaft, die Auswahl und die Expertise der beauftragten Anwaltschaft[874] und schliesslich die Solvenz der Gegenpartei.[875]

4. Prozessfinanzierungsvertrag

Der Prozessfinanzierungsvertrag bildet die Grundlage der Zusammenarbeit zwischen finanzierender und finanzierter Partei. Wenn auch allgemeingültige Aussagen dazu teilweise schwierig sind, finden sich in den meisten (Muster-)Verträgen

---

869 Vgl. MOLOT, 97 *(«[i]t is much less costly and time consuming to value one $50 million commercial suit than to value one-thousand different $50,000 lawsuits»)*.

870 VON GOELER, 18. Für Zivilprozesse vor staatlichen Gerichten sind diese Zahlen deutlich niedriger, vgl. SCHUMACHER N 28.

871 SCHUMACHER, N 27; HABERBECK, N 16. Vgl. zur Definition der Prozesserfolgswahrscheinlichkeit auch LÖTSCHER, 30 ff.

872 SCHUMACHER, N 27 m.w.H. Ausführlich zu diesem Prüfungsprozess auch VON GOELER, 13 ff.; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 38 ff.; ROWLES-DAVIES, N 5.65 ff.; JASKOLLA, 9 ff.

873 Häufig werden (geschätzte) Erfolgswahrscheinlichkeiten von 70–75 % genannt, damit eine Finanzierung infrage kommt, vgl. EVERSBERG, § 3 N 107; DIMDE, 103; SCHUMACHER, N 27, KUHN/TRAPPE, 247.

874 Prozessfinanzierer bedingen sich i.d.R. ein Mitspracherecht bei der Auswahl der beauftragten Anwaltschaft aus, vgl. auch Teil IV.A.4.b)iv *infra*.

875 Zum Ganzen VELJANOVSKI, 420.

dennoch wiederkehrende Elemente.[876] Ausgehandelt wird der Prozessfinanzierungsvertrag in der Praxis regelmässig zwischen der die Anspruchsinhaber vertretenden Anwaltschaft und dem Prozessfinanzierer bzw. dessen Rechtsvertretern.[877] Vor Abschluss der Vereinbarung findet eine i.d.R. zweistufige Prüfung statt, welche eine summarische und eine eingehende Prüfung des Anspruchs umfasst.[878] Bei positivem Entscheid nach der summarischen Prüfung wird dem Anspruchsinhaber ein vom Prozessfinanzierer noch nicht unterzeichneter Vertrag vorgelegt, mit dessen Unterzeichnung sich der Anspruchsinhaber an den Prozessfinanzierer bindet. Verläuft auch die zweite, umfassende Prüfung positiv, unterzeichnet dieser ebenfalls.[879] Die wichtigsten Elemente dieser Vereinbarung werden nachfolgend kurz dargestellt.[880]

a) Parteien

Vertragsparteien des Prozessfinanzierungsvertrags sind einerseits die um Finanzierung ersuchende Anspruchsinhaberin und der Finanzierer andererseits.[881] Auch wenn immer wieder vom Dreiecksverhältnis oder vom Beziehungsdreieck zwischen Anspruchsinhaberin, Prozessfinanzierer und Anwaltschaft die Rede ist,[882] wird die Anwaltschaft selbst nicht Vertragspartei. Faktisch spielt diese im Rahmen der gesamten Finanzierung zwar eine Hauptrolle,[883] deren Unabhängigkeit soll je-

---

876 SCHUMACHER, N 130; FRECHEN/KOCHHEIM, 1214; WEGMÜLLER, Fn. 95.

877 MAUBACH, 21; LÖTSCHER, 7.

878 Vgl. SCHUMACHER, N 148; LÖTSCHER, 7 f.; FRECHEN/KOCHHEIM, 1216; teilweise wird auch ein dreistufiges Verfahren angewandt, vgl. VON GOELER, 14 m.w.H.

879 SCHUMACHER, N 148. Ausführlich zum Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags auch MAUBACH, 20 ff.; KOCHHEIM, 31 ff.; FRECHEN/KOCHHEIM, 1216; GLEUSSNER, 28 f.; EVERSBERG, § 3 N 135 ff.

880 Für weitergehende Ausführungen zum Prozessfinanzierungvertrag vgl. VON GOELER, 12 ff.; SIEBERT-REIMER, 76 ff.; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 22 ff.; SCHUMACHER N 130 ff., welcher die öffentlich zugänglichen «Musterverträge» der wichtigsten Anbieter im deutschsprachigen Raum analysiert hat.

881 Statt vieler MAUBACH, 20 f.; SCHUMACHER, N 131. Bei besonders grossen Finanzierungen ist auch eine Beteiligung von mehren Prozessfinanzierern gleichzeitig denkbar, EVERSBERG, § 3 N 183.

882 Vgl. SCHUMACHER, N 15; KOCHHEIM, 214; ROCHON, 176; LÖTSCHER, 18; WEGMÜLLER, 242; DETHLOFF, 2229.

883 Die Anwaltschaft hat zwar keine Parteistellung im Prozessfinanzierungsvertrag, bildet jedoch einen Vertragsbestandteil, vgl. WEGMÜLLER, 238.

doch nicht durch eine Parteistellung im Prozessfinanzierungsvertrag gefährdet werden.[884] Zwischen dem Prozessfinanzierer und der Anwaltschaft sollte kein Vertragsverhältnis bestehen.[885]

b) Inhalt

Der Inhalt des Prozessfinanzierungsvertrags bestimmt sich nach der Individualvereinbarung und folgt keinem einheitlichen Standard.[886] Insbesondere die in Schiedsverfahren zur Anwendung kommenden Prozessfinanzierungsverträge dürften stärker individualisiert sein, als dies bei kleineren und standardisiert ablaufenden Finanzierungen von Verfahren vor staatlichen Gerichten der Fall ist.[887] Die wichtigsten Regelungsinhalte werden im Folgenden beschrieben.[888]

i. Kostentragung

Im Prozessfinanzierungsvertrag verpflichtet sich der Prozessfinanzierer zur Übernahme der im Verfahren anfallenden Prozesskosten. Einer der Hauptbestandteile der Vereinbarung regelt entsprechend die Kostentragung durch die finanzierende Partei.[889]

Zunächst ist zu regeln, welche Kostenarten fremdfinanziert werden: Typischerweise erfasst sind die Kosten für die anwaltliche Vertretung,[890] für parteiernannte Sachverständige sowie die Honorare des Schiedsgerichts und die Gebühren der Schiedsinstitution. Ebenfalls Teil der Prozessfinanzierung können der allfällige Kostenerstattungsanspruch der Gegenpartei und eine zu leistende Prozesskosten-

---

884 MAUBACH, 20 f.; ROCHON, 40; SKRZEPSKI, 12.

885 NITZSCHE, 9; KOCHHEIM, 214; MAUBACH, 20; SCHUMACHER, N 15; vgl. zur Zusammenarbeit zwischen Anwaltschaft und Prozessfinanzierer auch WEGMÜLLER, 242.

886 SCHUMACHER, N 130; LIVSCHITZ in Arroyo, 2615 N 6.

887 Vgl. VON GOELER, 12; KOCHHEIM, 35.

888 Vgl. für umfangreiche Ausführungen zum Inhalt von Prozessfinanzierungsverträgen VON GOELER, 28 ff.; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 22 ff.; SCHUMACHER, N 130 ff.; KOCHHEIM, 35 ff.; JASKOLLA, 13 ff.

889 SIEBERT-REIMER, 76 f.; VON GOELER, 28; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 31; SCHUMACHER, N 132; JASKOLLA, 14.

890 Im Kontext von Prozessfinanzierungsverträgen wird oft auch die mandatierte Anwaltschaft erfolgsabhängig entschädigt, was zu einer Risikoverteilung zwischen Prozessfinanzierer und Anwaltschaft führt, VON GOELER, 28; ROWLES-DAVIES, N 5.87.

sicherheit sein. Schliesslich sind i.d.R. auch die Kosten im Zusammenhang mit der Vollstreckung des Schiedsspruchs Teil der Vereinbarung.[891]

Auch die Höhe der übernommenen Kosten kann Vertragsgegenstand sein. Grundsätzlich übernehmen Prozessfinanzierer die gesamten Kosten einer von der Vereinbarung erfassten Kostenkategorie. Teilweise – bspw. im Hinblick auf einzelne Verfahrensschritte – können im Vorfeld auch Kostenobergrenzen oder auch maximale Stundenansätze für die anwaltliche Vertretung vereinbart werden.[892]

ii. Vergütung

Die Vergütung der finanzierenden Partei besteht aus einer Beteiligung am Prozesserlös.[893] Daraus ergibt sich die Hauptflicht des Anspruchsinhabers, dem Prozessfinanzierer im Erfolgsfall zunächst seine Kosten zu ersetzen sowie aus dem verbleibenden Nettoerlös die Erfolgsprämie zu entrichten.[894]

Als Richtwerte werden regelmässig 20 % bis 40 % des Prozesserlöses (d.h. des zugesprochenen Betrages abzüglich Kosten, wobei der Prozessfinanzierer für die Auslagen vorab entschädigt wird) oder das Dreifache des vom Prozessfinanzierer investierten Betrages genannt.[895] Möglich ist auch eine Staffelung der Vergütung in mehrere Raten.[896]

---

891 Zum Ganzen VON GOELER, 28 ff.; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 31; SCHUMACHER, N 132; KOCHHEIM, 35 f.; DIMDE, 159 f.; JASKOLLA, 14 f.

892 SCHUMACHER, N 132; vgl. auch VON GOELER, 29; JASKOLLA, 15 f.

893 Vgl. Teil IV.A.1 *supra.*

894 VON GOELER, 30; SIEBERT-REIMER, 77 f.; ROWLES-DAVIES, N 5.75; LIVSCHITZ in Arroyo, 2615 N 7; JASKOLLA, 16 f.

895 Vgl. LIVSCHITZ in Arroyo, 2615 N 7 (30 %, bei hohen Streitwerten tendenziell tiefer); SCHUMACHER, N 30 (20 % bis 50 %); WEGMÜLLER, 242 (30 %); BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 26 (z.B. 35 % oder das Dreifache des Investments); VON GOELER, 30 (20 % bis 40 % oder das Dreifache des Investments); SEIDEL in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 25 (mindestens das Dreifache des Investments oder 20 % bis 40 %); BENCH NIEUWVELD/ SHANNON SAHANI, 33 (das Dreifache des Investments); KOCHHEIM, 37 (20 % bis 50 %); DIMDE, 162 (20 % bis 30 %, je nach Höhe des Prozesserlöses); JASKOLLA, 17 (30 %); vgl. insbesondere auch die tabellarische Übersicht bei VELJANOVSKI, 419. Vgl. SEIDEL in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 27 für ein Rechnungsbeispiel. Der unter <https://www.profina.ch/fileadmin/profina_finanzierungsvertrag.pdf> (zuletzt abgerufen am 31. Oktober 2020) abrufbare Mustervertrag der Profina Prozessfinanzierung GmbH mit Sitz in Zug sieht in § 3 eine Entschädigung in Höhe von 30 % des Nettoertrags vor, der unter <https://www.legial.de/sites/default/files/2020-07/legial-prozessfinanzierung-mustervertrag-2007.pdf> (zuletzt abgerufen am

Die Parteien müssen dabei festlegen, welches Ergebnis als «Erfolg» qualifiziert, und auf welcher Basis die Entschädigung zu berechnen ist.[897] Insbesondere in Fällen, in denen die finanzierte Klage nicht auf Geldleistung, sondern bspw. auf Herausgabe einer Sache lautet,[898] sind genaue Regelungen zur Berechnung der Vergütung unabdingbar.[899]

iii. Sicherung des Anspruchs

Prozessfinanzierungsverträge sehen üblicherweise Mechanismen vor, welche die Ansprüche des Prozessfinanzierers absichern.[900] Dafür stehen verschiedene Möglichkeiten wie die Pfändung oder die Forderungsabtretung zur Verfügung, auf welche an dieser Stelle nicht im Detail eingegangen wird. Anwendbarkeit und Zulässigkeit richten sich dabei im Einzelfall nach dem auf die Vereinbarung anwendbaren Recht.[901]

Um die Ansprüche des Prozessfinanzierers zu schützen, wird ausserdem regelmässig ein sogenanntes *Priorities Agreement* abgeschlossen. Dieses regelt, in welcher Reihenfolge verschiedene Anspruchsberechtigte (Prozessfinanzierer, Anwaltschaft, Versicherungen, Prozesspartei) befriedigt werden, falls der Prozesserlös nicht alle Ansprüche vollumfänglich decken kann. Dem Prozessfinanzierer kommt dabei i.d.R. ein Vorrecht zu.[902]

---

31. Oktober 2020) abrufbare Mustervertrag der LEGIAL AG mit Sitz in München sieht in § 5 Ziff. 3 eine Entschädigung von 30 % des Nettoertrags bis zu einer Höhe von EUR 500'000 sowie von 20 % für den EUR 500'000 übersteigenden Betrag vor.

896 SCHUMACHER, N 30.

897 ROWLES-DAVIES, N 1.29; VON GOELER, 30.

898 In solchen Konstellationen dürfte sich als Entschädigung eher ein Vielfaches des investierten Betrages aufdrängen.

899 Vgl. ROWLES-DAVIES, N 1.29. Ausführlich zur Preisgestaltung auch *idem* N 5.74 ff.; BENCH NIEUWVELD/ SHANNON SAHANI, 33 ff.; VON GOELER, 30 ff.

900 Statt vieler SCHUMACHER, N 139; VON GOELER, 34; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 29; KOCHHEIM, 37 f.

901 Vgl. hierzu und insbesondere zur in der Schweiz im Gegensatz zu Deutschland bestehenden Problematik der gewillkürten Prozessstandschaft SCHUMACHER, N 320 ff.; vgl. ferner KOCHHEIM, 37 f.; JASKOLLA, 18 f.; MAUBACH, 23; DIMDE, 163 f.; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 29 f.

902 Zum Ganzen BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 28; VON GOELER, 34; ROWLES-DAVIES, N 5.123 ff. Vgl. auch ROWLES-DAVIES, 241 ff. für ein detailliertes Beispiel eines solchen *Priority Agreements*.

iv. Informations- und Mitspracherechte

Prozessfinanzierungsverträge enthalten weitreichende Informations- und Mitspracherechte zugunsten der finanzierenden Partei.[903] Die Anspruchsinhaberin hat den Prozessfinanzierer entsprechend umfassend über «den Stand und die Entwicklung der finanzierten Anspruchsdurchsetzung» zu informieren.[904] Dies bedingt üblicherweise auch, dass die mandatierte Anwaltschaft dem Prozessfinanzierer gegenüber vom Anwaltsgeheimnis entbunden wird.[905]

Ferner behalten sich Prozessfinanzierer oft, obwohl formell nicht am Verfahren beteiligt,[906] weitreichende Mitspracherechte betreffend der Verfahrensführung vor. So sehen viele Vereinbarungen vor, dass für wichtige Entscheidungen – bspw. eine Klagerücknahme oder eine Klageanerkennung, der Abschluss oder Widerruf eines Vergleichs oder die Einlegung eines Rechtsmittels bzw. der Verzicht darauf – die Zustimmung des Prozessfinanzierers einzuholen ist.[907] Auch bei der Auswahl der mandatierten Anwaltschaft sowie der Ernennung der parteiernannten Mitglieder des Schiedsgerichts haben Prozessfinanzierer üblicherweise ein Mitspracherecht.[908] Teilweise gehen die Mitspracherechte so weit, dass für Verfügungen über die Ansprüche nicht nur ein Zustimmungsvorbehalt besteht, sondern dass ein unterbreiteter Vergleichsvorschlag angenommen werden muss, sofern sich der Prozessfinanzierer dafür ausspricht.[909]

Für Konflikte über wichtige Entscheidungen zwischen Anspruchsinhaberin und Prozessfinanzierer sehen die entsprechenden Vereinbarungen verschiedene Lösungen vor, insbesondere die Befreiung der Zahlungspflicht des Finanzierers oder auch ein Kündigungsrecht.[910]

---

903 Statt vieler LIVSCHITZ in Arroyo, 2615 N 6.

904 SCHUMACHER, N 134; vgl. auch JASKOLLA, 22 f.

905 MAUBACH, 23 f.; DIMDE, 161; HOMBERG, 23 f.; JASKOLLA, 24; ROWLES-DAVIES, N 5.107; SCHUMACHER, N 134.

906 Vgl. SCHUMACHER, N 135 («[d]ie Anspruchsdurchsetzung ist grundsätzlich die alleinige Angelegenheit des Anspruchsinhabers und seines Anwalts»).

907 KOCHHEIM, 38 f.; SCHUMACHER, N 136; VON GOELER, 35; LIVSCHITZ in Arroyo, 2615 N 6; JASKOLLA, 20; STEINITZ, *Contract,* 509 f. mit dem Hinweis, dass neben der Zustimmungspflicht auch abgeschwächte Formulierungen *(«at least consultation in good faith»)* möglich sind.

908 LIVSCHITZ in Arroyo, 2615 N 6; VON GOELER, 26 f., 35.

909 JASKOLLA, 21; KOCHHEIM, 39.

910 Vgl. SCHUMACHER, N 137, VON GOELER, 36; KOCHHEIM, 39.

v. Beendigungsmöglichkeiten

Wichtig sind schliesslich die im Prozessfinanzierungsvertrag vereinbarten Beendigungsmöglichkeiten und deren Konsequenzen, und zwar sowohl hinsichtlich einer Kündigung durch die Prozesspartei als auch durch den Prozessfinanzierer.[911] In der Praxis unterscheidet sich die Ausgestaltung dieser Kündigungsrechte teilweise erheblich, wobei die Klauseln regelmässig einseitig zugunsten des Prozessfinanzierers formuliert sind.[912]

Der Prozessfinanzierer kann das Finanzierungsverhältnis regelmässig dann (innert vereinbarter Frist) beenden, wenn sich die Erfolgsaussichten im Verlauf des Verfahrens dahingehend verschlechtern, dass eine Finanzierung aus wirtschaftlicher Perspektive nicht mehr gerechtfertigt ist.[913] Eine solche Kündigung wirkt i.d.R. *ex nunc,* so dass die bis zu diesem Zeitpunkt angefallenen Kosten vom Finanzierer übernommen werden müssen.[914] Im Erfolgsfall – d.h. sofern die Anspruchsinhaberin den Prozess auf eigene Kosten oder mit Hilfe eines anderen Finanzierers erfolgreich weiterführt – erhält der die Vereinbarung beendende Finanzierer aus dem Prozesserlös den investierten Betrag zurück, nicht jedoch die Erfolgsprämie.[915] Sofern der Vertrag aufgrund einer Vertragsverletzung der Anspruchsinhaberin (bspw. Verletzung eines Zustimmungsvorbehalts) beendet wird, sind dem Finanzierer die bis dahin aufgelaufenen Kosten üblicherweise unabhängig vom Prozessausgang zu ersetzen; im Erfolgsfall partizipiert der Finanzierer zudem trotz Beendigung der Vereinbarung am Prozesserlös.[916] Schliesslich kann die finanzierende Partei das Vertragsverhältnis regelmässig dann beenden, wenn sich die Vertragsparteien in Verfahrensfragen uneinig sind, bspw. wenn der Finanzierer dem Anspruchsinhaber einen angebotenen Vergleich zur Annahme empfiehlt, dieser

---

911 ROWLES-DAVIES, N 5.114.

912 Vgl. VON GOELER, 35 f.; SCHUMACHER, N 144; KOCHHEIM, 40; DIMDE, 166; WYLER, 34. Teilweise finden sich Vereinbarungen, welche der finanzierenden Partei ein Kündigungsrecht ohne Vorliegen eines Grundes einräumen, JASKOLLA, 27.

913 ROWLES-DAVIES, N 5.115; VON GOELER, 36; SCHUMACHER, N 144; KOCHHEIM, 40; DIMDE, 166; JASKOLLA, 26 f.; WYLER, 34; kritisch demgegenüber HABERBECK, N 30 f.

914 WYLER, 34; SCHUMACHER, N 144.

915 ROWLES-DAVIES, N 5.115; VON GOELER, 37; SCHUMACHER, N 144; KOCHHEIM, 40; DIMDE, 166; JASKOLLA, 27.

916 ROWLES-DAVIES, N 5.116; VON GOELER, 37; vgl. auch JASKOLLA, 27.

sich jedoch für die Weiterführung des Prozesses entscheidet.[917] Geschuldet wird in diesem Fall üblicherweise der Betrag, welcher bei Annahme des Vergleichs fällig geworden wäre.[918]

Im Gegensatz zu den (umfangreichen) Kündigungsrechten des Finanzierers beschränken sich die Kündigungsrechte des Anspruchsinhabers regelmässig auf die Kündigung aus wichtigem Grund; eine ordentliche Kündigung der Vereinbarung durch die finanzierte Partei ist i.d.R. nicht vorgesehen.[919] Immerhin soll sie sich dann vom Finanzierer lösen können, wenn sie vertraglich zwar an Empfehlungen des Finanzierers gebunden, mit diesen jedoch nicht einverstanden ist.[920] Beendet die finanzierte Partei das Finanzierungsverhältnis aufgrund einer Vertragsverletzung durch den Finanzierer, endet üblicherweise dessen Anspruch auf eine Beteiligung am Prozesserlös, nicht jedoch auf die Rückerstattung der Kosten.[921]

c) Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Prozessfinanzierungsvertrags ist ein in der Lehre teilweise umstrittenes Thema, welches bereits in diversen Abhandlungen ausführlich behandelt worden ist.[922] An dieser Stelle wird deshalb, und weil die dogmatische Einordnung des Prozessfinanzierungsvertrags für die nachfolgenden Teile der vorliegenden Arbeit unerheblich ist, auf eine eigene, detaillierte Analyse verzichtet.

Die schweizerische Rechtsprechung hat sich bisher nicht eingehend zur Qualifikation des Prozessfinanzierungsvertrags geäussert, das Bundesgericht schliesst jedoch eine Qualifikation als Versicherungsvertrag aus.[923] Nach sorgfältiger Ana-

---

917 SCHUMACHER, N 145; KOCHHEIM, 39. Denkbar ist auch die umgekehrte Konstellation, in welcher der Prozessfinanzierer einen angebotenen Vergleich als ungenügend erachtet, der Anspruchsinhaber sich aber dennoch für dessen Annahme entscheidet.

918 SCHUMACHER, N 145; KOCHHEIM, 39; DIMDE, 165.

919 SCHUMACHER, N 147; KOCHHEIM, 40; DIMDE, 165; JASKOLLA, 28.

920 SCHUMACHER, N 138. Gewisse Prozessfinanzierungsverträge sehen eine solche Vereinbarung vor, vgl. JASKOLLA, 28.

921 ROWLES-DAVIES, N 5.117.

922 Vgl. für die Schweiz SCHUMACHER, N 149 ff.; LÖTSCHER, 14 ff. Insbesondere in Deutschland haben sich bereits einige Autoren eingehend mit dieser Thematik befasst, vgl. DIMDE, 167 ff.; MAUBACH, 69 ff.; KOCHHEIM, 54 ff.; JASKOLLA, 35 ff.; HOMBERG, 40 ff.; NITZSCHE, 14 ff.; DETHLOFF, 2226 f.; FRITZSCHE/SCHMIDT, 2998 ff.

923 Vgl. BGE 131 I 223 E. 4.7; gl.M. SCHUMACHER, N 186; vgl. zu dieser Abgrenzung auch Teil IV.A.2.c) *supra.*

lyse kommt SCHUMACHER zum Schluss, dass es sich beim Prozessfinanzierungsvertrag um einen «Innominatvertrag in der Art eines ‹gemischten Vertrages› aus partiarischem Darlehen und selbständiger Garantie» handeln müsse.[924] LÖTSCHER erkennt im Prozessfinanzierungsvertrag hingegen einen «Gesellschaftsvertrag zur (konkludenten) Gründung einer stillen Gesellschaft»[925] und folgt damit insbesondere der h.L. in Deutschland, welche den Prozessfinanzierungsvertrag überwiegend als Vertrag zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts qualifiziert.[926] Diese Diskussion kann an dieser Stelle offen bleiben, wobei sich die späteren Ausführungen[927] an die Qualifikation von SCHUMACHER anlehnen.

5. Nutzen

Die Möglichkeit der Prozessfinanzierung bringt für Prozessparteien einerseits sowie für das gesamte Rechtssystem andererseits Vorteile mit sich, welche im Folgenden summarisch aufgezeigt werden. Die hier beschriebenen positiven Aspekte sind dabei nicht abschliessend, insbesondere aus einer unternehmerischen Mikroperspektive kann es eine Vielzahl von Gründen geben, für die eigene Anspruchsdurchsetzung auf die Mittel eines Prozessfinanzierers zurückzugreifen.

a) Verbesserter Zugang zur (Schieds-)Gerichtsbarkeit

Der am häufigsten genannte Vorteil der Prozessfinanzierung liegt im verbesserten Zugang zur (Schieds-)Gerichtsbarkeit.[928] Sie bietet insbesondere denjenigen Parteien eine Möglichkeit, ihre Ansprüche einem Schiedsgericht zu unterbreiten, wel-

---

924 SCHUMACHER, N 237; vgl. für dessen gesamten Ausführungen zur Rechtsnatur *idem,* N 149 ff.

925 LÖTSCHER, 17; gl.M. WEGMÜLLER, 238.

926 Vgl. MAUBACH, 104; DIMDE, 198; JASKOLLA, 71; HOMBERG, 140 f.; KOCHHEIM, 104; DETHLOFF, 2227; FRECHEN/KOCHHEIM, 1214 f. Verschiedene Minderheitsmeinungen kommen zu anderen Ergebnissen wie etwa die Qualifikation als partiarisches Rechtsverhältnis bzw. Darlehen, als Forderungskauf, als Garantievertrag, als gemischten Vertrag aus kauf- und darlehensrechtlichen Elementen sowie als Versicherungsvertrag, vgl. hierzu SCHUMACHER, N 150 m.w.H.

927 Vgl. insbesondere Teil IV.B *infra*.

928 Vgl. BORN, *Commercial,* 2867; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 67; VON GOELER, 82; DERAINS in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 5; LIVSCHITZ in Arroyo, 2618 N 22; SHAHDADPURI, 81.

che dazu unter normalen Umständen finanziell nicht in der Lage wären.[929] Indem Prozessfinanzierer einspringen und das Kostenrisiko übernehmen, werden Kostenbarrieren auf dem Weg zur Rechtsdurchsetzung reduziert.[930] Wenn finanziell schwächer gestellten Parteien die gerichtliche Anspruchsdurchsetzung erleichtert wird, führt dies im Ergebnis zu einer Verbesserung der Ressourcenallokation und zu einer verbesserten «Anreizstruktur des Rechtssystems».[931] Die Prozessfinanzierung wirkt so wohlfahrtsfördernd.[932]

Die positiven Effekte eines verbesserten Zugangs zur Gerichtsbarkeit dürfen jedoch nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, dass die Prozessfinanzierung nur für einen kleinen Prozentsatz aller Verfahren überhaupt infrage kommt.[933] Dies ist primär den zahlreichen Voraussetzungen geschuldet, welche für den erfolgreichen Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags erfüllt sein müssen.[934]

b) Angleichung der Verhandlungsmacht

Ein wesentlicher, im Ergebnis ebenfalls wohlfahrtsfördernder Effekt der Prozessfinanzierung besteht in der Angleichung der Verhandlungsmacht zwischen den Parteien.[935] Bestehen zwischen den finanziellen Möglichkeiten der Prozessparteien grosse Unterschiede, führt dies zu einer ungleichen Verteilung der Verhand-

929 Dieses Argument gilt besonders in der Schiedsgerichtsbarkeit, in der Kostenvorschüsse regelmässig sehr hoch sind, LIVSCHITZ in Arroyo, 2618 N 20; vgl. auch VON GOELER, 83.

930 VON GOELER, 85; KOCHHEIM, 289.

931 DIMDE, 213; vgl. auch KOCHHEIM, 291.

932 DIMDE, 213, 217. Dies ist auch bedingt durch den Umstand, dass die Qualität der vorgebrachten Klagen durch die Beteiligung von Prozessfinanzierern tendenziell steigt, vgl. hierzu Teil IV.A.5.c) *infra.*

933 Vgl. ausführlich hierzu VON GOELER, 84 f.; vgl. auch SHAHDADPURI, 83.

934 Vgl. zu diesen Voraussetzungen Teil IV.A.3 *supra.*

935 LIVSCHITZ in Arroyo, 2619 N 23; VON GOELER, 87. Bildlich beschrieben von GIESEL, 1084: *«Litigation funding alters the relative power of players in the justice system; it provides access to the playing field and also ensures that the teams show up at the field with the same equipment.»*

lungsmacht. Dieses Ungleichgewicht kann durch eine externe Finanzierung reduziert werden.[936]

Ist die beklagte der klagenden Partei finanziell stark überlegen oder kämpft die klagende Partei ohnehin bereits mit Liquiditätsproblemen, kann die beklagte Partei versucht sein, die Prozesskosten absichtlich in die Höhe zu treiben, und so die klagende Partei im Endeffekt in einen für sie unvorteilhaften Vergleich zu zwingen. Erhält die klagende Partei Unterstützung eines Prozessfinanzierers, kann sie diesem Druck besser widerstehen und der Gegenpartei auf Augenhöhe entgegentreten.[937]

Umgekehrt kann sich die Bereitschaft der beklagten Partei für einen Vergleich erhöhen, wenn sie erkennt, dass sich die klagende Partei dank der Finanzierung auch ein langes, kostspieliges Verfahren leisten kann.[938] Vergleiche zwischen den Prozessparteien nähern sich so dank dem Zugang zur Prozessfinanzierung tendenziell dem ökonomisch richtigen Niveau an; abgeschlossene Vergleiche dürften, *ceteris paribus,* höher ausfallen.[939] In beiden beschriebenen Konstellationen wirkt die Beteiligung des Prozessfinanzierers insgesamt wohlfahrtssteigernd.[940] Vor diesem Hintergrund kann aus verhandlungstaktischen Gründen auch die freiwillige Offenlegung eines Prozessfinanzierungsverhältnisses sinnvoll sein.[941]

c) Höhere Qualität der Klagen

Teilweise wird in der Literatur angedeutet, das Aufkommen von Prozessfinanzierungen führe zu einer grösseren Anzahl,[942] und dabei insbesondere auch zu mehr

---

936 Vgl. DIMDE, 213: «Prozessfinanzierung vermag die Konsequenzen unterschiedlicher Vermögensausstattung von Anspruchsinhaber und Anspruchsgegner […] zu neutralisieren.»

937 Zum Ganzen LIVSCHITZ in Arroyo, 2619 N 24; VON GOELER, 87; KOCHHEIM, 294 f.; GILLERS, 689 f.; VELJANOVSKI, 439.

938 KOCHHEIM, 295.

939 LIVSCHITZ in Arroyo, 2619 N 24. Vgl. auch VON GOELER, 96, der in diesem Kontext zu Recht auf das Fehlen von empirischen Studien hinweist.

940 DIMDE, 218.

941 LIVSCHITZ in Arroyo, 2625 N 52; ROWLES-DAVIES, N 5.112; FRIGNATI, 516 f.

942 Vgl. BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 68; VON GOELER, 91; KOCHHEIM, 290. Einige Autoren weisen auch auf den gegenteiligen Effekt hin, dass Parteien, nachdem ihr behaupteter Anspruch den Prüfungsprozess des Finanzierers nicht bestanden hat,

ungerechtfertigten oder sogar missbräuchlichen Klagen.[943] Da sich die Schiedsgerichtbarkeit weitgehend privater Ressourcen bedient,[944] wird ein Anstieg der Anzahl Verfahren *per se* – sollte dem tatsächlich so sein – jedoch nicht als eigentliches Problem betrachtet.[945]

Der Vorwurf, dass die Prozessfinanzierung prozesstreibend wirkt, und insbesondere auch die Einleitung von wenig aussichtsreichen Klagen begünstigt, wird in der Literatur überwiegend zurückgewiesen. Das Gegenteil sei vielmehr der Fall. Die gründliche Prüfung des Sachverhalts durch einen in der Beurteilung von Ansprüchen erfahrenen Finanzierer führe zu einer weiteren, objektiven und im Zweifel rationaleren Einschätzung der Erfolgsaussichten.[946] Wenig aussichtsreiche Klagen würden ohnehin nicht finanziert,[947] so dass die durchschnittliche Qualität der eingeleiteten Klagen im Durchschnitt zunehme.[948] Diese Argumentation leuchtet ein, und der daraus resultierende Effekt wäre insgesamt positiv.

d) Betriebswirtschaftliche Flexibilität

Die Diskussionen rund um die Prozessfinanzierung drehen sich zumeist um Konstellationen mit finanziell schwach aufgestellten klagenden Parteien. Eine Fremd-

---

von einer Klage absehen, und die Prozessfinanzierung so die Anzahl eingeleiteter Klagen auch bremsen kann, vgl. VELJANOVSKI, 439; KOCHHEIM, 293; DOS SANTOS, 925.

943 Vgl. BEISNER/MILLER/RUBINS, 5; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 68; VON GOELER, 92; KOCHHEIM, 291 f.; DOS SANTOS, 925; DARWAZEH/LELEU, 129.

944 Ausnahmen bilden hier freilich Verfahren bezüglich Anfechtung, Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, vgl. VON GOELER, 92.

945 VON GOELER, 92. Der blosse Anstieg der Anzahl an Prozessen ist indes auch im Kontext staatlicher Gerichtsverfahren kein Argument gegen die Prozessfinanzierung, vgl. KOCHHEIM, 290 f. Vgl. auch DIMDE, 213; HYLTON, 710 *«[t]he prospect that an expansion of third-party funded litigation could bring forth more lawsuits does not indicate whether social welfare would be enhanced by such a change»);* vgl. auch Teil IV.A.5.a) *supra.*

946 Vgl. ROGERS, N 5.27 ff.; LIVSCHITZ in Arroyo, 2619 N 27; DOS SANTOS, 921.

947 Ausnahmen können da vorkommen, wo der potenzielle Prozesserlös sehr hoch ist, so dass der Erwartungswert dennoch als ausreichend eingeschätzt wird (insbesondere in Situationen, in welchen der Prozessfinanzierer das Risiko wiederum verteilen kann), vgl. BEISNER/MILLER/RUBIN, 5 f.; LIVSCHITZ in Arroyo, 2620 N 29; VON GOELER, 93. Vgl. zu den grundlegenden Voraussetzungen Teil IV.A.3 *supra.*

948 Zum Ganzen BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 67; LIVSCHITZ in Arroyo, 2619 N 27 ff.; KOCHHEIM, 292 f.; GILLERS, 689; VON GOELER, 92 f. m.w.H. zu empirischen Studien; a.M. DARWAZEH/LELEU, 129 f.

finanzierung wird jedoch regelmässig auch von solventen Parteien in Anspruch genommen.[949]

Das Zurückgreifen auf die Unterstützung eines Prozessfinanzierers führt, unabhängig von den finanziellen Verhältnissen, zu einer grösseren betriebswirtschaftlichen Flexibilität. Komplexe (Schieds-)Verfahren können über einen längeren Zeitraum substanzielle finanzielle Mittel binden.[950] Es ist mitunter eine Frage des Liquiditätsmanagements, ob dafür eigenes Kapital verwendet werden soll, welches stattdessen für operative Zwecke eingesetzt werden könnte. Auch kann es aus Sicht eines aktiven Risikomanagements sinnvoll sein, die mit einem Schiedsverfahren einhergehenden Kostenrisiken gegen Entgelt auf eine Drittpartei abzuwälzen. Schliesslich können auch Überlegungen zur Rechnungslegung dazu führen, dass die Finanzierung eines Verfahrens lieber einem Prozessfinanzierer überlassen wird.[951]

6. Bedenken

Neben den Vorteilen, welche die Prozessfinanzierung mit sich bringt, schlägt ihr auch regelmässig Skepsis entgegen.[952] Dabei stehen meist moralische Aspekte, Interessenkonflikte, negative Effekte auf die Vergleichsbereitschaft der Prozessparteien sowie Probleme im Zusammenhang mit dem Anwaltsgeheimnis und der Vertraulichkeit des Verfahrens im Fokus. Das Bundesgericht hat in einer seiner wenigen Entscheidungen zum Thema Prozessfinanzierung einige der geäusserten Kritikpunkte – insbesondere zum Verhältnis zwischen der Prozesspartei und der mandatierten Anwaltschaft – aufgenommen und widerlegt.[953] Insgesamt zeigt sich das Bundesgericht der Prozessfinanzierung gegenüber wenig besorgt.[954]

---

949 LIVSCHITZ in Arroyo, 2619 N 25; VON GOELER, 83; DOS SANTOS, 921. Vgl. insbesondere auch WEGMÜLLER, 240, wonach Beobachtungen zeigen, dass in der Schweiz die Mehrheit der finanzierten Verfahren von finanziell solide aufgestellten Parteien geführt werden.

950 Vgl. hierzu Fn. 807 *supra* m.w.H.

951 Zum Ganzen LIVSCHITZ in Arroyo, 2619 N 25 f.; VON GOELER, 83 f.; vgl. für eine ökonomische Analyse des Entscheidungsprozesses vermögender Anspruchsinhaber DIMDE, 205 f.

952 Statt vieler LIVSCHITZ in Arroyo, 2621 N 31; VON GOELER, 82.

953 Vgl. BGE 131 I 223.

954 Nicht weiter eingegangen wird hier auf das teilweise geäusserte Argument, die Prozessfinanzierung könnte zu einer «Prozessflut» führen. Es wurde bereits aufgezeigt,

a) Moralische Bedenken

Es gibt teilweise Bedenken, dass die Prozessfinanzierung rechtliche Ansprüche kommerzialisiere, und dass die gerichtliche Anspruchsdurchsetzung so zu einer Handelsware für Spekulanten verkomme.[955] Die Vorstellung, dass Ansprüche Einzelner als Investments betrachtet und dem freien Markt überlassen werden sollen, mutet für viele Beteiligte komisch an.[956] Rechtsstreitigkeiten sollten nicht im Zentrum von Renditeüberlegungen Dritter stehen. Nicht mehr das Streben nach der Wahrheit stehe im Vordergrund, der Zugang zu Gerechtigkeit stelle vielmehr nur noch ein Nebenprodukt der Profitmaximierung dar.[957]

Die Herkunft dieser Skepsis ist zumindest teilweise historisch begründet. Sehr lange war – und ist es teilweise noch bis heute[958] – die Prozessfinanzierung insbesondere in Staaten mit Common Law-Tradition unzulässig.[959] Die Doktrinen *maintenance* und *champerty* haben die Prozessfinanzierung in vielen Jurisdiktionen lange verunmöglicht.[960] In der Zwischenzeit haben jedoch zahlreiche Libera-

---

dass diese Besorgnis weitgehend unbegründet ist, vgl. Teil IV.A.5.c) *supra.* Vgl. zur ganzen Diskussion auch VON GOELER, 91 f.; KOCHHEIM, 290 ff.

955 Vgl. VON GOELER, 3, der in diesem Zusammenhang den Begriff *«commodifying claims»* verwendet; BERTRAND, 615.

956 Stellvertretend hierzu ein vielbeachtetes Zitat in der Juni-Ausgabe der Zeitschrift *Fortune* aus dem Jahr 2011: *«Dress it up as you like, there's something about all this secret meddling in other people's bitterest disputes and profiting from them that doesn't sit well.»*

957 Vgl. VON GOELER, 88; vgl. auch BERTRAND, 615: *«There is also a risk that [third party funding] might be seen as a mercantile exercise, turning arbitration into another financial product, thereby placing the making of justice in the playground of speculators alongside derivatives and commodities futures.»*

958 So heute noch in Irland, in Teilen der USA sowie teilweise im asiatischen Raum, vgl. FRIGNATI, Fn. 1; ROWLES-DAVIES, N 2.131 zur Situation in Grossbritannien; TOBIAS, 1310 ff. zu Bundesstaaten der USA, in welchen *champerty* bis heute verboten ist.

959 Statt vieler VON GOELER, 89; BERTRAND, 609; FRIGNATI, 505.

960 Unter *maintenance* wird stark zusammengefasst die Unterstützung einer Prozespartei durch eine Drittpartei verstanden; *champerty* beschreibt eine ähnliche Konstellation, wobei die Drittpartei zusätzlich finanziell am Prozessausgang partizipiert. Die genaue Definition variiert je nach Jurisdiktion. Vgl. für Definitionsansätze statt vieler ROWLES-DAVIES, N 2.05 f.; VON GOELER, 45; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 44 sowie 46 ff. für einen Überblick über verschiedene Jurisdiktionen.

lisierungstendenzen eingesetzt, welche *maintenance* und *champerty* entweder abgeschafft haben, oder aber die Prozessfinanzierung damit in Einklang bringen.[961]

Unserer Rechtstradition kennt *maintenance* und *champerty* nicht.[962] Überhaupt lässt sich für die Schiedsgerichtsbarkeit festhalten, dass moralische Bedenken, im Gegensatz möglicherweise zu Verfahren vor Zivilgerichten,[963] weitgehend unbegründet sind. An Schiedsverfahren beteiligen sich i.d.R. ausschliesslich professionelle, anwaltlich vertretene Parteien.[964] Das Risiko, dass Prozessparteien übermässigen Einmischungsgefahren seitens des Prozessfinanzierers ausgesetzt sind oder von diesen übervorteilt werden, ist deshalb gering.[965]

b) Interessenkonflikte

Ein grosser Teil der Skepsis gegenüber der Prozessfinanzierung basiert auf der Befürchtung, diese würde zu Interessenkonflikten führen.[966] Tatsächlich gibt es Szenarien, in welchen zumindest der Anschein der Parteilichkeit oder der Abhängigkeit nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen ist.[967]

Es ist z.B. denkbar, dass ein Prozessfinanzierer zwei parallele, unabhängig voneinander stattfindende Verfahren finanziert, und ein Mitglied des Schiedsgerichts

---

961 Vgl. BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 44 ff.; ROWLES-DAVIES, N 2.14 ff.; VON GOELER, 90; SHANNON, 443 ff.; vgl. auch VELJANOVSKI, 406 f. für einen Überblick über die internationalen Liberalisierungsentwicklungen. Vgl. auch Essar Oilfield Services Limited v. Norscot Rig Management Pvt Limited [2016] EWHC 2361 (Comm. C.) N 31 *(«[a]rguments based on ‹maintenance› and ‹champerty› are outdated and can be safely ignored»).*

962 Die Prozessfinanzierung ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung explizit zulässig, vgl. BGE 131 I 223, *passim;* BGer 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015 E. 4.

963 Vgl. BEISNER/MILLER/SCHWARTZ, 18 ff.

964 Vgl. VON GOELER, 90, der treffend von *«commercially sophisticated»* schreibt.

965 Vgl. zum Ganzen VON GOELER, 90.

966 Vgl. statt vieler BORN, *Commercial,* 2867 f.; LIVSCHITZ in Arroyo, 2624 N 56; ROGERS, N 5.71; DOS SANTOS, 923; DARWAZEH/LELEU, 132.

967 So hält LIVSCHITZ in Arroyo, 2626 N 56 fest*: «[O]ne must accept that the involvement of a third party funder may shed doubts (if not more) on the independence or impartiality of an arbitral tribunal.»* Zur Voraussetzung der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit von Schiedsrichterinnen und Schiedsrichtern vgl. BORN, *Commercial,* 1760 ff.; LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 11-1 ff.; BLACKABY et al., 254 ff. Heute scheint unbestritten, dass die Prozessfinanzierung grundsätzlich zu Interessenkonflikten führen kann, dies war jedoch nicht immer so, vgl. BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 85 f. m.w.H.

des ersten Verfahrens als Parteivertreter der finanzierten Partei im zweiten Verfahren amtet.[968] Möglich ist auch, insbesondere angesichts der umfangreichen Mitspracherechte, dass ein Mitglied des Schiedsgerichts wiederholt aufgrund der Mitwirkung desselben Prozessfinanzierers ernannt wird.[969] Ferner besteht die Möglichkeit, dass zwischen Prozessfinanzierer und Mitglied des Schiedsgerichts in einem vom Verfahren unabhängigen Zusammenhang ein direktes Mandatsverhältnis besteht.[970] Da insbesondere ausländische Prozessfinanzierer zunehmend börsenkotiert sind,[971] stellt sich schliesslich auch die Frage, ob Mitglieder eines Schiedsgerichts Aktien eines Prozessfinanzierers halten dürfen.[972]

Im Zusammenhang mit möglichen Interessenkonflikten werden immer wieder Offenlegungspflichten gefordert. Dabei ist umstritten, ob Offenlegungspflichten tatsächlich ein geeignetes Mittel darstellen, um Interessenkonflikten entgegenzuwirken. Eine Mehrheit der Kommentatoren scheint sich zumindest für eine Offenlegung der Identität des Prozessfinanzierers auszusprechen.[973] Auch die in diesem Zusammenhang gewichtige *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration* spricht sich deutlich für eine Offenlegung sowohl der Tatsache, dass eine Prozessfinanzierung vorliegt als auch der Identität der finanzierenden Partei aus.[974] Die ICC scheint den Schiedsgerichten implizit die

---

968 Vgl. KREINDLER/GOLDSMITH, 258; VON GOELER, 267; SCHERER in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 97; BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 112 f.; OSMANOGLU, 334; TRUSZ, 1670; GOLDSTEIN, 5.

969 Vgl. VON GOELER, 274; OSMANOGLU, 334 f.; TRUSZ, 1670 f.; DOS SANTOS, 923.

970 Vgl. VON GOELER, 269 f.; OSMANOGLU, 336.

971 So bspw. die in Frankfurt kotierte Foris AG oder die in London kotierte Burford Capital Ltd.

972 Vgl. LIVSCHITZ in Arroyo, 2626 N 58; OSMANOGLU, 335; TRUSZ, 1671; DOS SANTOS, 923. Diese Problematik stellt sich insbesondere auch bei indirekten Beteiligungen. Vgl. auch LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 11-21 ff., wonach Schiedsrichter nie wirklich unabhängig sind, wenn sie ein finanzielles Interesse am Ausgang des Verfahrens haben.

973 Eine Offenlegungspflicht grundsätzlich befürwortend KREINDLER/GOLDSMITH, 257 ff.; BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 87; BEISNER/MILLER/SCHWARTZ, 26 ff.; SCHERER in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 97 ff., wenn auch sehr zurückhaltend hinsichtlich Praktikabilität; ROGERS, N 5.81; DARWAZEH/LELEU, 135; OSMANOGLU, 339 ff.; BERTRAND, 611; TRUSZ, 1673; FRIGNATI 519 ff.; SHAHDADPURI, 90 ff.; eine Offenlegungspflicht ablehnend LIVSCHITZ in Arroyo, 2626 N 56 ff.; VON GOELER, 291 f.; LÉVY/BONNAN in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 82.

974 Vgl. BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 83: *«[B]road agreement existed on the Task Force that disclosure by the funded party of the existence and identity of funders is necessary*

Kompetenz einzuräumen, Offenlegungen im Zusammenhang mit Prozessfinanzierungen anzuordnen.[975] In Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz bestehen bisher keine gesetzlichen Offenlegungspflichten.[976] Die IBA Guidelines sehen die Offenlegung seit 2014 unter gewissen Voraussetzungen vor.[977]

Die Frage, wie weit Offenlegungspflichten gehen sollen, kann an dieser Stelle nicht abschliessend geklärt werden. Es ist jedoch festzuhalten, dass sowohl Prozessparteien als auch Prozessfinanzierern unabhängig von gesetzlichen oder institutionellen Vorgaben daran liegen muss, Interessenkonflikte möglichst früh ausschliessen zu können.[978] Erst im Verlaufe des Verfahrens aufkommende Diskussionen, bspw. weil die Existenz der Prozessfinanzierung erst in einem fortgeschrittenen Stadium des Verfahrens bekannt wird, können für alle Beteiligten umständliche (und damit kostspielige) Folgen haben.[979] Nur wenn das Schiedsgericht Kenntnis von der Identität des Finanzierers hat, kann es möglichen Interessenkonflikten auch nachgehen und diese offenlegen. Es empfiehlt sich deshalb, Schieds-

---

so that arbitrators could make appropriate disclosures and decisions regarding potential conflicts of interest.»

975 So die «Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration» Ziff. 28: *«Relationships between arbitrators, as well as relationships with any entity having a direct economic interest in the dispute or an obligation to indemnify a party for the award, should also be considered in the circumstances of each case.»* Ähnlich die Practice Note PN – 01/17 des SIAC vom 31. März 2017, Ziff. 5; vgl. auch KREINDLER/GOLDSMITH, 266.

976 LIVSCHITZ in Arroyo, 2624 N 48. Dasselbe gilt für Schiedsverfahren in nahezu allen Jurisdiktionen und unter den meisten Schiedsordnungen, vgl. BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 87; LÉVY/BONNAN in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 79 f.; OSMANOGLU, 337; FRIGNATI, 519. Ausnahmen bilden Singapur und Hong Kong, welche gewisse Offenlegungspflichten kennen, vgl. Beechey, *Third-Party Funding,* 559 ff.; DOS SANTOS, 932 f. Insbesondere in Grossbritannien gibt es auch eine Entwicklung zur Selbstregulierung in Form der *Association of Litigation Funders of England and Wales,* deren Mitglieder sich einem *Code of Conduct* unterwerfen müssen; dieser sieht jedoch keine Offenlegungspflicht vor, vgl. hierzu ROWLES-DAVIES, N 10.16 ff.; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 273 ff. mit einer Abschrift des Code of Conduct.

977 Vgl. General Standard 6(b) und General Standard 7(a) IBA Guidelines 2014. Die Anpassung der IBA Guidelines wird in der Lehre jedoch teilweise kritisiert, vgl. VON GOELER, 257 ff., welcher nach einer Analyse der Anpassungen einen eigenen, auf der 2004-Version der IBA Guidelines basierenden Vorschlag präsentiert. Vgl. zur Offenlegungspflicht unter den IBA Guidelines auch KREINDLER/GOLDSMITH, 260 f.

978 Vgl. LIVSCHITZ in Arroyo, 2628 N 65 ff.

979 Vgl. TRUSZ, 1652.

gericht und Gegenpartei frühzeitig über die Existenz des Finanzierungsverhältnisses sowie die Identität des Prozessfinanzierers zu informieren.[980]

c) Beeinträchtigung der Beziehung zwischen Prozesspartei und Anwaltschaft

Ein weiteres, oft vorgebrachtes Argument betrifft das Verhältnis zwischen der Prozesspartei und ihren Rechtsvertretern; dieses könne durch die Beteiligung eines Prozessfinanzierers beeinträchtigt werden. Verschiedene Bedenken werden hierzu vorgebracht: Die Sorge, dass der Prozessfinanzierer die Kontrolle über die Klage und das Verfahren übernehmen oder die Prozesspartei übervorteilen könnte,[981] dass die Unabhängigkeit der Anwaltschaft kompromittiert werden könnte,[982] dass die Loyalität der Prozesspartei gegenüber der Anwaltschaft abnehmen könnte,[983] oder dass Konflikte mit dem Anwaltsgeheimnis entstehen könnten.[984]

Einige der aufgeworfenen Punkte entkräften sich für die Schiedsgerichtsbarkeit bereits dadurch, dass diese ausschliesslich durch professionelle Parteien betrieben wird. Inwieweit das Verhältnis der Prozesspartei zur Anwaltschaft tatsächlich beeinflusst wird, hängt primär von der Ausgestaltung der spezifischen Informations-, Mitwirkungs- und Beendigungsrechte des Finanzierers ab.[985] Die Frage der Beeinträchtigung des Anwaltsgeheimnisses richtet sich nach dem im Einzelfall anwendbaren Recht; die genaue Ausgestaltung des Anwaltsgeheimnisses variiert im internationalen Vergleich stark.[986] Unter schweizerischem Recht kann die mandatierte Anwaltschaft gegenüber dem Finanzierer jedenfalls vom Anwaltsgeheimnis entbunden werden, so dass ein Austausch zwischen Anwaltschaft und Finan-

---

980 Zum Ganzen SCHERER in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 97 f.; OSMANOGLU, 332, 339 ff.; BERTRAND, 611; SHANNON SAHANI, 430.

981 Vgl. VON GOELER, 97 f.; DOS SANTOS, 924 f.; SHAHDADPURI, 83 f.

982 Vgl. VON GOELER, 98 f.; KAPLAN in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa, 73; FRIGNATI, 512.

983 Vgl. VON GOELER, 99 f.

984 Vgl. VON GOELER, 100 f.; FRIGNATI, 511; RONEY/VON DER WEID, 187 ff.; LIVSCHITZ in Arroyo, 2622 N 38 ff. und insbesondere 2623 N 42 ff. zur Situation unter Schweizer Recht.

985 Vgl. zu den Informations- und Mitspracherechten Teil IV.A.4.b)iv sowie zu den Beendigungsmöglichkeiten Teil IV.A.4.b)v *supra.*

986 Vgl. zu dieser Frage statt vieler LIVSCHITZ in Arroyo, 2622 N 38 ff.; RONEY/VON DER WEID, 187 ff.; vgl. insbesondere auch ALRASHID/WESSEL/LAIRD, *passim*.

zierer stattfinden kann, ohne dass dies als grundsätzlicher Verzicht auf das Anwaltsgeheimnis qualifizieren würde.[987]

d) Vertraulichkeit des Verfahrens

Die üblicherweise vertrauliche Natur der Handelsschiedsgerichtsbarkeit gilt – neben der Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen sowie der Unabhängigkeit von nationalen Rechtsordnungen und Gerichten[988] – nach wie vor als einer ihrer grössten Vorteile.[989] Teilweise wird die Besorgnis geäussert, der Einbezug eines Prozessfinanzierers führe zu einer Verletzung von Vertraulichkeitspflichten.[990] Die Vertraulichkeitsproblematik stelle sich dabei einerseits zwischen der Prozesspartei und dem Finanzierer, und andererseits – insbesondere auch vor dem Hintergrund von Publikationspflichten kotierter Gesellschaften – zwischen dem Finanzierer und Investoren bzw. der Öffentlichkeit.[991]

Der zu Beginn eines Finanzierungsverhältnisses notwendige Prüfungsprozess erfordert das Teilen von umfangreichen Informationen und Dokumenten. Für das regelmässig stattfindende Monitoring durch den Finanzierer gilt dies genauso. Davon betroffen sind bspw. die schriftlichen Eingaben der Gegenpartei, Stellungnahmen von Zeugen und Gutachtern oder verfahrensleitende Verfügungen und Schiedssprüche des Schiedsgerichts.[992]

Die hauptsächlich geäusserte Sorge – neben dem grundsätzlich unerwünschten Umstand, dass Dritte überhaupt vom Verfahren Kenntnis erlangen – besteht darin, dass die weitergegebenen Informationen möglicherweise in anderen Verfahren ge-

---

987 LIVSCHITZ in Arroyo, 2623 N 44 f.; vgl. auch BGE 131 I 223 E. 4.5.6. Vgl. für einen Überblick über die Situation in unterschiedlichen Jurisdiktionen ALRASHID/WESSEL/LAIRD, 106 ff.

988 Vgl. hierzu Queen Mary Survey, 7.

989 Vgl. BORN, *Commercial,* 89 f.; LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 1-26 f.; BLACKABY et al., 30; JOLLES/STARK-TRABER/CANALS DE CEDIEL in Geisinger/Voser, 131; SRIA-ROHNER/LA SPADA Art. 44 N 4, wonach viele Parteien die Vertraulichkeit von Schiedsverfahren als selbstverständlich betrachten.

990 Vgl. LIVSCHITZ in Arroyo, 2630 N 75; RONEY/VON DER WEID, 193; BERTRAND, 612; DOS SANTOS, 922.

991 Vgl. VON GOELER, 294 für Beispiele.

992 RONEY/VON DER WEID, 193.

gen dieselbe Gegenpartei verwendet werden könnten.[993] Es stellt sich durchaus die Frage, ob die Weitergabe von Informationen und Dokumenten mit der Pflicht, über das Verfahren Stillschweigen zu bewahren,[994] kollidiert. Letztlich sind zwei gegenläufige Interessen gegeneinander abzuwägen: die berechtigte Erwartung der Gegenpartei, dass vereinbarte Vertraulichkeitspflichten eingehalten werden, und die Interessen der finanzierten Partei, für welche die externe Finanzierung nur mit Weitergabe von (grundsätzlich vertraulichen) Informationen zugänglich ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Umfang der Vertraulichkeitspflicht im Einzelfall von verschiedenen Faktoren wie dem Wortlaut der Schiedsvereinbarung, dem Sitz des Verfahrens,[995] den gewählten Schiedsregeln[996] oder den vereinbarten *Terms of Reference* abhängt. Unabhängig davon, auf welcher Grundlage die Vertraulichkeitsverpflichtung basiert, gilt sie jedenfalls bereits vor Einreichung der Schiedsklage, d.h. auch bereits während den Vorbereitungshandlungen sowie dem Prüfungsprozess des Finanzierers.[997]

Unter Art. 44 Abs. 1 Swiss Rules sind die Parteien grundsätzlich zu umfassender Vertraulichkeit verpflichtet. Davon sind die Parteien dann ausgenommen, wenn «eine Offenlegung [erforderlich] ist, damit eine Partei einer Rechtspflicht nachkommen, einen Rechtsanspruch wahren oder durchsetzen oder einen Schieds-

---

993 Vgl. LIVSCHITZ in Arroyo, 2630 N 30; VON GOELER, 301; BERTRAND, 612; RONEY/VON DER WEID, 195; DOS SANTOS, 922.

994 Vgl. statt vieler Art. 44 Abs. 1 Swiss Rules; Art. 30.1 LCIA Rules.

995 Weder das 12. Kapitel des IPRG noch der 3. Teil der ZPO kennen Vertraulichkeitsbestimmungen, vgl. JOLLES/STARK-TRABER/CANALS DE CEDIEL in Geisinger/Voser, 133. Dasselbe gilt für das die Schiedsgerichtsbarkeit regelnde 10. Buch der deutschen ZPO (basierend auf dem UNCITRAL Model Law, welches ebenfalls keine entsprechende Bestimmung kennt) sowie den English Arbitration Act. Andere Sitzstaaten sehen hingegen unterschiedlich weitgehende Bestimmungen vor, vgl. für Frankreich Art. 1479 F-CPC (Vertraulichkeit der Beratungen des Schiedsgerichts) und Art. 1506 Abs. 4 F-CPC (Vertraulichkeit des Schiedsspruchs); für Regelungen in weiteren Jurisdiktionen vgl. VON GOELER, 295 m.w.H.

996 Die meisten institutionellen Schiedsregeln sehen (unterschiedlich strenge) Vertraulichkeitspflichten vor, vgl. Art. 44 Abs. 1 Swiss Rules; Art. 30.1 LCIA Rules; Art. 44.1 DIS Rules; Art. 3 SCC Rules; Art. 24.4, 39.1 SIAC Rules. Art. 22 Abs. 3 ICC Rules überlässt es dem Schiedsgericht, auf Parteiantrag Anordnungen hinsichtlich Vertraulichkeit zu erlassen. Die Vienna Rules kennen Vertraulichkeitspflichten nur für das Präsidium (Art. 2 Abs. 4), das Generalsekretariat (Art. 4 Abs. 4) sowie das Schiedsgericht (Art. 16 Abs. 2).

997 VON GOELER, 301 f.

spruch in einem Verfahren vor einer richterlichen Behörde vollstrecken oder anfechten kann.»[998] Angesichts dessen, dass die externe Verfahrensfinanzierung für eine Partei notwendig sein kann, um «einen Rechtsanspruch wahren oder durchsetzen zu können», muss die Weitergabe von Informationen an einen Finanzierer unter den Swiss Rules (wie auch unter anderen Schiedsregeln mit gleichem oder ähnlichem Wortlaut) möglich sein. Diese Auffassung wird in der Literatur gestützt.[999]

Delikater präsentiert sich die Situation hinsichtlich einer möglicherweise notwendigen Weitergabe von Informationen vom Prozessfinanzierer an verfahrensfremde Drittparteien. Zwar können aktien- oder börsenrechtliche Informations- und Publikationspflichten auch auf finanzierte Prozessparteien anwendbar sein,[1000] im Falle einer Informationsweitergabe durch den Prozessfinanzierer kann jedoch die Situation entstehen, dass Informationen an die Öffentlichkeit gelangen, welche ohne Prozessfinanzierung vertraulich geblieben wären.[1001] VON GOELER plädiert für eine Einzelfallbeurteilung, welche die Parteierwartungen an die Vertraulichkeit des Verfahrens sowie dessen Inhalt und Sensitivität berücksichtigt.[1002] Im Zweifel kann eine Vereinbarung zwischen den Prozessparteien über den Umgang mit Drittparteien zum Verfahrensbeginn Abhilfe schaffen; ein Patentrezept für den Vertraulichkeitsschutz gibt es jedoch nicht.[1003] In jedem Fall ist diesen Bedenken Rechnung zu tragen und entsprechende Risiken sind möglichst zu minimieren.

---

998 Art. 44 Abs. 1 Swiss Rules. Eine gleichlautende Formulierung findet sich auch in Art. 30.1 LCIA Rules *(«save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right, or to enforce or challenge an award in legal proceedings before a state court or other legal authority»).*

999 Vgl. VON GOELER, 306 *(«[i]n principle, disclosures to a litigation funder should be possible without entailing a violation of applicable confidentiality obligations»);* RONEY/VON DER WEID, 194 *(«[t]his type of exception reflects the recognition that a confidentiality obligation cannot override a party's legal duty to disclose information to interested third parties such as shareholders, banks and insurers. There is no principled reason to treat a bona fide contractual duty to disclose relevant information to third-party funders any differently»);* LIVSCHITZ in Arroyo, 2630 N 79; BERTRAND, 612.

1000 Vgl. Art. 44 Abs. 1 Swiss Rules, welche auch für diese Situation eine Ausnahme von anwendbaren Vertraulichkeitspflichten vorsieht («sofern und soweit eine Offenlegung nicht erforderlich ist, damit eine Partei einer Rechtspflicht nachkommen […] kann»).

1001 VON GOELER, 318.

1002 Vgl. VON GOELER, 323.

1003 VON GOELER, 323.

Eine (umfangreiche) Vertraulichkeitsvereinbarung zwischen Prozesspartei und Prozessfinanzierer – üblicherweise als Teil des Prozessfinanzierungsvertrags – ist deshalb unumgänglich.[1004]

e) Tiefere Vergleichsbereitschaft

Schliesslich gibt es Bedenken, dass die Beteiligung eines Prozessfinanzierers die Bereitschaft der klagenden Partei, einen Vergleich abzuschliessen, vermindern könnte.[1005] Wie bereits beschrieben, kann der Beizug eines Prozessfinanzierers die Vergleichsbereitschaft der beklagten Partei erhöhen.[1006]

Je nach Ausgestaltung des Prozessfinanzierungsvertrags kann es für eine fremdfinanzierte Klägerin ökonomisch rational sein, auf ein Vergleichsangebot der Gegenpartei nicht einzugehen, welches ohne Beizug des Finanzierers angenommen würde.[1007] Die Prozessfinanzierung kann insbesondere in zwei Szenarien der Vergleichsbereitschaft einer Klägerin entgegenstehen: Wenn erstens die Tatsache, dass der Prozesserlös mit dem Finanzierer geteilt werden muss, die Erwartungen an die Vergleichssumme über das für die Gegenseite rationale Mass hinaus steigert,[1008] oder wenn zweitens der Prozessfinanzierer ein Vergleichsangebot ablehnt, weil dessen Renditeerwartungen damit nicht erreicht werden.[1009]

Umgekehrt besteht schliesslich die Befürchtung, dass «unbegrenzter» finanzieller Support dazu führe, dass sich beklagte Parteien zu ökonomisch nicht sinnvollen Vergleichsabschlüssen gezwungen sehen, um hohe Verteidigungskosten abzuwenden.[1010]

1004 Vgl. LIVSCHITZ in Arroyo, 2630 N 78; VON GOELER, 320 f.; RONEY/VON DER WEID, 195; BERTRAND, 612 f.

1005 Vgl. LIVSCHITZ in Arroyo, 2622 N 33 ff.; VON GOELER, 95 f.; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 58; KOCHHEIM, 294.

1006 Vgl. Teil IV.A.5.b) *supra.*

1007 Vgl. für ein Beispiel einer solchen Konstellation LIVSCHITZ in Arroyo, 2622 N 35.

1008 Dem liegt die Befürchtung zugrunde, dass nicht mehr primär der Sachverhalt, sondern die Finanzierungsverhältnisse für die Verhandlungsstrategie massgebend sind, vgl. BEISNER/MILLER/RUBIN, 7.

1009 Zum Ganzen LIVSCHITZ in Arroyo, 2622 N 33 ff.; VON GOELER, 95 f.; BEISNER/MILLER/RUBIN, 6 f.; GILLERS, 691 f.; vgl. zu den Mitspracherechten des Prozessfinanzierers auch Teil IV.A.4.b)iv *supra.*

1010 BEISNER/MILLER/RUBIN, 7. Die Autoren stammen aus dem US-amerikanischen Rechtskreis, in welchem auch in Schiedsverfahren oft die American Rule zur Anwen-

B. Problematik: Fehlende Zuständigkeit des Schiedsgerichts

Der grundlegende Zweck der Prozesskostensicherheit besteht darin, den potenziellen Kostenerstattungsanspruch der Gegenpartei zu schützen. Dieser Zweck wäre im Kontext einer Prozessfinanzierung zweifelsfrei auch dann erfüllt, wenn Prozessfinanzierer verpflichtet wären, anstatt nur für die Kosten ihrer Vertragspartei auch für den allfälligen Kostenersatzanspruch der Gegenpartei aufzukommen.

In einzelnen Jurisdiktionen wie England[1011] oder den USA[1012] ist es staatlichen Gerichten tatsächlich möglich, die Kosten eines Verfahrens direkt Drittparteien und damit insbesondere auch Prozessfinanzierern aufzuerlegen.[1013] Dies unter der Voraussetzung, dass diese Drittpartei Einfluss auf die Entscheidungen der Prozesspartei nimmt und ökonomisch vom Ausgang des Verfahrens profitiert.[1014] Auch die direkte Anordnung zur Leistung einer Prozesskaution gegenüber Drittparteien ist im englischen Zivilprozess möglich.[1015] In Zivilprozessen gemäss

dung kommt. Das bei uns übliche Unterliegensprinzip entschärft diese Problematik zumindest teilweise.

1011 Vgl. Arkin v. Borchard Lines Ltd. & Ors [2005] EWCA 655 (Civ.) *(«[w]here ... the non-party not merely funds the proceedings but substantially also controls or at any rate is to benefit from them, justice will ordinarily require that, if the proceedings fail, he will pay the successful party's costs»)*.

1012 Vgl. Mohammed Abu-Ghazaleh et al. v. Gerard Martin Demerutis Chaul et al., Fl. Dist. CoA vom 2. Dezember 2009.

1013 Dasselbe gilt bspw. für Neuseeland, vgl. die Entscheidung Walker v. Forbes [2017] NZHC 1212, welche den Einfluss einer Beteiligung eines Prozessfinanzierers auf Fragen der Prozesskostensicherheit genau analysiert (N 18 ff.). Die neuseeländische Rechtsprechung zu dieser Thematik entstammt primär dem langwierigen Verfahren Saunders v. Houghton, vgl. insbesondere die Begründung in Saunders v. Houghton [2009] NZCA 610 N 36.

1014 Vgl. Tomlinson LJ in Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Ors [2016] EWCA 1144 (Civ.) N 27 *(«I particularly agree with and wish to associate myself with the judge's general approach, which is to emphasize that the derivative nature of a commercial funder's involvement should ordinarily lead to his being required to contribute to the costs on the basis upon which they have been assessed against those whom he chose to fund»).*

1015 Vgl. Rule 25.14 CPR; vgl. auch Sandra Bailey & Others v. GlaxoSmithKline UK Limited [2017] EWHC 3195 (QB), in welcher Foskett J den sog. *Arkin Cap* relativiert hat.

schweizerischer ZPO können, vorbehalten Art. 108 ZPO (Verursachung unnötiger Prozesskosten),[1016] Kostenurteile nur gegen Verfahrensbeteiligte und nicht gegen Drittparteien erlassen werden.[1017] Dasselbe gilt für den Erlass von Kautionsverfügungen.[1018]

Die hauptsächliche Problematik im Zusammenspiel zwischen Prozessfinanzierung und Prozesskaution im Schiedsverfahren besteht in dessen konsensualer Natur. Mit dem Prozessfinanzierer wird eine verfahrensfremde Partei involviert, welche nicht Teil der Schiedsvereinbarung und entsprechend auch nicht der Zuständigkeit des Schiedsgerichts unterworfen ist.[1019] Eine vom Schiedsgericht direkt gegen den Finanzierer gerichtete Kautionsverfügung ist deshalb nicht möglich, obwohl dieser die Kosten des Verfahrens massgeblich trägt.[1020]

Die verschiedenen, innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit entwickelten Theorien, um den Anwendungsbereich von Schiedsvereinbarungen auf Drittparteien auszuweiten,[1021] finden auf den Fall der Prozessfinanzierung i.d.R. keine Anwendung.[1022] Dies hat zur Folge, dass ein Prozessfinanzierer einerseits für die Kosten einer Prozesspartei aufkommt und am Prozesserlös partizipiert, andererseits jedoch weder zur Leistung einer Kaution verpflichtet werden kann, noch vom finalen Kostenentscheid erfasst wird. Dieser besonderen Situation ist Rechnung zu tragen.

Folgt man der – insbesondere in Deutschland vertretenen – Lehrmeinung, wonach finanzierte Partei und Prozessfinanzierer einen Gesellschaftsvertrag eingehen,[1023]

1016 Vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 108 N 2; BGE 141 III 426 E. 2.4.2.

1017 BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 106 N 2.

1018 Vgl. Art. 99 ZPO; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG Art. 99 N 4.

1019 BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 161; VON GOELER, 209, 363 f.; LIVSCHITZ in Arroyo, 2624 N 45, 2630 N 71; DARWAZEH/LELEU, 133; RONEY/VON DER WEID, 201; BERTRAND, 613; DOS SANTOS, 925; GU, 197.

1020 Lord Woolf hat diese Problematik in der *Ken-Ren* Entscheidung treffend zusammengefasst, vgl. Coppée-Lavalin v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers, House of Lords, 5. Mai 1994, N 14.

1021 Vgl. ausführlich zu diesen Theorien BORN, *Commercial,* 1418 ff.; BLACKABY et al., 85 ff.; BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 563 ff.; MEIER in Arroyo 2510 N 16 ff.

1022 Vgl. VON GOELER, 214 ff. für eine Analyse unter den verschiedenen Theorien sowie 219 f. für das Ergebnis.; vgl. auch BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 161; LÉVY/BONNAN in Cremades Sanz-Pastor/Dimolitsa 82 ff.; DARWAZEH/LELEU, 133 f.

1023 Vgl. zu dieser Thematik Teil IV.A.4.c) *supra*.

so stellt sich jedoch zumindest die Frage, ob ein Prozessfinanzierer nicht gestützt auf das Gesellschaftsrecht solidarisch für eine allfällige Parteientschädigung haften würde.[1024] Entsteht im Hinblick auf die gemeinsame Anspruchsdurchsetzung tatsächlich eine einfache Gesellschaft, würde der Prozessfinanzierer direkt durch seinen Beitritt zu dieser und damit unmittelbar durch die Schiedsvereinbarung gebunden. Unter dieser Prämisse wäre eine Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs und folglich die Anordnung einer Prozesskaution zu verneinen. Ob durch den Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags tatsächlich eine einfache Gesellschaft entsteht, ist bisher nicht abschliessend geklärt. In der (internationalen) Literatur gibt es soweit ersichtlich denn auch keine Stimmen, welche Prozessfinanzierer über das Gesellschaftsrecht haftbar machen möchten. Die vorliegende Arbeit geht im Folgenden – gestützt auf die Analyse von SCHUMACHER[1025] – deshalb von der Annahme aus, dass Prozessfinanzierer weder der Zuständigkeit des Schiedsgerichts unterliegen, noch aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer einfachen Gesellschaft solidarisch für den Erstattungsanspruch der Gegenpartei haftbar gemacht werden können.

C. Prozessfinanzierung als Kautionsgrund

Vor dem Hintergrund des soeben Beschriebenen scheint die Prozesskostensicherheit ein Mittel zu sein, um der Problematik der mangelnden Zuständigkeit des Schiedsgerichts entgegenzuwirken. Entsprechend wird immer wieder gefordert, das Vorliegen einer Prozessfinanzierung müsse in die Beurteilung von Kautionsanträgen einfliessen.[1026] Im Zentrum steht dabei die Frage, ob das Vorliegen einer externen Finanzierung einen möglichen Grund für die Anordnung einer Prozesskaution darstellt.

Im Folgenden werden zunächst die verschiedenen Ansichten der bisherigen Lehre und Rechtsprechung beleuchtet, bevor die Fragestellung entlang des bereits vor-

---

1024 Vgl. Art. 544 Abs. 3 OR; vgl. ausführlich zur Solidarhaftung BSK OR II-PESTALOZZI/VOGT Art. 544 N 14 ff.

1025 Vgl. Teil IV.A.4.c) *supra*.

1026 Statt vieler BORN, *Commercial,* 2496; SCHWARTZ, 379 *(«[r]ecently, however, a growing number of voices within the international arbitration world have been urging greater recourse to security for costs orders in the specific context of third-party financing of claims»)*.

gestellten Voraussetzungsrasters[1027] behandelt wird. Vorwegzunehmen ist, dass bis heute weder ein nationales Schiedsgesetz noch eine institutionelle Schiedsordnung die Prozessfinanzierung und die Prozesskostensicherheit in einen direkten Zusammenhang stellt.[1028]

1. Überblick über Lehre und Rechtsprechung

In der Literatur wird die Frage, inwiefern eine vorliegende Prozessfinanzierung einen Einfluss auf Entscheidungen hinsichtlich Prozesskostensicherheit haben soll, kontrovers diskutiert; ein Konsens ist nicht zu erkennen. Die Meinungen gehen sowohl zur Frage, ob das Vorliegen einer Prozessfinanzierung überhaupt zu berücksichtigen ist, als auch zur Frage, unter welchem Kriterium diese relevant ist, auseinander. Publizierte Schiedssprüche zur Thematik gibt es im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit nur vereinzelte; eine eigentliche Spruchpraxis lässt sich ebenfalls nicht erkennen.

a) Prozessfinanzierung ist nicht zu berücksichtigen

Eine erste Gruppe von Autoren vertritt die Auffassung, dass das Vorliegen eines Prozessfinanzierungsvertrags bei der Entscheidung, ob eine Prozesskaution angeordnet wird, nicht zu berücksichtigen sei.[1029] Insgesamt können in der bestehenden Literatur fünf regelmässig angeführte Gründe ausgemacht werden, welche gegen eine Berücksichtigung der Prozessfinanzierung sprechen.

Erstens geht die überwiegende Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass die Frage, ob ein Schiedsverfahren fremdfinanziert werde, auf den (finalen) Kostenentscheid grundsätzlich keinen Einfluss habe.[1030] Entsprechend sei es nur eine lo-

---

1027 Vgl. Teil III.F *supra.*

1028 BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 164 f.

1029 Vgl. insbesondere TRUSZ, 1677 ff., welche sogar dafür plädiert, den Schiedsgerichten mittels Änderung der geltenden institutionellen Schiedsregeln die Berücksichtigung von Prozessfinanzierungsverträgen zu verbieten. Vgl. hierzu auch KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI, 21 ff.

1030 Vgl. hierzu auch Teil IV.E *infra.*

gische Konsequenz, dass die Prozessfinanzierung auch im Entscheid, ob einem Antrag auf Kostensicherheit stattgegeben wird, nicht berücksichtigt werde.[1031]

Zweitens beuge die Nichtberücksichtigung der Prozessfinanzierung Verzögerungen vor und spare damit Kosten. Beklagte könnten andernfalls ermutigt werden, in Verfahren mit Prozessfinanzierern systematisch Sicherheit zu verlangen, was Verfahren in die Länge ziehen und für alle Beteiligten Mehraufwand bedeuten könne.[1032]

Drittens könne eine Berücksichtigung der externen Verfahrensfinanzierung die Durchsetzung rechtmässiger Ansprüche verhindern. Dann nämlich, wenn eine finanziell angeschlagene Partei aufgrund der Beteiligung eines Prozessfinanzierers zur Leistung einer Kostensicherheit verpflichtet werde, der Prozessfinanzierer jedoch nicht bereit sei, diese Kaution zu leisten. Das Risiko der Vereitelung rechtmässiger Ansprüche sei bei fremdfinanzierten Verfahren umso höher, weil die Qualität von drittfinanzierten Ansprüchen aufgrund des vorgängigen Prüfungsprozesses tendenziell höher sei.[1033]

Viertens wird vorgebracht, dass sich die klagende Partei bei einer Berücksichtigung der Prozessfinanzierung in einer schlechteren Position wiederfinde, als wenn sie auf eine alternative Finanzierungsmöglichkeit wie bspw. einen gewöhnlichen Bankkredit, ein reines Erfolgshonorar oder eine Versicherungslösung zurückgegriffen hätte. Bei diesen Finanzierungslösungen stehe eine Berücksichtigung im Kautionsentscheid nicht zur Debatte. Entsprechend dürften Parteien, welche auf eine Prozessfinanzierung i.e.S. zurückgriffen, nicht benachteiligt werden.[1034]

Schliesslich entschärfe es teilweise auch die Problematik rund um potenzielle Interessenkonflikte, wenn eine Prozessfinanzierung im Rahmen des Kautionsent-

---

1031 TRUSZ, 1679; KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI, 21 f. *(«it is logical that if third-party funding should not be taken into account when determining costs, then it should also not be taken into account when ruling upon security for costs»)*.

1032 KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI, 24; TRUSZ, 1679.

1033 KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI, 23; VON GOELER, 362 f.; vgl. zur tendenziell höheren Qualität der Klagen auch Teil IV.A.5.c) *supra.* Vgl. zur Gefahr einer Vereitelung rechtmässiger Ansprüche auch Gustav F.W. Hamester GmbH & Co. K.G. v. Republic of Ghana (ICSID Case No. ARB/07/24), Schiedsspruch vom 18. Juni 2010.

1034 KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI, 24 f. Die zwei Autoren kommen letztlich zum Ergebnis, dass Prozessfinanzierungen im Rahmen von Kautionsanträgen nicht zu beachten seien *(«unless a respondent can show that third-party funding is being used abusively»),* 30.

scheids (zwingend) aussen vor bleibe.[1035] Wenn klagende Parteien nämlich nicht befürchten müssten, (nur) aufgrund der externen Verfahrensfinanzierung eine Kostensicherheit leisten zu müssen, dann wäre auch die Bereitschaft zur Offenlegung des Finanzierungsverhältnisses grösser, was wiederum das Entdecken von Interessenkonflikten erleichtern würde.[1036]

b) Prozessfinanzierung ist ein relevantes Kriterium

Eine Mehrheit der Kommentatoren vertritt im Gegensatz zum eben Beschriebenen die Auffassung, dass das Vorliegen einer Prozessfinanzierung im Rahmen des Kautionsentscheids zu berücksichtigen sei.[1037] Unterschiede gibt es jedoch in der Frage, welche Massstäbe bei der Beurteilung anzulegen sind.

Fest steht, dass die Kenntnis über das Vorliegen einer Prozessfinanzierung viele beklagte Parteien veranlasst, einen Antrag auf Prozesskostensicherheit einzureichen.[1038] Vorweggenommen werden kann, dass vom Vorliegen einer Prozessfinanzierung nicht automatisch auf eine prekäre finanzielle Situation der finanzierten Partei und damit indirekt auf eine Gefährdung des potenziellen Kostenerstattungsanspruchs geschlossen werden darf.[1039]

i. «Hit and Run»-Szenario

Viele Autoren weisen darauf hin, dass eine Prozessfinanzierung Teil eines sog. *«Hit and Run»*-Szenarios sein könne, und dass der Erlass einer Kautionsverfügung

---

1035 Zur Problematik der Interessenkonflikte vgl. auch Teil IV.A.6.b) *supra.*

1036 TRUSZ, 1677. Dies ist denn auch TRUSZ' Hauptargument, weshalb Schiedsgerichten mittels institutionellen Schiedsregeln die Berücksichtigung von Prozessfinanzierungsverhältnissen im Rahmen von Kosten- und Kautionsentscheidungen zu verbieten sei.

1037 Vgl. statt vieler BORN, *Commercial,* 2496 *(«[w]here a party appears to lack assets to satisfy a final costs award, but is pursuing claims in an arbitration with the funding of a third party, then a strong prima facie case for security for costs exists»)*.

1038 KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI, 18; SHAHDADPURI, 94.

1039 BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 171, 180 *(«the assumption that a funded party is impecunious miscomprehends the current state of third-party funding»);* LIVSCHITZ in Arroyo, 2620 N 25 f. für die Situation in der Schweiz; vgl. auch VON GOELER, 341 f.; RONEY/VON DER WEID, 203; ROWLES-DAVIES, N 6.39. Diese Schlussfolgerung zumindest in der Tendenz eher zulassend FRIGNATI, 517 f. Teilweise wird sogar vertreten, dass das Gegenteil der Fall sei, nämlich dass sich die finanzielle Situation einer Partei durch die Prozessfinanzierung verbessere, vgl. BREKOULAKIS/VON GOELER, 15.

die angemessene Reaktion darauf darstelle.[1040] Unter *«Hit and Run»* werden Konstellationen verstanden, in welchen eine nicht am Verfahren beteiligte Drittpartei die Kosten einer zahlungsunfähigen Prozesspartei übernimmt, im Erfolgsfall vom Prozesserlös profitiert, im Falle einer Niederlage jedoch nicht für den nachteiligen Kostenentscheid haftbar ist.[1041] Damit stellt das *«Hit and Run»*-Szenario die im Kontext der Prozessfinanzierung am meisten befürchtete Situation dar, nämlich dass sich die obsiegende Beklagte einer insolventen Klägerin gegenübersieht, während nicht gegen den externen Finanzierer vorgegangen werden kann. Verschiedene Autoren verlangen deshalb, dass in einem solchen Fall mittels Prozesskostensicherheit korrigierend einzugreifen sei.[1042] Der berühmten Entscheidung im Fall *Ken-Ren* lag letztlich genau diese Ratio zugrunde: Der Staat Kenia hätte als Drittpartei im Erfolgsfall vom Prozessausgang profitiert, während er im Falle einer Niederlage kaum hätte belangt werden können.[1043]

Zu erwähnen ist an dieser Stelle jedoch, dass eine «*Hit and Run*»-Konstellation nicht zwingend missbräuchlicher Natur sein muss. Es wird teilweise (auch durch die bildhafte Bezeichnung) der Eindruck vermittelt, dass dem beschriebenen Szenario immer ein missbräuchliches Verhalten inhärent ist. Eine «*Hit and Run*»-Konstellation ergibt sich jedoch primär aus einer Konstellation bestehend aus der Zahlungsunfähigkeit der klagenden Partei sowie den Bestimmungen des Prozess-

---

1040 Vgl. KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI, 26; KALICKI; RUBINS, 361; RONEY/VON DER WEID, 202.

1041 KALICKI *(«where the claimant's arbitration fees and expenses are being covered by a related entity or individual who stands to gain if the claimant wins, but would not be liable to meet any award of costs that might be made against the claimant if it lost»)*.

1042 Vgl. VON GOELER, 358 f.; DARWAZEH/LELEU, 139; RUBINS, 361; KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI, 26; BREKOULAKIS/VON GOELER, 12; KALICKI; GOLSTEIN, 17; a.M. TRUSZ, 1679. Dieselbe Ratio liegt letztlich auch der bereits an früherer Stelle zitierten Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff., zugrunde.

1043 Vgl. Coppée-Lavalin v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers, House of Lords, 5. Mai 1994, N 14, wo Lord Woolf diese Problematik folgendermassen zusammengefasst hat: *«If the proceedings are successful, […] the state […] will be a principal beneficiary and if there is an order for costs the money it has invested in the proceedings could well be reimbursed as a result of an order that the appellants pay costs. If the proceedings are unsuccessful the respondents will almost certainly have insufficient means to pay costs and the state, which has the means, will have no responsibility for paying costs.»* Gl.M. war auch Lord Keith of Kinkel, vgl. *idem* N 1.

finanzierungsvertrags im Einzelfall; Treuwidrigkeit liegt nicht in jedem Fall vor.[1044]

ii. Wesentliche Veränderung der Umstände

Wie bereits an früherer Stelle dargelegt,[1045] verlangt die h.L. im Zusammenhang mit dem Erlass einer Prozesskostensicherheit «besondere Umstände» und dabei insbesondere eine wesentliche Veränderung der Umstände zwischen dem Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung und der Einleitung des Schiedsverfahrens. Liegt eine solche wesentliche Veränderung der Umstände vor, können die Voraussetzungen für eine Kostensicherheit gemäss h.L. erfüllt sein.

Teilweise wird vertreten, der Abschluss einer Prozessfinanzierungsvereinbarung könne eine solche wesentliche und unvorhersehbare Veränderung der Umstände darstellen.[1046] Diese Ansicht sah sich insbesondere durch eine Verfügung eines ICC-Schiedsgerichts mit Sitz in Paris unter dem Vorsitz von Charles Poncet aus dem Jahr 2012 bestätigt.[1047] Das Schiedsgericht hatte sich mit einem Antrag von zwei beklagten Parteien auseinanderzusetzen, welche von der Gegenpartei basierend auf folgenden Aspekten die Leistung einer Prozesskaution verlangten: Erstens hatte die klagende Beteiligungsgesellschaft ihren Sitz in Zypern und schien über keine nennenswerten Aktiven zu verfügen; zweitens liess sie sich das Verfahren von einem Prozessfinanzierer finanzieren. Der Prozessfinanzierungsvertrag, welcher mutmasslich unabsichtlich in den Besitz der Beklagten gelangte,[1048] enthielt ausserdem folgende Klausel: *«The Funder does not undertake to fund or indemnify the Claimant or any party to the proceedings in respect of the costs (legal or otherwise) of the Defendants»*.[1049] Das Schiedsgericht bejahte schliesslich die Frage, *«whether the [funding agreement] constitutes a fundamental change of circumstances which would justify granting security for costs»*.[1050] Ent-

---

1044 Vgl. VON GOELER, 359, welcher die Bezeichnung *«arbitral hit and run»* deswegen ablehnt.

1045 Vgl. Teil III.F.1.d)i *supra.*

1046 So WAINCYMER, 650; GU, 169; vgl. auch BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 170.

1047 Vgl. Procedural Order vom 3. August 2012, publ. in PINSOLLE, 402 ff. Zusammenfassungen der Entscheidung finden sich bei PINSOLLE, 399 ff.; SCHWARTZ, 380 ff.; VON GOELER, 346 f.

1048 Vgl. Procedural Order vom 3. August 2012, publ. in PINSOLLE, 402 ff., N 35.

1049 Procedural Order vom 3. August 2012, publ. in PINSOLLE, 402 ff., N 39.

1050 Procedural Order vom 3. August 2012, publ. in PINSOLLE, 402 ff., N 33.

scheidend war einerseits, dass die Vereinbarung ausschloss, dass der Finanzierer für einen Kostenentscheid zugunsten der Gegenpartei aufkommen würde, und andererseits, dass dem Finanzierer das Recht eingeräumt wurde, die Vereinbarung jederzeit und ohne Angabe von Gründen zu kündigen.[1051] Als Ergebnis gab das Schiedsgericht dem Antrag auf Sicherstellung der Parteikosten statt.

Festzuhalten ist, dass das Schiedsgericht explizit nicht aufgrund der blossen Existenz der Prozessfinanzierung zum erwähnten Ergebnis gekommen ist,[1052] sondern dass der spezifische Inhalt der Vereinbarung dazu führte, dass sich die beklagten Parteien wesentlich veränderten Umständen gegenübersahen.[1053] Bei näherer Betrachtung führte letztlich, auch wenn das Schiedsgericht dies nicht explizit erwähnte, die Schaffung einer *«Hit and Run»*-Konstellation zum Entscheid;[1054] diese Situation wertete das Schiedsgericht im Ergebnis als wesentliche Veränderung der Umstände.

Der Entscheid wurde in der Lehre aus verschiedenen Gründen teilweise stark kritisiert.[1055] Während mehrere Aspekte der Entscheidung Anlass zu Diskussionen geben, scheint insbesondere die Tatsache bemerkenswert, dass das Schiedsgericht ausser Acht liess, dass die Zahlungsfähigkeit der Klägerin im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung nicht besser gewesen war als im Zeitpunkt des Schiedsverfahrens. SCHWARTZ kritisierte dies treffend: *«[T]he tribunal decided to impose a financial burden on the claimant […] that actually placed the respondents in a better position than they could reasonably have expected themselves to be in when agreeing to arbitration.»*[1056] Nach hier vertretener Auffassung gibt es keinen Grund für die Anordnung einer Prozesskaution, wenn sich die Gefährdung

---

1051 Vgl. Procedural Order vom 3. August 2012, publ. in PINSOLLE, 402 ff., N 43 f.

1052 Vgl. Procedural Order vom 3. August 2012, publ. in PINSOLLE, 402 ff., N 34.

1053 Vgl. Procedural Order vom 3. August 2012, publ. in PINSOLLE, 402 ff., N 40.

1054 Vgl. Procedural Order vom 3. August 2012, publ. in PINSOLLE, 402 ff., N 40 *«[the funding mechanism] makes it possible for the Funder to secure a comfortable share of the proceeds for itself in case the litigation is successful while (i) taking no risk whatsoever with regard to the costs that may have to be paid to the other party as a consequence of an unsuccessful litigation and (ii) retaining the possibility to walk out at any time by simply pulling the plug»).*

1055 SCHWARTZ, 387 f.; VON GOELER, 348.

1056 SCHWARTZ, 387 f.

des Kostenerstattungsanspruchs seit Abschluss der Schiedsvereinbarung nicht substanziell vergrössert hat.[1057]

Die Auffassung, wonach der Beizug eines Prozessfinanzierers (grundsätzlich) einer wesentlichen Veränderung der Umstände gleichkommt, scheint heute überholt. Angesichts der zunehmenden Popularität kann eine Prozessfinanzierung für eine Gegenpartei heute nicht mehr unvorhersehbar sein. In jüngerer Literatur wird denn auch überwiegend die Meinung vertreten, dass das Vorliegen einer Prozessfinanzierung an sich nicht als wesentliche Veränderung der Umstände zu werten sei.[1058] Vielmehr müsse das Schiedsgericht entscheiden, ob die konkreten Umstände des Einzelfalls – also insbesondere auch die Spezifika der infrage stehenden Vereinbarung – einer wesentlichen Veränderung der Umstände gleichkämen. Der dabei anzuwendende Test ist umstritten: Während KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI missbräuchliches Verhalten voraussetzen und die Schwelle damit hoch ansetzen,[1059] plädiert VON GOELER dafür, darauf abzustellen, ob die Umstände für die Gegenpartei wirtschaftlich unvorhersehbar sind.[1060]

Zuzustimmen ist sicher der Ansicht, dass das Vorliegen einer Prozessfinanzierung *per se* keiner wesentlichen Veränderung der Umstände gleichkommt. Heikel ist m.E. das Abstellen auf die wirtschaftliche Vorhersehbarkeit. Angesichts der Verbreitung der Prozessfinanzierung müssen Prozessparteien heute damit rechnen, dass auf der Gegenseite Prozessfinanzierer beteiligt sind; mindestens dürfen sie nicht überrascht sein. Das Kriterium der wesentlichen Veränderung der Umstände ist nach hier vertretener Auffassung deshalb im Kontext der Prozessfinanzierung nicht zielführend.[1061]

iii. Verschiebung der Beweislast

Vereinzelt wird gefordert, das Vorliegen einer Prozessfinanzierung sollte zu einer Umkehr der Beweislast führen.[1062] Vertreter dieser Auffassung stützen sich dabei

---

1057 Vgl. Teil III.F.1.c) *supra.*

1058 Vgl. BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 171; BREKOULAKIS/VON GOELER, 16; VON GOELER, 355.

1059 Vgl. KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI, 30.

1060 Vgl. VON GOELER, 357 *(«commercially unforeseeable»)*.

1061 Vgl. stattdessen Teil IV.C.2 *infra* für die hier vorgeschlagene Herangehensweise.

1062 So DARWAZEH/LELEU, 143 ff.; vgl. auch BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 176; VON GOELER, 354; BREKOULAKIS/VON GOELER, 12.

grösstenteils auf die *Assenting Reasons* von Gavan Griffith in einem ICSID-Schiedsverfahren.[1063]

Im ICSID-Schiedsverfahren *RSM Production Corporation v. Saint Lucia* hatte das Schiedsgericht im Jahr 2014 über einen Antrag auf Kostensicherheit zu entscheiden. Die klagende Partei wurde von einem Prozessfinanzierer finanziert[1064] und befand sich in unbestritten[1065] schwierigen finanziellen Verhältnissen. Das Schiedsgericht hat schliesslich, zum ersten Mal in einem ICSID-Verfahren überhaupt, die Klägerin zur Leistung einer Prozesskostensicherheit verpflichtet. Während das Schiedsgericht in Übereinstimmung mit früheren Schiedssprüchen anerkannte, dass eine solche Anordnung aussergewöhnliche Umstände *(«exceptional circumstances»)* verlangt, bejahte sie deren Existenz im vorliegenden Fall basierend auf der Tatsache, dass die klagende Partei – zusätzlich zur prekären finanziellen Lage und der externen Verfahrensfinanzierung – in der Vergangenheit wiederholt Kostenentscheidungen nicht nachgekommen war.[1066]

An dieser Stelle interessanter als die eigentliche Entscheidung sind jedoch die *Assenting Reasons* von Gavan Griffith. In diesen vertrat er den Standpunkt, dass bei Vorliegen einer Prozessfinanzierung eine Beweislastumkehr stattfinden solle; die finanzierte Partei müsse in einem solchen Fall darlegen, dass kein Anlass für eine Prozesskostensicherheit besteht: *«My determinative proposition is that once it appears that there is third party funding of an investor's claims, the onus is cast on the claimant to disclose all relevant factors and to make a case why security for costs orders should not be made.»*[1067]

1063 Vgl. RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10 vom 12. August 2014, Assenting Reasons of Gavan Griffith.

1064 Dies wurde durch die Parteivertretung während einer Verhandlung offengelegt, vgl. RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10 vom 12. August 2014, N 76.

1065 Vgl. RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10 vom 12. August 2014, N 40.

1066 Vgl. RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10 vom 12. August 2014, N 86 *(«the proven history where Claimant did not comply with cost orders and awards due to its inability or unwillingness»)*. Vgl. für eine Zusammenfassung der Entscheidung auch VON GOELER, 352 f.

1067 RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10 vom 12. August 2014, Assenting Reasons of Gavan Griffith, N 18.

Der Vorschlag einer Beweislastumkehr wurde mehrheitlich und teilweise stark kritisiert.[1068] Dennoch erfuhr er teilweise auch Unterstützung. So formulierten DARWAZEH/LELEU darauf basierend einen zweistufigen Test, welcher unter folgenden Voraussetzungen zu einer Beweislastumkehr führen soll: (i) Die klagende Partei scheint unfähig oder unwillig, einen Kostenentscheid zugunsten der Gegenpartei zu erfüllen, und (ii) die klagende Partei greift auf die Dienste eines Prozessfinanzierers zurück. Sind beide Voraussetzungen erfüllt, verschiebt sich die Beweislast zur Antragsgegnerin; diese muss daraufhin darlegen, weshalb die Anordnung einer Prozesskaution nicht angezeigt ist.[1069] Eine Beweislastumkehr ist m.E. abzulehnen, die Beweislast muss grundsätzlich bei der antragstellenden Partei verbleiben.[1070]

c) Zwischenfazit

Eine Minderheit vertritt aus verschiedenen Gründen die Ansicht, dass eine Prozessfinanzierung grundsätzlich unberücksichtigt bleiben müsse; Kautionsanträge seien unabhängig davon zu beurteilen. Die Mehrheit ist hingegen der gegenteiligen Auffassung, wobei sogenannte *«Hit and Run»*-Konstellationen die grösste Befürchtung darstellen. Die Einordnung ins herkömmliche Voraussetzungsraster der Prozesskaution nehmen die meisten Autoren dergestalt vor, dass sie Situationen mit Prozessfinanzierern den «besonderen Umständen» zurechnen, bzw. unter unterschiedlich strengen Tests eine «wesentliche Veränderung der Umstände» erkennen. Eine Minderheit spricht sich bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen schliesslich für eine Beweislastumkehr aus. Letztere Auffassung wird jedoch überwiegend kritisiert.

1068 Vgl. ROSS, 14; VON GOELER, 354 f. *(«an example of a worrying tendency»).* Gavan Griffith sah sich aufgrund dieser Äusserungen im weiteren Verlauf des Verfahrens mit einem Ablehnungsbegehren konfrontiert, welches jedoch abgewiesen wurde, vgl. VON GOELER, 355 m.w.H. Im Rahmen des Konsultationsverfahrens zum ICCA Report on Third-Party Funding hat Gavan Griffith seine Position bekräftigt, vgl. BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, Fn. 439.

1069 Zum Ganzen DARWAZEH/LELEU, 143 ff.

1070 Der Antragsgegnerin können jedoch Mitwirkungspflichten zukommen, vgl. hierzu Teil IV.D *infra.*

2. Hier vertretene Auffassung

Nachdem dargelegt wurde, wie sich die einschlägige Literatur zum Einfluss von Prozessfinanzierungen auf den Erlass von Prozesskautionen äussert, wird im Folgenden aufgezeigt, wie solche Konstellationen nach hier vertretener Auffassung angegangen werden sollten. Ausgangspunkt bildet weiterhin das bereits vorgestellte Voraussetzungsraster, wobei der erläuterten Ausnahme besondere Bedeutung zukommt.[1071]

Der hier vorgestellte Ansatz kommt ohne die nur schwer abgrenzbaren Begriffe «aussergewöhnliche Umstände» und «wesentliche Veränderung der Umstände» aus und fokussiert auf die Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs als zentrales Element einerseits, sowie auf Fragen der Parteierwartungen und der Risikoallokation andererseits.

a) Prozessfinanzierung ist kein eigener Kautionsgrund

Das Vorliegen einer Prozessfinanzierung kann für sich allein nie Grund für die Anordnung einer Prozesskaution sein. Dies ergibt sich bereits aus einer konsequenten Anwendung des vorgestellten Voraussetzungskatalogs. Der h.L. ist in diesem Punkt entsprechend zuzustimmen.[1072] Es ist zunächst Sache jeder Prozesspartei, selbst zu entscheiden, wie sie die finanziellen Mittel für ein Schiedsverfahren aufbringen möchte.

Zentrales Element des Voraussetzungskatalogs stellt – unter der Prämisse, dass im Erfolgsfall ein Anspruch auf Kostenerstattung besteht – die Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs dar. Dieser wird vom Vorliegen einer Prozessfinanzierung grundsätzlich nicht berührt. Wie bereits ausgeführt wurde, kann von einer Prozessfinanzierung nicht auf die finanzielle Situation einer Partei geschlossen werden; Prozessfinanzierungen werden gleichermassen von solventen Parteien wie auch von Parteien in schwierigen finanziellen Verhältnissen in Anspruch genommen.[1073] Das Kriterium der «wesentlichen Veränderung der Umstände» exis-

---

1071 Vgl. Teil III.F und insbesondere Teil III.F.1.d)iv *supra.*

1072 Vgl. LIVSCHITZ in Arroyo, 2630 N 73; RONEY/VON DER WEID, 203; KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI, 30; FRIGNATI, 518.

1073 BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 180; LIVSCHITZ in Arroyo, 2620 N 26; ROWLES-DAVIES, N 6.39; VON GOELER, 341 f..

tiert im hier vorgeschlagenen Voraussetzungsraster nicht. Abgestellt wird auf die Zunahme der Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs.

Da kein allgemeingültiger Zusammenhang zwischen einer Prozessfinanzierung und der finanziellen Situation einer Partei besteht, wird auch die Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs nicht direkt davon beeinflusst. Die Voraussetzungen der Prozesskostensicherheit müssen ausserdem kumulativ erfüllt sein. Aufgrund des fehlenden Kausalzusammenhangs zwischen Prozessfinanzierung und Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs kann eine Prozessfinanzierung allein den Erlass einer Kautionsverfügung nie rechtfertigen.

b) Allgemeine Voraussetzungen bleiben unverändert

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Anordnung einer Prozesskostensicherheit bleiben von der Prozessfinanzierung grundsätzlich unberührt. Zunächst bildet auch in diesem Fall der theoretische Anspruch auf Kostenerstattung die Basis jeden Antrags. Auf die grundsätzliche Frage der anwendbaren Kostenverteilung hat die Prozessfinanzierung keinen Einfluss.

Zweitens muss der potenzielle Anspruch auf Kostenersatz auch bei Vorliegen einer Prozessfinanzierung gefährdet sein. Wie bereits ausgeführt, lässt sich von deren Existenz nicht auf eine Gefährdung schliessen. Da die Prozessfinanzierung nicht zu einer Verschlechterung der finanziellen Situation beiträgt,[1074] hat die Prüfung der Gefährdung ohne Berücksichtigung der Prozessfinanzierung zu erfolgen. Nach hier vertretener Auffassung führt das Hinzuziehen einer Prozessfinanzierung auch nicht zur widerlegbaren Vermutung, dass eine Gefährdung bestehen könnte.[1075]

Liegt eine Gefährdung des potenziellen Kostenerstattungsanspruchs vor, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob diese im Vergleich zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung zugenommen hat. Die antragstellende Partei muss sich in einer gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses schlechteren Position wiederfinden. Das «Gefährdungsniveau», welches von Beginn an bestand, muss sich die antragstellende Partei zurechnen lassen, und zwar unabhängig davon, ob das Verfahren extern finanziert wird oder nicht. Es ist explizit nicht die

---

[1074] Umgekehrt kann eine Prozessfinanzierung – je nach Ausgestaltung der Prozessfinanzierungsvereinbarung – den Vorwurf der Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs sogar entkräften.

[1075] Vgl. zur Beweislast und allfälligen Offenlegungspflichten Teil IV.D *infra.*

Aufgabe der Prozesskaution, die antragstellende Partei in eine bessere Position zu versetzen, als sie es bei Abschluss der Schiedsvereinbarung war.[1076]

Kommt ein Schiedsgericht schliesslich zum Schluss, dass die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt sind, und dass der klagenden Partei zusätzlich treuwidriges Verhalten zuzuschreiben ist,[1077] kann eine Prozesskostensicherheit (unabhängig einer etwaigen Prozessfinanzierung) angeordnet werden. Nur wenn die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt sind, jedoch kein Fall von Treuwidrigkeit vorliegt, rückt die Prozessfinanzierung bei der Beurteilung des Antrags überhaupt erst in den Fokus.

c) Spezialfall Prozessfinanzierung

Das Bestehen einer Prozessfinanzierung wird im Rahmen von Kautionsanträgen dann relevant, wenn die allgemeinen Voraussetzungen (potenzieller Kostenerstattungsanspruch, Gefährdung dieses Kostenerstattungsanspruchs und Zunahme dieser Gefährdung) zwar erfüllt sind, jedoch kein Fall von treuwidrigem Verhalten vorliegt. Greift in dieser Konstellation eine Partei auf eine externe Prozessfinanzierung zurück, kann die Anordnung einer Prozesskaution unter bestimmten Voraussetzungen dennoch angezeigt sein.

i. Voraussetzungen

Im eingangs beschriebenen Szenario ist von der finanzierten Partei dann eine Prozesskaution zu leisten, wenn die Beurteilung des Schiedsgerichtes zum Ergebnis führt, dass im Falle des Unterliegens der finanzierten Partei der Kostenerstattungsanspruch der Gegenpartei mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht vollstreckt werden kann. Naturgemäss gilt hier die Prämisse, dass die Prozesspartei allein – d.h. ohne Beteiligung des Prozessfinanzierers – für diesen nicht aufkommen könnte, andernfalls bereits das allgemeine Kriterium der Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs nicht erfüllt wäre.

Grundsätzlich können zwei Szenarien unterschieden werden: Erstens, die Prozessfinanzierungsvereinbarung deckt auch einen allfälligen Kostenanspruch der Gegenpartei ab; zweitens, der Kostenerstattungsanspruch bleibt vom Prozessfinan-

---

1076 Vgl. SCHWARTZ, 387 f. zur Situation in Procedural Order vom 3. August 2012, publ. in PINSOLLE, 402 ff. Vgl. ausführlich zum Ganzen auch Teil III.F.1.c) *supra.*

1077 Vgl. zum Kriterium der Treuwidrigkeit Teil III.F.1.d) *supra.*

zierungsvertrag unberührt.[1078] In letzterem Fall drängt sich die Anordnung einer Prozesskaution auf.[1079]

Sofern die Vereinbarung zwischen finanzierter und finanzierender Partei die Übernahme eines nachteiligen Kostenentscheids durch den Prozessfinanzierer in für das Schiedsgericht genügend verbindlicher Weise vorsieht, wird die Anordnung einer Prozesskaution überflüssig.[1080] Eine Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs ist in diesem Fall nicht mehr gegeben. Relevant sind dabei die vertraglichen Bestimmungen im Einzelfall, wobei insbesondere die Beendigungsrechte genau zu prüfen sind.[1081] Alternativ ist denkbar, dass sich ein Prozessfinanzierer ausserhalb der eigentlichen Finanzierungsvereinbarung, oder allenfalls sogar gegenüber dem Schiedsgericht, zur Übernahme eines allfälligen Kostenerstattungsanspruchs der Gegenpartei verpflichtet. Relevant ist am Ende einzig, ob das Schiedsgericht zur Überzeugung gelangt, dass ein nachteiliger Kostenentscheid gedeckt ist, und ob ein solcher im Zweifel direkt gegen den Prozessfinanzierer vollstreckt werden könnte. Die Möglichkeit der direkten Vollstreckung gegenüber dem Prozessfinanzierer ist in diesem Kontext zentral. Fürchtet das Schiedsgericht hingegen, dass die Vollstreckung seines Kostenentscheids ins Leere laufen könnte, ist die Anordnung einer Prozesskaution angebracht.

ii. Begründung und Vorteile

Bei einem Schiedsverfahren handelt es sich um ein vertragliches Konstrukt, welches mittels einer Vielzahl von prozessualen Regeln, gerade auch hinsichtlich Kostentragung, einen möglichst gerechten Streitbeilegungsmechanismus ermöglichen soll. Die Verpflichtung der unterlegenen Partei zur Kostenübernahme enthält dabei eine Form vertraglicher Risikoallokation: Die Möglichkeit der erfolgreichen Anspruchsdurchsetzung (oder -Verteidigung) steht dem Risiko gegenüber, im Fall einer Niederlage für die Kosten der Gegenpartei aufkommen zu müssen.

1078 So wie dies im Procedural Order vom 3. August 2012, publ. in PINSOLLE, 402 ff. zugrundeliegenden Verfahren der Fall war, vgl. Teil IV.C.1.b)ii *supra.*

1079 So auch BERGER/KELLERHALS, *Arbitration,* N 1599; VON GOELER, 358 f.; RONEY/VON DER WEID, 203 f.; DARWAZEH/LELEU, 139; KALICKI; vgl. auch Procedural Order No. 3 vom 4. Juli 2008 im ICC Case 15218 N 21, publ. in ASA Bull. 2010, 37 ff.

1080 BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 181.

1081 Vgl. den Sachverhalt in Procedural Order vom 3. August 2012, publ. in PINSOLLE, 402 ff.

Wälzt eine Prozesspartei das gesamte Kostenrisiko auf eine Drittpartei ab, ohne dass gegen sie ein Kostenentscheid vollstreckt werden könnte, droht diese Risikoallokation aus dem Gleichgewicht zu geraten. Die Möglichkeit der Abwälzung steht der anderen – i.d.R. beklagten – Partei regelmässig nicht zur Verfügung. Als Konsequenz versagt das der Verteilung der Prozesskosten inhärente Anreizsystem; das Kostenrisiko verbleibt einzig bei der beklagten Partei, was im Ergebnis zu einer Form von Marktversagen führt. Die Prozesskostensicherheit ist das Instrument, welches dieses Ungleichgewicht beseitigen und die ursprüngliche Risikoallokation wiederherstellen bzw. den Prozessfinanzierer als Drittpartei in diese Risikoallokation miteinbeziehen kann.

Eine in dieser Konstellation angeordnete Prozesskaution verhindert die in vieler Augen stossende Situation, wie sie im Fall *Ken-Ren* ausschlaggebend war. Nämlich, dass Drittparteien vom erfolgreichen Ausgang eines Verfahrens profitieren, im Falle einer Niederlage jedoch nicht für die Kosten der Gegenpartei aufkommen müssen.[1082] Oder um erneut Gavan Griffiths zu zitieren: *«Such a business plan for a related or professional funder is to embrace the gambler's Nirvana: Heads I win, and Tails I do not lose.»*[1083] Da Prozessfinanzierer nicht der Zuständigkeit des Schiedsgerichts unterliegen,[1084] ist die Prozesskaution das einzige Mittel, mit welchem es diesem Ungleichgewicht begegnen kann.[1085]

Ein Vorteil dieser Herangehensweise besteht darin, dass die Natur der Fremdfinanzierung keine Rolle spielt. Für die Prüfung ist irrelevant, ob es sich um eine Prozessfinanzierung i.e.S. handelt, oder ob eine Versicherung, ein Aktionär oder – wie im Fall *Ken-Ren* – ein Staat als finanzierende Partei auftritt. Auf diese Weise wird auch verhindert, dass Parteien, welche auf die hier behandelte Form der Prozessfinanzierung zurückgreifen, gegenüber Nutzern anderer externer Finanzierungsstrukturen benachteiligt werden – eine Gefahr, welche in Anbetracht der Skepsis gegenüber Prozessfinanzierungen nicht auszuschliessen ist.

1082 BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 161 *(«a funder who benefits financially if the client wins should not be able to walk away without any responsibility for adverse costs if the client loses»)*.

1083 RSM Production Corporation v. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10 vom 12. August 2014, Assenting Reasons of Gavan Griffith, N 13.

1084 Vgl. Teil IV.B *supra.*

1085 KIRTLEY/WIETRZYKOWSKI, 30 *(«their only leverage to ensure that the third-party funder will be made to contribute is at the security for costs stage»)*.

Für den hier dargelegten Ansatz spricht schliesslich, dass die Anordnung einer Prozesskaution in diesem Szenario nicht zu einer Verletzung des Anspruchs der leistungspflichtigen Partei auf ein schiedsgerichtliches Verfahren führt. Der Schutz der antragsstellenden Partei vor der Uneinbringlichkeit ihres Kostenerstattungsanspruchs steht hier nicht im Widerspruch zum Recht der klagenden Partei auf eine Überprüfung ihres behaupteten materiellen Anspruchs. Während nach hier vertretener Auffassung die Rechtsweggarantie ohne Vorliegen einer Fremdfinanzierung höher zu gewichten wäre,[1086] rechtfertigt sich vorliegend eine Kautionsanordnung des Schiedsgerichts.

D. Beweislast, Beweismass und Offenlegungspflichten

Im Zusammenspiel von Prozessfinanzierung und Prozesskostensicherheit können, wie auch bei Anträgen auf Prozesskostensicherheit ohne Hinweise auf eine Fremdfinanzierung,[1087] Beweisfragen eine wichtige Rolle spielen. Falls eine Prozessfinanzierung tatsächlich Anlass für eine Prozesskaution geben könnte, stellt sich deshalb die Frage, wer die Beweislast trägt, welchem Beweismass vorgelegte Beweise genügen müssen, und ob einer finanzierten Partei Mitwirkungs- oder Offenlegungspflichten zukommen. Dies gilt zumindest solange Gesetz und anwendbare Schiedsordnung keine eigenen Offenlegungspflichten vorsehen.[1088]

Es ist augenscheinlich, dass ein Schiedsgericht eine vorliegende Prozessfinanzierung nur dann berücksichtigen und würdigen kann, wenn es davon Kenntnis hat.[1089] Informationen zur Finanzierung sind hierbei jedoch nicht besonders zu behandeln. Es kann an dieser Stelle deshalb weitgehend auf die bereits gemachten Ausführungen zur Beweislast und zum Beweismass verwiesen werden;[1090] eine

---

1086 Vgl. zu dieser Güterabwägung auch ausführlich Teil III.F.1.d)iii *supra.*

1087 Vgl. hierzu Teil III.I.2 *supra.*

1088 Zu den vielerorts – insbesondere im Zusammenhang mit möglichen Interessenkonflikten – geforderten Offenlegungspflichten vgl. auch Teil IV.A.6.b) *supra.*

1089 Immerhin ist zu bemerken, dass eine perfekt vertraulich gehaltene – d.h. nur den Vertragsparteien bekannte – Prozessfinanzierung beim Schiedsgericht auch keinen Interessenkonflikt hervorrufen kann.

1090 Vgl. Teil III.I.2 *supra.*

Abweichung vom bereits Dargestellten ist mit Bezug auf eine Prozessfinanzierung nicht angezeigt.

Auch hinsichtlich möglicher Mitwirkungspflichten der Antragsgegnerin, insbesondere zur Offenlegung des Prozessfinanzierungsvertrags, gibt es keinen Grund, von den standardmässig anwendbaren prozessualen Regeln abzuweichen. *«[T]he funding agreement should be treated like any other piece of documentary evidence not in possession of the requesting party but which may be needed to assess the security request.»*[1091]

Die antragstellende Partei muss demnach einerseits – zusätzlich zum Vorliegen der anderen Voraussetzungen – glaubhaft machen, dass sich die Gegenpartei einer Prozessfinanzierung bedient, und dass dies andererseits für die Beurteilung des Kautionsantrags relevant ist. Sie muss ausserdem aufzeigen, welche Informationen sie im Kontext ihres Antrags als bedeutungsvoll einstuft. Dabei ist insbesondere an vertragliche Kündigungsrechte sowie an Klauseln betreffend die Übernahme gegnerischer Prozesskosten zu denken.[1092]

Ordnet ein Schiedsgericht die Offenlegung des Finanzierungsverhältnisses an, so hat es soweit möglich auch die Interessen der Antragsgegnerin zu berücksichtigen. Es muss der Grundsatz «so wenig wie möglich, so viel wie nötig» gelten; das Schiedsgericht muss abwägen, welche Bestandteile der Vereinbarung für die Beurteilung des Antrags tatsächlich von Relevanz sind.[1093] Hinsichtlich allem, was darüber hinausgeht, muss es der Antragsgegnerin gestattet sein, die Informationen zurückzuhalten oder in redigierter Form einzureichen.[1094] Für den Fall, dass eine Partei der Anordnung zur Offenlegung nicht nachkommt, kann ebenfalls auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden.[1095]

Selbstverständlich kann sich die Ausgangslage hinsichtlich Offenlegungspflichten ändern, falls (oder vielleicht eher sobald) Schiedsinstitution und/oder Staaten spe-

---

1091 VON GOELER, 339 f. Ausführlich zur Herausgabe von Dokumenten in Schiedsverfahren WAINCYMER, 834 ff.

1092 BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 181; VON GOELER, 358 f.

1093 Diesem Grundsatz folgt auch die ICCA-Queen Mary Task Force: *«There was also general agreement on the Task Force that, absent exceptional circumstances, no other information except the existence and identity of third-party funders was required for the purposes of analysing conflicts of interest»,* BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 83, 181.

1094 VON GOELER, 340.

1095 Vgl. Teil III.F.2.f) *supra.*

zifische Regeln in ihre Schiedsordnungen bzw. Schiedsgesetze aufnehmen.[1096] Sodann weist VON GOELER schliesslich richtigerweise darauf hin, dass eine Offenlegung des Finanzierungsverhältnisses aus verschiedenen Gründen durchaus auch im Interesse des Prozessfinanzierers liegen kann.[1097]

E. Exkurs: Einfluss auf den Kostenentscheid

Die Beteiligung eines Prozessfinanzierers am Schiedsverfahren hat nicht nur einen Einfluss auf Fragen der Prozesskostensicherheit, sondern kann sich auch direkt auf den schiedsgerichtlichen Kostenentscheid auswirken. Publizierte Schiedssprüche zu dieser Frage sind in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit die Ausnahme, dennoch verdient ein Urteil im Sinne eines Exkurses nähere Betrachtung.

Im September 2016 hat der englische Commercial Court in einer viel beachteten Entscheidung einen Schiedsspruch eines ICC-Schiedsverfahren mit Sitz in London geschützt, in welchem die beklagte Partei zur Erstattung der Kosten der klagenden Partei verpflichtet wurde.[1098] Bemerkenswert war, dass der Einzelschiedsrichter die variable, in ihrer Höhe vom Prozessausgang abhängige Entschädigung des Prozessfinanzierers den durch die Gegenpartei zu erstattenden Parteikosten zugerechnet hatte.[1099] Im konkreten Fall sah der Prozessfinanzierungsvertrag für den Erfolgsfall vor, dass dem Finanzierer der höhere Betrag von entweder 300 % der im Vorfeld ausgelegten Kosten oder 35 % der zugesprochenen Schadensumme zusteht.[1100] Der Richter des Commercial Courts stützte den Schiedsspruch vollumfänglich und bestätigte auch die Auffassung des Schiedsrichters, wonach der Be-

---

1096 Vgl. insbesondere die HKIAC in der seit 1. November 2018 geltenden Fassung, welche diesbezüglich eine Pionierrolle einnehmen und in Art. 44 Offenlegung sowohl der Tatsache, dass eine Prozessfinanzierung vorliegt als auch der Identität des Finanzierers vorschreiben. Im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit kennen die CIETAC Investment Arbitration Rules in Art. 27 eine ähnliche Regelung, die ICSID plant im Entwurf zu Rule 14 ebenfalls eine entsprechende Regelung, vgl. KREINDLER/GOLDSMITH, 265; BEECHEY, *Third-Party Funding,* 577 f.; ICSID, 37.

1097 Vgl. VON GOELER, 340 f.

1098 Vgl. Essar Oilfield Services Limited v. Norscot Rig Management Pvt Limited [2016] EWHC 2361 (Comm. C.).

1099 Sir Philip Otton subsumierte die Entschädigung des Finanzierers unter *«other costs»* gemäss Sect. 59(1)(c) English Arbitration Act.

1100 Essar Oilfield Services Limited v. Norscot Rig Management Pvt Limited [2016] EWHC 2361 (Comm. C.) N 5.

griff *«other costs»* in Sect. 59(1)(c) English Arbitration Act grundsätzlich auch die Kosten einer Prozessfinanzierung mitumfasse. Die Frage, ob diese Kosten auch verlegt werden sollen, liege jedoch im Ermessen des Schiedsgerichts.[1101]

Dieser Entscheid hat weithin für Aufsehen, Kritik und auch Verunsicherung gesorgt.[1102] Zwar argumentierte der Schiedsrichter, und der Commercial Court hat diese Argumentation aufgenommen, dass der Hauptgrund für die ungewöhnliche Kostengutsprache im Verhalten der beklagten Partei zu suchen gewesen sei. Diese habe ihre Gegenpartei durch ihr Verhalten geradezu gezwungen, auf fremde Mittel zurückzugreifen.[1103] Gut möglich also, dass die Erstattung der Finanzierungskosten angesichts dieser besonderen Umstände die Ausnahme bleibt. Dennoch wird befürchtet, dass Schiedsgerichte diesem Beispiel in Zukunft folgen könnten.[1104]

Die teilweise dezidierte Kritik ist berechtigt; die Berücksichtigung von Finanzierungskosten kann nur die Ausnahme darstellen. Die Finanzierung des Verfahrens ist Sache der Prozessparteien und die – oft nicht aus der Not heraus entstehende – Inanspruchnahme einer externen Finanzierung darf grundsätzlich keinen Einfluss auf den Kostenentscheid haben.[1105] Dies ist bereits damit begründet, dass die Erfolgsprämie eines Finanzierers einzig aufgrund der alleinigen Entscheidung einer der Prozessparteien zugunsten einer Fremdfinanzierung überhaupt geschuldet ist. Für die Übernahme dieser Prämie durch die Gegenpartei, welche nicht Teil der Finanzierungsvereinbarung ist, gibt es grundsätzlich keine Grundlage. Es ist jedoch auch insofern sachgerecht, als Finanzierungskosten nicht im engeren Sinn

---

1101 Essar Oilfield Services Limited v. Norscot Rig Management Pvt Limited [2016] EWHC 2361 (Comm. C.) N 70: *«In my judgement, therefore, I unhesitatingly conclude that the arbitrator's interpretation of ‹other costs› was correct, in that it extended in principle to the costs of obtaining third party legal funding. Whether then to [a]ward it is a matter of discretion.»*

1102 Vgl. statt vieler KÜHN/VAN OEVEREN, 308 ff.; BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 152; BENCH NIEUWVELD/SHANNON SAHANI, 119; DOS SANTOS, 928.

1103 Vgl. Essar Oilfield Services Limited v. Norscot Rig Management Pvt Limited [2016] EWHC 2361 (Comm. C.) N 21 ff., 35 *(« [h]e then went onto award those costs by reason of these key findings, which I have noted, that Essar had forced Norscot by its unreasonable conduct into a position where it had no alternative, but to obtain litigation funding from this particular source of the fees referred to»).*

1104 Vgl. KÜHN/VAN OEVEREN, 312.

1105 RONEY/VON DER WEID, 206 (*«[i]f a claimant has agreed to pay additional financing charges or a portion of the award of damages to a third-party funder, this is strictly a matter between the claimant and the funder. Having chosen to undertake such financial obligations, it is for the claimant to bear them»).* Gl.M. KÜHN/VAN OEVEREN, 326.

notwendig sind, um ein Verfahren zu führen.[1106] Zu erstatten sind deshalb in aller Regel nur die effektiv im Verfahren angefallenen Kosten, ohne den die Kosten übersteigenden Prämienanteil; die Kosten der Finanzierung bzw. die Prämie des Finanzierers sind aus dem Prozesserlös zu decken.[1107]

Derselbe Ansatz muss auch im umgekehrten Fall gelten; das Vorliegen einer Prozessfinanzierung darf auch keinen für die finanzierte Partei nachteiligen Einfluss auf den Kostenentscheid haben.[1108] Im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit gilt dies heute grundsätzlich als anerkannt.[1109]

1106 KÜHN/VAN OEVEREN, 315 *(«[s]uccess fees or premiums are contingent on the outcome of the case and cannot logically be said to have been incurred in order to bring the claim»)*. Zumindest teilweise a.M. BREKOULAKIS/VON GOELER, 7, welche immerhin nicht ausschliessen, dass Finanzierungskosten für die Rechtsdurchsetzung in der Tat notwendig sein können.

1107 BÜHLER/STACHER in Arroyo, 2590 N 76. Dieser Ansatz lässt sich auch auf Situationen mit *contingency fees* übertragen. Vgl. O'REILLY, 67 f., welcher argumentiert, dass eine unter einem *contingency fee agreement* zustande gekommene Parteientschädigung nicht höher sein darf, als es ein auf Stundenbasis zustande gekommener Entschädigungsanspruch wäre. Unter gewissen Voraussetzungen a.M. BREKOULAKIS/VON GOELER, 7.

1108 So hielt ein ICC-Schiedsgericht im Jahr 1992 explizit fest, dass die Parteikosten *(«legal costs»)* im Erfolgsfall auch dann von der Gegenpartei zu erstatten sind, wenn sie von einer Drittpartei bezahlt wurden, vgl. Schiedsspruch im ICC Case 7006, publ. in ICC Bull. Mai 1993, 49. Es gibt jedoch auch Rechtsprechung, wonach Parteikosten nicht erstattbar sein sollen, wenn die obsiegende Partei diese nur im Erfolgsfall selbst zu tragen hat (so argumentiert in einer abweichenden Stellungnahme in Siag and Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Schiedsspruch vom 1. Juni 2009). Dies wird zu Recht kritisiert, vgl. VON GOELER, 388 ff.; vgl. auch BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 155 *(«[i]t is therefore suggested that legal costs that the funded party is contractually obliged to repay to the third-party funder be considered as legal costs incurred by the funded party»)*.

1109 Vgl. Kardassopoulos and Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Case Nos. ARB/05/18 und ARB/07/15, Schiedsspruch vom 3. März 2010 N 691 *(«[t]he 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»)*. Diese Entscheidung wurde später in RSM Production Corporation v. Grenada (ICSID Case No. ARB/05/14, Aufhebungsverfahren, Verfügung vom 28. April 2011 N 68) und in ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/08/2, Aufhebungsverfahren, Verfügung vom 11. Juli 2011 N 34) bestätigt.

Die Entscheidung in *Essar v. Norscot* zeigt zwar, dass bei Vorliegen besonderer Umstände die zusätzliche Verlegung der Erfolgsprämie sachgerecht erscheinen kann, den Regelfall kann dies jedoch nicht darstellen.[1110] Der Gegenpartei zugesprochen werden sollten einzig die vernünftigerweise angefallenen Kosten, und dies grundsätzlich unabhängig davon, unter welchem Finanzierungsregime diese das Verfahren geführt hat.

F. Zusammenfassung

Der Markt für Prozessfinanzierer ist in den letzten Jahren stetig gewachsen. Die hier behandelte Prozessfinanzierung ist insbesondere vom Darlehen, vom anwaltlichen Erfolgshonorar und von Versicherungslösungen abzugrenzen. Im Einzelfall von grosser Relevanz ist die spezifische Ausgestaltung der Prozessfinanzierungsvereinbarung. Diese regelt Fragen der Kostentragung, der Vergütung des Prozessfinanzierers inkl. der Sicherung seiner Ansprüche, dessen Informations- und Mitspracherechte sowie die Kündigungsrechte der Parteien. Die Rechtsnatur der Prozessfinanzierungsvereinbarung ist nicht abschliessend geklärt.

Die Prozessfinanzierung bringt viele Vorteile mit sich, welche den Streitbeilegungsmechanismus insgesamt effizienter werden lassen. Gleichzeitig sieht sie sich auch regelmässig Kritik ausgesetzt. Im Zentrum stehen hierbei mögliche Interessenkonflikte, weshalb es nicht erstaunt, dass das Bedürfnis nach Offenlegungspflichten gross ist. Der Trend geht denn auch eindeutig in diese Richtung.

Im Kontext der Prozesskostensicherheit besteht die hauptsächliche Problematik darin, dass Prozessfinanzierer üblicherweise nicht der Zuständigkeit des Schiedsgerichts unterliegen. Entsprechend verfügt dieses auch über keine Kompetenz, Prozessfinanzierer für den allfälligen Kostenerstattungsanspruch der Gegenpartei haftbar zu machen. Ist die Prozesspartei selbst zahlungsunfähig, droht dessen Uneinbringlichkeit.

Vor dem Hintergrund dieses Dilemmas fordert ein Teil der Lehre, eine vorliegende Prozessfinanzierung sei im Rahmen der Beurteilung eines Kautionsantrags zu be-

---

[1110] Vgl. BREKOULAKIS/PARK/ROGERS, 158 f., wonach Finanzierungskosten jedoch dann zugesprochen werden können, wenn (i) die beklagte Partei für die finanziell prekäre Situation der klagenden Partei verantwortlich ist, (ii) diese (deshalb) keine andere Wahl hatte, als auf einen Prozessfinanzierer zurückzugreifen und (iii) die Tatsache, dass eine Prozessfinanzierung vorliegt, zu Beginn des Verfahrens offengelegt wurde.

rücksichtigen. In der Literatur findet sich jedoch auch die gegenteilige Ansicht, wonach die Fremdfinanzierung des Verfahrens keine Rolle spielen dürfe. Nach hier vertretener Auffassung und in Anwendung des bereits an früherer Stelle erarbeiteten Prüfungsschemas hat das Vorliegen einer Prozessfinanzierung nur in einer Konstellation Einfluss auf den Entscheid betreffend Prozesskaution. Dann nämlich, wenn die allgemeinen Voraussetzungen – Anwendbarkeit des Unterliegensprinzips, Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs und Zunahme der Gefährdung seit Abschluss der Schiedsvereinbarung – erfüllt sind, und die finanzierte Partei ihr Kostenrisiko unter Zuhilfenahme der Prozessfinanzierung zum Nachteil der Gegenpartei abzuwälzen vermag. In dieser Konstellation ist es geboten, die aus dem Gleichgewicht geratene Risikoallokation mittels Prozesskostensicherheit wiederherzustellen.

Die sich einer Prozessfinanzierung bedienende Partei kann vom Schiedsgericht zur Offenlegung bestimmter Elemente der Vereinbarung verpflichtet werden, wobei die Prozessfinanzierungsvereinbarung grundsätzlich nicht anders zu behandeln ist als andere im Kontext der Prozesskaution relevante Beweise. Die aufgrund einer Prozessfinanzierung anfallenden (zusätzlichen) Kosten – insbesondere die erfolgsabhängige Vergütung des Prozessfinanzierers – sind bei der Kostenverlegung grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.

V. Zusammenfassung und Fazit

Das Instrument der Prozesskostensicherheit hat eine lange Tradition. Sowohl im staatlichen Zivilprozess als auch im Schiedsverfahren bezweckt es den Schutz des potenziellen Kostenerstattungsanspruchs. Die Prozesskaution gewährleistet, dass sich dieser nicht als uneinbringlich erweist, das heisst, dass die Vollstreckung des Kostenentscheids zugunsten der obsiegenden Partei nicht scheitert.

Für Verfahren vor staatlichen Gerichten finden sich sowohl die Kompetenzgrundlage als auch die Voraussetzungen für die Anordnung einer Kautionsverfügung im Gesetz. Der Anspruch auf Sicherstellung der eigenen Parteienschädigung ist direkt im anwendbaren Verfahrensrecht verankert; es handelt sich um einen Anspruch verfahrensrechtlicher Natur. Die gerichtliche Anordnung auf Leistung einer Kaution ergeht als prozessleitende Verfügung.

In der Schiedsgerichtsbarkeit finden sich nur in wenigen Fällen explizite, die Prozesskostensicherheit regelnde Bestimmungen. Die Schweiz kennt – mit Ausnahme vom sehr eng gefassten Art. 379 ZPO – keine. Sowohl das IPRG als auch alle gängigen Schiedsordnungen kennen jedoch die vorsorgliche Massnahme als dem Schiedsgericht für den einstweiligen Rechtsschutz zur Verfügung stehendes Instrument. Die herrschende – jedoch nicht unbestrittene – Lehre legitimiert Kautionsverfügungen von Schiedsgerichten denn auch damit, dass sie diese den vorsorglichen Massnahmen zuordnet.

Nach hier vertretener Auffassung stellt die Prozesskostensicherheit weder im Zivilprozess noch im Schiedsverfahren eine vorsorgliche Massnahme dar; die zwei Instrumente entsprechen sich in kaum einem der untersuchten Merkmale. Die den vorsorglichen Massnahmen zugrundeliegenden Bestimmungen in Schiedsgesetzen und Schiedsordnungen können deshalb auch nicht auf die Prozesskaution angewandt werden. Sie bilden keine Grundlage für eine schiedsgerichtliche Kompetenz zum Erlass von Kautionsverfügungen. Es scheint offenkundig, dass die Qualifikation der Prozesskostensicherheit als vorsorgliche Massnahme auch im Bedürfnis begründet liegt, die Prozesskostensicherheit in die bestehenden Regelwerke hineinzulesen. Eine solche argumentative Abkürzung ist aus dogmatischer Sicht jedoch – wenn auch aus praktischer Perspektive nachvollziehbar – abzulehnen.

Die Zuhilfenahme der vorsorglichen Massnahme ist vor allen Dingen aber auch gar nicht notwendig, denn das Instrument der Prozesskostensicherheit steht im Schiedsverfahren auch ohne diesen Kunstgriff zur Verfügung. Die Kompetenz des

Schiedsgerichts ergibt sich direkt aus den der Schiedsvereinbarung inhärenten Parteierwartungen; sie ist Ausfluss des mutmasslichen Parteiwillens, vom Schiedsgericht vor treuwidrigem Verhalten der Gegenpartei geschützt zu werden. Daraus ergibt sich auch, dass der Anspruch auf Leistung einer aktorischen Kaution vertraglicher Natur ist. Der Entscheid ergeht auch im Schiedsverfahren als prozessleitende Verfügung.

Mit Blick auf die Beurteilung von Kautionsanträgen wurde in dieser Arbeit ein alternatives Prüfungsschema vorgestellt. Dessen abstrakt formulierte Voraussetzungen erlauben die Anwendung auf unterschiedliche Konstellationen. Ein Abgleichen mit von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Beispiel-Sachverhalten wird damit hinfällig.

Die Hürde für die Anordnung einer Prozesskaution ist hoch anzusetzen. Es ist grundsätzlich Treuwidrigkeit vorauszusetzen, damit eine Partei in einem Schiedsverfahren ohne anderslautende, explizite Rechtsgrundlage kautionspflichtig wird. Diese hohe Schwelle ist einerseits dem Umfang des mutmasslichen Parteiwillens geschuldet, andererseits das Ergebnis einer Abwägung zwischen dem Schutz des Kostenerstattungsanspruchs der beklagten Partei und dem Recht der klagenden Partei auf die schiedsgerichtliche Beurteilung ihres behaupteten Anspruchs. Eine weitergehende Kompetenz des Schiedsgerichts lässt sich auf Basis des Parteiwillens nicht rechtfertigen; hierfür wäre eine zusätzliche Grundlage notwendig – bspw. eine von den Parteien gewählte Schiedsordnung, welche die Sicherstellung der Parteikosten unter bestimmten Voraussetzungen explizit vorsieht. Eine Ausnahme hiervon ist lediglich dann zulässig, wenn durch eine externe Finanzierung der Verfahrenskosten die Allokation der Kostenrisiken aus dem Gleichgewicht zu geraten droht.

Das inzwischen nicht mehr neue, historisch betrachtet aber noch immer relativ junge Phänomen der Prozessfinanzierung hat sich inzwischen zwar etabliert, sieht sich jedoch noch immer mit viel Skepsis konfrontiert. Ungeklärte Fragen gibt es im Kontext der Verfahrensfinanzierung durch Dritte durchaus weiterhin; insbesondere deren Einfluss auf die Unabhängigkeit des Schiedsgerichts und damit zusammenhängende Offenlegungspflichten werden auch in absehbarer Zukunft Gegenstand der Diskussion bleiben. Dessen ungeachtet dürfen diese ungeklärten Fragen nicht zum Ergebnis haben, dass die Prozessfinanzierung als Ganzes infrage gestellt wird. Sie bringt verschiedene Nutzen mit sich, welche für das gesamte System der Streitbeilegung zu Effizienzgewinnen führen. So oder so wird die Prozessfinanzierung nicht wieder verschwinden; sie ist heute eine Realität, mit der

sich alle Verfahrensbeteiligten werden anfreunden, oder aber zumindest arrangieren müssen.

Einen eigenständigen Grund für die Anordnung einer Prozesskostensicherheit stellt die Prozessfinanzierung entgegen teilweise vertretener Ansicht nicht dar. Einen Einfluss auf die Beurteilung eines Kautionsantrags hat die Prozessfinanzierung nur in einem Szenario. Dann nämlich, wenn die Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Gefährdung des Kostenerstattungsanspruchs erfüllt sind und gleichzeitig auf die Dienste eines Finanzierers zurückgegriffen wird. Wenn es einer Partei, gegen welche ein Kostenerstattungsanspruch nicht vollstreckt werden könnte, gelingt, ihr Kostenrisiko mittels Prozessfinanzierung auf eine verfahrensfremde Drittpartei abzuwälzen, muss auch die Gegenpartei von ihrem Kostenrisiko befreit werden. Von der Voraussetzung der Treuwidrigkeit ist in dieser Konstellation ausnahmsweise abzusehen.

Nicht alle sich stellenden Fragen konnten im Rahmen der vorliegenden Abhandlung abschliessend geklärt werden. Insbesondere der spannenden Frage, ob Prozessfinanzierer für einen nachteiligen Kostenentscheid nicht allenfalls doch über das Gesellschaftsrecht (solidarisch) haftbar gemacht werden könnten, konnte nicht im Detail nachgegangen werden. Argumente für die insbesondere in Deutschland h.L., wonach finanzierende und finanzierte Partei eine einfache Gesellschaft bilden, gibt es m.E. durchaus. Auch der tatsächliche – empirisch belegte – Einfluss von Prozessfinanzierungen auf Vergleichsverhandlungen und Vergleichsabschlüsse musste in dieser Arbeit offenbleiben. Hier gäbe es auch aus einer rechtsökonomischen Perspektive Potenzial für weitergehende Untersuchungen.

Für die Zukunft ist zu erwarten, dass sowohl Fragen der Prozesskaution als auch der Prozessfinanzierung an Bedeutung gewinnen werden. Der Trend zeigt, dass immer mehr Kautionsanträge gestellt werden. Zum Schutz der rechtsuchenden Partei ist unabdingbar, dass das Vorliegen der Voraussetzungen sorgfältig geprüft wird, und dass insbesondere nicht bereits allein aufgrund von finanziellen Schwierigkeiten der klagenden Partei eine Kautionsverfügung erlassen wird. Andernfalls müsste die Bindung der sich in finanzieller Schieflage befindlichen Partei an die Schiedsvereinbarung bereits früh infrage gestellt werden, was wiederum zahlreiche weitere Fragestellungen nach sich ziehen würde. Das in dieser Arbeit entwickelte Prüfungsraster trägt diesem Umstand Rechnung.

Eine Verlangsamung des Wachstums des Markts der Prozessfinanzierung ist ebenfalls noch nicht zu erkennen. Entsprechend werden auch sich aus der Kombination von Prozesskostensicherheit und Prozessfinanzierung ergebende Herausforderungen weiter an Relevanz zunehmen. Wichtig wird weiterhin sein, eine ungerechtfertigte Vermischung der zwei grundsätzlich separaten Themenkomplexe zu vermeiden.

Schliesslich ist zu erwarten, dass Schiedsinstitutionen künftig vermehrt explizite Bestimmungen sowohl zur Prozesskaution als auch zur Prozessfinanzierung in ihre Regelwerke aufnehmen werden. Für Letztere ist davon auszugehen, dass sie zunehmend von institutionellen Offenlegungspflichten berührt sein wird.

Stichwortverzeichnis

Abhängigkeit, s. Interessenkonflikt

Abschreibungsbeschluss 141 ff.

Abtretung, s. Forderungsabtretung

American Rule 60 ff.

Anfechtungsverfahren 144

Antrag, s. Kautionsantrag

Arrest 96

Asset stripping, s. Vermögensentäusserung

ATE-Versicherung, s. Rechtsschutzversicherung

Ausnahmetatbestände 37, 122 ff.

Bankgarantie 134 f., 144

Beweis
- Beweislast 15 f.
- Beweislastumkehr 188 ff.
- Beweismass 136 f., 196

British Rule, s. Unterliegensprinzip

BTE-Versicherung, s. Rechtsschutzversicherung

Bundesgericht 39

cuatio iudicatum solvi 9

cautio pro expensis 10

champerty 170 f.

contingency fee, s. Erfolgshonorar

costs follow the event, s. Unterliegensprinzip

Darlehen 151 f.

Dispositionsmaxime 55 f., 97

Dringlichkeit 26, 76

English Rule, s. Unterliegensprinzip

Erfolgshonorar 149 f., 152 f.

Factoring 154 f.

Forderungsabtretung 117

Forderungsinkasso 155

Gegenparteirisiko 107, 109

Glaubhaftmachen 25, 136

Herausgabe von Dokumenten 120 f., 137 f.

Historie 70 f.

Hit and run 184 ff.

Insolvenz, s. Zahlungsunfähigkeit

Insolvenzrisiko, s. Gegenparteirisiko

Interessenkonflikt 171 ff.

Interne Rechtskonsulenten 50

Kaution, s. Prozesskaution

Kautionsantrag
- Antragsberechtigung 15, 94 ff.
- Bezifferung 15, 135 f.
- Inhalt 135 f.
- Stellungnahme 138
- Zeitpunkt 16, 135

Kautionsgründe
- Im Schiedsverfahren 114 ff.
- Im Zivilprozess 32 ff.

Kautionsverfügung
- Form 29, 139
- Inhalt 140
- Nichtbefolgung 35, 140 ff.
- Rechtsmittel 26, 35, 143
- Rechtsnatur 19 ff., 67 ff.
- Vollstreckung 26 ff., 35 ff., 80 f.
- Zahlungsfrist 18, 140

Kompetenzgrundlage 85 ff.

Konnexe Gegenforderung 127 f.

Konkursmasse 105, 116

Kostenarten
- Gerichtskosten 13
- Parteikosten 49 ff., 54 ff.
- Verfahrenskosten 47 ff., 52 ff.

Kostenentscheid 198 ff.
Kostenverteilungsgrundsatz
– Im Schiedsverfahren 56 ff.
– Im Zivilprozess 13 ff.
Kostenvorschuss 83 f., 124 f., 130
Maintenance 170 f.
Marktversagen 195
Materielle Rechtskraftwirkung, s. res iudicata
Mehrparteienverfahren 97
Mitwirkungspflicht 137 f., 197
Nationalität 41 f.
Nichteintretensentscheid 18, 36, 141
Offenlegungspflichten 172 f., 196 ff.
Parteilichkeit, s. Interessenkonflikt
Parteiwille 85 ff.
Prozessfinanzierungsvertrag
– Anspruchsicherung 161
– Beendigungsmöglichkeiten 163 f.
– Informations-/Mitspracherechte 162
– Kostentragung 159 f.
– Parteien 158 f.
– Rechtsnatur 164 f.
– Vergütung 160 f.
Prozesskaution
– Auflösung 144
– Erhöhung 30 f., 134, 139
– Herabsetzung 30 f., 134, 139
– Höhe 30 f., 133 f.
– Im Rechtsmittelverfahren 15
– Rückerstattung 144
– Umfang 29 f., 129 ff.
– Zeitraum 31, 131 ff.
Prozesskostenfonds 155
Prozessvoraussetzung 18, 36
Prüfungsprozess 158
Prüfungsschema 98 ff.
Rechtsschutzversicherung 153
Rechtsnatur der Prozesskostensicherheit
– Im Schiedsverfahren 67 ff.
– Im Zivilprozess 19 ff.
Rechtsnatur des Kautionsanspruchs
– Im Schiedsverfahren 89 f.
– Im Zivilprozess 19
Rechtsweggarantie 40 f., 109 ff., 194 ff.
res iudicata 18, 141 f.
Sekretär/in 48 f.
shell company 107, 117
Sistierung 140
Sitzstaat 114 ff.
Sitzverlegung 119 f.
special purpose vehicle, s. Zweckgesellschaft
Staatsverträge 32, 42
Streitgenossenschaft 15, 97
Streithelfer 15
Treu und Glauben 89, 106 ff.
Treuwidrigkeit 106 ff., 118 ff.
unentgeltliche Rechtspflege 38, 41
Unterliegensprinzip 7 f., 14 ff., 56 ff.
Verbreitung 11 f.
Verfassungsmässigkeit 40
Verfügungsanspruch 23 ff., 74 ff.
Verfügungsgrund 26, 76 ff.
Vergleichsbereitschaft 166 f., 178
Verhandlungsgrundsatz 17
Vermögensentäusserung 118 f.
Vermögensverschiebung 119 f.
Vertraulichkeit des Verfahrens 175 ff.
Vollstreckungsverfahren 131
Voraussetzungen der Prozesskaution
– Im Schiedsverfahren 32 ff.
– Im Zivilprozess 98 ff.

Vorsorgliche Massnahmen
– Im Schiedsverfahren 70 ff.
– Im Zivilprozess 21 ff.

Widerklage 94, 127 ff.

Wohnsitz 32, 41 f., 114 f.

Zahlungsunfähigkeit 33, 104 f., 116 f., 123 f.

Zahlungsunwilligkeit 34, 102

Zuständigkeit
– Im Schiedsverfahren 78 ff., 91 ff.
– Im Zivilprozess 22 f.

Zweckgesellschaft 117 f.

Curriculum Vitae

Linus A. Zweifel
24.11.1989, Schweizer Staatsbürger

Ausbildung

08/2016–02/2021	**Universität St.Gallen** Doktoratsstudium in Rechtswissenschaft
09/2013–08/2015	**Universität St.Gallen** Master-Studium in Law and Economics
09/2011–02/2012	**Universität Genf** Austauschsemester
09/2009–09/2013	**Universität St.Gallen** Bachelor-Studium in Law and Economics

Arbeitstätigkeit

02/2017–	**Universität St.Gallen** Lehraufträge für Privatrecht und für Wirtschaftsrecht
04/2020–09/2020	**Kantonsgericht Basel-Landschaft, Liestal** Juristischer Volontär, Abteilung Zivil- und Strafrecht
12/2018–01/2020	**Bär & Karrer AG, Zürich** Rechtsanwaltssubstitut
05/2014–08/2018	**Universität St.Gallen** Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Prof. Dr. Markus Müller-Chen
02/2014–11/2018	**Universität St.Gallen** Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Internationales Wirtschaftsrecht und Law and Economics, Prof. Dr. Dr. Peter Sester