

ZK 13 188, publiziert Juli 2013

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

vom 2. Juli 2013

Besetzung

Oberrichterin Pfister Hadorn (Referentin), Oberrichter Studiger und Oberrichter Messer
Gerichtsschreiberin Eichenberger-Wehren

Verfahrensbeteiligte

Gemeinde X

Klägerin/Beschwerdeführerin

gegen

Y.

Beklagter/Beschwerdegegner

Gegenstand

Kostenvorschuss

Regeste:

- Art. 111 SchKG, Art. 198 ZPO
- Anwendbares Verfahren bei Anschlussklagen: Entsprechend der herrschenden Lehre ist festzuhalten, dass für Anschlussklagen (Art. 111 SchKG) - unabhängig von der konkreten Fallkonstellation, d.h. auch im Falle des Vorliegens eines definitiven Rechtsöffnungstitels – stets das vereinfachte (Streitwert bis Fr. 30'000.00) bzw. ordentliche Verfahren (Streitwert ab Fr. 30'000.00) anwendbar ist. Da der Streitwert vorliegend über Fr. 30'000.00 liegt, ist das ordentliche Verfahren anwendbar.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Vorliegend wurde gegen eine Kostenvorschussverfügung Beschwerde erhoben. Wegen Verletzung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips wurde der Vorschuss auf das in den VBR-Richtlinien für den fraglichen Streitwert vorgesehene Minimum reduziert und deshalb die Beschwerde teilweise gutgeheissen.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

(...)

III.

1. Zur Begründung der Beschwerde stützt sich die Beschwerdeführerin auf ein Zitat von Jent-Sørensen. Diese hielt im Basler Kommentar zum SchKG fest, dass die Anschlussklage – je nach Streitwert – im ordentlichen oder im vereinfachten Verfahren zu führen sei. Sofern der Anschluss für eine Forderung verlangt werde, die bereits richterlich rechtskräftig beurteilt worden sei, handle es sich – jedenfalls wenn der Schuldner am Prozess beteiligt sei – funktionell betrachtet um eine reine Rechtsöffnungsstreitigkeit i.S.v. Art. 80 f. SchKG, so dass das summarische Verfahren i.S.v. Art. 251 lit. a ZPO zur Anwendung kommen könnte. Anders liege der Fall, wenn Pfändungsgläubiger und privilegierte Gläubiger gegeneinander prozessieren müssten, denn diese hätten sich hinsichtlich des zwischen dem Schuldner und privilegiertem Gläubiger ergangenen Urteils nicht als Parteien gegenüber gestanden, so dass sie aus einem bestehenden Urteil weder berechtigt noch verpflichtet seien und eine klassische Rechtsöffnungssituation nicht vorliege. In diesem Fall müsse die Beurteilung im beschleunigten Verfahren erfolgen (vgl. Jent-Sørensen in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, SchKG I, 2. Auflage, Basel 2010, N 41 zu Art. 111).

Auch Dominik Vock/Danièle Müller halten dafür, dass sich die Anwendung des Summarverfahrens jedenfalls dann rechtfertigen lasse, wenn über den angeschlossenen Anspruch bereits ein rechtskräftiges Urteil bestehe und der Schuldner im Anschlussprozess beklagte Partei sei (Vock/Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 187 f.).

2. Gemäss der Botschaft des Bundesrats zur Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006 entspricht Art. 247 ZPO-Entwurf (aktuell Art. 251 ZPO), in welchem die im summarischen Verfahren zu behandelnden Geschäfte des SchKG aufgelistet wurden, Art. 25 Ziff. 2 aSchKG, welcher aufgehoben werden könne (BBI 2006 7221, S. 7349 mit Hinweis auf Ziff. 17 des Anhangs). Laut Botschaft ist sodann das Schlichtungsverfahren für jene SchKG-Klagen ausgeschlossen, die nach geltendem Recht im sog. beschleunigten Verfahren zu beurteilen waren (Art. 25 Ziff. 1 aSchKG; Botschaft, BBI 2009 7221, S. 7329). Art. 25 aSchKG wurde mit Inkrafttreten der ZPO per 1. Januar 2011 aufgehoben (AS 2010 1739; Botschaft, BBI 2006 7221). Nach Art. 25 Ziff. 2 aSchKG war das summarische Verfahren für Entscheide, die vom Rechtsöffnungs-, vom Konkurs-, vom Arrest- und vom Nachlassrichter getroffen wurden sowie für die Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlags, des Rechtsvorschlags in der Wechselbetreibung, die Aufhebung oder Einstellung der Betreibung sowie für den Entscheid betreffend Vorliegen neuen Vermögens anwendbar. Diese Aufzählung entspricht dem heutigen Art. 251 lit. a bis d ZPO (Chevalier in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivil-

prozessordnung [ZPO], 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 1 zu Art. 251 ZPO; Ingrid Jent-Sørensen in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Basel 2010, N 1 zu Art. 251 ZPO). Mit Art. 251 lit. e ZPO explizit neu hinzugekommen ist die Erwähnung des summarischen Verfahrens betreffend Anordnung der Gütertrennung (Chevalier, a.a.O., N 1 zu Art. 251 ZPO; Felix Ziltener in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N 1 zu Art. 251 ZPO).

Die Aufzählung in Art. 251 ZPO ist im Gegensatz zum inzwischen aufgehobenen Art. 25 Ziff. 2 aSchKG nicht abschliessend (Güngerich, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 9 zu Art. 249 – 251 ZPO; Chevalier, a.a.O., N 2 zu Art. 251 ZPO; Felix Ziltener in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., N 2 zu Art. 251 ZPO). Nach Güngerich fallen die folgenden Entscheidungen unter Art. 251 ZPO (Güngerich, a.a.O., N 12 – 28 zu Art. 249 – 251 SchKG):

- Anordnung der Gütertrennung (Art. 68b SchKG)
- Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlags (Art. 77 SchKG)
- Bewilligung der Rechtsöffnung (Art. 80 – 84 SchKG)
- Einstellung oder Aufhebung der Betreuung (Art. 85 SchKG)
- Konkurseröffnung (Art. 166 – 173b, 188 f., 190 – 193 SchKG)
- Bewilligung des Rechtsvorschlags in der Wechselbetreibung (Art. 181 – 184 SchKG)
- Widerruf des Konkurses (Art. 195 f. SchKG)
- Einstellung des Konkursverfahrens (Art. 230 SchKG)
- Anordnung des summarischen Konkursverfahrens (Art. 231 SchKG)
- Bewilligung des Rechtsvorschlags in der Betreuung aufgrund eines Konkursverlustscheins (Art. 265a SchKG)
- Schlusserkenntnis im Konkursverfahren (Art. 268 SchKG)
- Arrestbewilligung (Art. 271 – 274 SchKG)
- Arresteinsprache (Art. 278 SchKG)
- Bewilligung, Verlängerung und Widerruf der Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG)
- Entscheid über Durchführung einer einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung (Art. 333 ff. SchKG)
- Bewilligung der Notstundung (Art. 337 f. SchKG)

Nach Art. 111 Abs. 5 aSchKG wurde der Prozess betreffend Anschlusspfändung im beschleunigten Verfahren geführt (2. Satz). Dieser Passus wurde mit Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO aufgehoben. Die neue ZPO kennt das beschleunigte Verfahren nicht mehr (Urs Engler in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], BSK, SchKG I, a.a.O., N 4 zu Art. 25 SchKG; Laurent Killias, Berner Kommentar ZPO, a.a.O., N 38 zu Art. 243 ZPO). Die Beschleunigung wird durch Überspringen des Schlichtungsversuchs erzielt (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen 2010, N 5 zu Art. 198 ZPO; James T. Peter, Berner Kommentar, ZPO, a.a.O., N 7 zu Art. 198 ZPO; Urs Engler, a.a.O., N 4 zu Art. 25 SchKG).

Art. 198 ZPO regelt die Fälle, in welchen ein Schlichtungsverfahren entfällt. Aufgezählt werden neben dem summarischen Verfahren (lit. a) unter anderem explizit die

Anschlussklage nach Art. 111 SchKG (lit. e Ziff. 4), die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), die Feststellungsklage (Art. 85a SchKG), die Widerspruchsklage (Art. 106 – 109 SchKG) sowie die Kollokationsklage (Art. 148 und 250 SchKG). Daraus kann geschlossen werden, dass die Anschlussklage nach Art. 111 SchKG eben gerade nicht im summarischen Verfahren (nach Art. 251 ZPO) zu behandeln ist. So hält denn auch Felix Ziltener fest, dass nach dem Entfallen des beschleunigten Verfahrens durch die Streichung des Art. 25 SchKG und auf Grund der Generalklausel für das ordentliche Verfahren in Art. 219 ZPO bei nicht gegebenem summarischen Verfahren im Bereich des SchKG zwangsläufig je nach Streitwert das vereinfachte (als Unterart des ordentlichen) gemäss Art. 243 ff. ZPO oder das ordentliche Verfahren des Art. 219 ff. ZPO anwendbar sei (Felix Ziltener, a.a.O., N 29 zu Art. 251 ZPO). Nach Gasser/Rickli, James T. Peter, Dominik Infanger, Urs Engler, Urs Gloor/Barbara Umbricht Lukas, Laurent Killias sowie Urs Egli betrifft Art. 198 lit. e ZPO Klagen nach dem SchKG, welche bislang im beschleunigten Verfahren zu beurteilen gewesen sind (Gasser/Rickli, a.a.O., N 5 zu Art. 198 ZPO; James T. Peter, Berner Kommentar, ZPO, a.a.O., N 7 zu Art. 198 ZPO; Infanger in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 19 zu Art. 198 ZPO; Urs Engler, BSK, SchKG I, a.a.O., N 4 zu Art. 25 SchKG; Gloor/Umbricht Lukas in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, a.a.O., N 6 zu Art. 198 ZPO; Urs Egli in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar ZPO, a.a.O., N 11 zu Art. 198 ZPO; Laurent Killias, Berner Kommentar ZPO, a.a.O., N 39 zu Art. 243 ZPO). Nach Stephan Mazan, Urs Engler, Urs Gloor/Barbara Umbricht Lukas sowie Eric Pahud unterstehen die betreibungsrechtlichen Klagen mit zivilrechtlichem Hintergrund gemäss Art. 198 Abs. 1 lit. e ZPO, für die seinerzeit noch das beschleunigte Verfahren vorgesehen gewesen ist (Art. 25 Ziff. 1 aSchKG), d.h. insbesondere die in Art. 198 Abs. 1 lit. e Ziff. 4 ZPO explizit genannte Anschlussklage nach Art. 111 SchKG, seit dem Inkrafttreten der ZPO je nach Streitwert entweder dem vereinfachten Verfahren (bis Fr. 30'000.00) oder dem ordentlichen Verfahren (ab Fr. 30'000.00; vgl. Mazan, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 251 ZPO, N 8 - 10 zu Art. 243 – 247 ZPO, N 13 zu Art. 243 ZPO; Urs Engler in BSK, SchKG I, a.a.O., N 4 f. zu Art. 25 SchKG; Urs Gloor/Barbara Umbricht Lukas in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, a.a.O., N 7 zu Art. 198 ZPO; Eric Pahud in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar ZPO, a.a.O., N 8 zu Art. 219 ZPO; Laurent Killias in: Berner Kommentar, ZPO, a.a.O., N 27 zu Art. 219 ZPO sowie N 37 – 39 zu Art. 243 ZPO; in diesem Sinne auch Urs Egli, a.a.O., N 11 zu Art. 198 ZPO).

3. Die herrschende Lehre (Gasser/Rickli, Dominik Infanger, Urs Engler, James T. Peter, Stephan Mazan, Urs Gloor/Barbara Umbricht Lukas, Urs Egli, Eric Pahud, Laurent Killias) ist der Ansicht, dass Art. 198 lit. e ZPO, gemäss welchem das Schlichtungsverfahren entfällt, SchKG-Klagen betrifft, welche bislang im beschleunigten Verfahren zu beurteilen waren. Die bis Ende 2010 gestützt auf Art. 111 Abs. 5 aSchKG im beschleunigten Verfahren durchzuführende Anschlussklage ist denn auch nunmehr explizit in Art. 198 lit. e ZPO (folgende Klagen aus dem SchKG) und nicht etwa in Art. 198 lit. a bzw. Art. 251 ZPO (summarische Verfahren) aufgelistet, während summarische SchKG-Verfahren wie Rechtsöffnungsverfahren nicht in der Aufzählung von Art. 198 lit. e ZPO enthalten sind. Anschlussklagen nach Art. 111

SchKG sind gemäss der herrschenden Lehre (Stephan Mazan, Urs Engler, Urs Gloor/Barbara Umbricht Lukas, Eric Pahud, Laurent Killias, Urs Egli) im ordentlichen (bei einem Streitwert ab Fr. 30'000.00) bzw. im vereinfachten (bei einem Streitwert bis Fr. 30'000.00) Verfahren zu beurteilen, wobei der Schlichtungsversuch entfällt.

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahrens für die Anschlussklage befürworten im Übrigen auch Jent-Sørensen sowie Vock/Müller. Ihrer Auffassung zufolge ist jedoch beim Spezialfall, dass der Anschluss für eine Forderung verlangt wird, die bereits richterlich rechtskräftig beurteilt worden ist und der Schuldner am Prozess beteiligt ist, das summarische Verfahren anwendbar. Die Auffassung von Frau Jent-Sørensen und Vock/Müller stellt eine Mindermeinung dar. Die herrschende Lehre ist wie erwähnt anderer Auffassung. Das Bundesgericht hat sich – soweit ersichtlich – bisher noch nicht zur Frage der Verfahrensart bei Anschlussklagen geäußert.

Nach dem alten Verfahrensrecht wurden die Anschlussklagen im beschleunigten Verfahren behandelt. Nach altem Recht wurden auch Verfahren, in welchen bereits ein rechtskräftiges Urteil vorlag und der Schuldner am Anschlussprozess beteiligt war, gestützt auf die ausdrückliche Vorschrift in Art. 111 Abs. 5 SchKG immer im beschleunigten Verfahren und nicht im summarischen Verfahren durchgeführt. Laut Botschaft sollte Art. 247 ZPO-Entwurf (aktuell Art. 251 ZPO) wie erwähnt die Regelung von Art. 25 Ziff. 2 aSchKG ersetzen, während Art. 195 lit. e ZPO-Entwurf (aktuell Art. 198 lit. e ZPO) SchKG-Klagen, welche im beschleunigten Verfahren (Art. 25 Ziff. 1 aSchKG) zu beurteilen waren, betreffen sollte. Dass gleichzeitig Klagen, welche bislang im beschleunigten Verfahren zu beurteilen waren, nunmehr summarische Verfahren im Sinne von Art. 251 ZPO darstellen sollten, ist der Botschaft nicht zu entnehmen. Das Parlament hat den Inhalt der erwähnten Gesetzesartikel im Vergleich zum Entwurf nicht verändert. Der Gesetzgeber wollte damit klar, dass die Anschlussklage genauso wie die übrigen bisher im beschleunigten Verfahren (wie Aberkennungsklage, Feststellungsklage, Widerspruchsklage, Kollokationsklage, etc.) durchgeführten Verfahren nunmehr im ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren ohne Schlichtungsverfahren durchgeführt würden. Andernfalls hätte er die Anschlussklage nach Art. 111 SchKG nicht explizit in Ziffer 4 der Aufzählung von Art. 198 lit. e ZPO, sondern unter Art. 251 ZPO bei den summarischen Verfahren erwähnt und ihn damit Art. 198 lit. a ZPO zugeordnet. Es liegt diesbezüglich keine Gesetzeslücke vor. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass Anschlussklagen in der Form des summarischen Verfahrens zu beurteilen wären, so hätte er wohl die für das summarische Verfahren verwendete Terminologie des „Gesuchs“ (vgl. Art. 252 Abs. 1 ZPO) gewählt und nicht von der für das ordentliche Verfahren typischen (Anschluss-) „Klage“ (Art. 220 ZPO) gesprochen. Sowohl der Wortlaut als auch die Systematik des Gesetzes sprechen klar gegen die Anwendung des summarischen Verfahrens bei Anschlussklagen.

Es ist denn auch nicht ersichtlich, weshalb nach dem geltenden Recht in bestimmten Fallkonstellationen nicht das vereinfachte bzw. ordentliche Verfahren, sondern das summarische Verfahren für die Anschlussklage anwendbar sein sollte. Für eine Unterscheidung nach bestimmten Fallkonstellationen besteht kein sachlicher

Grund. Hinzu kommt, dass das Schlichtungsverfahren nicht nur im summarischen Verfahren sondern auch im ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren entfällt, womit der notwendigen Beschleunigung des Verfahrens hinreichend Rechnung getragen wird. Nur weil das Stammrecht (Kindesunterhalt) in definitiven Rechtsöffnungstiteln verbrieft ist, ist die Sache nicht von vornherein inhaltlich klar. Die geltend gemachte Forderung setzt sich nämlich aus einzelnen periodischen Forderungen zusammen. Selbst wenn die Sachlage klar wäre, würde dies nicht per se gegen die Anwendbarkeit eines ordentlichen Verfahrens bzw. für die Anwendbarkeit eines dem Rechtsöffnungsverfahren ähnlichen summarischen Verfahrens sprechen. In Betracht fiele diesfalls höchstens der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, der ebenfalls im summarischen Verfahren zu beurteilen ist.

Die Legitimation des Gemeinwesens ist zudem in der Literatur umstritten (Jent-Sørensen, BSK, SchKG I, a.a.O., N 15 zu Art. 111 SchKG), wenngleich das Bundesgericht in BGE 4A_404/2011 bzw. BGE 138 III 145 die Legitimation des Gemeinwesens bejaht hat.

Das Verfahren der Anschlussklage ist sodann dem Verfahren der (im ordentlichen Verfahren zu beurteilenden) materiell-rechtlichen Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), der (ebenfalls im ordentlichen Verfahren zu beurteilenden) materiell-rechtlichen Anerkennungsklage nach Art. 79 SchKG (Staeelin in: Staeelin/Bauer/Staeelin, BSK SchKG I, a.a.O., N 3 zu Art. 79 SchKG, N 14 und 53 zu Art. 83 SchKG) oder auch der Widerspruchsklage (vgl. 105 – 109 SchKG), welche nach altem Recht allesamt im beschleunigten Verfahren zu beurteilen waren, wesentlich näher als demjenigen der Rechtsöffnung. Nach Art. 111 Abs. 5 SchKG findet die Teilnahme nämlich nur mit dem Recht einer provisorischen Pfändung statt, sofern der Anspruch bestritten wird. Nach der Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung kann der Gläubiger nach Ablauf der Zahlungsfrist die provisorische Pfändung verlangen (Art. 83 Abs. 1 SchKG) und die Aberkennungsklage ist innert 20 Tagen vom Schuldner zu erheben. Der Ansprecher muss gestützt auf Art. 111 Abs. 5 SchKG ebenfalls innert 20 Tagen beim Gericht des Betreibungsortes klagen. Im Aberkennungsklageverfahren sind im Vergleich zum Aberkennungsklageverfahren lediglich die Parteirollen vertauscht. Auch im Widerspruchsverfahren muss der Bestreitende innert 20 Tagen auf Feststellung seines Anspruchs klagen (Art. 107 Abs. 5 SchKG).

Entsprechend der herrschenden Lehre ist daher festzuhalten, dass für Anschlussklagen - unabhängig von der konkreten Fallkonstellation, d.h. auch im Falle des Vorliegens eines definitiven Rechtsöffnungstitels – stets das vereinfachte (Streitwert bis Fr. 30'000.00) bzw. ordentliche Verfahren (Streitwert ab Fr. 30'000.00) anwendbar ist. Da der Streitwert vorliegend über Fr. 30'000.00 liegt, ist – der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz folgend - das ordentliche Verfahren anwendbar.

(...)

Hinweis:

Das Urteil ist nicht rechtskräftig.