

ZK 13 56, publiziert Mai 2013

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 2. April 2013

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichter Kunz und Oberrichterin Pfister Hadorn
Gerichtsschreiber Günther

Verfahrensbeteiligte

B.,
vertreten durch Rechtsanwalt M.

Gesuchsteller/Berufungskläger

gegen

U.,
vertreten durch Rechtsanwalt A.

Gesuchsgegner/Berufungsbeklagter

U. AG,
vertreten durch Rechtsanwalt A.

Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen

Regeste:

- Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO i.V.m. Art. 261 ZPO
- Beurteilung der *res iudicata*-Wirkung eines gutheissenden vorsorglichen Massnahmeentscheids

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Mit Eingabe vom 6. März 2012 reichte der Berufungskläger bei der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland ein Schlichtungsgesuch ein. Nach Durchführung der

Schlichtungsverhandlung am 25. April 2012 wurde ihm die Klagebewilligung erteilt. Infolge falscher Berechnung liess der Berufungskläger die ihm mit Erteilung der Klagebewilligung angesetzte Klagefrist unbenutzt verstreichen, womit die Rechtshängigkeit des Klageverfahrens entfiel. Der Berufungskläger stellte in der Folge für dieselben Ansprüche ein neues Schlichtungsgesuch. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung wurde ihm die Klagebewilligung wiederum erteilt. Im Rahmen des ersten Klageverfahrens hatte der Berufungskläger ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt, welches in zweiter Instanz, mit Entscheid ZK 12 253 des bernischen Obergerichts vom 15. Juni 2012, gutgeheissen wurde, unter Befristung der Massnahmen „bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides in der Hauptsache“. Da mit dem Wegfall der Rechtshängigkeit des ersten Klageverfahrens auch die mit Entscheid vom 15. Juni 2012 vorsorglich angeordneten Massnahmen entfielen, reichte der Berufungskläger mit Eingabe vom 3. September 2012 beim Regionalgericht Bern-Mittelland erneut ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ein. Das Regionalgericht Bern-Mittelland trat auf dieses Gesuch mit Entscheid vom 18. Januar 2013 nicht ein und begründete dies mit der materiellen Rechtskraft des vorsorglichen Massnahmeentscheides des Obergerichts vom 15. Juni 2012 für ein weiteres Verfahren zwischen den gleichen Parteien mit identischem Streitgegenstand vor einem Richter mit gleicher Kognition (*res iudicata*).

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV.

1. Die Vorinstanz hat das Nichteintreten auf das erneute Massnahmengesuch des Berufungsklägers mit der Sperrwirkung der materiellen Rechtskraft des Entscheides des bernischen Obergerichts vom 15. Juni 2012 begründet (Ziff. 23 der vorinstanzlichen Entscheidbegründung, pag. 127), diesem mithin *res iudicata* Wirkung zugeschrieben. Dennoch hat sie ausdrücklich festgehalten, dass sich im Summarium gegenüber dem ordentlichen und vereinfachten Verfahren im Hinblick auf die materielle Rechtskraft *Differenzierungen* aufdrängen, welche Rücksicht nehmen auf den Gegenstand der Entscheidung, die involvierten Personen und die allfälligen beweismässigen Einschränkungen. Weiter hat die Vorinstanz erwogen, ob man in der vorliegenden Konstellation überhaupt von materieller Rechtskraft sprechen könne, sei umstritten; fest stehe jedenfalls, dass ein gutheissender Massnahmeentscheid *insofern* nicht bestandesfest sei, als er relativ einfach geändert oder aufgehoben werden könne (Ziff. 17 der vorinstanzlichen Begründung, pag. 123).

Die Vorinstanz geht zu Recht nicht davon aus, dass summarischen Entscheiden (und damit auch Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen, vgl. Art. 248 lit. d ZPO) per se – unabhängig von ihrem Gegenstand – dieselbe materielle Rechtskraftwirkung zukommt wie Entscheiden, welche im ordentlichen und vereinfachten Verfahren ergangen sind. Insoweit (vgl. die Ziffern 14 – 16 der Entscheidbegründung) erweist sich ihre Auslegung des Rechtsbegriffs der materiellen Rechtskraft im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen als differenziert, sorgfältig und korrekt. Materielle Rechtskraft bedeutet Verbindlichkeit eines Urteils für spätere Prozesse. Eine abgeurteilte Sache ist

anzunehmen, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, wenn der Anspruch dem Richter aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird (BGE 119 II 89, 90 E. 2.a)). Gemäss CHEVALIER werden Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nicht rechtskräftig, da sie nachträglich ausserhalb eines förmlichen Rechtsmittelverfahrens abgeändert werden können, wenn sich die Umstände geändert haben und da die Berechtigung über den Anspruch bloss glaubhaft zu machen ist. Schon aufgrund dieser geringeren Beurteilungsdichte könne eine spätere Überprüfung desselben Tatbestandes in einem ordentlichen Verfahren nicht ausgeschlossen sein. Eine Bindungswirkung entstehe hier in einem späteren Verfahren allenfalls für den Summarrichter selbst, wenn er wiederum nur mit auf Glaubhaftmachen eingeschränktem Beweismass zu urteilen habe (CHEVALIER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Schulthess Verlag 2010, N 11 zu Art. 256 ZPO). Auch ZÜRCHER spricht sich dafür aus, Anordnungen betreffend vorsorgliche Massnahmen von den strengen Wirkungen der materiellen Rechtskraft gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO auszunehmen (ZÜRCHER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Dike Verlag 2011, N 1 zu Art. 268 ZPO). Im Kommentar zur alten bernischen Zivilprozessordnung wird Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen die materielle Rechtskraftwirkung nicht per se abgesprochen, sondern es wird differenziert hinsichtlich der Verfahrensart: „Entscheide, die in einem Verfahren mit beschränkter Kognition ergangen sind, binden nur den Richter, der unter denselben Verfahrensvoraussetzungen urteilt. Sie entfalten indessen im Verhältnis zu Urteilen, die in einem Verfahren ohne diese Beschränkung gefällt werden, keine Rechtskraft. Dies trifft insbesondere auf solche Summarentscheide zu, die eine streitige Rechtslage nur vorläufig beilegen – der Richter Rechts- und Tatfragen mithin lediglich prima facie prüfte –, umfassende Sachverhaltsermittlung und endgültige Beurteilung aber dem ordentlichen Folgeverfahren vorbehalten bleibt, wie beispielsweise im Falle einstweiliger Verfügungen nach Art. 326 ff. ZPO-BE (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage Bern 2000, N 12 b. cc. zu Art. 192 ZPO-BE)“. ZINGG hält schliesslich fest, die Rechtskraft vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261 ff. ZPO könne sich von vornherein nur auf den beschränkten Prozessgegenstand, nämlich den verlangten provisorischen Rechtsschutz, beziehen. Ob man in diesem Rahmen von materieller Rechtskraft sprechen könne, sei umstritten (ZINGG, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1 – 149 ZPO, Stämpfli Verlag 2012, N 111 zu Art. 59 ZPO).

Ob im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen die Bezeichnung „beschränkte bzw. relative materielle Rechtskraft“ zu gebrauchen ist oder ob lediglich von (erhöhter) „Bestandeskraft“ bzw. „Rechtsbeständigkeit“ zu sprechen ist, hat keine praktische Bedeutung und dürfte eine Unterscheidung rein terminologische Natur darstellen. Nach Auffassung der Kammer verdeutlichen beide Begriffe dasselbe, nämlich dass hinsichtlich Massgeblichkeit eines vorsorglichen Massnahmeentscheids in einem späteren Verfahren ausgehend vom Zweck des Rechtsinstituts je nach Verfahrensart zu differenzieren ist. Welche Massgeblichkeit dem vorsorglichen Massnahmeentscheid des bernischen Obergerichts vom 15. Juni 2012 in derselben Verfahrensart, jedoch einem

neuen, später angehobenen Massnahmeverfahren zukommt, wird nachfolgend dargelegt werden.

Nicht folgen kann das Obergericht der Argumentation der Vorinstanz, wonach ein neuer Antrag bei unverändertem Sachverhalt auch dann an der Rechtskraftwirkung des früheren Massnahmeentscheids scheitert, wenn das Gesuch zwar gutgeheissen wurde, der entsprechende Entscheid indessen seine Wirkung in der Zwischenzeit nach Verpassen der Prosekutionsfrist verloren hat. Vorab ist anzumerken dass der Berufungskläger in casu keine richterliche Prosekutionsfrist nach Art. 263 ZPO verpasst hat. Verpasst wurde vielmehr die Klagefrist nach Art. 209 Abs. 3 ZPO. Die Befristung der Massnahme durch das Obergericht gemäss Entscheid vom 15. Juni 2012, wonach die vorsorglichen Anordnungen bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids in der Hauptsache in Kraft bleiben, war einzig deklaratorischer Natur und hielt fest, was von Gesetzes wegen (Art. 268 Abs. 2 ZPO) ohnehin gilt, nämlich dass grundsätzlich jede vorsorgliche Massnahme mit Gewährung des endgültigen Rechtsschutzes obsolet wird, somit implizit auch bei Wegfall des Hauptprozesses dahinfällt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass bei Erlass des Entscheides vom 15. Juni 2012 das Schlichtungsverfahren BM 12 581 bereits hängig war, womit gleichzeitig auch Rechtshängigkeit vorlag (Art. 62 Abs. 1 ZPO), sich eine Fristansetzung gemäss Art. 263 ZPO mithin erübrigt hatte. Insoweit ist die von der Vorinstanz übernommene Rechtsauffassung zur Rechtskraftwirkung im Zusammenhang mit dem Verpassen der Prosekutionsfrist für den vorliegenden Sachverhalt nicht einschlägig. Weiter ist festzuhalten, dass die erwähnte Rechtsauffassung soweit ersichtlich in dieser Absolutheit in der Lehre einzig durch ZINGG vertreten wird (ZINGG, in: Berner Kommentar, a.a.O., N 111 zu Art. 59 ZPO, 5. Lemma). Zur Begründung verweist ZINGG pauschal auf das Urteil BGer 5A_353/2010 vom 16. August 2010. Diesem kann jedoch lediglich entnommen werden, dass der Entscheid, auf ein neues inhaltsgleiches Gesuch um vorsorgliche Massnahmen mangels rechtzeitiger Prosequierung der angeordneten vorsorglichen Massnahmen nicht einzutreten, sich auf einen Teil der Lehre stützen kann und deshalb nicht als *willkürlich* erscheint. Sodann kommt beim erwähnten bundesgerichtlichen Urteil entscheidend hinzu, dass die Fristansetzung zur Anhebung des Hauptprozesses nicht wie in casu auf einer Gesetzesvorschrift beruhte, sondern auf einem *gerichtlichen Vergleich*. Das Bundesgericht führte dazu aus, die Frage nach der Zulässigkeit eines neuen inhaltsgleichen Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen werde zwar im Vergleich nicht ausdrücklich erwähnt. Das Ziel des Vergleichsvertrags, einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis zu beenden, sei bei der Auslegung indessen zu berücksichtigen. Sei - wie im zu beurteilenden Fall - eine Frage im Vergleich nicht ausdrücklich geregelt, stehe sie aber in engem Zusammenhang mit der vergleichsweise beigelegten Meinungsverschiedenheit und dränge sich ihre Beantwortung zur Beilegung des Streites auf, dürfe in der Regel davon ausgegangen werden, dass sie von den Parteien mangels eines ausdrücklichen Vorbehaltes nicht vom Vergleich habe ausgenommen werden wollen (BGer 5A_353/2010, E. 3.2.2). Auch aus diesen Ausführungen des Bundesgerichts erhellt, dass aus BGer 5A_353/2010 nichts zu Gunsten des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts, bei welchem das Verpassen einer gesetzlichen Frist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO und nicht einer auf Vergleich beruhenden zu beurteilen ist, abgeleitet werden kann.

Nicht folgen kann das Obergericht schliesslich der übrigen Anwendung und Konkretisierung der aus dem Entscheid BGer 5A_353/2010 vom 16. August 2010 abgeleiteten Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall durch die Vorinstanz. Die Vorinstanz hält zunächst korrekterweise fest, dass zur Frage, ob bei unveränderten Verhältnissen dasselbe Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zuzulassen sei, wenn zuvor angeordnete vorsorgliche Massnahmen mangels Prosequierung dahingefallen seien, zwei verschiedene Lehrmeinungen bestehen und dass es nach Rechtsauffassung des Bundesgerichts jedenfalls nicht geradezu willkürlich ist, auf das erneute vorsorgliche Massnahmegesuch nicht einzutreten. Im Anschluss an diese Konklusion aus dem Entscheid 5A_353/2010 kommt es jedoch in Bezug auf den vorliegenden Fall nicht zu einer vertieften Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lehrmeinungen. So wird lediglich festgehalten, es falle auf, dass sich insbesondere die neuere und wohl auch herrschende Lehre zur Schweizerischen Zivilprozessordnung gegen eine Zulassung eines inhaltsgleichen Gesuches um vorsorgliche Massnahmen ausspreche, mit der Begründung, dass Entscheiden über den Erlass vorsorglicher Massnahmen beschränkte Rechtskraftwirkung zukomme und sich eine Fristansetzung sonst als sinnlos erweisen würde. Diesen, soweit ersichtlich überwiegenden Lehrmeinungen schliesse sich das angerufene Gericht vollumfänglich an. Dem ist seitens des Obergerichts Folgendes entgegenzuhalten:

- Das Verpassen einer richterlichen Prosekutionsfrist gemäss Art. 263 ZPO steht vorliegend gerade nicht zur Diskussion. Es kann auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen werden. Selbst wenn man sich vorliegend auf den Standpunkt stellen wollte, dass eine Prosekutionsfrist gemäss Art. 263 ZPO verpasst worden wäre bzw. ein analoger Sachverhalt vorläge, würde dies einem zweiten Massnahmegesuch nicht entgegenstehen: Die Fristansetzung zur Prosekution nach Art. 263 ZPO beinhaltet eine (erste) zeitliche Befristung der vorsorglichen Massnahme: Wird nicht prosequiert, fällt sie dahin, andererseits bleibt sie bis zum Entscheid in der Hauptsache bestehen (zweite zeitliche Befristung, vgl. Art. 268 Abs. 2 ZPO). Wie der Rechtsvertreter des Berufungsklägers korrekterweise ausführt, liegt der Sinn der Befristung vorsorglicher Massnahmen in deren zeitlichen Wirkungsbeschränkung, einhergehend mit ihrer Natur als Instrumente des einstweiligen und damit bloss vorübergehenden Rechtsschutzes. Diese Fristansetzung gemäss Art. 263 ZPO wäre in casu mit Zulässigerklärung des zweiten Gesuchs nicht sinnlos geworden: Im Gegensatz zum ersten Verfahren war die Klage im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheides über das zweite vorsorgliche Massnahmegesuch an die Gegenpartei zugestellt worden, womit die Fortsetzungslast gemäss Art. 65 ZPO eingetreten ist. Es liegen somit veränderte Umstände im Sinne von Art. 268 Abs. 1 ZPO vor (in diesem Sinne auch SPRECHER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 32 zu Art. 263 ZPO).
- Versäumt es die klagende Partei, die Klagebewilligung innert der Frist von drei Monaten bzw. einer sich aus Art. 209 Abs. 4 ZPO ergebenden kürzeren Frist dem Gericht einzureichen, hat dies deren Erlöschen zur Folge, was jedoch keinen Rechtsverlust bedeutet, und der klagenden Partei die Möglichkeit offenlässt, ein erneutes Schlichtungsgesuch einzureichen (HONEGGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER /LEUENBERGER, a.a.O., N 13 zu Art. 209 ZPO, unter Verweis auf

die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7333 zu Art. 206 ZPO). Wenn es jedoch zulässig ist, nach Verpassen der Frist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO in derselben Sache beim Gericht erneut einen Antrag um Durchführung eines Gerichtsverfahrens zu stellen, so dürfen dem Gesuchsteller in diesem neuen Verfahren konsequenterweise auch die Möglichkeiten des vorsorglichen Rechtsschutzes nicht einzig mit der Begründung abgeschnitten werden, mangels Verpassens derselben Frist sei die vorgängig verfügte, vorsorgliche Massnahme materiell-rechtskräftig dahingefallen. Es wäre geradezu widersprüchlich, einerseits die Rechtsverfolgung nach unbenutztem Ablauf der Klagebewilligung erneut zuzulassen, andererseits in diesem erneuten Verfahren die Verletzung bzw. den Untergang des materiellrechtlichen Anspruchs einzig mit dem Argument des Verpassens der Klagefrist in Kauf zu nehmen. Dass diese Lösung vom Gesetzgeber gewollt war, ist nach Treu und Glauben nicht zu vermuten. Diesbezüglich kann im Übrigen auch auf die zutreffenden Erwägungen des Rechtsvertreters des Berufungsklägers zur Veränderung der Streitsache verwiesen werden (Ziff. III. D. 3. der Berufungsschrift; pag. 167); im Gegensatz zu Art. 161 Abs. 3 ZPO-BE ist die Schadenersatzpflicht bei Veränderung oder Veräusserung des Streitgegenstandes nach Zustellung der Klageschrift an den Beklagten in der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht mehr vorgesehen.

- Der vom Rechtsvertreter des Berufungsklägers vorgebrachte Vergleich zur Rechtslage im Rechtsöffnungsverfahren ist nicht von der Hand zu weisen: Da es sich bei der Rechtsöffnung um eine rein betreibungsrechtliche Streitigkeit handelt, erstreckt sich die materielle Rechtskraft gemäss STÜCHELI nur auf die hängige Betreibung. In einer neuen Betreibung könne die Einrede der abgeurteilten Sache nicht erhoben werden, auch wenn es sich um dieselbe Forderung unter denselben Parteien handle und sich am Sachverhalt seit dem ersten Entscheid nichts verändert habe. Es werde nur darüber entschieden, ob die betreffende Betreibung fortgesetzt werde. Eine neue Betreibung sei somit auch eine andere Streitsache (STÜCHELI, die Rechtsöffnung, Schulthess Verlag 2000, S. 157/158). Beim Rechtsöffnungsverfahren handelt es sich wie beim vorsorglichen Massnahmeverfahren um einen Anwendungsfall des Summariums.
 - Nach Zustellung der Klageschrift an die Gegenpartei hat ein Klagerückzug ohne deren Zustimmung Klageabstand zur Folge, verbunden mit res iudicata Wirkung (Art. 65 ZPO). Damit sind die Berufungsbeklagten vor trölerischem Verhalten des Berufungsklägers hinlänglich geschützt. Ein weiteres Massnahmegesuch ist nicht mehr zielführend, da mangels Möglichkeit, ein weiteres Hauptverfahren einzuleiten, die Hauptsachenprognose negativ ausfallen wird.
2. Nach dem Gesagten kann dem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen des Berufungsklägers vom 3. September 2012 die Rechtsbeständigkeit des obergerichtlichen Entscheids vom 15. Juni 2012 nicht entgegengehalten werden. Die Sache ist daher zur materiellen Behandlung des Gesuchs (Prüfung der Begründetheit der angebehrten vorsorglichen Massnahmen) an die Vorinstanz zurückzuweisen. Würde das Obergericht selbst einen Entscheid in der Sache fällen, ginge den Parteien eine Instanz verloren.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.