

ZK 14 262, publiziert Oktober 2014

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 25. August 2014

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichterin Pfister Hadorn und Oberrichter Trenkel
Gerichtsschreiber Nuspliger

Verfahrensbeteiligte

A.,

vertreten durch Rechtsanwalt B.

Beklagter/Beschwerdeführer

gegen

C.,

vertreten durch Rechtsanwalt D.

Kläger/Beschwerdegegner

Gegenstand

Sicherheitsleistung

Regeste:

- Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO; Begriff des „früheren Verfahrens“

Wird eine Klage zurückgezogen und innert der Monatsfrist von Art. 63 ZPO neu eingereicht, wird durch die Neueinreichung – trotz Rückdatierung der Rechtshängigkeit – ein neues Verfahren eingeleitet. Bleiben die Prozesskosten des auf den Klagerückzug folgenden Abschreibungsbeschlusses unbezahlt, stammen diese aus einem „früheren Verfahren“ im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit c ZPO, womit der Beklagte vom Kläger die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung verlangen kann (E. IV.2.).

- Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO; Tilgung durch Verrechnung?

Die Vorschrift soll den Beklagten vor dem Ausfall der Parteientschädigung schützen. Würde die Verrechnung der kautionsauslösenden Prozesskostenschuld mit einem Teil der eingeklagten Forderung zugelassen, würde die Kautionspflicht ihres Sinnes entleert (E. IV.3.).

Redaktionelle Vorbemerkungen: Keine.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV.

1. Die klagende Partei hat auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, sofern ein gesetzlicher Kautionsgrund vorliegt (Art. 99 Abs. 1 ZPO).
- 1.1. Gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist, in welchem Verfahren über das Gesuch um Parteikostensicherheit zu befinden ist. Die Natur der Angelegenheit, die einen raschen Entscheid erfordert, gebietet, das Summarverfahren anzuwenden, auch wenn es nicht unter die gesetzlich bestimmten Anwendungsfälle des summarischen Verfahrens fällt (URWYLER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 6 zu Art. 99 ZPO; SUTER/VON HOLZEN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2013, N 14 zu Art. 99 ZPO).
- 1.2. Für das Vorliegen eines Kautionsgrundes trägt grundsätzlich der antragstellende Beklagte die Behauptungs- und Beweislast. Von der Natur der Sache her reichen je nach Kautionsgrund jedoch glaubhafte Behauptungen des Beklagten; bei den behaupteten offenen Prozesskosten aus früheren Verfahren insbesondere muss letztlich der Kläger eine allenfalls erfolgte Zahlung nachweisen (SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., N 17 zu Art. 99 ZPO).
2. Zu den gesetzlich genannten Gründen für die Verpflichtung zur Leistung einer Parteikostensicherheit zählt insbesondere, dass der Kläger Prozesskosten aus einem früheren Verfahren schuldet (Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO).
- 2.1. Dass dem Beschwerdegegner in Ziff. 4 der Abschreibungsverfügung des Regionalgerichts Z. die Bezahlung von „Prozesskosten“ im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO auferlegt worden sind, ist offensichtlich und wird von den Parteien zu Recht nicht bestritten.
- 2.2. Strittig hingegen ist, ob die fragliche Prozesskostenschuld aus einem „früheren Verfahren“ entstammt.

„Früher“ bedeutet in diesem Zusammenhang „abgeschlossen“. Vorausgesetzt wird, dass der entsprechende Kostenentscheid formell rechtskräftig und vollstreckbar (STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, N 26 zu Art. 99 ZPO), die Kostenforderung mithin fällig ist (SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., N 32 zu Art. 99 ZPO).

Dass die Abschreibungsverfügung in formelle Rechtskraft erwachsen und die Kostenforderung somit fällig und vollstreckbar ist, wird von den Parteien nicht bestritten. Damit ist nach dem Gesagten aber bereits erstellt, dass hierdurch grundsätzlich eine kautionsauslösende Prozesskostenschuld begründet worden ist.

Sowohl die Vorinstanz als auch der Beschwerdegegner vertreten nun jedoch mit Hinweis auf Art. 63 Abs. 1 ZPO die Auffassung, dass das Verfahren mit der Abschreibungsverfügung vom 13. November 2013 nicht abgeschlossen worden sei: Da nach dem Klagerückzug innert Monatsfrist ein neues Schlichtungsgesuch eingereicht worden sei, sei die Rechtshängigkeit erhalten geblieben.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Beschwerdegegner hat seine Klage unter Vorbehalt der Wiedereinreichung zurückgezogen. In einem solchen Fall hat das Gericht das Verfahren abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Inhalt der Abschreibungsverfügung ist insbesondere die (deklaratorische) Feststellung, dass der Prozess beendet ist (KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 40 zu Art. 241 ZPO). Auch der Text der Kapitelüberschrift an der fraglichen Stelle in der ZPO („Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid“) macht dieses Ergebnis deutlich.

Zwar ist richtig, dass Art. 63 Abs. 1 ZPO bei Wiedereinreichung der Klage unter gewissen Voraussetzungen anordnet, dass als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung gilt. Bei dieser sogenannten „Rückdatierung“ oder „Perpetuierung“ der Rechtshängigkeit handelt es jedoch lediglich um eine Fiktion, d.h. um etwas „Vorgestelltes“, „Erdachtes“. Die Fiktion verhindert zwar, dass gewisse prozessuale und materiellrechtliche Wirkungen der Rechtshängigkeit der Klage verloren gehen, vermag aber nichts daran zu ändern, dass die Abschreibungsverfügung in formelle Rechtskraft erwächst. Die Rückdatierung der Rechtshängigkeit führt mit anderen Worten nicht dazu, dass auf den früheren Abschreibungsbeschluss inkl. Kostenentscheid zurückgekommen werden könnte. Durch die Neueinreichung wird ein neues Verfahren lanciert, von dem zwar (unter Umständen) fingiert wird, es sei schon länger rechtshängig, aber welches im Übrigen von vorne beginnen muss, im konkreten Fall mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs.

Da der Beschwerdegegner somit aus Art. 63 Abs. 1 ZPO nichts zu seinen Gunsten ableiten kann, braucht auch nicht näher geprüft zu werden, ob dessen Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind.

- 2.3. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beschwerdegegner durch Rückzug und Wiedereinbringen der Klage ein neues Verfahren eingeleitet hat, dessen Rechtshängigkeit möglicherweise auf den Zeitpunkt der ersten Einreichung zurückdatiert wird. Die Parteikostenschuld aus dem formell rechtskräftigen und vollstreckbaren Abschreibungsbeschluss geht deshalb auf ein „früheres Verfahren“ zurück, weshalb Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO grundsätzlich erfüllt ist.
3. Der Beschwerdegegner wendet weiter ein, er habe die fraglichen Parteikosten durch Verrechnung getilgt.
- 3.1. Wenn zwei Personen einander Geldsummen schulden, so kann jede ihre Schuld, insofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen (Art. 120 Abs. 1 OR). Der Schuldner kann die Verrechnung geltend machen, auch wenn die Gegenfor-

derung bestritten wird (Art. 120 Abs. 2 OR). Die Liquidität (d.h. Unstreitbarkeit oder sofortige Beweisbarkeit) ist somit nicht privatrechtliche Voraussetzung der Verrechnung. In einem solchen Fall bedarf es zwar erst noch der gerichtlichen Feststellung der Aktivforderung. Bejaht das Urteil am Ende aber Bestand und Durchsetzbarkeit der Aktivforderung, so wird damit auf prozessualer Ebene nur bestätigt, was materiell längst Tatsache war. Aufgrund der erfüllten Tatbestandsvoraussetzungen fand die Verrechnung bereits mit der Erklärung statt (ZELLWEGE-GUTKNECHT, Berner Kommentar, Verrechnung, Bern 2012, N 329 ff. zu Art. 120 OR).

- 3.2. Die Tatsache, dass der Beschwerdegegner die Verrechnung erklärt hat, wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Jedoch ist er der Auffassung, dass eine Verrechnung der durch gerichtlichen Entscheid ausgewiesenen Kostenforderung nur möglich sei, sofern die Gegenforderung auf einem Titel beruhe, der seinerseits mindestens zur provisorischen Rechtsöffnung berechtige.

- 3.3. Wie es sich damit verhält, und ob das erstinstanzlich vor Aktenschluss ins Recht gelegte Befragungsprotokoll (Klagebeilage 14 mit der folgenden Aussage des Beschwerdeführers: „Ich bin (...) noch CHF (...) schuldig“) ggf. den Anforderungen genügt, kann vorliegend aus folgenden Überlegungen offen bleiben:

Art. 99 ZPO soll den Beklagten in gewissen Konstellationen davor schützen, die im Falle des Obsiegens zugesprochene Parteientschädigung beim Kläger nicht eintreiben zu können (SUTER/VON HOLZEN, a.a.O., N 2 zu Art. 99 ZPO). Bei vollständigem Obsiegen des Beschwerdeführers im Hauptprozess (d.h. einer Ab- oder Rückweisung der Klage) wäre erstellt, dass zwischen den Parteien keine (...) Forderungen bestehen, womit auch die ausgesprochene Verrechnung keine Grundlage hätte. Würde die Verrechnung der geschuldeten Prozesskosten mit der eingeklagten und bestrittenen Forderung zugelassen, würde das Ergebnis des Prozesses vorweggenommen und die Kautionspflicht ihres Sinnes entleert: Es geht ja gerade darum, der beklagten Partei für ihre eigenen Prozesskosten im Falle des Obsiegens Sicherheit zu gewähren, damit sie sich nicht auf einen Prozess mit einem Prozessgegner einlassen muss, bei dem ein gesetzlicher Kautionsgrund vorliegt.

- 3.4. Die Verrechnungseinrede des Beschwerdegegners ist somit im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO bereits aus grundsätzlichen Überlegungen zu verwerfen.

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.