

ZK 14 504, publiziert März 2015

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 23. Dezember 2014

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Kiener und Oberrichter Bähler
Gerichtsschreiberin Wittwer

Verfahrensbeteiligte

A

Gesuchsgegner/Beschwerdeführer

gegen

B

Gesuchstellerin/Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Kostenvorschuss/Sicherheitsleistung

Beschwerde gegen die Verfügung des Regionalgerichts Oberland, Gerichtspräsident Frey,
vom 1. Oktober 2014 (CIV 14 1916, 1917)

Regeste:

- *Art. 102 ZPO*
- *Unabhängig davon, ob das Verfahren der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime unterliegt, besteht keine gesetzliche Grundlage für das Verlangen eines Vorschusses von einer Partei, welche die fragliche Beweiserhebung ablehnt.*

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV.

1. Der Wortlaut von **Art. 102 ZPO**, welcher den Vorschuss für Beweiserhebungen regelt, lautet wie folgt:

¹ Jede Partei hat die Auslagen des Gerichts vorzuschüssen, die durch von ihr beantragte Beweiserhebungen veranlasst werden.

² Beantragen die Parteien dasselbe Beweismittel, so hat jede Partei die Hälfte vorzuschüssen.

³ Leistet eine Partei ihren Vorschuss nicht, so kann die andere die Kosten vorschüssen; andernfalls unterbleibt die Beweiserhebung. Vorbehalten bleiben Streitigkeiten, in denen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat.

2. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass die Beschwerdegegnerin im Eheschutzgesuch den Beweisantrag stellte, ein kinderpsychologisches Gutachten einzuholen und an diesem Antrag anlässlich der Gesuchsverhandlung vom (...) 2014 festhielt. Ebenso steht fest, dass der Beschwerdeführer die Erstellung eines Fachberichts als unnötig einstufte und sich gegen diese Beweiserhebung aussprach. Zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung war das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Leistung eines Prozesskostenvorschusses, evtl. um unentgeltliche Rechtspflege, noch hängig, so dass von der Beschwerdegegnerin bereits aus diesem Grunde kein Vorschuss für die von ihr beantragte Beweiserhebung verlangt werden konnte.

Es stellt sich im Nachfolgenden somit einzig die Frage, ob vom Beschwerdeführer ein Vorschuss für die Erstellung eines Fachberichts verlangt werden durfte, obwohl diese nicht von ihm beantragt worden war. Hierfür ist Art. 102 ZPO auszulegen.

3. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zu Grunde liegenden Wertungen. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut, darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 137 III 470 E. 6.4 S. 472).
4. Der Wortlaut der Absätze 1 und 2 von Art. 102 ZPO ist insofern klar und unmissverständlich, als diejenige Partei in die Pflicht zur Leistung eines Vorschusses zu nehmen ist, welche die Auslagen des Gerichts durch ihr Beantragen der Beweiserhebung veranlasst hat. Die Regelung steht im Einklang mit dem Verursacherprinzip und erweist sich des weiteren auch als sinnvoll, da die Kosten der Beweiserhebung von derjenigen Partei vorzuschüssen sind, welche – wie durch die Stellung des entsprechenden Antrages bekundet – ein Interesse an der Beweiserhebung hat. Da Rechtsfolge bei unterlassener Leistung des Vorschusses grundsätzlich das Unterbleiben der Beweiserhebung ist (Art. 102 Abs. 3 ZPO), wäre es wenig zweckmässig, einer Partei die Vorschusspflicht aufzuerlegen, welche an der Beweiserhebung gerade nicht interessiert ist. Triftige Gründe, weshalb der klare Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergeben sollte, sind somit keine ersichtlich.
5. Da der Beschwerdeführer die Beweiserhebung, für welche er zur Zahlung eines Vorschusses aufgefordert wurde, nicht beantragt hat, lässt sich der vorliegende Sachverhalt somit nicht unter die Absätze 1 und 2 von Art. 102 ZPO subsumieren. Zu klären bleibt

damit in einem nächsten Schritt, ob sich der in Art. 102 Abs. 3 letzter Satz ZPO findende Vorbehalt für Streitigkeiten, in denen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat, daran etwas zu ändern vermag. Dies ist, wie die nachfolgenden Erwägungen aufzeigen, zu verneinen.

6. Art. 102 ZPO ist so gegliedert, dass die Absätze 1 und 2 regeln, wer und in welchem Umfang von der Vorschusspflicht erfasst wird, während sich Abs. 3 der Bestimmung mit der Rechtsfolge befasst. Der Vorbehalt in Satz 2 von Abs. 3 bezieht sich direkt auf den vorhergehenden Satz und nimmt somit ebenfalls nur auf die Rechtsfolge Bezug. Während in Verfahren, in welchen die Verhandlungsmaxime zum Tragen kommt (Art. 55 Abs. 1 ZPO) oder der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist (sog. beschränkte Untersuchungsmaxime), gestützt auf Art. 102 Abs. 3 Satz 1 ZPO die Beweiserhebung bei unterlassener Vorschussleistung unterbleibt, soll aufgrund des Vorbehaltes bei Streitigkeiten, in denen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat (sog. unbeschränkte Untersuchungsmaxime), diese Rechtsfolge nicht eintreten. Wenn es also um Kinderbelange geht – in welchen der Sachverhalt gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen zu erforschen ist – darf die vom Gericht als notwendig erachtete Beweiserhebung somit nicht von der Leistung eines entsprechenden Vorschusses abhängig gemacht werden (siehe auch Botschaft ZPO, S. 7295).
7. Da sich der Vorbehalt nach dem Gesagten lediglich auf die Rechtsfolge bezieht, führt er nicht dazu, dass sich der Kreis der Vorschusspflichtigen, wie er in den vorhergehenden Absätzen 1 und 2 definiert wird, auf Parteien erweitern könnte, welche die Beweiserhebung nicht beantragt haben. Mit anderen Worten besteht unabhängig davon, ob das Verfahren der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime unterliegt, keine gesetzliche Grundlage für das Verlangen eines Vorschusses von einer Partei, welche die fragliche Beweiserhebung ablehnt.
8. Im vorliegenden Fall hat der Gerichtspräsident zwar zu Recht keine Säumnisfolgen an das Nichtleisten des Kostenvorschusses geknüpft und unabhängig von der Leistung des Kostenvorschusses die Beweiserhebung angeordnet, doch hätte der Beschwerdeführer mangels entsprechendem Beweisantrag überhaupt nicht zu einer Vorschussleistung angehalten werden dürfen. Art. 102 ZPO, welcher im Sinne einer zivilprozessualen Spezialnorm die Voraussetzungen für das Verlangen eines Vorschusses im Bereich Beweiserhebungen abschliessend regelt, lässt hierzu kein Raum.
9. Dass der Beschwerdeführer im Endentscheid in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO allenfalls für die Hälfte oder einen grösseren Anteil der Gerichtskosten wird aufkommen müssen, vermag daran nichts zu ändern. So lässt sich dem Gesetz nämlich nicht entnehmen, dass die Pflicht zum Beweiskostenvorschuss in Verbindung zur voraussichtlichen Kostenliquidation zu bringen wäre. Dies würde ohnehin wenig Sinn ergeben, da grundsätzlich das Unterliegerprinzip zur Anwendung gelangt und im Stadium des Beweisverfahrens noch keine zuverlässigen Aussagen in Bezug auf den Verfahrensausgang gemacht werden können.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde somit gutzuheissen und Ziff. 6 Alinea 1 der Verfügung vom 1. Oktober 2014 ersatzlos aufzuheben.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.