

ZK 15 147, publiziert Juli 2015

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 19. Mai 2015

Besetzung

Oberrichter Bähler (Referent), Oberrichterin Grütter und Oberrichter Kiener
Gerichtsschreiberin Lauber

Verfahrensbeteiligte

X.,

Y.

vertreten durch Fürsprecher Z.

Gesuchsgegner/Beschwerdeführer

gegen

U.,

V.

vertreten durch Rechtsanwalt W.

Gesuchsteller/Beschwerdegegner

Gegenstand

Kostenentscheid im vorsorglichen Massnahmeentscheid

Regeste:

- Art. 104 Abs. 3 ZPO; Art. 4 ZGB
- Art. 104 Abs. 3 ZPO ist auf Fälle zugeschnitten, in denen im Rahmen eines hängigen Hauptprozesses vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden. Die Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO muss in solchen Massnahmeentscheiden deshalb stets in Betracht gezogen werden, ansonsten eine Ermessensunterschreitung vorliegt.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Beschwerdegegner beantragten vor erster Instanz, den Beschwerdegegnern sei vorsorglich gerichtlich zu untersagen, während der Dauer der Rechtshängigkeit des Hauptverfahrens über die Liegenschaft K. ohne Zustimmung der Beschwerdegegner zu verfügen und die entsprechende Grundbuchsperrung sei im Grundbuch anmerken zu lassen. Die Beschwerdeführer verzichteten auf eine formelle Stellungnahme zum Gesuch, da sie zurzeit weder die Absicht

hätten, das Objekt zu veräussern, noch die bestehende Pfandbelastung zu erhöhen. Die beantragte vorsorgliche Massnahme störe sie demnach nicht. Mit vorliegend angefochtenem Entscheid bestätigte die Vorinstanz das superprovisorisch angeordnete Verbot sowie die Grundbuchsperrung und auferlegte die Prozesskosten des Massnahmeverfahrens den Beschwerdeführern. Die Beschwerdeführer zeigten sich mit dem Kostenentscheid nicht einverstanden.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

III. Materielles

(...)

1. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Bst. a) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Bst. b). Vorsorgliche Massnahmen können vor oder während der Rechtshängigkeit eines Verfahrens in der Hauptsache verlangt werden (vgl. Art. 263 ZPO). Mit dem Gesuch wird ein eigenständiges summarisches Verfahren in Gang gesetzt (Art. 248 Bst. d ZPO). Ein Entscheid in diesem Verfahren ist - sofern der Streitwert erreicht ist - mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 Bst. b i.V.m. 308 Abs. 2 ZPO). Grundsätzlich sind mit dem Entscheid im Massnahmeverfahren auch die Prozesskosten dieses Verfahrens zu liquidieren (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen kann jedoch auch zusammen mit der Hauptsache entschieden werden (Art. 104 Abs. 3 ZPO). Mit der „Kann“-Bestimmung verweist das Gesetz auf das richterliche Ermessen. Das Gericht hat in einem solchen Fall seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen (Art. 4 ZGB).
2. Kostenentscheide sind selbstständig (nur) mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 ZPO). Mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 Bst. a und b ZPO). In Bezug auf die Überprüfung der Rechtsanwendung durch die Rechtsmittelinstanz deckt sich die Beschwerde mit der Berufung (Art. 310 Bst. a ZPO; Art. 320 Bst. a ZPO). Im Gegensatz zu anderen Gesetzen (Art. 450a ZGB, Art. 49 VwVG, Art. 66 VRPG) sieht die ZPO die Möglichkeit der Rüge der Unangemessenheit nicht ausdrücklich vor. Diese gilt jedoch als in der Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung enthalten (vgl. REETZ/THEILER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2013, N. 6 und 36 zu Art. 310 ZPO). Die Überschreitung und der Missbrauch des Ermessens stellen ohnehin Rechtsverletzungen dar (so ausdrücklich Art. 49 Bst. a VwVG). Uneinigkeit besteht in der Literatur einzig darüber, ob die Rechtsmittelinstanz bei der Angemessenheitsprüfung Zurückhaltung üben und nicht ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzen soll (so MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 8 zu Art. 310 ZPO; a.M. u.a. DEMIAN STAUBER, in: KUNZ/HOFFMANN-NOVOTNY/STAUBER

[Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 10 zu Art. 310 ZPO, mit Hinweisen auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen).

3. Vorliegend ist demnach zu prüfen, ob die Vorinstanz ihr Ermessen bei der Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO korrekt ausgeübt hat. Dies ist zu verneinen:

In der Entscheidungsbegründung fehlt ein Hinweis auf Art. 104 Abs. 3 ZPO gänzlich, obschon diese Bestimmung gerade auf den hier vorliegenden Fall zugeschnitten ist, wo im Rahmen eines hängigen Hauptprozesses eine vorsorgliche Massnahme angeordnet wird (STERCHI, in: Berner Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 10 zu Art. 104 ZPO). Die Vorinstanz hat das Massnahmeverfahren in Bezug auf die Kostenliquidation nach dem gleichen Schema behandelt wie jeden anderen Zivilprozess. Dies geht nicht an. Es liegen besondere Umstände vor, welche es geboten hätten, die Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO in Betracht zu ziehen. Indem sich die Vorinstanz mit der Anwendbarkeit von Art. 104 Abs. 3 ZPO mit keinem Wort auseinandergesetzt, unterschritt sie ihr Ermessen, was eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung darstellt (STERCHI, in: Berner Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 8 zu Art. 310 ZPO; REETZ/THEILER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 35 zu Art. 310 ZPO; STAUBER, a.a.O., N. 9 zu Art. 310 ZPO; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, N. 21 zu Art. 66 VRPG). Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.

4. Sofern die Rechtsmittelinstanz eine Beschwerde gutheisst, hebt sie nach Art. 327 Abs. 3 ZPO den Entscheid auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück (Bst. a) oder sie entscheidet neu, wenn die Sache spruchreif ist (Bst. b). Die vorliegende Sache ist spruchreif, so dass ein reformatorischer Entscheid zu treffen ist. Dabei entscheidet die Rechtsmittelinstanz nach ihrem eigenen Ermessen, nachdem die Vorinstanz ihr Ermessen nicht ausgeübt hat.
5. Gemäss STERCHI ist es regelmässig angebracht, die Kosten des Massnahmeverfahrens erst zusammen mit dem Endentscheid in der Hauptsache zu liquidieren, wenn - wie vorliegend - vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des hängigen Hauptprozesses angeordnet werden (STERCHI, in: Berner Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 10 zu Art. 104 ZPO; vgl. auch VIKTOR RÜEGG, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 6 zu Art. 104 ZPO; DAVID JENNI, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar-ZPO, a.a.O., N. 9 zu Art. 104 ZPO, welche sich gleichermassen für die Verteilung der Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen in der Regel mit dem Endentscheid in der Hauptsache aussprechen). Dieser Auffassung ist beizupflichten. Wird eine vorsorgliche Massnahme zum Schutz eines - wie sich schliesslich herausstellt - nicht bestehenden Anspruchs angeordnet, wäre es unbillig, die Partei, die letztlich im Recht war, mit Kosten für eine vorsorgliche Massnahme zu belasten, welche in einem Verfahren mit beschränkten Beweismitteln (Art. 254 ZPO) und beschränktem Beweismass (Art. 261 ZPO) angeordnet wurde. Im vorliegenden Fall kommt zusätzlich hinzu, dass sich die Beschwerdeführer dem nur rudimentär, namentlich ohne Geltendmachung einer konkret drohenden Gefahr einer Veräusserung des streitigen Grundstücks, begründeten Gesuch (vgl. p. 25) offensichtlich nur deshalb nicht widersetzen, weil sie mangels Verkaufsabsichten davon nicht betroffen waren (vgl. Ziff. 1 der Stellungnahme vom 18. Dezember 2014; p. 51), und nicht, weil sie der Argumentation der Beschwerdegegner nichts hätten entgegensetzen können. Sie verhielten sich im Sinne der Prozessökonomie vernünftig. Es wäre unbillig

und würde der unnötigen Ausweitung von Prozessen Vorschub leisten, wenn jemand für ein solches Verhalten mit Kostenfolgen „bestraft“ würde, obschon das Prozessrecht eine andere Lösung ermöglicht (Art. 104 Abs. 3 ZPO).

6. Bei Ermessensausübung nach den Grundsätzen von Art. 4 ZGB sind in einem Fall wie dem vorliegenden die Kosten des Massnahmeverfahrens deshalb erst zusammen mit der Hauptsache und nicht schon im Massnahmeentscheid zu liquidieren. Die angefochtenen Ziff. 3 und 4 des vorinstanzlichen Entscheids vom 6. Januar 2015 sind somit aufzuheben und die Vorinstanz wird angewiesen, über die Kosten des Massnahmeverfahrens CIV 14 7923 erst mit dem Entscheid in der Hauptsache CIV 14 7921 zu entscheiden.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.