

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 24 235

Bern, 9. September 2024

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichterin Falkner und
Oberrichter Zbinden
Gerichtsschreiber Demont

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Fürsprecher B. _____
Beklagter/Beschwerdeführer

gegen

C. _____
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. D. _____
Kläger/Beschwerdegegner

E. _____
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. D. _____
Kläger/Beschwerdegegner

Gegenstand

Kostenentscheid

Beschwerde gegen die Verfügung des Regionalgerichts Bern-
Mittelland vom 27. Februar 2024 (CIV 22 1414)



Erwägungen:

I.

1. Zwischen den Parteien und weiteren Familienangehörigen bestehen seit Jahrzehnten erbrechtliche Streitigkeiten. Bei den Brüdern F._____ und E._____ (nachfolgend: Kläger oder Beschwerdegegner) handelt es sich um die Nacherben im Nachlass von G._____ aus dem Nachlassvermögen der Vorerbin H._____. Mit Entscheid des Obergerichts vom 24. Juli 2015 wurden die Brüder I._____ und J._____ gestützt auf eine Erbschaftsklage verurteilt, den Klägern unter solidarischer Haftbarkeit einen Betrag von CHF 345'775.45 nebst Zins zu 5 % seit 5. Dezember 2008 zu bezahlen (ZK 15 111). Die Kläger leiteten gegen J._____ eine Betreibung ein (Betreibung Nr._____ des Betreibungsamtes Bern-Mittelland), welche im Jahr 2021 mit einem Verlustschein über CHF 635'027.50 endete.
2. A._____ (nachfolgend: Beklagter oder Beschwerdeführer) und K._____ sind die Söhne von J._____. Die Kläger machen geltend, J._____ habe seinen Söhnen Stammanteile an der L._____ GmbH in Bern schenkungsweise übertragen, um sich seiner Zahlungspflicht zu entziehen.
3. Mit Klage gemäss Art. 285 ff. SchKG vom 10. März 2022 (pag. 1 von Band I [I 1] ff.) beantragten die Kläger vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland, der Beklagte sei zu verurteilen, in der Betreibung Nr._____ des Betreibungsamtes Bern-Mittelland die Verwertung der ihm übertragenen 34 Stammanteile an der L._____ GmbH in Bern bis zu einem Maximalbetrag von CHF 635'027.50 zu dulden (Rechtsbegehren [RB] 1), eventuell den Klägern in diesem Umfang Wertersatz zu leisten (RB 2).
4. Kurz zuvor, am 7. März 2022, hatten die Kläger vor Kantonsgericht Zug eine entsprechende Klage gegen den Bruder des Beklagten, M._____, anhängig gemacht. Im Verfahren vor Regionalgericht Bern-Mittelland stellten sie den Verfahrensantrag (RB 3), das Verfahren sei bis zum rechtskräftigen Abschluss des in der gleichen Sache beim Kantonsgericht Zug hängigen Verfahrens der Kläger gegen M._____ zu sistieren, und es sei dem Beklagten einstweilen keine Frist zur Klagebeantwortung anzusetzen.
5. Diesem Antrag kam die Vorrichterin nach und verfügte am 16. März 2022 neben einem Gerichtskostenvorschuss von CHF 24'800.00 (Verfügungsziffer 3) die Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des in der gleichen Sache beim Kantonsgericht Zug hängigen Verfahrens der Kläger gegen M._____ (pag. I 19 f.). Diese Verfügung, nicht aber die Klageschrift, wurde dem Beklagten zugestellt.
6. Mit Verfügung vom 7. April 2022 erstreckte die Vorrichterin auf Ersuchen der Kläger hin die Frist zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses bis zur Aufhebung der Sistierung des Verfahrens (pag. I 31).

7. Am 22. April 2022 bat der Beklagte darum, ihm bzw. seinem Rechtsvertreter die Klageschrift samt Beilagen trotz Sistierung zu senden (pag. I 35). Diesem Ersuchen kam die Vorrichterin gleichentags nach und forderte eine Anwaltsvollmacht (pag. I 37), welche Fürsprecher B._____ am 26. April 2022 einreichte (pag. 41).
8. Am 9. Januar 2024 reichte der Beklagte beim Regionalgericht ein «Gesuch um Nichteintreten» auf die Klage vom 10. März 2022 ein. Er beantragte, auf die Klage kostenpflichtig nicht einzutreten (RB 1), ersuchte um Aufhebung der Sistierung (Verfahrensantrag 1), ersuchte um die Verpflichtung der Kläger zur Leistung des Kostenvorschusses (Verfahrensantrag 2) und verlangte eventuell, ihm sei Frist zur Klageantwort zu setzen (pag. I 83 ff.). Er legte dar, nach dem abweisenden Urteil des Obergerichts Zug sei das schutzwürdige Interesse der Kläger am vorliegenden Verfahren entfallen. Die Parteientschädigung legte er ins Ermessen des Gerichts, wobei er sich auf einen Tarifrahmen von CHF 19'700.00 bis CHF 59'000.00 und auf ausserordentlich hohen Aufwand berief (pag. I 95).
9. Die Vorrichterin hob die Sistierung mit Verfügung vom 16. Januar 2024 auf, stellte das «Gesuch um Nichteintreten» den Klägern zu, forderte diese zur Vorschussleistung auf und setzte ihnen Frist zur Stellungnahme zur Fortsetzung des Verfahrens (pag. I 101 f.).
10. Mit Schreiben vom 6. Februar 2024 zogen die Kläger die Klage zurück. Sie beantragten, die Gerichtskosten seien den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und es sei keine Parteientschädigung zuzusprechen. Das «Gesuch um Nichteintreten» des Beklagten sei abzuweisen (pag. I 109 ff.). Sie begründeten, dass das Zuger Verfahren mittlerweile vor dem Bundesgericht hängig sei, dass nach wie vor ein Interesse an der Klärung der Fragen vor den durch den Zuger Entscheid nicht gebundenen Bernischen Gerichten bestehe und ein Nichteintreten auf die Klage nicht begründet sei. Die Klage gegen A._____ werde aber zurückgezogen.
11. Am 15. Februar 2024 beantragte der Beklagte eine Prozesskostensicherheit in der Höhe von mindestens CHF 39'350.00 (pag. I 121 ff.).
12. Gleichentags wiederholte er ein «Gesuch um Nichteintreten» auf die Klage, diesmal mit der Begründung, aufgrund des fehlenden Wohnsitzes von C._____ bestünden Zweifel an dessen Identität, womit eine Partei nicht genau bezeichnet sei (pag. I 137 ff.).
13. Mit Verfügung vom 27. Februar 2024 (pag. I 149) stellte die Vorrichterin den Rückzug der Klage fest und schrieb das Verfahren infolgedessen ab (Dispositivziffern 1 und 5). Das Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung des Beklagten vom 15. Februar 2024 wies sie ab und erhob hierfür keine Gerichtskosten (Dispositivziffer 4). Die Kosten des Klageverfahrens, bestimmt auf CHF 4'400.00, auferlegte sie den Klägern (Dispositivziffer 6). Sodann verfügte sie, dass jede Partei ihre eigenen Parteikosten trägt (Dispositivziffer 7). Die schriftliche Begründung dieser Verfügungen datiert vom 19. April 2024 (pag. I 167 ff.).

14. Gegen die vorinstanzliche Verfügung reichte der Beklagte zwei Beschwerden ein. Die eine richtet sich gegen Dispositivziffer 7 (Festsetzung der Parteientschädigung, pag. I 191 ff.). Der Beklagte beantragt nebst der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids, die Kläger seien verurteilt, ihm eine Parteientschädigung von mindestens CHF 39'350.00 zu bezahlen. Das Kostenbeschwerdeverfahren wurde unter der Verfahrensnummer ZK 24 235 geführt.

Die andere Beschwerde (pag. II 1 ff.) richtet sich gegen die Abweisung des beklagischen Gesuchs um Sicherstellung der Parteikosten (Dispositivziffer 4). Dieses Beschwerdeverfahren trägt die Verfahrensnummer ZK 24 177. Hier beantragt der Beklagte neben der Aufhebung der genannten vorinstanzlichen Verfügung die Sicherstellung der geforderten vorinstanzlichen Parteientschädigung von mindestens CHF 39'350.00 (RB 2) und stellt gleichzeitig ein Gesuch um Sicherstellung der oberinstanzlichen Parteientschädigung im Umfang von CHF 19'350.00 (RB 3).

15. Die Kläger schlossen bezüglich der Kostenbeschwerde auf Abweisung, soweit darauf einzutreten sei (pag. I 279 ff., Eingabe vom 3. Juni 2024). Im Beschwerdeverfahren gegen die Abweisung des Gesuchs um Prozesssicherheit beantragen sie die vollumfängliche kostenpflichtige Abweisung (pag. II 85 ff., Eingabe vom 20. Juni 2024).
16. Die Parteien reichten in beiden Verfahren ihre Kostennoten ein (pag. I 298, I 303, II 103, II 111 f.).

II.

17. Erstinstanzliche Kostenentscheide sind selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 i.V.m. Art. 319 Bst. b Ziff. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Entscheide über die Leistung von Sicherheiten sind ihrerseits mit Beschwerde anfechtbar (Art. 103 ZPO).
18. Aufgrund eines Missverständnisses wurde vom Obergericht zuerst nicht erkannt, dass zwei verschiedene Beschwerden gegen die vorinstanzliche Verfügung eingereicht worden waren. Deshalb wurde der Schriftenwechsel in den beiden Verfahren separat und zeitlich gestaffelt durchgeführt. Die Vereinigung der Beschwerden und deren Beurteilung in einem einzigen Entscheid ist jedoch möglich und erweist sich als den Prozess vereinfachend (Art. 125 Bst. c ZPO). Die beiden Verfahren werden deshalb vereinigt und mit einem einzigen Entscheid unter der Verfahrensnummer ZK 24 235 abgeschlossen.
19. Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind für die Beurteilung eines mit Beschwerde weitergezogenen Entscheids zuständig (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] und Art. 28 Abs. 1 Bst. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Entscheidungsfindung erfolgt in Dreierbesetzung (Art. 3 ZPO i.V.m.

Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

20. Die Dauer der Frist für die Beschwerden gegen Kostenentscheide ist umstritten (Urteil des Bundesgerichts 5A_120/2016 vom 26. Mai 2016 E. 2; 10 Tage). Nach obergerichtlicher Praxis richtet sich die Beschwerdefrist gegen Kostenentscheide nach der für die Hauptsache geltenden Frist (publiziertes Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 22 15 vom 23. Dezember 2022 E. 4.3). Wie dem auch sei, wurden die Fristen durch die Beschwerden vom 6. Mai 2024 auf jeden Fall eingehalten.

III.

Zum Kostenentscheid

21.

- 21.1 Die **Vorinstanz** begründete ihren Kostenspruch wie folgt:

Infolge Klagerückzugs seien die Kläger unterliegend. Grundsätzlich hätten die Kläger dem Beklagten deshalb auch dessen Parteikosten zu ersetzen, wenn ihm denn solche entstanden wären. Da im vorliegenden Verfahren jedoch die prozessualen Gegebenheiten zu keinem Zeitpunkt Aufwände jeglicher Art vom Beklagten verlangt hätten, sei ihm für seine objektiv unnötigerweise und vielmehr auf Vorrat getätigten Aufwände kein Parteikostenersatz zuzusprechen. Deshalb erachte es das angerufene Gericht als angemessen, wenn somit jede Partei ihre eigenen Parteikosten trage (mit Hinweis auf Art. 108 ZPO, pag. I 183). Weiter vorn in ihrer Begründung bezeichnete die Vorinstanz das Gesuch um Prozesskostensicherheit als aussichtslos. Dessen Einreichung sei als unnötiger Aufwand zu qualifizieren und dieser vom Beklagten allein zu tragen (pag. I 173).

- 21.2 Sich tatsächlich auf die vorinstanzlich festgesetzte Höhe der Parteientschädigung beziehend, wird vom **Beschwerdeführer** konkret Folgendes vorgebracht (S. 30 ff. der Beschwerdeschrift, pag. II 59):

Ein Abweichen von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO sei nicht gerechtfertigt. Der von ihm getätigte Aufwand sei nicht «objektiv unnötig» gewesen. Der Anwalt unterliege nach Art. 12 Bst. a BGFA einer strengen Haftung. Ein Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht des Anwalts liege auch vor, wenn er völlig passiv bleibe. Eine völlige Passivität verlange aber die Vorinstanz. Hier sei es um einen hohen Streitwert gegangen. Die anwaltliche Sorgfaltspflicht habe verlangt, dass er Einblick in die Klage verlangte. Rund zwei Jahre ohne Kenntnis des genauen Inhalts der Klage zu bleiben hätte der anwaltlichen Sorgfaltspflicht widersprochen. Der Anwalt habe im Auftrag des Mandanten selber aktiv in der Sache tätig werden müssen und habe nicht einfach passiv bleiben können, auch wenn das Verfahren vorerst sistiert war (pag. II 63).

Auch das unaufgeforderte «Gesuch um Nichteintreten» sei nötig gewesen. Er sei nicht der Vorinstanz, sondern seiner Klientschaft verpflichtet gewesen. Der Vor-

wurf, er hätte den Entscheid des Obergerichts (des Kantons Zug) der Vorinstanz zur Kenntnis bringen können (mit Verweis auf S. 4 des angefochtenen Entscheids), sei deshalb unzutreffend. Er habe im Interesse des Mandanten ein Nichteintretensgesuch und ein Gesuch um Sicherstellung vorgenommen (pag. II 65).

Schliesslich sei auch das Gesuch um Prozesskostensicherheit nicht unnötig gewesen, denn eine Sicherheit werde nur auf Antrag gesprochen (pag. II 67).

Der Beschwerdeführer moniert sodann, seine Gesuche seien der Gegenpartei nicht zur Stellungnahme zugestellt worden (pag. II 69), und die Rechtsmittelbelehrung (Frist 10 Tage) sei falsch gewesen, was bei ihm beträchtliche finanzielle Mehraufwendungen durch zusätzliche Rechtsabklärungen verursacht habe. Das sei bei der Kostenverlegung im Rechtsmittelverfahren mit zusätzlichen CHF 10'000.00 zu berücksichtigen (pag. II 71 f.).

- 21.3 Die **Beschwerdegegner** halten den vorinstanzlichen Entscheid für richtig. Es habe für den Beschwerdeführer keine Notwendigkeit zu anwaltlichen Handlungen gegeben. Das Gericht könne nach Art. 108 ZPO wegen unnötigen Aufwands und nach Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO bei Abschreibung wegen Gegenstandslosigkeit von Art. 106 ZPO abweichen. Der Entscheid der Vorinstanz liege in ihrem Ermessensbereich. Unnötiger Aufwand liege zudem nicht im Interesse der Klientschaft. Das Kautionsgesuch sei materiell ungerechtfertigt gewesen (pag. II 85 ff.).

22.

- 22.1 Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO). Unnötige Prozesskosten hat sodann zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO).
- 22.2 Gemäss Art. 5 Abs. 1 PKV liegt der Tarifrahmen für Verfahren mit einem Streitwert über CHF 600'000.00 bis CHF 1 Mio. zwischen CHF 19'700.00 bis CHF 59'000.00. Bei einer Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil (Vergleich, Abstand, Klagerückzug usw.) beträgt das Honorar 25 bis 100 Prozent dieses Honorars (Art. 8 PKV). Der Beklagte machte und macht einen Parteikostenersatz von CHF 39'350.00 geltend.
- 22.3 Da die Kostenfolgen eines Klagerückzugs in Art. 106 Abs. 1 ZPO ausdrücklich geregelt sind, greift das Ermessen von Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO nicht, obwohl durch den Klagerückzug das Verfahren gegenstandslos wird. Die Kläger gelten somit als unterliegend und werden grundsätzlich kostenpflichtig. Der Ersatz der Parteikosten setzt allerdings voraus, dass der Gegenpartei Aufwand entstanden ist, der nicht unnötig war. Unnötiger Aufwand generiert unnötige Kosten, die gemäss Art. 108 ZPO vom Verursacher zu tragen sind. Die Vorrichterin erkannte beim Beklagten nur unnötigen Aufwand und verneinte einen Entschädigungsanspruch.
- 22.4 Ob Prozesskosten unnötig sind, ist im Lichte dessen zu würdigen, was eine lege artis prozessierende Partei getan hätte. Erst nachträglich gewonnenen Erkenntnissen darf hingegen nicht Rechnung getragen werden. Unnötig können Kosten sein,

die dadurch entstehen, dass die obsiegende Partei mit einzelnen Vorbringen oder unselbständigen Begehren unterliegt. In dieser Konstellation kann eine obsiegende Partei neben einem Gerichtskostenanteil auch mit einer Parteientschädigung zugunsten der unterlegenen Partei belastet werden (DIKE-Kommentar ZPO, Urwyler/Grütter, N. 1 zur Art. 108).

- 22.5 Der Verfahrensablauf vor Vorinstanz gestaltete sich wie folgt: Das Verfahren wurde sofort mit Klageeinreichung sistiert. Auf Antrag des Beklagten vom 9. Januar 2024 wurde es am 16. Januar 2024 wieder an die Hand genommen. Mit Verfügung dieses Datums wurden die Kläger aufgefordert, sich zur Fortsetzung des Verfahrens zu äussern. Daraufhin zogen diese die Klage am 6. Februar 2024 zurück, womit das Verfahren gegenstandslos wurde. Die Vorrichterin gab den Parteien davon mit Abschreibungsverfügung am 27. Februar 2024 Kenntnis.
- 22.6 Das Gericht setzte dem Beklagten keine Frist zur Stellungnahme bezüglich der Kostenfolgen des Klagerückzugs an, weil er sich bereits anderweitig zu den Kostenfolgen geäussert hatte. Der Beklagte rügt dies nicht. Er hatte (unaufgefordert) das Zusprechen einer Parteientschädigung «im mittleren Bereich» des Tarifr Rahmens beantragt, und die Vorrichterin prüfte sein Ansinnen, so dass gegen ihr Vorgehen nichts einzuwenden ist.
- 22.7 Der Beklagte wurde im Verlauf des Verfahrens viermal tätig: Über seine Kanzlei liess er am 22. April 2022 die Klageschrift anfordern (pag. I 35), am 9. Januar 2024 beantragte er gekleidet in ein «Gesuch um Nichteintreten» die Wiederanhandnahme des Verfahrens (pag. I 81), und während laufender Frist zur Stellungnahme der Klägerschaft zum Fortgang des Verfahrens reichte er zuerst, am 15. Februar 2024, ein Gesuch um Prozesskostensicherheit ein, und beantragte sodann am 19. Februar 2024 (nochmals) Nichteintreten auf die Klage.
- 22.8 Zurecht erkannte die Vorinstanz darin unnötigen Aufwand:
- Dem Beklagten war unbenommen, Einblick in die Klage zu verlangen. Zudem wurde mit der Zustellung der Klage die Rechtsfolge von Art. 65 ZPO beseitigt, so dass den Klägern fortan ein Klagerückzug ohne Abstandsfolge verwehrt war. Dies lag wohl im Interesse des Beklagten. Allerdings löste es keinen anwaltlichen Aufwand aus, erfolgte und genügte dafür doch ein Telefon des Anwaltssekretariats. In den Inhalt der Klage brauchte sich der Beklagte zu diesem Zeitpunkt noch nicht zu vertiefen.
- 22.9 Worum es sich prozessual beim «Gesuch um Nichteintreten» handelt, bleibt unklar. Damit wurde offensichtlich der Schriftenwechsel (unaufgefordert) wieder aufgenommen. Ein «Gesuch» im Rahmen des Schriftenwechsels ist gesetzlich nicht vorgesehen. Die Eingabe hätte wohl als Klageantwort behandelt werden müssen. Darin lag für den Beklagten ein gewisses Risiko, äusserte er sich doch materiell nicht zur Sache, was im Falle des Eintretens durch das Gericht zu Rechtsverlust hätte führen können, falls das Gericht keinen zweiten Schriftenwechsel angeordnet hätte. Weil das Verfahren gegenstandslos wurde, brauchte die Vorinstanz diese Frage nicht zu klären. Wie dem auch sei, erfolgte die Eingabe während sistiertem Verfahren unaufgefordert und damit auf eigenes Risiko. Erwies sich das während der Sistierung eingereichte Schriftstück nach der Aufhebung der Sistierung infolge Gegen-

standslosigkeit des Verfahrens als obsolet, lag das Kostenrisiko dafür beim Beklagten. Gerechtfertigt war einzig das Ersuchen um Wiederanhandnahme des Verfahrens, ein Ersuchen, das jede Partei jederzeit stellen kann. Darüber zu entscheiden ist dann Sache des Gerichts, mit den entsprechenden Rechtsmittelmöglichkeiten (Art. 126 ZPO). Das Ersuchen um Wiederanhandnahme bedingt nur einen sehr geringen anwaltlichen Aufwand.

- 22.10 Das erneute Begehren um Nichteintreten war sowohl überschüssend, da bereits gestellt, wie auch verfrüht, da seitens der Klägerschaft noch eine Frist zur Stellungnahme lief. Dringliche Gründe für die Eingabe sind nicht ersichtlich. Da die Prozessleitung beim Gericht liegt, war die voreilige Intervention des Beklagten betreffend «Nichteintreten» während laufender Frist der Gegenpartei wiederum eine Handlung, welche er auf eigenes Kostenrisiko hin vornahm. Sie erwies sich als unnötig, da nach dem Rückzug einer Klage die Eintretensvoraussetzungen nicht mehr geprüft werden.

23.

- 23.1 Etwas anders gelagert verhält es sich mit dem Gesuch um Prozesskostensicherheit. Dieses wurde zwar erst nach eingetretener Gegenstandslosigkeit infolge Klagerückzugs gestellt, doch war diese dem Beklagten noch nicht bekannt gegeben worden, so dass dem Beklagten dieser Umstand nicht entgegengehalten werden kann. Richtig ist zudem das Argument des Beklagten, dass die Kautionsierung an einen Antrag der beklagten Partei gebunden ist. Das Gesuch war deshalb, anders als die anderen Eingaben, nicht offensichtlich unnötig bzw. verfrüht oder verspätet. Zu prüfen sind deshalb die Erfolgsaussichten. Sind diese nicht gegeben, so liegt die Kostenpflicht beim Beklagten.

- 23.2 Die **Vorinstanz** begründete die Abweisung des Gesuchs um Prozesskostensicherheit wie folgt:

Der Beschwerdeführer begründe seinen Antrag mit einer erheblichen Gefährdung der Parteientschädigung und mit fehlendem Wohnsitz des Klägers C._____. Aus dem Schreiben des Betreibungsamts N._____ vom 12. Februar 2024 gehe nur hervor, dass C._____ gemäss Abklärungen des Betreibungsamtes an der angegebenen Adresse in O._____ nicht wohnhaft und bei der Einwohnerkontrolle nicht gemeldet sei. Dass C._____ keinen Wohnsitz in der Schweiz habe, sei damit nicht belegt und nicht zu vermuten. Der Beklagte nenne überdies konkret kein Land, in welches er verzogen sein solle, so dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass selbst bei fehlendem Schweizer Wohnsitz eine Sicherstellung der Parteientschädigung in Anwendung eines Staatsvertrages verunmöglicht wäre. Die angerufenen «anderen Gründe» muteten konstruiert an. Schliesslich bildeten die Kläger als (Nach)Erben eine notwendige Streitgenossenschaft. Für E._____ werde ein Kautionsgrund nicht substantiiert behauptet.

- 23.3 Der **Beschwerdeführer** äussert sich in seiner Kostenbeschwerde nicht zu den Erfolgsaussichten seines Gesuchs um Prozesskostensicherheit. Er tut dies aber auf den S. 25 ff. seiner Beschwerde gegen die Abweisung des Sicherheitsgesuchs (pag. II 239 ff.). Er wiederholt, dass C._____ in einem anderen Verfahren ein

Zahlungsbefehl an der angegebenen Adresse nicht habe zugestellt werden können. Er schliesst daraus, dass es an einem Wohnsitz fehle (Art. 99 Abs. 1 Bst. a ZPO). Zudem müssten die Beschwerdegegner im «Zuger Verfahren» CHF 64'347.60 bezahlen, was mit dem «Berner Verfahren» zusammengenommen CHF 104'000.00 übersteigen werde. Ein Betrag von CHF 52'000.00 sei für eine Einzelperson durchaus beachtlich. Demnach sei von einer «erheblichen Gefährdung der Parteientschädigung» im Sinn von Art. 99 Abs. 1 Bst. d ZPO auszugehen, welche für beide notwendigen Streitgenossen gegeben sei.

- 23.4 Die **Beschwerdegegner** schliessen sich der Vorinstanz an. Die Behauptungen des Beschwerdeführers bezüglich der Eintreibbarkeit der Parteientschädigungen im «Zuger Verfahren» seien unbegründet und würden nicht ausreichen, um einen Tatbestand nach Art. 99 Abs. 1 Bst. d ZPO glaubhaft zu machen. C._____ habe seinen Wohnsitz in der Schweiz, und der genannte Zahlungsbefehl habe ihm zugestellt werden können. In Anbetracht der notwendigen Streitgenossenschaft genüge es, wenn bei einem einzigen Streitgenossen kein Kautionsgrund gegeben sei.
- 23.5 Die Vorinstanz hat das Gesuch um Prozesskostensicherheit abgewiesen. Richtig besehen wurde der Antrag auf Prozesskostensicherheit mit der Gegenstandslosigkeit des Hauptverfahrens ebenfalls obsolet. Die Prozesskostensicherheit bezieht sich auf Parteikosten, die in einem hängigen Verfahren anfallen werden. Daran fehlte es nach dem Klagerückzug. Das Kautionsgesuch lief deshalb von Beginn weg ins Leere (was dem Beklagten, der über die Gegenstandslosigkeit noch nicht informiert war, nicht vorgeworfen werden kann). Darauf wäre nicht einzutreten gewesen. Zur Beurteilung der Kostenliquidation jedoch musste die voraussichtliche Beurteilung des Ansinnens kurz geprüft werden. Mit ihren ausführlichen Überlegungen mit Blick auf die Abweisung ist die Vorinstanz diesem Erfordernis nachgekommen.
- 23.6 Zu prüfen ist vorab, ob die Kläger eine notwendige Streitgenossenschaft bilden, um zu entscheiden, ob bei beiden Klägern ein Kautionsgrund vorliegen muss. Den Klägern wurde in einem erbrechtlichen Prozess ein gewisser Betrag gemeinsam zugesprochen. Wenn sie ihn jetzt geltend machen, tun sie dies nicht mehr als Erbengemeinschaft, sondern als Berechtigte aus dem Entscheid des Obergerichts vom 24. Juli 2015 (welcher vom Bundesgericht nicht aufgehoben wurde).

Solidarität unter mehreren Gläubigern entsteht, wenn der Schuldner erklärt, jeden einzelnen auf die ganze Forderung berechtigen zu wollen (Art. 150 Abs. 1 OR); zu ergänzen ist: oder gestützt auf einen Gerichtsentscheid zu müssen. Das ist vorliegend mit Entscheid vom 24. Juli 2015 geschehen. Die Leistung an einen der Solidargläubiger befreit den Schuldner gegenüber allen (Art. 150 Abs. 2 OR). Der Schuldner hat die Wahl, an welchen Solidargläubiger er bezahlen will, solange er nicht von einem rechtlich belangt worden ist (Art. 150 Abs. 3 OR). Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass auch die Solidargläubiger jeder für sich entscheiden können, ob sie den Schuldner belangen wollen. Sie könnten auch einzeln vorgehen. Wenn sie gemeinsam handeln, handelt es sich somit nicht um eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinn von Art. 70 Abs. 1 ZPO, sondern um eine einfache Streitgenossenschaft nach Art. 71 ZPO. Damit ist Art. 99 Abs. 2 ZPO nicht an-

wendbar, wonach bei notwendiger Streitgenossenschaft nur dann Sicherheit zu leisten ist, wenn bei *allen* Streitgenossen eine der Voraussetzungen gegeben ist.

- 23.7 Soweit der Beklagte den Auffangtatbestand von Art. 99 Abs. 1 Bst. d ZPO anruft, so fehlt es dafür offensichtlich an den Voraussetzungen. Der Auffangtatbestand kann nicht strenger sein als die Voraussetzungen von Bst. b, welche Zahlungsunfähigkeit verlangen (Konkurseröffnung, Nachlassverfahren, Verlustscheine). Es genügt nicht, dass die klagenden Parteien mit anderen (hohen) Forderungen konfrontiert sind, insbesondere wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse der Klägerschaft völlig unbekannt sind. Gemäss Botschaft hatte der Gesetzgeber für den Auffangtatbestand etwa das sog. «asset stripping» vor Augen, bei dem sich die klagende Partei ihrer Aktiven entledigt. Vorliegend fehlt es an konkreten Hinweisen auf eine Gefährdung der Parteientschädigung.

C._____ wurde der Zahlungsbefehl zugestellt. Es gibt keine Hinweise darauf, dass er keinen Wohnsitz in der Schweiz hätte, so dass auch die Voraussetzungen von Art. 99 Abs. 1 Bst. a ZPO fehlen.

- 23.8 Die Prüfung der Aussichten des Gesuchs um Prozesskostenvorschuss zeigt somit, dass diese nicht intakt waren. Dem Gesuch wäre, falls es nicht gegenstandslos geworden wäre, kein Erfolg beschieden gewesen. Die Kosten für das chancenlose Gesuch bleiben gestützt auf Art. 108 ZPO aufseiten des Beklagten.
24. Insgesamt muss die Kostenbeschwerde des Beklagten deshalb gestützt auf Art. 108 ZPO abgewiesen werden. Der Aufwand, den er entschädigt haben will, war entweder unnötig oder ihm wohnten keine Erfolgschancen inne.

Zur Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs um Prozesskostensicherheit

25. Der **Beschwerdeführer** ficht die Abweisung seines Gesuchs um Prozesskostensicherheit an.
26. Die **Beschwerdegegner** bezweifeln das Vorliegen einer Beschwerdevoraussetzung. Der Zweck der Sicherheit sei mit dem Verfahrensausgang in der Hauptsache obsolet geworden, so dass es an einem schutzwürdigen Interesse fehle. Im Übrigen schliessen sie sich dem vorinstanzlichen Entscheid an.
27. Wie jeder Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz setzt der Anspruch auf Überprüfung des angefochtenen Entscheids durch die Rechtsmittelinstanz ein Interesse voraus (KUNZ/HOFMANN-NOWOTNY/STAUBER, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Basel 2013, N. 46 ff. zu Vor Art. 308 ff.). Dabei genügt die formelle Beschwerde (ein Antrag des Beschwerdeführers wurde nicht gutgeheissen) nicht, sondern es muss auch eine materielle Beschwerde gegeben sein: Der Rechtsmittelkläger muss an der Abänderung des Entscheids ein konkretes Interesse haben, weil der angefochtene Entscheid ihn in seiner Rechtsstellung trifft und für ihn eine rechtlich nachteilige Wirkung entfaltet. Auch muss das Interesse an der Aufhebung und Korrektur des Entscheids aktuell sein. Kein Rechtsschutzinteresse besteht, wenn die Änderung des Entscheids dem Rechtsmittelkläger keinen konkreten oder rechtlich

geschützten Vorteil verschaffen würde (KUNZ/HOFMANN-NOWOTNY/STAUBER a.a.O., N. 51 ff. zu Vor Art. 308).

28. Eine Prozesskostensicherheit soll künftigen Aufwand (Urteil des Bundesgerichts 4A_26/2013 vom 5. September 2013 E. 2.2) der beklagten Partei abdecken, wenn dessen künftiger Ersatz bei einem Obsiegen der beklagten Partei aus gewissen Gründen gefährdet erscheint. Die klagende Partei hat auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung unter gewissen, vom Gesetz genannten Voraussetzungen Sicherheit zu leisten (Art. 99 ZPO). Das Gericht setzt im Fall der Gutheissung des Antrags der klagenden Partei Frist zur Leistung der Sicherheit an (Art. 101 Abs. 1 ZPO). Die Sicherheit wird beim Gericht hinterlegt (Art. 100 ZPO). Die Leistung der Sicherheit für die Prozesskosten ist eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 Bst. f ZPO). Wird die Sicherheit nicht, auch nicht innert einer Nachfrist geleistet, so tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (Art. 101 Abs. 2 ZPO). Wird die Kostensicherheit geleistet, so rechnet das Gericht im Entscheid in der Sache im Rahmen der Kostenverlegung darüber ab: Schuldet der Kläger dem Beklagten eine Parteientschädigung, so entnimmt das Gericht den entsprechenden Betrag der hinterlegten Sicherheit und leitet sie dem Beklagten weiter; schuldet der Kläger dem Beklagten keine Parteientschädigung, erstattet das Gericht dem Kläger den hinterlegten Betrag.
29. Vorliegend ist das vorinstanzliche Verfahren in der Sache rechtskräftig abgeschlossen. Nach Beendigung des Verfahrens kann keine Prozessvoraussetzung mehr neu geschaffen werden. Ein Nichteintreten wegen Nichtleistung der Parteikostensicherheit ist sachlogisch ausgeschlossen. Es ist deshalb widersinnig, nach Beendigung eines Verfahrens auf einer Parteikostensicherheit zu insistieren. Dem Beklagten fehlt für diesen Antrag jegliches Rechtsschutzinteresse. Darauf ist nicht einzutreten.

Gesuch um Prozesskostensicherheit im Kostenbeschwerdeverfahren

30. Der Beschwerdeführer beantragt, die Beschwerdegegner seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verurteilen, ihm die im Rahmen des obergerichtlichen Verfahrens geschuldete Parteientschädigung gerichtlich sicherzustellen, mindestens im Umfang von CHF 19'350.00 (RB 3).
31. Mit dem Abschluss des Verfahrens und der Regelung der Kostenfolge wird dieser Prozessantrag gegenstandslos.
32. Im Übrigen kann festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer seinen Antrag in RB 3 nicht begründet, so dass darauf nicht hätte eingegangen werden können. Sodann bleibt zu bemerken, dass das Institut der Sicherheit – wie auch die Beschwerdegegner richtig erwähnen - der beklagten Partei vorbehalten ist, im Rechtsmittelverfahren also dem Beschwerde- oder Berufungsgegner. Der Beklagte hat hier die Rolle des Beschwerdeführers und ist deshalb nicht legitimiert, eine Prozesskostensicherheit zu verlangen. Eine einfache Überlegung macht dies offensichtlich: Die Nichtleistung führt zum Nichteintreten. Es läge nicht im Interesse

des Rechtsmittelklägers, dass die Gegenpartei das Eintreten auf das Rechtsmittel mangels Zahlung verhindern könnte.

IV. Kosten der Beschwerdeverfahren

33. Zu verlegen sind die Verfahrenskosten für die beiden nunmehr vereinigten Beschwerdeverfahren ZK 24 177 und 235. Der Streitwert beträgt in beiden Beschwerdeverfahren je CHF 39'350.00.
34. Inwiefern eine angeblich falsche Rechtsmittelbelehrung – der der Beschwerdeführer ohne Rechtsverlust nachgelebt hat – zu einer (höheren) Parteientschädigung führen sollte, ist nicht nachvollziehbar. Wie auch immer, hat der unterliegende Beschwerdeführer für die Kosten der Verfahren bzw. des Verfahrens aufzukommen (Art. 106 ZPO).
35. Die Gerichtskosten der Beschwerdeverfahren würden in Anwendung von Art. 46 Abs. 1 des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) grundsätzlich je CHF 2'000.00 betragen. Da die beiden Verfahren nun vereinigt wurden, können die Gerichtskosten auf insgesamt CHF 2'500.00 festgesetzt werden. Sie werden dem unterliegenden Beschwerdeführer zur Zahlung auferlegt und den von ihm in beiden Verfahren geleisteten Gerichtskostenvorschüssen von je CHF 2'000.00 entnommen. Der Überschuss von CHF 1'500.00 wird ihm zurückerstattet werden.
36. Die Beschwerdegegner haben Parteientschädigungen von CHF 1'830.15 (ZK 24 177) und CHF 1'822.35 (ZK 24 235, jeweils inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) beantragt. Dies liegt ohne weiteres im Tarifrahmen von Art. 7 i.V.m. Art. 5 der Parteikostenverordnung (PKV, BSG 168.811). Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegnern eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 3'652.50 zu leisten.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Verfahren ZK 24 177 und ZK 24 235 werden unter der Nummer ZK 24 235 vereinigt.
2. Die Kostenbeschwerde (ursprünglich ZK 24 177) wird abgewiesen.
3. Auf die Beschwerde i.S. Prozesskostensicherheit (ursprünglich ZK 24 235) wird nicht eingetreten.
4. Die Kosten der Beschwerdeverfahren, bestimmt auf CHF 2'500.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit von ihm in beiden Beschwerdeverfahren geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Der Überschuss von CHF 1'500.00 wird ihm aus der Gerichtskasse zurückerstattet.
5. Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegnern für die Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 3'652.50 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Zu eröffnen:
 - den ParteienMitzuteilen:
 - der Vorinstanz

Bern, 9. September 2024

Im Namen der 2. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Der Gerichtsschreiber:

Demont

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt mehr als CHF 30'000.00.