

HG 11 13, publiziert Juni 2011

Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern

vom 5. Mai 2011

Besetzung

Oberrichterin Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin)

Gerichtsschreiberin Kämpfen

Verfahrensbeteiligte

A.,

B.,

Gesuchsteller 1 und 2

gegen

ARGE, bestehend aus:

X.,

Y.,

Gesuchsgegner 1 und 2

sowie

Z.,

Gesuchsgegnerin 3

Regeste:

Art. 158 und 264 Abs. 1 ZPO; Anordnung einer Sicherheitsleistung im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Gesuchsteller 1 und 2 beantragten dem Handelsgericht gestützt auf Art. 158 ZPO eine Expertise zur Frage von Baumängeln an einem durch die Gesuchsgegner erstellten Bau anzuordnen; dieses Gesuch wurde gutgeheissen. In ihrer Gesuchsantwort verlangten Gesuchsgegner 1 und 2 die Leistung einer angemessenen Sicherheit, welche jedoch abgelehnt wurde.

Auszug aus den Erwägungen

(...)

III.

(...)

2. Sicherheitsleistung

a. Die Gesuchsgegner 1 und 2 stellen in ihrer Vernehmlassung vom 28. März 2011 (pag. 17 ff.) das Rechtsbegehren, die Gesuchsteller 1 und 2 seien im Sinne von Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 264 Abs. 1 ZPO gerichtlich zu verpflichten, eine angemessene, gerichtlich zu bestimmende Sicherheitsleistung zu leisten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung führen sie aus, dass den Gesuchstellern im Zusammenhang mit (...) [den erstellten Gebäuden] hohe Kosten entstanden seien und durch Einreichung des Gesuches vom 25. Februar 2011 ihnen nun auch noch hohe Prozesskosten entstehen würden, weshalb die finanzielle Belastung der Gesuchsteller hoch sei. Daher bestehe durchaus die Gefahr, dass sie im Falle eines Unterliegens nicht sämtliche Prozesskosten werden bezahlen können. Die Gesuchsteller beantragen in ihrer Stellungnahme vom 6. April 2011 die Abweisung dieses Begehrens (pag. 25 ff.).

b. Der Gesuchsteller hat die Kosten für die vorsorgliche Beweisabnahme (Gerichts- und Beweiskosten) vorzuschüssen (GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2010, N 9 zu Art. 159). Die Gesuchsteller haben einen Gerichtskostenvorschuss von Fr. 3'500.00 bezahlt. Nach Eingang des Voranschlags des vorgeschlagenen Experten für die Erstellung des Gutachtens wird bei den Gesuchstellern ein weiterer Vorschuss für das beantragte Gutachten einverlangt werden. Bei Abschluss der vorsorglichen Beweisführung werden die Kosten dem Gesuchsteller auferlegt. Diese kann er im Hauptprozess als Auslagen geltend machen (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 9.55; FELLMANN, a.a.O., N 37 zu Art. 158).

Damit tragen die Gesuchsgegner im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung bezüglich der Gerichtskosten kein Kostenrisiko. Faktisch beschränkt sich damit das Gesuch der Gesuchsgegner 1 und 2 auf die Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung.

c. Es stellt sich zunächst die Frage, ob dem Gesuchsgegner bei der vorsorglichen Beweisführung überhaupt einen Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht. Diesbezüglich wurden für die bisherigen kantonalen Verfahren der vorsorglichen Beweisführung unterschiedliche Meinungen vertreten. Im Kanton Bern ging man davon aus, der Gesuchsgegner habe Anspruch auf eine Parteientschädigung (FELLMANN, a.a.O., N 39 zu Art. 158). Auch für das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO werden in der Lehre unterschiedliche Ansichten vertreten. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER sind der Meinung, dass über eine Parteientschädigung der Gegenpartei erst im Hauptprozess entschieden werden könne, da im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung noch kein Obsiegen oder Unterliegen feststehe (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 9.55). FELLMANN hingegen bejaht ausdrücklich einen Anspruch der Gegenseite auf Parteientschädigung im Verfahren der vorsorglichen

Beweisführung, da sich diese auch gegen ihren Willen auf das Verfahren einlassen müsse und dieses nicht abwenden könne (FELLMANN, a.a.O., N 40 zu Art. 158).

Es ist nicht einsichtig, warum die Gegenseite in Verfahren der vorsorglichen Beweisführung keinen Anspruch auf Entschädigung ihres Aufwandes haben sollte. Eine Verlegung erst im Hauptprozess führt aufgrund des Umstandes, dass es nach einem Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nicht zwingend zu einem solchen kommen muss – dieses kann ja auch zur Abschätzung von Prozesschancen dienen (statt vieler SCHMID, in: Kurzkomentar ZPO, Oberhammer [Hrsg.], Basel 2010, N 6 zu Art. 158) – und dem Gesuchsteller auch keine Prosektionsfrist im Sinne von Art. 263 ZPO angesetzt wird (GUYAN, a.a.O., N 9 zu Art. 158), nicht in allen Fällen zu einer zufrieden stellenden Lösung. Daher ist davon auszugehen, dass im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung grundsätzlich ein Anspruch der Gegenseite auf Parteientschädigung besteht.

- d. Damit stellt sich weiter die Frage, ob die Gesuchsteller gerichtlich zu verpflichten sind, eine Sicherheitsleistung gemäss Art. 264 ZPO zu leisten.

Für die vorsorgliche Beweisführung sind die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen anzuwenden (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Artikel 264 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass das Gericht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit durch die gesuchstellende Partei abhängig machen kann. Diese Sicherheitsleistung dient als Kautions für einen eventuellen Schaden, welcher der Gegenpartei durch eine ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahme erwachsen könnte (HUBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2010, N 2 zu Art. 264). Die Lehre geht davon aus, dass bei der Bemessung der Sicherheitsleistung neben dem zu erwartenden Schaden auch die Prozesskosten der vorsorglichen Massnahme vollumfassend gedeckt sein müssen (HUBER, a.a.O., N 15 zu Art. 264; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2008, § 22 N 41). Allerdings ist die Interessenlage im Falle einer vorsorglichen Beweisführung nicht mit derjenigen im vorsorglichen Massnahmeverfahren vergleichbar. Während in Letzterem auf blosses Glaubhaftmachen eines Anspruches hin, Massnahmen verfügt werden, welche in einem Hauptprozess überprüft werden müssen bzw. bei ungenutztem Ablauf der Prosektionsfrist dahinfallen, beschränkt sich die vorsorgliche Beweisführung auf die Frage, ob ein Beweis vor dem dafür vorgesehenen Stadium im Prozess (Art. 231 ZPO) oder gar vor Rechtshängigkeit eines Verfahrens abgenommen wird. Nicht entschieden wird dabei über den Anspruch, den die gesuchstellende Partei im bereits rechtshängigen bzw. noch einzuleitenden Prozess geltend macht, ebenso wenig wie in diesem Prozess die Frage der Rechtmässigkeit der vorsorglichen Beweisabnahme überprüft wird. In diesem findet einzig die gerichtliche Beweiswürdigung auch der vorsorglich abgenommenen Beweise statt (GASSER/RICKLI, a.a.O., N 8 zu Art. 158). Damit ist nur sehr schwer eine Konstellation vorstellbar, in welcher einem Gesuchsgegner aus einer sich im Nachhinein als ungerechtfertigt herausstellenden vorsorglichen Beweisführung im Sinne von Art. 264 Abs. 2 ZPO ein Schaden erwächst. Ein Teil der Lehre verweist zwar auf die Anwendbarkeit von Art. 264 ZPO im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung (FELLMANN, a.a.O., N 25 zu Art. 158; GUYAN, a.a.O., N 9 zu Art. 158), ohne allerdings konkrete Anwendungsfälle zu umschreiben.

Die Gesuchsgegner verlangen vorliegend denn auch nicht die Sicherstellung eines Schadens durch die vorsorgliche Beweisabnahme sowie zusätzlich der Prozesskosten des vorsorglichen Verfahrens (wie dies nach der Lehre gemäss Art. 264 ZPO möglich wäre), sondern einzig die Sicherstellung der Prozesskosten und zwar de facto einzig eine Sicherheit für die Parteientschädigung. Die Frage, in welchen Fällen eine Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten ist, ist in Art. 99 ZPO explizit geregelt. Gemäss Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO ist im summarischen Verfahren mit Ausnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen keine Sicherheit zu leisten. Die vorsorgliche Beweisführung wird im summarischen Verfahren behandelt (SCHMID, a.a.O., N 6 zu Art. 158; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 18 N 143; GASSER/RICKLI, a.a.O., N 6 zu Art. 158); warum für diese von der Bestimmung in Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO abgewichen werden sollte, wie dies FELLMANN vertritt (FELLMANN, a.a.O., N 40 zu Art. 158), ist nicht einsichtig.

Ohnehin genügen die generellen Ausführungen, wonach die Gesuchsteller eine hohe finanzielle Belastung, insbesondere durch das vorliegenden Verfahren zu gewärtigen hätten, weder um glaubhaft erscheinen zu lassen, dass die Gesuchsgegner 1 und 2 einen Schaden im Sinne von Art. 264 ZPO zu befürchten hätten, noch um das Vorliegen eines Grundes für die Gefährdung der Parteientschädigung nach Art. 99 ZPO zu bejahen. Es bestehen denn auch keine Anhaltspunkte, dass die Gesuchsteller für die Kosten des vorliegenden Verfahrens nicht werden aufkommen können. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass das Honorar im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung lediglich 30 bis 60 Prozent des Honorars im ordentlichen Verfahren beträgt (Art. 6 PKV; BSG 168.811). Bei einem Streitwert zwischen Fr. 20'000 bis 50'000 beträgt damit der Rahmen des Honorars Fr. 960 bis 9'420. Schliesslich kann das Gericht bei mehreren Verfahrensbeteiligten auf solidarische Haftung für die Prozesskosten erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Auch damit reduziert sich das Risiko für die Gesuchsgegner, dass sich ihre Kosten als uneinbringlich erweisen könnten.

(...)

Hinweis

Der Entscheid ist rechtskräftig.