C3 20 209

**ENTSCHEID VOM 18. MAI 2021**

**Kantonsgericht Wallis**
**Zivilkammer**

Dr. Lionel Seeberger, Einzelrichter; Dr. Milan Kryka, Gerichtsschreiber

**in Sachen**

**V** _____ **AG**, Beklagte, Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt M _____

**gegen**

**W** _____,
**X** _____,
**Y** _____,
**Z** _____,
gemeinsam Kläger, Gesuchsgegner und Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt N _____

(Prozesskostensicherheit)

Beschwerde gegen den Entscheid des Bezirksgerichts A _____ vom 6. November 2020 [xxx Z1 20 xxx]

## Verfahren und Sachverhalt

**A.** Am 28. August 2012 kam es im B _____tunnel zu einem Arbeitsunfall, bei dem C _____ das Leben verlor. Mit Strafbefehl vom 24. September 2014 erkannte die Staatsanwaltschaft des Kantons Wallis D _____ der fahrlässigen Tötung (Art. 117 StGB) schuldig. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass gegen den genannten Strafbefehl Einsprache erhoben worden wäre.

**B.** Die Kläger sind die gesetzlichen Erben (Witwe und Kinder) des Verstorbenen. Am 20. Mai 2020 erhoben sie Klage gegen: E _____ AG, F _____ AG, G _____ AG, H _____ GmbH und I _____ AG, welche als Konsortium die Bauarbeiten ausführten, bei denen sich der Unfall ereignete; V _____ AG, die mit dem Verstorbenen den Arbeitsvertrag abgeschlossen und ihn an das Konsortium verliehen hatte; J _____ AG, K _____ AG, D _____ und L _____ AG. Die Kläger beantragten, diese unter solidarischer Haftung zur Zahlung von Fr. 408'810.-- bzw. EUR 371'680.-- zu verpflichten. Der Kostenvorschuss von Fr. 25'000.-- wurde fristgerecht geleistet.

**C.** Mit den Klagantworten vom 1. September 2020 stellten E _____ AG, F _____ AG, G _____ AG, H _____ GmbH und I _____ AG sowie J _____ AG, K _____ AG und D _____ einen Antrag um Sicherstellung der Parteientschädigung. Mit Eingaben vom 9. September 2020 bzw. 15. September 2020 stellten die V _____ AG und die L _____ AG ihrerseits Anträge auf Sicherstellung ihrer Parteientschädigungen. Die Kläger nahmen mit Eingabe vom 28. September 2020 zu diesen Anträgen Stellung und beantragten deren Abweisung. Mit Verfügung vom 6. November 2020 wies das Bezirksgericht die Anträge auf Sicherstellung ab.

**D.** Die V _____ AG erhob am 19. November 2020 Beschwerde gegen diese Verfügung und beantragte unter Kosten- und Entschädigungsfolge, die Kläger zur Leistung einer Sicherheit in Höhe von Fr. 25'000.-- für ihre Parteientschädigung zu verpflichten. Die Kläger beantragten mit Eingabe vom 21. Dezember 2020 die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Die übrigen Parteien verzichteten auf eine Stellungnahme.

## Erwägungen

**1.**

**1.1** Das Kantonsgericht beurteilt Beschwerden, die im neunten Titel des zweiten Teils der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehen sind (Art. 5 Abs. 1 lit. b EGZPO). Der ablehnende Entscheid über ein Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung ist ein prozessleitender Entscheid, der gemäss ausdrücklicher Anordnung mit Beschwerde anfechtbar ist (Art. 103 ZPO).

**1.2** Die Beschwerde gegen prozessleitende Entscheide ist innert 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) schriftlich und begründet (Art. 321 Abs. 1 ZPO) einzureichen. Der Anwalt der Beschwerdeführerin hat die Verfügung des Bezirksgerichts am 9. November 2020 entgegengenommen. Mit der am 19. November 2020 zur Post gegebenen Eingabe ist die Beschwerdefrist gewahrt.

Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist somit einzutreten.

**1.3** Mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Rechtsanwendung ist mit freier Kognition überprüfbar, während die unrichtige Feststellung des Sachverhalts nur bei offensichtlicher Unrichtigkeit, das heisst bei Sachverhaltsfeststellungen, die gegen das Willkürverbot von Art. 9 BV verstossen, gerügt werden kann (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. A., 2014, N. 1 f. zu Art. 320 ZPO). Unrichtige Rechtsanwendung beinhaltet dabei auch die Unangemessenheit, weshalb mit der Beschwerde grundsätzlich auch die Angemessenheit von der Rechtsmittelinstanz frei überprüft werden kann (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N. 34 ff. zu Art. 310 ZPO).

**2.**

**2.1** Nach Art. 99 Abs. 1 ZPO kann die beklagte Partei verlangen, dass die klagende Partei für eine allfällige Parteientschädigung Sicherheit leistet, wenn letztere (a.) keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hat, (b.) zahlungsfähig erscheint, (c.) Prozesskosten aus früheren Verfahren schuldet oder (d.) wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen. Der Kautionsgrund des ausländischen Wohnsitzes wird durch verschiedene internationale Abkommen ausgeschlossen und kann den Personen, welche in einem Abkommensstaat Sitz oder Wohnsitz haben, nicht entgegengehalten werden. Einschlägig ist vorliegend Art. 17 der Haager Übereinkunft

betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954 [SR 0.274.12], welches für die Schweiz und Italien in Kraft steht. Der entsprechende Kautionsgrund entfällt. Die Beschwerdeführerin trägt nicht vor, die Kläger seien zahlungsunfähig oder schuldeten Prozesskosten aus früheren Verfahren. Sie macht vielmehr andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung ihrer Parteientschädigung geltend, insbesondere, dass höchst fraglich sei, ob die Kläger finanziell in der Lage wären, die Parteientschädigungen zu bezahlen.

**2.2** Der Gesetzgeber hat mit lit. d von Art. 99 Abs. 1 ZPO einen Auffangtatbestand geschaffen für Fälle, die durch lit. a-c nicht erfasst werden. Bei der „erheblichen Gefährdung der Parteientschädigung“ im Sinne der genannten Vorschrift handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Wann eine erhebliche Gefährdung vorliegt, präzisiert das Gesetz nicht; dies hat das Gericht ermessensweise zu beurteilen (Bundesgerichtsurteil 5A_221/2014 vom 10. September 2014 E. 3). Eine solche allgemein gehaltene Generalklausel erscheint rechtsstaatlich nicht unbedenklich, stellt doch die Kautionspflicht im Einzelfall eine erhebliche Erschwerung des Zugangs zum Recht dar. Aus der gesetzlichen Formulierung ist nur (aber immerhin) ersichtlich, dass nicht jede mögliche Gefährdung der Einbringlichkeit, sondern nur eine erhebliche Gefährdung die Kautionspflicht begründet (Sterchi, Berner Kommentar, 2013, N. 27 zu Art. 99 ZPO). Entscheidend ist dabei, ob sich bei wirtschaftlicher Betrachtung eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung zeigt (Suter/Von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., 2013, N. 34 zu Art. 99 ZPO).

Die Botschaft zur ZPO (S. 7294) nennt als einziges Beispiel das sog. asset stripping vor Konkurs, bei dem sich die klagende Partei ihrer Aktiven entledigt (z.B. durch Übertragung unter Wert auf eine Auffanggesellschaft). In der Lehre finden sich als weitere Beispiele: ein Konkursaufschub nach Art. 725a oder 903 OR (Urwyler, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2011, N. 13 zu Art. 99 ZPO); Vorliegen eines Pfandausfallscheines, der die Gegenstand der Aberkennungsklage bildende Forderung verkörpert (Sterchi, a.a.O., N. 28 zu Art. 99 ZPO); Tatbestände gemäss Art. 190 Abs. 1 SchKG (Zahlungsflucht, betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger, Verheimlichung von Vermögenswerten) oder Transaktionen der klagenden Partei, die paulianisch anfechtbar werden können (Schmid, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. A., 2014, N. 12 zu Art. 99 ZPO; Suter/Von Holzen, a.a.O., N. 35 zu Art. 99 ZPO). Die Leistungsfähigkeit der klagenden Partei kann ferner ohne betreibungsrechtliche Vorgänge dann erheblich gefährdet sein,

wenn sie nachweislich einer gesetzlichen, vertraglichen oder ausservertraglichen Verpflichtung gegenübersteht, die ihre Aktiven bei weitem übersteigt (Rüegg/Rüegg, Basler Kommentar, 3. A., 2017, N. 17 zu Art. 99 ZPO). Schliesslich sollen offene Betreibungen in beträchtlichem Umfang in Betracht fallen können, auch wenn sie nicht geradezu Zahlungsunfähigkeit implizieren (Sterchi, a.a.O., N. 28 zu Art. 99 ZPO, zum Ganzen ZWR 2016 S. 237 ff., 238 f.).

**3.** Insbesondere wenn die finanzielle Leistungsfähigkeit einer natürlichen Person als klagender Partei in Frage gestellt wird, steht Art. 99 Abs. 2 lit. d ZPO nicht isoliert, sondern muss im Zusammenhang mit Art. 118 Abs. 2 lit. a ZPO ausgelegt werden. Nach dieser Bestimmung umfasst der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege auch die Befreiung von Sicherheitsleistungen. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt seinerseits voraus, dass die betroffene Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und dass ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist (Art. 117 ZPO). Der Gesetzgeber mutet es mithin einer von einer nachgewiesenermassen mittelosen Partei eingeklagten Person zu, ohne Sicherstellung ihrer Parteientschädigung prozessieren zu müssen und das volle Risiko für einen allfälligen Zahlungsausfall zu tragen. Sollte die klagende Partei wegen mangelnder finanzieller Mittel zu einer Sicherheitsleistung verhalten werden, wird es ihr derselbe Mangel an finanziellen Mitteln ermöglichen, ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung zu begründen und damit den Sicherstellungsanspruch der beklagten Partei zu Fall zu bringen, sofern die Klage nicht aussichtslos ist.

Im Sinne der Kohärenz der Rechtsordnung und zur Vermeidung zusätzlicher Verfahrensschritte drängt es sich auf, eine Sicherstellung der Parteientschädigung der beklagten Partei gestützt auf ungenügende finanzielle Mittel der klagenden Partei nur in den Fällen zuzulassen, in welchen die Klage als aussichtslos beurteilt werden muss (vgl. die diesbezüglich durch das Obergericht Thurgau vorgenommene Prüfung in Bundesgerichtsurteil 5A_221/2014 vom 10. September 2014 E. 3 und Urteil des Kantonsgerichts Freiburg 101 2012 174 vom 12. September 2012, FZR 2012 S. 363 ff., 368). Insbesondere ist nicht ersichtlich, wie eine klagende Partei, die offenkundig bei Prozessende nicht in der Lage wäre, die Parteientschädigung zu leisten, eine entsprechende Sicherheitsleistung in gleicher Höhe erbringen könnte. Nicht betroffen hiervon sind Fälle, in denen die klagende Partei Anstalten trifft, ihr Vermögen zu verschleiern, oder andere strafbare bzw. anfechtbare Handlungen begeht, um eine allfällige Vollstreckung der Parteientschädigung ungebührlich zu erschweren (vgl. Urteile des Zürcher Obergerichts RB150044 vom 10. Februar 2016 E. 4.3.3 und LB120103 vom 11. Februar 2013 E. 2).

Solches ist vorliegend allerdings weder behauptet noch ergeben sich aus den Akten entsprechende Hinweise. Auch betreibungs- bzw. vollstreckungsrechtliche Vorgänge sind weder behauptet noch aktenkundig und der Vorschuss für die erstinstanzlichen Gerichtskosten wurde auf erste Anforderung geleistet.

Auch dass die Beschwerdegegner bisher kein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt haben und im Verfahren ihre Leistungsfähigkeit geltend machen, schliesst ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für die Sicherheitsleistung und dessen Gutheissung nicht aus (vgl. Bundesgerichtsurteil 5A_886/2017 vom 20 März 2018 E. 3.3.3 und 5.2).

Es ist somit die Frage nach den Prozessaussichten und zu beantworten.

**4.** Die Staatsanwaltschaft des Kantons Wallis erliess gegen die einzige beklagte natürliche Person, D _____, einen Strafbefehl wegen fahrlässiger Tötung. Es wurde nicht behauptet, dass gegen diesen Strafbefehl eingesprochen worden sei und solches ergibt sich auch nicht aus den Akten. Auch wenn der Strafbefehl für den Zivilrichter nicht bindend ist und weitere Fragen wie Selbst- oder anderes Fremdverschulden im Raum stehen, besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Tod von C _____ auf einer Baustelle im B _____tunnel auf fahrlässige Art und Weise verursacht wurde.

Die Beschwerdeführerin macht in ihrem Hauptstandpunkt geltend, dass nicht sie als Personalverleiherin, sondern der Einsatzbetrieb für die Arbeitssicherheit der entliehenen Arbeitnehmer verantwortlich sei. Daran ist so viel richtig, als dass der Einsatzbetrieb für die Arbeitssicherheit verantwortlich ist und dafür auch haftet. Ob dies gleichzeitig zu einer Auflösung der Haftung des Verleihbetriebs führt, ergibt sich nicht klar aus den von der Beschwerdeführerin angerufenen Normen und wurde (soweit ersichtlich) bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden. Im heutigen Zeitpunkt liegt damit eine offene Rechtsfrage vor, welche an dieser Stelle nicht beantwortet werden muss, aber der Annahme einer aussichtslosen Klage gegen die Beschwerdeführerin entgegensteht. Auch im bilateralen Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Verleihbetrieb ist eine solche ausdrückliche Haftungsbefreiung nicht enthalten und es darf hier offen bleiben, ob eine solche rechtlich zulässig wäre (Art. 362 i.V.m. 328 OR).

Auch wenn im Hauptverfahren verschiedene offene Fragen zu beantworten sein werden, so kann vorliegend doch nicht gesagt werden, die Klage sei vollkommen aussichtslos.

**5.** In ihrem Gesuch (S. 466 f., 467) leitet die Beschwerdeführerin ihre Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Beklagten daraus ab, dass die Familie des Verstorbenen, nach

deren eigenen Behauptungen, nach dessen Tod auf Kredite angewiesen sei, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. In den Akten finden sich dazu zwei Kreditverträge vom 27. November 2017 (S. 204 f.) über EUR 35'000.-- und aus dem Jahr 2015 (S. 206) über EUR 10'000.--, welche jeweils in Raten zurückzuzahlen sind. Die letzte Rate für den Kredit aus dem Jahr 2016 verfällt am 15. Mai 2021, während der andere Kredit mit monatlichen Raten von EUR 465.80 noch mehrere Jahre weiterlaufen wird. Die Belastung durch diese Kreditraten erscheint nicht enorm. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin liessen die Kläger in der Klage nicht ausführen, die Kredite hätten zur Bestreitung des normalen Lebensunterhalts gedient, sondern «pour assumer les dépens importantes» (S. 7 Rz. 42), also für grössere Ausgabenposten, welche über den täglichen Bedarf hinausgehen. Die Kreditverträge zeigen zudem, dass die Witwe und Mutter als grundsätzlich kreditwürdig eingestuft wurde, was auf ein den notwendigen Lebensunterhalt übersteigendes Einkommen hinweist. Ansonsten wäre ja auch eine Rückzahlung / Bedienung der Kredite ausgeschlossen. Eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung der Beschwerdeführer ist damit nicht nachgewiesen.

Im Ergebnis ist das Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung zu Recht abgewiesen worden und es ist die Beschwerde ihrerseits abzuweisen.

**6.** Das Gericht entscheidet in der Regel im Endentscheid über die Prozesskosten, welche sowohl die Gerichtskosten, namentlich die Entscheidgebühr, als auch die Parteientschädigung umfassen (Art. 95, Art. 104 f. ZPO). Die Verteilung der Prozesskosten richtet sich grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens, indem die Prozesskosten im Allgemeinen der unterliegenden Partei auferlegt werden (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Vorliegend wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann, weshalb die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Kosten des Rechtsmittelverfahrens trägt.

**6.1** Die Höhe der Prozesskosten richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 96 und Art. 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO), im Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009. Die Höhe der Gerichtsgebühr im Beschwerdeverfahren wird aufgrund des Streitwertes, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 und 2 GTar) und bewegt sich, soweit kein Entscheid in der Sache beantragt wird, zwischen Fr. 90.-- und Fr. 4‘800.-- (Art. 18 GTar).

Das Kantonsgericht hatte sich bei einem Streitwert im Beschwerdeverfahren von Fr. 25‘000.-- mit verfahrensrechtlichen Fragen von einem mittleren Schwierigkeitsgrad zu beschäftigen. Mit Rücksicht darauf ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 1‘000.-- festzusetzen. Diese Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO) und die Restanz von Fr. 1‘000.-- ist der Beschwerdeführerin zu erstatten.

**6.2** Die anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner haben Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung. Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a, b und c ZPO). Das Honorar des Rechtsbeistands richtet sich nach Art. 35 Abs. 2 lit. b GTar und geht von Fr. 550.-- bis Fr. 8’880.--. Angesichts des bescheidenen Aktenumfangs im Beschwerdeverfahren und der Stellungnahme von vier Seiten, ist eine Parteientschädigung von Fr. 1’200.-- (inkl. Auslagen und MWST) für das Verfahren vor Kantonsgericht angemessen, welche durch die Beschwerdeführerin zu bezahlen ist.

Die übrigen Parteien des Hauptverfahrens haben sich am Beschwerdeverfahren nicht aktiv beteiligt. Ihnen sind daher weder Entschädigungen zuzusprechen noch Kosten aufzuerlegen.

**Das Kantonsgericht erkennt**

1. Die Beschwerde vom 19. November 2020 wird abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens, bestimmt auf Fr. 1'000.--, werden der V _____ AG auferlegt.

3. Die V _____ AG hat W _____, X _____, Y _____ und Z _____ für das kantonsgerichtliche Beschwerdeverfahren mit insgesamt Fr. 1'200.-- zu entschädigen.

Sitten, 18. Mai 2021