

KGVS C3 07 52

*KGE (Kassationsbehörde) vom 27. November 2007 i.S. X. c. Y. (Nichtigkeitsklage).*

**Widerklage und Kostensicherheit (Art. 68 und 262 Abs. 2 ZPO); Klageabstand (Art. 268 ZPO).**

- Begriff der selbstständigen Widerklage (E. 4a/aa).
- Verpflichtung des Widerklägers zur Leistung von Kostensicherheit (E. 4a/aa und b/aa).
- Bezifferung der Rechtsbegehren (E. 4a/bb und b/bb sowie cc).
- Bedingungsfeindlichkeit des Klageabstands (E. 4 a/cc und b/cc).

**Reconvention et sûretés pour les dépens (art. 68 et 262 CPC); désistement (art. 268 CPC).**

- Notion de reconvention (consid. 4a/aa).
- Obligation du demandeur en reconvention de fournir des sûretés pour les dépens (consid. 4a/aa et b/aa).
- Obligation de chiffrer les conclusions (consid. 4a/bb et et b/bb et b/cc).
- Le désistement ne peut être qu'inconditionnel (consid. 4a/cc et b/cc).

**Verfahren (gekürzt)**

A. reichte gegen ihre Tochter X. eine Forderungsklage ein. Nach Instruktion des Rechtsstreits übermittelte das Bezirksgericht die Akten zur Urteilsfällung ans Kantonsgericht, welches das Verfahren unter der Nummer C1 ... einregistrierte. Der Rechtsanwalt der Klägerin teilte vor der Schlussverhandlung mit, seine Mandantin sei verstorben. Bei der Testamenteröffnung stellte sich heraus, dass die Verstorbene den Y. als ihren Alleinerben eingesetzt hatte. Das Kantonsgericht sistierte daraufhin den Prozess, bis sämtliche Erben ermittelt und über die Frage der Berechtigung an der Erbschaft bzw. der Gültigkeit des Testaments entschieden sei.

X. reichte gegen Y. eine Klage auf Ungültigkeit resp. Herabsetzung des Testaments von X. beim Bezirksgericht ein. Sie bezifferte den Streitwert auf Fr. 135'000.–. Der Beklagte verlangte die Klageabweisung und beantragte ausserdem gemäss Rechtsbegehren 2, die Klägerin sei zu verpflichten, ihm Fr. 139'270.– zu bezahlen. Er erwog hinsichtlich des Streitwerts seiner Widerklage, dieser hänge eng mit dem sistierten Verfahren C1 ... zusammen und könne erst nach Vorliegen des Urteils in jenem Prozess definitiv beziffert werden. Der Bezirksrichter berücksichtigte die widerklageweise einverlangte Forderung von Fr. 139'270 bei der Streitwertberechnung und verlangte vom Widerkläger einen Kostenvorschuss von Fr. 4'300.–. Die Klägerin beantragte daraufhin Kostensicherheit, welche der Richter auf Fr. 17'000.– festsetzte.

Der Widerkläger änderte daraufhin das Rechtsbegehren 2 seiner Widerklage wie folgt ab:

« 2. Die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten eine Entschädigung von Fr. 500.– zu bezahlen, wobei sich der Beklagte vorbehält, dieses Rechtsbegehren je nach Ausgang des Zivilverfahrens C1 ... vor Kantonsgericht zu präzisieren.»

Der Bezirksrichter setzte in der Folge die Kostensicherheit für die Widerklage von Fr. 17'000.– auf Fr. 1'000.– herab. Die Widerbeklagte reichte dagegen eine Nichtigkeitsklage beim Kantonsgericht ein.

### **Aus den Erwägungen**

(...)

4. a) Die Vorinstanz hat sich bei der Neufestsetzung der Kostensicherheit von folgenden Gesichtspunkten leiten zu lassen:

aa) Die Widerklage ist ein selbstständiger Anspruch des Beklagten in einem bereits anhängigen Prozess (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N. 1a zu Art. 68). Grundsätzlich muss auch der Widerkläger Kostensicherheit leisten (Art. 262 Abs. 2 ZPO). Deren Höhe wird auf Grund des Streitwertes und nach der Bedeutung des Prozesses für die angerufene Instanz festgesetzt. Sie kann nachträglich herabgesetzt oder erhöht werden (Art. 265 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt (Art. 15 Abs. 1 ZPO). Steht er nicht hinreichend fest, beziffert ihn der Richter von Amtes wegen nach freiem Ermessen spätestens während der Vorverhandlung. Er kann ihn auch provisorisch festlegen, einen Augenschein vornehmen oder eine einfache Schätzung durch einen Fachkundigen verlangen (Art. 15 Abs. 3 ZPO).

bb) Rechtsbegehren müssen grundsätzlich beziffert sein (BGE 131 III 243; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 100 N. 17 mit Hinweisen). Eine unbezifferte Klage auf Geldzahlung ist u.a. möglich, wo erst das Beweisverfahren die Grundlage für die Konkretisierung der Forderung abgibt (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, § 33 N. 5d).

cc) Der Klageabstand mindert den Streitwert (Vogel/Spühler, a.a.O., § 21 N. 100) und beeinflusst mithin auch die davon abhängige Kostensicherheit. Er ist eine bedingungsfeindliche (ZWR 1979 S. 253;

Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N. 1d zu Art. 207; Vogel/Spühler, a.a.O., § 41 N. 50) Prozesshandlung (Vogel/Spühler, a.a.O., § 41 N. 65).

b) aa) Der Widerkläger hat seinerseits am 22. März 2007 nicht nur die kostenpflichtige Klageabweisung, sondern von der Widerbeklagten auch die Zahlung von Fr. 139'270.– verlangt, «vorbehalten den Ausgang des Zivilverfahrens C1 ... vor Kantonsgericht Wallis». Dieser Gegenantrag zielt nicht bloss auf Entkräftung des Anspruchs der Klägerin, sondern verfolgt ein eigenes Ziel, zumal der Nachlass der Erblasserin bis heute nicht rechtskräftig definiert worden ist. Damit liegt, was an sich unbestritten ist, eine selbstständige Widerklage vor. Der Widerkläger ist mithin verpflichtet, der Widerbeklagten entsprechend Kostensicherheit zu leisten. Es geht folglich noch darum, deren Höhe zu beziffern.

bb) Der Widerkläger hat diejenige Forderung geltend gemacht, welche die Erblasserin im Verfahren C1 ... gegenüber ihrer Tochter beansprucht hatte. Der Widerkläger beziffert seine Forderung auf Fr. 139'270.– und berücksichtigt dabei eine Liegenschaftsschätzung im Verfahren C1 ... . Die entsprechende Expertise liegt ihm offensichtlich vor, da er die Erblasserin zum Zeitpunkt des Erstprozesses pflegte und sein Vertreter bereits deren Anwalt gewesen ist. Die eingeforderten Vermögenswerte sind aufgrund der ihm bekannten Beweise im sistierten Verfahren durchaus kalkulierbar, weshalb es ihm zumutbar ist, bedingungslos bezifferte Begehren zu stellen. Der geltend gemachte Vorbehalt ist im Übrigen auch unsinnig, weil der Prozess C1 ... suspendiert ist, bis vorliegendes Verfahren abgeschlossen ist. Damit der Prozess C1 ... entschieden werden kann, ist es nämlich unabdingbar zu wissen, wer die Erben von A. sind.

cc) Der Widerkläger hat am 4. Mai 2007 zwar mitgeteilt, nur noch Fr. 500.– zu fordern und sich dabei vorbehalten «dieses Rechtsbegehren je nach Ausgang des Zivilverfahrens C1 ... vor Kantonsgericht zu präzisieren.» Diese Erklärung ist erneut nicht vorbehaltlos erfolgt und damit ist der Klageabstand insgesamt unbeachtlich. Die Vorinstanz hat trotzdem darauf abgestellt, was die Nichtigkeitsklägerin zu Recht als unzulässig beanstandet. Ziff. 1 der Verfügung vom 10. Mai 2007 ist mithin aufzuheben. Der Widerkläger ist gemäss Art. 128 ZPO zur Präzisierung seiner Rechtsbegehren aufzufordern und es ist ihm nach einem Zwischenverfahren die Kostensicherheit neu aufzuerlegen.