

C2 15 61

ENTSCHEID VOM 8. JANUAR 2016

**Kantonsgericht Wallis
I. Zivilrechtliche Abteilung**

Dr. Lionel Seeberger, Präsident; Silas Providoli, Gerichtsschreiber

in Sachen

X_____, Gesuchsteller, Kläger, Widerbeklagter und Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwalt M_____

gegen

Y_____, Gesuchsgegner, Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt N_____

(Sicherheit für Parteientschädigung)

Sachverhalt und Verfahren

A. Der ortsansässige Gartenbauer Y_____ fällte im November 2009 unter Mithilfe von Arbeitern des Forstreviers A_____ auf zwei in B_____ gelegenen Parzellen im Eigentum von X_____ sämtliche Bäume und Sträucher. Er beruft sich darauf, vom Grundeigentümer bzw. von dessen Ehefrau entsprechend instruiert worden zu sein. Die Eheleute X_____ und C_____ behaupten demgegenüber, es hätten bloss einige wenige Bäume gefällt werden sollen.

B. Am 25. November 2010 klagte X_____ gegen Y_____ auf Leistung von Fr. 689'257.--, entsprechend dem Wert der zu Unrecht gefällten Bäume und Sträucher, welchen Betrag er in seiner Schlussdenkschrift vom 16. März 2015 nach Abschluss des Beweisverfahrens auf Fr. 338'072.-- reduzierte. Y_____ verlangte seinerseits am 28. Februar 2011 widerklageweise Fr. 31'159.35 zuzüglich Zins für seinen Aufwand.

Das Bezirksgericht D_____ hiess Haupt- und Widerklage am 17. April 2015 teilweise gut, indem es den Beklagten zur Leistung von Fr. 247'345.-- und den Kläger zur Bezahlung von Fr. 15'000.--, jeweils zuzüglich Zinses, verpflichtete.

Gegen dieses Urteil erhob Y_____ am 20. Mai 2015 Berufung beim Kantonsgericht mit dem Begehren, die Klage sei abzuweisen und seine Widerklage vollumfänglich gutzuheissen. Nachdem der Berufungskläger den vom Berufungsgericht von Fr. 15'000.-- auf Fr. 12'000.-- herabgesetzten Kostenvorschuss auf sein Gesuch hin mittels vierer Raten von je Fr. 3'000.-- bezahlt hatte, antwortete X_____ am 6. November 2015 auf die Berufung; materiell beantragte er deren Abweisung und formell eine Sicherheit für die Parteientschädigung gemäss Art. 99 ZPO.

Erwägungen

1. Gemäss Art. 99 Abs. 1 ZPO hat die klagende Partei auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, wenn ein Kautionsgrund im Sinne der lit. a - d gegeben ist. Trotz des insoweit nicht ganz klaren Wortlauts sind sich Lehre und Rechtsprechung einig, dass auch der Rechtsmittelkläger unter den gesetzlichen Voraussetzungen zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet werden kann (Rüegg, Basler

Kommentar, 2. A., 2013, N. 4 zu Art. 99 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 22; im Ergebnis ebenfalls Bundesgerichtsurteile 5A_221/2014 vom 10. September 2014 und 4A_26/2013 vom 5. September 2013 E. 2.2). Als Berufungsbeklagter ist X_____ demzufolge berechtigt, einen solchen Antrag zu stellen.

Der Entscheid über die Prozesskaution fällt als prozessleitende Verfügung in die Zuständigkeit des Präsidenten (Art. 124 Abs. 2 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 16 N. 28a und 31).

2. Die Kautionsgründe gemäss lit. a, b und c des Art. 99 Abs. 1 ZPO sind offensichtlich nicht gegeben und werden vom Berufungsbeklagten richtigerweise nicht geltend gemacht. Dieser beruft sich ausschliesslich auf lit. d der genannten Bestimmung, welche die Kautionspflicht an die Voraussetzung knüpft, dass andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen.

2.1 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 nämlich 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, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, 2013, N. 27 zu Art. 99 ZPO). Entscheidend ist dabei, ob sich bei wirtschaftlicher Betrachtung eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung zeigt (Sutter/Von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 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). Im Schrifttum finden sich als weitere Beispiele: ein Konkursaufschub nach Art. 725a oder 903 OR (Urwyler, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, Zü-

rich/St. Gallen 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.], Kurzkomentar ZPO, 2. A., Basel 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 betriebsrechtliche Vorgänge dann erheblich gefährdet sein, wenn sie nachweislich einer gesetzlichen, vertraglichen oder ausservertraglichen Verpflichtung gegenübersteht, die ihre Aktiven bei weitem übersteigt (Rüegg, a.a.O., 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).

2.2 Der Berufungsbeklagte sieht die ihm im Falle einer Abweisung der Berufung zustehende Parteientschädigung als erheblich gefährdet an, erstens weil der Berufungskläger mit seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren nur knapp unterlegen sei, indem das Gericht dasselbe bei einem Reineinkommen von etwa Fr. 60'000.-- mit dem Hinweis abgewiesen habe, dass er die Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht vollständig belegt habe, zweitens weil der Berufungskläger im Rechtsmittelverfahren die Höhe des Kostenvorschusses beanstandet und dessen ratenweise Bezahlung zu Fr. 3'000.-- erwirkt habe, drittens weil dem Berufungskläger eine Verpflichtung von Fr. 247'345.-- nebst Zins gegenüberstehe, die seine Aktiven bei weitem übersteige und viertens weil seine Frau E_____ am 20. August 2015 die F_____ GmbH gegründet habe, wobei davon auszugehen sei, dass der Berufungskläger bei Abweisung seiner Berufung Privatkonkurs anmelden und als Arbeitnehmer der GmbH tätig sein werde, was er in den Restaurants in B_____ auch erzähle.

Der Berufungskläger widersetzt sich dem Antrag auf Sicherheit für die Parteientschädigung mit der Begründung, die Vorbringen des Berufungsbeklagten seien reine Unterstellung. Der Kläger und Berufungsbeklagte könne ohnehin nicht das mit seiner Parteirolle verbundene normale Prozessrisiko unter Erwähnung, das Prozessresultat könnte für ihn (den Berufungskläger) wirtschaftlich nicht tragbar sein, auf ihn abwälzen. Es entspreche dem normalen Gang der Dinge, dass bei Einklagung und Zuspruch eines namhaften Betrages der Beklagte in wirtschaftliche Schieflage gerate, sollte er eine

derartige Summe kurzfristig aufbringen müssen. Der Berufungsbeklagte übersehe in seiner Argumentation, dass diese Verpflichtung erst durch einen für den Berufungsbeklagten positiven Prozessausgang überhaupt entstehen würde. Im jetzigen Zeitpunkt habe er keinerlei offene Verpflichtungen.

2.3 Der Bezirksrichter hatte mit Entscheid vom 30. April 2012 das Gesuch des erstinstanzlich Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen, weil dieser seine aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht vollständig dargelegt und belegt hatte (_____ Z2 2011 38 S. 86 E. 3e). Damit war er der Argumentation des Klägers gefolgt, welcher in seiner Stellungnahme vom 3. Juni 2011 (_____ Z2 2011 71 ff.) exakt solches beanstandet hatte. Das Verfahren _____ Z2 2011 38 sagt daher nichts über die finanzielle Situation des Gesuchsgegners aus und lässt somit in keiner Weise auf eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung im Berufungsverfahren schliessen. Vor Kantonsgericht hat der Berufungskläger durch seinen neuen Rechtsvertreter denn auch kein entsprechendes Gesuch mehr gestellt. Zutreffend ist, dass er die Höhe des Kostenvorschusses beanstandet hat, womit er seine Parteirechte ausübte, was ihm nicht vorgehalten werden darf, und dass er dessen Zahlung in vier monatlichen Raten zu je Fr. 3'000.-- erwirkt hat. Eine solche Ratenzahlung beinhaltet indes noch keine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung (Kantonsgericht Fribourg 101 2012-174 vom 12. September 2012 E. 2). So hat der Berufungskläger innert vier Monaten immerhin total Fr. 12'000.-- einbezahlt, welche Leistungsfähigkeit gegen eine erhebliche Gefährdung der allfälligen, im Berufungsverfahren um 60% reduzierten (Art. 19 GTar) Parteientschädigung des Berufungsbeklagten im Rechtsmittelverfahren spricht. Bereits vor Bezirksgericht hatte der dortige Widerkläger laut angefochtenem Urteil Kostenvorschüsse von insgesamt Fr. 19'500.-- (S. 404 oben) sowie eine Kostensicherheit von Fr. 5'400.-- (S. 151) geleistet, also letztendlich ebenfalls stattliche Beträge, welche eine Gefährdung der Parteientschädigung im Rechtsmittelverfahren wenig glaubhaft erscheinen lassen. Die Gründung einer GmbH ist legitim und stellt keinen ausserordentlichen Geschäftsvorgang dar, mit dem eine Entwendung von Haftungssubstrat verbunden wäre. Es wird vom Gesuchsteller denn auch nicht näher dargetan, inwieweit seine Parteientschädigung dadurch erheblich gefährdet werden sollte.

Neben der eingeklagten sind keine weiteren Forderungen aktenkundig, die gegen den Berufungskläger geltend gemacht würden. Laut angefochtenem Urteil schuldet der Berufungskläger dem Berufungsbeklagten nach Abzug des widerklageweise zugesprochenen Betrages rund Fr. 232'345.--. Es steht ausser Frage, dass im Falle der Abwei-

sung der Berufung und der Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils die Bezahlung einer hohen Summe den Berufungskläger finanziell in Bedrängnis bringen würde. In-
dessen ist es für die Beurteilung der Gefährdung einer allfälligen Entschädigung im
Berufungsverfahren grundsätzlich nicht massgeblich, ob der Berufungskläger der von
ihm im Rechtsmittelverfahren angefochtenen Verpflichtung nachkommen könnte (Be-
schluss des Obergerichts des Kantons Zürich LB120103 vom 11. Februar 2013). Denn
solange über eine strittige Forderung noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist,
bleibt deren Bestehen offen, weshalb sich der angebliche Schuldner diese grundsätz-
lich auch nicht entgegenhalten lassen muss. Anders zu entscheiden, liefe im Ergebnis
darauf hinaus, dass der erstinstanzlich unterlegenen Beklagtenpartei, welcher nicht
unbeschränkte finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, der Zugang zum Recht er-
schwert und ihr bei höheren Streitwerten regelmässig der Rechtsmittelweg verbaut
würde. Die Prozesskaution darf nun aber nicht dazu dienen, dass die erstinstanzlich
unterlegene Partei am Weiterzug des für sie ungünstigen Entscheids gehindert wird
und eine Überprüfung des erstinstanzlichen Urteilsspruches allein deshalb unterbleibt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem vom Gesuchsteller zitierten Bundesge-
richtsurteil 5A_221/2014 vom 10. September 2014. Wie das Bundesgericht dort aus-
drücklich festhielt, hatte die Vorinstanz bei der Gutheissung des Gesuches zur Sicher-
heitsleistung gerade nicht auf einen Vergleich zwischen der allfälligen Verpflichtung
des Schuldners und seinem Vermögen abgestellt (vgl. dortige E. 3). Ausserdem lag
dem Fall ein anderer Sachverhalt bzw. eine andere Prozessgeschichte zu Grunde,
indem das Obergericht auf eine erste Berufung hin die Haftungsvoraussetzungen dem
Grundsatz nach bejaht und die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens, primär
durch Einholung eines Gutachtens, und zu neuer Entscheidung an das Bezirksgericht
zurückgewiesen hatte, welches anschliessend den Beklagten in Nachachtung des
obergerichtlichen Urteils und gestützt auf das eingeholte Gutachten zur Bezahlung
eines namhaften Geldbetrages verpflichtete. Die Haftbarkeit als solche konnte demzu-
folge im neuerlichen Rechtsmittelverfahren vor Obergericht als *res iudicata* nicht mehr
Gegenstand der Berufung bilden und für das Schadensmass lag eine gerichtliche Ex-
pertise vor. Dies durfte das Obergericht im Rahmen seiner Hauptsachenprognose be-
rücksichtigen und es verletzte das ihm zustehende Ermessen nicht, wenn es aufgrund
seiner Einschätzung der Erfolgsaussichten auf eine massgebliche Verpflichtung des
Beklagten schloss und deshalb eine Prozesskaution verfügte. Im Gegensatz dazu ist
vorliegend der Ausgang des Verfahrens völlig offen. Die Haftungsfrage als solche ist
nicht bereits rechtskräftig entschieden. Weiter ist der Sachverhalt strittig; die Aussagen
der Prozessparteien stehen sich diametral entgegen, eine schriftliche Vereinbarung

fehlt. Die Vorinstanz musste daher im Wesentlichen aufgrund einer Beweiswürdigung der Aussagen der Beteiligten und unter Zuhilfenahme der Beweislastregeln urteilen. Eine eindeutige Hauptsachenprognose zu Gunsten des Berufungsbeklagten ist daher aufgrund der Akten nicht möglich. Insgesamt darf deshalb die eingeklagte Forderung bzw. der erstinstanzlich zugesprochene Betrag bei der Beurteilung des Gesuches um Leistung einer Parteientschädigung nicht als Verpflichtung des Schuldners berücksichtigt werden.

Zusammenfassend ist somit kein Kautionsgrund im Sinne des Gesetzes gegeben, weshalb das entsprechende Gesuch des Berufungsbeklagten abzuweisen ist.

3. Bei diesem Ausgang trägt der Gesuchsteller die Prozesskosten (vgl. dazu Rüegg, a.a.O., N. 4 zu Art. 100 ZPO), welche einerseits die Gerichtskosten und andererseits die Parteientschädigung an den Gesuchsgegner umfassen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO).

Die Höhe der Prozesskosten richtet sich nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009 (Art. 96, 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

3.1 Die Entscheidegebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) wird mangels eines Streitwerts aufgrund des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation und nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 und 2 GTar). Sie bewegt sich im vorliegenden summarischen Verfahren zwischen Fr. 90.-- und Fr. 4'000.-- (Art. 18 GTar). Es wurde ein einfacher Schriftenwechsel durchgeführt, so dass die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien auf Fr. 500.-- festzusetzen ist.

3.2 Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Das ordentliche Anwaltshonorar bemisst sich im gesetzlich vorgegebenen Rahmentarif - Fr. 1'100.-- bis Fr. 11'000.-- (Art. 34 Abs. 1 GTar) - nach der Natur und Bedeutung des Falls, der Schwierigkeit, dem Umfang, der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 und 3 GTar). Wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Streitwert und Prozessinteresse der Parteien oder zwischen der Entschädigung gemäss vorliegendem Tarif und der effektiven Arbeit des Rechtsbeistands besteht, kann die Behörde das Honorar unter das erwähnte Minimum senken (Art. 29 Abs. 2 GTar).

In casu hat der Gesuchsgegner zum Gesuch schriftlich kurz Stellung genommen. Ein ausserordentlicher Aufwand war damit nicht verbunden. Das Kantonsgericht setzt daher die Parteientschädigung (inkl. Auslagen und MwSt.) auf Fr. 750.-- fest.

Das Kantonsgericht erkennt

1. Das Gesuch von X_____ um Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung im Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Entscheids von Fr. 500.-- werden dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Der Gesuchsteller bezahlt dem Gesuchsgegner für das vorliegende Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 750.--.

Sitten, 8. Januar 2016