

# **BGer 4A\_216/2015 vom 21. Dezember 2015**

Bundesgericht, 2015-12-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_216\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_216_2015)

FR: TF 4A\_216/2015 du 21 décembre 2015

IT: TF 4A\_216/2015 del 21 dicembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 141 V 206 E. 1.1 S. 208 mit Hinweisen).

#### **E. 1.1**

Bei der angefochtenen Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. April 2015 handelt es sich um einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid, der weder die Zuständigkeit noch den Ausstand betrifft. Gegen solche Zwischenentscheide ist nach Art. 93 Abs. 1 BGG die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a), oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

Die Beschwerdeführerin anerkennt zu Recht, dass die Voraussetzungen nach Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG nicht erfüllt sind, macht aber einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG geltend.

#### **E. 1.2**

Die selbstständige Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden bildet aus prozessökonomischen Gründen eine Ausnahme vom Grundsatz, dass sich das Bundesgericht mit jeder Angelegenheit nur einmal befassen soll ( BGE 141 III 80 E. 1.2 S. 81; 139 IV 113 E. 1 S. 115; 138 III 94 E. 2.2 S. 95 mit Hinweisen). Die im vorliegenden Fall relevante Ausnahme nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG durchbricht den besagten Grundsatz mit Rücksicht auf die Interessen der beschwerdeführenden Partei. Beim nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne dieser Bestimmung muss es sich um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln, der auch durch einen späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigt werden kann ( BGE 141 III 80 E. 1.2 S. 80; 139 IV 113 E. 1 S. 115; 139 V 604 E. 3.2 S. 607; je mit Hinweisen). Dabei genügt die blosse Möglichkeit eines rechtlichen Nachteils ( BGE 137 III 380 E. 1.2.1 S. 382; 134 III 188 E. 2.1 S. 191; Urteil 5A\_678/2014 vom 27. Juli 2015 E. 2.5, zur Publikation vorgesehen).

#### **E. 1.3**

Eine Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung schriftlich und begründet einzureichen ( Art. 311 Abs. 1 ZPO ). Die Rechtsmittelinstanz stellt die Berufung der Gegenpartei zur schriftlichen Stellungnahme zu, es sei denn, die Berufung sei offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ( Art. 312 Abs. 1 ZPO ). Die Frist für die Berufungsantwort beträgt 30 Tage ( Art. 312 Abs. 2 ZPO ).

Nach Art. 99 Abs. 1 ZPO hat die klagende Partei auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, wenn eine der in lit. a-d genannten Konstellationen vorliegt. Art. 99 ZPO gilt dabei auch im Rechtsmittelverfahren (vgl. Urteil 4A\_26/2013 vom 5. September 2013 E. 2.2 mit Hinweisen). Das Gericht setzt nach Art. 101 Abs. 1 ZPO eine Frist zur Leistung der Sicherheit; wird die Sicherheit auch nicht innert einer Nachfrist geleistet, so tritt das Gericht auf die Klage oder auf das Gesuch - bzw. auf die Berufung - nicht ein ( Art. 101 Abs. 3 ZPO ).

#### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Abweisung ihres Antrags auf Abnahme der Frist durch die Vorinstanz bewirke einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur. Denn sie müsse aufgrund dieses Zwischenentscheids eine Berufungsantwort einreichen, bevor über ihren Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung überhaupt entschieden worden sei und bevor das Bundesgericht eine gegen die allfällige Abweisung des Gesuchs um Sicherstellung der Parteientschädigung gerichtete Beschwerde beurteilen könnte. Dadurch werde ihr verfahrensrechtlicher Anspruch auf Sicherstellung der Parteientschädigung ( Art. 99 ZPO ) verletzt. Dieser Nachteil sei rechtlicher Natur und könne weder durch die spätere Gutheissung der beantragten Sicherheitsleistung noch durch einen günstigen Endentscheid behoben werden. Heisse die Vorinstanz das Sicherstellungsbegehren gut und leiste der Beschwerdegegner die Sicherheit nicht, trete die Vorinstanz auf die Berufung nicht ein. Der Beschwerdeführerin seien dann aber bereits Kosten für die Abfassung der Berufungsantwort entstanden, welche möglicherweise uneinbringlich seien. Bei Abweisung des Sicherstellungsbegehrens werde der Beschwerdeführerin faktisch die Möglichkeit genommen, dagegen Beschwerde zu führen, da die Kosten für die Abfassung der Berufungsantwort bereits entstanden seien; die Einreichung einer Beschwerde wäre somit sinnlos, weil selbst bei deren Gutheissung die bereits entstandenen Kosten möglicherweise uneinbringlich wären.

#### **E. 1.5**

Die Abweisung des Antrags auf Abnahme der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort sowie einer allfälligen Anschlussberufung kann einen rechtlichen Nachteil bewirken. Will die Beschwerdeführerin zur Berufung Stellung nehmen und fasst sie ihre Antwort und eine allfällige Anschlussberufung daher innert Frist ab, fallen die Kosten mit grosser Wahrscheinlichkeit (zumindest teilweise) bereits vor dem Entscheid über deren Sicherstellung an. Dadurch riskiert die Beschwerdeführerin eine Einschränkung ihres verfahrensrechtlichen Sicherstellungsanspruchs, die entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners womöglich nicht mehr (gänzlich) beseitigt werden kann. Denn selbst bei Gutheissung des Begehrens bleibt es möglich, dass der Beschwerdegegner eine ihm auferlegte Sicherheitsleistung nicht erbringt, auf die Berufung in der Folge nicht eingetreten wird (vgl. Art. 101 Abs. 3 ZPO ) und die Parteikosten der Beschwerdeführerin uneinbringlich bleiben (vgl. in Bezug auf eine Verweigerung der Sicherstellung auch Urteil 4A\_290/2008 vom 4. Mai 2009 E. 3.3). Da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die blosse Möglichkeit eines rechtlichen Nachteils genügt (vgl. oben E. 1.2), ist die Voraussetzung für die Zulässigkeit der Beschwerde nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt.

#### **E. 1.6**

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist unter Vorbehalt rechtsgenügend begründeter Rügen auf die Beschwerde einzutreten.

## **E. 2**

Die Frist für die Einreichung der Berufungsantwort wird in Art. 312 Abs. 2 ZPO auf 30 Tage festgesetzt. Es handelt sich mithin um eine gesetzliche Frist, die nach Art. 144 Abs. 1 ZPO nicht erstreckt werden kann. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dies stehe einer Abnahme der Frist vorliegend nicht entgegen; die Vorinstanz habe Art. 99 ZPO (Sicherheit für die Parteientschädigung) verletzt, indem sie den Antrag auf Abnahme der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort und einer allfälligen Anschlussberufung abgewiesen habe.

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz hat ausgeführt, mit Verfügung vom 17. Februar 2015 sei der Berufungskläger zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert worden. Mit Verfügung vom 9. März 2015 habe das Gericht dem Berufungsbeklagten Frist zur Einreichung der Berufungsantwort gesetzt. Am 13. April 2015 habe die Berufungsbeklagte ein Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung gestellt und um Abnahme der Frist für die Einreichung der Berufungsantwort und einer allfälligen Anschlussberufung ersucht. Die Berufungsantwort sei nach Art. 312 Abs. 2 ZPO innert 30 Tagen zu erstatten. Es handle sich dabei um eine gesetzliche Frist, die im Sinne der Waffengleichheit so wenig erstreckt werden könne wie die Berufungsfrist ( Art. 311 Abs. 1 ZPO ). Im Unterschied zum erstinstanzlichen Verfahren, wo die richterliche Frist für die Klageantwort nach Eingang eines Gesuchs um Sicherstellung der Parteikosten unterbrochen bzw. erstreckt werden könne, sei die Abnahme und spätere Neuansetzung der Frist im vorliegenden Fall deshalb aus Gründen der Waffengleichheit nicht möglich. Hinzu komme, dass die Berufungsbeklagte seit Empfang der Verfügung vom 17. Februar 2015 Kenntnis vom vorliegenden Rechtsmittelverfahren habe, weshalb sie das Gesuch um Sicherheitsleistung ohne Weiteres bereits früher hätte stellen können. Es sei der Berufungsbeklagten zumutbar, die Berufungsantwort innert der angesetzten gesetzlichen Frist zu erstatten.

### **E. 2.2**

Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, der auch im Rechtsmittelverfahren geltende Art. 99 ZPO solle die (Berufungs-) Beklagte vor möglicherweise uneinbringlichen Auslagen schützen, wenn die Prozessentschädigung aus den im Gesetz genannten Gründen als gefährdet erscheine. Dieser Zweck werde vereitelt, wenn die Beschwerdeführerin gezwungen werde, vor dem Entscheid über ihr Sicherstellungsgesuch eine Berufungsantwort einzureichen. Die Vorinstanz führe zutreffend aus, dass ein Sicherstellungsgesuch im erstinstanzlichen Verfahren zu einer Unterbrechung der Frist zur Einreichung der Klageantwort führe. Im Berufungsverfahren bestehe zwar eine gesetzliche Frist zur Einreichung der Berufungsantwort. Der von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang bemühte Grundsatz der Waffengleichheit werde indessen durch das Gesetz mehrfach durchbrochen. So stünden bei einer Sistierung oder einem Fristenstillstand nach Art. 145 ZPO auch gesetzliche Fristen still. Die Frist für die Einreichung der Berufungsantwort könne sich zudem wegen gesetzlicher Verfahrensstillstände etwa im Fall eines Konkurses verlängern. Das Interesse der Beschwerdeführerin an der Vermeidung eventuell uneinbringlicher Kosten sei höher zu gewichten als das Interesse des Beschwerdegegners an einer Waffengleichheit. Denn der Beschwerdegegner habe die Umstände selbst zu verantworten, welche die Beschwerdeführerin zur Einreichung eines Sicherstellungsgesuchs veranlasst hätten.

### **E. 2.3**

In der Lehre wird die Ansicht vertreten, die Berufungsinstanz könne der Berufungsbeklagten die Frist zur Beantwortung der Berufung einstweilen wieder abnehmen, bis der Berufungskläger die Parteientschädigung sichergestellt habe, wenn - wie vorliegend - die Berufungsbeklagte ein entsprechendes Begehren gestellt habe (PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 56 Vorbem. zu Art. 308-318 ZPO ; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N. 1121). OLIVER M. KUNZ weist in seiner Kommentierung auf einen kantonalen Entscheid hin, in welchem eine Abnahme der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort generell abgelehnt wird (OLIVER M. KUNZ, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO , 2013, N. 38 ff. zu Art. 312 ZPO ).

Das Bundesgericht hat die Frage, ob die gesetzliche Frist zur Einreichung der Berufungsantwort abgenommen werden kann, in einem kürzlich ergangenen Urteil ausdrücklich offengelassen (Urteil 4A\_44/2015 vom 25. Juni 2015 E. 2).

### **E. 2.4**

Die Rechtsmittelinstanz stellt die Berufung der Gegenpartei zur schriftlichen Stellungnahme zu ( Art. 312 Abs. 1 ZPO ). Die Frist für die Berufungsantwort beträgt 30 Tage ( Art. 312 Abs. 2 ZPO ) und läuft ab der Zustellung der Berufung an die Gegenpartei ( BGE 138 III 568 E. 3.1 S. 569). Diese gesetzliche Frist von 30 Tagen soll zwecks Wahrung der Waffengleichheit sicherstellen, dass dem Berufungsbeklagten die gleiche Dauer für die Ausarbeitung der Berufungsantwort zur Verfügung steht wie dem Berufungskläger nach Art. 311 Abs. 1 ZPO für dessen Berufung (DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 312 ZPO ; GSCHWEND/BORNATICO, a.a.O., N. 2 zu Art. 312 ZPO ; IVO W. HUNGERBÜHLER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2011, N. 14 zu Art. 312 ZPO ; KUNZ, a.a.O., N. 39 zu Art. 312 ZPO ; SEILER, a.a.O., N. 1118; vgl. auch Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7378 Art. 320 und 321 zur Beschwerde). Der Gesetzgeber hat sich bewusst für eine solche gesetzliche (und damit nicht erstreckbare, Art. 144 Abs. 1 ZPO ) Frist entschieden, nachdem im bundesrätlichen Entwurf der ZPO noch eine richterliche (und damit erstreckbare, Art. 144 Abs. 2 ZPO ) Frist vorgesehen war (Art. 309 Entwurf Schweizerische Zivilprozessordnung, BBl 2006 7413 ff., 7487).

#### **E. 2.5.1**

Art. 99 Abs. 1 ZPO will die in den Prozess gezwungene beklagte Partei für den Fall, dass das spätere Eintreiben einer Parteientschädigung aus bestimmten Gründen (lit. a-d) schwierig erscheint, gegen das Risiko absichern, dass die ihr zugesprochene Parteientschädigung uneinbringlich ist ( BGE 141 III 155 E. 4.3 S. 157). Diese Bestimmung gilt auch im Rechtsmittelverfahren (vgl. oben E. 1.3). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hätte die Vorinstanz trotz Vorliegens einer gesetzlichen Frist diese abnehmen und später wieder neu ansetzen sollen; der Anspruch auf Sicherheit für die Parteientschädigung nach Art. 99 ZPO könne nur mittels einer Durchbrechung des Grundsatzes der Waffengleichheit gewahrt werden. Es stellt sich damit die Frage, ob die in Art. 312 Abs. 2 ZPO vorgesehene gesetzliche Frist in einem Widerspruch zu Art. 99 ZPO steht, weil sie die Durchsetzung des verfahrensrechtlichen Anspruchs auf Sicherheit für die

Parteientschädigung geradezu vereitelt.

### **E. 2.5.2**

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass die Parteien einander bereits im erstinstanzlichen Verfahren gegenüberstehen und daher in der Regel wissen, ob ein Grund vorliegt, der sie gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. a-d ZPO zum Beantragen einer Sicherheitsleistung berechtigt. Obsiegt eine Partei im erstinstanzlichen Verfahren zumindest teilweise, so muss sie grundsätzlich mit einer Berufung durch die Gegenpartei rechnen. Will sie diesfalls eine Sicherheitsleistung beantragen, so ist es ihr - um ihren Anspruch auf Sicherheit für die Parteikosten sicherzustellen - zumutbar, noch vor Ablauf der Frist zur Einreichung einer Berufung der Rechtsmittelinstanz ein Sicherstellungsgesuch einzureichen oder zumindest mitzuteilen, sie stelle im Falle einer Berufung ein Sicherstellungsgesuch. Dass der Streitwert noch nicht bekannt ist, steht dem nicht entgegen, da der Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung nicht beziffert werden muss ( BGE 140 III 444 E. 3.2 S. 446 ff.). Geht bei der Rechtsmittelinstanz tatsächlich eine Berufung ein, so hat diese der Berufungsbeklagten eine kurze Frist zur Begründung ihres Gesuchs zu setzen und die Berufung der Berufungsbeklagten erst zur schriftlichen Stellungnahme zuzustellen, wenn sie das Sicherstellungsgesuch nach Anhörung des Berufungsklägers abgelehnt hat oder die angeordnete Sicherheit geleistet wurde. Es ergibt sich bereits aus Art. 101 Abs. 2 ZPO, dass das Gericht zwar vorsorgliche Massnahmen schon vor Leistung der Sicherheit anordnen kann, das Verfahren im Übrigen aber e contrario bis zur Leistung der Sicherheit zu ruhen hat ( BGE 140 III 159 E. 4.2.3 S. 165). Auch zwischen Einreichung des Gesuchs und Entscheid über die allfällige Leistung einer Sicherheit ist es sinnvoll, vorläufig keine weiteren Parteikosten entstehen zu lassen, welche durch eine Sicherheitsleistung gerade gesichert werden sollen. Zu diesem Zweck hat die Rechtsmittelinstanz mithin die (fristauslösende) Zustellung der Berufung einstweilen aufzuschieben (vgl. dazu im Zusammenhang mit der Klageantwort BGE 140 III 159 E. 4.2 S. 162 ff.).

### **E. 2.5.3**

Auf die dargelegte Weise können die mit Art. 312 Abs. 2 ZPO und mit Art. 99 Abs. 1 ZPO verfolgten Ziele in Einklang gebracht werden: Die Berufungsbeklagte erhält die Gelegenheit, ihre Parteikosten sicherzustellen, bevor diese anfallen, und hat gleichzeitig ab Zugang der Berufung eine Frist von 30 Tagen zur Ausarbeitung ihrer Eingabe (wie der Berufungskläger für die Ausarbeitung der Berufung), womit die Waffengleichheit gewahrt ist. Dem Anspruch einer Berufungsbeklagten nach Art. 99 ZPO kann mithin auch unter Beachtung der nicht erstreckbaren, fixen Frist von 30 Tagen ab Kenntnis der Berufungsschrift für das Verfassen ihrer Eingabe zum Durchbruch verholfen werden. Damit bleibt für eine Fristabnahme, die eine Durchbrechung des Grundsatzes der Waffengleichheit darstellen und das Verbot der Erstreckung gesetzlicher Fristen nach Art. 144 Abs. 1 ZPO unterlaufen würde, kein Raum. Die Vorinstanz hat somit kein Bundesrecht verletzt, indem sie den Antrag der Beschwerdeführerin auf Abnahme der (gesetzlichen) Frist zur Einreichung der Berufungsantwort abgewiesen hat.

### **E. 3**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.