

Procédure civile et poursuites – Zivilprozessrecht und SchKG

Kostenverlegung im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisaufnahme (Änderung der Rechtsprechung) (*Attribution des frais causés par l'administration provisionnelle des preuves [Changement de jurisprudence]*)

(401) *Steht beim Abschluss des Verfahrens auf vorsorgliche Beweisaufnahme nicht fest, dass kein Hauptprozess stattfinden wird, so ist eine definitive Verlegung der Kosten nicht zulässig (§ 190 ZPO BL). Bei Wegfallen des Hauptprozesses ist eine zwingende Definitivklärung des provisorischen Kostenentscheides ohne Prüfung der Gründe für den Wegfall des Hauptprozesses willkürlich. Analog zum materiellen Prozess, in dem die Klageanerkennung zur Abschreibung des Verfahrens und zur Auferlegung der Kosten zu Lasten der beklagten Partei führt, ohne dass beim Kostenentscheid geprüft werden darf, ob im Urteilsfalle die beklagte Partei tatsächlich unterlegen wäre, so muss auch eine Anerkennung des «klägerischen» Begehrens nach Abschluss der vorsorglichen Beweisaufnahme – aber noch vor Eintritt der Rechtshängigkeit – zur Verlegung der Kosten des Beweisaufnahmeverfahrens zu Lasten der «beklagten» Partei führen (Änderung der Rechtsprechung).*

In einem Fall aus dem Kanton Basel-Landschaft hatte die Bezirksgerichtspräsidentin von Arlesheim eine vorsorgliche Beweisaufnahme im Sinne von § 190 ZPO BL angeordnet, in welcher die Einholung einer gerichtlichen Expertise zur Frage, ob eine bestimmte Stützmauer einsturzgefährdet sei, verfügt wurde. Nachdem die Expertise erstattet worden war, schrieb die Bezirksgerichtspräsidentin das Verfahren betreffend die vorsorgliche Beweisaufnahme als erledigt ab und auferlegte Gerichtsgebühr und Auslagen dem Gesuchsteller. Zur Begründung führte die Bezirksgerichtspräsidentin an, dass die Kosten des Verfahrens betreffend vorsorgliche Beweisaufnahme ausserhalb des Hauptprozesses vorerst provisorisch nach dem Verursacherprinzip (und damit zu Lasten des die vorsorgliche Beweisaufnahme verlangenden Gesuchstellers) verteilt würden. Dagegen wehrte sich der Gesuchsteller mit einem Rechtsmittel, in welchem er geltend machte, dass sich die Gesuchsgegner vorbehaltlos bereit erklärt hätten, die Stützmauer gemäss den im Rahmen der (vorsorglichen) Expertise getätigten Feststellungen zu sanieren, weshalb ein Hauptprozess unterbleiben könne, was indes dazu führen müsse, die Kosten des vorsorglichen Beweisaufnahmeverfahrens den Gesuchsgegnern aufzuerlegen.

Erwägungen des Gerichts: **1.** Es entspricht gesamtschweizerischer Lehre und Rechtsprechung, dass die Kostenverlegung im Entscheid betreffend die vorsorgliche Beweisaufnahme bloss provisorisch ist. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Kosten im Entscheid betreffend die vorsorgliche Beweisaufnahme definitiv verteilt worden seien, ist weder haltbar noch nachzuvollziehen, umso weniger, als die Vorinstanz im Zeitpunkt der Verfügung betreffend die vorsorgliche Beweisaufnahme weder wusste noch wissen konnte, dass es voraussichtlich zu keinem Hauptprozess kommen wird. **2.** Das vorsorgliche Beweisaufnahmeverfahren dient ausschliesslich der späteren Beweissicherung, weshalb eine vorläufige Kostenaufgabe entsprechend dem materiellen Ergebnis der (bloss vorläufigen) Beweisaufnahme nicht zulässig ist. Dies rührt daher, dass aufgrund nur eines vorsorglich erhobenen Beweises keine verlässliche Prognose über den Ausgang des Hauptprozesses erfolgen kann. Auch wenn ein klares Expertiseergebnis vorliegt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass in einem möglichen Hauptprozess der Sachrichter das Expertiseergebnis nicht für überzeugend hält oder den materiellen Klageanspruch aus anderen rechtlichen Gründen, die im (vorsorglichen) Expertiseverfahren keine Rolle spielten, abweist. Daraus aber zu folgern, dass

bei ausbleibendem Hauptprozess die provisorische Kostenverlegung (des vorsorglichen Beweisaufnahmeverfahrens) stets definitiv werden müsse und eine davon abweichende Kostenregelung in jedem Falle willkürlich sei, greift indes nach der Auffassung des Kantonsgerichtes Basel-Landschaft zu kurz. Willkürlich ist vielmehr – im Gegenteil – die stereotype Gleichbehandlung aller Fälle, in welchen ein Hauptprozess unterbleibt, zumal damit die Gründe, die zum Wegfallen des Hauptprozesses führen, gänzlich ausgeblendet werden. Genau diese Gründe sind jedoch bei der Beurteilung der Frage, wer für die Kosten des Beweissicherungsverfahrens aufzukommen hat, von Relevanz. **3.** Wie im materiellen Prozess die Klageanerkennung zur Abschreibung des Verfahrens und zur Auferlegung der Kosten zu Lasten der beklagten Partei führt, ohne dass beim Kostenentscheid geprüft werden darf, ob im Urteilsfalle die beklagte Partei tatsächlich unterlegen wäre, so muss auch eine Anerkennung des «klägerischen» Begehrens nach Abschluss der vorsorglichen Beweisaufnahme – aber noch vor Eintritt der Rechtshängigkeit – zur Verlegung der Kosten des Beweisaufnahmeverfahrens zu Lasten der «beklagten» Partei führen. Grundlage dieser Kostenverlegung ist nicht eine unzulässige Vorwegnahme der dem materiellen Prozess vorbehaltenen Beweiswürdigung, sondern vielmehr die Anerkennungserklärung des Gesuchsgegners bzw. der potenziell beklagten Partei. **4.** In Fällen, in welchen der Gesuchsgegner das Begehren des Gesuchstellers noch vor Anhebung der materiellen Klage nicht nur anerkannt, sondern gar erfüllt hat, riskiert der Kläger bei Anhebung des Hauptprozesses, dass auf die Klage mangels Rechtsschutzinteresse nicht eingetreten wird, womit eine Änderung des provisorischen Kostenentscheides trotz Anhebung des Hauptprozesses ausgeschlossen wäre. Da solches jedoch in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft, bejaht das Kantonsgericht Basel-Landschaft in Fällen, in welchen der vorsorglichen Beweisaufnahme kein Hauptprozess folgt, die Zulässigkeit von Begehren um Ergänzung des (provisorischen) Kostenentscheides. *KGr. BL; KGE ZS 7, 200 06 1100/NOD (9.10.2007).*

Anmerkungen: **1.** Der Entscheid des Kantonsgerichtes Basel-Landschaft ist in der Sache richtig und auch für andere Kantone von erheblicher Bedeutung: In der Praxis ist es üblich, die Kosten des vorsorglichen Beweisaufnahmeverfahrens – entsprechend dem Verursacherprinzip – zunächst dem Gesuchsteller (in Bausachen regelmässig der Bauherr) aufzuerlegen. Findet später ein Hauptprozess statt, so können die vom Kläger für das vorsorgliche Beweissicherungsverfahren aufgewendeten bzw. vorgeschossenen Kosten (bei Obsiegen in der Hauptsache) als Mangelfolgeschaden vom Beklagten zurückgefordert werden. **2.** Sehr häufig tritt jedoch der Fall ein, dass sich die Parteien im Anschluss an ein Gutachten, welches im Rahmen eines vorsorglichen Beweissicherungsverfahrens erstattet worden ist, aussergerichtlich einigen; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Parteien den Aufgabenbereich des Gutachters in gegenseitigem Einvernehmen nicht bloss auf die Mängelfeststellung beschränken, sondern den Gutachter durch gemeinsamen Parteiantrag vom Gericht überdies dazu beauftragen lassen, eigentliche Sanierungsvorschläge auszuarbeiten. Zumal dann, wenn sich die Parteien vorgängig auf die Person des Gutachters einigen konnten, können entsprechende Gutachten ein sehr probates Mittel sein, um Streitigkeiten ohne Durchführung eines zeitaufwendigen und kostspieligen Gerichtsverfahrens (Hauptprozess) beizulegen. **3.** Die vom Kantonsgericht Basel-Landschaft aufgezeigte Lösung, wonach der Gesuchsgegner (welcher die Begehren des Gesuchstellers anerkannt hat) die Kosten, welche der Gesuchsteller im Rahmen des vorsorglichen Beweissicherungsverfahrens vorgeschossen hat, diesem zurückzuerstatten hat, leuchtet dabei – namentlich auch unter Gesichtspunkten der Gerechtigkeit bzw. Billigkeit – ohne Weiteres ein. Entsprechend muss der Gesuchsteller diesfalls die Möglichkeit haben, eine Abänderung des Entscheides über die vorsorgliche Beweissicherung *hinsichtlich des Kostenbetriffnisses* zu verlangen. **4.** Nach der hier vertretenen Auffassung ist der vom Kantonsgericht Basel-Landschaft entwickelte Grundsatz entsprechend auch auf analoge Fälle zu übertragen. Zu denken ist dabei insbesondere an den Fall, in dem sich die Parteien im Anschluss an ein vor-

sorgliches Beweissicherungsverfahren zwar über die Art und Weise der Sanierung, nicht jedoch über die endgültige Kostentragung bezüglich des vorsorglichen Beweissicherungsverfahrens geeinigt haben. Auch in diesem Fall muss es dem Gesuchsteller, welcher – wie erwähnt – die gesamten Kosten des vorsorglichen Beweissicherungsverfahrens vorgeschossen hat, möglich sein, eine Abänderung des Entscheides über die vorsorgliche Beweissicherung hinsichtlich des Kostenbetriffnisses anzubegehren. 5. Der Richter, welcher vorgängig über die vorsorgliche Beweissicherung (einschliesslich Kostenbetriffnis) entschieden hat und in der Folge über eine Änderung des in diesem Entscheid getroffenen Kostenspruches befinden muss, hat dabei insbesondere zu berücksichtigen, in welchem Mass die vormalig gesuchstellende Partei in einem allfällig später geschlossenen aussergerichtlichen Vergleich obsiegt hat. Im Lichte dieser Grundsätze hat der Richter zum Beispiel einer vormalig gesuchstellenden Partei, welche nach seinem Dafürhalten in einem aussergerichtlichen Vergleich zu 90% obsiegt hat, auf deren Begehren durch Änderung des Kostenspruches des vorsorglichen Beweissicherungsverfahrens 90% der von dieser (im Rahmen dieses Verfahrens) vorgeschossenen Kosten zu Lasten der vormaligen Gesuchsgegnerin zuzusprechen. 6. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die nachträgliche Einforderung von Kosten (bei der vormaligen Gesuchsgegnerin), welche die Gesuchstellerin im seinerzeitigen vorsorglichen Beweissicherungsverfahren vorgeschossen hat, nicht nur dann möglich ist, wenn die Gesuchsgegnerin später die Begehren des Gesuchstellers vollumfänglich anerkennt. Der nachträgliche Einzug entsprechender Kosten ist vielmehr – in entsprechend reduziertem Masse – auch dann möglich, wenn die Gesuchsgegnerin die (drohende) Klage nur teilweise anerkennt bzw. sich aussergerichtlich nur zu Teilen der vom Gesuchsteller angebotenen Leistungen verpflichtet. 7. Es ist zu wünschen, dass sich im Rahmen der vermutungsweise im Jahre 2010 in Kraft tretenden Schweizerischen Zivilprozessordnung eine entsprechende (gesamtschweizerische) Praxis herausbilden wird, welche eine Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles im genannten Sinne erlaubt. (pre)

Prozesskosten – Grundsätzlich keine Kostenauflegung an Dritte (*Frais de procédure – Interdiction de principe de mettre les frais à la charge d'un tiers*)

(402) Die Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft lässt es grundsätzlich nicht zu, dass Dritte zu Kosten verurteilt werden. Vorbehalten bleiben ausdrückliche Regelungen, wie sie beispielsweise in § 180 ZPO BL für Kostenauflagen an ausbleibenden Zeugen bestehen (§ 209 ff. ZPO BL).

In einem anderen Fall – ebenfalls aus dem Kanton Basel-Landschaft – ging es um eine Liegenschaftenverwalterin, welche (ohne von der entsprechenden Stockwerkeigentümergeinschaft als Verwalterin gewählt worden zu sein) eigenmächtig eine Stockwerkeigentümersammlung durchgeführt hatte. Gegen die an dieser Versammlung gefällten «Beschlüsse» wehrten sich verschiedene Stockwerkeigentümer und erhoben Klage auf Feststellung der Ungültigkeit der an der Stockwerkeigentümersammlung getroffenen «Beschlüsse» beim zuständigen Bezirksgericht. Beklagte Partei in diesem Verfahren war die Stockwerkeigentümergeinschaft. Das zuständige Bezirksgericht befand, es sei stossend, der formell unterliegenden Stockwerkeigentümergeinschaft in diesem Fall die Prozess- und Parteikosten aufzuerlegen, da diese einzig durch das Handeln der (dazu nicht berechtigten) Liegenschaftenverwalterin entstanden seien. Weiter befand das Bezirksgericht, auch den klagenden Stockwerkeigentümern könne die Entstehung der Prozess- und Parteikosten nicht vorgeworfen werden, da sie auf die Nichtigkeit der Beschlüsse der Stockwerkeigentümersammlung nicht hätten vertrauen können und deshalb die Klage in guten Treuen erhoben hätten. Das Bezirksgericht ging in der Folge einen «unorthodoxen» Weg und auferlegte die entstandenen Prozess- und Parteikosten (in Anwendung des Verursacherprinzips) der Liegenschaftenverwalterin. Im Sinne einer ergänzenden Begründung fügte

das Bezirksgericht an, die Kostenaufgabe zu Lasten der Liegenschaftenverwalterin rechtfertige sich auch deshalb, da die Liegenschaftenverwalterin im Prozess als Vertreterin der Beklagten aufgetreten sei und überdies auch einen entsprechenden Rechtsvertreter bestimmt habe. Schliesslich meinte das Bezirksgericht noch, dass die entsprechende Kostenaufgabe auch mit Art. 420 Abs. 1 OR harmonisiere, wonach der Geschäftsführer ohne Auftrag für jede Fahrlässigkeit hafte.

Erwägungen des Gerichts: 1. Prozesskosten sind ein Akzessorium des Prozessverfahrens und unterstehen deshalb wie dieses der Regelungshoheit der Kantone. 2. Wenn das Gericht findet, dass die unterliegende Partei bei der Führung des Prozesses in guten Treuen habe sein können, so kann das Gericht eine verhältnismässige Teilung der ordentlichen Kosten zwischen den Parteien vornehmen (vgl. §§ 209 ff. ZPO BL). 3. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft hebt eine vorinstanzliche Kostenverteilung grundsätzlich nur dann auf, wenn sie sich mit keinen sachlichen Argumenten begründen lässt oder im Gesamtergebnis schlechterdings nicht mehr zu vertreten ist; in diesem Sinne ist bei der rechtsmittelweisen Überprüfung einer erstinstanzlichen Kostenverlegung Zurückhaltung zu üben. 4. Die im vorliegenden Fall von der Liegenschaftenverwalterin erhobene Beschwerde ist begründet, da der erstinstanzliche Entscheid willkürlich ist: Selbst wenn nämlich die Überlegungen der Vorinstanz in der Sache nicht abwegig und durchaus nachvollziehbar sind, so besteht in der basellandschaftlichen Zivilprozessordnung derzeit keine genügende gesetzliche Grundlage für eine allgemeine Kostenverlegung auf Dritte. Die kantonalen Prinzipien der Kostenverteilung lassen es vielmehr grundsätzlich nicht zu, dass Dritte zu Kosten verurteilt werden. Vorbehalten bleiben dabei ausdrückliche Regelungen, wie sie beispielsweise in § 180 ZPO BL für Kostenauflagen an ausbleibende Zeugen bestehen. *KGr. BL; KGE ZS 200 05 434/LIA (14.3.2006).*

Anmerkungen: 1. Im vorliegenden Fall hat das Kantonsgericht Basel-Landschaft mit Recht das Vorliegen einer Gesetzeslücke verneint und dazu ausgeführt, dass eine Gesetzeslücke nur dann vorliege, wenn sich eine gesetzliche Regelung deshalb als unvollständig erweise, weil sie auf eine bestimmte Frage keine (befriedigende) Antwort gibt. Entsprechend hat das Kantonsgericht Basel-Landschaft in der fehlenden gesetzlichen Grundlage für eine Kostenaufgabe an Dritte ein qualifiziertes Schweigen ausgemacht. 2. Im Ergebnis ist die Auffassung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft sicher richtig, da es nicht angeht, ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage Dritte, welche an einem staatlichen Verfahren nicht als Partei beteiligt sind, zur Übernahme entsprechender Prozesskosten zu verpflichten. Würde anders entschieden, so würden nicht nur verschiedene verfassungsrechtliche Prinzipien verletzt, sondern im Übrigen auch willkürlichem staatlichem Handeln (durch Vornahme unmotivierter Kostenaufgaben zu Lasten Dritter) zumindest ein Stück weit die Tür geöffnet. Entsprechend muss es dabei bleiben, dass Kostenaufgaben zu Lasten von am Prozess nicht direkt als Partei beteiligten Dritten nur bei Vorliegen entsprechender gesetzlicher Grundlagen und nur nach Massgabe derselben (bzw. der dazu entwickelten Rechtsprechung) verfügt werden dürfen. 3. Der vom Kantonsgericht Basel-Landschaft aufgezeigte «Ausweg» besteht dabei darin, den Dritten, welcher die entsprechenden Kosten verursacht hat, in einem ordentlichen Zivilverfahren (wohl regelmässig unter Berufung auf Art. 97 ff. OR und/oder Art. 41 ff. OR) ins Recht zu fassen. Diesbezüglich ist indes darauf hinzuweisen, dass in der Praxis Aufwand und Ertrag eines solchen Prozesses wohl oft in keinem Verhältnis zueinander stehen dürften, weshalb entsprechende gesetzliche Grundlagen im (derzeit noch kantonalen) Prozessrecht unerlässlich sind und der Gesetzgeber dort, wo er nicht bereits tätig geworden ist, zu entsprechendem Handeln aufgefordert ist. 4. Entsprechende gesetzliche Grundlagen, welche eine Kostenaufgabe zulasten von Dritten (welche nicht Prozesspartei sind) ermöglichen, finden sich etwa in § 66 Abs. 3 ZPO ZH (betrifft Kosten, welche schuldhaft verursacht worden sind) oder in Art. 66 Abs. 3 BGG, wonach unnötige Kosten vom Verursacher zu bezahlen sind. Eine gleichartige Bestimmung (Pflicht zur Tragung unnötiger Prozesskosten durch

den Verursacher) findet sich im Übrigen auch in Art. 106 der sich momentan im Stadium der parlamentarischen Beratung befindenden Schweizerischen Zivilprozessordnung. (pre)

Wer sich bei seinem Anwalt absichert, dass sein Prospekt weder urheberrechtlich bedenklich noch unlauter ist, kann strafrechtlich nicht belangt werden (*Celui qui s'assure auprès d'un avocat que son prospectus ne viole pas un droit d'auteur ni ne constitue un acte de concurrence déloyale n'encourt pas de condamnation pénale*)

(403) In diesem Luzerner Fall ging es um einen Architekten, welcher früher für eine Firma F (spätere Privatklägerin) als Chefarchitekt gearbeitet hatte und später in die Dienste einer Generalunternehmerin (Y) trat. Die Generalunternehmerin Y liess einen Prospekt «Architektur und Design by [gefolgt vom Namen des Architekten]» erstellen. In diesem Prospekt waren Gebäude abgebildet, welche der Architekt in seiner Funktion als Chefarchitekt bei der Privatklägerin (F) entworfen hatte und die in der Folge von dieser auch realisiert worden waren. Die Privatklägerin (F) erhob Strafklage gegen Z, dem in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Generalunternehmerin Y eine Urheberrechtsverletzung sowie Verstösse gegen das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) vorgeworfen wurden. Der zuständige Amtsstatthalter stellte die Strafuntersuchung gegen Z ein, unter anderem deshalb, da es am Vorsatz fehle: Zur Begründung führte der Amtsstatthalter an, dass sich Z vor der Herausgabe des Prospekts bei seinem Anwalt über die Rechtmässigkeit der Abbildungen erkundigt und dieser eine Verletzung des Urheberrechts verneint habe. Gegen die Einstellungsverfügung des Amtsstatthalters rekurrierte die Privatklägerin (Firma F) an die Kriminal- und Anklagekommission und verlangte die Überweisung zur strafrechtlichen Beurteilung an das zuständige Gericht.

Erwägungen des Gerichts: 1. Unter diesen Umständen (gemeint war: Konsultation eines Rechtsanwaltes und Bescheinigung der Rechtmässigkeit des gewählten Vorgehens durch diesen) kann dem Angeschuldigten (Z) nicht vorgeworfen werden, er habe es in Kauf genommen, «etwas Rechtswidriges zu tun». Vielmehr liess er sich wegen seiner ursprünglichen Bedenken juristisch beraten und stimmte der Realisierung des Prospekts erst zu, nachdem sein Rechtsanwalt die Rechtslage aus urheber- und wettbewerbsrechtlicher Sicht eingehend abgeklärt und ihm darüber Bericht erstattet hatte. 2. Dass Z dafür seinen «Hausjuristen» zuzog, liegt auf der Hand. Z durfte darauf vertrauen, objektiv richtig beraten zu werden, liegt doch die Verantwortung für eine umfassende und sachgemässe Beratung des Klienten in jedem Fall beim Anwalt. Der diesbezügliche Einwand der Privatklägerin (Firma F), der Angeschuldigte (Z) hätte die Urheberrechtsfrage von sich aus einem Spezialisten für Immaterialgüterrecht unterbreiten müssen, geht daher fehl. 3. Wer sich auf die Auskunft eines Rechtsanwaltes verlässt, handelt demnach nicht eventualvorsätzlich. Bei dieser Sachlage kann nämlich keine Rede davon sein, der Angeschuldigte habe den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich gehalten und in Kauf genommen. *Kriminal- und Anklagekommission des Kantons Luzern; KA 06 39 (10.5.2006); LGVE 2006 I Nr. 55.*

Anmerkungen: 1. Der Entscheid überzeugt, ginge es doch zu weit, eventualvorsätzliches bzw. strafrechtlich relevantes Verhalten auch dann (noch) anzunehmen, wenn zuvor ein fachkundiger Dritter (Rechtsanwalt) die Rechtmässigkeit des geplanten Vorgehens explizit bestätigt hat. 2. Im Zivilrecht gilt diesbezüglich der Grundsatz, dass derjenige, der sich Leistungen bei einem Spezialisten einkauft, auf «seinen» Spezialisten vertrauen darf und dessen Leistungen grundsätzlich nicht hinterfragen (und überprüfen) muss. Erweisen sich die Leistungen des Spezialisten im Nachhin-

ein als mangelhaft, so hat der Spezialist dem Leistungsbezüger nach den allgemeinen Regeln (Art. 97 ff. OR) einzustehen. Dass dieser Grundsatz dort, wo ein strafrechtlich relevantes Verhalten in Frage steht, nicht weiterhilft, ist dabei evident, würde es doch einem Verurteilten wenig nützen, wenn er seinen Anwalt für die Verurteilung zivilrechtlich zur Rechenschaft ziehen könnte. Entsprechend ist es in jeder Hinsicht folgerichtig, bei entsprechender Beratung bzw. bei einer entsprechenden «Unbedenklichkeitsbescheinigung» eines (nota bene: unter staatlicher Aufsicht stehenden) Rechtsanwaltes das Vorliegen von Eventualvorsatz zu verneinen. (pre)
