

Art. 119 Abs. 1 und Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO. Zulässigkeit des Rekurses gegen Prozesskostenvorschussauflagen (Entscheid des Obergerichts Nr. 40/2000/2 vom 8. September 2000 i.S. N.).¹

Gegen erstinstanzliche Auflagen zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses ist der Rekurs zulässig.

In einem Forderungsprozess verpflichtete das Kantonsgericht die Klägerinnen, einen Gerichtskostenvorschuss zu bezahlen, unter der Androhung, dass im Säumnisfall auf die Klage nicht eingetreten würde. Dagegen erhoben die Klägerinnen Rekurs. Das Obergericht trat darauf ein und wies den Rekurs ab.

Aus den Erwägungen:

1.– Gemäss Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO ist der Rekurs zulässig gegen erstinstanzliche Beschlüsse und Verfügungen im ordentlichen und beschleunigten Verfahren, "mit denen über die Prozesskautionspflicht oder die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Vertretung entschieden wurde". Die als Rekurs bezeichnete Rechtsmitteleingabe der Klägerinnen ist fristgerecht eingereicht worden und genügt im übrigen den formellen Anforderungen (Art. 357 f. ZPO). Es stellt sich indessen die im folgenden zu prüfende Frage, ob die von den Klägerinnen angefochtene Auflage ... zur Leistung eines "Gerichtskostenvorschusses" einen Entscheid über die "Prozesskautionspflicht" im Sinn der zitierten Vorschrift von Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO darstellt und damit rekursfähig ist.

a) Die angefochtene Auflage wird ... ausdrücklich als "Gerichtskostenvorschuss" bezeichnet; nach der Begründung des Beschlusses erging die Auflage aufgrund von Art. 119 ZPO. Es wird keiner der in Art. 119 Abs. 2 ZPO enthaltenen Sicherstellungsgründe angeführt, sondern auf den Streitwert und den grossen Aufwand des Verfahrens verwiesen. Grundlage der Auflage bildet demnach Art. 119 Abs. 1 ZPO.

¹ Eine staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid hiess Bundesgericht am 31. Januar 2001 gut. Dabei ging es jedoch nicht um die vorstehend behandelte Eintretensfrage.

b) Nach der Rechtsprechung sind die von den erstinstanzlichen Gerichten im ordentlichen und beschleunigten Verfahren erlassenen Auflagen zur Sicherstellung der Prozesskosten (aArt. 119, aArt. 120 ZPO in der Fassung vom 3. September 1951 [OS XVIII 1948 – 1953, S. 257 f.]) beziehungsweise der Entschädigung der Gegenpartei nach Art. 119 Abs. 2 ZPO und Art. 120 ZPO als Beschlüsse über die "Prozesskautionspflicht" i.S.v. Art. 354 ZPO zu betrachten. Gegen derartige Auflagen ist damit der Rekurs zulässig (OGE vom 13. April 1984 i.S. B., Amtsbericht 1984, S. 136, E. 2, betreffend den Kautionsgrund von aArt. 119 Ziff. 3 ZPO [Art. 119 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO]; OGE vom 7. April 1978, Amtsbericht 1978, S. 136 ff., betreffend aArt. 119 Ziff. 2 [Art. 119 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO], OGE vom 1. Juli 1955 i.S. L.-B., Amtsbericht 1955, S. 53 f.). Im vorliegenden Fall stellt sich die im folgenden zu prüfende Frage, ob der Rekurs auch gegen Auflagen zur Leistung eines Vorschusses nach Art. 119 Abs. 1 ZPO offensteht (vorstehend E. 1a).

aa) Nach Auffassung der *Gerichtsmehrheit* sind auch Entscheide über die allgemeine Vorschusspflicht (Art. 119 Abs. 1, Art. 120 ZPO) und über die Vorschusspflicht für Barauslagen (Art. 125 ZPO) gemäss Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO rekursfähig.

Dies ergibt sich zwangslos aus dem Wortlaut der massgebenden Vorschriften von Art. 119 ff. und Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO. Die zuletzt genannte Bestimmung lässt den Rekurs gegen Entscheide "über die Prozesskautionspflicht oder die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Vertretung" zu. Das ist der *ursprüngliche Wortlaut* der Zivilprozessordnung (OS XVIII 1948 – 1953, S. 314). "Kautions" heisst "Sicherheitsleistung in Form einer Geldhinterlegung" (*Duden*, Fremdwörterbuch, 4. A., Mannheim/Wien/Zürich 1982, S. 391). Genau darum handelt es sich beim Vorschuss für die Gerichtskosten i.S.v. Art. 119 Abs. 1 ZPO und für Barauslagen nach Art. 125 ZPO. Der allgemeine Begriff "Prozesskautionspflicht" in Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO erfasst so gut wie gemäss der erwähnten Rechtsprechung der Begriff der "Sicherstellung" beziehungsweise "Sicherstellungspflicht" (Art. 119 Abs. 2 und Art. 120 ZPO; vorstehend E. 1b) auch den in Art. 119 Abs. 1 und Art. 125 ZPO enthaltenen Ausdruck "Vorschuss" beziehungsweise "Vorschusspflicht". Die Annahme, unter der "Prozesskautionspflicht" nach Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO sei ausschliesslich die Sicherstellungspflicht nach Art. 119 Abs. 2 und Art. 120 ZPO zu verstehen, erscheint als Spiel mit Worten. Nach ihrem Sinn und Zweck stimmen Vorschuss und Sicherstellung weitgehend überein: Beide dienen der Sicherung von Prozesskosten (Gerichts- und oder Parteikosten). Es ist damit sachlich nicht gerechtfertigt, bei den genannten beiden Arten von Sicherheitsleistungen von einer

unterschiedlichen Rechtsmittelsituation auszugehen. Der Ausdruck "Prozesskautionspflicht" in Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO ist somit als Oberbegriff für die Bezeichnungen "Vorschuss-" und "Sicherstellungspflicht" in Art. 119 bis Art. 126 ZPO zu verstehen.

Bei der Einführung der allgemeinen Vorschusspflicht nach Art. 119 Abs. 1 ZPO durch die Revision der Zivilprozessordnung vom 21. August 1995 ging es zwar darum, durch Straffung der prozessualen Vorschriften die Justiz zu entlasten und die Prozesse entsprechend zu beschleunigen. Dieses Ziel der damaligen Gesetzesrevision kann jedoch eine Auslegung der massgebenden Vorschriften *gegen den Gesetzeswortlaut* nicht rechtfertigen. Abgeschafft wurde damals in erster Linie der Rekurs gegen vorsorgliche Massnahmen und Eheschutzverfügungen, weil das Obergericht *dadurch* sehr stark belastet worden war. Das aber war *der* Streitpunkt im Parlament, und insoweit lässt sich auch der Wille des Gesetzgebers einwandfrei ermitteln. Bei der Einführung der allgemeinen Vorschusspflicht (Art. 119 Abs. 1 ZPO) verhält es sich ebenso, soweit *diese selbst* in Frage steht. Über Rechtsmittel gegen deren Auflage wurde schlicht nicht gesprochen. Daher kann auch hinsichtlich der Rechtsmittel nicht auf einen bestimmten Willen des Gesetzgebers geschlossen werden. Hiervon abgesehen, ist eine erhebliche Mehrbelastung des Obergerichts und eine ins Gewicht fallende Verzögerung von erstinstanzlichen Verfahren bei Zulassung des Rekurses gegen Vorschussauflagen nicht zu erwarten. Denn den erstinstanzlichen Gerichten steht bei der Festsetzung des Vorschusses innerhalb des gesetzlichen Rahmens ein weites Ermessen zu, so dass nicht mit einer ins Gewicht fallenden Häufung entsprechender Rekurse zu rechnen ist.

Schliesslich kann auch nicht gesagt werden, es bestehe nur ein geringes Bedürfnis nach einer Anfechtungsmöglichkeit. Denn gerade der vorliegende Fall zeigt, dass die Vorschusspflicht als solche umstritten sein kann, und es sind durchaus auch Fälle denkbar, in denen die Höhe eines Vorschusses streitig ist. Endlich ist daran zu erinnern, dass die Nichtleistung des verlangten Vorschusses den Prozessverlust nach sich ziehen kann (vgl. Art. 124 Abs. 1 ZPO). Der Vorschuss kann daher für die pflichtige Partei eine sehr wichtige Bedeutung erlangen.

Nach Auffassung der *Gerichtsmehrheit* entspricht es dem Wortlaut und Sinn der massgebenden Vorschriften von Art. 119 ff. und Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO, den Rekurs gegen Vorschussauflagen nach Art. 119 Abs. 1 und Art. 125 ZPO zuzulassen und somit auf den vorliegenden Rekurs einzutreten.

bb) Nach Ansicht der *Gerichtsminderheit* sind Beschlüsse über die allgemeine Vorschusspflicht (Art. 119 Abs. 1, Art. 120 ZPO) und über die Vor-

schusspflicht für Barauslagen (Art. 125 ZPO) nicht als Entscheide über die Prozesskautionspflicht i.S.v. Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO zu betrachten.

Als Prozesskautionspflicht bezeichnen zahlreiche Zivilprozessordnungen der Schweiz, wie auch Lehre und Rechtsprechung, im Unterschied zum Vorschuss für Gerichtskosten die Sicherstellung der allfälligen Forderung des Prozessgegners auf Ersatz seiner Parteikosten oder auch der bei Prozessende fällig werdenden Gerichtskosten. Die Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses hängt grundsätzlich nicht von besonderen Voraussetzungen ab. Sie trifft die pflichtige Partei lediglich, weil sie die Gerichte beansprucht. Sicherstellungen oder Prozesskautionen sind hingegen nur zu leisten, wenn bestimmte, im Gesetz umschriebene Voraussetzungen erfüllt sind, welche die spätere Vollstreckung der entsprechenden Forderung des Staates (Staatsgebühr) oder der Gegenpartei (Prozessentschädigung) als gefährdet erscheinen lassen (BGE 107 Ia 119 E. 2a mit Hinweisen; *Oscar Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. A., Bern 1999, 11. Kapitel Rz. 39, S. 299; *Staehelein/Sutter*, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 15 N. 12 – 19, S. 190 ff; *Rainer Isler*, Die Kautionspflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1967, S. 3). Genau dieser Terminologie entsprechen Art. 119 ff. und Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO. Demnach verweist Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO mit dem Begriff "Prozesskautionspflicht" ausschliesslich auf die Sicherstellungs- oder Kautionspflicht nach Art. 119 Abs. 2 und Art. 120 ZPO. Aufgrund von Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO erweist sich die klare begriffliche Unterscheidung in Art. 119 ff. ZPO zwischen Vorschuss- und Sicherstellungspflicht überhaupt erst als sinnvoll.

Diese restriktive Auslegung von Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte von Art. 119 ff. und Art. 354 ZPO. In seiner ursprünglichen Fassung vom 3. September 1951 (OS XVIII 1948 – 1953, S. 231 ff.) sah Art. 119 ZPO keine allgemeine Vorschusspflicht vor; hingegen war der Kläger sicherstellungspflichtig für die mutmasslichen Prozesskosten (einschliesslich Prozessentschädigung), wenn einer der Kautionsgründe, wie sie nach geltendem Recht nunmehr in Art. 119 Abs. 2 Ziff. 1 – 3 ZPO umschrieben sind, erfüllt war. Grundlage dieser Regelung bildete für den Schaffhauser Gesetzgeber die Konzeption der (alten) Zürcher Zivilprozessordnung (Zürcher Gesetz betreffend den Zivilprozess [Zivilprozessordnung] vom 13. April 1913, inzwischen aufgehoben und durch das Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 ersetzt [in Kraft seit 1. Januar 1977]; *Sträuli/Hauser*, Gesetz betreffend den Zivilprozess [Zivilprozessordnung] vom 13. April 1913, 2. A., Zürich 1939, § 56 N. 1, S. 118 f.,

§ 165 N. 3, S. 294). Gemäss der Praxis des Obergerichts zu aArt. 119 ZPO (Fassung vom 3. September 1951) war unter der Prozesskautionspflicht nach Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO die erwähnte, in aArt. 119 ZPO geregelte Sicherstellungspflicht zu verstehen, welcher dem Grundsatz nach die Kautionspflicht nach Art. 119 Abs. 2 ZPO in der geltenden Fassung entspricht (OGE vom 1. Juli 1955 i.S. L.-B., Amtsbericht 1955, S. 53 f.). Nach dieser Konzeption steht der Rekurs nicht offen gegen Auflagen zur Leistung von Vorschüssen, insbesondere nach Art. 125 und Art. 182 Ziff. 3 ZPO (*Sträuli/Hauser*, § 334 N. 14, S. 475). Dies erweist sich in den Augen der Gerichtsminderheit denn auch als sachgerecht. Denn es besteht ein geringeres Bedürfnis einer Anfechtungsmöglichkeit der praktisch voraussetzungslos zu erlassenden Vorschussauflagen nach Art. 119 Abs. 1 und Art. 125 ZPO, bei deren Festsetzung im gesetzlichen Rahmen den erstinstanzlichen Gerichten ein weiter Ermessensspielraum zusteht. Dies jedenfalls im Vergleich zu den nur unter eng umschriebenen Voraussetzungen zulässigen Sicherstellungsauflagen nach Art. 119 Abs. 2 Ziff. 1 – 3 ZPO.

Schliesslich ist daran zu erinnern, dass durch die Gesetzesrevision vom 21. August 1995, mit der die allgemeine Vorschusspflicht nach Art. 119 Abs. 1 ZPO eingeführt wurde, die Rechtsmittelmöglichkeiten auch hinsichtlich erstinstanzlicher Entscheide von für die Parteien grosser Bedeutung *eingeschränkt* wurden. So ist seit der genannten, am 1. Januar 1996 in Kraft getretenen Revision gegen erstinstanzliche Beschlüsse betreffend vorsorgliche Massnahmen und Eheschutzverfügungen statt dem nach altem Recht zulässigen vollkommenen Rechtsmittel des Rekurses die Nichtigkeitsbeschwerde gegeben, welche nur eine beschränkte Überprüfung erlaubt (vgl. Art. 364 Abs. 2 ZPO und aArt. 354 Ziff. 1 lit. e ZPO [in der Fassung vom 7. September 1987, in Kraft getreten am 1. Januar 1988; ABl 1987, S. 817, 1137], Art. 355 und Art. 365 ZPO; vgl. auch *Cornelia Stamm Hurter*, Umstrittene Massnahmen zur Straffung des Schaffhauser Zivilprozessrechts, SJZ 1995, S. 350 ff., insbesondere S. 354 f.). Eine Auslegung von Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO, welche die Rekursmöglichkeit auf Vorschussauflagen nach Art. 119 Abs. 2 und Art. 125 ZPO erweitert und damit entgegen der Terminologie und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes Rechtsmittelverfahren gegen Zwischenentscheide von untergeordneter Bedeutung eröffnet, erweist sich damit als systemwidrig und mit Sinn und Zweck der Gesetzesrevision 1995 nur schwer vereinbar. Dementsprechend wäre eine Weiterzugsmöglichkeit – so die Gerichtsminderheit – nicht durch die Gerichtspraxis, sondern *allenfalls* auf dem Weg einer weiteren Gesetzesänderung einzuführen.

Die Gerichtsminderheit kommt damit zum Schluss, dass eine Auflage nach Art. 119 Abs. 1 ZPO die Rekursvoraussetzung nach Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO nicht erfüllt, weshalb auf den vorliegenden Rekurs nicht einzutreten wäre.

cc) Da jedoch nach der Gerichtsmehrheit die Voraussetzungen von Art. 354 Ziff. 1 lit. d ZPO gegeben sind, ist auf den Rekurs einzutreten (vorstehende E. 1 b aa).