



## Der Kautionsgrund bei der zivilprozessualen Sicherstellung der Parteientschädigung

### Anwendbare Prozessmaxime zur Sammlung des Prozessstoffs und Verteilung der Beweislast

JEAN-DANIEL SCHMID

ALEXANDER SCHMID



Art. 99 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) sieht unter gewissen Umständen die Pflicht der klagenden Partei vor, Sicherheit für die Parteientschädigung der beklagten Partei zu leisten. Die Pflicht setzt namentlich voraus, dass ein sogenannter Kautionsgrund vorliegt. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, wer für die diesbezügliche Sammlung des Prozessstoffs verantwortlich ist, welche diesbezügliche Prozessmaxime also zur Anwendung gelangt und wer die nachteiligen Folgen einer etwaigen Beweislosigkeit zu tragen hat, d.h. wen die Beweislast trifft. Diese Fragen wurden bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ausführlich diskutiert.

L'art. 99 du Code de procédure civile suisse (CPC) prévoit, dans certaines conditions, l'obligation pour le demandeur de verser des sûretés en garantie du paiement des dépens du défendeur. L'obligation suppose notamment l'existence d'un motif de constituer des sûretés. Le présent article se penche sur la question de savoir qui est chargé de réunir la matière du procès à ce sujet, en d'autres termes quelle maxime s'applique et qui doit supporter les conséquences négatives d'une éventuelle absence de preuves, c.-à-d. qui supporte le fardeau de la preuve. Ni la jurisprudence, ni la doctrine n'ont jusqu'à présent traité ces questions en détail.

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Kontext und Fragestellung
- III. Analyse
  - A. Ausgangspunkt und methodische Überlegungen
    1. Vorbemerkungen
    2. Regel-Ausnahme-Verhältnis der Prozessmaximen
    3. Beweislast im materiellen Recht
    4. Weitere Überlegungen und Ergebnis
  - B. Keine gegenteilige positive Norm
  - C. Kein gegenteiliger Wille des Gesetzgebers
  - D. Kein anderer Anlass für eine Abweichung vom Verhandlungsgrundsatz und von der Beweislast der beklagten Partei
    1. Keine Abweichung aufgrund der Verfügungsgewalt und der involvierten Interessen
    2. Keine Abweichung aufgrund der Praktikabilität und der Beweisnähe
  - E. Einklang mit rechtspolitischen Überlegungen
  - F. Zusammenfassung der Ergebnisse
- IV. Fazit

## I. Einleitung

Art. 99 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) sieht unter gewissen Umständen die Pflicht der klagenden Partei vor, Sicherheit für die Parteientschädigung der be-

klagten Partei zu leisten. Die Leistung dieser Sicherheit kann gerade bei Prozessen mit hohem Streitwert eine substantielle finanzielle Zusatzbelastung für die klagende Partei darstellen. Entsprechend ist die Sicherstellung an gewisse Voraussetzungen gebunden, deren Erfüllung zumindest eine gewisse Gefährdung der Parteientschädigung nahelegt.

In diesem Zusammenhang stellen sich die in der Praxis wesentlichen Fragen, wer für die Sammlung des Prozessstoffs verantwortlich ist (also welche diesbezügliche Prozessmaxime zur Anwendung gelangt) und wer die nachteiligen Folgen einer etwaigen Beweislosigkeit zu tragen hat (also wen die Beweislast trifft). Diese Fragen wurden bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ausführlich diskutiert. Entsprechend wird dieser Fragekomplex im Folgenden eingehend beleuchtet. Zu diesem Zweck werden zuerst der Kontext und die Fragestellung erläutert (nachstehend Ziff. II.). Im Anschluss erfolgt die Analyse (nachstehend Ziff. III.). Zuletzt wird ein Fazit gezogen (nachstehend Ziff. IV.).

## II. Kontext und Fragestellung

Die klagende Partei<sup>1</sup> muss der beklagten Partei unter gewissen Voraussetzungen Sicherheit für deren Parteient-

JEAN-DANIEL SCHMID, Dr. iur., Rechtsanwalt, epartners Rechtsanwälte AG, Zürich.

ALEXANDER SCHMID, lic. iur., Rechtsanwalt, epartners Rechtsanwälte AG, Zürich.

Der Beitrag wurde Mitte April 2016 fertiggestellt. Alle im Beitrag genannten Internetseiten wurden letztmals am 11. April 2016 abgerufen. Die Autoren danken Herrn Prof. em. Dr. Dr. h.c. IVO SCHWANDER für die wertvollen Anregungen anlässlich der Finalisierung dieses Beitrags.

<sup>1</sup> Dies gilt für sämtliche Parteien, welche als Kläger auftreten und in dieser Rolle zur Bezahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden können, namentlich auch Widerkläger (statt vieler VIKTOR RÜEGG, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, Art. 99 N 4; HANS SCHMID, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas [Hrsg.], ZPO, Kurzkommentar, 2. A., Basel

schädigung leisten (Art. 99 Abs. 1 ZPO; sog. *Kautions*<sup>2</sup>). Hierfür muss namentlich ein im Gesetz vorgesehener Grund (sog. *Kautionsgrund*<sup>3</sup>) bestehen (Art. 99 Abs. 1 lit. a-d ZPO). Das Gericht ordnet die Sicherheitsleistung, in der Regel in der Höhe der mutmasslichen Parteientschädigung zu Gunsten der beklagten Partei für den Fall des Unterliegens<sup>4</sup>, sodann bei gegebenen Voraussetzungen auf Antrag der beklagten Partei an (Art. 101 Abs. 1 ZPO; siehe zu den weiteren Einzelheiten Art. 99–101 ZPO). Dogmatisch lässt sich die Kautionsleistung in die Nähe der vorsorglichen Massnahmen rücken.<sup>5</sup> Dabei gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung.<sup>6</sup>

2014, Art. 99 N 2). Nachfolgend wird zur Vereinfachung stets von der *klagenden Partei* – bzw. spiegelbildlich – der *beklagten Partei* gesprochen.

<sup>2</sup> Siehe zur Terminologie statt vieler MARTIN H. STERCHI, in: Andreas Güngerich (Koord.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 99 N 1; DHEDEN C. ZOTSANG, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015, 126.

<sup>3</sup> Ähnliche Terminologie bei – statt vielen – ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 16 N 26; BENEDIKT A. SUTER/CRISTINA VON HOLZEN, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 99 N 16.

<sup>4</sup> Statt vieler zu diesem Grundsatz DENIS TAPPY, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), CPC, Code de procédure civile commenté, Basel 2011, Art. 100 N 7; KUKO ZPO-SCHMID (FN 1), Art. 100 N 10.

<sup>5</sup> Vgl. SUTER/VON HOLZEN (FN 3), Art. 99 N 14 sowie bereits allgemein BERNHARD BERGER, Gedanken zur Kautionspflicht im Zivilprozess, ZBJV 2004, 277–287, 280. A.M. THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, N 639. Zweifel an der Qualifikation als vorsorgliche Massnahme i.e.S. kann der Umstand wecken, dass die Kautionsleistung auf die sofortige Sicherstellung der Parteientschädigung abzielt, der etwaige Anspruch auf die Parteientschädigung der beklagten Partei jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt entsteht (vgl. Art. 104 ZPO i.V.m. Art. 106 ZPO). Bei vorsorglichen Massnahmen wird jedoch die Ansicht vertreten, dass der Anspruch, der verletzt ist oder verletzt zu werden droht (Art. 261 ZPO), im Zeitpunkt des Erlasses der vorsorglichen Massnahme bereits bestehen muss (vgl. ISAAK MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Habil. Zürich, Zürich 1983, 57 f. m.w.N. im Allgemeinen; vgl. zur Fragestellung im konkreten Fall BERGER, a.a.O., 280). Wie es sich damit verhält, kann für die Zwecke des vorliegenden Beitrags offen bleiben.

<sup>6</sup> So explizit Urteil des OGer BE vom 25. August 2015 (ZK 14 262), E. IV/1.1.; Verfügung des KGer FR vom 9. Oktober 2015 (101 2015 219), E. 1. Ebenso im Ergebnis die wohl h.L., siehe BSK ZPO-RÜEGG (FN 1), Art. 100 N 4; SUTER/VON HOLZEN (FN 3), Art. 99 N 14; TAPPY (FN 4), Art. 101 N 13; ADRIAN URWYLER/MYRIAM GRÜTTER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Bd. 1, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 99 N 6. A.M. DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2. A., Bern 2015, 100.

Die Kautionsleistung bezweckt, die beklagte Partei davor zu schützen, dass sie im Falle des Obsiegens – denn nur dann ist die Parteientschädigung geschuldet (Art. 106 ZPO) – die Parteientschädigung von der Gegenpartei nicht erhältlich machen kann. Mit anderen Worten geht es um den Schutz vor Schwierigkeiten der späteren Eintreibung.<sup>7</sup> Gewisse Kautionsgründe stellen entsprechend direkt auf die fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der klagenden Partei bzw. eine diesbezügliche Gefährdungssituation ab (vgl. Art. 99 Abs. 1 lit. b<sup>8</sup> und c<sup>9</sup> ZPO)<sup>10</sup>. Bei den übrigen Kautionsgründen ist dies nicht (Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO<sup>11</sup>) oder nicht zwingend (Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO<sup>12</sup>) der Fall. Im Ergebnis steht die Gefährdung der Parteientschädigung infolge fehlender wirtschaftlicher

<sup>7</sup> BGE 141 III 155, 157 E. 4.3; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221–7412 (zit. nachfolgend «Botschaft ZPO»), 7294.

<sup>8</sup> Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO erfasst Fälle, in denen die klagende Partei zahlungsunfähig erscheint. Der Zusammenhang zur fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist hier offensichtlich (vgl. BK-STERCHI [FN 2], Art. 99 N 19).

<sup>9</sup> Der in Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO statuierte Kautionsgrund betrifft den Fall, in dem die klagende Partei aus früheren Verfahren Prozesskosten schuldet. Unbezahlte Prozesskosten können auf fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder zumindest fehlende Zahlungsbereitschaft schliessen lassen. Fehlende Zahlungsbereitschaft kann genügen, um den Kautionsgrund zu erfüllen (vgl. mit teilweise unterschiedlichen Ansichten BSK ZPO-RÜEGG [FN 1], Art. 99 N 16 und SUTER/VON HOLZEN [FN 3], Art. 99 N 32).

<sup>10</sup> Ähnlich ADRIAN URWYLER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 99 N 11 f. (Titelgebung). Anders nun URWYLER/GRÜTTER (FN 6), Art. 99 N 11 f. (Titelgebung).

<sup>11</sup> Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO betrifft den Fall des fehlenden Wohnsitzes oder Sitzes in der Schweiz. Grundlage des Kautionsgrunds bildet der Umstand, dass die Vollstreckung im Ausland oft mit Schwierigkeiten behaftet ist (vgl. statt vieler TAPPY [FN 4], Art. 99 N 17; ZOTSANG [FN 2], 128 m.w.N.). Der Kautionsgrund hat daher keinen unmittelbaren Zusammenhang zur (fehlenden) wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der klagenden Partei.

<sup>12</sup> Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO erfasst als Auffangtatbestand diejenigen Fälle, in denen andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen. Unter diesen Tatbestand subsumieren Rechtsprechung (vgl. Urteil des OGer LU vom 8. Mai 2012 [publ. in LGVE 2012 I, Nr. 34], E. 5.3) und Literatur (siehe statt vieler KUKO ZPO-SCHMID [FN 1], Art. 99 N 12 mit Beispielen) hauptsächlich Sachverhalte, die bereits unter Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO fallen könnten und damit einen Zusammenhang zur fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der klagenden Partei haben (siehe insofern auch den Beschluss des OGer ZH vom 11. Februar 2013 [publ. in ZR 111 (2012), Nr. 119], E. 2, wobei im Kontext von Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO ganz allgemein die Frage der [fehlenden] wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der klagenden Partei ins Zentrum gerückt wird).

Leistungsfähigkeit<sup>13</sup> nach der hier vertretenen Auffassung jedoch im Vordergrund<sup>14</sup>.

Wer für die Sammlung des Prozessstoffs in Bezug auf die Tatsachen, welche mit dem Bestand des Kautionsgrunds zusammenhängen, verantwortlich ist, geht aus dem Gesetz nicht eindeutig hervor.<sup>15</sup> Entsprechend besteht dahingehend Unklarheit, welche der denkbaren Prozessmaximen<sup>16</sup> – der Verhandlungs- oder der Untersuchungsgrundsatz<sup>17</sup>, welche prinzipiell Gegensätze darstellen<sup>18</sup> – zur Anwendung gelangt. Falls der Verhandlungsgrundsatz massgeblich ist, so liegt die Verantwortung für die Sammlung des Prozessstoffs bei den Parteien.<sup>19</sup> Im gegenteiligen Fall ist das Gericht zuständig<sup>20</sup>, wobei verschiedene Ausgestaltungsformen in Frage kommen<sup>21</sup>. In jedem Fall treffen die Parteien hierbei Mitwirkungsobliegenheiten, zumal dem Gericht kein Untersuchungsapparat zur Ver-

fügung steht, der diesem eine eigenständige vollständige Sachverhaltsfeststellung ermöglichen würde.<sup>22</sup>

Die Unklarheit endet jedoch nicht bei der Frage der anwendbaren Prozessmaxime. Stattdessen gilt sie auch für die Frage der Beweislast<sup>23</sup>, also die Zuteilung der nachteiligen Folgen der Beweislosigkeit<sup>24</sup>. Diese hängt nicht mit der Frage des anwendbaren vorbezeichneten Grundsatzes zusammen.<sup>25</sup>

Rechtsprechung und Literatur haben sich zu diesen Fragen bereits vereinzelt geäußert. Dabei werden die jeweils vertretene Ansichten entweder gar nicht oder bloss kurz begründet.<sup>26</sup>

<sup>13</sup> Der Begriff der *wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit* wird in diesem Beitrag in einem weiten Sinn verstanden. Er betrifft die eigentliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit an und für sich, als auch die fehlende Zahlungsbereitschaft, auf welche die Erfüllung gewisser Kautionsgründe hindeuten kann (z.B. die unbezahlten Prozesskosten; vgl. vorstehend FN 9).

<sup>14</sup> Ähnlich ZOTSANG (FN 2), 127.

<sup>15</sup> Nachstehend Ziff. III.B.

<sup>16</sup> Unter Prozessmaximen werden gemeinhin die allgemeinen Grundsätze (statt vieler STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND [FN 3], § 10 N 1) bzw. der Bauplan (vgl. MARTIN SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, ZBJV 2000, 685–724, 685) des Zivilprozesses verstanden. Sie sind es, welche es überhaupt erst ermöglichen, das Verfahren zu verstehen (vgl. MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. A., Bern 1984, 70).

<sup>17</sup> Siehe zur allgemeinen Bedeutung dieser Prozessmaximen statt vieler MYRIAM A. GEHRI, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infänger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, Art. 55 N 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 3), § 10 N 2, N 15 und N 24.

<sup>18</sup> Vgl. statt vieler die in FN 17 genannten Quellen. Die Prozessmaximen nähern sich bei genauerer Betrachtung jedoch insoweit an, als dass es Einschränkungen und Ausnahmen gibt. Beispiel: Notorische Tatsachen müssen unter der Geltung der Verhandlungsmaxime weder behauptet noch bewiesen werden (vgl. Art. 151 ZPO sowie statt vieler CHRISTOPH HURNI, in: Andreas Güngerich [Koord.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 55 N 30 f.). Zum Ganzen statt vieler WALTER FELLMANN, Berührungspunkte zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz und ihre Bedeutung für die Ausgestaltung des Zivilprozesses, Richter und Verfahrensrecht, 150 Jahre Obergericht Luzern, Festgabe, ZBJV 127<sup>bis</sup> (1991), 95–121, 98–100.

<sup>19</sup> Statt vieler JACQUES HALDY, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), CPC, Code de procédure civile commenté, Basel 2011, Art. 55 N 1.

<sup>20</sup> Statt vieler THOMAS SUTTER-SOMM/CLAUDE SCHRANK, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 55 N 2 und N 59–61.

<sup>21</sup> Statt vieler BSK ZPO-GEHRI (FN 17), Art. 55 N 17 f.; PAUL OBERHAMMER, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), ZPO, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2014, Art. 55 N 8 und N 15–17.

<sup>22</sup> Statt vieler BK-HURNI (FN 18), Art. 55 N 59 f. Vgl. dazu auch JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Behauptungslast, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, 47–69, 50 f.; MARTIN SARBACH, Zivilprozessrecht im Wandel – Am Beispiel der bundesrechtlichen Untersuchungsmaxime, in: Benjamin Schindler/Regula Schlauri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, 133–156, 135.

<sup>23</sup> Nachstehend Ziff. III.B.

<sup>24</sup> Vgl. statt vieler HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 8 N 33; FLAVIO LARDELLI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014, Art. 8 N 4.

<sup>25</sup> Statt vieler HANS PETER WALTER, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Berner Kommentar, Bd. I/1., Bern 2012, Art. 8 N 489 sowie BK-HURNI (FN 18), Art. 55 N 58. Siehe ferner z.B. Urteil des BGer vom 20. Juli 2007 (5A\_256/2007), E. 3.2.

<sup>26</sup> In Bezug auf die anwendbare Prozessmaxime wird teilweise explizit die Anwendbarkeit des Untersuchungsgrundsatzes vertreten (BSK ZPO-RÜEGG [FN 1], Art. 99 N 2 f.; KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. A., Bern 2010, § 37 N 66; TAPPY [FN 4], Art. 101 N 15; in diese Richtung auch SIMON ZINGG, in: Andreas Güngerich [Koord.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 60 N 13). Die Anwendbarkeit des Verhandlungsgrundsatzes wird demgegenüber, soweit ersichtlich, nirgends explizit und unzweideutig propagiert. In Bezug auf die Frage der Beweislast spricht sich ein Grossteil der Rechtsprechung und Literatur für die Beweislast zu Lasten der beklagten Partei aus (Beschluss des OGer ZH vom 2. April 2012 [RB110035], E. 3.3.2; Urteil des OGer BE vom 25. August 2015 [ZK 14 262], E. IV./1.2.; Verfügung des KGer FR vom 9. Oktober 2015 [101 2015 219], E. 2; KUKO ZPO-SCHMID [FN 1], Art. 99 N 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND [FN 3], § 16 N 28; SUTER/VON HOLZEN [FN 3], Art. 99 N 16). Für die gegenteilige Ansicht konnten keine Nachweise ermittelt werden. Teilweise wird jedoch auch nicht völlig klar und unzweideutig zwischen den angesprochenen Fragestellungen unterschieden (siehe z.B. RICHARD KUSTER, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, Art. 99 N 23; FLORIAN MOHS, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach [Hrsg.], ZPO, Kommentar, 2. A., Zürich 2015, Art. 99 N 2; BK-STERCHI [FN 2], Art. 99 N 3; ALEXANDER ZÜRCHER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 59 N 53, wobei jeweils

Klar ist immerhin – was für die nachfolgende Analyse von Bedeutung sein wird – dass vorliegend der Dispositionsgrundsatz gilt: Die Sicherstellung der Parteientschädigung setzt nämlich voraus, dass die beklagte Partei einen entsprechenden Antrag stellt (Art. 99 Abs. 1 ZPO). Mit anderen Worten obliegt es der beklagten Partei, um diesbezüglichen Rechtsschutz zu ersuchen (vgl. zum Dispositionsgrundsatz auch Art. 58 Abs. 1 ZPO). Der Antrag kann, muss jedoch nicht beziffert werden.<sup>27</sup> Daneben ist der Kautionsgrund zu benennen.<sup>28</sup> Der Officialgrundsatz, wonach das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist (Art. 58 Abs. 2 ZPO), gelangt somit nicht zur Anwendung. Damit ist jedoch noch nichts über die Anwendbarkeit des Verhandlungs- bzw. des Untersuchungsgrundsatzes gesagt. Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz gehen zwar oft miteinander einher. Dies ist aber nicht ausnahmslos der Fall.<sup>29</sup>

Nachfolgend soll der Frage nachgegangen werden, welcher der bezeichneten Prozessmaximen zur Sammlung des Prozessstoffs zur Anwendung gelangt und wie die Beweislast verteilt ist. Dies jeweils in Bezug auf das Tatsachenfundament des Kautionsgrunds. Auf andere Fragen, welche damit – allenfalls mittelbar – zusammenhängen, wird demgegenüber nicht eingegangen. Dies gilt namentlich für die Frage der Behauptungslast<sup>30</sup> und des Beweismasses<sup>31</sup>.

festgehalten wird, dass die Kautionsgründe von der beklagten Partei nachzuweisen seien).

<sup>27</sup> BGE 140 III 444, Regeste und S. 446–449 E. 3.2.2. A.M. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (FN 26), § 37 N 66.

<sup>28</sup> BK-STIERCHI (FN 2), Art. 99 N 3. So im Ergebnis auch statt vieler BSK ZPO-RÜEGG (FN 1), Art. 99 N 3; SUTER/VON HOLZEN (FN 3), Art. 99 N 16.

<sup>29</sup> Vgl. BK-HURNI (FN 18), Art. 58 N 5. Siehe hierzu auch SABINE ASPRION STÖCKLIN, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda, Diss. Basel, s.l., s.d., 24–28 und daneben in einem weiteren Kontext SARBACH (FN 16), 690–693.

<sup>30</sup> Die Behauptungslast regelt, welche Partei die nachteiligen Folgen davon zu tragen hat, wenn rechtserhebliche Tatsachen im Prozess nicht vorgebracht werden (vgl. statt vieler BRÖNNIMANN [FN 22], 58; siehe für eine Übersicht über die Teilgehalte auch BK-WALTER [FN 25], Art. 8 N 182–190). Sie folgt in der Regel der Beweislast (statt vieler BK-HURNI [FN 18], Art. 55 N 15 f. m.w.H.). Nach der hier vertretenen Auffassung gilt dies auch vorliegend (siehe zur Beweislast die nachfolgende Analyse), da keine Gründe für die gegenteilige Lösung ersichtlich sind. Die Literatur geht ebenfalls regelmässig von der Behauptungslast der beklagten Partei aus (siehe statt vieler KUKO ZPO-SCHMID [FN 1], Art. 99 N 1; SUTER/VON HOLZEN [FN 3], Art. 99 N 16).

<sup>31</sup> Das Beweismass betrifft die Frage, welche Intensität die richterliche Überzeugung erreichen muss, damit eine Tatsache als bewiesen gilt (vgl. statt vieler PETER GUYAN, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, Art. 157 N 7; ausführlich

### III. Analyse

#### A. Ausgangspunkt und methodische Überlegungen

##### 1. Vorbemerkungen

Ausgangspunkt der nachfolgenden Analyse bilden grundsätzliche Überlegungen zu den in Frage stehenden Prozessmaximen und zur Beweislast. Dabei wird auch auf das materielle Recht zurückgegriffen. Dieses ist vorliegend, da es um ein rein prozessuales Institut geht, zumindest nicht unmittelbar relevant. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung<sup>32</sup> erscheint es jedoch naheliegend, dieses in die Überlegungen miteinzubeziehen.

##### 2. Regel-Ausnahme-Verhältnis der Prozessmaximen

Im Zivilprozess gilt der Verhandlungsgrundsatz als Regel, der Untersuchungsgrundsatz demgegenüber als Ausnah-

zum Gegenstand und zur Ausgestaltung des Beweismasses ISABELLE BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, Diss. Bern, Bern 2008, *passim*). Rechtsprechung und Literatur vertreten teilweise die Ansicht, dass vorliegend eine Glaubhaftmachung – d.h. dass für das «Vorhandensein [einer behaupteten Tatsache] gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte» (BGE 130 III 321, 325 E. 3.3; siehe dazu und zu einer Übersicht über die einzelnen Kategorien des Beweismasses statt vieler KUKO ZPO-SCHMID [FN 1], Vorbemerkungen zu Art. 150–193 N 13) – generell (vgl. z.B. Verfügung des KGer FR vom 9. Oktober 2015 [101 2015 219], E. 2) oder zumindest in gewissen Fällen (vgl. z.B. Urteil des OGer BE vom 25. August 2015 [ZK 14 262], E. IV./1.2.; SUTER/VON HOLZEN [FN 3], Art. 99 N 16) ausreicht. Andersorts wird demgegenüber ein anderes Verständnis, d.h. die Anwendbarkeit des ordentlichen Beweismasses (vgl. z.B. MOHS [FN 26], Art. 99 N 2), angedeutet. Vor dem Hintergrund, dass das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt (vgl. die bereits gemachten Ausführungen und FN 6), die Entscheidung über die Kautionsgründe zu treffen ist (nachstehend Ziff. III.E.) und sich diese dogmatisch der vorsorglichen Massnahme annähert (vgl. die vorstehenden Ausführungen und FN 5), erscheint die Anwendung des reduzierten Beweismasses richtig (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO). Anders kann es sich jedoch dann verhalten, wenn der Kautionsgrund selbst bereits inhaltlich reduzierte Anforderungen stellt (z.B. Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO, wonach es genügt, dass der Anschein der Zahlungsunfähigkeit besteht). Unabhängig von dieser Fragestellung wird nachfolgend stets von der *Beweislast* gesprochen, obschon im Falle des Beweismasses des Glaubhaftmachens auch eine andere Begrifflichkeit (sog. *Glaubhaftmachungslast*) gängig ist.

<sup>32</sup> Dies als Element der systematischen Auslegung. Vgl. hierzu statt vieler SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Berner Kommentar, Bd. I/1., Bern 2012, Art. 1 N 246 m.w.H.

me (Art. 55 ZPO).<sup>33</sup> Es erscheint gerechtfertigt, nachfolgend als Ausgangspunkte für die Analyse von diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis, d.h. der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Verhandlungsgrundsatzes, auszugehen.

### 3. Beweislast im materiellen Recht

Im materiellen Recht trägt diejenige Person die Beweislast, welche aus einer Tatsache Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Diese Generalklausel ist jedoch im Einzelfall zu konkretisieren und kann ferner auch von anderen Beweislastregeln verdrängt werden.<sup>34</sup> Die Beweislast soll hierbei unter anderem unter Berücksichtigung der Angemessenheit des Beweisrisikos verteilt werden.<sup>35</sup>

Verschiedene Normen des materiellen Rechts knüpfen an die Einschränkung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer Partei gewisse Rechtsfolgen zu Gunsten der jeweils anderen Partei.<sup>36</sup> Diejenige Person, welche die entsprechenden Rechtsfolgen für sich beanspruchen möchte, trägt hierbei die Beweislast für das Vorhandensein der Einschränkung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gegenpartei.<sup>37</sup> Im Kontext eines Sachverhalts, der *prima facie* demjenigen der Kautionsgründe entspricht<sup>38</sup>, geht das materielle Recht also von einer Beweislast zu Lasten derjenigen Partei aus, welche die fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Gegenpartei behauptet. Dies spricht bereits dafür, dass dies auch im vorliegenden Kontext gelten muss; eine grundsätzliche Andersartigkeit der zivilprozessualen Kautionsgründe,

welche ein gegenteiliges Verständnis aufdrängen würde, ist nicht ersichtlich.

Kommt hinzu, dass das materielle Recht im Allgemeinen dazu tendiert, von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer Partei auszugehen, d.h. diese im Sinne einer Vermutung<sup>39</sup> als gegeben zu unterstellen<sup>40</sup>. Diese Unterstellung scheint vorliegend in tatsächlicher Hinsicht zutreffend, dürfte die klagende Partei, bevor sich die Frage der Kautionsüberhaupt stellt, regelmässig einen Gerichtskostenvorschuss bezahlt haben (Art. 98 ZPO)<sup>41</sup> und damit zumindest den Anschein geschaffen haben, wirtschaftlich leistungsfähig zu sein. Wird dieser Gedanke fortgesetzt, so erscheint es angemessen<sup>42</sup>, die Beweislast für das Gegenteil – die fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und damit das Bestehen des Kautionsgrunds<sup>43</sup> – bei der beklagten Partei anzusiedeln.

Es ist nach der hier vertretenen Auffassung sachgerecht, diese Überlegungen auch auf den vorliegenden Themenkomplex zu übertragen und zu einer Ausgangsthese zu verdichten. Die Beweislast ist damit derjenigen Partei aufzuerlegen, welche aus der Einschränkung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der klagenden Partei Rechte ableiten möchte, d.h. der beklagten Partei. Die gegenteilige Lösung – Beweislast in Bezug auf das Gegenteil (Fehlen der Einschränkung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit) bei der klagenden Partei – scheint zumindest vorstellbar, ist nach der hier vertretenen Auffas-

<sup>33</sup> Statt vieler BSK ZPO-GEHRI (FN 17), Art. 55 N 16; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 3), § 10 N 15.

<sup>34</sup> Vgl. statt vieler BGE 128 III 271, 273 E. 2a/aa); BSK ZGB I-LARDELLI (FN 24), Art. 8 N 39; BK-WALTER (FN 25), Art. 8 N 251 f. A.M. GEORGES HUGUENIN-DUMITTAN, Behauptungslast, Substantiierungspflicht und Beweislast, Diss. Zürich, Zürich 1989, 122.

<sup>35</sup> Vgl. statt vieler MAX KUMMER, Einleitung umfassend die Artikel 1–10 ZGB, Berner Kommentar, Bd. I/1., unv. Nachdruck, Bern 1962, Art. 8 N 113 f.; BSK ZGB I-LARDELLI (FN 24), Art. 8 N 39; BK-WALTER (FN 25), Art. 8 N 208 und N 240.

<sup>36</sup> Beispiele: Art. 83 OR, Art. 266h OR und Art. 316 OR. Die entsprechenden Gründe bzw. Umstände der fehlenden Leistungsfähigkeit, auf welche abgestellt wird, werden nachfolgend vereinfacht allgemein unter dem Begriff der *Einschränkung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit* zusammengefasst.

<sup>37</sup> Siehe zu Art. 83 OR z.B. ROLF H. WEBER, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68–96 OR, Berner Kommentar, Bd. VI/1./4., 2. A., Bern 2005, Art. 83 N 79 f.; MARIUS SCHRANER, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68–96 OR, Zürcher Kommentar, Teilbd. V 1e, 3. A., Zürich 2000, Art. 83 N 74; zu Art. 266h OR PETER HIGI, Die Miete, Zweite Lieferung, Art. 266–268b OR, Zürcher Kommentar, Teilbd. V 2b, 4. A., Zürich 1995, Art. 266h N 21; zu Art. 316 OR PETER HIGI, Die Leihe, Art. 305–318 OR, Zürcher Kommentar, Teilbd. V 2b, 3. A., Zürich 2003, Art. 316 N 16.

<sup>38</sup> Vorstehend Ziff. II.

<sup>39</sup> Handelt es sich um eine *tatsächliche* Vermutung, so wird aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung von etwas Bekanntem (Vermutungsbasis) auf etwas Unbekanntes (Vermutungsfolge) geschlossen, wobei sich an der Beweislast hierdurch nichts ändert. Die *gesetzliche* Vermutung hat ihre Grundlage demgegenüber in einem Rechtssatz. Ferner bewirkt sie in Bezug auf die Vermutungsfolge eine Beweislastumkehr (zum Ganzen BK-WALTER [FN 25], Art. 8 N 387, N 389, N 408 f., N 412, N 473 und N 476).

<sup>40</sup> Vgl. z.B. vor dem Hintergrund von Art. 59 aBV BGE 41 I 110, 115 E. 1; 96 I 145, 148 E. 4; Urteil des KGer VS vom 14.9.1976 (publ. in ZWR 1977, 8–18), E. III. (gesetzliche Vermutung) sowie hierzu JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Bd. 1, Neuenburg 1967, N 852; BLAISE KNAPP, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Bd. 3, Basel/Zürich/Bern 1991, Art. 59 N 26.

<sup>41</sup> Wie bereits dem Wortlaut der Bestimmung zu entnehmen ist, kann, muss das Gericht jedoch keinen Kostenvorschuss einverlangen. Die diesbezügliche Praxis ist uneinheitlich (vgl. z.B. für den Kanton Zürich die Bemerkungen bei HEINRICH ANDREAS MÜLLER, *Die zürcherischen Gerichte und die neue ZPO*, in: Annette Dolge [Hrsg.], *Die neue ZPO*, Zürich/Basel/Genf 2012, 57–66, 59).

<sup>42</sup> Es ist zuzugestehen, dass das Bestehen einer (tatsächlichen) Vermutung und die Frage der Beweislast rechtlich nicht zusammenhängen (vgl. BK-KUMMER [FN 35], Art. 8 N 142; BK-WALTER [FN 25], Art. 8 N 476; vgl. ferner vorstehend FN 39).

<sup>43</sup> Vorstehend Ziff. II.

sung jedoch abzulehnen. Sie scheidet jedenfalls nicht an der unzutreffenden Überlegung, dass das Fehlen der Einschränkung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein Negativum darstellt und – getreu dem Grundsatz *negativa non sunt probanda* – daher keine solche Beweislastverteilung möglich ist. Ein solcher Beweis könnte nämlich dadurch erbracht werden, dass positive Sachumstände, d.h. das Bestehen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, nachgewiesen werden.<sup>44</sup>

#### 4. Weitere Überlegungen und Ergebnis

Es ist gerade die beklagte Partei, welche den Schutz der Sicherstellung der Parteientschädigung beanspruchen möchte. Auch vor diesem Hintergrund scheint es in rein tatsächlicher Hinsicht naheliegend, im Sinne einer Ausgangsprämisse davon auszugehen, dass es die beklagte Partei nicht nur in der Hand hat, um Rechtsschutz zu ersuchen (Dispositionsmaxime)<sup>45</sup>, sondern auch den entsprechenden Prozessstoff dem Gericht zu präsentieren (Verhandlungsgrundsatz)<sup>46</sup> und hierfür die Beweislast zu tragen.

Keinen Ansatzpunkt zur Untermauerung der Ausgangsprämisse bildet die gesetzliche Regelung der Parteientschädigung, auf welche sich die Sicherstellung bezieht.<sup>47</sup> In dieser Hinsicht gilt zwar der Dispositionsgrundsatz<sup>48</sup>, die Parteientschädigung muss jedoch nicht einmal beziffert werden<sup>49</sup>. Das Gericht setzt die Parteientschädigung gestützt auf die kantonalen Tarife fest. Den Parteien steht es frei, eine Kostennote einzureichen (zum Ganzen Art. 105 Abs. 2 ZPO).

Es sprechen damit gute Gründe dafür, die nachfolgende Analyse auf der These zu basieren, dass im vorliegenden Kontext der Verhandlungsgrundsatz zur Anwendung gelangt und die Beweislast bei der beklagten Partei liegt. Nachfolgend wird geprüft, ob Gründe auszumachen sind, welche eine Abweichung hiervon gebieten oder zumindest nahelegen.

#### B. Keine gegenteilige positive Norm

Art. 99–101 ZPO regeln die aufgeworfenen Fragen nicht. Die Normen sprechen damit auch nicht gegen die Ausgangsprämisse.<sup>50</sup> Vor dem Hintergrund von Art. 55 ZPO und Art. 8 ZGB und dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung<sup>51</sup> drängt sich nach dem Vorgesagten<sup>52</sup> gerade ein Schluss auf die Richtigkeit der Ausgangsprämisse auf. Wenn der Gesetzgeber die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes bzw. einer Beweislast zu Lasten der klagenden Partei hätte statuieren wollen, so hätte sich dies zudem aller Voraussicht nach im Wortlaut der in Frage stehenden Normen niederschlagen.

Zu keinem anderen Schluss ist im Hinblick auf Art. 59 f. ZPO zu gelangen: Art. 59 Abs. 2 ZPO enthält einen nicht abschliessenden Katalog an Prozessvoraussetzungen<sup>53</sup>, deren Erfüllung grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen ist (Art. 60 ZPO). Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO statuiert, dass die Leistung der Sicherheit für die Prozesskosten<sup>54</sup> eine Prozessvoraussetzung darstellt. Mit anderen Worten stellt die Leistung eine von Amtes wegen festzustellende Prozessvoraussetzung dar, soweit eine solche Leistung angeordnet wurde.<sup>55</sup> Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der klagenden Partei an und für sich ist demgegenüber folglich gerade *keine* Prozessvoraussetzung.<sup>56</sup> Aus diesem Grund lässt sich auch nicht geltend machen, dass in Bezug auf die Kautionsgründe aufgrund von Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO i.V.m. Art. 60 ZPO der Un-

<sup>44</sup> Vgl. dazu und zum angesprochenen Grundsatz im Allgemeinen statt vieler BSK ZGB I-LARDELLI (FN 24), Art. 8 N 72 f. und BK-WALTER (FN 25), Art. 8 N 322 und N 327.

<sup>45</sup> Vorstehend Ziff. II.

<sup>46</sup> Vorstehend Ziff. II.

<sup>47</sup> Vgl. auch BGE 140 III 444, 447–449 E. 3.2.2, wobei zu anderen Fragen ebenfalls eine Parallele zum Anspruch auf die Parteientschädigung gezogen wurde.

<sup>48</sup> Botschaft ZPO (FN 7), 7296 sowie statt vieler KUKO ZPO-SCHMID (FN 1), Art. 105 N 2.

<sup>49</sup> Botschaft ZPO (FN 7), 7296 sowie statt vieler BSK ZPO-RÜEGG (FN 1), Art. 105 N 2.

<sup>50</sup> Vorstehend Ziff. II. und Ziff. III.A.

<sup>51</sup> FN 32.

<sup>52</sup> Vorstehend Ziff. III.A.

<sup>53</sup> Dies wird durch das Wort «insbesondere» in Art. 59 Abs. 2 ZPO angedeutet. Siehe dazu statt vieler BSK ZPO-GEHRI (FN 17), Art. 59 N 2; TANJA DOMEJ, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), ZPO, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2014, Art. 59 N 15.

<sup>54</sup> Der Wortlaut der Bestimmung ist insoweit zumindest potentiell missverständlich. Gemeint ist auf alle Fälle auch die Kautions gemäss Art. 99–101 ZPO (vgl. statt vieler BK-ZINGG [FN 26], Art. 59 N 152).

<sup>55</sup> Vgl. Urteil des OGer ZG vom 16. Juni 2011 (publ. in CAN 2013, Nr. 9), E. 1 und ferner statt vieler FRANÇOIS BOHNET, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), CPC, Code de procédure civile commenté, Basel 2011, Art. 59 N 85. Vgl. hierzu bereits unter der Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen KARL SPÜHLER/PETER REETZ, Voraussetzungen und Höhe von Kautionen, in: Christian Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskautions, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, 91–107, 93 f.

<sup>56</sup> Falls doch eine solche Prozessvoraussetzung bestünde, so wäre diese mit der Leistung eines angeordneten Gerichtskostenvorschusses (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO) als erfüllt zu betrachten.

tersuchungsgrundsatz gilt.<sup>57</sup> Für die Frage der Beweislast liesse sich daraus zudem ohnehin nichts ableiten.<sup>58</sup>

### C. Kein gegenteiliger Wille des Gesetzgebers

Den Materialien lassen sich keine klaren Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber den Untersuchungsgrundsatz bzw. eine Beweislast der klagenden Partei statuieren wollte. Dies gilt sowohl für den Vorentwurf zur ZPO selbst<sup>59</sup>, dessen Materialien<sup>60</sup>, den Entwurf der ZPO<sup>61</sup> als auch die dazugehörigen Materialien<sup>62</sup>. Auch ansonsten lassen sich keine Anhaltspunkte erkennen, welche auf einen gegenteiligen Willen des Gesetzgebers schliessen lassen.

Es könnte die Überlegung angestellt werden, dass der Gesetzgeber allenfalls schlicht die Regelung der mittlerweile ausser Kraft getretenen kantonalen Zivilprozessordnungen übernehmen wollte und die Frage darum nicht explizit geregelt hat. Durch diese These lässt sich jedoch für die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen nichts gewinnen, waren die kantonalen Zivilprozessordnungen in Bezug auf die Sicherstellung der Parteient-schädigung doch unterschiedlich ausgeprägt. Dies gilt namentlich für die Frage der anwendbaren Prozessmaxime zur Sammlung des Prozessstoffs.<sup>63</sup> Weniger eindeu-

tig verhält es sich in Bezug auf die Frage der Beweislast.<sup>64</sup>

Dass der Gesetzgeber die Beweislast bei der beklagten Partei ansiedeln wollte, könnte sich zudem aus einer systematischen Perspektive herleiten lassen: Wird die Kautions dogmatisch als vorsorgliche Massnahme verstanden<sup>65</sup>, so handelt es sich bei den Kautionsgründen um nichts Anderes als Verfügungsgründe<sup>66</sup>. Bei vorsorglichen Massnahmen liegt die Beweislast für das Vorliegen eines Verfügungsgrunds beim Gesuchsteller.<sup>67</sup> Übertragen auf den vorliegenden Themenkomplex widerspricht diese Sichtweise der Ausgangsprämisse in Bezug auf die Beweislast nicht, sondern bestätigt diese.

### D. Kein anderer Anlass für eine Abweichung vom Verhandlungsgrundsatz und von der Beweislast der beklagten Partei

#### 1. Keine Abweichung aufgrund der Verfügungsgewalt und der involvierten Interessen

Der Untersuchungsgrundsatz ist nach üblichem Verständnis eine Ausnahmerecheinung.<sup>68</sup> Er kommt namentlich dann zum Zug, wenn die Parteien über einen Streitgegenstand aufgrund öffentlicher Interessen oder Interessen Dritter nicht frei verfügen können oder wenn in sozial sensiblen Bereichen ein Machtgefälle zwischen den Par-

<sup>57</sup> A.M. BSK ZPO-RÜEGG (FN 1), Art. 99 N 2; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (FN 26), § 37 N 66; TAPPY (FN 4), Art. 101 N 15; BK-ZINGG (FN 26), Art. 60 N 13. Ebenfalls abweichend das Urteil des OGer ZG vom 5. Dezember 2013 (BZ 2013 49), E. 4.2.1 (im Kontext des kantonalen Zivilprozessrechts).

<sup>58</sup> Siehe zum nicht bestehenden Zusammenhang zwischen der Frage der anwendbaren Prozessmaxime und der Frage der Beweislast vorstehend Ziff. II.

<sup>59</sup> Siehe Art. 88–90 des Vorentwurfs zur ZPO (abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/entw-zpo-d.pdf>>).

<sup>60</sup> Siehe den Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission vom Juni 2013 (abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf>>), 52–54.

<sup>61</sup> Siehe Art. 97–99 des Entwurfs zur ZPO (BBl 2006 7413–7528).

<sup>62</sup> Dies gilt sowohl für die Botschaft (Botschaft ZPO [FN 7], 7294 f.) als auch die parlamentarischen Beratungen (AB StR 2007 S 511 f.; AB NR 2008, 652).

<sup>63</sup> Der Verhandlungsgrundsatz kam beispielsweise unter der Geltung der Zivilprozessordnung des Kantons Aargau (§ 109 ZPO/AG; vgl. ALFRED BÜHLER, in: ALFRED BÜHLER/ANDREAS EDELMANN/ALBERT KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau u.a. 1998, § 109 N 2) zur Anwendung. Der Untersuchungsgrundsatz galt demgegenüber z.B. in den Kantonen Thurgau (§ 77 ZPO/TG; vgl. BARBARA MERZ, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Bern 2007, § 77 N 13), Zug (§ 43 Abs. 1 ZPO/ZG; vgl. dazu Urteil des BGer vom 13. Mai 2014 [5A\_64/2014], E. 2.3 und noch klarer das Urteil der Vorinstanz, Urteil des OGer ZG vom 5. Dezember 2013 [BZ 2013 49], E. 4.2.1)

und Zürich (§ 73 ZPO/ZH; vgl. RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 73 N 4; in diese Richtung auch HANSJÖRG STUTZER, Die Kautionspflicht im ordentlichen zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich, Zürich 1980, 115 f.). Vgl. ferner die Übersicht bei RAINER ISLER, Die Kautionspflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich, Affoltern a.A. 1967, 10 f. (mit teilweise nicht völlig eindeutigen Formulierungen).

<sup>64</sup> Im Rahmen der Ausarbeitung dieses Beitrags wurden keine Hinweise darauf gefunden, dass die Beweislast unter der Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen nicht bei derjenigen Partei lag, welche die Kautions zu Lasten der anderen Partei beantragt hat (vgl. als Beispiele die Zivilprozessordnung des Kantons Aargau [§ 109 ZPO/AG und hierzu BÜHLER [FN 63], § 109 N 2] sowie Luzern [§ 125 ZPO/LU und hierzu URS W. STUDER/VIKTOR RÜEGG/HEINER EIHOLZER, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, § 125 N 2]). In aller Regel äusserten sich die kantonalen Zivilprozessordnungen und die zugehörige Literatur jedoch nicht explizit zu dieser Frage. Die vorliegende Analyse nimmt jedoch nicht in Anspruch, abschliessend zu sein.

<sup>65</sup> Vorstehend Ziff. II. und FN 5.

<sup>66</sup> Vgl. BERGER (FN 5), 282.

<sup>67</sup> Vgl. statt vieler THOMAS SPRECHER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, Art. 261 N 54 und N 58.

<sup>68</sup> Vorstehend Ziff. III.A.2.

teien besteht.<sup>69</sup> Ein solcher Grund liegt in Bezug auf die Sicherstellung der Parteientschädigung gerade nicht vor: Die Parteien haben es in der Hand, über den Streitgegenstand, d.h. den Anspruch auf Sicherstellung, frei zu verfügen.<sup>70</sup> Ferner sind – im Gegensatz etwa zur Regelung, wonach das Gericht einen Gerichtskostenvorschuss verlangen kann, dessen Leistung sodann eine Prozessvoraussetzung darstellt (Art. 98 ZPO i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO)<sup>71</sup> – keine öffentlichen Interessen oder Interessen Dritter auszumachen. Auch ein sozial sensibler Bereich oder ein Machtgefälle besteht grundsätzlich nicht bzw. hängt nicht mit dem Streitgegenstand zusammen. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum, obschon vorstellbar<sup>72</sup>, die beklagte Partei einerseits die Leistung einer Kautions beantragen muss, wenn sie diesen Rechtsschutz beanspruchen will<sup>73</sup>, andererseits aber in Bezug auf die Sachverhaltsermittlung die Verantwortung beim Gericht liegen soll bzw. die klagende Partei die Beweislast zu tragen hat.

## 2. Keine Abweichung aufgrund der Praktikabilität und der Beweisnähe

Es lässt sich aus der Perspektive der Praktikabilität, der wichtigsten Begründung für den Verhandlungsgrundsatz<sup>74</sup>, auch die Frage aufwerfen, inwieweit das Gericht überhaupt befähigt wäre, den massgeblichen Sachverhalt im Sinne des Untersuchungsgrundsatzes festzustellen. Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass das Gericht mangels Ermittlungsapparat ohnehin nur über begrenzte entsprechende Möglichkeiten verfügt.<sup>75</sup> Oftmals dürfte es sich so verhalten, dass die beklagte Partei mit den Verhältnissen der klagenden Partei besser vertraut ist als

das Gericht.<sup>76</sup> Dies gilt insbesondere, wenn der Prozessgegenstand mit vertraglichen Angelegenheiten zusammenhängt, da diesfalls in aller Regel ein längerer und intensiverer Kontakt zwischen den Parteien besteht und die Parteien daher gewisse Kenntnisse über die andere Partei erlangen bzw. erlangt haben. In anderen zivilrechtlichen Bereichen kann es sich – im Sinne einer Typisierung – oftmals gleich<sup>77</sup> oder anders<sup>78</sup> verhalten. Auch aus dieser Perspektive liegt es nahe, den Verhandlungsgrundsatz zur Anwendung zu bringen.

Bei gewissen Kautionsgründen dürfte es dem Gericht jedoch immerhin grundsätzlich leicht fallen, den Prozessstoff, d.h. das relevante Tatsachenfundament, zu sammeln: Dies gilt namentlich beim Kautionsgrund des fehlenden Wohnsitzes oder Sitzes in der Schweiz (Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO), der Zahlungsunfähigkeit in den Varianten der Konkursöffnung, des Nachlassverfahrens und das Bestehen von Verlustscheinen (Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO) als auch beim Kautionsgrund der ungetilgten Prozesskosten aus früheren Verfahren (Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO). Bei diesen Kautionsgründen können Tatsachen, welche den Kautionsgrund erfüllen können<sup>79</sup>, entweder leicht ermittelt werden (fehlender Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz<sup>80</sup>; Konkursöffnung<sup>81</sup>, Nach-

<sup>69</sup> Statt vieler BK-HURNI (FN 18), Art. 55 N 51–53; KUKO ZPO-OBERHAMMER (FN 21), Art. 55 N 4 f. Vgl. hierzu auch – teilweise mit Abweichungen – JÜRGEN BRÖNNIMANN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime (aus Anlass der Revision der Berner ZPO), ZBJV 1990, 329–377, 343–348; SARBACH (FN 22), 138–142.

<sup>70</sup> Vorstehend Ziff. II.

<sup>71</sup> Der Sinn und Zweck dieser Bestimmungen liegt im fiskalischen Interesse des Staates begründet (vgl. statt vieler IVO SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2008/2009, 195–213, 201; vgl. ferner ZOTSANG [FN 2], 81–83). Siehe zum Gerichtskostenvorschuss auch vorstehend Ziff. III.A.3.

<sup>72</sup> Wie dargelegt (vorstehend Ziff. II.) sind der Dispositions- und der Verhandlungsgrundsatz oft gemeinsam anwendbar. Dies ist jedoch nicht zwingend der Fall.

<sup>73</sup> Vorstehend Ziff. II.

<sup>74</sup> Vgl. dazu und zu den einzelnen Begründungen des Verhandlungsgrundsatzes SARBACH (FN 16), 687–696 und zur Berücksichtigung von Praktikabilitätsüberlegungen in Bezug auf die Anwendung des Verhandlungs- bzw. Untersuchungsgrundsatzes BRÖNNIMANN (FN 69), 351 m.w.H.

<sup>75</sup> Vorstehend Ziff. II.

<sup>76</sup> Siehe zu dieser Überlegung auch ISLER (FN 63), 11. Die gegenteilige Meinung wurde im Rahmen der Vernehmlassung zum Vorentwurf der ZPO geäußert (vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen – Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) [abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/ve-ber.pdf>>], 272 [Stellungnahme des KassGer ZH]).

<sup>77</sup> Beispiel: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten.

<sup>78</sup> Beispiel: Streitigkeit, welche mit einer unerlaubten Handlung – und damit möglicherweise einem Zufallskontakt – zusammenhängt.

<sup>79</sup> Allenfalls wird die Erfüllung des in Frage stehenden Kautionsgrunds bei Vorliegen gewisser Tatsachen auch unwiderlegbar vermutet. Diese Ansicht wird z.B. in Bezug auf den Kautionsgrund des ausländischen Wohnsitzes bzw. Sitzes (BGE 141 III 155, Regeste und S. 157 E. 4.3), die Konkursöffnung (statt vieler BSK ZPO-RÜEGG [FN 1], Art. 99 N 13) und auf weitere Tatbestandsvarianten von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO (vgl. z.B. KUKO ZPO-SCHMID [FN 1], Art. 99 N 5; a.M. z.B. Urteil des OGer ZH vom 5. Februar 2014 [RV140002], E. 2.2.3) vertreten. Wie es sich damit verhält, kann für die Zwecke des vorliegenden Beitrags offen bleiben.

<sup>80</sup> Der Kautionsgrund gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO gelangt grundsätzlich dann zur Anwendung, wenn die klagende Partei ihren Wohnsitz bzw. Sitz nicht in der Schweiz hat (vorstehend FN 11). Die klagende Partei muss ihre Adresse – und damit grundsätzlich ihren Wohnsitz bzw. Sitz – in der Klage bezeichnen (vgl. zu Art. 221 Abs. 1 lit. a ZPO statt vieler GEORG NAEGELI/ROMAN RICHERS, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas [Hrsg.], ZPO, Kurzkommentar, 2. A., Basel 2014, Art. 221 N 3). Gerade in einem solchen Fall ist es für das Gericht – falls die Angaben korrekt sind – ein Leichtes, die relevanten Tatsachen festzustellen.

<sup>81</sup> Die Konkursöffnung kann genügen, damit der Kautionsgrund gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt ist (vgl. vorstehend FN 79).

lassverfahren<sup>82</sup>, Verlustscheine<sup>83</sup>) oder sie sind dem Gericht ohnehin bereits bekannt (ungetilgte Gerichtskosten am gleichen Gericht<sup>84</sup>). Im Einzelfall können die Verhältnisse jedoch auch anders liegen.<sup>85</sup>

Die Konkurseröffnung wird unter anderem dem Betreibungsamt und dem Handelsregister mitgeteilt (Art. 176 SchKG) und damit im Betreibungsregister (vgl. Art. 10 VFRR) und im Handelsregister, soweit die betroffene Partei im Handelsregister eingetragen ist, verzeichnet. Das Gericht kann darin Einsicht nehmen (vgl. Art. 8a Abs. 1 und Abs. 4 SchKG [Betreibungsregister] und Art. 930 OR i.V.m. Art. 11 HRegV [Handelsregister]).

<sup>82</sup> Die Eröffnung des Nachlassverfahrens erfüllt den Kautionsgrund gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO (vgl. statt vieler SUTER/VON HOLZEN [FN 3], Art. 99 N 27 m.w.H. sowie ferner vorstehend die Bemerkungen in FN 79). Das Nachlassverfahren wird grundsätzlich öffentlich bekannt gemacht und unter anderem dem Betreibungsamt und dem Handelsregister mitgeteilt (Art. 293c Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 296 SchKG [provisorische Nachlassstundung] bzw. Art. 296 SchKG [definitive Nachlassstundung]). Das Gericht kann somit auch auf diese Informationen zugreifen (vgl. auch FN 81).

<sup>83</sup> Das Bestehen von Verlustscheinen erfüllt den Kautionsgrund gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO (vgl. statt vieler KUKO ZPO-SCHMID [FN 1], Art. 99 N 5 sowie vorstehend die Bemerkungen in FN 79). Verlustscheine werden registriert (siehe z.B. für die Verzeichnung der Ausstellung des Verlustscheins im Betreibungsregister Art. 10 VFRR und für kantonale Pfändungsverlustscheinregister PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Vol. 2, Articles 89–158, Lausanne 1999–2003, Art. 149 N 85 f. und Art. 149a N 29). Das Vorliegen von Verlustscheinen kann anhand von Auszügen aus den entsprechenden Registern ermittelt werden (Art. 8a Abs. 1 und 4 SchKG) (vgl. dazu auch das Urteil des BGer vom 13. Mai 2014 [5A\_64/2014], E. 2.1 [im Kontext des kantonalen Zivilprozessrechts]).

<sup>84</sup> Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO erfasst sowohl ungetilgte Gerichtskosten als auch die ungetilgte Parteientschädigung (vgl. statt vieler BSK ZPO-RÜEGG [FN 1], Art. 99 N 16). Soweit ungetilgte Gerichtskosten am gleichen Gericht in Frage stehen, so ist zu beachten, dass die Gerichte – oder zumindest der Kanton – über entsprechende Gerichtskosten bekanntlich Buch führen. Folglich ist dem Gericht ohne Weiteres bekannt, wenn zu Lasten der klagenden Partei ungetilgte Gerichtskosten an diesem Gericht bestehen (vgl. dazu auch Urteil des BGer vom 13. Mai 2014 [5A\_64/2014], E. 2.1 und das Urteil des Vorinstanz, Urteil des OGer ZG vom 5. Dezember 2013 [BZ 2013 49], E. 4.2.1 [jeweils im Kontext des kantonalen Zivilprozessrechts]). In diesem Fall liegt jedoch potentiell ohnehin (Gerichts-)Notorietät vor, weshalb die entsprechenden Tatsachen weder behauptet noch bewiesen werden müssen (vgl. Art. 151 ZPO sowie statt vieler BK-HURNI [FN 18], Art. 55 N 30 f.; vgl. jedoch auch die nachstehenden Ausführungen und hierzu FN 92). Es ist zuzugestehen, dass nur – aber immerhin – bei diesem Kautionsgrund eine bessere (bzw. einzige) Befähigung der Feststellung des Sachverhalts auf Seiten des Gerichts besteht, als dies bei der beklagten Partei der Fall ist (siehe zu dieser Überlegung auch das Urteil des OGer ZG vom 5. Dezember 2013 [BZ 2013 49], E. 4.2.1).

<sup>85</sup> Beispielsweise kann – im Kontext des Kautionsgrund gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO – das Nachlassverfahren nicht öffentlich bekannt gemacht worden sein (siehe zur entsprechenden Bestimmung im Kontext der provisorischen Stundung Art. 293c Abs. 2 SchKG) oder das Betreibungsamt hat es fälschlicherweise unterlas-

Bei den übrigen Kautionsgründen (anderweitige Gründe für die Zahlungsunfähigkeit einschliesslich ungetilgte Gerichtskosten an einem anderen Gericht, ungetilgte Parteientschädigung [Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO] oder andere Gründe für die erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung [Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO]) verhält es sich demgegenüber – zumindest im Regelfall – anders. Mit anderen Worten wäre das Gericht bei diesen Kautionsgründen offenkundig in der Tendenz nicht bzw. nicht besonders befähigt, den Sachverhalt festzustellen. Aus dieser Perspektive gibt es zumindest in Bezug auf diese Kautionsgründe und für den Regelfall gute Argumente, welche gegen die Anwendbarkeit des Untersuchungsgrundsatzes sprechen.

Immerhin kann es sich auch bei den letztgenannten Kautionsgründen im atypischen Fall auch anders verhalten und dem Gericht leicht fallen, den Sachverhalt festzustellen: Es ist vorstellbar, dass am gleichen Gericht Verfahren betreffend die klagende Partei hängig sind (oder kürzlich hängig waren), welche die Erfüllung eines Kautionsgrunds, insbesondere denjenigen der erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung aus anderen Gründen (Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO), nahelegen oder gar beweisen. Zu denken ist an Verfahren, welche an und für sich und ganz allgemein (beispielsweise im zivilprozessualen<sup>86</sup>, zwangsvollstreckungs-<sup>87</sup> oder strafrechtlichen<sup>88</sup>

sen, den Verlustschein im Betreibungs- bzw. Verlustscheinregister zu vermerken. Immerhin würde die Parteien bei der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes eine Mitwirkungsobliegenheit treffen (vorstehend Ziff. II.).

<sup>86</sup> Beispiel: Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege der klagenden Partei (Art. 117–123 ZPO), sei es in Bezug auf das Verfahren gegen die beklagte Partei, welche um Kautionsgründe nachsucht, oder in einem anderen Verfahren. Durch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege steht die Gefährdung der Parteientschädigung und damit die Erfüllung von Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO nach der hier vertretenen Auffassung faktisch fest (insoweit zu eng INGRID JENT-SØRENSEN, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas [Hrsg.], ZPO, Kurzkomentar, 2. A., Basel 2014, Art. 118 N 14). Im erstgenannten Fall stellt sich die Frage des Vorliegens eines Kautionsgrunds jedoch ohnehin regelmässig nicht, ist die Anordnung einer Kautionsgründe doch dann – unter Vorbehalt der bloss teilweisen Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 118 Abs. 2 ZPO; vgl. ALFRED BÜHLER, in: Andreas Güngerich (Koord.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 118 N 122 f.) – ausgeschlossen (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO).

<sup>87</sup> Beispiel: Verfahren betreffend Nachlassstundung, welches den Kautionsgrund gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt (FN 82), wobei dieses noch nicht bis zur Gewährung der definitiven Nachlassstundung gediehen ist oder die Gewährung der provisorischen Nachlassstundung nicht öffentlich bekannt gemacht wurde (andernfalls kann der Sachverhalt ohnehin leicht ermittelt werden; vgl. die vorstehenden Ausführungen und FN 82 und FN 85).

<sup>88</sup> Beispiel: Strafverfahren betreffend Vermögensdelikte, welche darauf hinweisen, dass die klagende Partei nicht wirtschaftlich leis-

Kontext) oder zumindest in der konkret vorliegenden Konstellation<sup>89</sup> den Schluss aufdrängen können, dass eine solche besondere Gefährdung besteht. In diesem Fall liegt jedoch – zumindest potentiell – ohnehin (Gerichts-)Notorietät vor, weshalb die entsprechenden Tatsachen weder behauptet noch bewiesen werden müssen.<sup>90</sup> Nach der vorliegend vertretenen Auffassung rechtfertigt es sich aus prozessökonomischer Perspektive<sup>91</sup>, vorliegend – entgegen der zur (Gerichts-)Notorietät im Allgemeinen auszumachenden Zurückhaltung<sup>92</sup> – einen grosszügigen Massstab anzulegen<sup>93</sup>. Andernfalls könnten sich Gerichte damit konfrontiert sehen, dass beklagte Parteien versuchen, derartigen Konstellationen dadurch zu begegnen, dass das Bestehen von Kautionsgründen mittels Edition (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO) gegenüber der klagenden Partei<sup>94</sup> – aus

der Perspektive der Edition allenfalls zu Unrecht<sup>95</sup> – bewiesen wird<sup>96</sup>. Dies erscheint aus prozessökonomischer Perspektive nicht sinnvoll. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die (Gerichts-)Notorietät daher im Kontext der Kautionsgründe grosszügig auszulegen.

Die vorne angesprochene Beweismasse könnte auch als Kriterium für die Frage der Beweislastverteilung herangezogen werden.<sup>97</sup> Dies würde vorliegend zwangsläufig zu einer Beweislast der klagenden Partei führen, da sie ihre eigenen wirtschaftlichen Umstände am Leichtesten zu beweisen vermag. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies – zumindest im Allgemeinen – abzulehnen, da die Beweislast primär nach dem Kriterium der Angemessenheit zu verteilen ist.<sup>98</sup> Dies führt im Regelfall gerade zum gegenteiligen Resultat.<sup>99</sup> Immerhin erscheint hier vorstellbar, in gewissen Konstellationen und im Hinblick auf die verschiedenen Kautionsgründe zu differenzieren und dem Kriterium der Beweismasse eine gewisse Relevanz einzuräumen: Wenn die beklagte Partei beispielsweise Indizien beweist<sup>100</sup>, welche die Mittellosigkeit der klagenden Partei

tungsfähig ist (z.B. Betrug [Art. 146 StGB] im Zusammenhang mit arglistiger Vorspiegelung einer nicht bestehenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bzw. -willigkeit [vgl. statt vieler z.B. Urteil des BGer vom 28. Februar 2005 (6S.414/2004), E. 2.1 f.]) oder bald nicht mehr sein wird (z.B. infolge absehbarer Einziehung von im Vergleich zur wirtschaftlichen Situation erheblichen Vermögenswerten [Art. 70 StGB]).

<sup>89</sup> Beispiele: Verfahren betreffend Arrest (Art. 271–281 SchKG), wobei die Gewährung des Arrests offensichtlich erhebliche Vermögenswerte bindet oder eine relevante Häufung von (gewährten) provisorischen oder definitiven Rechtsöffnungen (Art. 80–84 SchKG), welche den Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit (Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO) erfüllen kann (zumal bereits ein Häufung an Betreibungen dies nahelegen kann [vgl. SUTER/VON HOLZEN (FN 3), Art. 99 N 29]).

<sup>90</sup> Siehe zur (Gerichts-)Notorietät im Allgemeinen FN 84.

<sup>91</sup> Siehe zur Bedeutung der Prozessökonomie in Bezug auf die ZPO im Allgemeinen BEAT BRÄNDLI, Prozessökonomie im schweizerischen Recht – Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess, Diss. St. Gallen, Bern 2013, insbesondere § 11–14.

<sup>92</sup> Siehe zu den im Allgemeinen zu beachtenden Grenzen bei der Berücksichtigung von Tatsachen aus anderen Verfahren im Allgemeinen und zu diesbezüglichen strittigen Aspekten statt vieler JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: Andreas Güngerich (Koord.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 151 N 4 f.; BSK ZPO-GUYAN (FN 31), Art. 151 N 3; FRANZ HASENBÖHLER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 151 N 7; KUKO ZPO-SCHMID (FN 1), Art. 151 N 4.

<sup>93</sup> Aus diesem Grund ist vorliegend z.B. die generell vertretene Meinung abzulehnen, wonach es dem Gericht unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes nicht erlaubt ist, Akten aus anderen Verfahren ohne entsprechenden Antrag der Parteien beizuziehen (so z.B. generell BSK ZPO-GUYAN [FN 31], Art. 151 N 3).

<sup>94</sup> Eine Edition gegenüber dem Gericht bzw. Gerichtspersonen ist nicht möglich, da diese nicht in den Anwendungsbereich von Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO fallen; sie sind namentlich weder Partei noch Dritte (vgl. hierzu auch SVEN RÜETSCHI, in: Andreas Güngerich (Koord.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Berner Kommentar, Bern 2012, Vorbemerkungen zu Art. 160–167 N 6). An entsprechende Beweismittel wäre allenfalls auf dem Weg der

Akteneinsicht (ausserhalb des Regimes der ZPO, da Art. 53 ZPO lediglich die Parteien des jeweiligen Verfahrens und hiervon unmittelbar betroffene Dritte erfasst [statt vieler BSK ZPO-GEHRI (FN 53), Art. 53 N 4]) zu gelangen.

<sup>95</sup> Die beklagte Partei könnte beispielsweise versucht sein, von der klagenden Partei die Edition sämtlicher sie betreffender Akten in Verfahren, welche am gleichen Gericht hängig sind oder waren und die Rückschlüsse auf die Vermögenssituation zulassen, verlangen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Edition gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO dem Beweis und nicht der Beschaffung des Tatsachenfundaments dient. Die Edition darf mit anderen Worten nicht die Ausforschung bezwecken (statt aller – z.T. im Kontext der vorprozessualen Edition, wobei das dort Gesagte auch für die reguläre Edition gilt – WALTER FELLMANN, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 158 N 17b; HASENBÖHLER [FN 92], Art. 160 N 13; MARK SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, ZZZ 2010, 1–33, 12 f.). Ein Editionsbegehren im vorgenannten Sinn wäre, soweit die beklagte Partei über keine weiteren Angaben zum Tatsachenfundament des Kautionsgrunds und zum in Frage stehenden Verfahren bzw. den entsprechenden Akten verfügt, bereits aus dieser Perspektive unzulässig.

<sup>96</sup> Ein solches (etwaig von vornherein unzulässiges) Vorgehen könnte sich immerhin auf die Parteientschädigung auswirken (vgl. FN 118). Ob dies einen genügend grossen Anreiz schafft, um dieses (unerwünschte) Vorgehen zu verhindern, erscheint zweifelhaft.

<sup>97</sup> Kritisch zu diesem Kriterium im Allgemeinen BK-WALTER (FN 25), Art. 8 N 219 m.w.H. Siehe ferner auch ISAAK MEIER, Zum Problem der Beweislastverteilung im schweizerischen Recht, ZSR 1987, 705–742, 727 f.

<sup>98</sup> Vorstehend Ziff. III.A.3.

<sup>99</sup> Gerade nachstehend Ziff. III.E.

<sup>100</sup> Ob es ein effektives Beweisen (ordentliches Beweismass) erforderlich bzw. ein blosses Glaubhaftmachen (reduziertes Beweismass) ausreichend wäre, muss für die Zwecke dieses Beitrags offen blei-

(und damit den Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO<sup>101</sup>) nahelegen, dürfte es vor dem Hintergrund der Beweislage regelmässig zumutbar sein, von der klagenden Partei zu verlangen, dass sie das Fehlen der Mittellosigkeit<sup>102</sup> beweist<sup>103</sup>. Unterlässt sie dies, dürfte es gerechtfertigt sein, von der Erfüllung des Kautionsgrunds auszugehen.<sup>104</sup> Dies gilt zumindest in einfachen Verhältnissen<sup>105</sup>, d.h. wenn auch das Kriterium der Angemessenheit nicht hiergegen spricht. In komplexeren Verhältnissen<sup>106</sup> ist ein solches Vorgehen demgegenüber abzulehnen. Vor dem Hintergrund der bereits bestehenden Hürden des Zugangs zum Recht<sup>107</sup> erscheint es nämlich unangemessen, von der klagenden Partei in solchen Verhältnissen faktisch eine derartige nicht bloss unerhebliche Mitwirkung vorauszusetzen und damit weitere Hürden zum Zugang zum Recht zu schaffen.

### E. Einklang mit rechtspolitischen Überlegungen

Die Ausgangsthese, d.h. dass der Verhandlungsgrundsatz und die Beweislast der beklagten Partei gelten sollen<sup>108</sup>, steht schliesslich auch im Einklang mit rechtspolitischen Überlegungen.

Erstens kann die Pflicht zur Leistung einer Kautions eine erhebliche Erschwerung des Zugangs zum Recht bewirken.<sup>109</sup> Vor dem Hintergrund, dass bereits die Leistung eines Kostenvorschusses für die Gerichtskosten eine er-

hebliche und oftmals prohibitive Hürde der Rechtsverfolgung zu Lasten der klagenden Partei begründet<sup>110</sup>, spricht dies offensichtlich gegen eine sie treffende Beweislast<sup>111</sup>. Mit anderen Worten erscheint es angemessener, diese Beweislast bei der beklagten Partei anzusiedeln. Die Angemessenheit entspricht gerade einem wichtigen Kriterium der Verteilung der Beweislast.<sup>112</sup>

Zweitens ist die Pflicht zur Leistung einer Kautions im summarischen – oder zumindest in einem quasi-summarischen – Verfahren anzuordnen.<sup>113</sup> Dies spricht dafür, dass über die Sicherstellungspflicht schnell zu befinden ist<sup>114</sup>, liegt darin doch das Wesen des summarischen Verfahrens<sup>115</sup>. Dies spricht gegen die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes, liegt es doch nahe davon auszugehen, dass dessen Anwendung zumindest *in der Tendenz* zeitaufwendiger ist als die Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes. Ferner ist der Untersuchungsgrundsatz im summarischen Verfahren an und für sich atypisch<sup>116</sup>, d.h. eine noch bedeutendere Ausnahme, als es bereits ansonsten<sup>117</sup> der Fall ist. Kommt hinzu, dass es die beklagte Partei ansonsten in der Hand hätte, einen entsprechenden Antrag zu stellen und so vergleichsweise einfach auf eine allenfalls bedeutende Verzögerung hinzuwirken.<sup>118</sup> Dies

ben. Siehe zur Frage des Beweismasses auch vorstehend Ziff. II. und FN 31.

<sup>101</sup> Vgl. FN 8.

<sup>102</sup> Offensichtlich zu weit ginge demgegenüber zu verlangen, dass die klagende Partei in einer derartigen Konstellation ganz generell beweist, dass der in Frage stehende Kautionsgrund in allen möglichen Varianten nicht erfüllt ist.

<sup>103</sup> Es gilt das in FN 100 Festgehaltene.

<sup>104</sup> In eine ähnliche Richtung weisen Rechtsprechung und Literatur z.B. für den Fall des Kautionsgrunds der unbezahlten Prozesskosten aus früheren Verfahren (Art. 99 Abs. 1 lit. c ZPO). In derartigen Fällen wird teilweise postuliert, dass die klagende Partei allenfalls erfolgte Zahlungen nachweisen muss, wenn die beklagte Partei die Erfüllung des Kautionsgrunds glaubhaft macht (vgl. Verfügung des KGer FR vom 9. Oktober 2015 [101 2015 219], E. 2; Urteil des OGer BE vom 25. August 2015 [ZK 14 262], E. IV./1.2.; SUTER/VON HOLZEN [FN 3], Art. 99 N 16).

<sup>105</sup> Beispiel (in Bezug auf den Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit [Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO]): Involvierung von natürlichen Personen mit überschaubaren Verhältnissen.

<sup>106</sup> Beispiel (in Bezug auf den Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit [Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO]): Involvierung von juristischen Personen mit komplexen finanziellen Verhältnissen.

<sup>107</sup> Nachstehend Ziff. III.E.

<sup>108</sup> Vorstehend Ziff. III.A.

<sup>109</sup> Statt vieler BK-STERCHI (FN 2), Art. 99 N 11. Siehe zum Umfang der Kautions vorstehend Ziff. II.

<sup>110</sup> Vgl. z.B. MARTIN HABLÜTZEL, Schweizerische ZPO: Hat der Berg nur eine Maus geboren?, HAVE 3/2014, 297–302, 299; DOMINIK VOCK, Problematische Regelungen der neuen ZPO aus Anwaltsicht, in: Annette Dolge (Hrsg.), Die neue ZPO, Zürich/Basel/Genf 2012, 1–12, 4. Vgl. ferner «Ein Vermögen für den Eintritt ins Gericht», NZZ vom 17. Juli 2014; «Hoher Preis für Justitia», NZZ vom 12. Februar 2016; ARNOLD MARTI, Rechtsschutz auch für Nicht-Gutbetuchte, NZZ vom 26. Februar 2016; ARNOLD F. RUSCH, Adele geht, AJP/PJA 2016, 271 f., 272.

<sup>111</sup> Vgl. allgemein für eine moderate Anwendung von Art. 99–101 ZPO SCHWANDER (FN 71), 201 sowie dieser Ansicht folgend BSK ZPO-GEHRI (FN 53), Art. 59 N 20.

<sup>112</sup> Vorstehend Ziff. III.A.3.

<sup>113</sup> Vorstehend Ziff. II.

<sup>114</sup> Gleiches Ergebnis im Urteil des OGer BE vom 25. August 2015 (ZK 14 262), E. IV./1.1.; Verfügung des KGer FR vom 9. Oktober 2015 (101 2015 219), E. 1. Siehe ferner BSK ZPO-RÜEGG (FN 1), Art. 100 N 4; URWYLER/GRÜTTER (FN 6), Art. 99 N 6. Das Argument kann natürlich auch umgekehrt werden. Allenfalls könnte in dieser Überlegung auch ein *systematisches* Argument erblickt werden.

<sup>115</sup> Statt vieler STEPHAN MAZAN, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, Vorbemerkungen zu Art. 248–256 N 1 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 3), § 21 N 24.

<sup>116</sup> Vgl. Botschaft ZPO (FN 7), 7350.

<sup>117</sup> Vorstehend Ziff. III.A.2.

<sup>118</sup> Immerhin dürfte ein solches Verhalten sodann bei der Bemessung der Parteientschädigung – im Endentscheid (vgl. SUTER/VON HOLZEN [FN 3], Art. 99 N 14; Urteil des OGer AG vom 10. November 2014 [publ. in CAN 2015, Nr. 54], E. 2.4.1.2.; a.M. BSK ZPO-RÜEGG [FN 1], Art. 100 N 4 m.w.N.; vgl. auch die Übersicht über die unterschiedliche kantonale Praxis KURT BOESCH/ANDREAS

spricht sowohl für die Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes als auch die Beweislast der beklagten Partei.

## F. Zusammenfassung der Ergebnisse

Im Zivilprozess herrscht der Verhandlungsgrundsatz. Der Untersuchungsgrundsatz bildet die Ausnahme.<sup>119</sup> Dies spricht im Sinne einer Ausgangsprämisse für die vorliegende Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes. Gleiches gilt für den Umstand, dass es die beklagte Partei im Kontext der Kautionsierung in der Hand hat, um Rechtsschutz zu ersuchen (Dispositionsgrundsatz).<sup>120</sup> Es ist kein Grund zur Annahme ersichtlich, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf Art. 99 ZPO vom besagten Regel-Ausnahme-Verhältnis abweichen wollte.<sup>121</sup> Ein Anlass für eine Abweichung besteht zudem weder aus der Sicht der involvierten Interessen, noch aus derjenigen der Praktikabilität.<sup>122</sup> Auch rechtspolitische Überlegungen stehen mit der Ausgangsprämisse im Einklang.<sup>123</sup> Entsprechend ist ihr zu folgen. Damit steht fest, dass vorliegend der Verhandlungsgrundsatz zur Anwendung gelangt. Die Parteien sind damit für die Sammlung des Prozessstoffs, d.h. der Tatsachen betreffend die Kautionsgründe, verantwortlich.<sup>124</sup>

Wo der Gesetzgeber im materiellen Recht Rechtsfolgen an die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Gegenpartei knüpft, herrscht die Tendenz, dass diejenige Partei die Beweislast für die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit trägt, welche aus dieser Rechte ableitet. Ferner wird die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Partei regelmässig unterstellt. Diese Aspekte lassen sich im Sinne einer Ausgangsprämisse, d.h. der zur Anwendung gelangenden Beweislast zu Lasten der beklagten Partei, auch auf den vorliegenden Themenkomplex übertragen.<sup>125</sup> Im Einklang damit steht die Überlegung, dass eine solche Beweislast der beklagten Partei auch zuzumuten ist, zumal sie um Rechtsschutz ersucht (Dispositionsgrundsatz).<sup>126</sup> Es bestehen keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf Art. 99 ZPO von einer solchen Beweislastverteilung abweichen woll-

te.<sup>127</sup> Den gleichen Schluss lässt auch das Kriterium der Angemessenheit der Beweislastverteilung – auch unter Berücksichtigung rechtspolitischer Überlegungen – zu.<sup>128</sup> In gewissen Konstellationen kann jedoch ein anderes Vorgehen angezeigt sein.<sup>129</sup> Entsprechend ist auch hier für den Regelfall der Ausgangsprämisse zu folgen. Demnach trifft die beklagte Partei die Beweislast, d.h. sie trägt in Bezug auf die Kautionsgründe die nachteiligen Folgen der Beweislosigkeit.<sup>130</sup>

## IV. Fazit

Zusammenfassend ergibt die vorliegende Untersuchung, dass im Hinblick auf den Kautionsgrund gemäss Art. 99 Abs. 1 ZPO keine Gründe für ein Abweichen von den allgemeinen materiell- und prozessrechtlichen Grundsätzen bestehen. Demnach gilt der Verhandlungsgrundsatz, d.h. die Parteien sind für die Sammlung des Prozessstoffs in Bezug auf die Tatsachen, welche mit dem Kautionsgrund zusammenhängen, verantwortlich. Die Beweislast für das Vorliegen einer der in Art. 99 Abs. 1 ZPO genannten Kautionsierungsgründe trägt die beklagte Partei.

GÜNGERICH/RETO STRITTMATTER, Tafeln zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2015, N 8.7) – berücksichtigt werden.

<sup>119</sup> Vorstehend Ziff. III.A.2.

<sup>120</sup> Vorstehend Ziff. II. und Ziff. III.A.4.

<sup>121</sup> Vorstehend Ziff. III.B. f.

<sup>122</sup> Vorstehend Ziff. III.D.

<sup>123</sup> Vorstehend Ziff. III.E.

<sup>124</sup> Siehe zum Verhandlungsgrundsatz im Allgemeinen vorstehend Ziff. II.

<sup>125</sup> Vorstehend Ziff. III.A.3.

<sup>126</sup> Vorstehend Ziff. II. und Ziff. III.A.4.

<sup>127</sup> Vorstehend Ziff. III.B. f.

<sup>128</sup> Vorstehend Ziff. III.D. f.

<sup>129</sup> Vorstehend Ziff. III.D.2.

<sup>130</sup> Siehe zur Beweislast im Allgemeinen vorstehend Ziff. II.