

Urteilstkopf

150 III 248

26. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen B. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_93/2024 vom 6. Mai 2024

Regeste (de):

Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; nicht wieder gutzumachender Nachteil bei Anfechtung eines Zwischenentscheids betreffend Sicherheit für die Parteientschädigung.

Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden betreffend Sicherheit für die Parteientschädigung (E. 1).

Anwendbarkeit der Eintretenspraxis nach BGE 142 III 798 auch auf Beschwerden gegen die Anordnung einer Sicherheit für die Parteientschädigung gestützt auf den Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO (E. 2).

Regeste (fr):

Art. 93 al. 1 let. a LTF; préjudice irréparable en cas de recours contre une décision incidente concernant les sûretés en garantie des dépens.

Possibilité de contester les décisions incidentes concernant les sûretés en garantie des dépens (consid. 1).

Application de la jurisprudence en matière de recevabilité de l' ATF 142 III 798 également aux recours contre l'ordonnance de sûretés en garantie des dépens prise sur la base du motif de l'insolvabilité au sens de l'art. 99 al. 1 let. b CPC (consid. 2).

Regesto (it):

Art. 93 cpv. 1 lett. a LTF; pregiudizio irreparabile nel caso di un ricorso contro una decisione incidentale concernente una cauzione per le spese ripetibili.

Impugnabilità di decisioni incidentali concernenti la cauzione per le spese ripetibili (consid. 1).

Applicabilità della prassi sull'ammissibilità secondo la DTF 142 III 798 anche ai ricorsi contro la decisione che ordina la prestazione di una cauzione per le spese ripetibili basata sul motivo dell'insolvenza nel senso dell'art. 99 cpv. 1 lett. b CPC (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 248

BGE 150 III 248 S. 248

A. Am 29. November 2021 reichte die A. AG (Klägerin, Beschwerdeführerin) gegen die B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) beim Zivilgericht Basel-Stadt Klage ein und begehrte deren Verpflichtung, ihr Fr. 34'434'096.91 nebst Zins zu bezahlen.

B.

B.a Nach Erstattung der Klageantwort ersuchte die Beklagte am 2. Juni 2023 darum, die Klägerin sei zu verpflichten, eine angemessene Sicherheit von mindestens Fr. 2 Millionen für eine allfällige Parteientschädigung zu leisten. Diesem Begehren kam der Zivilgerichtspräsident nach und verfügte am 16. November 2023, die Klägerin habe eine Sicherheitsleistung gemäss Art. 99 ZPO in Höhe von Fr. 2 Millionen zu leisten, widrigenfalls auf die Klage nicht eingetreten werde.

B.b Dagegen erhob die Klägerin Beschwerde an das Appellationsgericht Basel-Stadt und verlangte die Abweisung des Gesuchs um Sicherstellung der Parteientschädigung. Mit Entscheid vom 12. Januar 2024 wies das Appellationsgericht die Beschwerde ab. Es erkannte, dass die Beklagte zwar den Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO nicht glaubhaft gemacht habe. Indessen sei der Kautionsgrund nach Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO (andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung) anzunehmen. Aufgrund der Berichte der Revisoren vom 27. April 2023, 18. Mai 2023 und 3. August 2023 sei glaubhaft, dass die Klägerin Liquiditätsprobleme habe und erhebliche Zweifel an ihrer Fortführungsfähigkeit bestünden. Dies bedeute auch eine erhebliche Gefährdung der allfälligen Parteientschädigung.

C. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, der Entscheid des Appellationsgerichts vom 12. Januar 2024 sei aufzuheben und das Sicherstellungsgesuch der Beschwerdegegnerin vom 2. Juni 2023 abzuweisen. Eventualiter begehrt sie Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung. (...)

Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein.

(Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 149 III 277 E. 3.1 mit Hinweisen).

1.1 Mit dem angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen die erstinstanzliche

Anordnung einer Sicherheit für die Parteientschädigung nach Art. 99 ZPO abgewiesen. Dieser Entscheid schliesst das Verfahren nicht ab. Es handelt sich daher um einen selbstständig eröffneten Zwischenentscheid, gegen den die Beschwerde nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nur zulässig ist, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (BGE 149 II 476 E. 1.2.1; BGE 142 III 798 E. 2.1 f.; je mit Hinweisen). Die Voraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG fällt hier ausser Betracht.

1.2 Der nicht wieder gutzumachende Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG muss ein Nachteil rechtlicher Natur sein, der auch durch einen späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigt werden kann; rein tatsächliche Nachteile wie die Verfahrensverlängerung oder -verteuerung reichen nicht aus (BGE 149 II 476 E. 1.2.1; BGE 144 III 475 E. 1.2; BGE 142 III 798 E. 2.2; BGE 141 III 80 E. 1.2; je mit Hinweisen). Die selbstständige Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden bildet aus prozessökonomischen Gründen eine Ausnahme vom Grundsatz, dass sich das Bundesgericht mit jeder Angelegenheit nur einmal befassen soll (BGE 148 IV 155 E. 1.1; BGE 144 III 475 E. 1.2; BGE 142 III 798 E. 2.2). Diese Ausnahme ist restriktiv zu handhaben, zumal die Parteien keiner Rechte verlustig gehen, wenn sie einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG nicht selbstständig anfechten, können sie ihn doch mit dem Endentscheid anfechten, soweit er sich auf dessen Inhalt auswirkt (Art. 93 Abs. 3 BGG). Dementsprechend obliegt es der beschwerdeführenden Partei darzutun, dass die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Anfechtbarkeit eines Zwischenentscheids erfüllt sind, soweit deren Vorliegen nicht offensichtlich in die Augen springt (BGE 149 II 476 E. 1.2.1; BGE 142 III 798 E. 2.2; BGE 141 III 80 E. 1.2; je mit Hinweisen).

1.3 Ficht die beschwerdeführende Partei einen Entscheid bezüglich eines verfügten Kostenvorschusses oder einer angeordneten Sicherheit für die Parteientschädigung an, die im Gesetz vorgesehen sind, und beruft sie sich darauf, der Zugang zum Gericht sei ihr verwehrt, muss sie in der Beschwerdebegründung im Rahmen der Eintretensvoraussetzung substantiiert aufzeigen, dass ihr dieser Nachteil tatsächlich droht, da sie finanziell nicht in der Lage ist, den Kostenvorschuss oder die Sicherheit zu leisten (BGE 142 III 798 E. 2.3 und insbesondere E. 2.3.2, 2.3.4 und 2.3.5; seither ständige Rechtsprechung: Urteile 4A\_309/2023 vom 15. Juni 2023 E. 2.3; 4A\_647/2020 vom 9. September 2021 E. 1.2.2, nicht publ. in: BGE 148 III 42; je mit zahlreichen Hinweisen). Nach diesem Grundsatzurteil des

#### BGE 150 III 248 S. 251

Bundesgerichts, das aufgrund eines Meinungs-austausches (Art. 23 Abs. 2 BGG) gefällt wurde, hat die Partei, die gegen einen solchen Zwischenentscheid Beschwerde führt, darzutun, dass die Säumnisfolge des Nichteintretens und damit der rechtliche Nachteil der Verhinderung des Zugangs zum Gericht wirklich droht.

1.4 Anders ist die Rechtslage, wenn eine angebehrte Sicherheit für die Parteientschädigung abgewiesen wird: Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die vollständige oder teilweise Abweisung eines Gesuchs um Sicherstellung der Parteientschädigung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirken (Urteile 4A\_67/2024 vom 27. Februar 2024 E. 1.1; 4A\_541/2022 vom 6. Januar 2023 E. 1; 4A\_567/2021 vom 21. Dezember 2021 E. 1; 4A\_497/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 147 III 529; 4A\_505/2021 vom 19. Oktober 2021 E. 4.2; 4A\_647/2020 vom 9. September 2021 E. 1.2.1, nicht publ. in: BGE 148 III 42; je mit Hinweisen).

1.5 Vorliegend wurde das Sicherstellungsgesuch der Beschwerdegegnerin gutgeheissen und die Beschwerdeführerin verpflichtet, eine Sicherheit für die Parteientschädigung von Fr. 2 Millionen zu leisten, ansonsten auf ihre Klage nicht eingetreten werde. Nach der erwähnten Rechtsprechung muss die Beschwerdeführerin folglich in der Beschwerde an das Bundesgericht dartun, dass ihr dieser Nachteil des Nichteintretens auf ihre Klage tatsächlich droht, weil sie finanziell nicht in der Lage ist, die Sicherheit zu erbringen.

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin macht zu den Eintretensvoraussetzungen jedoch explizit nicht geltend, finanziell ausser Stande zu sein, die verfügte Sicherheit zu bezahlen, auch wenn sie mit Blick auf deren Höhe von Fr. 2 Millionen darin eine nachteilige Verpflichtung beklagt. Sie hält jedoch dafür, die Praxis des Bundesgerichts zu den Eintretensvoraussetzungen betreffend eine angeordnete Sicherheit für die Parteientschädigung dürfe keine Anwendung finden, wenn - wie vorliegend - der Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit oder der erheblichen Gefährdung der Parteientschädigung wegen finanzieller Schwierigkeiten bestritten werde. Sie führt für ihre Auffassung drei Gründe an: Erstens sei es logisch nicht möglich und wäre widersprüchlich, im Rahmen des Eintretens Zahlungsunfähigkeit darzutun, materiell aber

BGE 150 III 248 S. 252

den angewendeten Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit zu bestreiten. Die erwähnte Praxis müsse diesbezüglich ausser Acht bleiben, ansonsten könnte sich eine Partei nicht dagegen wehren, dass ihr zu Unrecht wegen Zahlungsunfähigkeit eine Sicherheitsleistung auferlegt worden sei. Zweitens wäre das Bundesgericht bei Anwendung dieser Praxis verhindert, zum Kautionsgrund von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO Recht zu sprechen und für dessen einheitliche Anwendung zu sorgen. Auch könnte es die kontroverse Frage nicht klären, ob nebst der Zahlungsunfähigkeit nach Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO sonstige finanzielle Schwierigkeiten die Auferlegung einer Kautionsleistung gestützt auf lit. d dieser Bestimmung rechtfertigen könnten. Den dritten Grund verortet die Beschwerdeführerin in der Höhe der verfügten Sicherheit von Fr. 2 Millionen. Die Leistung eines solch hohen Betrags wirke sich auf die Liquiditätsplanung eines jeden Unternehmens aus. Auch wenn es in der Lage sei, diesen Betrag aufzubringen, habe dies tiefgreifende Folgen, stehe doch im Umfang des hinterlegten Betrags weniger Kapital für die Geschäftstätigkeit zur Verfügung. Die fehlende Verwendbarkeit dieses "toten" Betrags könne dazu führen, dass die Beschwerdeführerin vorteilhafte Projekte ungenutzt an sich vorbeiziehen lassen müsse. Die damit einhergehende Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit bedeute einen rechtlichen Nachteil.

2.2 Keiner der drei angeführten Gründe erheischt ein Abgehen von der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche dieses im amtlich publizierten Präjudiz von BGE 142 III 798 bekräftigt und nach einem Meinungsaustausch mit der Zustimmung aller betroffenen Abteilungen (Art. 23 Abs. 2 BGG) gefällt hat (BGE 142 III 798 Sachverhalt Bst. D und E. 2.3.5). Entgegen der Beschwerdeführerin bezieht sich diese Rechtsprechung nicht nur auf die Anfechtung von Entscheiden betreffend Kostenvorschüsse, sondern explizit auch auf solche betreffend Sicherstellung der Parteientschädigung. Dabei deutet das Bundesgericht auch nicht ansatzweise eine andere Beurteilung hinsichtlich des Kautionsgrundes der Zahlungsunfähigkeit an. Es besteht kein Grund, geschweige denn ein wichtiger Grund, von dieser breit abgestützten und generell gültigen Rechtsprechung abzuweichen und für einzelne Kautionsgründe, insbesondere für denjenigen der Zahlungsunfähigkeit, eine Ausnahme zu machen. Im Einzelnen ist den Vorbringen der Beschwerdeführerin was folgt entgegenzuhalten:

BGE 150 III 248 S. 253

2.2.1 Das erste Vorbringen scheint bloss auf den ersten Blick etwas für sich zu haben. Bei näherem Hinsehen besteht indessen die gerügte Widersprüchlichkeit bzw. Inkongruenz nicht. Vielmehr erweist sich die erwähnte Praxis, welche das Bundesgericht seit BGE 142 III 798 in ständiger Rechtsprechung anwendet, auch gerechtfertigt, wenn die Kautionsleistung gestützt auf Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO (Zahlungsunfähigkeit) oder - wie hier - gestützt auf Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO (erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung wegen Liquiditätsproblemen und erheblicher Zweifel an der Fortführungsfähigkeit) angeordnet wurde:

2.2.1.1 Ist der (Rechtsmittel)kläger finanziell nicht in der Lage, die verfügte Sicherheit zu leisten, droht ihm der rechtliche Nachteil des Nichteintretens und damit die Versperrung des Rechtswegs. Die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils rechtlicher Natur im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ist gegeben und die selbstständige Beschwerde an das Bundesgericht steht offen. Nun trifft es zwar zu, dass er in der Sache nicht mit Erfolg geltend machen können, die Vorinstanz habe zu Unrecht seine Zahlungsunfähigkeit angenommen und hätte daher die Sicherheit nicht anordnen dürfen. Indessen kann er andere Rügen erheben, namentlich Verfahrensfehler wie etwa die Verletzung des rechtlichen Gehörs beanstanden. Die selbstständige Beschwerdemöglichkeit ist daher auch in einem solchen Fall nicht unnütz. Dass er die Zahlungsunfähigkeit vor Bundesgericht von vornherein nicht erfolgreich bestreiten kann, nachdem er nur deshalb zur Beschwerde zugelassen war, bedeutet keinen Nachteil rechtlicher Natur. Denn an einer solchen Beurteilung hat er kein schutzwürdiges Rechtsschutzinteresse. Vielmehr dient es dem vom Gesetzgeber mit der Pflicht zur Sicherstellung einer gefährdeten Parteientschädigung angestrebten Interessensausgleich, dass der beklagten Gegenpartei eines zahlungsunfähigen Klägers keine unnötigen Kosten durch aussichtslosen Streit um dessen Zahlungsunfähigkeit entstehen. Ohnehin würde ein solcher Streit über weite Strecken die Tatsachenebene beschlagen, die lediglich der bundesgerichtlichen Willkürkognition unterliegt. Das insoweit allenfalls bestehende Rechtsschutzbedürfnis des Kautionspflichtigen vermag das Interesse der Gegenpartei an der Sicherstellung einer gefährdeten Parteientschädigung und der Vermeidung unnötiger Kosten nicht zu überwiegen.

2.2.1.2 Ist der (Rechtsmittel)kläger finanziell in der Lage, die verfügte Sicherheit zu leisten, droht ihm der rechtliche Nachteil des

#### BGE 150 III 248 S. 254

Nichteintretens und damit die Versperrung des Rechtswegs nicht. Vielmehr kann er diesen Nachteil abwenden, indem er die Kautionsleistung bezahlt. Die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils rechtlicher Natur im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ist demnach nicht gegeben und die selbstständige Beschwerde an das Bundesgericht steht nicht offen. Mangels selbstständiger Beschwerdemöglichkeit gegen den Zwischenentscheid kann die betroffene Partei vom Bundesgericht nicht vorweg überprüfen lassen, ob ihre Zahlungsunfähigkeit zu Recht angenommen wurde. Dass ihr die Kautionsleistung allenfalls zu Unrecht wegen Zahlungsunfähigkeit auferlegt wurde, bedeutet aber keinen Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG. Da sie finanziell in der Lage ist, die Kautionsleistung zu bezahlen, kann sie das Nichteintreten abwenden und bleibt ihr der Rechtsweg nicht versperrt. Nun ist es aber einzig dieser rechtliche Nachteil, d.h. die Versperrung des Rechtswegs, der nach der zitierten Rechtsprechung das Rechtsschutzinteresse an einer selbstständigen Beschwerde gegen eine verfügte Kautionsleistung begründet (BGE 142 III 798 E. 2.3.2 S. 804). Dieser Nachteil droht derjenigen Partei nicht, die finanziell in der Lage ist, die Sicherheit zu leisten.

Zwar ist mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass eine Mitbefreiung des Zwischenentscheides über die Sicherheitsleistung regelmässig ausgeschlossen sein dürfte (Art. 93 Abs. 3 BGG; betreffend Mitbefreiung einer Kostenvorschussverfügung, vgl. BGE 142 III 798 E. 2.3.4 S. 807). Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Gesetzgeber den Zugang zum Bundesgericht gegen Zwischenverfügungen, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand betreffen, gerade nicht unbeschränkt öffnen wollte. Im Gegenteil, die Beschwerde gegen solche Zwischenverfügungen bildet die Ausnahme und ist nur gegeben, wenn die eng definierten gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 93 BGG) erfüllt sind. Darin liegt entgegen der Beschwerdeführerin kein "unzumutbarer Ausschluss vom Zugang zum Recht", zumal die betroffene Partei den Rechtsweg zu einer, im Zivil- und Strafrecht meist zu zwei (kantonalen) gerichtlichen Vorinstanzen beschreiten konnte.

2.2.2 Ebenso wenig sticht der zweite von der Beschwerdeführerin gegen die Anwendung der bundesgerichtlichen Praxis angeführte Grund, wonach es dem Bundesgericht deswegen verwehrt sei, sich zur Auslegung und einheitlichen Anwendung von Art. 99 Abs. 1 lit. b bzw. d ZPO zu äussern.

## BGE 150 III 248 S. 255

Denn im Fall, dass eine angebotene Sicherheit für die Parteientschädigung abgewiesen wird, anerkennt die Rechtsprechung regelmässig das Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (vgl. die Angaben in E. 1.4). Das Bundesgericht kann demnach aufgrund entsprechender Beschwerden gegen die Abweisung eines Sicherstellungsgesuchs durchaus prüfen und präjudiziell entscheiden, wie die Bestimmungen über die Sicherheit für die Parteientschädigung und insbesondere der Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit nach Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO auszulegen und einheitlich anzuwenden sind.

2.2.3 Der dritte Grund im Zusammenhang mit der Höhe der verfügten Kautionsleistung beruht an den klaren Erwägungen des Leitentscheids: Der Nachteil, dass der verfügte Geldbetrag der betroffenen Partei vorübergehend entzogen bleibt, bedeutet keinen Nachteil rechtlicher Natur im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (BGE 142 III 798 E. 2.3.4; BGE 137 III 637 E. 1.2). Dabei macht das Bundesgericht keinerlei Einschränkung hinsichtlich der Höhe des verfügten Betrags (in casu mit Fr. 475'000.- ebenfalls substantiell), sondern spricht allgemein von der Geldsumme bzw. von einem Teil des Vermögens (*somme d'argent/élément de fortune*). Ohnehin könnte eine generell gültige Grenze nicht gezogen werden, ab welcher von einem - wie die Beschwerdeführerin meint - "nicht angemessenen" Betrag auszugehen wäre, der einen rechtlichen Nachteil zu begründen vermöchte und den unmittelbaren Beschwerdeweg an das Bundesgericht öffnen könnte. Auch ist der Einwand der Beschwerdeführerin nicht von der Hand zu weisen, dass die von der Beschwerdeführerin beklagte Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit bereits durch die Einleitung einer Klage über einen zweistelligen Millionenbetrag herbeigeführt worden wäre, hätte sie doch für die diesbezüglich anfallenden Kosten auch ohne Kautionsverpflichtung gewisse Rückstellungen tätigen müssen. Schliesslich ist der Beschwerdeführerin entgegenzuhalten, dass sie die verfügte Sicherheit von Fr. 2 Millionen gegebenenfalls auch durch Beibringung einer Bankgarantie leisten kann. Es bleibt somit dabei, dass sie im Zusammenhang mit der Höhe der verfügten Kautionsleistung lediglich wirtschaftliche Nachteile, aber keinen rechtlichen Nachteil geltend macht. Die Erheblichkeit der Summe von Fr. 2 Millionen erlaubt somit kein Abweichen von den gesetzlichen Eintretensvoraussetzungen.

## BGE 150 III 248 S. 256

2.2.4 Folglich ist die Praxis gemäss BGE 142 III 798 auch anzuwenden, wenn der betroffenen Partei die Pflicht zur Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung gestützt auf Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO (Zahlungsunfähigkeit) oder - wie hier - gestützt auf Art. 99 Abs. 1 lit. d ZPO (erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung wegen Liquiditätsproblemen und erheblicher Zweifel an der Fortführungsfähigkeit) auferlegt wurde.

2.3 Die Beschwerdeführerin, die explizit in Abrede stellt, nicht in der Lage zu sein, die verfügte Kautionsleistung zu bezahlen, hat die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils rechtlicher Natur im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nicht dargetan. Auf die Beschwerde kann demnach nicht eingetreten werden.