



102 2019 155

Urteil vom 22. August 2019

II. Zivilappellationshof

Besetzung

Präsidentin: Dina Beti
Richter: Catherine Overney, Michel Favre
Gerichtsschreiberin: Frédérique Jungo

Parteien

A. _____,
B. _____,
C. _____,
D. _____,
E. _____ und F. _____,
G. _____ und H. _____,
I. _____ und J. _____,
K. _____ und L. _____,
M. _____ und N. _____,

Beklagte und **Beschwerdeführer**, alle vertreten durch Rechtsanwalt
Patrik Gruber

gegen

O. _____, **Klägerin** und **Beschwerdegegnerin**, vertreten durch
Rechtsanwalt Michael Lauper

Gegenstand

Kostenvorschuss (Art. 102 und 103 ZPO, Art. 130 JR)

Beschwerde vom 19. Juni 2019 gegen den Entscheid des Mietge-
richts des Sense- und Seebezirks vom 29. Mai 2019

Sachverhalt

A. Zwischen der O._____, bzw. deren Rechtsvorgängerin, als Vermieterin, und den Beschwerdeführern, als Mieter, ist seit Oktober 2011 ein Verfahren betreffend Mietzinsänderung vor dem Mietgericht des Sense- und Seebezirks hängig.

Anlässlich der Verhandlung vom 29. Mai 2019 hat das Mietgericht den Antrag auf Erstellung eines Gutachtens teilweise gutgeheissen (Ziff. 1), beschlossen, den Gutachter anzufragen, ob *in casu* eine lückenlose Unterscheidung in werterhaltende und wertvermehrnde Baukosten möglich ist (Ziff. 1.1), und ihm den definitiven Auftrag zu erteilen, falls eine solche Aufteilung möglich ist (Ziff. 2), den Parteien eine Frist gesetzt, um je drei Vorschläge zur Person des Gutachters zu unterbreiten (Ziff. 3), unter Verweis auf Art. 130 Abs. 2 JG der Klägerin und den Beklagten solidarisch eine am 28. Juni 2019 ablaufende Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von jeweils CHF 2'500.- gesetzt (Ziff. 4), und die übrigen Beweisanträge abgewiesen (Ziff. 5). Mit Brief vom 5. Juni 2019, hat der Gerichtspräsident die Parteien darauf aufmerksam gemacht, dass er mit Gutachterkosten von insgesamt CHF 20'000.- rechnet, welche den Parteien schliesslich nach Massgabe ihres Unterliegens überbunden würden.

B. Mit Eingabe vom 19. Juni 2019 erheben die Beklagten Beschwerde gegen den Entscheid des Mietgerichts vom 29. Mai 2019 und beantragen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, die Aufhebung dessen Ziff. 4. Mit Brief vom 4. Juli 2019 hat der Vertreter der Beklagten den Zivilappellationshof dahingehend informiert, dass der Gerichtspräsident mit Brief vom 1. Juli 2019 die den Beklagten gesetzte Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses widerrufen habe.

Mit Brief vom 29. Juli 2019 hat der Vertreter der Beschwerdegegnerin auf eine förmliche Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet, gleichzeitig aber einige Bemerkungen zur Sache angebracht.

Erwägungen

1.

1.1. Entscheide über die Leistung von Vorschüssen sind mit Beschwerde anfechtbar (Art. 103 ZPO). Zuständig ist der II. Zivilappellationshof, da die Hauptsache eine Streitigkeit aus dem Gebiet des Mietrechts betrifft (Art. 20a Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 Bst. a des Reglements für das Kantonsgericht betreffend seine Organisation und seine Arbeitsweise [RKG; SGF 131.11]).

1.2. Der Gerichtskostenvorschuss wird mittels prozessleitender Verfügung eingefordert (SUTER/VON HOLZEN, *in* Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 98 N. 4). Wird eine prozessleitende Verfügung angefochten, so beträgt die Beschwerdefrist zehn Tage, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 321 Abs. 2 ZPO).

Der angefochtene Entscheid wurde dem Vertreter der Beschwerdeführer am 11. Juni 2019 zugestellt, so dass die am 19. Juni 2019 eingereichte Beschwerde fristgerecht erfolgte.

1.3. Mit der Beschwerde kann einerseits eine unrichtige Rechtsanwendung gerügt werden (Art. 320 Bst. a ZPO). Diesbezüglich entscheidet das Kantonsgericht mit voller Kognition. Handelt es sich aber um einen Ermessensentscheid, sollte sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung eine gewisse Zurückhaltung auferlegen (vgl. Urteil BGer 5A_265/2012 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.2). Andererseits kommt als Beschwerdegund die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts in Frage (Art. 320 Bst. b ZPO). In tatsächlicher Hinsicht ist somit lediglich eine Willkürprüfung vorgesehen.

1.4. Die Rechtsmittelinstanz stellt der Gegenpartei die Beschwerde zur schriftlichen Stellungnahme zu, es sei denn, die Beschwerde sei offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Vorliegend wurde die Beschwerde dem Vertreter der Beschwerdegegnerin am 17. Juli 2019 zugestellt, so dass ihre Eingabe vom Montag, 29. Juli 2019, rechtzeitig erfolgte.

1.5. Die Rechtsmittelinstanz kann über eine Beschwerde auf Grund der Akten entscheiden (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

2.

Die Beschwerdeführer machen geltend, die entsprechend den verlangten Kostenvorschüssen von CHF 5'000.- zu erwartenden Gutachterkosten seien bei neun individuellen Prozessen in einfacher Streitgenossenschaft nicht als hohe Auslage im Sinne von Art. 130 Abs. 2 JG anzusehen. Wenn der Gerichtspräsident zudem die Kosten auf CHF 20'000.- schätze, so belege dies, dass keine Abklärungen über die möglichen Kosten getätigt wurden; nach dem klaren gesetzlichen Wortlaut könnten jedoch nur Kosten überbunden werden, die tatsächlich entstanden sind. Im Übrigen sei der Entscheid missverständlich, da er nicht klar darlege, zwischen wem Solidarität bestehen solle. Unter den einzelnen Beschwerdeführern sei dies kaum möglich, denn sie bilden nur eine einfache Streitgenossenschaft. Eine der Beklagten habe zudem ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt, bei dessen Gutheissung sie von der Kostenvorschusspflicht befreit werde, was aufgrund der angeordneten Solidarität dazu führen würde, dass die weiteren Beklagten ihren Anteil übernehmen müssten. Bei Art. 130 Abs. 2 JG handle es sich überdies um eine Kann-Vorschrift, deren Anwendung das Gericht besonders begründen müsse, was es vorliegend allerdings nicht getan habe. Die angeordnete Kostenvorschusspflicht sei somit formell und materiell falsch und müsse aufgehoben werden.

2.1. Gemäss Art. 102 Abs. 1 ZPO hat jede Partei die Auslagen des Gerichts vorzuschüssen, die durch von ihr beantragte Beweiserhebungen veranlasst werden. Beantragen die Parteien dasselbe Beweismittel, so hat jede Partei die Hälfte vorzuschüssen (Art. 102 Abs. 2 ZPO). Die Auslagen des Gerichts bei Beweiserhebungen sind Teil der Gerichtskosten (vgl. Art. 95 Abs. 2 Bst. c ZPO). Art. 102 ZPO ist eine Spezialnorm zur allgemeinen Pflicht der Bevorschussung der Gerichtskosten nach Art. 98 ZPO. Im Unterschied zur Vorschusspflicht nach Art. 98 ZPO, die nur den Kläger – typischerweise nur zu Beginn des Prozesses – trifft, trifft die Vorschusspflicht nach Art. 102 ZPO diejenige Partei, welche eine bestimmte Beweiserhebung beantragt, d. h. gegebenenfalls auch den Beklagten (vgl. Urteil KG/FR 104 2014 6 vom 26. Mai 2014 E. 4a, in FZR 2014 244).

Die Prozesskosten werden mit dem Endentscheid definitiv entschieden (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden alsdann mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet (vgl. Art. 111 ZPO) und die kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO), soweit sie zur Kostendeckung verwendet worden sind. Sind am

Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Diese Regel findet auch auf einfache passive Streitgenossenschaften Anwendung: Die Prozesskosten können entweder unterschiedlich aufgeteilt oder aber allen Streitgenossen solidarisch auferlegt werden (vgl. Urteil BGer 4A_625/2015 vom 29. Juni 2016 E. 3.1, nicht publiziert in BGE 142 III 581). Der Richter hat diesbezüglich ein weites Ermessen (vgl. TAPPY, *in* Commentaire Romand CPC, 2. Aufl. 2019, Art. 106 N. 35).

Die Art. 113 und 114 ZPO sehen besondere Kostenregelungen vor. In Streitigkeiten aus Miete und Pacht werden im Schlichtungsverfahren keine Gerichtskosten gesprochen. Dies gilt jedoch nicht im Entscheidungsverfahren, sofern nicht der Kanton weitere Befreiungen von den Prozesskosten gewährt hat (Art. 116 Abs. 1 ZPO). So werden im Kanton Freiburg gemäss Art. 130 Abs. 1 des Justizgesetzes vom 31. Mai 2010 (JG; SGF 130.1) keine Gerichtskosten erhoben bei Mietstreitigkeiten über Wohnräume, wenn die Hauptwohnung des Mieters betroffen ist und diese keine Luxuswohnung darstellt. Wenn dem Gericht hohe Auslagen entstehen, insbesondere weil ein Gutachten eingeholt werden musste, können den Parteien allerdings nach Massgabe ihres Unterliegens die Auslagen überbunden werden (Art. 130 Abs. 2 JG). In der Botschaft vom 14. Dezember 2009 zum Entwurf für ein Justizgesetz wird dazu Folgendes ausgeführt: „*Absatz 2 stellt ein Notventil dar für Fälle, da in kostenlosen Verfahren hohe Kosten verursacht werden und der Eindruck entsteht, eine Partei käme dadurch z. B. gratis zu einem Gutachten, das ihr auch anderweitig nützlich sein könnte. Alsdann können den Parteien die Auslagen überbunden werden*“. Anlässlich der Beratung im Grossrat gab diese Bestimmung zu keinen materiellen Bemerkungen Anlass (vgl. TGR 2010 513, 536).

Die Regelung von Art. 130 Abs. 2 JG kann im Lichte der allgemeinen Kosten- und Vorschussregelung im Übrigen nur dahingehend verstanden werden, dass das Gericht, wenn es in einem grundsätzlich kostenfreien Verfahren beabsichtigt, diese Bestimmung anzuwenden, von der Vorschusspflicht nach Art. 102 ZPO Gebrauch machen darf.

2.2. In Bezug auf den vorliegenden Fall ist einleitend zu bemerken, dass das Verfahren zur Erstellung des Gutachtens in zwei Phasen geteilt wurde. Zuerst soll der Gutachter die Frage beantworten, ob *in casu* eine lückenlose Unterscheidung in werterhaltende und wertvermehrnde Baukosten möglich ist (Ziff. 1.1), und erst wenn eine solche Aufteilung möglich ist, soll ihm der definitive Auftrag erteilt werden (Ziff. 2). Dies erklärt wohl, warum das Gericht vorläufig nur einen Kostenvorschuss von CHF 5'000.- angeordnet hat, lässt aber auch schliessen, dass ein zweiter Kostenvorschuss wohl angeordnet werden wird, wenn dem Gutachter ein definitiver Auftrag erteilt wird. Im Übrigen sind Gutachterkosten von CHF 5'000.- bis CHF 20'000.- nach dem ordentlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung durchaus üblich in Verfahren, in denen es um Baukosten geht, so dass nicht zu beanstanden ist, dass das Gericht den ersten Kostenvorschuss auf CHF 5'000.- festgesetzt hat.

Weiter kann festgehalten werden, dass Gutachterkosten von CHF 5'000.- in einem ansonsten kostenlosen Verfahren bereits als hohe Auslagen zu bezeichnen sind. Dies gilt umso mehr für Gutachterkosten von CHF 20'000.-, wie vom Gerichtspräsidenten in Aussicht gestellt. Dass die Beschwerdeführer beabsichtigen, in ihrem internen Verhältnis diese Kosten gleichmässig untereinander aufzuteilen, ändert nichts an dieser Einschätzung. Ausschlaggebend zur Beurteilung der Frage, ob hohe Auslagen zu begleichen sind, ist ausschliesslich der Gesamtbetrag. Eine ausführlichere Begründung war somit nicht notwendig, um den Kostenvorschuss in dieser Höhe anzuordnen.

Was schliesslich die angeordnete Solidarität betrifft, ist offensichtlich, dass es sich um eine Solidarität unter den Beklagten, bzw. Beschwerdeführer, handelt und nicht um eine solche zwischen den Beklagten einerseits und der Klägerin andererseits. Eine solidarische Haftung in Kostenfragen kann der Richter nach seinem Ermessen anordnen und in Ermessensentscheide soll die Beschwerdeinstanz nur mit Zurückhaltung eingreifen. Vorliegend legen die Beschwerdeführer nicht dar, inwiefern das Mietgericht bei der Anordnung der solidarischen Haftung für den Kostenvorschuss sein Ermessen missbraucht haben soll. Dies ist aber auch nicht ersichtlich, nachdem sie alle Mieter der durch die fraglichen Baukosten betroffenen Mietobjekte sind und sie sich zudem durch den gleichen Anwalt haben vertreten lassen und dadurch zum Ausdruck gebracht haben, dass sie gleichgerichtete Interessen verfolgen.

Die Tatsache, dass einer der Beklagten unter Umständen die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird, wäre grundsätzlich zu berücksichtigen und würde zu einer entsprechenden Anpassung des angeordneten Kostenvorschusses führen. Es ist allerdings zu bemerken, dass die Beschwerdeführer für den Fall der Gutheissung ihrer diesbezüglichen Argumentation keine subsidiären Rechtsbehelfen gestellt haben. Aufgrund der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) kann daher dieser Punkt keine Berücksichtigung finden.

Unter diesen Vorgaben ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. Es wird dem Gerichtspräsidenten obliegen, eine neue Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses festzusetzen.

3.

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerdeführer sind mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen und haben daher die Prozesskosten zu tragen.

Da dem Beschwerdeverfahren eine Mietstreitigkeit zu Grunde liegt, sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 130 Abs. 1 JG und Art. 116 Abs. 1 ZPO).

Da die Beschwerdegegnerin auf eine förmliche Stellungnahme verzichtet hat, wird ihr keine Parteientschädigung zugesprochen.

(Dispositiv auf der folgenden Seite)

Der Hof erkennt:

I. Die Beschwerde vom 19. Juni 2019 wird abgewiesen.

Der Entscheid des Mietgerichts des Sense- und Seebezirks vom 29. Mai 2019 wird bestätigt. Der Gerichtspräsident wird aufgefordert, eine neue Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses festzusetzen.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

III. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

IV. Zustellung.

Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 113–119 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

Freiburg, 22. August 2019/db

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin: