



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 9/20

vom

23. Juli 2020

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. Juli 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

beschlossen:

Es wird angeordnet, dass die Klägerin zu 2 wegen der Prozesskosten der Beklagten bis zum 30. September 2020 eine weitere Sicherheit in Höhe von 3.471,11 € zu leisten hat.

Gründe:

- 1 I. Die Klägerin zu 1 ist eine deutsche GmbH, die Klägerin zu 2 ein in der Republik Korea (Südkorea) ansässiges Unternehmen. Die Klägerinnen nehmen - soweit noch von Bedeutung - die Beklagten wegen behaupteter wettbewerbswidriger gezielter Behinderung bei Fleischexportgeschäften der Beklagten zu 1 von Deutschland nach Südkorea auf Auskunft, Schadensersatz und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch. Der Beklagte zu 2 ist bei der Beklagten zu 1 als Verkaufsleiter tätig. Auf Antrag der Beklagten ist der Klägerin zu 2 durch Beschluss des Landgerichts vom 14. Mai 2018 die Erbringung einer Prozesskostensicherheit für die Kosten erster und zweiter Instanz aufgegeben worden.
- 2 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Im von ihnen eingeleiteten Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde beantragen die Beklagten, der Klägerin zu 2 aufzugeben, eine ergänzende Prozesskostensicherheit für die Kosten der dritten Instanz zu leisten.

3 II. Auf den zulässigen und in Höhe von 3.471,11 € begründeten Antrag der
Beklagten war gegenüber der Klägerin zu 2 eine ergänzende Prozesskostensi-
cherheit anzuordnen. Im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde ist über den
Antrag durch Beschluss zu entscheiden, auch wenn die Pflicht zur Sicherheits-
leistung oder deren Höhe in Streit steht (BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2018
- XI ZR 549/17, NJW-RR 2018, 1458 Rn. 5 mwN).

4 1. Nach § 110 Abs. 1 ZPO leisten Kläger, die ihren gewöhnlichen Aufent-
halt nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Vertrags-
staat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum haben, auf Ver-
langen des Beklagten wegen der Prozesskosten Sicherheit. Die Höhe der zu leis-
tenden Sicherheit wird gemäß § 112 Abs. 1 ZPO von dem Gericht nach freiem
Ermessen festgesetzt. Nach § 112 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist bei der Festsetzung
derjenige Betrag der Prozesskosten zugrunde zu legen, den der Beklagte wahr-
scheinlich aufzuwenden haben wird. Ergibt sich im Laufe des Rechtsstreits, dass
die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Leistung einer
weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Teil
des erhobenen Anspruchs unbestritten ist (§ 112 Abs. 3 ZPO).

5 2. Die Erhebung der Einrede durch die Beklagten ist zulässig.

6 a) Die Beklagten sind mit dem Verlangen nach weiterer Sicherheitsleis-
tung gemäß § 112 Abs. 3 ZPO nicht nach §§ 565, 532 Satz 2 ZPO ausgeschlos-
sen. Die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für die Prozesskosten ge-
hört zu den die Zulässigkeit der Klage betreffenden verzichtbaren Rügen, die ge-
mäß § 282 Abs. 3 ZPO grundsätzlich vor der ersten Verhandlung zur Hauptsache,
und zwar für alle Rechtszüge, erhoben werden müssen. Da das erstinstanz-
liche Verlangen der Beklagten nach Sicherheitsleistung nicht eingeschränkt war,
gilt es für die Kosten des gesamten Rechtsstreits einschließlich etwaiger Rechts-
mittelzüge (BGH, NJW-RR 2018, 1458 Rn. 4 mwN).

7 b) Die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozesskosten in dritter Instanz ist bereits vor Entscheidung des Senats über die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten zulässig.

8 aa) Die Klägerinnen sind der Ansicht, der Antrag der Beklagten auf weitere Prozesskostensicherheit sei derzeit verfrüht und deshalb unzulässig. Sie machen geltend, bei der Festsetzung einer - weiteren - Prozesskostensicherheit sei nach § 112 Abs. 2 Satz 1 ZPO nur derjenige Betrag der Prozesskosten zugrunde zu legen, den die Beklagten "wahrscheinlich" aufzuwenden haben werden. Angesichts der statistisch geringen Wahrscheinlichkeit, mit der beim Bundesgerichtshof eingelegte Nichtzulassungsbeschwerden Erfolg hätten, sei kaum zu erwarten, dass die Klägerinnen die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde tragen müssten. Damit können sie keinen Erfolg haben.

9 bb) Entgegen der Ansicht der Klägerinnen stellt sich die Frage nach einer weiteren Prozesskostensicherheit nicht erst, wenn der erkennende Senat die Revision - insbesondere in dem Prozessrechtsverhältnis der Beklagten zu der Klägerin zu 2 - zugelassen hat.

10 Da die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für die Prozesskosten die Zulässigkeit der Klage betrifft, ist für die Anordnung der Sicherheitsleistung ohne Bedeutung, ob die Klage begründet ist oder ein Rechtsmittel des Beklagten, das sich gegen ein der Klage stattgebende Urteil richtet, in der Sache Aussicht auf Erfolg hat. Zweck der Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozesskosten ist es, den Beklagten vor den Nachteilen zu schützen, die ihm drohen, wenn er im Falle seines Obsiegens die Prozesskosten gegen den Kläger im Ausland betreiben müsste. Da der Beklagte auch als Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse an einer Sicherstellung für den Fall des Obsiegens hat, ist es zulässig, bereits vor der Entscheidung über die Zulassung der Revision, die Einrede zu erheben (zur Annahmerekursion: BGH, Urteil vom 17. März 1980 - II ZR 174/79, WM 1980, 504 [juris Rn. 5]).

11 Soweit nach § 112 Abs. 2 Satz 1 ZPO bei der Festsetzung der Prozesskostensicherheit derjenige Betrag der Prozesskosten zugrunde zu legen ist, den der Beklagte "wahrscheinlich" aufzuwenden haben wird, bezieht sich dies auf die wahrscheinliche Höhe der Prozesskosten des Beklagten und nicht auf die Wahrscheinlichkeit seines Obsiegens im Rechtsstreit.

12 3. Die Einrede ist auch begründet. Die Klägerin zu 2 ist nach § 112 Abs. 3 ZPO zur weiteren Sicherheitsleistung verpflichtet.

13 Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Prozesskostensicherheit liegen vor. Der Senat hat die Voraussetzungen des § 110 Abs. 1 und 2 ZPO ohne Bindung an den Beschluss des Landgerichts selbstständig zu prüfen, weil darin über eine Prozesskostensicherheit, die auch die dritte Instanz abdeckt, nicht entschieden worden ist (BGH, NJW-RR 2018, 1458 Rn. 6 mwN).

14 a) Die Klägerin zu 2 als südkoreanische Handelsgesellschaft hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt, das heißt ihren Sitz, nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum.

15 b) Die Klägerin zu 2 ist prozesskostensicherungspflichtig. Wer Kläger ist, bestimmt sich nach der Parteirolle in erster Instanz; dabei bleibt es auch für den Fall eines Rechtsmittelverfahrens, bei dem der Kläger Rechtsmittelbeklagter ist (BGH, Urteil vom 20. November 1961 - VIII ZR 65/61, BGHZ 37, 264, 266 [juris Rn. 12]; Beschluss vom 7. Oktober 1981 - VIII ZR 198/80, ZIP 1982, 113, 114 [juris Rn. 4]).

16 c) Die Verpflichtung der Klägerin zu 2 zur Leistung weiterer Prozesskostensicherheit ist nicht gemäß § 110 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Ausnahmetatbestände liegen nicht vor.

17 aa) Der Ausnahmetatbestand des § 110 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, dass aufgrund völkerrechtlicher Verträge keine Sicherheit verlangt werden kann, greift im Verhältnis zur Republik Korea nicht ein (Muthorst in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 110 Rn. 44 "Korea, Republik"; Stiller/Schleicher in Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr, O 1073, S. 11 f. Rn. 43). Das Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits vom 6. Oktober 2010 (BGBl. 2012 II, S. 1483) und das zwischen denselben Vertragsparteien geschlossene Rahmenabkommen vom 10. Mai 2010 (BGBl. II 2013, S. 19) enthalten keine entsprechenden Regelungen.

18 bb) Der Ausnahmetatbestand des § 110 Abs. 2 Nr. 3 ZPO liegt ebenfalls nicht vor, weil die Klägerin zu 2 unstreitig weder im Inland ein zur Deckung der Prozesskosten hinreichendes Grundvermögen noch dinglich gesicherte Forderungen besitzt.

19 III. Es war, ausgehend von einem Streitwert für die Revisionsinstanz in Höhe von 85.000 € und von Kosten auf Seiten der Beklagten in Höhe von insgesamt 6.942,22 € (für die Nichtzulassungsbeschwerde mit möglicher anschließender Revision: 2,6-Verfahrensgebühr einschließlich 0,3-Erhöungsgebühr in Höhe von 3.686,80 €, 1,5-Terminsgebühr in Höhe von 2.217,00 €, Auslagenpauschale in Höhe von 20 €, zuzüglich Umsatzsteuer in Höhe von 1.108,42 €), eine Prozesskostensicherheit in Höhe von 3.471,11 € anzuordnen.

20 1. Entgegen der Ansicht der Klägerinnen sind bei der Bemessung der Höhe der Prozesskostensicherheit nicht nur die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, sondern auch diejenigen einer möglichen anschließenden Revision zu berücksichtigen. Zwar hat der Bundesgerichtshof zur Annahmerevision entschieden, dass nur die bis zur Entscheidung über die Annahme der Revision anfallenden Kosten zu berücksichtigen sind und der Beklagte für den Fall der Annahme der Revision weitere Sicherheitsleistung verlangen kann

(BGH, WM 1980, 504 [juris Rn. 8]). Zum geltenden Recht hat der Bundesgerichtshof jedoch wiederholt entschieden, dass die Kosten des Revisionsverfahrens bereits im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren bei der Berechnung der Prozesskostensicherheit einzubeziehen sind (BGH, Beschluss vom 21. Februar 2014 - IV ZR 350/13, juris Rn. 2; BGH, NJW-RR 2018, 1458 Rn. 16; vgl. zum im Berufungsverfahren geltend gemachten Verlangen nach Prozesskostensicherheit für die dritte Instanz: BGH, Urteil vom 30. Juni 2004 - VIII ZR 273/03, NJW-RR 2005, 148, 149 [juris Rn. 12]; aA MünchKomm.ZPO/Schulz, 6. Aufl., § 110 Rn. 38; MünchKomm.ZPO/Schulz aaO § 112 Rn. 6). Gründe der Prozessökonomie sprechen dafür, bei der Bemessung der Prozesskostensicherheit die gesamten möglichen Kosten der dritten Instanz zu berücksichtigen, statt den Beklagten darauf zu verweisen, zunächst für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren und gegebenenfalls ein weiteres Mal nach Zulassung der Revision die Leistung weiterer Sicherheit zu beantragen.

21 2. Da allein die Klägerin zu 2 und nicht die Klägerin zu 1 zur Leistung einer Prozesskostensicherheit verpflichtet ist und bei einer Klägermehrheit diese für die Prozesskosten nach Kopfteilen gemäß § 100 Abs. 1 ZPO haften, war die Höhe der weiteren Prozesskostensicherheit mit dem auf die Klägerin zu 2 entfallenden hälftigen Anteil der auf Seiten der Beklagten in dritter Instanz wahrscheinlich entstehenden Kosten zu bemessen.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Oldenburg, Entscheidung vom 12.12.2018 - 5 O 108/18 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 06.12.2019 - 6 U 10/19 -