



<b>Fall-Nr.:</b>	BE.2015.13
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	07.05.2015
<b>Entscheiddatum:</b>	07.05.2015

### **Entscheid Kantonsgericht, 07.05.2015**

**Art. 15 Abs. 2, Art. 22 EG-ZPO (sGS 961.2); Art. 12 EG-ZGB (sGS 911.1); Art. 238 lit. f, Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO (SR 272). Über Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide des Amtsnotariats entscheidet – soweit das EG-ZGB nichts anderes vorsieht – das zuständige Departement. Dessen Entscheide wiederum sind beim Einzelrichter/der Einzelrichterin des Kantonsgerichts mit Beschwerde anfechtbar, was auch für prozessleitende Verfügungen, wie etwa solche betreffend die aufschiebende Wirkung, gilt. Auf die Beschwerde ist die Zivilprozessordnung – die insofern kantonales Recht darstellt – anwendbar, womit sich die Beschwerdefrist nach Art. 321 ZPO richtet. Folgen einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung (falsche Rechtsmittelinstanz- und frist; im zu beurteilenden Fall offen gelassen). Anforderungen an die Geltendmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinn von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO (Kantonsgericht, Einzelrichterin im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 7. Mai 2015; BE.2015.13).**

II.1.a) Gemäss Art. 15 Abs. 2 EG-ZPO entscheidet die Einzelrichterin oder der Einzelrichter des Kantonsgerichts "über Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departements", soweit das Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG-ZGB) dies vorsieht. Art. 12 Abs. 1 EG-ZGB bestimmt, dass (soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält) über Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide des Amtsnotariats das zuständige Departement entscheidet. Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departements wiederum sind gemäss Art. 12 Abs. 2 EG-ZGB beim Einzelrichter des Kantonsgerichts mit Beschwerde anfechtbar. Dass von Letzterem prozessleitende Verfügungen des Departements und namentlich solche, welche die aufschiebende Wirkung betreffen (s. dazu Art. 51 Abs. 2 VRP), ausgenommen wären, ergibt sich weder aus Art. 15 Abs. 2



EG-ZPO noch aus Art. 12 Abs. 2 EG-ZGB; beide Bestimmungen sprechen ohne jede Einschränkung von "Verfügungen und Entscheiden". Eine dahingehende Ausnahme lässt sich insbesondere auch nicht etwa e contrario aus dem blossen Umstand herleiten, dass Art. 12 Abs. 4 EG-ZGB für Verfügungen des Departements betreffend unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung die Beschwerdemöglichkeit beim Einzelrichter des Kantonsgerichts ausdrücklich erwähnt; denn insoweit fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, aus dem herzuleiten wäre, für andere prozessleitende Verfügungen gelte diese Zuständigkeit nicht. Es erscheint im Übrigen nicht nur konsequent, sondern auch zweckmässig und sachgerecht, dass die Einzelrichterin/der Einzelrichter des Kantonsgerichts in Fällen, in denen sie/er – wie vorliegend – in der Hauptsache zuständig wäre, auch über Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen befindet. Im vorliegenden Zusammenhang fällt zudem in Betracht, dass die aufschiebende Wirkung in der Literatur auch als vorsorgliche Massnahme sui generis qualifiziert wird; denn wie diese dient auch sie letztlich dem vorläufigen Rechtsschutz (s. dazu etwa BSK ZPO-Sprecher, N 55 vor Art. 261-269 ZPO, sowie BSK BGG-Meyer/Dormann, N 3 zu Art. 103 ZPO und N 1 zu Art. 104 ZPO; s. für das Verwaltungsverfahren: Kiener, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum VwVG, N 3 zu Art. 55 VwVG). Hier ist daher zumindest auch auf Art. 12 Abs. 3 EG-ZGB hinzuweisen, der für Verfügungen betreffend vorsorgliche Massnahmen (und Vollstreckungsmassnahmen) ausdrücklich statuiert, sie seien "bei der in der Hauptsache zuständigen Rechtmittelinanz anfechtbar". ...

b) Die Verfahren vor dem Amtsnotariat und dem Departement des Innern sind Verwaltungsverfahren, auf die das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege zur Anwendung kommt. Soweit hingegen das vorliegende Beschwerdeverfahren betroffen ist, fällt in Betracht, dass aArt. 12 Abs. 2 lit. b EG-ZGB unter der Geltung des früheren kantonalen Zivilprozessrechts bestimmte, gegen Verfügungen und Entscheide des zuständigen Departementes sei in den nicht unter lit. a aufgeführten Streitigkeiten der Rekurs an den Einzelrichter des Kantonsgerichts zulässig, wobei in einer Fussnote ausdrücklich auf Art. 217 ff. ZPO/SG, also die damaligen zivilprozessualen Bestimmungen zum Rekurs an den Einzelrichter des Kantonsgerichts, verwiesen wurde. Per 1. Januar 2011 (Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung) wurde in aArt. 12 Abs. 2 lit. b EG-ZGB der Begriff "Rekurs" durch den Begriff



"Beschwerde" ersetzt. Statuiert wurde diese Änderung in Art. 22 EG-ZPO, der zu den Schlussbestimmungen dieses Erlasses gehört und mit der Marginalie "Änderungen bisherigen Rechts ... b) Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch" versehen ist. Daraus folgt – wie schon in GVP 2012 Nr. 56 E. 2.b erörtert –, dass diese Bestimmung insoweit an die Schweizerische Zivilprozessordnung angepasst wurde, woraus sich wiederum ergibt, dass der kantonale Gesetzgeber für das in ihr statuierte Rechtsmittelverfahren vor der Einzelrichterin/dem Einzelrichter des Kantonsgerichts – in Analogie zur früheren Regelung sowie im Übrigen auch in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Parallelität von zuständigem Gericht und anwendbarem Verfahrensrecht (s. zu Letzterem GVP 2012 Nr. 56 E. 2.b a.E.) – die Zivilprozessordnung (die insofern kantonales Recht darstellt, s. BGE 139 III 225) für anwendbar erachtet und daher in dieser Hinsicht nicht von einer Ausnahme zugunsten des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege ausgegangen werden kann. Daran vermag entgegen dem Standpunkt der Rekurrenten/Beschwerdeführer (s. BE/2, S. 3) auch der Umstand nichts zu ändern, dass sich das vorliegende Verfahren im Bereich einer "Schnittstelle" von Verwaltungsverfahren und Zivilprozess bewegt. Beizufügen bleibt, dass – wie schon in GVP 2012 Nr. 56 E. 2.b a.E. dargelegt – Art. 11 Abs. 1 EG-ZGB, wonach für das Verfahren die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege gelten, abweichende Vorschriften (u.a.) des EG-ZGB explizit vorbehält.

Daraus folgt, dass sich das vorliegende Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO richtet, womit die Beschwerdefrist – da eine prozessleitende Verfügung (vgl. BSK BGG-Meyer/Dormann, Art. 103 N 30 BGG) angefochten ist – entgegen der Ansicht der Rekurrenten/Beschwerdeführer (BE/9, S. 3) nicht 30 Tage (vgl. Art. 321 Abs. 1 ZPO), sondern (in Ermangelung einer abweichenden Regelung) gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO 10 Tage betragen hätte. ...

c) Wird ein Rechtsmittel nicht fristgerecht eingereicht, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, womit grundsätzlich nicht darauf einzutreten ist (Zürcher, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 90 zu Art. 59 ZPO). Hier liegt allerdings insofern eine Besonderheit vor, als die von der Vorinstanz angegebene Rechtsmittelbelehrung eine falsche Rechtsmittelinstanz und -frist nannte. Dazu fällt folgendes in Betracht:



Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf derjenigen Partei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, grundsätzlich kein Nachteil daraus erwachsen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1; s. auch ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 104 vor Art. 308 ff. ZPO, und Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO). Diesen Schutz kann eine Partei allerdings nur dann für sich beanspruchen, wenn sie sich nach Treu und Glauben auf die unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Keinen Schutz verdient daher, wer die Unrichtigkeit der Belehrung erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, wobei allerdings nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der Partei oder ihres Vertreters eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen vermag (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1; s. auch ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 105 vor Art. 308 ff. ZPO, und Staehelin, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO). Ob eine grobe Unsorgfalt vorliegt, beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, wobei auch die Rechtskenntnisse der betroffenen Partei respektive der Umstand, ob sie anwaltlich vertreten ist oder nicht, zu berücksichtigen sind (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 105 vor Art. 308 ff. ZPO; Staehelin, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO). Der Vertrauensschutz versagt in der Regel dann, wenn der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtssuchenden bzw. seinen Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmungen ersichtlich gewesen wäre; hingegen verlangt das Bundesgericht nicht, dass neben dem Gesetz auch noch die einschlägige Rechtsprechung und Literatur konsultiert werden (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1, mit Verweisen auf die weitere Rechtsprechung des Bundesgerichts; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 105 vor Art. 308 ff. ZPO; Staehelin, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO).

Hier hätte nach dem in lit. a Gesagten ein Blick in die einschlägigen Bestimmungen des EG-ZPO und des EG-ZGB genügt, um zu erkennen, dass die angefochtene Verfügung entgegen der darin enthaltenen Rechtsmittelbelehrung nicht mit dem Rechtsmittel der Beschwerde an das Verwaltungsgericht, sondern mit jenem der Beschwerde an die Einzelrichterin/den Einzelrichter des Kantonsgerichts anzufechten wäre. Insoweit dürfte daher den anwaltlich vertretenen Rekurrenten/Beschwerdeführern eine relevante Unsorgfalt im vorstehenden Sinn anzulasten sein. Der blosse Umstand, dass sie die Beschwerde an das Verwaltungs- anstatt an das Kantonsgericht richteten, dürfte ihnen aber im Lichte von Art. 11 Abs. 3 VRP für sich allein nicht zum Nachteil gereichen. Eine andere Frage ist, ob den Rekurrenten/Beschwerdeführern anzulasten ist, dass sie die



Beschwerde erst nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist nach Art. 321 Abs. 2 ZPO erhoben haben. In dieser Hinsicht war angesichts der sachlichen Zuständigkeit der Einzelrichterin/des Einzelrichters des Kantonsgerichts an sich naheliegend, dass sich das Beschwerdeverfahren – in Übereinstimmung mit der früheren gesetzlichen Regelung sowie dem Grundsatz der Parallelität von zuständigem Gericht und anwendbarem Verfahrensrecht – wohl eher nach der Zivilprozessordnung denn nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege richten dürfte. Zur Abklärung der Frage, ob allenfalls dennoch Letzteres zur Anwendung kommen könnte, genügte zwar ein Blick in das Gesetz nicht; es hätte auch noch die dazu veröffentlichte Gerichtspraxis konsultiert werden müssen. Die Frage, ob den anwaltlich vertretenen Rekurrenten/ Beschwerdeführern bei dieser besonderen Ausgangslage noch zugestanden werden könnte, sie hätten in guten Treuen annehmen dürfen, es komme das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege zur Anwendung und die Beschwerdefrist betrage somit 14 Tage, oder ob ihnen hinsichtlich der nicht eingehaltenen 10-tägigen Beschwerdefrist nach Art. 321 Abs. 2 ZPO eine relevante Unsorgfalt im vorstehenden Sinn anzulasten wäre, kann indes vorliegend letztlich offen bleiben. Denn wie sogleich zu zeigen ist (E. 2), ist ohnehin schon aus einem anderen Grund auf ihre Beschwerde nicht einzutreten.

2.a) Prozessleitende Verfügungen können – abgesehen von im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen (s. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) – nur dann mit Beschwerde angefochten werden, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Diese – das Anfechtungsobjekt einschränkende – Bestimmung wäre hier auch dann anwendbar, wenn den Rekurrenten/ Beschwerdeführern zugestanden würde, sie hätten davon ausgehen dürfen, auf das Beschwerdeverfahren sei das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege anwendbar; denn eine falsche Rechtsmittelbelehrung vermag nie ein für den betreffenden Fall nicht gegebenes Rechtsmittel zu schaffen (s. anstelle Vieler: Staehelin, ZPO Komm., N 27 zu Art. 238 ZPO).

Der drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil im Sinn von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, den das Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des zu beurteilenden Falls in pflichtgemässer Ermessensausübung zu konkretisieren hat (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., N 13 zu Art. 319 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-



Hoffmann-Nowotny, N 23 zu Art. 319 ZPO). Ob Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO – anders als Art. 93 Abs. 1 lit a BGG (der sich im Übrigen von der Regelung der ZPO dahin unterscheidet, als er bloss von einem "nicht wiedergutzumachenden Nachteil" spricht) – nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Nachteile erfasst, wurde vom Bundesgericht soweit ersichtlich bislang offen gelassen (s. insbes. BGE 137 III 380 E. 2) und ist in der Lehre umstritten (verneinend: Sterchi, Berner Kommentar, N 12 zu Art. 319 ZPO, sowie BSK ZPO-Spühler, N 7 zu Art. 319 ZPO; indifferent: ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N 25 ff. zu Art. 319 ZPO; bejahend: Freiburghaus/Afheldt, ZPO Komm., N 15 zu Art. 319 ZPO). Nicht leicht wiedergutzumachen ist ein Nachteil regelmässig dann, wenn er sich auch bei einem späteren günstigen Entscheid in der Hauptsache nicht oder nicht mehr vollständig beheben lässt. Die Voraussetzung von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO kann aber auch dann erfüllt sein, wenn sich die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid (bloss) erheblich erschwert (Freiburghaus/

Afheldt, ZPO Komm., N 14 zu Art. 319 ZPO; vgl. auch ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, N 25 ff. zu Art. 319 ZPO). Es obliegt dem Beschwerdeführer, in der Beschwerdeschrift substantiiert darzulegen und nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für eine Anfechtung nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO erfüllt sind (Art. 321 Abs. 1 ZPO; vgl. BK-Sterchi, N 15 zu Art. 319 ZPO; vgl. auch ZR 111 (2012) Nr. 51). Er hat daher aufzuzeigen, inwiefern ihm ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, was die konkrete Umschreibung des mit der Verfügung verbundenen, erheblichen Nachteils wie auch Ausführungen zur Frage bedingt, inwiefern und warum sich dieser Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmachen lassen soll.

b) (Im zu beurteilenden Fall war ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil nicht hinreichend dargetan, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten war)