



Fall-Nr.:	BO.2017.14/15
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	19.03.2018
Entscheiddatum:	19.03.2018

Entscheid Kantonsgericht, 19.03.2018

Art. 242, Art. 319 lit. b Ziff. 2, Art. 110 ZPO (SR 272); vgl. auch Art. 59 Abs. 2 lit. a, Art. 236 Abs. 1, Art. 241, Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO sowie Art. 90 BGG (SR 173.110). Die Abschreibung des Verfahrens ist eine prozessleitende Verfügung besonderer Art und als solche gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO mit Beschwerde anfechtbar, falls durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Voraussetzungen einer Konversion der demnach unzulässigen Berufung in eine zulässige Beschwerde (im zu beurteilenden Fall nicht erfüllt). Im Rechtsmittelverfahren setzt das Rechtsschutzinteresse in der Regel eine formelle wie auch materielle Beschwer voraus (im zu beurteilenden Fall ebenfalls nicht erfüllt). (I. Zivilkammer, 19. März 2018, BO.2017.14/15).

Erwägungen (Auszug)

II.2. Nach dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzessystematik wäre die Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit nach Art. 242 ZPO – die im 6. Kapitel des 3. Titels der ZPO unter der Überschrift "Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid" geregelt ist – jedenfalls nicht berufungsfähig und höchstens beschränkt beschwerdefähig, da sie das Verfahren ohne einen Endentscheid im Sinn von Art. 236 Abs. 1 ZPO abschliesst.

Im Gegensatz zu den in Art. 241 ZPO geregelten prozesserledigenden Parteierklärungen (Vergleich, Klageanerkennung und -rückzug) – die unmittelbare Beendigungswirkung haben, weshalb der gestützt darauf ergehende Abschreibungsbeschluss nur noch deklaratorisch und daher nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung weder mit Berufung noch (vorbehältlich der Kostenfolgen, s. Art. 110 ZPO) mit Beschwerde anfechtbar ist (vgl. BGE 139 III 133) – bedarf es bei der



Gegenstandslosigkeit im Sinn von Art. 242 ZPO eines das Verfahren formell beendenden Akts. Die Abschreibung des Verfahrens nach Art. 242 ZPO hat daher insofern nicht bloss deklaratorische Bedeutung, sondern wirkt konstitutiv, weshalb in der Lehre und Rechtsprechung weitgehend Einigkeit besteht, dass sie, um ein Rechtsschutzdefizit zu vermeiden, grundsätzlich anfechtbar sein muss. Allerdings gehen die Ansichten bezüglich der Frage auseinander, ob sie (bei erreichter Streitwertgrenze) mit Berufung angefochten werden kann oder nur beschwerdefähig ist. Die Befürworter der Berufungsfähigkeit (wie etwa Leumann Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 242 N 7 f.; Leuenberger, Der Endentscheid nach Art. 236 und Art. 308 ZPO: Wie weit geht die Auslegung in Übereinstimmung mit dem BGG? in: SZP 1/2015, S. 89 ff., S. 95; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 23 N 34 [anders allerdings: § 26 N 31a, s. hernach]; ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, Art. 308 N 37; Seiler, Die Berufung nach ZPO, N 427; Graber, Die Berufung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, S. 82 f.; CPC-Tappy, Art. 242 N 7; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkomentar, Art. 242 N 3; ZR 110 [2011] Nr. 34) begründen ihre Ansicht soweit ersichtlich weder mit dem Gesetzestext noch der Gesetzessystematik oder dem Willen des Gesetzgebers. Stattdessen verweisen sie vereinzelt auf eine Erwägung in BGer 4A_137/2013, wo die Abschreibung des Verfahrens nach Art. 242 ZPO als ein Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG bezeichnet und erwogen wird, der Begriff des Endentscheids nach dieser Bestimmung des BGG sei auch für die Berufung nach ZPO massgebend, da der Bundesrat gemäss Botschaft zur ZPO nicht einen abweichenden Begriff des Endentscheids habe einführen wollen (in BGE 139 III 478 nicht veröffentlichte E. 7.2 und 7.3; es ging in diesem Entscheid nicht um die Anfechtung eines Abschreibungsbeschlusses, sondern um die Anfechtung einer Verweigerung der Wiederherstellung nach Art. 149 ZPO). Dies überzeugt schon deshalb nicht, weil in der Botschaft einzig im Zusammenhang mit dem Sachentscheid und dem Nichteintretensentscheid auf Art. 90 BGG Bezug genommen wird (Botschaft ZPO zu Art. 232-236, S. 7343) und weil nach ZPO und BGG auch die Begriffe des Zwischenentscheids nicht deckungsgleich sind (Art. 237 ZPO und Art. 92/93 BGG, vgl. dazu Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 12.115). Weiter argumentieren die Befürworter der Berufungsfähigkeit explizit oder dem Sinn nach mit einer Analogie zum Nichteintretensentscheid, der ebenfalls die formelle Beendigung des Verfahrens



bezwecke und (bei erreichter Streitwertgrenze) gemäss Art. 236 Abs. 1 i.V.m. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO berufungsfähig sei. Soweit Lehre und kantonale Rechtsprechung die Berufungsfähigkeit hingegen verneinen (so etwa BK-Killias Art. 242 ZPO N 24; BSK ZPO-Gschwend/Steck, Art. 242 N 20; Kriech, DIKE-Komm-ZPO, Art. 242 N 9; KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 242 N 12; Wohlmann, Stämpflis Handkommentar, Art. 242 ZPO N 9; Staehelin/Staehelin/ Grolimund, Zivilprozessrecht, § 26 N 31a [anders allerdings: § 23 N 34, s. vorn]; Boesch/Günzler/Strittmatter, Tafeln zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, S. 210; KGer SG, BO.2012.42, vom 14. August 2013, E. II.2; KGer BL, 410 11 103/LIA, vom 21. Juni 2011: vgl. auch Baeckert/Wallmüller, Rechtsmittel bei Beendigung des Verfahrens durch Entscheidsurrogat [Art. 241 ZPO], in: ZZZ 2014/2015, S. 15 ff., S. 26), steht dies in Einklang mit jener (vom hiervor erwähnten BGer 4A_137/2013 abweichenden) Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche die Abschreibung des Verfahrens nach Art. 242 ZPO als prozessleitende Verfügung besonderer Art qualifiziert und demgemäss dafür hält, als solche sei sie – falls durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe – gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO mit Beschwerde anfechtbar (BGer 4A_131/2013 E. 2.2.2.2; BGer 4A_156/2014 E. 3.1). Dieser zweiten Meinung ist der Vorzug zu geben, ist sie doch nicht auf einen blossen Analogieschluss angewiesen, um ein Rechtsschutzdefizit zu vermeiden, sondern vermag sich zu diesem Zweck – nachdem die ZPO die prozessleitenden Verfügungen nicht abschliessend nennt (s. Leuenberger/Uffer- Tobler, a.a.O., N 8.12 und 8.22) – letztlich direkt auf das Gesetz zu stützen.

Auf die Berufung ist damit schon mangels eines berufungsfähigen Entscheids nicht einzutreten.

3. Zu prüfen bleibt, ob die vorliegende Berufung allenfalls als Beschwerde entgegenzunehmen und zwecks Behandlung als solche an den Einzelrichter oder die Einzelrichterin des Kantonsgerichts zu überweisen ist. In dieser Hinsicht fällt vorab in Betracht, dass zwar der Beklagte 1 ... für den Fall, dass die Berufungsfähigkeit des Abschreibungsbeschlusses verneint werden sollte, dem Sinn nach ein dahingehendes Konversionsbegehren stellt ("Eventuell ist die Berufung als Beschwerde zu behandeln"). Allerdings steht hier nach dem Gesagten eine Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO im Raum. Deren Zulässigkeit setzt voraus, dass dem Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung ein nicht leicht



wiedergutzumachender Nachteil droht, was dieser in der Beschwerdeeingabe substantiiert darzulegen und nachzuweisen hat (Art. 321 Abs. 1 ZPO; BK-Sterchi, Art. 319 ZPO N 15; GVP 2015 Nr. 85 E. 2.a; vgl. auch ZR 111 [2012] Nr. 51). Dazu lässt nun aber der Beklagte 1 vorliegend jegliche Ausführungen vermissen.

Zu beachten ist weiter, dass sich das Rechtsmittel der Berufung und jenes der Beschwerde in mehrfacher Hinsicht unterscheiden; abweichend geregelt sind namentlich (kantonale) Zuständigkeit, Kognition der Rechtsmittelinstanz, Zulässigkeit von Anschlussrechtsmittel und Noven sowie die Frage der aufschiebenden Wirkung (s. insb. Art. 4 ZPO i.V.m. Art. 15 f. EG-ZPO; Art. 310, Art. 313, Art. 315, Art. 317 Abs. 1, ZPO; Art. 320, Art. 323, Art. 325 f. ZPO). Die Konversion einer unzulässigen Berufung in eine zulässige Beschwerde oder umgekehrt fällt deshalb – nicht zuletzt auch mit Blick auf den Vertrauensschutz der Gegenpartei – nur in Ausnahmefällen in Betracht, wie etwa dann, wenn dem Rechtsmittelkläger ein offensichtlicher Verschrieb unterliefe, aber auch, wenn die einschlägigen Prozessvorschriften unklar sind oder die Vorinstanz gar keine, eine falsche oder eine unvollständige Rechtsmittelbelehrung erteilt hat und dem Rechtsmittelkläger, der deshalb das falsche Rechtsmittel ergriff, in diesem Zusammenhang gar kein oder höchstens ein leichtes Verschulden anzulasten ist, was namentlich der Fall sein kann, wenn er weder selbst rechtskundig noch anwaltlich vertreten ist (s. anstelle Vieler: Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Vorbem. zu Art. 308-318, N 51, mit Verweisen; GVP 2012 Nr. 53; Entscheid BO.2012.80 des Kantonsgerichts St. Gallen vom 16. Juli 2013, E. 4.b [einsehbar im Internet]; vgl. auch BGE 135 III 374). Hier fällt in Betracht, dass zwar wie dargelegt in der Lehre wie (auch höchstrichterlichen) Rechtsprechung Uneinigkeit besteht, ob gegen die Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit (bei erreichter Streitwertgrenze) das Rechtsmittel der Berufung oder nur jenes der Beschwerde zulässig ist. Indessen hat die Vorinstanz im angefochtenen Abschreibungsbeschluss – wenngleich sie letztlich das Rechtsmittel der Berufung nennt – in einer separaten Ziffer der Erwägungen explizit auf diese unsichere Rechtslage hingewiesen. Von einer rechtskundig vertretenen Partei wäre unter diesen Umständen zu erwarten gewesen, dass sie neben der Berufung vorsorglich Beschwerde erhebt, zumindest aber – falls sie sich stattdessen mit einem blossen Konversionsbegehren begnügt – dabei darlegt und nachweist, dass (auch) die Voraussetzungen für eine Anfechtung nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO erfüllt wären, was hier wie erwähnt unterblieb.



Von einer Konversion ist unter diesen Umständen abzusehen.

4. Soweit sich die Berufung gegen Ziffer 1 des erstinstanzlichen Abschreibungsbeschlusses richtet, kommt hinzu, dass es dem Beklagten 1 an einem Rechtsschutzinteresse fehlt: Im Rechtsmittelverfahren liegt ein solches in der Regel (nur) dann vor, wenn der Rechtsmittelkläger durch den vorinstanzlichen Entscheid insofern, als er ihn anfecht, sowohl in formeller wie materieller Hinsicht beschwert ist. Dabei ist eine formelle Beschwer dann gegeben, wenn das Dispositiv von den Anträgen der rechtsmittelwilligen Partei abweicht, wobei damit in aller Regel auch eine materielle Beschwer verbunden ist. Liegt hingegen bloss eine materielle, nicht aber auch eine formelle Beschwer vor, genügt dies – von Sonderfällen abgesehen – nicht (Reetz, ZPO Komm., Vorbem. zu Art. 308-318 N 30 ff.; Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 5.10). Hier fällt in dieser Hinsicht in Betracht, dass der Beklagte 1 im erstinstanzlichen Verfahren zunächst selbst unmissverständlich dafür plädierte, das Verfahren sei gegenstandslos und demnach abzuschreiben. Nachdem ihm von der Vorinstanz (dennoch) Frist zur Klageantwort angesetzt worden war, stellte er in dieser zwar den Antrag, die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, dies allerdings um in der Folge an der Hauptverhandlung faktisch doch wieder zum Standpunkt zurückzukehren, das Verfahren sei gegenstandslos. Eine formelle Beschwer kann dem Beklagten 1 unter diesen Umständen – nicht zuletzt auch unter dem Aspekt von Art. 52 ZPO – nicht zugestanden werden.

5. Nicht einzutreten wäre auf die Berufung schliesslich auch dann, wenn sie unter den vorstehenden Gesichtspunkten zulässig wäre, da sie sich faktisch nur gegen den erstinstanzlichen Kostenspruch richtet:

Mit seinen Berufungshaupt- und -eventualbegehren ersucht der Beklagte 1 formell zwar auch um Abänderung von Ziffer 1 des erstinstanzlichen Abschreibungsbeschlusses. Ein unmittelbares Interesse daran, dass anstelle einer Abschreibung des Verfahrens auf Abweisung oder Nichteintreten erkannt wird, hat er allerdings nicht; faktisch zielen seine Anträge ausschliesslich auf eine Abänderung der Entscheidziffern 2 und 3 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) ab. Dies bestätigt im Übrigen auch der Beklagte 1 selbst, wenn er bei der Ermittlung des zweitinstanzlichen Streitwerts – den er mit Fr. 27'709.– (Fr. 3'000.– [ihm auferlegter Anteil der



erstinstanzlichen Gerichtskosten] + Fr. 24'709.– [beantragte erstinstanzliche Parteienschädigung]) beziffert – den "Streitwert ... hinsichtlich der Art der Verfahrenserledigung" mit "CHF 0" einsetzt und weiter vorträgt, es gehe ihm "mit der vorliegenden Berufung nicht um ein anderes Endergebnis", sondern "um die abweichenden Kostenfolgen", die sich aus der Art der Prozesserledigung ergäben. Vor diesem Hintergrund hätte grundsätzlich eine selbständige [Kostenbeschwerde] erhoben werden müssen (Art. 110 ZPO; vgl. auch Botschaft ZPO, S. 737, und CPC-Tappy, Art. 110 N 13), was indes der Beklagte 1 – offensichtlich bewusst – unterliess. Bei der Beurteilung der Kostenbeschwerde hätte die Frage, ob die Art der erstinstanzlichen Verfahrenserledigung korrekt war oder nicht – die nach dem Gesagten für sich mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht selbständig Gegenstand eines Rechtsmittels sein könnte –, vorfrageweise geprüft werden können.