

**§ 271 Abs. 1 Ziff. 3, § 276, § 261, § 264 ZPO und § 322 aZPO. Vorgehen, wenn die Berufung nachträglich auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen beschränkt wird.** Wird die kantonale Berufung gegen ein Urteil nachträglich auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen beschränkt, so ist die Rechtmittleingabe als Rekurs zu behandeln (Erw. II.2.4); auf einen solchen ist einzutreten, auch wenn die Frist zur Erhebung des Rekurses nach § 271 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, hätte man diesen von Beginn weg gemäss § 276 ZPO innert zehn Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Entscheids eingereicht, im Zeitpunkt der Beschränkung der Berufung auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen bereits abgelaufen gewesen wäre (Erw. II.2.5).

*Sachverhalt:*

Sowohl die Klägerin als auch der Beklagte 3 - nicht aber die Beklagten 1 und 2 - erhoben gegen ein Urteil der Vorinstanz kantonale Berufung an das Obergericht. Nachdem die Klägerin ihre Berufung auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen beschränkt hatte, zog der Beklagte 3 seine Berufung zurück. In der Sache war damit noch über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Urteils zu entscheiden.

Vorab stellte sich die Frage nach der Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit der auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen reduzierten kantonalen Berufung. Die Beklagten 1 und 2 brachten unter Hinweis auf RB 1928 Nr. 82 (ein Entscheid, der unter der alten Zivilprozessordnung von 1913 ergangen war) vor, diese dort aufgestellte Praxis, wonach eine Berufung, welche nachträglich auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen beschränkt werde, als Rekurs zu behandeln sei, gelte unter der heutigen Zivilprozessordnung nicht mehr. Das Obergericht folgte dieser Auffassung nicht,

aus folgenden Erwägungen:

“(…) II.2. Die Beklagten 1 und 2 begründen ihren Nichteintretensantrag (auf die als Kostenrekurs betitelte Eingabe der Klägerin vom 11. November 2002) im Wesentlichen damit, die Klägerin habe innert Frist die Berufung erklärt. Nachdem ihr eine Frist zur Einreichung der Berufungsanträge angesetzt worden sei, habe sie (...) schliesslich einen Kostenrekurs nach § 271 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO eingereicht. Hätte sie dies von Beginn weg gemacht, so wäre dieser gemäss § 276 ZPO innert

zehn Tagen mit Anträgen und Begründung einzureichen gewesen. Diese Frist sei aber am 11. November 2002 schon längst abgelaufen gewesen. Sie stellen sich damit insbesondere auf den Standpunkt, der Kostenrekurs sei verspätet und daher nicht (mehr) zulässig.

2.1 Die Klägerin beruft sich bei ihrer Vorgehensweise auf einen Entscheid des Obergerichts vom 28. März 1928 (zitiert im Rechenschaftsbericht des Obergerichts und des Kassationsgerichts über das Jahr 1928, Nr. 82), gemäss welchem eine Berufung, die sich nachträglich nur auf die Bestimmungen über die Kosten und die Entschädigung beschränke, lediglich noch als Rekurs zu behandeln sei. Wie die Beklagten zu Recht vorbringen, hat diese Praxis ihren Ursprung im Gesetz betr. den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. April 1913. Dieses sah in § 322 aZPO vor, dass in der Berufungserklärung auch gleichzeitig anzugeben war, inwieweit das Urteil angefochten und welche Änderungen beantragt werden (vgl. STRÄULI/HAUSER, Kommentar ZPO [1913], 2. Auflage, Zürich 1939, S. 460f).

2.2 Im Unterschied zu den heute geltenden § 261 Abs. 1 ZPO und § 264 Abs. 1 ZPO, wonach die Berufung zunächst lediglich (wenn auch schriftlich) zu erklären ist (innert zehn Tagen von der schriftlichen Mitteilung des Urteils an bei der ersten Instanz) und erst die Berufungsinstanz dem Berufungskläger Frist ansetzt, um die Berufungsanträge (schriftlich) zu stellen, beinhaltete die *Berufungserklärung* nach der Zivilprozessordnung von 1913 damit gleichzeitig *auch* die zu stellenden Anträge und deren Begründung. Unter alter Zivilprozessordnung war demnach bereits mit Erklärung der Berufung vor erster Instanz klar, ob lediglich die Kostenverlegung oder auch die übrigen materiellen Punkte Gegenstand des Rechtsmittels waren (wobei es schon damals die Möglichkeit eines Rekurses lediglich hinsichtlich der ‚Kosten- und Entschädigungsbestimmungen‘ gab, § 334 Ziff. 5 aZPO).

2.3 Sinngemäss stellen sich die Beklagten 1 und 2 auf den Standpunkt, die heutige gesetzliche Ordnung der Rechtsmittelfristen würde aus den Angeln gehoben und die Zehntagesfrist des Kostenrekurses würde leer laufen, wenn die zitierte Praxis des Obergerichts von 1928 auch unter der heute geltenden ZPO angewendet würde. Wäre dies der Fall, könne eine Partei zuerst einfach einmal eine Berufungserklärung abgeben und sich dann in aller Ruhe überlegen, ob materielle

Punkte des Urteils angefochten werden sollen oder sie es besser bei einer blossen Anfechtung des Kostenpunktes bewenden lassen würde, obwohl für Letzteres dann eigentlich die Zehntagesfrist schon abgelaufen sei.

2.4 Die Bedenken der Beklagten 1 und 2 sind unbegründet. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der obergerichtliche Entscheid unter der heutigen Zivilprozessordnung keine Geltung mehr haben soll. Im Gegenteil lässt die heutige gesetzliche Regelung das Vorgehen der Klägerin problemlos zu (vgl. § 271 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Wird nämlich ein Urteil mit kantonaler Berufung nach § 259 ZPO angefochten, so ist mit der Berufungserklärung mangels Anträgen zunächst immer das ganze Erkenntnis-Dispositiv, also sämtliche materiellen Punkte und mit ihnen *auch* die Kosten- und Entschädigungsfolgen Gegenstand des Rechtsmittels (FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO-Kommentar, N 18 zu § 259 ZPO; ZR 81 Nr. 21), zumal die Überprüfung eines Kostenentscheides im Rahmen eines Berufungsantrages auf Überprüfung der Hauptfrage ohne Weiteres mitenthalten ist (ZR 80 Nr. 1). Erst durch das Stellen der Berufungsanträge und deren Begründung - bei der Rechtsmittelinstanz im Sinne von § 264 ZPO - wird alsdann Klarheit darüber verschafft, welche genaue Änderung im Dispositiv des angefochtenen Urteils verlangt wird (vgl. auch ZR 78 Nr. 113). Dies bedeutet somit, dass es aufgrund der heutigen gesetzlichen Regelung der §§ 261 und 264 ZPO durchaus möglich ist, die (vorsorglich) erklärte Berufung nachträglich - also auch *nach* Ablauf der Frist zur Erhebung eines Rekurses in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Sinne von § 271 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, welcher gemäss § 276 ZPO innert zehn Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Entscheides einzureichen wäre - auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu beschränken. Dass in diesem Fall die Rechtsmitteleingabe als Rekurs zu behandeln ist, macht dabei durchaus Sinn, findet doch im Rekursverfahren grundsätzlich lediglich ein einfacher Schriftwechsel statt (§ 276f. ZPO) und steht für die separate Anfechtung des Kostendispositives eines *Urteils* von Gesetzes wegen explizit (bei Vorliegen des notwendigen Streitwertes) der Rekurs im Sinne von § 271 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO zur Verfügung (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO-Kommentar, N 18 zu § 259 ZPO und N 9 zu § 271 ZPO; gleich wie nach § 334 Ziff. 5 aZPO), obwohl Anfechtungsobjekte eines Rekurses ansonsten ausschliesslich Verfügungen (Einzelrichter) und Beschlüsse (Kollegialgericht) sind (§ 271 ZPO); insoweit stellt diese gesetzli-

che Regelung eine Ausnahme dar. Dass derjenige, welcher zunächst (vorsorglich) die Berufung erklärt, um sie dann auf die Kostenverlegung zu beschränken, mehr Bedenkzeit hat, als derjenige, welcher von Beginn weg nur die Kosten- und Entschädigungsfolgen anfight, hat der Gesetzgeber mit der Revision der Zivilprozessordnung in Kauf genommen. Ohne Bedenken gehen jedenfalls auch die Kommentatoren FRANK/STRÄULI/MESSMER davon aus, dass eine Berufung, welche nachträglich auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsbestimmungen beschränkt wird, als Rekurs zu behandeln sei. Sie verweisen sogar auf RB 1928 Nr. 82 (ZPO-Kommentar, N 21 zu § 271 ZPO).

2.5 Es besteht damit kein Anlass, dem Antrag auf Nichteintreten der Beklagten 1 und 2 zu folgen. Aufgrund der gesetzlichen Regelung in den §§ 261 und 264 ZPO ist das Vorgehen der Klägerin nicht zu beanstanden; auf den Kostenrekurs ist mithin einzutreten. (...)

Obergericht, II. Zivilkammer, Beschluss vom 17. März 2003  
(Mitgeteilt von lic. iur. C. Simmen)