

3610

Rechtsmittel gegen eine Abschreibungsverfügung (Art. 241 und 242 ZPO). Ist die Rückzugserklärung nicht klar, steht einzig das Rechtsmittel der Revision zur Verfügung.

Vertrauensschutz bei falscher Rechtsmittelbelehrung (Art. 52 ZPO). Im Rahmen des Vertrauensschutzes kann die Kenntnis der einschlägigen Literatur nicht verlangt werden.

Aus den Erwägungen:

Zu fragen ist nach dem Rechtsmittel, das gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 23. April 2013 in einer nachbarrechtlichen Streitigkeit offen steht.

1.1 Beim Nichteintretensentscheid gemäss Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids handelt es sich um einen Endentscheid (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Weil zudem der Streitwert über Fr. 10'000.00 liegt, ist nach Art. 308 ZPO das Rechtsmittel der Berufung gegeben. Das gleiche Rechtsmittel steht bezüglich des von beiden Seiten angefochtenen Kostenentscheids zur Verfügung, d.h. Art. 110 ZPO findet keine Anwendung (*Hans Schmid*, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 2. A., Basel 2013, N 2 zu Art. 110; *Martin H. Sterchi*, Berner Kommentar ZPO, N 1 zu Art. 110; *David Jenny*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 2 zu Art. 110).

1.2 Hinsichtlich der Abschreibungsverfügung ist die Situation komplizierter:

1.2.1 Die schweizerische Zivilprozessordnung sieht für verschiedene Fälle eine „Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid“ vor: bei Erledigung aufgrund einer Parteierklärung (Rückzug, Anerkennung, Vergleich) oder wenn die Sache gegenstandslos wurde (Art. 241 und 242 ZPO). Diese Erledigungsart hat ihren Vorläufer im so genannten „Berner Modell“, nach welchem bereits die Parteierklärung unmittelbar und ohne den folgenden Erledigungsentscheid das Ende des Verfahrens bewirkte, obgleich Vollstreckungstitel erst der formelle Abschreibungsentscheid war (*Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi*, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 3d zu Art. 207; *Daniel Steck*, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2010, N 4 zu Art. 241). „Ohne Entscheid“ ist so zu verstehen, dass in den genannten Fällen keine Prüfung der Streitfrage und auch keine prozessuale Erledigung im Sinne eines Entscheides, z.B. über die Zuständigkeit, erfolgt (*Pascal Leumann Liebster*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 5 zu Art. 241). Die Abgrenzung erhellt auch aus der Formulierung von Art. 236 ZPO: dort geht es um die Erledigungen mittels eines Sach- oder eines Nichteintretensentscheides – und eine Abschreibung aufgrund einer Parteierklärung (und nach der gesetzlichen Lösung: wegen

Gegenstandslosigkeit) ist keines von beidem. Völlig „ohne Entscheid“ erfolgt die Abschreibung auch in den Fällen von Art. 241 und 242 ZPO allerdings keineswegs. Vorweg ist selbstverständlich, dass die Parteierklärung rechtlich existieren muss (wenn ein Vertreter sie abgibt, muss eine Vollmacht vorliegen), und dass sie formell gültig abgegeben wurde (im mündlichen Verfahren muss ein Vergleich von den Parteien unterzeichnet werden: Art. 241 Abs. 1 ZPO). Sodann kann nur eine zulässige Parteierklärung das Verfahren abschliessen. Das Gericht muss also prüfen, ob die Parteien über die Sache verfügen durften, was in Fällen der so genannten *Offizialmaxime* regelmässig nicht der Fall ist. Zudem darf und muss das Gericht sich vergewissern, ob die Erklärung klar und vollständig sei (*Pascal Leumann Liebster*, a.a.O., N 19 zu Art. 241; *Daniel Steck*, a.a.O., N 14 zu Art. 241). Weiter muss das Gericht die Kostenfolgen regeln – auch wenn es subsidiäre Regeln gibt (Art. 109 ZPO), ist doch mindestens über die Höhe der Gerichtskosten zu befinden, allenfalls ist zu überlegen, ob die Parteien Vollstreckungsanordnungen wollten oder ob diese auch ohne ihren Willen anzuordnen sind (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Endlich kann die Frage, ob eine Sache gegenstandslos geworden ist (Art. 242 ZPO), sehr wohl umstritten sein. Die Anfechtung einer „Erledigung ohne Entscheid“ ist nicht resp. nur rudimentär geregelt. Wird geltend gemacht, die Parteierklärung sei unwirksam, ist das mit Revision beurteilen zu lassen (Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Revision wird von der Instanz behandelt, welche den Prozess erledigte (Art. 328 Abs. 1 ZPO).

Hinsichtlich der Frage, ob weitere Rechtsmittel zulässig seien, bestand längere Zeit keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Es stand einzig fest, dass die Erklärung der Parteien an sich nicht Gegenstand einer Berufung oder Beschwerde sein konnte; diesbezüglich muss die Revision verlangt werden. Im Übrigen gingen die Meinungen auseinander. Das Obergericht des Kantons Zürich etwa war der Ansicht, dass die Revision nur gerade den „Dispositionsakt“ umfasse, also den Vergleichsschluss oder die Erklärung des Klagerückzugs oder der Klageanerkennung an sich (ZR 110, Nr. 34). Was das für prozessuale Folgen habe und welche, gehe darüber hinaus. Gehe die Rüge auf die Erledigung an sich (z.B. wegen fehlender oder mangelhafter Parteierklärung, Verletzung der *Offizialmaxime*), handle es sich nicht um eine Frage der Revision, sondern es müsse ein Rechtsmittel an die obere Instanz zur Verfügung stehen. In einem Entscheid vom 22. Februar 2013 hielt das Bundesgericht nun unter Hinweis auf die herrschende Meinung fest, dass es sich bei der Abschreibung des Verfahrens nach Art. 241 Abs. 3 ZPO um einen rein deklaratorischen Akt handle, weil bereits der Vergleich als solcher den Prozess unmittelbar beende (Urteil BGer 4A_605/2012 = BGE 139 III 133 E. 1.2 und 1.3). Gegen einen Abschreibungsbeschluss als solchen stehe kein Rechtsmittel zur Verfügung. In Bezug auf materielle und prozessuale Mängel des Vergleichs sei die Revision primäres und ausschliessliches Rechtsmittel. In der neueren Literatur ist dieser Entscheid auf Zustimmung gestossen (*Da-*

niel Steck, a.a.O., N 20 zu Art. 241; Naegeli/Richers, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 2. A., Basel 2013, N 15 zu Art. 241). Was für den Vergleich gilt, muss auch für die beiden anderen in Art. 241 Abs. 1 ZPO genannten Prozesserkklärungen (Klagerückzug und Klageanerkennung) gelten.

1.2.2 Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die Klage nur teilweise oder aber vollständig zurückgezogen worden ist. Konkret geht es darum, ob alle drei Kläger von der Klage Abstand genommen haben oder nur D. und H.. Die Vorinstanz hat ersteres angenommen, was von W. angefochten worden ist. Zu diskutieren ist damit die Klarheit der Rückzugserklärung. Ist eine Prozesshandlung nicht klar, ist sie mangelhaft (*Daniel Steck*, a.a.O., N 14 zu Art. 241; *Pascal Leumann Liebster*, a.a.O., N 19 zu Art. 241). Die Anfechtung eines solchen prozessualen Mangels hätte nach der eben dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Revision erfolgen müssen. Die Vorinstanz hat als Rechtsmittel die Berufung angegeben. Dies erweist sich als falsch.

1.2.3 Lehre und Rechtsprechung haben aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet, dass eine Rechtsmittelinstanz an das Vertrauen gebunden ist, das die Vorinstanz bei den Parteien aufgrund einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung geweckt hat (*Christoph Hurni*, Berner Kommentar ZPO, N 23 zu Art. 52; *Paul Oberhammer*, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 2. A., Basel 2013, N 9 zu Art. 52; *Myriam A. Gehri*, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2010, N 19 zu Art. 52). Aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen. Vertrauensschutz geniesst aber nur, wer die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung nicht kennt und sie auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte kennen können (*Christoph Hurni*, a.a.O., N 25 zu Art. 52). Rechtsuchende geniessen keinen Vertrauensschutz, wenn der Mangel für sie bzw. für ihren Rechtsvertreter allein schon durch die Konsultierung der massgeblichen Verfahrensbestimmung ersichtlich ist (*Christoph Hurni*, a.a.O., N 25 zu Art. 52; *Paul Oberhammer*, a.a.O., N 9 zu Art. 52). Nicht verlangt wird das Studium der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur (*Paul Oberhammer*, a.a.O., N 9 zu Art. 52; *Myriam A. Gehri*, a.a.O., N 19 zu Art. 52).

Es ist oben dargelegt worden, dass die Rechtslage bezüglich der Art des Rechtsmittels gegen einen Abschreibungsentscheid bis zum Entscheid des Bundesgerichts vom 22. Februar 2013 nicht klar war. Insbesondere konnte allein aus dem Gesetz nicht abgeleitet werden, mit welchem Rechtsmittel prozessuale Mängel von Abstandserklärungen angefochten werden müssen. Der erwähnte Entscheid des Bundesgerichts wurde zwar bereits im Mai 2013 in Fachzeitschriften präsentiert und diskutiert (SJZ 9/2013 vom 1. Mai 2013, S. 216; ZBJV 5/2013, S. 460 f.), im Rahmen des Vertrauensschutzes kann die Kenntnis der einschlägigen Literatur aber nicht verlangt werden. Die Publikation in der amtlichen Sammlung erfolgte erst mit dem Heft 3 des III. Teils vom

15. Juli 2013 und damit nach der Einreichung der Berufungserklärung am 24. Juni 2013.

1.2.4 Es ergibt sich somit, dass der Berufungskläger 1 in seinem Vertrauen auf die falsche Rechtsmittelbelehrung zu schützen ist. Damit ihm kein Nachteil erwächst, ist die Sache von Amtes wegen an die zuständige Instanz, den Einzelrichter des Kantonsgerichts zur Durchführung eines Revisionsverfahrens zu überweisen (*Christoph Hurni*, a.a.O., N 24 zu Art. 52). Diese Überweisung bezieht sich nur auf die Abschreibung des Verfahrens und nur auf die von W. erhobene Klage. Die Abschreibung der von D. und H. eingereichten Klagen ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

OGP, 19.12.2013

3611

Beschwerdeinstanz gegenüber dem Vermittler bzw. der Vermittlerin ist in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis Fr. 30'000.00 der Einzelrichter des Obergerichts (Art. 25 lit. a i.V.m. Art. 14 Abs. 1 lit. a Justizgesetz [bGS 145.31; nachfolgend JuG] und Art. 243 Abs. 1 ZPO).

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 25 JuG ist der Einzelrichter des Obergerichts Berufungs- und Beschwerdeinstanz gegenüber dem Einzelrichter des Kantonsgerichts. In Art. 25 JuG sind die Vermittler (vgl. Art. 2 ff. JuG) nicht erwähnt. Es ist nicht von einem qualifizierten Schweigen (vgl. dazu *René Wiederkehr*, in: *Wiederkehr/Richli* [Hrsg.], *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Band 1, Bern 2012, Rz. 1229 ff.) des Gesetzgebers auszugehen, weil es in den Materialien keine Äusserungen zu diesem Punkt gibt und dem Obergericht nicht erinnerlich ist, dass in den Vorarbeiten zum Justizgesetz darüber diskutiert wurde. Unter diesen Umständen ist vielmehr anzunehmen, dass der kantonale Gesetzgeber den Punkt aus Versehen nicht regelte und somit eine „planwidrige Unvollständigkeit“ (vgl. dazu *René Wiederkehr*, a.a.O., Rz. 1213 ff.) vorliegt. Um diese i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen, muss der Einzelrichter des Obergerichts auch Beschwerdeinstanz gegenüber dem Vermittler oder der Vermittlerin sein, weil es die Meinung des Gesetzgebers war, dass vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert bis Fr. 30'000.00 zweitinstanzlich nicht von der Abteilung, sondern vom Einzelrichter beurteilt werden (Art. 25 lit. a JuG i.V.m. Art. 14 Abs. 1 lit. a JuG und Art. 243 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidkompetenz der Vermittler liegt unter diesem Grenzwert: