

Aus den Erwägungen:

Die Schlichtungsbehörde versucht in formloser Verhandlung, die Parteien zu versöhnen (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Die Behörde ist frei, in welcher Weise sie versuchen will, zwischen den Parteien eine Einigung herbeizuführen. Die Schlichtungsbehörde muss insbesondere die Gleichbehandlung der Parteien und das beidseitige rechtliche Gehör gewährleisten (*Alvarez/Peter*, Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bern 2012, N 6 zu Art. 201). Die Schlichtungsbehörde kann die Schlichtungsmethode frei wählen (*Jörg Honegger*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 2 zu Art. 201). Die Schlichtungsbehörde lässt sich allfällige Urkunden vorlegen und kann einen Augenschein durchführen. Soweit ein Urteilstvorschlag nach Art. 210 ZPO oder ein Entscheid nach Art. 212 ZPO in Frage kommt, kann sie auch die übrigen Beweismittel abnehmen, wenn dies das Verfahren nicht wesentlich verzögert (Art. 203 Abs. 2 ZPO). Aussagen der Parteien dürfen weder protokolliert noch später im Entscheidverfahren verwendet werden (Art. 205 Abs. 1 ZPO). Abgesehen von den vorerwähnten Bestimmungen gibt es in der ZPO, aber auch im kantonalen Recht (siehe Justizgesetz; bGS 145.31), keine Vorschriften, wie die Schlichtungsverhandlung im Detail ablaufen soll. Die Kritik des Beschwerdeführers erweist sich angesichts der dargelegten Gesetzeslage als unbegründet. Dem Vermittler wird ein weites Ermessen eingeräumt und vorliegend ist kein Verstoß des Vermittlers gegen dieses Ermessen erkennbar. Insbesondere sind die vom Beschwerdeführer gewünschten Aufschriebe gemäss ZPO ausdrücklich nicht zulässig.

OGer, 25.03.2014

3636

Aufhebung der Baubewilligung und Rückweisung: Auswirkungen auf die privatrechtliche Baueinsprache; Kostenverteilung (Art. 107 und 242 ZPO).

Aus den Erwägungen:

2.1 Die Berufungsklägerin ist der Auffassung, die Vorinstanz hätte das Gesuch nicht abweisen dürfen, sondern als gegenstandslos erachten müssen. Zur Begründung liess sie vorbringen, Gegenstand der Klage habe die Baubewilligung der Baubewilligungskommission H. vom 19. Dezember 2012 gebildet. Diese sei vom Departement Bau und Umwelt (DBU) aufgehoben worden und das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme somit gegenstandslos geworden.

2.2 Die Berufungsbeklagten machen geltend, das Massnahmebegehren sei durch die Aufhebung des Baubewilligungsentscheides nicht gegenstandslos geworden. Das Massnahmebegehren sei von Beginn weg unbegründet gewesen, weil zu keinem Zeitpunkt die Gefahr bestanden habe bzw. bestehe, die Berufungsbeklagten würden eine nicht rechtskräftige Baubewilligung in Anspruch nehmen und das Projekt zu realisieren beginnen.

2.3 Ein Prozess wird in der Regel durch einen Entscheid (Art. 236 ZPO), sei es ein Sachentscheid oder ein prozessualer Endentscheid, beendet. Die Parteien selbst können das Verfahren durch Prozesshandlungen (Entscheidungssurrogate) wie Klageanerkennung, Klagerückzug oder gerichtlicher Vergleich beenden (Art. 241 ZPO). Indes können nicht nur prozessuale Handlungen, sondern auch andere Gründe einen Prozess gegenstandslos machen. Eine Klage wird gegenstandslos, wenn der Streitgegenstand oder das Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei nach Eintritt der Rechtshängigkeit definitiv wegfällt (*Naegeli/Richers*, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. A., Basel 2013, N 1 zu Art. 242; *Pascal Leumann Liebster*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 3 zu Art. 242; *Laurent Killias*, Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bern 2012, N 1 zu Art. 242; *Daniel Steck*, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, N 5 zu Art. 242; *Markus Kriech*, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St.Gallen 2011, N 3 zu Art. 242; *Herbert Wohlmann*, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, N 1 zu Art. 242; *Hans Ulrich Walder*, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966, S. 104). Gegenstandslos wird das Verfahren nur, wenn die Gegenstandslosigkeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit eintritt; der Untergang des streitigen Anspruchs vor Eintritt der Rechtshängigkeit führt zur Abweisung der Klage (*Naegeli/Richers*, a.a.O., N 2 zu Art. 242; *Pascal Leumann Liebster*, a.a.O., N 3 zu Art. 242; *Laurent Killias*, a.a.O., N 3 zu Art. 242; *Daniel Steck*, a.a.O., N 6 zu Art. 242). Gegenstandslosigkeit tritt etwa ein bei einer Eigentumsklage mit dem Untergang der Sache, bei einer Kollokationsklage mit dem Widerruf des Konkurses oder bei der betriebsrechtlichen Widerspruchsklage mit dem Dahinfallen der Betreibung (*Naegeli/Richers*, a.a.O., N 3 zu Art. 242; *Pascal Leumann Liebster*, a.a.O., N 4 zu Art. 242; *Laurent Killias*, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 242; *Daniel Steck*, a.a.O., N 8 zu Art. 242; *Markus Kriech*, a.a.O., N 4 zu Art. 242; *Hans Ulrich Walder*, a.a.O., S. 104 ff.). Nach Eintritt der Gegenstandslosigkeit ist ein Sachentscheid nicht mehr möglich (*Pascal Leumann Liebster*, a.a.O., N 7 zu Art. 242; *Daniel Steck*, a.a.O., N 17 zu Art. 242). Das Gericht hat festzustellen, ob das Verfahren gegenstandslos geworden ist. Formell geht der Prozess erst mit dem gerichtlichen Abschreibungsentscheid zu Ende (Art. 242 ZPO; *Naegeli/Richers*, a.a.O., N 10 zu

Art. 242; *Pascal Leumann Liebster*, a.a.O., N 7 zu Art. 242; *Daniel Steck*, a.a.O., N 17 zu Art. 242).

2.4 Nach Lehre und Rechtsprechung wird ein Baueinspracheverfahren wegen Ablehnung des Baugesuches durch die Baupolizeibehörden gegenstandslos (*Laurent Killias*, a.a.O., N 11 zu Art. 242; *Daniel Steck*, a.a.O., N 8 zu Art. 242; *Markus Kriech*, a.a.O., N 4 zu Art. 242; *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 11a zu § 188; *David Brunner*, Der Bauverbotsprozess unter besonderer Berücksichtigung der privatrechtlichen Baueinsprache, Diss. St.Gallen 1997, S. 86; *Hans Ulrich Walder*, a.a.O., S. 105; ZR 57 [1958], Nr. 67; ZR 55 [1968], Nr. 65; SGGVP 1984, Nr. 48; vgl. auch EGV-SZ 2006, A 3.1, E. 5). Anzuführen ist, dass die Klage nicht im eigentlichen Sinne des Wortes gegenstandslos wird, wenn das Baugesuch nicht bewilligt wird. Denn es kann sich nach wie vor die Frage stellen, ob das Bauprojekt vom privatrechtlichen Standpunkt aus ausgeführt werden darf (ZR 57 [1958], Nr. 67). Gegenstandslosigkeit wird nach der Praxis aber in einem weiteren Sinne verstanden und angenommen, wenn der Rechtsstreit sinnlos geworden ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Baubewilligung fehlt und der Private annehmen darf, dass nicht gebaut wird, solange diese Bewilligung fehlt. In dieser Situation hat der Private vernünftigerweise kein Interesse daran, eine gerichtliche Feststellung darüber zu erwirken, ob vom privatrechtlichen Standpunkt aus gebaut werden kann (ZR 57 [1958], Nr. 67).

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass die von der örtlichen Bewilligungsbehörde erteilte Baubewilligung aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid zurückgewiesen worden ist. Das Baugesuch ist also nicht definitiv verweigert worden. Das DBU hat angeordnet, dass das ordentliche Baubewilligungsverfahren erneut durchzuführen und dabei insbesondere der Sachverhalt genauer abzuklären sei. Im Vordergrund stehen Lärmemissionen sowie die Einhaltung des Umweltschutzgesetzes und der Lärmschutzverordnung (Stichworte „Betriebszeiten“ und „Lärmschutzwand“). Es ist nicht anzunehmen, dass die Bewilligung in absehbarer Zeit und nach Vornahme bloss untergeordneter Veränderungen des Projekts doch noch erteilt wird. Unter diesen Umständen ist es richtig, das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen als gegenstandslos abzuschreiben. In diesem Punkt ist die Berufung gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben.

3.1 Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

Grundsätzlich werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Abweichung davon können bei Gegenstandslosigkeit die Prozesskosten nach Ermessen verteilt werden (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Als Kriterien in Frage kommen: Welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei wel-

cher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, und welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat (*Daniel Steck*, a.a.O., N 19 zu Art. 242; *Laurent Killias*, a.a.O., N 23 zu Art. 242; *Pascal Leumann Liebster*, a.a.O., N 9 zu Art. 242; *Viktor Rüegg*, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, N 8 zu Art. 107; *Martin H. Sterchi*, Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bern 2012, N 18 zu Art. 107; *David Brunner*, a.a.O., S. 86 f.; *Hans Ulrich Walder*, a.a.O., S. 107; ZR 81 [1982], Nr. 129; SGGVP 1984, Nr. 48). Ist der Grund für die Gegenstandslosigkeit dem Verhalten einer Partei zuzuschreiben, sind die Kosten in der Regel dieser Partei aufzuerlegen (*Martin H. Sterchi*, a.a.O., N 18 zu Art. 107; *Hans Ulrich Walder*, a.a.O., S. 107). Hat keine Partei das Dahinfallen des Rechtsschutzinteresses am Verfahren zu vertreten, ist auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen (*Martin H. Sterchi*, a.a.O., N 18 zu Art. 107; *Hans Ulrich Walder*, a.a.O., S. 107). Der Kostenentscheid ergeht aufgrund einer summarischen Prüfung und Würdigung des aktenkundigen Sach- und Streitgegenstandes zum Zeitpunkt des Erledigungsgrundes. Ein besonderes Beweisverfahren findet nicht statt (*Martin H. Sterchi*, a.a.O., N 18 zu Art. 107; Urteil BGer 5P.120/2003, E. 5.4).

Bei Bauuntersagungsprozessen, bei denen das Auflageverfahren als eine Art Provokationsverfahren vorausgeht, gilt grundsätzlich der Bauherr als Veranlasser des Prozesses (*David Brunner*, a.a.O., S. 87; ZR 81 [1982], Nr. 129; ZR 57 [1958], Nr. 67; ZR 55 [1956], Nr. 65; EGV-SZ 2006, A 3.1, E. 5b; SGGVP 1984, Nr. 48; vgl. auch AR GVP 1995, Nr. 3268). Der Bauherr ist daher bei Gegenstandslosigkeit des Prozesses kostenpflichtig, es sei denn, die Baueinsprache sei offensichtlich aussichtslos (*David Brunner*, a.a.O., S. 87; ZR 57 [1958], Nr. 67; ZR 55 [1956], Nr. 65; EGV-SZ 2006, A 3.1, E. 5b; SGGVP 1984, Nr. 48).

3.2 Die Berufungsbeklagten sind die Bauherren und haben damit das Verfahren veranlasst. Zudem haben sie die Gegenstandslosigkeit zu vertreten, weil deren Grund in ihrer Risikosphäre lag. Sie haben ein Bauprojekt eingereicht, das nicht bewilligt werden konnte (vgl. *David Brunner*, a.a.O., S. 87). Der Kostenpflicht entgehen die Berufungsbeklagten somit nur, wenn die Prozessführung der Berufungsklägerin als „offensichtlich aussichtslos“ qualifiziert werden müsste. Dies ist nicht der Fall. Im vorliegenden Verfahren beziehen sich die Prozessaussichten auf das Massnahmeverfahren. Ob allein das nicht abgeschlossene öffentlich-rechtliche Verfahren genügt, im Rahmen der privatrechtlichen Baueinsprache i.S.v. Art. 60 Bauverordnung (BauV; bGS 721.11) den Erlass einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ZPO zu verhindern, ist offen; das Kantonsgericht hat, allerdings noch unter der Geltung der kantonalen Zivilprozessordnung, in diesem Punkt früher eine andere Meinung vertreten als der Vorderrichter im angefochtenen Entscheid. Es handelt sich dabei um ein erst im Berufungsverfahren eingereichtes Beweisstück und damit um ein (unechtes) Novum. Dieses kann nach Art. 317 Abs. 1 ZPO zugelassen

werden, weil erst der angefochtene Entscheid Anlass zur Einreichung gegeben hat (vgl. dazu *Martin H. Sterchi*, a.a.O., N 10 zu Art. 317).

OGP, 23.06.2014

Das Bundesgericht ist auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde am 3. September 2014 nicht eingetreten (Urteil BGer 5A_667/2014).