

## Verfügung vom 7. Dezember 2017

ZK2 2016 36

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann.

In Sachen **A.**\_\_\_\_\_,  
Gesuchstellerin und Berufungsführerin,  
vertreten durch Rechtsanwältin B.\_\_\_\_\_,

gegen

**C.**\_\_\_\_\_,  
Gesuchsgegnerin und Berufungsgegnerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt D.\_\_\_\_\_,

betreffend Abberufung der Liegenschaftsverwaltung  
(Berufung gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe  
vom 21. Juni 2016, ZES 2015 193);-

hat der Kantonsgerichtsvizepräsident,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

- dass der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe mit Verfügung vom 21. Juni 2016 das Gesuch der Gesuchstellerin um Absetzung der Liegenschaftsverwalterin G.\_\_\_\_\_ gmbh abwies;
- dass die Gesuchstellerin gegen diese Verfügung mit Eingabe vom 7. Juli 2016 Berufung erhob (KG-act. 1);
- dass die G.\_\_\_\_\_ gmbh mit Eingabe vom 8. Mai 2017 bekanntgab, sie habe das Verwaltungsmandat per 30. Juni 2016 (recte: 2017) gekündigt (KG-act. 28), und dass sie auch tatsächlich das Mandat nicht mehr wahrnimmt (vgl. insbesondere KG-act. 32, 38, 40, 42);
- dass ein Rechtsstreit gegenstandslos wird, wenn keine Partei mehr ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an seiner Fortführung bzw. Entscheidung hat, weil sich der Streitgegenstand im Laufe des Verfahrens ausserprozessual erledigte (Leumann Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 242 N 3, m.N.);
- dass das Verfahren die Frage der Abberufung der Liegenschaftsverwaltung betrifft und sich diese Frage mit der Kündigung des Mandats erledigte, weshalb das Verfahren insgesamt gegenstandslos wurde und somit abzuschreiben ist (Art. 242 ZPO);
- dass laut Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO das Gericht bei diesem Ausgang des Verfahrens von den Verteilungsgrundsätzen (Art. 106 ZPO) abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann (Rüegg/Rüegg, BSK ZPO, 3. A., Basel 2017, Art. 107 ZPO N 8, eine besondere gesetzliche Kostenregelung für Spezialfälle der Gegenstandslosigkeit ist nicht gegeben);

- dass für Kostenverlegungen wie die vorliegende je nach Lage des Einzelfalles zu berücksichtigen ist, welche Partei Anlass zur Klage beziehungsweise zum Gesuch gab, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eintraten, die dazu führten, dass das Verfahren gegenstandslos wurde (BGer, 4D\_65/2017, Urteil vom 24. Oktober 2017, E. 3.1, m.N.);
- dass nach der Lehre dem Gesetz nicht zu entnehmen sei, ob primär auf den mutmasslichen Prozessausgang oder darauf, wer das Gegenstandsloswerden des Prozesses zu vertreten habe, abzustellen sei, weshalb nicht im Vorherein eine Methode ausgeschlossen werden könne (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 107 ZPO N 9a, m.N.);
- dass nach bundesgerichtlicher Praxis zwar in erster Linie auf den mutmasslichen Verfahrensausgang abzustellen ist, jedoch dann, wenn sich der mutmassliche Ausgang des Verfahrens nicht ohne Weiteres feststellen lässt, auf allgemeine zivilprozessrechtliche Kriterien zurückzugreifen ist, wonach in erster Linie diejenige Partei kosten- und entschädigungspflichtig wird, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasste oder bei der die Gründe eintraten, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens führten (BGer, 2C\_237/2009, Urteil vom 28. September 2009, E. 3.1);
- dass daran nichts ändert, dass sich das Gericht bei der Beurteilung des mutmasslichen Prozessausgangs mit einer Prognose begnügen darf, eine summarische Begründung genügt (Leumann Liebster, a.a.O., Art. 242 N 9) und jedenfalls nicht über den Umweg des Kostenentscheids ein quasia materielles Urteil zu fällen ist (Urwyler/Grütter, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar ZPO, 2. A., Zürich 2016, Art. 107 ZPO N 8);
- dass auch nach bundesgerichtlicher Praxis es bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens nicht darum gehe, die Prozessaussichten im Einzelnen zu

prüfen und dadurch weitere Umtriebe zu verursachen (BGer, 5A\_150/2017, Verfügung vom 27. November 2017, E. 2.2; BGer, 2C\_201/2008, Verfügung vom 14. Juli 2008, E. 2.3);

- dass der mutmassliche Prozessausgang auch vom konnexen Verfahren ZEV 2016 28 abhängen mag, dieses Verfahren aber trotz offenbar bevorstehendem Entscheid nicht mehr länger abzuwarten war, weil es sich um ein erstinstanzliches Verfahren mit entsprechend möglichem Rechtsmittelweg handelt und ein weiteres Abwarten somit dem Beschleunigungsgrundsatz entgegenstünde, es im vorliegenden Verfahren nur noch um die Kostenverlegung geht und weil das konnexe Verfahren vorwiegend nur insofern relevant wäre, ob die von der Gesuchsgegnerin nachträglich genehmigten Prozesseingaben der Verwaltung im erstinstanzlichen Verfahren bezüglich Abberufung der Verwaltung zu berücksichtigen sind (vgl. KG-act. 27);
- dass allein das Berufungsverfahren 50 teilweise sehr umfangreiche Akteure umfasst, was eine Prüfung des mutmasslichen Prozessausgangs im Rahmen des Kostenentscheids erheblich erschwert;
- dass bei einer summarischen Einschätzung sowohl die Argumente der Gesuchstellerin als auch diejenigen der Gesuchsgegnerin nicht von vornherein aussichtslos erscheinen (insb. angeblich fehlende Passivlegitimation vs. angeblich fehlende Vollmachten, vorgebrachte Abberufungsgründe vs. Novenproblematik etc.), was das Kriterium des mutmasslichen Prozessausgangs umso schwerer einschätzbar macht, ebenso, ob unnötige Prozesskosten verursacht wurden;
- dass sich deshalb der mutmassliche Prozessausgang nicht ohne Weiteres, d.h. nicht ohne erhebliche weitere Umtriebe, feststellen lässt;

- dass somit nach der erwähnten bundesgerichtlichen Praxis auf allgemeine zivilprozessrechtliche Kriterien zurückzugreifen ist, wonach in erster Linie diejenige Partei kosten- und entschädigungspflichtig wird, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasste oder bei der die Gründe eintraten, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens führten;
- dass die G.\_\_\_\_\_ gmbh durch die Kündigung des Verwaltungsmandats die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens bewirkte, was der Gesuchsgegnerin zuzurechnen ist, dass also bei der Gesuchsgegnerin die Gründe eintraten, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens führten;
- dass die Gesuchstellerin Berufung führt und somit sowohl das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren veranlasste (so auch BGer, 5A\_150/2017, Verfügung vom 27. November 2017, E. 2.2.4);
- dass es sich in Abwägung dieser Umstände rechtfertigt, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen (vgl. BGer, 5A\_150/2017, Verfügung vom 27. November 2017, E. 2.2.4);
- dass die (reduzierten) zweitinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 600.00 somit der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin zu je Fr. 300.00 auferlegt werden und vom Kostenvorschuss der Gesuchstellerin von Fr. 3'500.00 bezogen werden, die Gerichtskasse der Gesuchstellerin mithin Fr. 2'900.00 zurückzuerstatten und die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin Fr. 300.00 zu zahlen hat (Art. 111 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO);
- dass nach Eintritt der Gegenstandslosigkeit ein Sachentscheid zwar nicht mehr möglich ist, es jedoch bei Gegenstandslosigkeit einer verfahrensabschliessenden Abschreibung bedarf und es sich dabei um einen Prozessentscheid sui generis handelt (Leumann Liebster, a.a.O., Art. 242 ZPO N 7, m.N.);

- dass aufgrund der Mandatsaufgabe der G. \_\_\_\_\_ gmbh nicht nur das vor dem Kantonsgericht hängige, sondern auch das erstinstanzliche Verfahren gegenstandslos wurde (vgl. BGer, Urteil 1C\_130/2008 vom 30. Mai 2008, E. 3.2);
- dass damit trotz (formeller) Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid (Art. 242 ZPO) der erstinstanzliche Kostenentscheid anzupassen ist, was der Sache nach auch der bundesgerichtlichen Praxis in Bezug auf Art. 67 BGG entspricht (vgl. Kantonsgericht Schwyz, ZK1 2012 6, Beschluss vom 11. Dezember 2012, E. 2, m.H. auf BGer, Urteil 5A\_608/2010 vom 6. April 2011, E. 5, m.H. auf BGE 91 II 146, E. 3 und Urteil 5A\_657/2010 vom 17. März 2011, E. 3.5), dass aber aus prozessökonomischen Gründen und in Analogie zu Art. 318 Abs. 3 ZPO von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen ist (vgl. dagegen noch ZK1 2012 6, a.a.O.);
- dass die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 2'000.00 wegen des Umstands, dass sich wie dargelegt der mutmassliche Prozessausgang nicht ohne Weiteres feststellen lässt, die Gesuchsgegnerin die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens bewirkte und die Gesuchstellerin das Verfahren veranlasste, entgegen der erstinstanzlichen Verfügung von der Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin je hälftig zu tragen sind, und zudem die Parteientschädigungen wettzuschlagen sind;
- dass die Abschreibung des Verfahrens gestützt auf § 40 Abs. 2 JG präsidial entschieden werden kann;-

**verfügt:**

1. Das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von Fr. 600.00 werden der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin je zur Hälfte (je Fr. 300.00) auferlegt und vom Kostenvorschuss der Gesuchstellerin von Fr. 3'500.00 bezogen. Der Restbetrag von Fr. 2'900.00 wird der Gesuchstellerin durch die Kantonsgerichtskasse zurückerstattet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin Fr. 300.00 zu bezahlen.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen gesprochen.
4. Ziff. 2 und Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung werden aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt:
  2. Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 2'000.00 werden der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin je zur Hälfte (je Fr. 1'000.00) auferlegt und vom Kostenvorschuss der Gesuchstellerin bezogen. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin den Betrag von Fr. 1'000.00 zu bezahlen.
  3. Es werden keine Parteientschädigungen gesprochen.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Massgabe von Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes *Verfassungsbeschwerde* beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; vorbehalten bleibt die Geltendmachung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit *Beschwerde in Zivilsachen* gemäss Art. 72 ff. BGG, die in

der gleichen Rechtschrift bzw. bei alleiniger Einlegung innert derselben Frist einzureichen ist. Die Beschwerdeschrift muss Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 20'330.00.

6. Zufertigung an Rechtsanwältin B.\_\_\_\_\_ (2/R), Rechtsanwalt D.\_\_\_\_\_ (2/R) und die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Versand

7. Dezember 2017 rfl