

## Beschluss vom 25. April 2017

ZK2 2017 5

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Dr. Urs Tschümperlin,  
Kantonsrichterinnen Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Bettina Krienbühl,  
Gerichtsschreiberin lic. iur. Cornelia Spörri-Kessler.

In Sachen **A.** \_\_\_\_\_,  
Kläger und Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_,

gegen

**Stockwerkeigentümergeinschaft E.** \_\_\_\_\_  
Beklagte und Beschwerdegegnerin,  
vertreten durch C. \_\_\_\_\_

betreffend Kostenbeschwerde  
(Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Ger-  
sau vom 22. Dezember 2016, ZGO 2016 1);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. a) Mit Klage vom 20. April 2016 stellte der Kläger beim Einzelrichter am Bezirksgericht Gersau die folgenden Anträge (Vi-act. 1):

1. Der im Protokoll vom 16. September 2015 unter dem Traktandum 5 (Seite 10) festgehaltene und anlässlich der Stockwerkeigentümersversammlung vom 14. September 2015 gefasste Beschluss betreffend „Einzahlungen gemäss beiliegender Liste“ sei aufzuheben.
2. Eventualiter: Es sei festzustellen, dass der im Protokoll vom 16. September 2015 unter dem Traktandum T5 (Seite 10) festgehaltene Beschluss betreffend „Einzahlungen gemäss beiliegender Liste“ keine Rechtswirkung erzielt.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten ohne den Kläger.

b) Mit (unaufgeforderter) Klageantwort vom 18. Mai 2016 ersuchte D. \_\_\_\_\_ für sich und F. \_\_\_\_\_ um Abweisung der Klage, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers (Vi-act. 6).

c) Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 7. Juni 2016 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden. Mit Verfügung vom 10. Juni 2016 sistierte der Einzelrichter das Verfahren bis auf weiteres, längstens bis Ende August 2016, und forderte die Beklagte auf, längstens bis Ende August 2016 einen Verwalter zu bezeichnen (Vi-act. 9). Mit Schreiben vom 11. August 2016 (Posteingang 16. August 2016) teilte D. \_\_\_\_\_ dem Einzelrichter mit, dass er an der Stockwerkeigentümersversammlung vom 4. Juli 2016 als Verwalter gewählt worden sei (Vi-act. 10). Mit Eingabe vom 14. September 2016 hielt der Kläger unter Beilage eines entsprechenden Protokollauszugs fest, dass die Beklagte anlässlich der Versammlung vom 4. Juli 2016 den im Verfahren angefochtenen Beschluss vom 14. September 2015 in “Wiedererwägung“ gezogen habe, wobei unklar bleibe, was unter „Wiedererwägung“ zu verstehen sei und ob die Beklagte den Beschluss damit aufgehoben und die

Klage anerkannt habe (Vi-act. 11). In seiner E-Mail vom 28. September 2016 an den Einzelrichter teilte D.\_\_\_\_\_ mit, dass an der Versammlung vom 4. Juli 2016 die Wiedererwägung des Beschlusses vom 14. September 2015, der Gegenstand der Klage ZGO 1-16 sei, mehrheitlich beschlossen worden und die Klage damit unter Kostenfolgen „abweisungsreif“ sei (Vi-act. 12). Gemäss dem Protokoll über die „erste a.o. Stockwerkeigentümersversammlung 2016“ vom 4. Juli 2016 wurde die Wiedererwägung des Beschlusses vom 14. September 2015 „mehrheitlich beschlossen“ (Vi-act. 11 Beilage 1 = Vi-act. 14 Beilage 2 = KG-act. 1/2, je Ziff. 5 auf Seite 2).

Mit Verfügung vom 5. Oktober 2016 hob der Einzelrichter die Sistierung auf und forderte unter anderem die Beklagte zur Präzisierung auf, wie Ziffer 5 des Protokolls der Stockwerkeigentümersversammlung „E.\_\_\_\_\_“ (vom 4. Juli 2016) bezüglich Wiedererwägung zu verstehen sei (Vi-act. 13). Am 7. November 2016 teilte Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ als Rechtsvertreter der Stockwerkeigentümer D.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ mit, dass D.\_\_\_\_\_ die Beklagte nicht (mehr) vertrete und unter „Wiederwägung“ zu verstehen sei, dass die Basis der Beschlüsse der Beklagten vom 14. September 2016 bildenden Traktanden an der Versammlung vom 4. Juli 2016 noch einmal diskutiert worden seien und hierüber Beschluss gefasst worden sei. Die sich hieraus ergebenden Ergebnisse seien in den Ziffern 7 bis 10 und 12 des beiliegenden Protokolls vom 4. Juli 2016 festgehalten (Vi-act. 14).

d) Mit Verfügung vom 22. Dezember 2016 schrieb der Einzelrichter das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit ab (Dispositivziffer 1). Die Gerichtskosten von Fr. 500.00 auferlegte er dem Kläger. Eine Parteientschädigung wurde nicht gesprochen (Dispositivziffer 2). Als Rechtsmittel wurde die Beschwerde an das Kantonsgericht Schwyz mit einer Frist von zehn Tagen angegeben (Dispositivziffer 3).

e) Dagegen erhob der Kläger am 12. Januar 2017 Kostenbeschwerde mit folgenden Anträgen (KG-act. 1):

1. Ziff. 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Gersau vom 22. Dezember 2016 (Fall-Nr. ZGO 1-16) sei aufzuheben und wie folgt abzuändern:
  2. Die Prozesskosten werden der Beklagten auferlegt.  
  
Die Beklagte hat die Gerichtskosten von CHF 500.00 zzgl. Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 350.00 zu bezahlen.  
  
Die Beklagte hat dem Kläger eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 7'007.15 (inkl. MWST) zu bezahlen und die von ihm vorgeschossenen Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von CHF 350.00 zurück zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Eingabe vom 7. Februar 2017 zeigte Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ an, dass er die Interessen der Beklagten vertrete (KG-act. 8). Mit Beschwerdeantwort vom 27. Februar 2017 ersuchte die Beklagte um vollumfängliche Abweisung der Kostenbeschwerde und um Bestätigung von Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers (KG-act. 14).

2. Angefochten sind einzig die Kosten- und Entschädigungsfolgen. Vorab stellt sich die Frage nach der Rechtzeitigkeit der eingereichten Kostenbeschwerde, welche von Amtes wegen zu prüfen ist.

a) Die Beschwerdefrist richtet sich nach dem für die Hauptsache geltenden Verfahren (Urwyler/Grütter, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, N 2 zu Art. 110 ZPO; Rüegg, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2013, N 1 zu Art. 110 ZPO). Entscheidend ist dabei nicht nur deren Verfahrensart, sondern auch die Einordnung des in der

Hauptsache gefällten Entscheids. In der angefochtenen Verfügung wurde zwar endgültig über die Kosten des mit der Abschreibung endenden Verfahrens entschieden, die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt aber immer ein Nebenpunkt (Akzessorium) zur Hauptsache (vgl. BGer, Urteil 4A\_307/2014 vom 17. September 2014 E. 1.3). Der Vorderrichter stufte den Abschreibungsentscheid als prozessleitende Verfügung ein und setzte gestützt hierauf die Beschwerdefrist auf zehn Tage fest (mit Verweis auf Art. 319 lit. b und Art. 321 Abs. 2 ZPO; vgl. angef. Verfügung Ziff. 14, S. 3, und KG-act. 5). Der Kläger hält dem entgegen, dass gegen die Verfügung innerhalb von 30 Tagen Berufung eingereicht werden könne, da es sich bei dieser um einen Endentscheid und nicht um eine prozessleitende Verfügung handle. Der Kostenentscheid sei selbständig indessen nur mit Beschwerde anfechtbar (mit Verweis auf Art. 110 ZPO), wobei die Frist nach Art. 321 Abs. 1 ZPO ebenfalls 30 Tage betrage. Die Kostenbeschwerde erfolge damit fristgerecht. Die Beklagte liess sich hierzu nicht vernehmen (vgl. KG-act. 14).

b) Gemäss Art. 242 ZPO wird das Verfahren abgeschlossen, soweit es aus anderen als den in Art. 241 Abs. 1 ZPO genannten Gründen – Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug – ohne Entscheid endet. Ein Rechtsstreit ist gegenstandslos, 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 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N 3 zu Art. 242 ZPO). Im Gegensatz zur Abschreibung nach Art. 241 ZPO wird der Prozess bei Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen nach Art. 242 ZPO durch den Abschreibungsbeschluss beendet, welcher konstitutive Wirkung hat (Leumann Liebster, a.a.O., N 7 zu Art. 242 ZPO; Muller, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen, in: IMPULSE – Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Band/Nr. 8, 2015, S. 29 f.). Von einem Teil der Lehre wird der Abschreibungsentscheid – zumindest im Falle eines konstitutiven Entscheids –

als Endentscheid  
angesehen (Engler, in: Gehri/ Jent-Sørensen/Sarbach, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2015, N 10 zu Art. 242 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 23 Rz 34). Auch das Bundesgericht sprach sich in einem Entscheid über die Rechtsmittel gegen ein abgewiesenes Wiederherstellungsgesuch nach Art. 148 f. ZPO für eine weite Auslegung des Begriffs des Endentscheids gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO aus und hielt fest, dass der Entscheid, der das Verfahren gemäss Art. 242 ZPO abschreibe, insofern einen Endentscheid bilde (BGer, Urteil 4A\_137/2013 vom 7. November 2013 E. 7. 2 f. = Pra103/2014 Nr. 46; vgl. auch Leumann Liebster, a.a.O., N 8 zu Art. 242 ZPO; KG SZ, Beschluss ZK2 2015 3 vom 25. August 2015 E. 1c). Auf jeden Fall kann mit Bezug auf den vorliegenden Abschreibungsentscheid zumindest von einem „anderen erstinstanzlichen Entscheid“ im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO ausgegangen werden, bei welchem ebenfalls von einer Beschwerdefrist von 30 Tagen auszugehen ist (Art. 321 Abs. 1 ZPO; vgl. Killias, Berner Kommentar, 2012, N 22 und 24 zu Art. 242 ZPO; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander, a.a.O., N 13 zu Art. 319 ZPO mit Verweis auf Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 470).

c) Ausgehend von einer Beschwerdefrist von 30 Tagen wurde die Kostenbeschwerde rechtzeitig erhoben und ist auf diese einzutreten.

3. Der Vorderrichter beruft sich bei der Kostenverteilung auf Art. 106 Abs. 1 ZPO. Der Kläger macht im Grundsatz geltend, bei Gegenstandslosigkeit seien die Kosten gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO zu verlegen. Die Beklagte hält dem entgegen, dass diese Kostenverteilung nur für den Fall gelte, dass die Verlegung nach Art. 106 Abs. 1 ZPO zu einem unbilligen Ergebnis führen würde, was in casu nicht der Fall sei.

a) Der Kläger beanstandet zunächst, dass die Parteien zur Frage der Kostenverteilung nicht befragt wurden. Anlässlich der Versammlung vom 4. Juli 2016 wurde die Wiedererwägung des Gegenstandes der Klage im Verfahren ZGO 1-16 bildenden Beschlusses vom 14. September 2015 mehrheitlich beschlossen (vgl. Vi-act. 11 und 14, je Beilage S. 2 Ziff. 5 = KG-act. 1/2, S. 2 Ziff. 5). Gemäss Schreiben der Beklagten bzw. Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_ vom 7. November 2016 sei unter „Wiedererwägung“ zu verstehen, dass die Basis der Beschlüsse vom 14. September 2016 bildenden Traktanden an der Versammlung vom 4. Juli 2016 noch einmal diskutiert und hierüber Beschluss gefasst worden sei (Vi-act. 14). Der Abschluss des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit war für die Beklagte bzw. die Parteien (vgl. Vi-act. 15) damit absehbar und sie hätten sich bereits im erstinstanzlichen Verfahren zur Kostenverteilung äussern können. Ungeachtet dessen würde selbst eine Gehörsverletzung nicht zwingend zu einer Rückweisung des Prozesses an die Vorinstanz führen. Eine Heilung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren ist zulässig, sofern die Rechtsmittelinstanz mit Bezug auf die streitige Tat- oder Rechtsfrage die gleiche Überprüfungsbefugnis hat wie die vorhergehende Instanz und sich die rechtssuchende Partei in Kenntnis aller wesentlichen Tatsachen umfassend äussern kann. Die Heilung ist jedoch ausgeschlossen, wenn es sich um besonders schwerwiegende Mängel handelt. Von einer Rückweisung an die untere Instanz ist ferner dann abzusehen, wenn die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht vereinbar wären. Die Heilung eines Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGer, Urteil 5D\_203/2013 vom 12. März 2014 E. 3.1; BGE 133 I 201 E. 2.2, S. 204 f.; BGE 127 V 431 E. 3d/aa, S. 437 f.).

Die Beschwerdeinstanz hat zwar gemäss Art. 320 ZPO hinsichtlich des Sachverhaltes eine eingeschränktere Kognition als die Berufungsinstanz (vgl. Art. 310 ZPO) und grundsätzlich auch als der Vorderrichter. Entscheidend ist

gemäss der vorstehenden bundesgerichtlichen Praxis aber, dass die Überprüfungsbefugnis der Rechtsmittelinstanz und der ersten Instanz mit Bezug auf die streitige Tat- oder Rechtsfrage die gleiche ist. Die Rüge des Klägers, die Kostenverteilung hätte gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO und nicht auf Art. 106 ZPO erfolgen sollen, fällt unter den Beschwerdegrund der unrichtigen Rechtsanwendung. Hinsichtlich dieses Beschwerdegrunds erweist sich die Überprüfungsbefugnis des Vorderrichters und der Beschwerdeinstanz (sowie der Berufungsinstanz, vgl. Art. 310 lit. a ZPO) als identisch. Die durch den Vorderrichter unterlassene Anhörung zur Kostenverteilung konnte mit der vorliegenden Überprüfung der entsprechenden Kriterien geheilt werden, zumal dem Kläger dadurch kein Nachteil erwächst. Zu beachten ist dabei auch, dass im Beschwerdeverfahren keine Rückweisung verlangt wurde.

b) Weshalb der Vorderrichter den Kläger und nicht die Beklagte als unterliegende Partei im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO ansah, ist gestützt auf seine Erwägungen nicht nachvollziehbar. So greift Art. 106 Abs. 1 ZPO zwar bei Klageanerkennung oder Klagerückzug. Vorliegend wurde der Prozess aber nicht direkt durch Parteidispositionen gegenstandslos, sondern – wie der Vorderrichter selber festhielt – gestützt auf Art. 242 ZPO. Wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht, kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen von Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei ist für die Kostenverlegung je nach Lage des Einzelfalls zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, und welche Partei unnötigerweise Kosten verursachte (Rüegg, a.a.O., N 8 zu Art. 107 ZPO; Jenny und Leumann Liebster, a.a.O., N 15 f. zu Art. 107 ZPO und N 9 zu Art. 242 ZPO; vgl. auch Sterchi, Berner Kommentar, a.a.O., N 18 zu Art. 107 ZPO; Schmid, in: Oberhammer/Domej/Haas, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N 9 zu Art. 107 ZPO; Urwy-

ler/Grütter, a.a.O., N 8 zu Art. 107 ZPO). Dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich nicht entnehmen, ob primär auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen ist oder darauf, wer das Gegenstandsloswerden des Prozesses zu vertreten hat (Jenny, a.a.O., N 16 zu Art. 107 ZPO). Die Lehrmeinungen gehen diesbezüglich teilweise auseinander. Das Bundesgericht selber stellt in den bei ihm gegenstandslos gewordenen Verfahren und bei vergleichbarer rechtlicher Grundlage bezüglich der Kostenaufgabe in erster Linie auf den mutmasslichen Prozessausgang ab (BGer, Urteil 9C\_160/2016 vom 19. August 2016 E. 8.2).

c) Der Kläger macht geltend, es liege aufgrund des Umstandes, dass der fragliche Beschluss in Wiedererwägung gezogen worden sei, eine faktische Klageanerkennung vor. Die Beklagte habe durch die Wiedererwägung das Entfallen des Rechtsschutzinteresses verursacht.

aa) Der Grund für die Abschreibung des Prozesses wegen Gegenstandslosigkeit ist darin zu erblicken, dass die Beklagte den vom Kläger angefochtenen Beschluss T5 vom 14. September 2015 – gemäss welchem alle Mitglieder der Beklagten, mit Ausnahme des Klägers, den Einzahlungen gemäss beiliegender Liste (integrierender Bestandteil dieses Beschlusses) zustimmten – in Wiedererwägung zog bzw. es blieb unangefochten, dass der Vorderrichter den Prozess gestützt auf die am 4. Juli 2016 beschlossene Wiedererwägung und dessen fehlende Anfechtung als gegenstandslos erklärte und das entsprechende Verfahren abschrieb. Gemäss Schreiben vom 7. November 2016 von Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_, der im vorliegenden Beschwerdeverfahren nunmehr sämtliche Stockwerkeigentümer vertritt, sei unter „Wiedererwägung“ zu verstehen, dass die Basis der Beschlüsse der Beklagten vom 14. September 2016 bildenden Traktanden an der Versammlung vom 4. Juli 2016 noch einmal diskutiert worden seien und hierüber Beschluss gefasst worden sei. Es wurde folglich über den Gegenstand des beanstandeten Beschlusses nochmals neu beschlossen. Dass gleichwohl am angefochtenen Versammlungs-

beschluss festgehalten worden wäre, macht die Beklagte weder im erstinstanzlichen Verfahren – trotz entsprechender konkreter Nachfrage des Vorderrichters (vgl. Vi-act. 13) – geltend (vgl. Vi-act. 14), noch bringt sie Entsprechendes im Beschwerdeverfahren vor. Sodann stellt keine der Parteien die Gegenstandslosigkeit in Frage und auf die „Wiedererwägung“ an sich ist nicht näher einzugehen. Durch die „Wiedererwägung“ des Beschlusses und die damit einhergehende Aufhebung desselbigen bewirkte die Beklagte mithin die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens. Die Gründe, die zur Gegenstandslosigkeit führten, traten damit bei ihr ein. Die Beklagte kam dem klägerischen Antrag insoweit nach. Die Beklagte setzte zudem mit ihren Beschlüssen vom 14. September 2015 den Grund für die Klage. In dieser brachte der Kläger sodann vorwiegend formelle Beanstandungen am angefochtenen Beschluss an. So wäre die G. \_\_\_\_\_ AG seiner Ansicht nach nicht befugt gewesen, eine Stockwerkeigentümerversammlung einzuberufen, und wäre die Einladung ohnehin formungültig gewesen. Weiter sei die Liste mit den Ein- und Auszahlungen der Einladung nicht beigelegt, womit der Beschluss nicht gehörig angekündigt worden sei. Bei der Sitzung habe es sich sodann um ein informelles Treffen der Stockwerkeigentümer gehandelt, anlässlich welchem keine formellen und verbindlichen Beschlüsse hätten getroffen werden können. Überdies wären Beschlüsse mit Rechtswirkung in diesem Rahmen nur einstimmig möglich gewesen. Zu beachten ist, dass die formellen Einwände des Klägers im jetzigen Verfahrensstand für eine Gutheissung der Klage sprechen würden. Da aber noch keine Klageantwort eingeholt worden war – bei den Akten liegt lediglich die unaufgeforderte Eingabe von D. \_\_\_\_\_ vom 18. Mai 2016 (Vi-act. 6) –, ist eine definitive Beurteilung des mutmasslichen Prozessausgangs nicht möglich. Auch die Beklagte erachtet die Frage des mutmasslichen Prozessausgangs – wenn auch ausgehend von einem faktischen Klagerückzug – als unerheblich. Bei dieser Sachlage erscheint eine Kostenauflegung an die Beklagte als angemessen.

bb) An diesem Schluss vermögen die im Zusammenhang mit dem Verursacherprinzip vorgebrachten Argumente der Beklagten nichts zu ändern. So kann im Umstand, dass der Kläger den „Wiederwägungsbeschluss“ nicht anfocht, entgegen deren den Vorbringen nicht auf einen faktischen Klagerückzug geschlossen werden. Insbesondere konnte der Kläger nicht alleine über die Wiedererwägung befinden; vielmehr wurde dies durch die Beklagte beschlossen. Daran vermag nichts zu ändern, dass der Kläger Teil der Beklagten bzw. Stockwerkeigentümer der Gemeinschaft ist. Durch die beschlossene Wiedererwägung hatte der Kläger zudem gerade erreicht, dass über den Beschluss vom 14. September 2015, der Gegenstand der Klage war, nochmals befunden wird. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit der Kläger die Gegenstandslosigkeit verursacht haben soll, indem er den Beschluss über die Wiedererwägung nicht anfocht. Dass die entsprechenden neu getroffenen Beschlüsse – gemäss Schreiben von Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_ vom 7. November 2016 seien die Ergebnisse der „Wiedererwägung“ in den Ziffern 7.-10. und 12. des Protokolls vom 4. Juli 2016 festgehalten (Vi-act. 14) –, unangefochten geblieben wären, macht die Beklagte im Übrigen nicht geltend. Selbst wenn der Kläger neu zur Bezahlung eines im Vergleich zum Ursprungsbetrag von Fr. 49'050.05 aufgrund inzwischen eingetretener Umstände leicht bereinigten Betrag von Fr. 47'431.97 verpflichtet wurde, erreichte der Kläger mit seiner Klage die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und wurde seinem Antrag gefolgt. Ob es sich bei dieser Behauptung der Beklagten um ein unzulässiges Novum handelt – zumal die Beklagte bzw. Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_ diesbezüglich vor erster Instanz lediglich pauschal, ohne weitere Erläuterungen, auf die bereits erwähnten Ziffern des Protokolls vom 4. Juli 2016 verwies (vgl. Vi-act. 14) –, kann deshalb offen gelassen werden. Jedenfalls behauptet keine der Parteien, dass über die fraglichen Einzahlungen ein gleicher Beschluss gefasst worden wäre wie an der Sitzung vom 14. September 2015. Ob den neuen Beschlüssen Mängel anhaften, ist im vorliegenden Verfahren schliesslich nicht zu beurteilen. Der Kläger hat die Gegenstandslosigkeit damit nicht zu verantworten.

cc) Nach dem Gesagten sind die erstinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 500.00 gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO dem Beklagten aufzuerlegen. Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist entsprechend anzupassen.

4. a) Der Kläger ersucht um Zusprechung einer Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren und reicht im Beschwerdeverfahren neu eine Honorarnote über seine Aufwendungen im Schlichtungsverfahren sowie im erstinstanzlichen Verfahren in der Höhe von Fr. 7'007.15 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) ein (vgl. KG-act. 1/3).

aa) Im Beschwerdeverfahren sind Noven nicht zulässig (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Der Kläger macht weder geltend, er habe erstinstanzlich keine Möglichkeit zur Einreichung einer Honorarnote gehabt, noch nennt er anderweitige Gründe für das verspätet vorgebrachte Beweismittel. Die Honorarnote ist damit nicht zu berücksichtigen.

bb) Die Entschädigung für anwaltlich vertretene Parteien richtet sich im Kanton Schwyz nach dem Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA, SRSZ 280.411; vgl. Art. 105 Abs. 2 ZPO). Für vermögensrechtliche Streitigkeiten in Zivilsachen, wie dies grundsätzlich bei der Anfechtung von Beschlüssen einer Stockwerkeigentümergeinschaft der Fall ist (BGE 140 II 571, E. 1.1), wird die Parteientschädigung nach dem Streitwert bestimmt. Liegt dieser über Fr. 2'000.00, richtet sich das Grundhonorar nach den streitwertabhängigen Tarifräumen von § 8 Abs. 2 GebTRA. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Bei Klagen auf Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümersammlung ist nicht das Interesse des klagenden Stockwerkeigentümers massgebend, sondern dasjenige der Stockwerkeigentümergeinschaft als Gesamtes (BGE 140 III 571, E. 1.1; BGer, Urteil

5A\_386/2009 vom 31. Juli 2009 E. 5.1). Wird beispielsweise der Beschluss über die Genehmigung der Jahresrechnung angefochten, sind die strittigen Rechnungsposten streitwertbestimmend (BGer, Urteil 5A\_386/2009 vom 31. Juli 2009 E. 5.1). Entsprechend ist vorliegend mit dem Kläger von einem – unbestritten gebliebenen – Streitwert von Fr. 49'050.05 auszugehen (vgl. Vi-act. 1 Beilage 3). Bei einem Streitwert in dieser Höhe beträgt das Grundhonorar Fr. 1'650.00 bis Fr. 6'600.00 (§ 8 Abs. 2 GebTRA). Innerhalb dieses Tarifrahmens ist die Vergütung nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand zu bemessen (§ 2 Abs. 1 GebTRA).

cc) In Anbetracht dessen, dass das erstinstanzliche Verfahren in rechtlicher Hinsicht nicht als überaus anspruchsvoll einzustufen ist und der Aufwand des klägerischen Rechtsvertreters nebst kleineren Eingaben sowie dem Klientenkontakt insbesondere in der Ausfertigung der 13-seitigen Klageschrift sowie in der Vorbereitung und Teilnahme an der Instruktionsverhandlung bestand, erscheint eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 3'000.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) als angemessen. Hierbei ist anzufügen, dass Art. 113 ZPO dem ordentlichen Richter gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar nicht untersagt, im Rahmen des Urteils in der Sache Parteientschädigungen für das Schlichtungsverfahren zuzusprechen (vgl. BGer, Urteil 4A\_463/2014 vom 23. Januar 2015 E. 5 = BGE 141 III 20 = Pra 104/2015 Nr. 85). Hieraus lässt sich jedoch nicht ableiten, der Richter *müsse* die unterliegende Partei unter den gegebenen Voraussetzungen verpflichten, die obsiegende Partei für die Aufwendungen im Schlichtungsverfahren entschädigen.

b) Der Kläger ersucht ausserdem um Rückzahlung der von ihm vorgeschossenen Kosten für das Schlichtungsverfahren in der Höhe von Fr. 350.00. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens werden bei Einreichung der Klage zur Hauptsache geschlagen (Art. 207 Abs. 2 ZPO). Das erkennende Gericht hat folglich über diese zusammen mit den übrigen Prozesskosten gemäss Art. 104

ff. ZPO zu entscheiden (OGer ZH, Urteil VO150054 vom 7. Mai 2015 E. 3). Demnach hat die beklagte Partei die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Umfang ihres Unterliegens an die klagende Partei zurückzuerstatten (OGer ZH, Urteil PP150021 vom 18. Dezember 2015 E. 2b; Egli, in: Brunner/Gasser/Schwander, a.a.O., N 13 zu Art. 207 ZPO; Gloor/Umbricht Lukas, in: Oberhammer/Domej/Haas, a.a.O., N 8 zu Art. 207 ZPO; siehe auch Infanger, Basler Kommentar, a.a.O., N 5 zu Art. 207 ZPO). Eine Erhöhung der erstinstanzlichen Gerichtskosten ist nicht vorzunehmen, indessen ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger zusätzlich zu seiner Parteientschädigung die Pauschale für das Schlichtungsverfahren von Fr. 350.00 zurückzuerstatten.

5. Zusammenfassend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben und gemäss den obigen Erwägungen anzupassen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'500.00 zu  $\frac{3}{4}$  der Beklagten und zu  $\frac{1}{4}$  dem Kläger aufzuerlegen, zumal Letzterer hinsichtlich der Gerichtskosten vollumfänglich sowie bezüglich der geforderten Parteientschädigung dem Grundsatz nach und in der Höhe knapp zur Hälfte obsiegt (vgl. Art. 106 und 107 Abs. 1 lit. a ZPO). Ausgehend von einer angemessenen Entschädigung von Fr. 1'500.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) auf beiden Seiten hat die Beklagte den Kläger für das Beschwerdeverfahren reduziert mit Fr. 750.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu entschädigen (vgl. §§ 2 und 12 GebTRA).

6. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist einzig die im Zusammenhang mit der Abschreibung des erstinstanzlichen Verfahrens beanstandete Kostenregelung. Es liegt demnach eine vermögensrechtliche Angelegenheit vor, deren Streitwert sich allein nach dem Betrag der strittigen Kosten bemisst (BGer, Urteil 5A\_862/2015 vom 15. März 2016 E. 1.1). Diese liegen unter Fr. 30'000.00, weshalb die Beschwerde in Zivilsachen nicht zulässig ist (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Abgesehen von Rechtsfragen von grundsätzlicher

Bedeutung (vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) steht damit einzig die Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG zur Verfügung;-

**beschlossen:**

1. In teilweiser Gutheissung der Kostenbeschwerde wird Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Gersau vom 22. Dezember 2016 aufgehoben und wie folgt ersetzt:
  2. Die Gerichtskosten von Fr. 500.00 werden der Beklagten auferlegt. Die Beklagte hat den Kläger mit Fr. 3'000.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu entschädigen und ihm überdies die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 350.00 zu ersetzen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'500.00 werden zu  $\frac{3}{4}$  (Fr. 1'125.00) der Beklagten und zu  $\frac{1}{4}$  (Fr. 375.00) dem Kläger auferlegt und vom Kostenvorschuss des Klägers bezogen. Die Beklagte hat dem Kläger unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 1'125.00 zu bezahlen.
3. Die Beklagte hat den Kläger für das Beschwerdeverfahren reduziert mit Fr. 750.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) 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 Rechtsschrift bzw. bei alleiniger Einlegung innert derselben Frist einzureichen ist. Die Beschwerdeschrift muss Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 7'857.15.

5. Zufertigung an Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ (2/R), Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ (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).

Namens der 2. Zivilkammer  
Der Kantonsgerichtspräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

2. Mai 2017 nsc