

Beschluss vom 15. Dezember 2017

ZK2 2017 62

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,
Kantonsrichterinnen Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Bettina Krienbühl,
Gerichtsschreiberin MLaw Julia Lüönd.

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

gegen

C. _____,
Beklagte und Beschwerdegegnerin,
vertreten durch D. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt E. _____,

betreffend Beschwerde (Sistierung)
(Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Ger-
sau vom 19. Juni 2017, ZGO 2017 01);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. a) Am 11. Oktober 2016 (ZGO 2016-02) sowie am 9. Januar 2017 (ZGO 2017-01) machte A. _____ zwei Klagen beim Bezirksgericht Gersau gegen die C. _____, anhängig und focht mehrere Beschlüsse der Stockwerkeigentümersammlungen vom 14. März 2016 respektive vom 4. Juli 2016 an. Die angefochtenen Beschlüsse betrafen die Jahresabrechnung 2015, den Budgetvorschlag 2016 inkl. Zahlungsabfolge und Zahlungsdestination (vgl. Vi-act. 1 [ZGO 2016-02], S. 2), den Beschluss betreffend Traktanden, die Jahresrechnung 2014, die Aufteilung der Verwaltungskosten, die Rückerstattung und Einzahlung nach Wertquoten der baulich realisierten Einheiten, die Einzahlung für dringend notwendige Sanierungsarbeiten, die Destination und Zahlungsfrist für alle Einzahlungen, die Wahl von Mitgliedern des Bauausschusses, die Sanierung der Terrasse Ebene 4 sowie die Wahl eines Revisors für die Jahresabrechnungen 2015 und 2016 (vgl. Vi-act. 1 [ZGO 2017-01], S. 2 f.).

Mit Eingabe vom 12. Mai 2017 beim Bezirksgericht Gersau beantragte D. _____ für die C. _____ die Vereinigung der Prozesse ZGO 2016-02 und ZGO 2017-01 sowie deren Sistierung bis am 31. Juli 2017, da inzwischen eine weitere Klage im Zusammenhang mit der C. _____, hängig sei, bei der es um die Berichtigung der Wertquoten gehe (Vi-act. 7 [ZGO 2017-01]; Vi-act. 11 [ZGO 2016-02]). Der Einzelrichter am Bezirksgericht Gersau verfügte am 19. Juni 2017 was folgt:

1. Die Prozesse ZGO 2016-02 und ZGO 2017-01 werden vereinigt.
2. Die Prozesse ZGO 2016-02 und ZGO 2017-01 werden vorläufig bis zum Entscheid im Verfahren ZGO 2017-02 (Berichtigung der Wertquoten) sistiert.
3. Die Stockwerkeigentümerschaft C. _____ wird weiterhin aufgefordert, einen Prozessvertreter im Sinne von Art. 712t Abs. 2 ZGB zu bezeichnen.

4. Die Zustellung für künftige Verfügungen im Verfahren ZGO 2016-02 und ZGO 2017-01 erfolgen an die Adresse F. _____ xx bis yy in _____.
5. Die Gerichtskosten werden zur Hauptsache geschlagen. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. [Rechtsmittelbelehrung]
7. [Zustellung]

b) Gegen diese Verfügung erhob A. _____ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 30. Juni 2017 Beschwerde beim Kantonsgericht (KG-act. 1). Er beantragt die Aufhebung von Ziffer 2 der Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Gersau vom 19. Juni 2017 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der C. _____ (nachfolgend Beschwerdegegnerin). Den ihm mit Verfügung vom 4. Juli 2017 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 1'200.00 leistete der Beschwerdeführer rechtzeitig (KG-act. 4). Die Beschwerdegegnerin erstattete mit Eingabe vom 19. Juli 2017 Beschwerdeantwort und beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, sowie die Bestätigung von Ziffer 2 der Verfügung vom 19. Juni 2017 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers (KG-act. 11). Die mit der Beschwerdeantwort ins Recht gelegte Vollmacht war von D. _____ „als Verwalter“ unterzeichnet (KG-act. 8/2). Darüber hinaus war der Beschwerdeantwort eine Vollmacht der „Miteigentümer C. _____ an den Verwalter D. _____ beigelegt, wobei offensichtlich einzelne Unterschriften fehlten (KG-act. 8/1). Mit Eingabe vom 28. Juli 2017 reichte der Beschwerdeführer unaufgefordert eine Stellungnahme ein (KG-act. 11). Am 1. September 2017 wurde D. _____ resp. Rechtsanwalt E. _____ eine Frist bis am 2. Oktober 2017 gesetzt, um eine gültige Ermächtigung der Beschwerdegegnerin einzureichen (KG-act. 13). Am 3. Oktober 2017 legte D. _____ eine Vollmacht ins Recht, wobei wiederum einzelne Unterschriften fehlten resp. D. _____ für einzelne Stockwerkeigentümer unterzeichnete (KG-act. 14/1). Am 10. Oktober 2017 wurde diese Eingabe Rechtsanwalt E. _____ zur Vernehmlassung zugestellt, wovon dieser am 16. Oktober 2017 Gebrauch

machte (KG-act. 15 f.). Der Beschwerdeführer nahm seinerseits am 30. Oktober 2017 hierzu ebenfalls Stellung, woraufhin sich Rechtsanwalt E. _____ am 16. November 2017 erneut vernehmen liess (KG-act. 20 und 22).

2. Eine Sistierungsverfügung ist nach Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 126 Abs. 2 ZPO mit Beschwerde anfechtbar. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

Der Beschwerdeführer bringt insbesondere vor, die Sistierungsverfügung sei für ihn völlig unerwartet gekommen. Der Vorderrichter habe weder angekündigt, dass er eine Sistierung des Verfahrens beabsichtige, noch habe er den Beschwerdeführer über das entsprechende Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 12. Mai 2017 informiert (Vi-act. 7 [ZGO 2017-01]; Vi-act. 11 [ZGO 2016-02]). Indem der Vorderrichter das Sistierungsgesuch dem Beschwerdeführer erst zusammen mit der Verfügung vom 19. Juni 2017 zur Orientierung zugestellt habe, ohne dass er vorher darüber in Kenntnis gesetzt worden sei und Einwände hätte anbringen können, habe dieser sein rechtliches Gehör in schwerwiegender Weise verletzt (KG-act. 1, S. 7).

3. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts formeller Natur. Bei Verletzung des Anspruches leidet der Entscheid grundsätzlich an einem schweren Mangel und ist aufzuheben (vgl. BGE 126 V 130, E. 2b; BGE 121 I 230, E. 2a; BGE 121 III 331, E. 3c; BGE 121 V 150, E. 6). Dies gilt unabhängig davon, ob das Urteil ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, N 26 zu Art. 53 ZPO, Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, N 33 zu Art. 53 ZPO; vgl. dazu BGE 127 V 431, E. 3d/aa; BGE 126 I 19, E. 2d/bb; BGE 126 V 130, E. 2b). Aus diesem Grund ist zunächst zu prüfen,

ob der Vorderrichter den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzte.

a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet das Recht auf gleichmässige und beidseitige Anhörung der Parteien vor einer Entscheidung und stellt ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht bei richterlichen Verfahren dar (Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 6 zu Art. 53 ZPO; Gehri, a.a.O., N 7 zu Art. 53 ZPO; Hurni, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, 2012, N 13 zu Art. 53 ZPO). Zum Recht, vor einer Entscheidung gehört zu werden, zählt zunächst, dass die Parteien über jeden Verfahrensschritt und über alle Äusserungen, Eingaben und Anträge zu orientieren sind (Orientierungsrecht, vgl. Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 6 zu Art. 53 ZPO; Hurni, a.a.O., N 16 zu Art. 53). Weiter haben die Parteien das Recht, sich vor dem Erlass einer Entscheidung sowie allfälligen Zwischenentscheidungen, die selbstständig angefochten werden können, zu äussern (Äusserungsrecht, vgl. Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 6 zu Art. 53 ZPO; Hurni, a.a.O., N 37 zu Art. 53 ZPO). Auch für die Bewilligung eines Sistierungsantrags sind die Parteien vorgängig anzuhören, konkret durch Zustellung des Sistierungsgesuchs an die Gegenpartei (Stahelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, N 4 zu Art. 126 ZPO). Die Nichtgewährung der Möglichkeit zur vorgängigen Stellungnahme verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. BGer 4A_307/2016 vom 8. November 2016, E. 2.2–2.4; vgl. LGVE 2017 I Nr. 7, E. 4.2; LGVE 2017 I Nr. 8, E. 6.1).

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann vor der Rechtsmittelinstanz ausnahmsweise geheilt werden, sofern die Verletzung nicht besonders schwer wiegt, der Rechtsmittelinstanz die gleiche Prüfungsbefugnis wie der unteren Instanz zusteht – d.h. wenn sowohl der Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüft werden können –, der betroffenen Partei dadurch kein Nachteil erwächst und die gleichen Mitwirkungsrechte wie vor der Vorinstanz bestehen

(Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 27 zu Art. 53 ZPO; BGer 2C_356/2010 vom 18. Februar 2011, E. 2.2; BGE 127 V 431, E. 3d/aa; BGE 133 I 201, E. 2.2; BGE 126 I 68, E. 2). Selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist es unter den genannten Voraussetzungen möglich, von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit 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 (Art. 29 Abs. 1 BV) nicht zu vereinbaren wären (Hurni, a.a.O., N 83 zu Art. 53 ZPO; BGE 133 I 201, E. 2.2). Die nachträgliche Heilung der Gehörsverletzung soll aber die Ausnahme bilden, zumal dadurch eine Gerichtsinstanz verloren geht (Gehri, a.a.O., N 34 zu Art. 53 ZPO; Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 27 zu Art. 53 ZPO; vgl. BGE 127 V 431, E. 3d/aa; BGE 126 II 111, E. 6b/aa). Nach Ansicht in der Lehre hat jedoch die Beschwerdeinstanz – wegen der beschränkten Kognition der Beschwerdeinstanz und des Fehlens eines Beweisverfahrens – bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs in der Regel die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, N 11 zu Art. 327 ZPO).

b) Laut Vorbringen des Beschwerdeführers und gemäss der Aktenlage orientierte ihn der Erstrichter nicht vorgängig über das Sistierungsgesuch der Beschwerdegegnerin. Der Vorderrichter liess dem Beschwerdeführer das Gesuch erst zusammen mit der bereits gefällten (positiven) Sistierungsverfügung vom 19. Juni 2017 zukommen (vgl. angefochtene Verfügung, Dispositiv-Ziff. 7; vgl. KG-act. 1/2). Der Beschwerdeführer hatte somit keine Gelegenheit zur vorgängigen Stellungnahme zum Sistierungsgesuch. Dadurch verletzte der Vorderrichter den Orientierungs- und Äusserungsanspruch des Beschwerdeführers und damit den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 53 ZPO i.V.m. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Im Übrigen ist das Argument der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführer habe bereits zum Zeitpunkt

der Stockwerkeigentümersversammlung vom 12. Mai 2017 Kenntnis vom Sistierungsgesuch gehabt, weil diese Absicht allgemein bekannt gewesen sei, unbehelflich: Auch wenn der Beschwerdeführer Kenntnis über die Absicht der Einreichung eines Sistierungsgesuchs gehabt hätte, hätte er trotzdem davon ausgehen dürfen, dass ihm der Vorderrichter vorgängig das Gesuch zustellt.

Zu prüfen ist noch, ob eine Heilung des Mangels durch Nachholung der unterbliebenen Anhörung im Rechtsmittelverfahren infrage kommt. Dazu ist wie dargelegt u.a. vorausgesetzt, dass der Beschwerdeinstanz die gleiche Prüfungsbefugnis wie der unteren Instanz zusteht, d.h. sowohl der Sachverhalt als auch die Rechtslage müssen frei überprüft werden können. Nach Art. 320 ZPO kann die Beschwerdeinstanz im Rahmen des Beschwerdeverfahrens unrichtige Rechtsanwendungen und eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts prüfen. Die Kognition des Kantonsgerichts ist somit hinsichtlich des Sachverhalts beschränkt. Die für eine Heilung erforderliche freie Kognition der Rechtsmittelinstanz ist mithin nicht gegeben, weshalb die Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden kann.

c) Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Gersau vom 19. Juni 2017 ist aufzuheben und zur Neuurteilung an den Vorderrichter zurückzuweisen. Der Erstrichter wird dem Beschwerdeführer vor dem Entscheid das rechtliche Gehör zu gewähren und auch zu prüfen haben, ob für die Beschwerdegegnerin, die das Sistierungsgesuch gestellt hatte, eine gültige Prozessermächtigung vorlag. Ob eine solche im Beschwerdeverfahren vorliegt, kann bei diesem Ausgang des Verfahrens hingegen offenbleiben.

4. In einem Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO), was vorliegend umso mehr angezeigt erscheint, als die

Vorinstanz auch über die Gültigkeit der Prozessermächtigung entscheiden wird. Der Vorderrichter wird auch zu prüfen haben, ob aus Billigkeitsgründen Art. 107 Abs. 2 ZPO anzuwenden ist (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 24 zu Art. 327 ZPO).

Art. 104 Abs. 4 betrifft jedoch nur die Verteilung, aber nicht die Festsetzung der Prozesskosten (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 24 zu Art. 327 ZPO). Die Gerichtskosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren werden auf Fr. 1'200.00 festgelegt (vgl. § 34 Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz). Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht die Parteientschädigung nach den Tarifen (Art. 96 ZPO) zu. Im Beschwerdeverfahren beträgt das Honorar Fr. 180.00 bis Fr. 2'400.00 (§ 12 GebTRA). Innerhalb dieses Tarifr Rahmens bestimmt sich die Höhe des Honorars nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand (§ 2 GebTRA).

Der berufsmässig vertretene Beschwerdeführer reichte eine spezifizierte Kostennote über seine Tätigkeit im Beschwerdeverfahren ein und machte dabei eine Entschädigung von insgesamt Fr. 2'057.40 geltend, ausgehend von 7.42 Stunden und einem Stundenhonorar von Fr. 250.00 (KG-act. 1/3). Beides erscheint im vorliegenden Fall für das Ausarbeiten der achtseitigen Beschwerde und der Vernehmlassungen vom 28. Juli 2017 und vom 30. Oktober 2017 sowie für die Korrespondenz mit dem Klienten als angemessen, weshalb die Kostennote des Beschwerdeführers der Vergütung zugrunde zu legen ist.

Die Beschwerdegegnerin legte für das Beschwerdeverfahren keine Kostennote ins Recht, weshalb ihr Honorar nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen ist (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 3 GebTRA). Weil sich die Rechtsschriften der Beschwerdegegnerin in puncto Umfang und Anzahl in ähnlichem Rahmen wie jene des Beschwerdeführers bewegten, ist die Vergütung ihres Rechtsvertre-

ters ermessensweise (§§ 2, 6 und 8 ff. GebTRA) ebenfalls auf Fr. 2'057.40 (inkl. Auslagen und MWST) festzulegen;-

beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Gersau vom 19. Juni 2017 (ZGO 2016-02 und 2017-01) aufgehoben und es wird die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.
2.
 - a) Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf Fr. 1'200.00 festgelegt. Diese werden vom Kostenvorschuss des Beschwerdeführers von Fr. 1'200.00 bezogen. Über einen allfälligen Gerichtskostenersatz wird der Einzelrichter am Bezirksgericht Gersau zu befinden haben.
 - b) Die volle Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren wird auf je Fr. 2'057.40 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) festgesetzt.
 - c) Der Einzelrichter am Bezirksgericht Gersau wird im Rahmen des neuen Entscheids über die Verteilung der Gerichtskosten und die Tragung der Parteientschädigung zulasten der unterliegenden Partei für das Beschwerdeverfahren im Sinne der Erwägungen zu befinden haben.
3. Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung unter den Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne ein-

gereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert ist unbestimmt.

4. Zufertigung an Rechtsanwalt B. _____ (2/R), Rechtsanwalt E. _____ (2/R), die Vorinstanz (2/R, mit den Akten) sowie nach definitiver Erledigung an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

19. Dezember 2017 kau