

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.18 vom 7. März 2018

BS Appellationsgericht, 2018-03-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2018.18

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.18 du 7 mars 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.18 del 7 marzo 2018

Erwägungen

E. 1

Hat wegen Säumnis ein Nichteintretensentscheid zu ergehen oder fällt das Rechtsmittel wegen Säumnis von Gesetzes wegen dahin, so ist gemäss § 44 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft (GOG, SG 154.100) der Einzelrichter bzw. der Verfahrensleiter einschliesslich des Kostenentscheids zuständig. Die Praxis des Appellationsgerichts, gemäss der die Zuständigkeit für in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) gefällte Nichteintretensentscheide nicht beim Einzelrichter bzw. Verfahrensleiter, sondern beim Ausschuss (heute Dreiergericht) des Appellationsgerichts liegt (AGE BEZ.2012.87 vom 27. Dezember 2012 E 1.2, BE.2011.201 vom 23. Februar 2012 E. 1.2 [in: BJM 2012 S. 287 ff.]), kann keine Geltung mehr beanspruchen, weil die einschlägigen Gesetzesbestimmungen mit der Aufhebung des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO, SG 221.100) und dem Inkrafttreten von § 44 OG wesentlich geändert worden sind. Gemäss einer vonFreiund in der ersten Auflage des Kommentars zur ZPO auch vonStahelinvertretenen Auffassung entscheidet aufgrund der Tragweite des Entscheids die gesamte Gerichtskammer und nicht das Gerichtsmitglied, an das die Prozessleitung delegiert worden ist, ob ein Mangel vorliegt und ob ein solcher verbessert worden ist (Frei, in: Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 132 N 7;Stahelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 132 N 5). Da die sachliche und funktionelle Zuständigkeit durch das kantonale Recht geregelt wird, soweit die ZPO nichts anderes bestimmt (Art. 4 Abs. 1 ZPO), kann dies jedenfalls dann nicht gelten, wenn das kantonale Recht wie das basel-städtische für Nichteintretensentscheide ausdrücklich die Zuständigkeit des Verfahrensleiters vorsieht. Im Übrigen wird die vorstehend erwähnte Auffassung vonStahelinin der zweiten und dritten Auflage des Kommentars zur ZPO nicht mehr vertreten. Für den vorliegenden Entscheid ist somit der Verfahrensleiter als Einzelrichter zuständig.

E. 2

2.1 Ein ohne schriftliche Begründung eröffneter Entscheid kann nicht direkt mit Berufung oder Beschwerde angefochten werden (AGE BEZ.2017.31 vom 30. August 2017 E. 1.2, BEZ.2017.8 vom 25. April 2017 E. 1.2;Killias, in: Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 239 N 20;Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, N 828;Stahelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 239 N 31;Steck/Brunner, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 239 N 25). Als Berufung beachtlich ist nur eine Rechtsschrift, die nach Erhalt der

schriftlichen Begründung eingereicht worden ist. Früher eingereichte Rechtsschriften sind unbeachtlich (AGE BEZ.2012.8 vom 6. März 2012 E. 1.2). Wenn eine Partei schon nach Eröffnung des unbegründeten Entscheids direkt Berufung erhebt, hat sie das Rechtsmittel deshalb nach Zustellung der schriftlichen Begründung erneut einzureichen (Killias, a.a.O., Art. 239 N 20; Steck/Brunner, a.a.O., Art. 239 N 25). Die Eingabe der Berufungsklägerin vom 30. April 2018 ist somit als Berufung unbeachtlich. Dementsprechend wurde die Berufungsklägerin mit Verfügung vom 4. Mai 2018 darauf hingewiesen, dass sie innert zehn Tagen ab Zustellung der schriftlichen Begründung des Entscheids des Zivilgerichts ein neues schriftliches und begründetes Rechtsmittel einzureichen habe, falls sie eine Überprüfung des Entscheids des Zivilgerichts wünsche. Diese Verfügung gilt als am 16. Mai 2018 zugestellt (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

2.2 Die Berufung vom 11. Juni 2018 wurde von B_____ in Vertretung der Berufungsklägerin unterzeichnet. Der Vertreter hat sich durch eine Vollmacht auszuweisen (Art. 68 Abs. 3 ZPO). Mit der Berufung wurde keine Vollmacht für B_____ eingereicht. Eine solche befindet sich auch nicht bei den Akten. Mängel wie fehlende Vollmacht sind innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern (Art. 132 Abs. 1 ZPO).

Am 26. Juni 2018 verfügte der Verfahrensleiter, dass die Berufungsklägerin dem Gericht innert einer Nachfrist von sieben Tagen ab Zustellung der Verfügung eine Vollmacht für B_____ nachzureichen habe, und wies die Berufungsklägerin darauf hin, dass diese Frist während der Gerichtsferien nicht stillstehe und die Berufung vom 11. Juni bei nicht fristgerechter Nachreichung einer Vollmacht gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO als nicht erfolgt gelte. Die Verfügung vom 26. Juni 2018 wurde der Berufungsklägerin mit eingeschriebener Post gesandt. Die Sendung wurde innert der im Auftrag der Berufungsklägerin bis zum 30. Juli 2018 verlängerten Abholfrist nicht abgeholt und dem Gericht zurückgesandt. Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern die Person mit einer Zustellung hat rechnen müssen (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Gemäss der Sendungsverfolgung der Post erfolgte am 29. Juni 2018 eine nicht erfolgreiche Zustellung der Verfügung vom 26. Juni 2018 und wurde die Sendung am 2. Juli 2018 zur Abholung gemeldet. Zugunsten der Berufungsklägerin wird angenommen, dass der erfolglose Zustellungsversuch am 2. Juli 2018 erfolgt ist. Damit gilt die Verfügung als am 9. Juli 2018 zugestellt. Dies stimmt mit der gemäss der Sendungsverfolgung auf der Abholungseinladung angegebenen Frist überein. Die mit Verfügung vom 26. Juni 2018 angesetzten Nachfristen endeten somit am 16. Juli 2018. Der Umstand, dass die Post die Abholfrist aufgrund eines von der Berufungsklägerin am 9. Juli 2018 erteilten Auftrags bis am 30. Juli 2018 verlängert hat, ändert am Zeitpunkt des Eintritts der Zustellfiktion nichts (vgl. AGE BES.2018.28 vom 20. März 2018 E. 1.3, VGE VD.2015.51 und VD.2015.52 vom 20. Oktober 2015 E. 4). Im Übrigen wäre die Nachfrist inzwischen selbst dann abgelaufen, wenn für ihren Beginn auf das Ende der verlängerten Abholfrist abgestellt würde.

Eine mit derjenigen vom 26. Juni 2018 identische Verfügung vom 17. Juli 2018 wurde B_____ als Gerichtsurkunde gesandt. Diese Verfügung wurde von B_____ am 25. Juli 2018 persönlich in Empfang genommen (Sendungsverfolgung der Post). Die mit Verfügung vom 17. Juli 2018 angesetzte Nachfrist zur Nachreichung einer Vollmacht für B_____ endete damit am 2. August 2018.

Innert der mit Verfügungen vom 26. Juni und 17. Juli 2018 angesetzten Nachfristen wurde weder von der Berufungsklägerin noch von B_____ eine Vollmacht nachgereicht.

2.3 Gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO "gilt die Eingabe als nicht erfolgt", wenn ein Mangel wie eine fehlende Vollmacht innert der gerichtlichen Nachfrist nicht verbessert wird. Was unter dieser Rechtsfolge zu verstehen ist, ist umstritten. Nach der einen Auffassung hat das Gericht die Eingabe mit der Mitteilung, dass sie als nicht erfolgt gelte, zu retournieren und das Verfahren ohne weiteres abzuschreiben (vgl. Frei, a.a.O., Art. 132 N 25; Gschwend, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 132 N 36a; Kramer/Erk, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung. Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 132 N 5 f.; Kunz, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO, Basel 2013, Art. 311 N 40; Staehelin, a.a.O., Art. 132 N 4). Gemäss der anderen Ansicht hat es einen Nichteintretensentscheid zu fällen (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 311 N 33; Seiler, a.a.O., N 912; Sterchi, in: Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 68 N 17). Das Bundesgericht sprach sich soweit ersichtlich ohne eingehendere Prüfung der Frage einmal für die erste Lösung (vgl. BGer 5A_461/2012 vom 1. Februar 2013 E. 4.3) und einmal für die zweite Lösung (vgl. BGer 5A_812/2011 vom 21. Januar 2013 E. 3.1.3) aus. Das Appellationsgericht vertrat als obere Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt in einem Entscheid betreffend ein Beschwerdeverfahren gemäss Art. 17 SchKG, für das Art. 132 Abs. 1 ZPO sinngemäss gilt, die erste Auffassung (AGE BEZ.2014.29 vom 11. April 2014 E. 1.3). Als Beschwerdeinstanz gemäss ZPO folgte es aber stets der zweiten Auffassung und trat auf die Beschwerde nicht ein (AGE BEZ.2012.87 vom 27. Dezember 2012 E. 2.3, BE.2011.201 vom 23. Februar 2012 E. 2 [in: BJM 2012 S. 287 ff.] und BE.2011.190 vom 30. Januar 2012). Der für das Verfahren vor Bundesgericht Art. 132 Abs. 1 ZPO entsprechende Art. 42 Abs.

E. 5

des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) enthält hinsichtlich der Sanktion bei unbenutzter Nachfrist in der deutschen Fassung eine vergleichbare Formulierung (Art. 132 Abs. 1 ZPO: "Andernfalls gilt die Eingabe als nicht erfolgt"; Art. 42 Abs. 5 BGG: "dass die Rechtsschrift sonst unbeachtet bleibt") und in der französischen Fassung sogar die identische Formulierung (Art. 132 Abs. 1 ZPO: "A défaut, l'acte n'est pas pris en considération"; Art. 42 Abs. 5 BGG: "qu'à défaut le mémoire ne sera pas pris en considération"). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu dieser Bestimmung tritt das Gericht bei fruchtlosem Ablauf der Nachfrist auf die Beschwerde nicht ein (BGer 2C_121/2010 vom 23. Februar 2010 E. 2, 5A_322/2009 vom 28. Mai 2009 E. 2, 1C_138/2008 vom 14. April 2008 und 6B_136/2007 vom 8. Juni 2007 E. 1; Merz, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar. Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, Art. 40 N 43 und Art. 42 N 107). Zumindest bei Rechtsmitteln gibt es keinen Grund, weshalb sich die Rechtsfolge des unbenutzten Ablaufens gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO von derjenigen gemäss Art. 42 Abs. 5 BGG unterscheiden sollte. In der Botschaft wird zudem ausdrücklich festgehalten, Art. 130 Abs. 1 ZPO entspreche Art. 42 Abs. 5 BGG (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: BBl 2006 S. 7221 ff., 7306). Folglich ist auch bei fruchtlosem Ablauf der Nachfrist gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO auf das Rechtsmittel nicht einzutreten.

3.

Gemäss Art. 98 ZPO kann das Gericht von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Diese Bestimmung gilt ohne Weiteres auch für das Rechtsmittelverfahren (Näheres dazu bei Seiler, a.a.O., N 583 ff.).

Entsprechend hat der Verfahrensleiter am 14. Juni 2018 verfügt, dass die Berufungsklägerin dem Gericht bis zum 26. Juni 2018 einen Kostenvorschuss von CHF 600.■ zu leisten habe. Diese Verfügung gilt als am 25. Juni 2018 der Berufungsklägerin zugestellt (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

Nachdem innert der gesetzten Frist kein Kostenvorschuss geleistet worden war, setzte der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 26. Juni 2018 der Berufungsklägerin für die Leistung des Kostenvorschusses eine nicht erstreckbare Nachfrist von sieben Tagen ab Zustellung der Verfügung mit dem Hinweis, dass diese Frist während der Gerichtsferien nicht stillstehe und bei deren Nichteinhaltung gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO auf die Berufung nicht eingetreten werden könne. Diese Verfügung gilt als am 9. Juli 2018 der Berufungsklägerin zugestellt (vgl. oben E. 2.2). Die damit angesetzte Nachfrist von sieben Tagen zur Leistung des Kostenvorschusses begann somit am 10. Juli 2018 zu laufen und endete am 16. Juli 2018.

Am 17. Juli 2018 erliess der Verfahrensleiter eine mit der Verfügung vom 26. Juni 2018 identische Verfügung, die an B____, den angeblichen Vertreter der Berufungsklägerin, gesandt wurde. Diese Verfügung wurde am 25. Juli 2018 zugestellt (vgl. oben E. 2.2). Die mit der Verfügung vom 17. Juli 2018 angesetzte Nachfrist von sieben Tagen für die Bezahlung des Kostenvorschusses endete somit am 2. August 2018.

Der verlangte Kostenvorschuss von CHF 600.■ wurde innert der mit Verfügungen vom 26. Juni und 17. Juli 2018 angesetzten Nachfristen weder von der Berufungsklägerin selbst noch von ihrem angeblichen Vertreter geleistet. Auch aus diesem Grund ist auf die Berufung nicht einzutreten (Art. 101 Abs. 3 ZPO; Reetz, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N 19; Seiler, a.a.O., N 596).

4.

4.1 Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt, wobei bei Nichteintreten die klagende- bzw. rechtsmittelführende Partei als unterliegend gilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Abweichungen von dieser Regel sind in den Art. 107 ff. ZPO enthalten. Nach Art. 108 ZPO hat unnötige Prozesskosten zu bezahlen, wer sie verursacht hat. Diese Bestimmung ermöglicht es nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Lehre, auch Dritte, die nicht Partei des Prozesses sind, zur Bezahlung von Prozesskosten zu verpflichten (BGE 141 III 426 E. 2.4.2 S. 429; BGer 5D_124/2016 vom 26. September 2016 E. 3.2; statt vieler Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 108 N 7; Sterchi, a.a.O., Art. 108 N 2). Wenn eine Eingabe gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO als nicht erfolgt gilt, weil die Vollmacht innert der Nachfrist nicht nachgereicht worden ist, handelt es sich bei den durch diese Eingabe verursachten Kosten um unnötige Prozesskosten, die gemäss Art. 108 ZPO der angebliche Vertreter zu tragen hat (vgl. BGer 5D_124/2016 vom 26. September 2016 E. 3.2; Frei, a.a.O., Art. 132 N 7; Gschwend, a.a.O., Art. 132 N 39; Sterchi, a.a.O., Art. 68 N 17; Tenchio, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 68 N 17). B____ hat die Prozesskosten des vorliegenden Verfahrens unnötig verursacht, indem er

als behaupteter Vertreter der Berufungsklägerin ohne Beilage der notwendigen Vollmacht eine Berufung eingereicht und trotz persönlich an ihn gerichteter Aufforderung keine Vollmacht nachgereicht hat. Zudem hat er nicht dafür gesorgt, dass der Kostenvorschuss rechtzeitig bezahlt wird. Folglich hat B_____ die Gerichtskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens zu tragen und der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen.

4.2 In Ausweisungsverfahren betragen die Gerichtskosten im Berufungsverfahren unabhängig vom Streitwert CHF 600.■ (§ 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 10 Abs. 2 Ziff. 11 des Gerichtsgebührenreglements [GGR, SG 154.810]). Diese Gebühr kann bei Nichteintretensentscheiden wegen fehlender Prozessvoraussetzungen bis auf die Hälfte ermässigt werden (§ 16 Abs. 1 lit. b GGR). Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind demzufolge auf CHF 300.■ festzusetzen.

4.3 In vermögensrechtlichen Zivilsachen bemisst sich das Grundhonorar nach dem Streitwert (§ 3 Abs. 2 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt [HO, SG 291.400]). In Ausweisungsverfahren, in denen vorfrageweise auch die Kündigung streitig ist, ist bei der Streitwertberechnung die Kündigungssperrfrist von drei Jahren gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) zu berücksichtigen und entspricht der Streitwert in der Regel dem Mietzins für drei Jahre (sog. Sperrfristregel) (vgl. BGer 4A_565/2017 vom 11. Juli 2018 E. 1.2; AGE BEZ.2017.43 vom 21. September 2017 E. 1.1 und BEZ.2016.28 vom 11. Mai 2016 E. 1.1). Die Anwendung dieser Sperrfrist ist jedoch ausgeschlossen, wenn das Verfahren nicht mit dem Mietverhältnis zusammenhängt. Ob das vorliegende Verfahren als mit dem Mietverhältnis zusammenhängendes Gerichtsverfahren zu qualifizieren ist, erscheint zweifelhaft, weil die Berufungsklägerin weder Partei des Mietvertrags noch Ehefrau des Mieters ist. Falls die Kündigungssperrfrist nicht zu berücksichtigen ist, entspricht der Streitwert eines Gesuchs um Ausweisung im Verfahren auf Rechtsschutz in klaren Fällen dem Mietwert für sechs Monate (vgl. BGer 4A_565/2017 vom 11. Juli 2018 E. 1.2). Falls zwischen den Prozessparteien kein Mietvertrag besteht, kann auf einen marktüblichen Mietzins abgestellt werden, weil dieser grundsätzlich dem Wert der Nutzung bzw. dem Schaden entspricht (Bachofner, Zur Streitwertberechnung der Mietausweisung im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen, in: MRA 2017 S. 55 ff., 56). Gemäss dem Mietvertrag zwischen der Berufungsbeklagten und dem Mieter beläuft sich der Bruttomietzins auf CHF 1'951.■ pro Monat. Es ist davon auszugehen, dass dieser Mietzins marktüblich ist. Damit beträgt der Streitwert des vorliegend strittigen Ausweisungsbegehrens mindestens CHF 11'706.■. Ausgehend von diesem Streitwert wird die Parteientschädigung in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 lit. a Ziff. 7, § 10 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 HO auf CHF 500.■ festgesetzt. Nach der ständigen Praxis des Appellationsgerichts wird die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, wenn die obsiegende Partei selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und die von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer gemäss Art. 28 Abs. 1 lit. a des Mehrwertsteuergesetzes (MWSTG, SR 641.20) als Vorsteuer abziehen kann (statt vieler AGE ZB.2017.49 vom 23. Juli 2018 E. 3.3). Gemäss dem UID-Register ist die Berufungsbeklagtemehrwertsteuerpflichtig. Das vorliegende Verfahren betrifft ihre unternehmerische Tätigkeit. Dass sie bezüglich der Rechnung ihres Anwalts betreffend den vorliegenden Prozess nicht vorsteuerabzugsberechtigt wäre, macht sie nicht geltend. Folglich ist ihr die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.