

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

4A 249/2018

Urteil vom 12. Juli 2018

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Klett, Niquille,  
Gerichtsschreiber Hug.

Verfahrensbeteiligte  
Bank A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch die Rechtsanwälte Prof. Dr. Felix Dasser und Bénédicte Thomann,  
Beschwerdeführerin,

gegen

B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Michael Werder und Claudio Kerber,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Auftrag; Gegenstandslosigkeit des Verfahrens,

Beschwerde gegen den Beschluss  
des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 12. März 2018 (LB170049-O/U).

Sachverhalt:

A.  
B. \_\_\_\_\_ (Beklagter, Beschwerdegegner) unterhielt seit dem Jahre 2004 eine Geschäftsbeziehung mit der Bank A. \_\_\_\_\_ mit Sitz in Zürich (Klägerin, Beschwerdeführerin), welche ihm einen Rahmenkredit mit einer Limite von 50 Millionen Franken gewährte. Im Sommer 2011 kam es zur massiven Überschreitung des Kredits und zur Liquidation des Portfolios mit der Folge eines Minussaldos zu Lasten des Beklagten von gut 22 Millionen Franken per 1. September 2011.

B.

B.a. Im März 2012 beehrte die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich, der Beklagte sei zur Zahlung dieser gut 22 Millionen Franken an sie zu verpflichten. Der Beklagte erhob Widerklage gestützt auf eine angebliche Verletzung von Überwachungs- und Informationspflichten und behauptete einen Schaden von über 41 Millionen Franken. Mit Urteil vom 20. September 2017 hiess das Bezirksgericht Zürich die Klage gut und wies die Widerklage ab.

B.b. Das auf Berufung des Beklagten hin angerufene Obergericht des Kantons Zürich setzte der Klägerin am 6. Dezember 2017 Frist an, um die Berufung schriftlich zu beantworten. Am 15. Dezember 2017 beantragte die Klägerin beim Obergericht die vorzeitige Vollstreckbarkeit des bezirksgerichtlichen Urteils, eventuell Si-

herstellung. Der Beklagte nahm zu diesem Gesuch Stellung. Am 22. Januar 2018 ersuchte die Klägerin das Obergericht des Kantons Zürich um Abnahme der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort sowie Sistierung des Verfahrens bis Ende Oktober 2018 unter dem Hinweis, der Beklagte werde noch mit eigener Eingabe seine Zustimmung zur Sistierung erklären. Sie teilte dem Obergericht des Kantons Zürich ferner mit, die Parteien hätten einen Vergleich geschlossen, der bis Ende September 2018 zu erfüllen sei und unter der suspensiven Bedingung der Zustimmung ihrer massgeblichen Organe stehe, die bis Ende Januar 2018 vorliegen sollte.

B.c. Das Obergericht des Kantons Zürich wies mit Beschluss vom 22. Januar 2018 sowohl das Gesuch der Klägerin um vorzeitige Vollstreckbarkeit des bezirksgerichtlichen Urteils als auch den Antrag auf Abnahme der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort ab und stellte diese dem Beklagten unter Fristsetzung zur Stellungnahme das Sistierungsgesuch der Klägerin zu. Mit ebenfalls vom 22. Januar 2018 datierender Eingabe bestätigte der Beklagte, dass das Sistierungsgesuch dem gemeinsamen Willen der Parteien entspreche. Schliesslich beantwortete die Klägerin am 26. Januar 2018 die Berufung.

B.d. Mit Verfügung vom 9. Februar 2018 setzte das Obergericht des Kantons Zürich den Parteien Frist zur Mitteilung an, ob die suspensive Bedingung der Zustimmung der massgeblichen Organe zum Vergleich unterdessen eingetreten sei. Zugleich erklärte das Obergericht des Kantons Zürich den gesetzlich vorgesehenen Schriftenwechsel als abgeschlossen, stellte dem Beklagten das Doppel der Berufungsantwort zur Kenntnisnahme zu und erklärte, den Parteien stehe es frei, den Inhalt des aussergerichtlichen Vergleichs dem Gericht bekannt zu machen. Ohne den Vergleich einzureichen, teilten die Parteien mit Schreiben vom 20. respektive 26. Februar 2018 dem Obergericht des Kantons Zürich mit, dass die massgeblichen Organe der Klägerin dem Vergleich zugestimmt hätten.

B.e. Das Obergericht des Kantons Zürich erachtete das Verfahren damit als gegenstandslos im Sinne von Art. 242 ZPO und schrieb es unter Abweisung des Sistierungsantrags mit Beschluss vom 12. März 2018 ab.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Klägerin, der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. März 2018 sei aufzuheben und das obergerichtliche Verfahren zu sistieren, eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an das Obergericht des Kantons Zürich zurückzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.

Der Beschwerdegegner und die Vorinstanz verzichteten auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (BGE 141 III 395 E. 2.1 mit Hinweisen).

1.1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts, das als letzte kantonale Instanz (Art. 75 BGG) ein Verfahren in einer Zivilsache (Art. 72 BGG) infolge Gegenstandslosigkeit nach Art. 242 ZPO abgeschlossen hat. Dabei handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG (Urteile 4A 272/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 1.1; 4A 137/2013 vom 7. November 2013 E. 7.2). Im Gegensatz zum Abschreibungsbeschluss nach gerichtlichem Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug (Art. 241 ZPO; BGE 139 III 133 E. 1.2 mit zahlreichen Hinweisen) kann der Abschreibungsbeschluss wegen nachträglichen Wegfalls des schutzwürdigen Interesses im Sinne von Art. 242 ZPO mit der Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden (Urteile 5A 838/2015 vom 5. Oktober 2016 E. 1.1, nicht publ. in BGE 142 III 738; 5A 410/2015 vom 9. Juni 2015 E. 1). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen (Art. 76 BGG), der Streitwert ist erreicht (Art. 74 BGG) und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 BGG). Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt gehöriger Begründung (Art. 42 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 BGG) - einzutreten.

1.2. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden;

es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 137 III 580 E. 1.3; 135 III 397 E. 1.4 S. 400).

2.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Art. 242 ZPO unrichtig angewandt und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 ZPO) verletzt, indem sie das Verfahren ohne Weiteres als gegenstandslos abschrieb.

2.1. Nach den Erwägungen der Vorinstanz führt der aussergerichtliche Vergleich im Unterschied zum gerichtlichen nach Art. 241 ZPO nicht unmittelbar zur Verfahrenserledigung, doch zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens aus anderen Gründen gemäss Art. 242 ZPO, es sei denn, eine Partei hätte Abstand hiervon erklärt. Da die Zustimmung der massgebenden Organe eingetreten sei und keine der Parteien weitere, die Rechtswirkungen des Vergleichs hemmende Bedingungen behauptet habe, sei das Verfahren als gegenstandslos im Sinne von Art. 242 ZPO abzuschreiben. Angesichts der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens erweise sich eine Sistierung sodann offenkundig als unzweckmässig, weshalb der Sistierungsantrag abzuweisen sei. Ohne die Parteien anzuhören, auferlegte die Vorinstanz schliesslich die erst- und zweitinstanzlichen Verfahrenskosten je zur Hälfte.

2.2. Fällt das Rechtsschutzinteresse nach der Rechtshängigkeit dahin, schreibt das Gericht das Verfahren nach Art. 242 ZPO zufolge Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen ab (Urteil 4A 226/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5 mit Hinweis). Art. 242 ZPO fordert keinen ausdrücklichen Parteiantrag auf Abschreibung, weshalb die Mitteilung eines Erledigungsgrundes in der Regel ausreicht, um den Rechtsstreit abzuschreiben (vgl. hierzu auch FELIX ADDOR, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, 1997, S. 164). Eine übereinstimmende Erklärung der Parteien, es sei ein aussergerichtlicher Vergleich in der Sache abgeschlossen worden, ist grundsätzlich als Erledigungsgrund aufzufassen und kann damit als implizite übereinstimmende Willensäusserung auf Abschreibung des Verfahrens verstanden werden (ADDOR, a.a.O., S. 79; vgl. auch PASCAL LEUMANN LIEBSTER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 241 ZPO; GSCHWEND/STECK, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 12 zu Art. 242 ZPO).

2.3. Der Vorinstanz kann indessen insofern nicht gefolgt werden, als sie mit einem Verweis auf eine Lehrmeinung (vgl. LEUMANN LIEBSTER, a.a.O., N. 7 zu Art. 241 ZPO) davon ausgehen sollte, bei einem aussergerichtlichen Vergleich könne die Gegenstandslosigkeit nicht streitig sein, weshalb das Verfahren in jedem Falle ohne Weiteres nach Art. 242 ZPO abzuschreiben sei. Während der Prozess bei einem gerichtlichen Vergleich unmittelbar beendet wird, weil der Vergleich die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 ZPO) hat und dem in der Folge vom Gericht zu erlassenen Abschreibungsbeschluss nach Art. 241 Abs. 3 ZPO lediglich deklaratorische Wirkung zukommt (BGE 139 III 133 E. 1.2), ergibt sich der nachträgliche Wegfall des Rechtsschutzinteresses oder des Rechtsgegenstandes bei einem aussergerichtlichen Vergleich nicht klar aus der Prozesshandlung. Vielmehr muss diesfalls die Gegenstandslosigkeit mit dem Abschreibungsbeschluss im Sinne von Art. 242 ZPO festgestellt werden, weshalb durchaus streitig sein kann, ob der Gegenstand des Rechtsstreits oder das Rechtsschutzinteresse nachträglich weggefallen ist (CHRISTOPH LEUENBERGER, Der Endentscheid nach Art. 236 und Art. 308 ZPO: Wie weit geht die Auslegung in Übereinstimmung mit dem BGG?, SZP 2015 S. 95). Für den Fall, dass die Gegenstandslosigkeit nicht eindeutig ist, vertritt selbst der von der Vorinstanz zitierte Autor, dass die Parteien vor Erlass des Abschreibungsentscheides anzuhören seien (LEUMANN LIEBSTER, a.a.O., N. 3 zu Art. 242 ZPO; so auch GEORG NAEGLI/ROMAN RICHERS, Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 26 zu Art. 241; GSCHWEND/STECK, a.a.O., N. 16 zu Art. 242 ZPO; ADDOR, a.a.O., S. 167, 203 ff.; vgl. ferner MATTHIAS MAURER, Der Vergleichsvertrag, 2013, § 2 Rz. 762).

2.4. Die Mitteilung eines aussergerichtlichen Vergleichs unter gleichzeitigem Sistierungsantrag ist wie alle Prozesshandlungen nach Treu und Glauben auszulegen (Urteile 4A 66/2016 vom 22. August 2016 E. 4.1.2; 4A 383/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.3; je mit Hinweisen). Die Parteien hielten - trotz Eintritts der aufschiebenden Bedingung - weiterhin an ihrem übereinstimmend gestellten Sistierungsantrag fest. Wird davon ausgegangen, das Rechtsschutzinteresse sei definitiv nachträglich weggefallen, so besteht ein offenkundiger Widerspruch zu dem Sistierungsantrag. Der vorinstanzlichen Begründung können keine Erwägungen zur Auflösung dieses scheinbaren Widerspruchs entnommen werden; stattdessen verfiel sie in einen Zirkelschluss, indem sie den Antrag auf Sistierung angesichts der Gegenstandslosigkeit "offenkundig als unzweckmässig" erachtete. Hiermit verkannte sie, dass trotz aussergerichtlichen Vergleichs das Rechtsschutzinteresse nicht zwingend wegfällt.

2.5. Die Vorinstanz hatte keine Kenntnis vom Inhalt des aussergerichtlichen Vergleichs. Selbst wenn dieser den gesamten Streitgegenstand umfassend und vorbehaltlos geschlossen worden sein sollte, so konnte sie angesichts des Festhaltens beider Parteien am Sistierungsgesuch nicht davon ausgehen, das Rechtsschutzinteresse sei definitiv weggefallen; jedenfalls nicht ohne vorgängige Gewährung des rechtlichen Gehörs. Hinzu kommt, dass wenn das Verfahren durch den Vergleich gegenstandslos geworden wäre, die Beschwerdeführerin unnötigen Aufwand betrieben hätte, indem sie nach Mitteilung der aussergerichtlichen Einigung eine Berufungsantwort einreichte. Die Vorinstanz wusste denn auch, dass der Vergleich erst bis Ende September 2018 zu erfüllen war und die Beschwerdeführerin mangels materieller Rechtskraft betreffend den eingeklagten Anspruch mit dem Abschreibungsbeschluss im Sinne von Art. 242 ZPO über keinen definitiven Rechtsöffnungstitel nach Art. 80 SchKG verfügen wird.

Da das Verfahren aufgrund der Unklarheit bezüglich der Gegenstandslosigkeit nicht spruchreif im Sinne von Art. 236 ZPO war, hätte die Vorinstanz den Prozess nicht ohne Weiteres nach Art. 242 ZPO abschreiben dürfen. Indem die Vorinstanz es unterliess, den Parteien Frist anzusetzen, um zur allfälligen Gegenstandslosigkeit Stellung zu nehmen, verletzte sie deren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 ZPO).

3.

Die Beschwerde ist insoweit begründet, als der Vorinstanz eine unrichtige Anwendung von Art. 242 ZPO unter Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 ZPO) vorzuwerfen ist. Der vorinstanzliche Beschluss ist bereits aus diesem Grunde aufzuheben. Damit kann die behauptete Missachtung des Gebotes von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV, Art. 52 ZPO) offengelassen werden. Ausserdem erübrigt es sich, die weiteren geltend gemachten Verletzungen des rechtlichen Gehörs, einerseits im Zusammenhang mit einer unerwarteten Rechtsanwendung, andererseits bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu behandeln; wobei zumindest die Rüge der Gehörsverletzung betreffend den vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsentscheid begründet ist. Denn werden die Kosten - zufolge Abschreibung des Verfahrens als gegenstandslos - gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO nach Ermessen verteilt, sind die Parteien vorher hierzu anzuhören (BGE 142 III 284 E. 4.2 mit zahlreichen Hinweisen).

Die Vorinstanz hätte den gemeinsamen Antrag der Parteien auf Sistierung des Verfahrens nicht mit der Begründung abweisen dürfen, das Verfahren sei gegenstandslos. Deshalb ist der vorinstanzliche Beschluss auch bezüglich der abgewiesenen Sistierung aufzuheben. Allerdings kann dem primären Antrag der Beschwerdeführerin, das Bundesgericht solle das vorinstanzliche Verfahren selbst sistieren, nur schon mangels Rechtsanspruchs auf Sistierung nicht entsprochen werden. Denn Art. 126 Abs. 1 ZPO legt die Sistierung als Massnahme der Verfahrensleitung in das Ermessen des Gerichts. Sollte sich sodann nach Einholung entsprechender Stellungnahmen herausstellen, dass das Rechtsschutzinteresse nicht nachträglich weggefallen ist, so hat das Gericht nach seinem Ermessen über den Antrag auf Sistierung zu befinden und das Verfahren bei Abweisung weiterzuführen respektive ein Urteil in der Sache zu fällen. Wenn zu erwarten ist, bis Ende Oktober 2018 liege ein definitiver Erledigungsgrund vor, drängt es sich indessen auf, das Verfahren einstweilen bis zu diesem Zeitpunkt zu sistieren (vgl. hierzu ADDOR, a.a.O., S. 146); zumal das Beschleunigungsgebot vorliegend dadurch relativiert wird, dass die Rechtssuchenden in einem der Dispositionsmaxime unterstehenden Verfahren (Art. 58 Abs. 1 ZPO) beidseits die Sistierung beantragten.

4.

Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht des Kantons Zürich zurückzuweisen.

Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Wenn die Umstände es rechtfertigen, kann das Bundesgericht die Kosten anders verteilen oder darauf verzichten, Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 BGG). Da der unterliegende Beschwerdegegner, welcher auf Vernehmlassung verzichtete, von der Verweigerung des rechtlichen Gehörs betreffend die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ebenso betroffen war wie die Beschwerdeführerin, kann ihm weder vorgeworfen werden, das bundesgerichtliche Verfahren verursacht zu haben, noch sich mit dem Entscheid der Vorinstanz zu identifizieren. Ausserdem beschränkte sich das bundesgerichtliche Verfahren auf reine Verfahrensfragen, deren Beantwortung keinen erheblichen Aufwand verursachten. Diese Umstände rechtfertigen es, ausnahmsweise auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten.

Mangels Anhaltspunkte der Identifizierung des Beschwerdegegners mit dem vorinstanzlichen Abschreibungsbeschluss und angesichts des beschränkten Aufwands der Beschwerdeführerin zur Erhebung der auf prozessrechtliche Rügen beschränkten Beschwerde hat der Beschwerdegegner auch nicht die Kosten der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor Bundesgericht zu ersetzen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. März 2018 wird aufgehoben und die Sache wird zu neuem Entscheid an das Obergericht des Kantons Zürich zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. Juli 2018

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Hug