



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 3. Juli 2012 (400 12 50)

Ehescheidung (Internationale Zuständigkeit)

Verweigerung der Anhandnahme der Klage gemäss § 101 ZPO BL / Verletzung des rechtlichen Gehörs

Besetzung

Vorsitzender Richter Edgar Schürmann, Richterin Barbara Jermann
Richterich (Referentin), Richter Peter Tobler; Gerichtsschreiber Andreas
Linder

Parteien

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Stefan Galligani, Ruederstrasse 8, Post-
fach 423, 5040 Schöffland,
Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,
Beklagte

Gegenstand

Ehescheidung (Internationale Zuständigkeit) /
Urteil des Bezirksgerichtspräsidenten Waldenburg vom 17. Januar 2012

A. A. _____, geboren am 10. April 1967, und B. _____, geboren am 15. Juni 1958, heirateten am 3. Juli 2007 in Zürich. Der Ehemann ist türkischer Staatsangehöriger und die Ehefrau ist Schweizerische Staatsangehörige mit Bürgerort W. _____ BL. Mit Verfügung vom 11. November 2008 wies das Migrationsamt des Kantons Zürich ein Gesuch von A. _____

um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seiner Ehefrau ab. Er hat seinen Wohnsitz zurzeit in X. _____ an der türkischen Mittelmeerküste. Seine Ehefrau soll derzeit in Y. _____, Provinz Z. _____, in Thailand, wohnhaft sein. Am 14. Dezember 2010 gelangte der Ehemann an das Bezirksgericht Zürich und beantragte, dass die am 3. Juli 2007 in Zürich eingegangene Ehe gemäss Art. 114 ZGB zu scheiden sei. Im Weiteren sei festzustellen, dass sich die Parteien gegenseitig keinen nachehelichen Unterhalt schulden. Ferner sei in güterrechtlicher Hinsicht festzustellen, dass die Parteien auseinandergesetzt seien und keiner vom anderen mehr etwas zu fordern habe. Schliesslich sei auf die Durchführung eines Vorsorgeausgleichs zu verzichten und die Pensionskasse des Klägers sei anzuweisen, das Vorsorgeguthaben des Klägers auf ein zu bezeichnendes Konto zu überweisen. Darüber hinaus sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, unter o/e-Kostenfolge. Mit Verfügung vom 19. Januar 2011 trat das Bezirksgericht Zürich auf die Klage nicht ein. Dem Kläger wurde ausserdem eine nicht erstreckbare Frist von zehn Tagen angesetzt, um das zuständige Gericht zu bezeichnen. Nachdem der Rechtsvertreter des Klägers die Verweisung der Sache an das Bezirksgericht Waldenburg beantragt hatte, verfügte das Bezirksgericht Zürich am 22. Februar 2011, dass der Prozess an das besagte Bezirksgericht überwiesen werde. In der Folge setzte das Bezirksgericht Waldenburg dem Ehemann mit Verfügung vom 30. März 2011 Frist, um dem Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 60 IPRG nachzuweisen. Alsdann wurde mit Verfügung vom 13. Mai 2011 das schriftliche Verfahren angeordnet, wobei das Verfahren auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts beschränkt wurde.

B. Mit Urteil vom 17. Januar 2012 trat der Bezirksgerichtspräsident Waldenburg auf die Klage nicht ein. Die Gerichtskosten wurden dem Kläger auferlegt und die sog. ausserordentlichen Kosten wettgeschlagen. Der Bezirksgerichtspräsident Waldenburg erwog im Wesentlichen, in verfahrensrechtlicher Hinsicht komme die Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft zur Anwendung. Laut Art. 60 IPRG gelte es zu beurteilen, ob es unmöglich oder unzumutbar sei, die Scheidungsklage am Wohnsitz eines der Ehegatten einzureichen. Der Kläger, der den Heimatgerichtsstand der Ehefrau in Anspruch nehmen wolle, habe die Voraussetzungen, in casu die Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit einer Scheidungsklage in den Wohnsitzstaaten der Ehegatten, vorzutragen und zu beweisen. Das Gericht stelle ausländisches Recht nicht ex officio fest, wozu es lediglich in Anwendung von Art. 16 IPRG verpflichtet wäre. Art. 60 IPRG beinhalte aber gerade keine kollisionsrechtliche Verweisung auf ausländisches Recht, welches ein derartiges Vorgehen erfordern würde. Mit Eingabe vom 19. Mai 2011 habe der Ehemann einerseits sinngemäss geltend gemacht, dass es nicht sachgerecht sei, eine in der Schweiz nach hiesigem Recht geschlossene Ehe durch ein thailändisches oder türkisches Gericht scheiden zu lassen. Im Weiteren mache der Ehemann sinngemäss geltend, es existiere weder in Thailand noch in der Türkei ein Rechtsinstitut, das mit dem der schweizerischen Ehe vergleichbar wäre. Zudem gebe es weder in Thailand noch in der Türkei ein Gericht, das für die Durchführung eines schweizerischen Ehescheidungsverfahrens zuständig sei. Diese vom Ehemann dargelegten Ausführungen zum türkischen und thailändischen Ehescheidungsrecht würden allerdings nicht begründet. Insbesondere mangle es an zumindest glaubhaften und nachvollziehbaren Verweisungen auf einschlägige türkische oder thailändische Rechtsnormen, die darauf schliessen liessen, dass

der Rechtsschutz im Ausland tatsächlich fehle und entsprechend eine Anhängigmachung einer Scheidungsklage in der Türkei oder in Thailand unmöglich oder unzumutbar sei. Der Ehemann unterlasse jedoch jegliche Substantiierung seiner Angaben, die demzufolge als reine Behauptungen zu qualifizieren seien. Die Unmöglichkeit oder die Unzumutbarkeit der Erhebung einer Scheidungsklage in der Türkei oder in Thailand werde nicht nachgewiesen, so dass mangels Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 60 IPRG die Heimatzuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht gegeben sei.

C. Mit Eingabe vom 16. Februar 2012 liess der Kläger, vertreten durch Rechtsanwalt Stefan Galligani, gegen das Urteil des Bezirksgerichtspräsidenten Waldenburg vom 17. Januar 2012 Berufung beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, einreichen. Er beantragte, es sei das besagte Urteil aufzuheben und durch das Kantonsgericht Basel-Landschaft festzustellen, dass die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Waldenburg im Ehescheidungsverfahren A. _____/B. _____ gegeben sei und es sei das erstinstanzliche Bezirksgericht Waldenburg anzuweisen, das Ehescheidungsverfahren an die Hand zu nehmen und materiell zu behandeln, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. In der Begründung wurde zusammengefasst gerügt, aufgrund der Abwesenheit und der Unmöglichkeit der Zustellung an die Beklagte, sei keine Hauptverhandlung durchgeführt und kein zweiter Schriftenwechsel vom zuständigen Gericht angeordnet worden. Dem Kläger sei im erstinstanzlichen Verfahren erst einmalig die Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden. Der Kläger habe somit nicht zweimal die Möglichkeit gehabt, sich zum Verfahren zu äussern, womit sein rechtliches Gehör verletzt worden sei. Der Kläger habe jedoch auf die zweite Äusserungsmöglichkeit vertraut, da er während des Verfahrens dabei gewesen sei, Dokumente für seinen Zivilstand in der Türkei zu beschaffen. Aufgrund der fehlenden Äusserungsmöglichkeit habe er diese wichtigen Dokumente dem Gericht nicht mehr vorlegen können. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs sei vorliegend verletzt worden. Diese Verletzung würde für den Kläger bedeuten, dass es ihm hier verunmöglicht werde, eine Scheidung einzureichen, zumal eine Scheidung in der Türkei oder in Thailand ebenfalls nicht möglich sei. Im Weiteren liess der Berufungskläger einlässlich darlegen, weshalb es für ihn unzumutbar sei, eine Scheidungsklage an seinem Wohnort einzureichen und weshalb es gleichsam unzumutbar sei, dies am Wohnort der Beklagten zu tun. Er gelte in der Türkei aktuell als unverheiratet und müsste zuerst seine Heirat im türkischen Zivilstandsregister eintragen lassen, nur um diese mittels eines weiteren Verfahrens wieder löschen zu lassen. Sodann habe er aufgrund des unbekanntes Aufenthaltsorts seiner Noch-Ehefrau nicht die Möglichkeit, eine einvernehmliche Scheidung einzureichen und müsste sich auf einen anderen Scheidungsgrund berufen, deren Behandlung mit einer langen Wartefrist verbunden sei. Nicht zuletzt seien die türkischen Gerichte stark überlastet und hätten Wartefristen von bis zu vier Jahren. Zudem müsste der Kläger für die Teilung seines Pensionskassenguthabens, sowieso ein Ergänzungsverfahren in der Schweiz anstreben. Auf die weitergehende Begründung in der Berufungsschrift ist - sofern notwendig - in den Erwägungen zurückzukommen.

D. Mit Verfügung vom 8. März 2012 wurde die Berufung vom 16. Februar 2012 der Gegenpartei zur Stellungnahme innert 30 Tagen seit Zustellung unterbreitet, wobei die Zustellung am Tage der Publikation als erfolgt gelte. Die Beklagte wurde ausserdem darauf auf-

merksam gemacht, dass das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt werde, sofern das Gesetz nichts anderes bestimme. Am 22. März 2012 wurde diese Verfügung im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft öffentlich bekannt gemacht. In der Folge wurde festgestellt, dass die Beklagte innert Frist keine Berufungsantwort eingereicht hatte. Der Schriftenwechsel wurde alsdann geschlossen und der Fall der Dreierkammer des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, unterbreitet. Es wurden keine weiteren Beweise abgenommen und auf die Durchführung einer Parteiverhandlung wurde verzichtet.

Erwägungen

1. Das Ehescheidungsverfahren lief bei der Vorinstanz nach den Bestimmungen der bisherigen basellandschaftlichen Zivilprozessordnung (ZPO BL) ab. Das angefochtene Urteil vom 17. Januar 2012 ist nach dem Datum des Inkrafttretens der Schweizerischen Zivilprozessordnung eröffnet worden und beinhaltet die Frage der Heimatzuständigkeit für die Klage auf Scheidung. Gemäss Art. 405 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272; im Nachfolgenden "ZPO" genannt) gilt für die Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft war. Für das kantonsgerichtliche Verfahren ist für die Fragen, welches Rechtsmittel zur Verfügung steht, nach welchen Regeln das Rechtsmittelverfahren abzulaufen hat und wer die sachlich zuständige Rechtsmittelinstanz ist, auf die Schweizerische Zivilprozessordnung und auf das kantonale Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO) abzustellen (vgl. KGE ZR 410 2011 4 vom 1. März 2011 / zur Publikation bestimmt). Unabhängig davon, ob das Rechtsmittelverfahren weiterhin den kantonalen Regeln folgt oder denjenigen der ZPO, ist der angefochtene Entscheid daraufhin zu überprüfen, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Normen richtig angewendet hat. Andernfalls würde das neue Recht nicht nur sofort und uneingeschränkt, sondern darüber hinaus rückwirkend angewendet und das wäre unzulässig (vgl. ZR 111. Band / 2011 Nr. 6). Für die streitige Frage der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist mithin massgebend, ob die Vorinstanz das Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 21. September 1961 richtig angewendet hat. Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO sind erstinstanzliche Entscheide mit Berufung anfechtbar. Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO innert dreissig Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Das massgebliche Urteil vom 17. Januar 2012 wurde laut Vermerk der Vorinstanz am 18. Januar 2012 an den Kläger versandt. Die Zustellung an den Rechtsvertreter des Ehemannes ist aus den Akten nicht ersichtlich, zumal die Sendungsverfolgung der Post nicht (mehr) möglich ist und sich kein entsprechender Beleg bei den Akten findet, erfolgte jedoch frühestens am Folgetag der Aufgabe, mithin am 19. Januar 2012. Die Berufung ist mit der Eingabe vom 16. Februar 2012 allemal rechtzeitig erklärt worden. Da auch die übrigen Formalien erfüllt sind und der Kostenvorschuss für das Rechtsmittelverfahren zeitgerecht geleistet wurde, ist auf die Berufung einzutreten. Zuständig für die Beurteilung der Berufung ist gemäss § 6 Abs. 1 lit. c EG ZPO die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts. Der Entscheid ergeht in Anwendung von Art. 316 Abs. 1 ZPO aufgrund der Akten.

2. Der Ehemann und heutige Berufungskläger liess mit Klage vom 13. Dezember 2010 beim Bezirksgericht Zürich beantragen, dass die am 3. Juli 2007 in Zürich eingegangene Ehe gemäss Art. 114 ZGB zu scheiden sei. Mit Verfügung vom 19. Januar 2011 trat das Bezirksgericht Zürich auf die Klage nicht ein, zumal keine der Parteien ihren Wohnsitz in der Schweiz habe und das angerufene Gericht auch nicht über die Heimatzuständigkeit gemäss Art. 60 IPRG berufen werden könne. Die Angelegenheit wurde in der Folge dem Bezirksgericht Waldenburg überwiesen. Der Präsident des nämlichen Gerichts verweigerte in der Folge mit Entscheid vom 17. Januar 2012 die Anhandnahme des Sache und trat auf die Klage nicht ein, zumal die Unmöglichkeit oder die Unzumutbarkeit der Erhebung einer Scheidungsklage in der Türkei oder in Thailand nicht nachgewiesen werde, so dass mangels Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 60 IPRG die Heimatzuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht gegeben sei. Der Kläger lässt in der Berufungsschrift vom 16. Februar 2012 eine Verletzung des rechtlichen Gehörs monieren, da keine Hauptverhandlung durchgeführt und kein zweiter Schriftenwechsel vom zuständigen Gericht angeordnet worden sei. Er habe auf eine zweite Äusserungsmöglichkeit vertraut. Dieser Anspruch ist nach ständiger Praxis formeller Natur; ist die Rüge begründet, so ist der angefochtene Entscheid aufzuheben (BGE 122 II 464 E. 4a; 121 I 230 E. 2a), und eine Prüfung der weiteren Vorbringen erübrigt sich. Die besagte Rüge ist daher vorweg zu beurteilen.

2.1 Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben. Unabhängig davon greifen die unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101) folgenden Verfahrensregeln zur Sicherung des rechtlichen Gehörs Platz. Das von Art. 29 Abs. 2 BV garantierte rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 135 I 187 E. 2.2; 133 I 270 E. 3.1; 132 V 368 E. 3.1). Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt zudem, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 129 I 232 E. 3.2; 123 I 31 E. 2c). Der Anspruch auf rechtliches Gehör lässt es aber zu, dass der Richter das Beweisverfahren schliesst, wenn er auf Grund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Dies unabhängig davon, ob die fraglichen verfahrensrechtlichen Mängel einen Einfluss auf das Ergebnis haben. Praxisgemäss kann eine derartige Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren aber „geheilt“ werden, wenn das rechtliche Gehör nachträglich gewährt wurde, die Rechtsmittelinstanz über freie Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen verfügt, mithin eine Ermessensüberprüfung möglich ist und dem Betroffenen die

gleichen Mitwirkungsrechte wie vor erster Instanz zustehen. Eine Heilung ist allerdings von vornherein ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt (dazu BGE 126 I 68 E. 2 mit Hinweis; 126 V 130 E. 2b).

2.2 Die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör erblickt der Berufungskläger darin, dass der Bezirksgerichtspräsident Waldenburg keinen zweiten Schriftenwechsel anordnete und keine Hauptverhandlung durchgeführt wurde. Aus den vorgelegten Akten lässt sich die Prozessgeschichte des Verfahrens erschliessen. So wurde dem Kläger nach Überweisung des Verfahrens durch das Bezirksgericht Zürich mit Verfügung vom 30. März 2011 eine Frist gesetzt, um dem Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 60 IPRG nachzuweisen. Über den weiteren Verlauf des Verfahrens werde sodann nach Ablauf dieser Frist entschieden. In der Folge verlangte der Bezirksgerichtspräsident einen Kostenvorschuss und ordnete anschliessend mit Verfügung vom 13. Mai 2011 das schriftliche Verfahren an, wobei das Verfahren zugleich auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts beschränkt wurde. Die entsprechende Klagebegründung wurde in der Folge auf dem Rechtshilfeweg der Ehefrau zur Stellungnahme unterbreitet. Mit Eingabe vom 26. September 2011 zeigte der heutige Rechtsvertreter des Klägers sodann die Übernahme des Mandates an. Da eine Zustellung der relevanten Verfahrensakten an die Ehefrau nicht möglich war, ordnete die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. November 2011 die öffentliche Bekanntmachung an. Anschliessend verweigerte der Präsident des Bezirksgerichts Waldenburg in Anwendung von § 101 ZPO BL die Anhandnahme der Klage. Aus dem dargestellten Verfahrensablauf erhellt für das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, dass die Rüge des Berufungsklägers schlüssig ist und das vorinstanzliche Verfahren an einem schweren Mangel krankt. Ausser Frage steht, dass das Verfahren in Anwendung des Gesetzes betreffend die Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 21. September 1961 durchzuführen war (vgl. E. 1 hievor), selbst wenn die Prozessüberweisung gestützt auf § 112 ZPO ZH fraglich scheint. Die ZPO BL regelt in den § 104 ff. das sog. schriftliche Verfahren. So sieht § 110 ZPO BL vor, dass nach beendigtem Schriftenwechsel eine Schluss-einleitungsverhandlung durchgeführt werden kann. Das Präsidium hat sodann in Anwendung von § 112 ZPO BL aufgrund des Ergebnisses des Einleitungsverfahrens bzw. des Schriftenwechsels die Beweisverfügung zu erlassen. Die Akten sind anschliessend bei den Mitgliedern des Gerichts zirkulieren zu lassen (§ 114 ZPO BL) und es ist eine Verhandlung vorzusehen, anlässlich welcher den Parteien in der Regel zweimal das Wort gestattet ist (§ 122 ZPO BL). Die präsidiale Erledigung des vorliegenden Verfahrens durch eine Verweigerung der Anhandnahme der Klage gestützt auf § 101 ZPO BL erweist sich vor dem Hintergrund der angeführten Bestimmungen als nicht tunlich. Die nämliche Bestimmung kann lediglich vor der Anordnung des schriftlichen Verfahrens, mithin unmittelbar nach Eingang der Klage, bemüht werden. Soweit der Bezirksgerichtspräsident Waldenburg mit Verfügung vom 13. Mai 2011 das schriftliche Verfahren anordnete, war er gehalten, das Verfahren gemäss § 104 ff. ZPO BL gänzlich durchzuführen. Vor diesem Hintergrund hätte er dem Kläger gemäss § 104 Abs. 3 ZPO BL auch eine Frist zur Änderung oder Vervollständigung der Klage ansetzen müssen, zumal er in der Urteilsbegründung insbesondere die fehlende Angabe von Beweismitteln beanstandet. Selbst wenn die Ehefrau der Vorinstanz nach der öffentlichen Bekanntmachung keine Klagantwort unterbreitete, hätte der Vorderrichter anschliessend den

Schriftenwechsel formell schliessen und zur Hauptverhandlung laden müssen. Dasselbst hätte der Vertreter des Klägers seinen mündlichen Parteivortrag halten können. Mit der Ausfertigung des angefochtenen Entscheides nach Ablauf der Frist zur Antwort und ohne weitere Voranzeige an den klägerischen Vertreter, dass auf eine Hauptverhandlung verzichtet werde, wurde das rechtliche Gehör des Klägers qualifiziert verletzt. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, teilt mithin die Auffassung des heutigen Berufungsklägers, dass ihm vor Erlass des Urteils zwingend nochmals Gelegenheit zu einer abschliessenden Verlautbarung hätte eingeräumt werden müssen. Vermag das angefochtene Urteil demnach den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV nicht zu genügen, so ist der angefochtene Entscheid - wie beantragt - aufzuheben, ohne dass die weiteren Rügen in der Sache noch zu prüfen wären. Im Ergebnis durfte der Bezirksgerichtspräsident Waldenburg die Anhandnahme der Klage nicht mehr verweigern und hätte das Verfahren durch den sachlich zuständigen Spruchkörper im Rahmen einer Hauptverhandlung beurteilen müssen. Es ist somit eine Verletzung des Anspruchs des Klägers auf rechtliches Gehör festzustellen, was nach dem Vorstehenden zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu führen hat. Die Berufung des Klägers ist gutzuheissen und der Nichteintretensentscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Waldenburg vom 17. Januar 2012 aufzuheben.

3. Die vorstehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, zu einer im Sinne des Klägers vom angefochtenen Urteil abweichenden Entscheidung gelangt und sich die Berufung als begründet herausstellt. Wird der angefochtene Entscheid nicht vollumfänglich bestätigt, so hat die Berufungsinstanz gemäss Art. 318 Abs. 1 ZPO im Umfange der Gutheissung der Berufung neu zu entscheiden oder die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Art. 318 Abs. 1 ZPO ist als Kann-Vorschrift formuliert. Stellt sich die Berufung als begründet heraus und liegt ein Rückweisungsgrund gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO vor, liegt es im pflichtgemässen Ermessen der Berufungsinstanz, ob sie einen neuen Entscheid in der Sache oder einen Rückweisungsentscheid fällt (vgl. LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Rz. 12.59). Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO nennt zwei alternative Fälle, in welchen die Rechtsmittelinstanz zur Rückweisung der Sache an die erste Instanz berechtigt ist. So ist gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO eine Rückweisung zulässig, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde. Die Rückweisung hat hier den Zweck, die Beurteilung dieses fehlenden Teils der Klage nachzuholen, und zwar durch die erste Instanz. Dieser obliegt es sodann, das Verfahren zu ergänzen oder nötigenfalls ganz oder teilweise zu wiederholen. Oft wird etwa die Durchführung eines Beweisverfahrens angezeigt sein. Ist der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen, so kann die Berufungsinstanz das vorinstanzliche Urteil aufheben und die Vorinstanz in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO anweisen, weitere Fragen abzuklären, um sodann ein neues Urteil zu fällen. Von der Unvollständigkeit des Sachverhalts in wesentlichen Teilen ist insbesondere dann auszugehen, wenn sich herausstellt, dass noch verschiedene zusätzliche Beweismittel abzunehmen sind oder wenn die Beweisabnahme der Vorinstanz ungenügend ist, namentlich bei zu Unrecht nicht durchgeführtem Beweisverfahren. Diesfalls kann die Berufungsinstanz das erstinstanzliche Urteil aufheben und den Prozess zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an die erste Instanz zurückweisen. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der

Rechtsmittelinstanz, den Sachverhalt anstelle des erstinstanzlichen Gerichts zu erstellen. Das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, sieht es gestützt auf die vorstehenden Erwägungen als zwingend geboten, die vorliegende Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bezirksgericht Waldenburg wird mithin eine mündliche Parteiverhandlung anzusetzen haben und hat dem Parteivertreter mindestens einen mündlichen Vortrag zu gestatten. Der Zweck der Rückweisung liegt letztlich auch in der Vermeidung von Nachteilen für die Parteien, welche sie dadurch erleiden, dass nur eine Instanz über wichtige Sach- und Rechtsfragen entscheidet.

4. Abschliessend ist noch über die Verlegung der Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), zu befinden. Massgebend für die Regelung der Kostenfolgen sind die Bestimmungen der Art. 104 ff. ZPO, die auch im Berufungsverfahren gelten (BOTSCHAFT ZPO, S. 7296). Weist die Berufungsinstanz die Sache vollumfänglich an die Vorinstanz zurück, so wird in der Regel nur über die zweitinstanzlichen Kosten entschieden. In einem Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO der Vorinstanz überlassen, beispielsweise wenn die Beweisführung zu ergänzen ist oder noch nicht absehbar ist, welche Partei in welchem Umfang letztlich obsiegen wird. In solchen Fällen setzt die Berufungsinstanz die Kostenhöhe des Rechtsmittelverfahrens fest, überlässt die konkrete Verteilung dieser Kosten dann aber der Vorinstanz (BOTSCHAFT ZPO, a.a.O.). Die Berufungsinstanz hat diesfalls also die Vorinstanz anzuweisen, in ihrem Entscheid auch über die Verteilung der Kosten des Berufungsverfahrens zu befinden. Das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, ist hievor zum Schluss gelangt, dass die Berufung gutzuheissen und das Urteil des Bezirksgerichtspräsidenten Waldenburg vom 17. Januar 2012 aufzuheben ist. Die Sache ist sodann zur Neuurteilung an das Bezirksgericht Waldenburg zurückzuweisen. Der Ausgang des Verfahrens bzw. ob der Kläger letztlich in der Hauptsache durchdringen wird, ist mithin im jetzigen Zeitpunkt nicht vorhersehbar. Es verbietet sich folglich für das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, heute über die Verteilung der Prozesskosten zu befinden. Immerhin hat sich das Gericht über die Höhe der Gerichtskosten auszusprechen. In Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V. mit § 8 Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 15. November 2010 über die Gebühren der Gerichte (SGS 170.31; Gebührentarif) wird die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren auf pauschal CHF 1'400.00 festgelegt. Die Kosten der berufsmässigen Vertretung sind nach Zeitaufwand zu einem Ansatz von CHF 250.00 zu berechnen. Der entsprechende Aufwand ist in Anbetracht der Schwierigkeit und Bedeutung der Sache auf acht Stunden zuzüglich einer Pauschale für die Auslagen von CHF 50.00 und der Mehrwertsteuer zu bestimmen.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichtspräsidenten Waldenburg vom 17. Januar 2012 aufgehoben. Die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an das Bezirksgericht Waldenburg zurückgewiesen.

2. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden auf CHF 1'500.00 festgelegt. Die Parteientschädigung wird auf CHF 2'000.00 zuzüglich Auslagen von CHF 50.00 und Mehrwertsteuer von CHF 164.00 festgesetzt. Das Bezirksgericht Waldenburg hat über die Verteilung dieser Prozesskosten zu entscheiden.

Vorsitzender Richter

Gerichtsschreiber

Edgar Schürmann

Andreas Linder