

**I. Appellationshof des Kantonsgerichts**  
**Urteil vom 21. Dezember 2004 (A1 2003-83)**

*Art. 133 und 287 Abs. 1 ZPO — Rechtsfolgen des Streitabstands. Keine Widerklage im Berufungsverfahren (E. 1c).*

*Art. 2, 36, 40a, 130 Abs. 2 und 291 Abs. 2 ZPO; Art. 34 und 48 Abs. 3 OG — Anfechtbarkeit von prozessualen Zwischenentscheiden im Rahmen der Berufung (E. 2).*

*Art. 167 Abs. 4 und 200 ZPO — Grundsatz der richterlichen Fragepflicht (E. 3).*

*Art. 133 et 287 al. 1 CPC — Conséquences du passe-expédient. Pas de demande reconventionnelle en appel (consid. 1c).*

*Art. 2, 36, 40a, 130 al. 2 et 291 al. 2 CPC; art. 34 et 48 al. 3 OJ — Possibilité d'attaquer une décision incidente de procédure dans le cadre du recours en appel (consid. 2).*

*Art. 167 al. 4 et 200 CPC — Devoir du juge d'interpeller les parties (consid. 3).*

*Aus dem Tatbestand*

A. Mit Klage vom 3. Dezember 1997 beantragte X beim Zivilgericht, die Y AG sei zu verurteilen, ihm für seine Aufwendungen im Zusammenhang mit der Fertigstellung einer Maschine mit insgesamt Fr. 30'762.30 zu entschädigen, zuzüglich Zins. Die Y AG schloss am 12. Februar 1998 auf Abweisung der Klage, soweit diese den Betrag von Fr. 3'142.40 übersteige. Am 28. Februar 2002 wurde von dipl. Masch. Ing. A ein technisches Gutachten erstellt, in der Folge den Parteien unterbreitet und am 29. Juni 2003 ergänzt.

Mit Urteil vom 14. Mai 2003 hiess das Zivilgericht die Klage teilweise gut. Es nahm Vormerk, dass die Y AG Fr. 3'142.40 anerkannt hatte, und verurteilte die Y AG zudem, X Fr. 7'657.60 nebst 5 % Zins seit dem 19. April 1996 zu bezahlen. Schliesslich auferlegte es die Parteikosten X zu  $\frac{3}{4}$  und der Y AG zu  $\frac{1}{4}$ .

B. X hat gegen dieses Urteil am 6. Oktober 2003 Berufung eingereicht. Er wiederholt seine Klagebegehren. Die Y AG hat mit Eingabe vom 3. Dezember 2003 auf vollumfängliche Abweisung der Berufung geschlossen. Sie führt ihrerseits Anschlussberufung und beantragt, die Klagebegehren vollumfänglich abzuweisen und X zu verurteilen, ihr Fr. 982.60 nebst 5 % Zins seit dem 4. Juni 1996 zu bezahlen.

*Aus den Erwägungen*

1. c) aa) In ihrer Klageantwort anerkannte die Beklagte die klägerischen Begehren im Umfang von Fr. 3'142.40 und schloss im Übrigen auf deren Abweisung. Das Zivilgericht nahm in Ziffer 2 seines Urteilsdispositivs von dieser Anerkennung Vormerk und verurteilte die Beklagte in Ziffer 3 zusätzlich, dem Kläger Fr. 7'657.60 nebst Zins zu 5 % seit dem 19. April 1996 zu bezahlen. Die Beklagte beantragt in ihrer Anschlussberufung nunmehr die Aufhebung der Ziffern 2 und 3 des Dispositivs des angefochtenen Urteils und die Verurteilung des Klägers, ihr Fr. 982.60 nebst Zins zu 5 % seit dem 4. Juni 1996 zu bezahlen, unter Kostenfolge.

bb) Mit der Anerkennung der Klage erklärte die Beklagte im erwähnten Umfang Streitabstand. In diesem Umfang wurde der Prozess beendet (Art. 287 Abs. 1 ZPO). Auf den erklärten Streitabstand kann die Beklagte grundsätzlich nicht mehr zurückkommen, weder im erstinstanzlichen Verfahren, noch im Berufungsverfahren, noch zu einem anderen Zeitpunkt. Ausnahmen von der Verbindlichkeit können sich immerhin bei Willensmängeln oder fehlender Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand und Ähnlichem rechtfertigen. Solche Gründe macht die Beklagte aber weder ausdrücklich noch implizit geltend. Es ergibt sich zwar teilweise aus ihren Ausführungen, wie sie auf den geforderten Betrag kommt. Allerdings verliert sie in ihrer umfangreichen Rechtsschrift kein Wort darüber, warum sie in der Klageantwort den entsprechenden Betrag anerkannt hatte und inwiefern dies in entschuldbarer Weise (etwa aus Irrtum) geschah. Es ist nicht Aufgabe des Appellationshofs, nach eventuellen Gründen für die damalige Anerkennung dieses Betrags zu suchen. Auf die Anschlussberufung ist demnach nicht einzutreten, soweit die Beklagte die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils beantragt.

cc) Die Beklagte begehrt in ihrer Anschlussberufung nicht nur die vollständige Abweisung der ursprünglichen Klage, sondern beantragt ihrerseits, den Kläger zur Leistung von Fr. 982.60 nebst 5 % Zins seit dem 4. Juni 1996 zu verurteilen. Damit reicht sie im Berufungsverfahren sinngemäss eine Widerklage im Sinn von Art. 133 ZPO ein.

Eine Widerklage kann nur bis zum Ablauf der Frist zur Klageantwort erhoben werden (Kantonsgericht *in* FZR 1997 S. 271 E. 3). Die Beklagte hätte ihr nun widerklageweise geltend gemachtes Begehren also bereits am 12. Februar 1998 stellen müssen. Auf die Anschlussberufung ist daher nicht einzutreten, soweit die Beklagte die Verurteilung des Klägers zu einer Geldleistung begehrt. Eintreten ist auf die Anschlussberufung im Ergebnis insofern, als die Beklagte auf Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Urteils schliesst.

2. a) Mit Verfügung vom 25. März 2002 liess der Gerichtspräsident den Parteien den Expertenbericht zustellen und forderte sie dabei auf, bis zum 30. April 2002 Zusatzfragen einzureichen.

Die Beklagte ersuchte am 30. April 2002 um eine Fristverlängerung, welche bis zum 31. Mai 2002 gewährt wurde. Sie reichte ihre Zusatzfrage am 29. Mai 2002 ein. Demgegenüber reichte der Kläger seine Zusatzfragen am 10. Mai 2002 ein, ohne vorher eine Fristverlängerung beantragt zu haben.

Mit Verfügung vom 24. Juni 2002 wies der Gerichtspräsident die Eingabe des Klägers vom 10. Mai 2002 aus dem Recht; gleichzeitig wies er auch ein am 13. Juni 2002 gestelltes Wiedereinsetzungsgesuch ab. Am 27. Juni 2002 übermittelte er die Zusatzfragen der Beklagten dem Experten, und am 27. Februar 2003 wies er das Gesuch des Klägers um Einvernahme des Experten zur Erläuterung seines Gutachtens ab.

b) In seiner Berufung rügt der Kläger, seine Eingabe vom 10. Mai 2002 sei zu Unrecht aus dem Recht gewiesen worden. Er begründet dies im Wesentlichen damit, dass der Fristenstillstand seinem Sinn und Zweck nach auch auf Termine, die vor Beginn des

Fristenstillstands auf einen Zeitpunkt danach festgesetzt werden, anwendbar sei. Subsidiär rügt der Kläger, sein diesbezügliches Wiedereinsetzungsgesuch sei zu Unrecht abgewiesen worden.

aa) Bei der Verfügung des Gerichtspräsidenten vom 24. Juni 2002 handelt es sich um einen prozessualen Zwischenentscheid, der nicht als solcher, sondern nur insofern anfechtbar ist, als er sich auf das Urteil in der Sache selbst ausgewirkt hat (J.-F. POUDRET/S. SANDOZ-MONOD, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. II, Art. 41-82, Bern 1990, N. 4.1.1 zu Art. 48 Abs. 3 OG, welcher insofern Art. 291 Abs. 2 ZPO entspricht). Die mit der Verfügung entschiedene Rechtsfrage muss mithin für den Entscheid in der Sache selbst noch von aktuellem Interesse sein, und der Appellationshof prüft sie so, wie sie sich dem Gerichtspräsidenten gestellt hat (Kantonsgericht *in* Extraits 1978 S. 85 ff., 89 unten). Damit genügt es nicht darzutun, dass die Verfügung des Gerichtspräsidenten vom 24. Juni 2002 zu Unrecht erfolgte, sondern der Kläger muss auch dartun, dass und inwiefern die Zulassung seiner Zusatzfragen vom 10. Mai 2002 zu einem anderen Urteil in der Sache selbst geführt hätte.

bb) Der Kläger bringt vor, die Zulassung der Zusatzfragen hätten einen offensichtlichen Einfluss auf den Prozessausgang gehabt. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben, da sich die Verfügung des Gerichtspräsidenten vom 24. Juni 2002 auf jeden Fall als rechtens erweist.

cc) Bezüglich der hauptsächlichen Rüge, die Eingabe vom 10. Mai 2002 sei zu Unrecht aus dem Recht gewiesen worden, ist Folgendes festzuhalten: Gesetzliche Fristen stehen still vom Gründonnerstag bis und mit dem Sonntag nach Ostern (Art. 40a Abs. 1 lit. a ZPO), d. h. sie standen vom 28. März 2002 bis zum 7. April 2002 still. Der Kläger übersieht die Unterscheidung zwischen Fristen und Terminen; erstere werden nach Zeiteinheiten (regelmässig Tage oder Monate) bestimmt, letztere auf ein bestimmtes Datum festgesetzt. Art. 40a ZPO gilt gemäss seinem Wortlaut nur für Fristen, nicht dagegen für Termine. Eine Ausnahme ist einzig dort zu machen, wo das Gericht (irrtümlicherweise) den Termin in die Gerichtsferien setzt. Alsdann macht es, entsprechend einer vom Kläger zitierten Rechtsprechung des Kantonsgerichts, Sinn, den Termin von Gesetzes wegen als auf den ersten Tag nach den Gerichtsferien verschoben zu betrachten. Wird der Termin aber auf einen Tag ausserhalb der Gerichtsferien festgesetzt, gibt es keinen Grund, diesen Termin von Gesetzes wegen und gestützt auf Art. 40a ZPO als verlängert zu betrachten. Im Übrigen gilt die genau gleiche Regelung auch für Art. 34 OG, welcher nur auf Fristen und nicht auch auf Termine anwendbar ist. Einzig wenn der Termin in die Gerichtsferien fällt, verlängert er sich auf den ersten Tag nach Ende der Gerichtsferien (BGE 97 I 851 E. 1; POUDRET/SANDOZ-MONOD, Bd. I, Art. 1-40, N. 2.2 zu Art. 34 OG; TH. GEISER, § 1 Grundlagen, in: Th. Geiser/P. Münch [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. A., Basel 1998, N. 1.61, S. 32). Es gibt keinen Grund, diese Praxis nicht auch auf Art. 40a ZPO anzuwenden. Der Einwand des Klägers ist demnach unbehilflich. Seine Zusatzfragen an den Experten wurden zu Recht nicht berücksichtigt.

dd) Bezüglich der Abweisung des Wiedereinsetzungsgesuchs ist Folgendes festzuhalten: Die Wiedereinsetzung wegen Versäumnis einer gesetzlichen oder

peremptorischen richterlichen Frist wird nur gewährt, wenn kein Verschulden vorliegt (Art. 36 Abs. 2 ZPO). Demgegenüber können andere richterliche Fristen aus Gründen der Billigkeit gewährt werden (Art. 36 Abs. 2<sup>bis</sup> ZPO). Die Unterscheidung zwischen peremptorischen richterlichen Fristen und anderen richterlichen Fristen ist wenig erforscht. Es ist davon auszugehen, dass richterliche Fristen wegen der richterlichen Prozessleitungspflicht (Art. 2 ZPO) und im Interesse einer förderlichen Prozesserledigung grundsätzlich Verwirkungsfristen im Sinn von Art. 36 Abs. 2 ZPO sind (vgl. dazu Kantonsgericht *in* Extraits 1978 S. 85 ff., 1963 S. 61 ff.). Andere richterliche Fristen als Ordnungsfristen liegen dagegen vor, wenn die Frist nur ordnungshalber gesetzt wird und die Handlung auch nachher noch rechtsgültig vorgenommen werden könnte (beispielsweise wenn das Gericht noch vor der ersten Hauptverhandlung die Einreichung bestimmter Beweismittel verlangt; solche Beweismittel können ohnehin noch bis zum Beginn der Beweisleistung eingereicht werden [vgl. Art. 130 Abs. 2 ZPO]), oder wenn das Gericht vor einer verfahrensleitenden Entscheidung die Meinung der Parteien einholt, ohne dazu gezwungen zu sein (beispielsweise wenn das Gericht die Meinung der Parteien zum weiteren Vorgehen einholt), oder schliesslich, wenn aufgrund der Natur der Aufforderung das Stillschweigen einer Partei weder als ein „Ja“ oder „Nein“ gewertet werden kann.

Bei der Verfügung vom 25. März 2002 handelt es sich nicht um eine solche Ordnungsfrist. Vielmehr handelt es sich um eine richterliche Verfügung im Hinblick auf die Prozesserledigung. Das Zivilgericht gab den Parteien Gelegenheit, Unklarheiten in der Expertise auszuräumen. Ein Schweigen durfte und musste er als Verzicht auf entsprechende Zusatzfragen verstehen. Schliesslich bezweckte die Fristansetzung die Fortführung des Prozesses; dass in casu die Zusatzfragen des Klägers gleichwohl dem Experten ohne irgendwelche Verzögerungen und Schwierigkeiten hätten zugestellt werden können, mag zutreffen und als Formalismus empfunden werden, aber es liegt in der Natur der Sache, dass Fristsäumnisse schwere Konsequenzen haben können, welche im Interesse des ordnungsgemässen Ablaufs des Verfahrens hinzunehmen sind.

Dem Gesagten zufolge konnte die Wiedereinsetzung nur bei unverschuldeter Fristsäumnis verlangt werden. Der Kläger macht keine solchen Gründe geltend, und es sind auch keine ersichtlich, weshalb sein Wiedereinsetzungsgesuch zu Recht abgewiesen wurde. Im Übrigen erscheint es zumindest fraglich, ob Billigkeitsgründe eine Wiedereinsetzung gerechtfertigt hätten.

3. a) Der Kläger rügt subs subsidiär eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht (Art. 167 Abs. 4 ZPO). Das Zivilgericht hätte die klägerischen Zusatzfragen nach dieser Fragepflicht dem Experten unterbreiten müssen.

Der Grundsatz der richterlichen Fragepflicht gilt auch im freiburgischen Zivilprozess. Allerdings obliegt es grundsätzlich den Parteien, den Prozessstoff zu sammeln, ihn dem Gericht darzulegen und die notwendigen Beweise anzubieten. Die richterliche Fragepflicht darf nicht dazu führen, dass die Parteien von ihrer Behauptungs- und Substanziierungslast befreit werden. Sie greift daher erst dort, wo aufgrund der Darstellungen der Parteien die Entscheidungsfindung schlechterdings ausgeschlossen ist oder jedenfalls übermässig erschwert ist. Daraus folgt, dass sich die Fragepflicht nur auf Gegenstände bezieht, welche entscheidungsrelevant sind und unbedingt beantwortet werden müssen. Wo das Gericht nach seinem Ermessen eine

solche Notwendigkeit nicht erkennt, besteht von vornherein keine solche Pflicht. Ferner bezweckt das Institut der richterlichen Fragepflicht, Mängel in den Parteibehauptungen zu beseitigen. Typischerweise sind daher die Parteien die Adressaten von Fragen, welche in Wahrnehmung der richterlichen Fragepflicht gestellt werden, und nicht ausserhalb des Prozesses stehende Personen. Schliesslich trifft es zu, dass das Gericht an die Beweisanträge nicht gebunden ist und von Amtes wegen Beweismittel beiziehen kann (Art. 200 ZPO). Dabei handelt es sich aber um eine richterliche Befugnis, und nicht um eine Pflicht, die verletzt werden könnte.

b) Das Zivilgericht hätte die Zusatzfragen des Klägers auf der Grundlage seiner Befugnisse gemäss Art. 200 ZPO an den Experten weiterleiten können. Dass es dies nicht getan hat, stellt aber keine Pflichtverletzung dar, zumal es die entsprechenden Fragen nicht als entscheiderelevant erachtete. Nach seiner Einschätzung war der Sachverhalt bezüglich der technischen Seite hinreichend erhellt und einem Entscheid zugänglich. Aufgrund der Frist säumnis durfte es davon ausgehen, dass der Kläger keine Präzisierungen des Gutachtens wünsche.

Im Übrigen erscheint auch dem Appellationshof das Gutachten als weitgehend vollständig. Das Gericht hatte, unter der Fiktion, dass es die klägerischen Zusatzfragen nie zur Kenntnis genommen hat, keinerlei Veranlassung, Präzisierungen zu verlangen. Insofern das Gericht sich imstande sah, ohne von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen ein Urteil zu fällen, bestand auch keine Notwendigkeit, dem Gutachter Zusatzfragen zu stellen.

Das Bundesgericht (I. Zivilabteilung) ist am 3. Mai 2005 auf eine gegen dieses Urteil gerichtete Berufung von X nicht eingetreten.