

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2012.4 vom 3. April 2014**

BS Appellationsgericht, 2014-04-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2012.4](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2012.4)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2012.4 du 3 avril 2014

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2012.4 del 3 aprile 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Parteien beantragen übereinstimmend, das Berufungsverfahren sei zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Eingabe der Berufungskläger vom 16. September 2013, Ziffer 3; Eingabe der Berufungsbeklagten vom 11. November 2013, Ziffer 1). Im vorliegenden Fall sind die beiden ursprünglichen Berufungskläger im Lauf des vorliegenden Berufungsverfahrens verstorben und es hat keine Rechtsnachfolge in den strittigen Anspruch stattgefunden, da alle Nachkommen die Erbschaft ausgeschlagen haben. Damit ist die Parteifähigkeit auf Seiten der Berufungskläger entfallen und das Berufungsverfahren ist ■ wie von den Parteien übereinstimmend beantragt ■ zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Zingg, in: Berner Kommentar ZPO, Band I, Bern 2013, Art. 60 ZPO N 53). Beim Abschreibungsentscheid handelt sich um einen Prozessentscheid sui generis, dessen Wirkung mit einem Nichteintretensentscheid vergleichbar ist. Der Entscheid entfaltet materielle Rechtskraft nur bezüglich der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens (Leumann Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 242 ZPO N 7 und 8; Killias, in: Berner Kommentar ZPO, Band I, Bern 2013, Art. 242 ZPO N 22).

Zuständig zur Abschreibung des Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit ist der Einzelrichter (§

### **E. 6**

EG ZPO; AGE BEZ.2012.94 vom 21. Dezember 2012 E. 1.2).

2.

2.1 Wird das Berufungsverfahren als gegenstandslos abgeschrieben, kann das Gericht von den üblichen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei ist etwa zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage oder zum Rechtsmittel gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde (Botschaft ZPO, S. 7297 mit Hinweisen).

Zum gegenseitigen Verhältnis der verschiedenen Kriterien hat das Bundesgericht vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO festgehalten, das Gericht dürfe sich bei der Ermessensausübung nicht auf ein einzelnes Kriterium versteifen, sondern habe alle Kriterien zu berücksichtigen (BGer 5P.394/2005 vom 16. Januar 2006 E.

2.3; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2013, § 16 N 36; Fischer, Stämpfli Handkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 107 ZPO N 12;

ähnlich Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 107 ZPO N 16). Nach Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO hat es darauf hingewiesen, das Gesetz selber äussere sich nicht zu den in Frage kommenden Methoden; es gebiete daher weder, dass ausschliesslich bestimmte Methoden zu befolgen seien, noch sehe es eine Rangfolge unter ihnen vor (BGer 5D\_126/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 3.2). In anderen ■ strafrechtlichen ■ Entscheiden hält das Bundesgericht fest, es sei zunächst der mutmassliche Prozessausgang zu prüfen. Lasse sich dieser nicht ohne Weiteres feststellen, werde in erster Linie diejenige Partei kosten- und entschädigungspflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst oder bei der die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens geführt haben (BGer 2C\_201/2008 vom 14. Juli 2008 E. 2.3; BGer 2C\_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.1; BGer 6B\_123/2010 vom 22. Februar 2011 E. 3.1; Urwyler, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 107 ZPO N 8; anders Sterchi, in: Berner Kommentar ZPO, Band I, Bern 2013, Art. 107 N 18, der die Prüfungsreihenfolge umkehrt [zuerst Veranlassung, dann mutmasslicher Prozessausgang]). Zusammenfassend ergibt sich, dass grundsätzlich alle Kriterien zu berücksichtigen sind, auf den mutmasslichen Prozessausgang jedoch nur abgestellt werden kann, wenn er leicht zu eruieren ist (so auch Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 16 N 36).

## 2.2

2.2.1 In Bezug auf den mutmasslichen Ausgang des vorliegenden Berufungsverfahrens ist zunächst festzuhalten, dass sich die vorliegende Berufung einzig gegen die Ziffer 3 des angefochtenen Entscheiddispositivs richtet, mit welchem das Zivilgericht den Einwand der Berufungskläger betreffend Litispendenz (Verfahren [ ]) ■ zurzeit abgewiesen ■ hat. Zur Begründung führt das Zivilgericht aus, die Berufungskläger und Beklagten hätten gestützt auf die Noveneingabe des Berufungsbeklagten (und Klägers) vom 30. November 2011 an der mündlichen Verhandlung vom 2. Dezember 2011 den Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit im Verfahren [ ] erhoben. Aus den Verfahrensakten [ ] ergebe sich, dass der Parteiwechsel von G\_\_\_\_\_ auf den Berufungsbeklagten noch nicht rechtskräftig vollzogen sei; der Parteiwechsel sei gemäss Verfügung vom 27. Oktober 2011 unter Vorbehalt der fristgerechten Bezahlung der Gerichtskosten und der Sicherstellung der Parteikosten der Berufungskläger bis 23. Dezember 2011 bewilligt worden. Entscheidend sei zudem, dass die Identität der Klagen in den Verfahren [ ] und [ ] erst dann feststehe, wenn über die Aktivlegitimation des Berufungsbeklagten im Verfahren [ ] rechtskräftig entschieden sei. Deshalb müsse zurzeit der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit abgewiesen werden (angefochtener Entscheid, E. 6).

2.2.2 Mit der Berufung machen die Berufungskläger geltend, dass sie und der Berufungsbeklagte nunmehr Parteien in den Zivilgerichtsverfahren [...] und [...] seien. Bei beiden Verfahren handle es sich um die gleichen Parteien sowie den gleichen Streitgegenstand (Berufung, Ziffer 8). Der angefochtene Entscheid sei ihnen am 13. Dezember 2011 zugestellt worden; mit Verfügung vom 29. Dezember 2011 ■ während der Berufungsfrist ■ habe der Zivilgerichtspräsident im Verfahren [...] im Sinn eines echten Novums festgehalten, dass die Gerichtskosten bezahlt und die Parteivertretungskosten fristgerecht sichergestellt worden seien und als Kläger neu der Kläger und Berufungsbeklagte des vorliegenden Verfahrens [...] geführt werde. Mit der Bezahlung bzw. Sicherstellung sei nunmehr die Bedingung für den Parteiwechsel gemäss Verfügung

vom 27. Oktober 2011 im Verfahren [...] eingetreten. Es liege somit eine vom Gericht von Amtes wegen zu beachtende Litispendenz vor (Berufung, Ziffern 9■11). Im Übrigen führen die Berufungskläger aus, es sei nicht einzusehen, weshalb es für die Identität der Klagen entscheidend sein soll, ob über die Aktivlegitimation des Klägers im vorliegenden Verfahren rechtskräftig entschieden worden sei. Die Frage sei jedoch letztlich irrelevant, da die Aktivlegitimation mit der vorliegenden Berufung nicht angefochten werde und somit in Rechtskraft trete (Berufung, Ziffer 12).

Der Berufungsbeklagte beruft sich in der Berufungsantwort zunächst auf § 58 Abs. 2 Ziffer 3 ZPO BS, wonach sich die Einrede der Litispendenz auf Streitsachen beziehe, die an einem anderen (und nicht am selben) Gericht hängig seien (Berufungsantwort, Ziffern 3■6). Zweitens habe das Zivilgericht die Einrede der Litispendenz allein mit der Begründung zurückgewiesen, dass es ■ im Entscheidzeitpunkt ■ an der Identität der Parteien fehle. Dass das Verfahren [...] und das vorliegende Verfahren [...] mittlerweile von denselben Parteien geführt werde, sei unbeachtlich; entscheidend sei der Zeitpunkt der Einreichung der Klage (Ziffern 7■10). Drittens fehle es jedenfalls an der Identität des Streitgegenstands, seien doch die Rechtsbegehren und die Rechtsgründe in den beiden Verfahren unterschiedlich (Ziffern 11■16).

Die Berufungskläger erachten den Wortlaut von § 58 Abs. 2 Ziffer 3 ZPO BS als zu eng (Replik, Ziffern 6■16). Sodann sei die fehlende anderweitige Rechtshängigkeit eine Prozessvoraussetzung, die grundsätzlich bis zum Urteilszeitpunkt bestehe müsse; es genüge nicht, wenn im Zeitpunkt der Klageeinreichung keine anderweitige Rechtshängigkeit bestehe (Ziffern 17■30). Da die Identität des Streitgegenstands vom Berufungsbeklagten bestritten werde, begründen die Berufungskläger in der Replik eingehender, weshalb der Streitgegenstand in den beiden Verfahren identisch sei (Ziffern 31■50).

Mit Eingabe vom 11. November 2013 führt der Berufungsbeklagte zum mutmasslichen Prozessausgang aus, dass nicht auf die Berufung hätte eingetreten werden können oder dass diese hätte abgewiesen werden müssen. Er macht geltend, bei der Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit handle es sich um eine Prozessvoraussetzung, über deren Vorliegen das Gericht erst im Urteilszeitpunkt endgültig befinde. Selbst wenn das Gericht in einem Zwischenentscheid eine Prozessvoraussetzung zunächst bejahe und den Prozess weiterführe, müsse beim nachträglichen Wegfall dieser Prozessvoraussetzung ein Nichteintretensentscheid gefällt werden. Indem das Zivilgericht den Einwand der Litispendenz lediglich ■zurzeit■ abgewiesen habe, habe es unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass diese Frage nach der erfolgten Sicherstellung anders beurteilt werden könne. Die Berufungskläger hätten somit die Verfügung vom 29. Dezember 2011 als Novum im Verfahren [...] einführen können, womit das Zivilgericht neu über die Frage hätte befinden müssen. Auch aufgrund von Art. 237 Abs. 2 ZPO seien die Berufungskläger nicht gezwungen gewesen, den Zwischenentscheid vom 2. Dezember 2011 anzufechten. Demgemäss fehle es an einem schutzwürdigen Interesse an der Einleitung des Berufungsverfahrens (Eingabe vom 11. November 2013, Ziffern 8■15). Sodann hätten die Berufungskläger ihre Begründungspflicht mehrfach verletzt, so dass auch deshalb auf die Berufung nicht hätte eingetreten werden können. So hätten sie zum einen mit keinem Wort dargelegt, weshalb der Entscheid, den Einwand der Litispendenz ■zurzeit■ abzuweisen, im Zeitpunkt der Entscheidung falsch gewesen sein soll; zum anderen hätten sie erst in der Replik und damit verspätet die Identität des Streitgegenstands begründet (Ziffern 16■25).

2.2.3 Im vorliegenden Fall stellen sich im Rahmen des mutmasslichen Prozessausgangs im Wesentlichen zwei Fragen. Erstens fragt sich, ob der Zwischenentscheid vom 2. Dezember 2011, mit welchem der Einwand der anderweitigen Litispendenz ■zurzeit■ abgewiesen worden ist, grundsätzlich mit Berufung angefochten werden kann. Bejaht man diese erste Frage, stellt sich zweitens die Frage nach den Erfolgsaussichten der vorliegenden Berufung.

Art. 237 Abs. 1 ZPO regelt die Frage, in welchen Konstellationen das Gericht einen Zwischenentscheid treffen kann. Dies ist dann der Fall, wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann. Ein Zwischenentscheid zeichnet sich dadurch aus, dass er im Verlauf des Prozesses über einzelne (prozessuale oder materiellrechtliche) Streitpunkte ergeht und damit das Verfahren vor der aktuellen Instanz nicht abschliesst (vgl. BGE 130 III 76 E. 3.1.3 S. 79). Die ZPO unterscheidet den Zwischenentscheid zu prozessualen Fragen nicht von einem solchen über materiellrechtliche Fragen. Als Zwischen-Prozessentscheid kann er etwa eine positive Prozessvoraussetzung bejahen und damit auf Eintreten auf die Klage lauten; als Zwischen-Sachentscheid kann er sich auch über eine für das Fundament der Klage präjudizielle Vorfrage äussern, etwa die vom Prozessgegner erhobene Verjährungseinrede verwerfen (Stahelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2013, Art. 237 ZPO N 5). Wird eine Prozessvoraussetzung dagegen verneint, muss ein Endentscheid (in Form eines Nichteintretensentscheids) gefällt werden. Bei Bejahung der Verjährung (oder einer anderen materiellen Vorfrage) erfolgt ebenfalls ein Endentscheid (in Form eines Sachentscheids). Der Zwischenentscheid stellt demgegenüber einen Schritt auf dem Weg zur Gutheissung des eingeklagten Anspruchs dar. Eine abweichende oberinstanzliche Beurteilung führt mit anderen Worten stets zu einem negativen Endentscheid (Stahelin, a.a.O., Art. 237 ZPO N 6).

Beim angefochtenen Entscheid vom 2. Dezember 2011 handelt es sich um einen Zwischenentscheid, mit welchem das Zivilgericht unter anderem über die vorliegend streitige prozessuale Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit entschieden hat. Es hat diese negative Prozessvoraussetzung ■zurzeit■ verneint und somit einen Zwischen-Schritt auf dem Weg zur Gutheissung der Klage getan. Liegt aber ein Zwischenentscheid vor, ist dieser gemäss Art. 237 Abs. 2 ZPO grundsätzlich selbständig anzufechten; eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist ausgeschlossen. Da der Streitwert im vorliegenden Fall CHF 10'000.■ bei Weitem übersteigt, ist der vorliegende Zwischenentscheid grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO; Killias, a.a.O., Art. 237 ZPO N 37; zur Ausnahme vom Grundsatz vgl. unten E. 2.2.5).

2.2.4 Ist der vorliegende Zwischenentscheid grundsätzlich mit Berufung anfechtbar, stellt sich die Frage nach den Erfolgsaussichten der vorliegenden Berufung. Das Zivilgericht hat den Einwand der Litispendenz ■zurzeit■ abgewiesen, dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Parteiwechsel im Verfahren [...] noch nicht rechtskräftig vollzogen sei (angefochtener Entscheid, E. 6). Es hat mit anderen Worten festgehalten, dass die Parteien im vorliegenden Verfahren [...] und im Verfahren [...] ■zurzeit■ noch nicht die selben sind.

Der selbständig eröffnete Zwischenentscheid über Prozessvoraussetzungen wird formell rechtskräftig, solange er nicht im Rechtsmittelverfahren aufgehoben wird. Umstritten ist die

Frage, ob das erstinstanzliche Gericht im Sachentscheid an seinen eigenen Zwischenentscheid gebunden ist, in welchem das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung bejaht worden ist, oder ob es auf seinen früheren, von den Parteien nicht angefochtenen Entscheid zurückkommen kann und nunmehr dieselbe Prozessvoraussetzung verneinen kann. In der Literatur wird eine entsprechende Bindungswirkung zu Recht im Grundsatz verneint: Da die Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt des Endentscheids gegeben sein müssen und von Amtes wegen zu prüfen sind, ist das nachträgliche Entfallen einer Prozessvoraussetzung vom Gericht zu berücksichtigen. Die Bindungswirkung an den Zwischenentscheid entfällt in diesem Fall und das Gericht ist gehalten, entsprechende Noven zu berücksichtigen (Killias, a.a.O., Art. 237 ZPO N 11; Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2013, Art. 60 ZPO N 31; Steck, in: Basler Kommentar, Basel 2010, Art. 237 ZPO N 22). Eine künftige Bindung an den Zwischenentscheid ist im vorliegenden Fall umso mehr zu verneinen, als das Zivilgericht mit dem Zusatz, der Einwand der Litispendenz werde lediglich ■zurzeit■ abgewiesen, klargestellt hat, dass der Einwand einer späteren Überprüfung zugänglich ist, sofern entsprechende Noven vorgetragen werden.

Den Berufungsklägern, welche die vorläufige Abweisung des Einwands der Litispendenz anfechten wollten, standen demgemäss zwei Möglichkeiten offen: Erstens hätten sie von einer Berufung absehen und das Novum des vollzogenen Parteiwechsels im erstinstanzlichen Verfahren einbringen können. Dieses wurde mit dem Zwischenentscheid denn auch nicht abgeschlossen. Das Zivilgericht wäre diesfalls gehalten gewesen, das Novum von Amtes wegen zu berücksichtigen und allenfalls einen Endentscheid (bei Bejahung der anderweitigen Rechtshängigkeit) oder einen Zwischenentscheid (bei Verneinung der anderweitigen Rechtshängigkeit) zu fällen. Zweitens konnten die Berufungskläger ■ wie sie es vorliegend getan haben ■ den Zwischenentscheid mittels Berufung anfechten. Diesfalls hätten sie aber jedenfalls darlegen müssen, inwiefern es falsch sei, den Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit ■zurzeit■ abzuweisen. Das haben sie nicht getan (vgl. Berufung passim). Sie haben sich einzig auf das Novum des nunmehr vollzogenen Parteiwechsels im Verfahren [...] berufen. Dieses echte, nach dem Zwischenentscheid eingetretene Novum ist jedoch nicht geeignet, die Richtigkeit der Abweisung des Einwands ■zurzeit■■ also im Entscheidzeitpunkt ■ in Frage zu stellen.

2.2.5 In der Lehre wird gestützt auf die Auffassung der Expertenkommission zur Ausarbeitung der ZPO die Auffassung vertreten, es sei zulässig, die Berufung auch lediglich zum Zweck der Geltendmachung von Noven vor zweiter Instanz zu erheben (Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 551; anders Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2013, Vorbemerkungen zu Art. 308■318 ZPO N 31). Dies kann allerdings lediglich Geltung beanspruchen in Bezug auf Endentscheide, die das Verfahren vor der ersten Instanz abschliessen, nicht aber in Bezug auf prozessuale Zwischenentscheide, die das erstinstanzliche Verfahren gerade nicht abschliessen. Liegt nämlich ein verfahrensabschliessender Endentscheid der ersten Instanz vor, können Noven grundsätzlich nicht mehr bei der ersten Instanz, sondern grundsätzlich nur noch bei der Rechtsmittelinstanz, namentlich durch die Erhebung einer Berufung, geltend gemacht werden. Liegt dagegen ein prozessualer Zwischenentscheid vor, können Noven ■ wie dargelegt ■ weiterhin im erstinstanzlichen Verfahren eingebracht werden. Wenn ■ wie im

vorliegenden Fall ■ das erstinstanzliche Gericht in seiner Zwischenentscheidung eine Abweisung des prozessualen Einwands der Beklagten lediglich ■ zurzeit ■ vornimmt und damit diese zum späteren Einführen von Noven im erstinstanzlichen Prozess geradezu einlädt, ist die beklagte Partei nicht nur befugt, sondern verpflichtet, das Novum vor erster Instanz geltend zu machen.

2.2.6 Aufgrund dieser summarischen Prüfung wäre auf die Berufung wohl nicht einzutreten gewesen.

2.3. Im Rahmen der Verteilung der Prozesskosten ist neben dem mutmasslichen Prozessausgang sodann zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage beziehungsweise zum Rechtsmittel gegeben hat. Im vorliegenden Fall hat der Berufungsbeklagte den Parteiwechsel im Verfahren [...] initiiert und hat somit auch die Erhebung des Einwands der anderweitigen Rechtshängigkeit im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren zu verantworten. Damit hat der Berufungsbeklagte die Berufungskläger veranlasst, die vorliegende Berufung einzureichen.

2.4 Schliesslich ist zu berücksichtigen, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde. Der Berufungsbeklagte führt diesbezüglich aus, dass er diese Gründe nicht zu vertreten habe. Die Erben der Berufungskläger hätten es nach deren Tod vorgezogen, die Erbschaft ihrer Eltern auszuschlagen und nicht in den Prozess einzutreten. Dieser Umstand falle allein in die Sphäre der Berufungskläger und dürfe nicht zu Lasten des Berufungsbeklagten gehen (Eingabe des Berufungsbeklagten vom 11. November 2013, Ziffern 4 und 5). Zwar trifft es zu, dass die Gründe, welche zur Gegenstandslosigkeit des Berufungsverfahrens geführt haben ■ der Tod der beiden Berufungskläger ■, bei diesen eingetreten sind, und dass diese Gründe nicht dem ursprünglichen Berufungsbeklagten anzulasten sind. Im Gegenzug ist aber festzuhalten, dass die Gründe zwar bei den Berufungsklägern eingetreten sind, von diesen aber nicht verschuldet worden sind. Das Kriterium des Anlasses zum Gegenstandsloswerden des Verfahrens spricht somit zwar für eine Auferlegung der Prozesskosten an die Berufungskläger, allerdings in gemilderter Form, da der Anlass von den Berufungsklägern nicht verschuldet wurde.

2.5 Zusammenfassend ist festzustellen, dass zwei der drei Kriterien klar (mutmasslicher Ausgang des Berufungsverfahrens) oder eher (Anlass zum Gegenstandsloswerden der Berufung) dafür sprechen, die Prozesskosten den Berufungsklägern aufzuerlegen. Das dritte Kriterium (Anlass zur Berufung) spricht dagegen für eine Auferlegung der Prozesskosten an den Berufungsbeklagten. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, dass die Berufungskläger die Gerichtskosten und ihre eigenen Parteivertretungskosten und die Berufungsbeklagten ihre eigenen Parteivertretungskosten tragen.

3.

3.1 Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren betragen praxisgemäss das Eineinhalbfache der erstinstanzlichen Ansätze (vgl. § 11 Ziffer 1 GebV). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 4'275'210.■ (vgl. angefochtener Entscheid, E. 7), ergibt sich eine interpolierte Grundgebühr von CHF 44'926.47 (vgl. § 2 Abs. 3 GebV). Bei der im Berufungsverfahren einzig noch strittigen Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit handelt es sich um eine prozessuale Entscheidung im Sinn von § 4 Ziffer 1.2 GebV, die eine Ermässigung der Gebühr auf die Hälfte (hier: gerundet CHF 22'500.■) rechtfertigt. Sind wie im vorliegenden Fall einzig noch die Prozesskosten streitig, wäre erstinstanzlich eine

Gerichtsgebühr von einem Fünftel bis zu einem Drittel der Entscheidungsgebühr zu erheben (vgl. § 6 Abs. 3 GebV), vorliegend also CHF 4'500.■ bis CHF 7'500.■. Demgemäss wäre die erstinstanzliche Gebühr bei rund CHF 6'000.■ festzusetzen. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr beträgt das Eineinhalbfache der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr, also CHF 9'000.■ (vgl. § 11 Ziffer 1 GebV), die grundsätzlich von den Berufungsklägern zu tragen wäre. Da diesen die unentgeltliche Rechtspflege mit einem Selbstbehalt bewilligt worden ist (vgl. Verfügung vom 3. Mai 2013) und davon CHF 3'400.■ bezahlt worden sind, gehen die zweitinstanzlichen Gerichtskosten im Umfang von CHF 5'600.■ zu Lasten des Kantons (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO).

3.2 Aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist dem Vertreter der Berufungskläger sodann ein angemessenes Honorar aus der Gerichtskasse zuzusprechen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO; § 17 Abs. 1 AdvG). In Zivilsachen mit bestimmten Streitwert richtet sich das Honorar nach der Honorarordnung; bei hohem Streitwert kann es bis auf die Hälfte des Gebührenansatzes gekürzt werden (§ 17 Abs. 2 Satz 1 AdvG). Das Honorar für das Berufungsverfahren berechnet sich nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen, wobei in der Regel ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen ist (§ 12 Abs. 1 Satz 1 HO).

Der Streitwert ist bei Verfahren mit bestimmtem oder bestimmbarem Streitwert für die Bestimmung des Honorars von Relevanz. Laut Honorarordnung richtet sich die Bemessung des Honorars nach dem Umfang der Bemühungen, der Wichtigkeit und Bedeutung der Sache für die Auftraggeberin oder den Auftraggeber sowie der Schwierigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (§ 2 Abs. 1 HO). Diese Grundsätze sind massgebend, soweit die Honorarordnung für die Bemessung des Honorars Mindest- oder Höchstansätze vorsieht (§ 2 Abs. 2 HO). Bei Zivilsachen (mit bestimmtem oder bestimmbarem Streitwert) besteht das Honorar aus dem Grundhonorar mit allfälligen Zuschlägen und Abzügen (§ 3 Abs. 1 HO). Das Grundhonorar beträgt bei einem Streitwert von über CHF 2 Millionen 1% bis 3%, mindestens aber CHF 60'000.■ (§ 4 Abs. 1 lit. b Ziff. 14 HO).

Bei einem Streitwert von CHF 4'275'210.■ beträgt das erstinstanzliche Grundhonorar bei Zugrundelegung des Höchstsatzes von 3% (vgl. § 4 Abs. 1 lit. b HO) CHF 128'256.■ (vgl. ebenso Eingabe der Berufungskläger vom 20. November 2013, Ziffer 2, mit Verweis auf die Verfügung des Zivilgerichts vom 27. Oktober 2011; Eingabe der Berufungskläger vom 17. Januar 2014, Ziffer 3). Darüber hinaus verlangen die Berufungskläger einen Zuschlag von 30% für die umfangreichen Bemühungen für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (vgl. Eingabe vom 17. Januar 2014, Ziffer 5). Die Berufungsbeklagten wenden in diesem Zusammenhang ein, es sei zu beachten, dass der überwiegende Teil des entstandenen Aufwands dadurch verursacht worden sei, dass die Berufungskläger mit allen Mitteln die Bewilligung des Kostenerlasses angestrebt und das Gericht mit zahllosen Eingaben eingedeckt hätten (Eingabe des Berufungsbeklagten vom 11. November 2013, Ziffer 29). Auf dem Grundhonorar wird unter anderem für jede zusätzliche Rechtschrift ein Zuschlag von ■ bis zu 30% ■ berechnet (§ 5 Abs. 1 lit. b bb) HO); unnötige Prozesskosten hat aber jedenfalls derjenige zu bezahlen, der diese verursacht (Art. 108 ZPO). Es ist zunächst unbestritten, dass der Aufwand im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtspflege erheblich war, dies aufgrund des Wohnsitzes der Berufungskläger in Deutschland sowie des Wiedererwägungsgesuchs nach dem Tod der Berufungsklägerin. Sodann sind die diesbezüglichen Bemühungen nicht als unnötig im Sinn von Art. 108 ZPO zu bezeichnen. Als unnötig sind in erster Linie Kosten zu qualifizieren,

die durch verspätete oder fehlerhafte Prozesshandlungen verursacht werden; nicht unnötig ist dagegen die erschöpfende Geltendmachung aller dienlichen (und nicht von vornherein offensichtlich unbegründeten) Angriffs- oder Verteidigungsmittel, selbst wenn schliesslich ein einziges den Ausschlag über Ausgang des Prozesses gibt (Sterchi, a.a.O., Art. 108 ZPO N 3 und 4). Die Bemühungen der Berufungskläger im Zusammenhang mit der Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege waren zwar nicht durchgehend von Erfolg gekrönt, doch ist ihnen die unentgeltliche Rechtspflege (mit einem Selbstbehalt) bewilligt worden; sodann erscheinen die Wiedererwägungsgesuche ebenfalls nicht als offensichtlich unbegründet. Es besteht somit kein Anlass, den Aufwand im Zusammenhang mit der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung nicht zu vergüten. Demgemäss ist von einem erstinstanzlichen, einen Zuschlag von 30% umfassenden Grundhonorar von leicht gerundet CHF 166'733.■ auszugehen.

Bei vorzeitiger Beendigung des Prozesses beträgt das Honorar die Hälfte bis drei Viertel des für den durchgeführten Prozess zulässigen Honorars (§ 6 Abs. 1 HO). Da das Berufungsverfahren kurz vor dem Abschluss stand, rechtfertigt es sich, das Honorar bei knapp drei Vierteln (vgl. ebenso Eingabe vom 17. Januar 2014, Ziffer 6) oder CHF 120'000.■ festzusetzen. Sodann ist zu berücksichtigen, dass das Berufungsverfahren sich auf die Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit und damit einen sehr kleinen Teil der gesamten strittigen Fragen beschränkt. Diese thematische Beschränkung rechtfertigt es, das erstinstanzliche Honorar um vier Fünftel auf CHF 24'000.■ zu reduzieren (vgl. dazu § 7 Abs. 1 HO, der eine Beschränkung des Honorars aufhöchstensdie Hälfte vorsieht). Angesichts des Drittelsabzugs für das Berufungsverfahren gemäss § 12 Abs. 1 Satz 1 HO errechnet sich somit ein zweitinstanzliches Honorar von CHF 16'000.■.

Eine weitere Kürzung des Honorars aufgrund der Kann-Vorschrift von § 17 Abs. 2 Satz 1 HO erscheint aufgrund des insgesamt getätigten Aufwands des Vertreters der Berufungskläger (vgl. die Berufung vom 11. Januar 2012, die Replik vom 9. November 2012, die längeren Eingaben vom 10. April 2012 und 28. Mai 2013 sowie die ein bis fünf Seiten umfassenden kürzeren Eingaben vom 15. März 2012, 21. Mai 2012, 11. Juni 2012, 29. Juni 2012, 21. August 2012, 9. Oktober 2012, 9. November 2012, 25. Januar 2013, 21. Februar 2013, 12. Juni 2013, 12. August 2013, 16. September 2013, 20. November 2013 und 17. Januar 2014). als nicht angezeigt. Dem Vertreter der Berufungskläger ist somit für das Berufungsverfahren ein Honorar von CHF 16'000.■ aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Nach der Honorarordnung richtet sich die Bemessung des Honorars auch nach dem Umfang der Bemühungen. Eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 16'000.■ erlaubt, ausgehend von einem von (bis zum 31. Dezember 2013 gültigen) Stundenansatz CHF 180.■, einen Aufwand von rund 89 Stunden, d.h. etwas mehr als zwei Wochen reiner Arbeitszeit. Dieser Aufwand ermöglichte die erwähnten erforderlichen Eingaben und weitere Abklärungen. Ein Honorar von CHF 16'000.■ erweist sich somit auch unter dem Aspekt des Umfangs der Bemühungen als angemessen.

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