

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.19 vom 24. November 2014

BS Appellationsgericht, 2014-11-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2016.19

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.19 du 24 novembre 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.19 del 24 novembre 2014

Erwägungen

E. 1

1.1 Der angefochtene Endentscheid über die Abänderung des Scheidungsurteils bezieht sich betreffend die Umteilung der elterlichen Sorge und Obhut auf eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Er ist diesbezüglich gemäss Art. 208 Abs. 1 lit. a ZPO mit Berufung anfechtbar. Soweit mit dem angefochtenen Endentscheid in Abänderung des Scheidungsurteils die Unterhaltspflicht der Parteien neu geregelt worden ist, stellt er eine vermögensrechtliche Angelegenheit dar (Rudin, Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage 2011, Art. 51 N 13). Der diesbezüglich gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB vorausgesetzte und auf der Grundlage der bis zur Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids vorgebrachten Erklärungen der Parteien zu bestimmende Streitwert (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 308 N 40) ist vorliegend erreicht. Die Berufung ist daher zulässig.

1.2 Die Berufungsklägerin verlangte rechtzeitig eine schriftliche Begründung des angefochtenen Entscheids und reichte mit ihrer Eingabe vom 21. Juni 2016 fristgerecht ihre Berufung ein. Die Berufungsklägerin ist Adressatin des vorinstanzlichen Entscheids und durch diesen beschwert, was sie grundsätzlich zu dessen Anfechtung legitimiert. Zum Entscheid über die Berufung ist gemäss § 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG; SG 154.100) das Appellationsgericht als Dreiergericht zuständig. Die Kognition der Berufungsinstanz ist gemäss Art. 310 ZPO umfassend (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Mit der Berufung können eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO).

1.3 Gemäss Art. 316 Abs. 1 ZPO kann die Berufungsinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden. Grundsätzlich liegt es im pflichtgemässen Ermessen der Berufungsinstanz, eine Verhandlung durchzuführen oder nicht (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 316 N 17; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1153). Die Parteien haben keinen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung gestellt. Damit haben sie auf einen allfälligen Anspruch auf eine mündliche öffentliche Verhandlung gemäss Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) stillschweigend verzichtet (BGE 134 I 331 E. 2.3 S. 333; Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 316 N 36). Da das Berufungsgericht sich vorliegend zum ganz vorwiegenden Teil mit Eintretensvoraussetzungen beschäftigt und das einzige materiell zu behandelnde Rechtsbegehren sich als aussichtslos erweist (vgl. nachstehend E. 2.2), ergeht der vorliegende Entscheid aufgrund der Akten unter Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Der Berufungsklägerin wurde ein fakultatives Replikrecht

eingerräumt, von dem diese Gebrauch gemacht hat.

E. 2

2.1 Mit ihrer Berufung verlangt die Berufungsklägerin zunächst, es sei ■der Entscheid des Gerichtspräsidenten vom 8. April 2016 () für nichtig zu erklären■ (Ziff. I.). Zur Begründung macht sie geltend, es sei ihr als Beklagter im vorinstanzlichen Verfahren in Verletzung von Art. 137 ZPO keine Vorladung zugestellt worden. Ihr Vertreter habe sehr wohl gewusst, dass sie sich am 16. April 2016 in ärztlicher Behandlung wegen eines vom Kindsvaters begangenen Gewaltdelikts befunden habe und just in jener Zeit drei Eingriffe habe über sich ergehen lassen müssen. Weder ihr Vertreter noch das Gericht habe ihr sachdienliche Unterlagen oder eine Vorladung zukommen lassen. Das ■Säumnisurteil■ kranke daher an einem wesentlichen Verfahrensmangel. Sie sei ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör beraubt worden und habe ihre Sichtweise nicht ins Verfahren einbringen können. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur sei, führe dessen Verletzung zur umgehenden Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Dieser sei nichtig (Berufung, S. 2).

2.2 Die Berufungsklägerin war im vorinstanzlichen Verfahren ihrem Antrag entsprechend durch einen unentgeltlichen Rechtsbeistand vertreten worden. Ist eine Partei vertreten, so erfolgt die Zustellung an ihren Vertreter (Art. 137 ZPO). Dies gilt auch für Vorladungen zum persönlichen Erscheinen (Stahelin, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 137 N 3). Es ist dann Sache des Vertreters, seine Mandantin über eine sie persönlich betreffende Vorladung zu informieren (Gschwend/Bornatico, Basler Kommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 137 N 2). Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, die Gerichte auch zur direkten, persönlichen Vorladung vertretener Personen zu verpflichten (Stobel, Stämpflis Handkommentar ZPO, Bern 2010, Art. 137 N 5). Die Zustellung gilt beim Zugang der Vorladung bei der Vertretung und nicht erst mit deren Weiterleitung an die vertretene Partei als erfolgt (Gschwend/Bornatico, a.a.O., Art. 137 N 2).

Der Vertreter hat in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung auf die Feststellung des Gerichtspräsidenten, dass die Berufungsklägerin nicht erschienen sei, erklärt, er habe versucht, sie telefonisch zu erreichen. Sie habe nicht abgenommen. Auch habe sie in den der Hauptverhandlung vorangegangenen Tagen weder auf seine Anrufe noch auf seine E-Mails reagiert. Die Berufungsklägerin macht nicht geltend und es ist nicht ersichtlich, dass sie nicht in der Lage gewesen wäre, ihrem Vertreter oder dem Gericht eine allfällige Verhinderung an der Teilnahme an der Hauptverhandlung mitzuteilen und gegebenenfalls einen Antrag auf deren Verschiebung zu stellen. Selbst wenn es aber so wäre, dass ihr Vertreter es entgegen seiner Behauptung in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung unterlassen hätte, sie über die Vorladung zu informieren, so könnte die Berufungsklägerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, hätte sie sich doch eine solche Unterlassung ihres Vertreters anzurechnen. Es liegt daher keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Berufungsklägerin vor. Die Berufung ist insofern abzuweisen.

2.3 Warum der vorinstanzliche Entscheid ansonsten nichtig sein soll, begründet die Berufungsklägerin durch nichts. Die Berufungsklägerin kommt daher diesbezüglich ihren gesetzlichen Begründungsobliegenheiten gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht nach, weshalb darauf nicht weiter einzutreten ist (vgl. zu den Anforderungen an die Berufungsbegründung AGE ZB.2017.6 vom 2. Mai 2017 E. 4.2 m.H. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer

4A_68/2016 vom 7. November 2016 E. 4.2). Weitere replicando erfolgende Begründungen sind verspätet, soweit sie sich vorliegend überhaupt auf die ursprünglich gestellten Anträge beziehen.

E. 3

Mangels hinreichender Begründung nicht einzutreten ist auch auf die Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids mit der Behauptung, dass daran mit G_____ und H_____ Gerichtsmitglieder mitgewirkt hätten, denen ■wegen bewiesener Befangenheit, Aktenunschlagung (recte wohl: Aktenunterschlagung) und Operieren mit Falsch aussagen und Urkundenfälschungen■ (Ziff. V) die Fallführung hätte entzogen werden müssen. Die Berufungsklägerin begründet und belegt mit ihrer Berufungsbegründung in keiner Weise, worin diese angeblichen und noch dazu absichtlichen und böswilligen Verfahrensfehler begründet gewesen wären.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Berufungsklägerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren ein Ausstandsbegehren gegen den Instruktionsrichter gestellt hatte, welches mit Entscheid der zuständigen Kammer des Zivilgerichts vom 19. Februar 2016 abgewiesen worden war. Auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde ist das Appellationsgericht mit Urteil vom 17. März 2016 nicht eingetreten, da sich die Berufungsklägerin in ihrer Beschwerde nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz zur Abweisung ihres Ausstands gesuchs auseinandergesetzt hat, obwohl ihr dies ohne weiteres möglich gewesen wäre. Gegen den als Gerichtsschreiber am vorinstanzlichen Verfahren mitwirkenden H_____ hat die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren kein Ausstands gesuch gestellt. Wie dieser mit seiner Stellungnahme vom 29. Juni 2016 zutreffend festgestellt hat, hätte der Berufungsklägerin bereits damals aufgrund seiner Mitwirkung an der Einigungsverhandlung vom 14. April 2015 seine Beteiligung am Verfahren klar sein müssen. Sie hat es aber unterlassen, gegen ihn Ausstandsgründe geltend zu machen. Solche substantiiert sie auch im vorliegenden Verfahren nicht und macht trotz entsprechender Beweislast auch nicht geltend, weshalb sie diese erst nach Abschluss des Verfahrens hätte geltend machen können. Die Rüge ist daher auch verspätet erfolgt und verwirkt (Wullschleger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 49 N 6 ff.).

E. 4

4.1 Soweit sich das Gesuch auf vollumfängliche Akteneinsicht (Ziff. II) auf das vorliegende Verfahren bezogen hat, ist es mit verfahrensleitenden Entscheiden des Instruktionsrichters behandelt und es ist ihm entsprochen worden. Da die Akteneinsicht aber nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheids gewesen ist, kann es auch nicht Gegenstand der materiellen Beurteilung im Berufungsverfahren bilden. Darauf ist nicht einzutreten.

4.2 Ebenfalls nicht einzutreten ist auf den Antrag der Berufungsklägerin auf Verpflichtung ihres vormaligen Vertreters, Rechtsanwalt F_____, ihr alle Akten zurückzugeben (Ziff. IV.). Ihr vormaliger Rechtsvertreter ist nicht Partei des Abänderungsverfahrens und der geltend gemachte Anspruch kann daher auch nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens gegen den geschiedenen Ehemann der Berufungsklägerin sein.

E. 5

Nicht eingetreten werden kann auch auf den Antrag der Berufungsklägerin, es ■seien alle Honorarnoten der involvierten Anwälte, insbesondere eines nie offiziell mandatierten sog.

Kinderanwalt zu sistieren und akribisch zu überprüfen■ (Ziff. VI.).

5.1 Mit dem angefochtenen Entscheid wurde die Berufungsklägerin zur Tragung der Kosten des Kinderanwalts in Höhe von CHF 16■100.15 verpflichtet. Diese Kosten gingen aber zufolge der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zu Lasten des Staates. Vorbehalten wurde jedoch eine Rückforderung bei verbesserten wirtschaftlichen Verhältnissen gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO. Im Übrigen wurden die Parteien verpflichtet, ihre Anwaltskosten bzw. Auslagen selbst zu tragen. Aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung wurden den Vertretern des Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin wie auch dem Kindsvertreter Honorare aus der Gerichtskasse zugesprochen. Auch diesbezüglich erfolgte der Vorbehalt der Rückforderung bei verbesserten wirtschaftlichen Verhältnissen gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO. Dieser Kostenentscheid ist grundsätzlich zusammen mit dem Sachentscheid mit Berufung anfechtbar (Jenny, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 110 N 2).

5.2 Soweit die Berufungsklägerin sich mit dem genannten Rechtsbegehren auf das Honorar des Vertreters des Berufungsbeklagten, C____, beruft, kann auf ihre Berufung nicht eingetreten werden, da sie durch den angefochtenen Entscheid materiell nicht beschwert ist (Zürcher, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 59 N 14). Diese Kosten resp. deren eventuelle Rückforderung sind dem Berufungsbeklagten auferlegt worden.

5.3 An einer aktuellen Beschwerde fehlt es der Berufungsklägerin auch hinsichtlich der aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung vom Staat übernommenen Kosten ihrer eigenen Vertretung und der Kindsvertretung. Es stellt sich aber die Frage, ob die Berufungsklägerin mit Hinblick auf eine mögliche Rückforderung den sie möglicherweise zukünftig belastenden Entscheid über die Höhe der zugesprochenen Honorare unter Verwirkungsfolge der Einrede bereits im vorliegenden Verfahren anzufechten hat oder dazu auch noch in einem Rechtsmittelverfahren gegen eine allfällige Rückforderungsverfügung Gelegenheit haben wird. Diese Frage kann vorliegend offen gelassen werden. Die Berufungsklägerin macht nicht geltend, weshalb die vergüteten Honorare der beiden Vertreter übersetzt sein sollen, stellt keine bezifferten Abänderungsanträge und lässt jede Begründung ihres Überprüfungsantrags vermissen. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung zu begründen, das heisst, es ist anzugeben, inwiefern der angefochtene Entscheid unzutreffend sein soll (vgl. dazu oben E. 2.3). Zudem erfüllt der Antrag auf akribische Überprüfung der zugesprochenen Anwaltshonorare auch die Anforderungen an einen bezifferten Antrag nicht. Das Rechtsbegehren einer Berufung muss so bestimmt gestellt werden, dass es im Falle seiner Gutheissung zum Urteil erhoben werden kann. Dies gilt auch zum Schutz des Berufungsbeklagten, welcher der Klageschrift genau entnehmen können muss, wogegen er sich zu verteidigen hat (vgl. AGE ZB.2013.4 vom 3. Juni 2013 E. 2.1 m.H. auf BGer 5A_621/2012 vom 20. März 2013 E. 4.3.3). Auf Geldzahlungen bezogene Rechtsbegehren sind damit nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Regelfall zu beziffern (vgl. BGE 137 III 617 E. 4.3 S. 619 m.w.H.). Da die Berufungsklägerin ihren Antrag aber nicht begründet, kann auch daraus keine ausnahmsweise zu berücksichtigende Bezifferung abgeleitet werden (dazu BGE 137 III 617 E. 6.2 S. 622; BGer 5A_621/2012 vom 20. März 2013 E. 4.1; so auch AGE BEZ.2012.73 vom 26. März 2013 E. 2 mit Bezug auf die entsprechenden Anforderungen an eine kantonale Beschwerde). Auf den entsprechenden Antrag ist nicht einzutreten.

E. 6

Mangels Begründung ebenfalls nicht eingetreten werden kann auf den Antrag der Berufungsklägerin, ■es sei der Kindsvater und Androhung der sofortigen Lohnpfändung, anzuordnen, die verfügten bis dato nicht überwiesenen Frauenalimente seit April 2015, zusätzlich zwei Monate Kinderalimente E____, (), innert 10 Tagen der Beklagten auf ihr Konto zukommen zu lassen■ (Ziff. VII). Soweit dem geltend gemachten Rechtsbegehren vor dem Hintergrund des bloss mit einer Nichtigkeitsrüge angefochtenen Entscheids, die abzuweisen bzw. auf die nicht einzutreten ist (vgl. vorstehende E. 2.2 f.), nicht sowieso das Fundament fehlt, stellt sich die Frage, ob auf das im Berufungsverfahren neu erhobene Rechtsbegehren nach Massgabe von Art. 317 Abs. 2 ZPO überhaupt eingetreten werden kann. Da das Begehren aber weder begründet noch belegt wird, braucht diese Frage nicht entschieden zu werden.

E. 7

Aus den gleichen Gründen nicht einzutreten ist auf das neue Rechtsbegehren, ■es sei dem Kindsvater weiteres Stalking in Form von Umziehen in meiner Nähe, wie es seit bald einem Jahr wieder der Fall ist, psychische Gewalt und physische Gewalt mit der sofortigen Anordnung einer spezifischen Therapie anzuordnen unter Androhung von Strafmassnahmen, da er rezidive Gewaltdelikte zum Nachteil der Beklagten ■ der jüngste am 08. Dezember 2015 ■ andauernd verübt und andere anstiftet, zu verüben■ (Ziff. VIII). Die Berufungsklägerin unterlässt es, ihr Rechtsbegehren mit der Berufungsbegründung zu begründen und zu belegen.

E. 8

Ebenfalls nicht einzutreten ist auf das erst replicando vorgebrachte Rechtsbegehren der Zusprechung eines angemessenen Schadenersatzes ■für meine Kinder und für mich■ (Replik, Ziff. III). Dieser Antrag erfolgt mit der zweiten Rechtsschrift verspätet (Art. 317 Abs. 2 ZPO) und wurde von der Berufungsklägerin zudem auch weder beziffert noch begründet. Da ein entsprechendes Begehren nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war, könnte das Berufungsgericht auch wegen fehlender Zuständigkeit nicht darauf eintreten.

E. 9

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Berufungsklägerin dessen Prozesskosten mit einer Gebühr von CHF 1■500.■ und einer Parteientschädigung zugunsten des Berufungsbeklagten von CHF 550.■ (inkl. Auslagen), zuzüglich MWST (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dies entspricht in Anwendung von Art. 105 Abs. 2 ZPO einem geschätzten Vertretungsaufwand von rund zwei Stunden zum Überwälzungstarif inklusive der notwendigen Auslagen, hinzu tritt die Mehrwertsteuer. Der Berufungsklägerin ist die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, weshalb die ihr auferlegte Gerichtsgebühr zu Lasten des Staates geht. Die Bewilligung des Kostenerlasses befreit hingegen nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Zu Folge der offensichtlichen Uneinbringlichkeit der dem Berufungsbeklagten zugesprochenen Parteientschädigung bei der Berufungsklägerin ist diese aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung zugunsten des Berufungsbeklagten zunächst vom Staat zu bezahlen. Seinem Vertreter ist daher ein Honorar von CHF 410.■ (2 Stunden à CHF 200.■ Prozessieren im Kostenerlass, inkl. Auslagen), zuzüglich CHF 32.80 MWST, aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Die Berufungsklägerin ist zur Nachzahlung der vom Staat

ausgerichteten Prozesskosten (Gebühr und Parteientschädigung an die Gegenpartei) verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

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