

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.23 vom 1. Mai 2013**

BS Appellationsgericht, 2013-05-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2016.23](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2016.23)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.23 du 1 mai 2013

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.23 del 1 maggio 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ziff. 6 i.V.m. § 99 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG; SG 154.100]). Das Berufungsgericht beurteilt die Sache mit voller Kognition (Art. 310 ZPO; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2. Auflage 2013, N 429).

1.3 Nach Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden. In Summarverfahren ist allerdings regelmässig von der Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung abzusehen (vgl. dazu Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage 2016, Art. 314 N 13 und Art. 316 N 7; AGE ZB.2014.51 vom 16. April 2015 E. 1.3). Der vorliegende Entscheid ergeht daher, wie mit Verfügung vom 25. August 2016 angekündigt, unter Verzicht auf eine Verhandlung und unter Beizug der Vorakten in Zirkulation.

1.4 Nachdem die Berufungsbeklagte gegen den Entscheid des Appellationsgerichts betreffend die Ehegattenalimentszahlungspflicht Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht hatte (s. oben Sachverhalt), befanden sich zum einen die Vorakten beim höchsten Gericht, weshalb sie dem Appellationsgericht nicht zur Verfügung standen. Entsprechend wurde eine Verfahrenssistierung bis zu deren Retournierung verfügt. Zum anderen war der Entscheid des Bundesgerichts auch abzuwarten, weil sich in Bezug auf die Voraussetzungen für die Abänderung von vorsorglichen Massnahmen dieselben Rechtsfragen zum nämlichen Sachverhalt stellen (s. unten Ziff. 3.3). Der vorliegende Entscheid war schliesslich auch mit den strittig gebliebenen Erwägungen zum Kinderunterhaltsanspruch im Berufungsverfahren betreffend die Scheidung zu koordinieren. Damit rechtfertigt sich die vergleichsweise lange Dauer des vorliegenden Berufungsverfahrens.

1.5 Der Berufungskläger verlangt mit Subeventualantrag die Verpflichtung der Berufungsbeklagten ihm ■CHF 50■000.■ in Anrechnung der güterrechtlichen Auseinandersetzung und/oder der Hilflosenentschädigung vorweg zu bezahlen■ und im Subsubeventualantrag die Verpflichtung der Berufungsbeklagten ihm ■seinen Anteil an der Hilflosenentschädigung von CHF 45■993.90 plus Verzugszinsen per 30. Juni 2016 von CHF 7■5214.69 zu bezahlen■. Diese Anträge gründen auf Forderungen, die der Berufungskläger im Scheidungsverfahren im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung erhoben hatte. Soweit diese Forderungen vom Zivilgericht im Rahmen des Scheidungsverfahrens überhaupt anerkannt worden sind, ist darüber nach erfolgtem Rückzug der Berufung gegen dieses Scheidungsurteil rechtskräftig entschieden, weshalb darüber im vorliegenden Verfahren als res iudicata nicht mehr zu befinden ist.

Der Berufungskläger rügt ausserdem, der Zivilgerichtspräsident sei zu Unrecht nicht auf diese auch im erstinstanzlichen Massnahmeverfahren gestellten Anträge eingegangen. Auch

darin ist ihm nicht Recht zu geben: Die Vorwegnahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder von Teilen davon ist im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des Scheidungsverfahrens, welches sich grundsätzlich nach den Eheschutzmassnahmen richtet, nicht vorgesehen. Dies hat zu gelten, auch wenn die vorsorglichen Massnahmen, anders als die Massnahmen des Eheschutzes, keinem numerus clausus unterliegen. Soweit vorsorgliche Massnahmen auf Regelungen betreffend das Vermögen der Ehegatten zielen, haben sie sich in Massnahmen zum Vermögensschutz zu erschöpfen (vgl. Sutter-Somm/Stanischewski, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur ZPO, 3. Auflage 2016, Art. 276 N 23). Die vom Berufungskläger gestellten Ausgleichsforderungen konnten demnach nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens sein. Folglich wurden sie auch zu Recht nicht behandelt.

## **E. 2**

2.1 Mit seinem Hauptantrag verlangt der Berufungskläger die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz. Im Berufungsverfahren ist eine Rückweisung an die Vorinstanz nach Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 und 2 ZPO nur dann vorgesehen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt worden ist oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigend ist (AGE ZB.2015.21 vom 22. Juni 2015 E. 5.2).

2.2 Soweit der Berufungskläger eine Rückweisung der Angelegenheit gestützt auf die seines Erachtens zu Unrecht nicht im angefochtenen Entscheid behandelten Anträge im Zusammenhang mit güterrechtlichen Ausgleichsforderungen verlangt, kann auf die vorgehenden Erwägungen betreffend den möglichen Gegenstand des Verfahrens um vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren verwiesen werden (s. oben Ziff. 1.5). Da in diesem Verfahren nicht auf diese Begehren einzutreten ist, kann deren Nichtbehandlung auch keine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz bewirken.

## **E. 2.3**

2.3.1 Der Berufungskläger rügt mit Bezug auf die Feststellung des Umfangs des von ihm und seinen beiden Brüdern ererbten Vermögens eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs, da er nicht nach den Umständen gefragt worden sei. Mutmasslich leitet er (auch) aus dieser Rüge seinen Antrag auf Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz ab.

2.3.2 Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt unter Einschluss der Regelung der Kinderunterhaltsbeiträge der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO in allen Verfahrensstadien und ist dieser von allen kantonalen Instanzen zu beachten (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage 2016, Art. 296 N 5, 8; AGE ZB.2013.55 vom 31. Januar 2014 E. 2.1). Die Parteien sind aber auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und insbesondere im Rahmen des summarischen Verfahrens nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhaltes im Sinne einer prozessualen Obliegenheit aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen (vgl. Art. 160 Abs. 1 ZPO; Schweighauser, a.a.O., Art. 296 ZPO N 10 ff.; ders., in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung Band II: Anhänge, 3. Auflage 2017, Anh. ZPO Art. 296 N 11 ff. m.w.H.). Folglich tragen sie auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung und den Nachteil des fehlenden Beweises für einen für sie günstigeren Sachverhalt (vgl. Sutter-Somm/Hostettler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO, 3. Auflage 2016, Art. 272 N 9 ff., 11 m.w.H.; Siehr/Bähler, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Auflage 2017,

Art. 272 N 4;Six, Eheschutz, 2. Auflage 2014, Rz 1.01; AGE ZB.2014.51 vom 16. April 2015 E. 3).

Eheschutzmassnahmen werden im summarischen Verfahren mit der dieser Verfahrensart eigenen Beweismittel- und Beweisstrengebeschränkung angeordnet; es genügt blosses Glaubhaftmachen(BGE 127 III 474E. 2b/bb S. 478). Lehre und Rechtsprechung gehen grundsätzlich davon aus, dass auf aufwändige Beweismassnahmen verzichtet werden kann (BGer 5A\_610/2012 vom 20. März 2013 E. 1.3 m.w.H.). Entsprechendes muss auch für die im summarischen Verfahren nach den Vorschriften des Eheschutzes zu treffenden vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens gelten.

2.3.3Der Berufungskläger hatte im gesamten Scheidungsverfahren ausreichend Gelegenheit, seine Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen und zu belegen, was er indessen zu weiten Teilen unterliess. Es war vor diesem Hintergrund nicht Sache des Zivilgerichts, die Vermögenssituation des Berufungsklägers mit Bezug auf sein Begehren um eine zeitweilige Aufhebung seiner Kinderunterhaltspflicht im Massnahmeverfahren von sich aus vertieft zu erforschen. Vielmehr hätte es dem Berufungskläger mit seinem Abänderungsgesuch obliegen, zumindest glaubhaft zu machen, dass es ihm weder möglich noch zumutbar ist, den eigenen Unterhaltsbedarf und jenen seiner Kinder aus seinem Vermögen zu decken. Die von ihm auch im Berufungsverfahren einzig behaupteten aber nicht belegten Umstände vermögen auch den reduzierten Anforderungen an eine Glaubhaftmachung nicht zu genügen. Vielmehr hat der Zivilgerichtspräsident zu Recht darauf hingewiesen, dass der Berufungskläger gestützt auf die vorhandenen Belege und die tatsächlichen Umstände (auch) über liquides Vermögen verfügen muss (vgl. dazu unten Ziff. 4.1 und 4.3). Die Rüge der ungenügenden Sachverhaltsabklärung vermag deshalb nicht zu verfangen. Es liegt kein Grund für eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz vor. Inwieweit die in diesem Zusammenhang gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rahmen des Berufungsverfahrens geheilt werden kann, bedarf damit keiner weiteren Ausführungen.

### **E. 3**

Auflage 2017, Art. 176 N 34). Damit ist weiterhin das vom Berufungskläger während seiner Anstellung bei der [...] SA erzielte Einkommen von monatlich CHF 14'311.─ netto (Einkommen ohne Kinderzulagen) massgebend und der Antrag auf Abänderung der Kinderunterhaltsbeiträge ist wegen Verneinens einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse abzuweisen.

3.4Hinfällig wird vor dem Hintergrund dieser Erwägungen und deren Rechtsfolge auch das Gesuch der Berufungsbeklagten um amtliche Erkundigung bei der neuen Arbeitgeberin des Berufungsklägers. Ohnehin ist den Parteien zwischenzeitlich aus dem Berufungsverfahren im Scheidungsverfahren (ZB.2016.26) bekannt, dass das Anstellungsverhältnis zwischen dem Berufungskläger und der [...] AG per 31. Mai 2017 endete.

3.5Wie bereits eingehend ausgeführt, können die im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Scheidungsverfahren geltend gemachten Ausgleichsforderungen nicht Gegenstand der vorsorglichen Massnahmen im Rahmen des Scheidungsverfahrens sein (vgl. oben Ziff. 1.5). Dementsprechend kann auch keine Sistierung von Unterhaltszahlungen bis zur Zahlung entsprechender Forderungen verlangt werden.

### **E. 4**

4.1 Vollständigkeitshalber wird festgehalten, dass der Vorrichter im Ergebnis, obwohl er von einer zu berücksichtigenden Veränderung der Einkommensverhältnisse ausgegangen ist, eine Abänderung der Kinderunterhaltsbeiträge angesichts des Vermögens des Berufungsklägers ablehnte. Er erwog, der Berufungskläger verfüge offenkundig über beträchtliches Vermögen. Allein die Erbschaft von seiner Mutter betrage gemäss Nachlassinventar rund CHF 1,4 Mio., wovon CHF 380'000 auf Liegenschaften entfielen, welche in der Regel tief geschätzt würden. Der Nachlassanteil des Berufungsklägers liege real bei mindestens CHF 500'000. Es sei ihm daher zuzumuten, daraus die laufenden Unterhaltsbeiträge für seine beiden Söhne zu finanzieren, zumal D\_\_\_\_\_ eine Privatschule mit monatlichen Kosten von gegen CHF 2'000 besuche, was beide Eltern und mit besonderem Nachdruck der Berufungskläger selber weiterführen wollten. Aus dem Umstand, dass das Schulgeld für D\_\_\_\_\_ nach wie vor bezahlt werde und D\_\_\_\_\_ für seine weitere schulische Laufbahn an der gleichen Privatschule angemeldet sei, könne abgeleitet werden, dass auch liquides Vermögen vorhanden sei.

4.2 Dazu ist darzulegen, dass auf das Vermögen der Eltern für den Kindesunterhalt nur ausnahmsweise zurückzugreifen ist. Dies gilt etwa dort, wo das Vermögen zwar gross, das Einkommen inklusive Vermögensertrag zur Deckung des Unterhaltsbedarfs aber unzureichend ist (insb. bei ertragslosem Vermögen wie zinslosen Darlehen, Kunstgegenständen, nicht bewirtschafteten Grundstücken, Gold etc.; Schweighauserin: Schwenzer/Fankhauser (Hrsg.), FamKomm Scheidung Band I: ZGB, 3. Auflage 2017, Art. 285 N 140 m.w.H.) oder bei Unterhaltsschuldern im Ruhestand, deren Vermögen als Altersvorsorge dient (BGer 5A\_14/2008 vom 28. Mai 2008 E. 5). Auf Vermögensverzehr kann Kinderunterhalt daher auch dann gestützt werden, wenn ein vermögender Elternteil selber ■ etwa aufgrund zeitweiliger Erwerbslosigkeit ■ zur Deckung des eigenen Unterhalts darauf angewiesen ist.

4.3 Mit der Berufungsbegründung bestreitet der Berufungskläger, dass er ausreichende Mittel aus dem Nachlass seiner Mutter zur Verfügung habe. Er begnügt sich allerdings mit weitschweifigen Behauptungen zu seiner angeblichen Vermögenssituation und unterlässt es auch im Berufungsverfahren, diese Ausführungen zu belegen. Offenbar ist er der Ansicht, das Gericht habe den Entscheid allein auf seine Behauptungen abzustützen und verkennt dabei, seine auch unter der Offizialmaxime geltende Beweispflicht (s. oben Ziff. 2.3.2). Fehlt aber eine umfassende Offenlegung seiner Vermögensverhältnisse, so kann im Einzelnen unbeantwortet bleiben, welcher Wert einzelnen Vermögenswerten wie etwa der ererbten Liegenschaft in Bettingen zukommt. Der Vorrichter hat denn auch zutreffend darauf verwiesen, dass allein aus der fortgeführten Bezahlung der Kosten für die Privatschule des einen Sohnes auch auf das Vorhandensein von liquidem Vermögen geschlossen werden kann. Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich demnach auch ohne die nun vom Bundesgericht festgelegte Zugrundelegung eines hypothetischen Einkommens als richtig.

4.4 Die weiteren wie schon in den parallelen Verfahren im Wesentlichen auf einer nicht tolerierbaren Diskreditierung der Berufungsbeklagten beruhenden Argumente gegen seine Leistungsfähigkeit aufgrund von Mitteln der Erbschaft zielen vor diesem Hintergrund zum Vornherein an der Sache vorbei.

## E. 5

5.1 Damit unterliegt der Berufungskläger im Berufungsverfahren vollständig und hat dessen ordentliche Kosten zu tragen. Die Gerichtskosten richten sich nach dem Gerichtsgebührenreglement vom 17. September 2017 (GGR, SG 154.810; § 41 Abs. 2 GGR). Dabei berechnet sich die Grundgebühr für das Berufungsverfahren gemäss den für das Verfahren vor Zivilgericht bestimmten Ansätzen (§ 12 GGR). Die Gebühr für summarische Verfahren beträgt mindestens CHF 200.■ und maximal CHF 20■000.■ (§ 10 Abs. 1 GGR). In Eheschutzverfahren ist sie auf mindestens CHF 300.■ bis maximal CHF 2■000.■ festzulegen, wobei für aufwändige Fälle eine Erhöhung auf bis zu CHF 10■000.■ möglich ist (§ 10 Abs. 2 Ziff. 1 und 1.1 GGR). Aufgrund der inhaltlichen Parallelen der vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren zu den Eheschutzverfahren rechtfertigt sich eine Orientierung an den Gebühren für Eheschutzentscheide. Bei der Festlegung einer Gebühr sind gemäss § 2 Abs. 1 GGR immer auch die Bedeutung des Falles (lit. a), der Zeitaufwand des Gerichts (lit. b), die tatsächliche und rechtliche Komplexität des Falls (lit. c) sowie in Zivilsachen der Streitwert (lit. d) zu beachten. Angesichts einer monatlichen Unterhaltspflicht von CHF 3■500.■ längstens bis zum definitiven Abschluss des Scheidungsverfahrens und der Komplexität der Sache rechtfertigt sich eine Gebühr von CHF 1■500.■.

5.2 Zudem ist dem Berufungskläger eine Parteientschädigung zu Gunsten der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Da die Berufungsbeklagte darauf verzichtet hat, dem Gericht einen Bemühungsausweis ihres Vertreters einzureichen, ist ihr angemessener Vertretungsaufwand vom Gericht in Anwendung der (kantonalen) Tarifverordnung festzusetzen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). In Anwendung von § 4 Abs. 1 lit. b Ziff. 8 Honorarordnung (HO, SG.291.400) resultiert aus einem Streitwert von CHF 77■000.■ (Kinderunterhaltsbeiträge von total CHF 3■500.■ monatlich per 1. Mai 2016 für 22 Monate) ein Grundhonorar von CHF 7■306.■. Dieses Honorar ist bei Summarverfahren wie dem vorliegenden Massnahmeentscheid gemäss § 10 Abs. 2 HO angemessen um ein Drittel bis vier Fünftel zu reduzieren. Sodann ist das im Berufungsverfahren nach den Regeln für das erstinstanzliche Verfahren berechnete Honorar ■in der Regel■ um einen weiteren Abzug von einem Drittel zu reduzieren (§ 12 Abs. 1 HO). Bei Abzug eines Drittels gemäss Art. 10 Abs. 2 HO resultiert ein Grundhonorar von CHF 4■870.■ und der Abzug eines weiteren Drittels gemäss § 12 HO ergibt ein Honorar von rund CHF 3■250.■. Dies entspricht bei Berücksichtigung des gewöhnlichen Stundenansatzes im Rahmen des Überwälzungstarifs nach § 14 Abs. 1 HO von CHF 250.■ einem angemessenen erscheinenden Aufwand von 13 Stunden. Darin eingeschlossen sind notwendige Auslagen, dazuzurechnen ist die Mehrwertsteuer.

5.3 Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben sich als unberechtigt erwiesen, womit auch kein Grund besteht, die vorinstanzliche Kostenregelung, welche die Kosten dem Berufungskläger auferlegt, abzuändern.

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