

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.26 vom 28. Februar 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2016.26](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2016.26)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.26 du 28 février 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.26 del 28 febbraio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte hat die Berufung nach Beendigung seines Parteivortrages an der Hauptverhandlung zurückgezogen. Damit fällt auch die Anschlussberufung nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut von Art. 313 Abs. 2 lit. c Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) dahin. Aus dieser Bestimmung geht gleichzeitig hervor, dass ein Rückzug der Berufung bis (spätestens) vor Beginn der Urteilsberatung zulässig ist. Der Rückzug erfolgte demnach zwar spät, aber zu einem noch zulässigen Zeitpunkt. Entgegen den Ausführungen der Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin endet folglich das Berufungsverfahren und ist über ihre mit Anschlussberufung erhobenen Anträge nicht mehr zu befinden (Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar ZPO, 3. Auflage 2017, Art. 313 N 2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage 2016, Art. 313 N 55).

Bei der Deklaration des Rückzuges der Berufung handelt es sich um eine einseitige prozessuale Willenserklärung, die unmittelbar eine neue Rechtslage bewirkt, namentlich den Berufungsprozess beendet bzw. zu dessen Abschreibung führt (s. unten Ziff. 2). Als sogenannte Bewirkungshandlung ist sie bedingungsfeindlich und grundsätzlich unwiderruflich (vgl. Willisegger, Grundstruktur des Zivilprozesses, Zürich 2012, S. 203). Der Berufungsrückzug wurde in Einhaltung der Formvorschriften entgegengenommen (Geschwend/Steck, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar ZPO, 3. Auflage 2017, Art. 241 N 12; Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage 2016, Art. 241 N 12). Die vom Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagten nach dem Vortrag der Gegenpartei getätigte Äusserung ■ dann prozessieren wir weiter■ (Prot. HV S. 8) ist demnach unbeachtlich. Ohnehin fällt nach dem Gesagten auch die Anschlussberufung definitiv dahin.

Da das Berufungsgericht zu Folge des Berufungsrückzuges weder über die Liegenschaftszuteilungen noch über die Aufteilung der Vorsorgegelder (s. unten Ziff. 4) zu befinden hat, ist auch die von den Parteien an der Berufungsverhandlung abgeschlossene Eventualvereinbarung unbeachtlich, die eine Anpassung einer im Grundbuch eingetragenen Verfügungsbeschränkung für in eine Liegenschaften investierte Vorsorgegelder des Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten im Falle einer Übertragung dieser Liegenschaft an die Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin durch das Berufungsgericht betrifft.

### **E. 2**

Der Rückzug der Berufung durch den Berufungskläger führt zur Abschreibung des Verfahrens (Art. 241 Abs. 3 ZPO; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2016, Rz 8.22; AGE ZB.2015.24 vom 14. Juli 2015 E. 1.2). Hierfür ist grundsätzlich das mit der Verfahrensleitung betraute Gerichtsmitglied als Einzelrichter zuständig. Dieses entscheidet gleichzeitig über die Höhe und die Verteilung der Prozesskosten (§ 45 Abs. 1 Gerichtsorganisationsgesetz [GOG. SG 154.100]). Da der Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte die Berufung erst im Laufe der Hauptverhandlung zurückgezogen hat, hat das für die Berufung zuständige Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 GOG) über den Abschreibungsentscheid entschieden.

### **E. 3**

Der angefochtene Entscheid ist ab Eingang des Rückzugs der Berufung rechtskräftig und vollstreckbar. Ein Rechtsmittel kann einzig gegen den im Abschreibungsbeschluss enthaltenen Kostenentscheid erhoben werden (Art. 241 Abs. 1 ZPO; Liebster, a.a.O., Art. 241 ZPO N 17 ff. mit Verweis auf BGE 139 III 133 [N17a].; Droese, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar ZPO, 3. Auflage 2017, Art. 336 N 6). Damit erwächst das Scheidungsurteil per 28. Februar 2018 in Rechtskraft und ist vollstreckbar.

Für die Dauer des Berufungsverfahrens und bis zum Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils dauern die vom Gericht angeordneten vorsorglichen Massnahmen an. Damit sind bis zum 28. Februar 2018 die im Massnahmeverfahren festgelegten Unterhaltsbeiträge für die beiden Söhne geschuldet.

Gemäss Art. 126 Abs. 1 Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210) setzt das Gericht für den nahehelichen Unterhalt eine Rente fest und regelt den Beginn der Beitragspflicht. Grundsätzlich beginnt die Zahlungspflicht mit Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils. Dies gilt immer dann, wenn das Gericht den Beginn der Zahlungspflicht nicht ausdrücklich regelt (Gloor/Spycher, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar ZGB I, 5. Auflage 2014, Art. 126 N 4). Ein von der Regel abweichender Beginn der nahehelichen Unterhaltspflicht wurde im Scheidungsurteil nicht festgelegt. Damit ist bis zum 28. Februar 2018 der im Massnahmeverfahren festgelegte Ehegattenunterhalt geschuldet.

Die Fortdauer der im Massnahmeverfahren festgelegten Unterhaltszahlungspflicht wird im Dispositiv des Abschreibungsentscheids festgehalten, da das Scheidungsverfahren bislang hochstrittig verlaufen ist und die Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin an der Berufungsverhandlung zum Ausdruck gebracht hat, dass dem (anwaltlich nicht vertretenen) Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagten unter Umständen nicht bewusst sei, dass das Scheidungsurteil durch den Berufungsrückzug nicht per ursprünglichem Scheidungsdatum vollständig in Rechtskraft erwachse. Vor diesem Hintergrund erscheint die deklaratorische Festhaltung dieser sich aus dem Gesetz ergebenden Rechtslage sinnvoll.

### **E. 4**

In Ziff. 12 des Dispositivs des Scheidungsurteils vom 27. Juni 2016 wird der Anspruch der Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin auf Übertragung von während der Ehe angesparten Altersguthaben des Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten auf ihr Freizügigkeitskonto geregelt. Das Vorsorgegeld des Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten befindet sich zwischenzeitlich nicht mehr auf einem Konto

der im Scheidungsurteil genannten Vorsorgeeinrichtung sondern bei der Vorsorgeeinrichtung [...]. Das Dispositiv des nun in Rechtskraft erwachsenen Scheidungsurteils ist deshalb entsprechend zu berichtigen bzw. zu aktualisieren.

#### **E. 5**

Die Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin hat um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht. Darüber wurde im Verfahren bislang noch nicht entschieden, sondern mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 7. November 2016 einzig vorläufig auf die Erhebung eines Kostenvorschusses für die Erhebung der Anschlussberufung verzichtet. Damit hat der Spruchkörper über den Antrag zu entscheiden (§ 43 Abs. 1 GOG). Nachdem die Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin an der Hauptverhandlung ihre definitive Steuerveranlagung für das Jahr 2016 eingereicht hat (Beilage 19), welche kein steuerbares Einkommen und Vermögen belegt, ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Da der Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen hat (s. unten Ziff. 7), kommt ein Anspruch ihres Rechtsvertreters auf Ausrichtung eines Honorars durch den Staat allerdings nur subsidiär im Falle der Uneinbringlichkeit der gesprochenen Parteientschädigung zum tragen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Vergütet wird diesfalls allerdings nur ein Stundenansatz von CHF 200.-, zuzüglich Spesen und MWST. Der Anspruch auf Zahlung der Parteientschädigung geht im Umfang des geleisteten Honorars auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

#### **E. 6**

Der Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte hat im Verfahren verschiedentlich um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht. Mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 9. November 2017 wurde ein entsprechendes Gesuch ■zumindest zurzeit■ abgewiesen mit der Begründung, der Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte habe dem Gericht seine Einkommenssituation und seine komplexe Vermögenslage nicht klar verständlich dargelegt und nur ungenügend belegt. Eine Wiedererwägung dieser Entscheidung wurde mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 20. November 2017 abgelehnt. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen (BGer 5A\_987/2017 vom 22. Dezember 2017).

Auch an der Berufungsverhandlung belässt es der Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte weitgehend bei der Behauptung seiner Hablosigkeit und reicht nur vereinzelte Unterlagen dazu ein. Diesen ist zu entnehmen, dass die Erbengemeinschaft bestehend aus dem Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagten sowie dessen Geschwister über ein Guthaben von CHF 390■919.73 verfügt. Auch wenn betreffend den dem Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagten bei Liquidation des Nachlasses zustehenden Erlös eine Anweisung des Regionalgerichts [...] vom 13. Februar 2018 an den für den Nachlass zuständigen Notar besteht, Verfügungen über diesen Liquidationsanteil im Umfang von CHF 75■000.■ einzig mit schriftlicher Zustimmung der regionalen Sozialdienste [...] vorzunehmen, ist festzustellen, dass damit nachweislich Vermögen des Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten vorhanden ist. Hinzu kommt, dass der Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte eine Mietwohnung zu einem monatlichen Mietzins von CHF 1■950.■ bewohnt und an der Berufungsverhandlung erklärt hat, weiterhin für die Kosten der Privatschule für Sohn D\_\_\_\_ aufkommen zu können und CHF 130■000.■ zu haben (Prot. HV S. 4). Er hat demnach nach wie vor hohe

Lebenshaltungskosten und gesteht das Vorhandensein von Vermögen zu. Die unentgeltliche Prozessführung ist ihm deshalb nicht zu gewähren. Dies umso mehr als er weiterhin seine finanziellen Verhältnisse nicht nachvollziehbar und umfassend offenlegt.

#### E. 7

Zieht die klagende Partei ihre Klage zurück, gilt sie als unterliegend und hat damit die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte hat demnach die Gerichtskosten zu tragen und der Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen.

Bei der Festlegung der Gerichtskosten kommt das Gerichtsgebührenreglement vom 17. September 2017 (GGR, SG 154.810) zur Anwendung (§ 41 Abs. 2 GGR). Für die Festlegung der Gebühr im Berufungsverfahren kommen die Grundsätze der Regelung der Gebühren vor erster Instanz zur Anwendung (§ 12 Abs. 1 GGR). In Scheidungsverfahren beträgt die Grundgebühr in der Regel zwei Fünftel des monatlichen Nettolohnes des alleinverdienenden Ehegatten oder ein Drittel der monatlichen Nettolöhne beider Parteien, falls dieser Betrag höher ist als zwei Fünftel des Monatslohnes der mehrverdienenden Partei. Bei Vermögen über CHF 120'000.00 wird ein Zuschlag von 2,5 bis 5% des Nettovermögens berechnet (§ 7 Abs. 1 GGR). Wie dargelegt (s. oben Ziff. 6) sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten dem Gericht nicht abschliessend bekannt. Es rechtfertigt sich deshalb für die Berechnung der Gerichtsgebühr auf das im Massnahmeverfahren angewandte hypothetische Einkommen von monatlich CHF 14'311.00 (Einkommen gemäss Entscheid des Obergerichts des Kantons [...] vom 1. Mai 2013 abzüglich CHF 400.00 Kinderzulagen) abzustellen (vgl. BGer 5A\_297/2016). Die Grundgebühr vor erster Instanz beträgt damit rund CHF 5'700.00. Die so festgelegte Gebühr kann in Anwendung von § 15 Abs. 1 lit. a GGR unter anderem um bis zu 30% erhöht werden, wenn im Berufungsverfahren Zwischenentscheide zu fällen sind. Eine Erhöhung bis auf das doppelte der maximalen Grundgebühr ist gemäss § 15 Abs. 1 lit. c GGR in Prozessen, in denen die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse besonderes kompliziert oder sonst von weitläufiger Art sind, möglich. Beides trifft vorliegend zu. Nachdem nun aber das hypothetische Einkommen als Grundlage der Gebührenberechnung verwendet wird, sieht das Berufungsgericht trotz der enormen Aufblähung des Verfahrens durch den Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagten davon ab. Die Gebühr wird ausserdem auf CHF 5'000.00 reduziert, nachdem das bereits umfassend in die Akten eingearbeitete Gericht immerhin die Nebenfolgen der Scheidung zufolge des Rückzugs der Berufung nicht mehr zu beraten und zu beurteilen hatte und auch kein schriftliches Urteil in der Sache zu verfassen ist.

Der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin hat dem Gericht seine Honorarnote zur Festlegung der Parteientschädigung eingereicht. Er führt dazu aus, dass ihm ein Honorar von 100% des hypothetischen Monatseinkommens des Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten zustehe (§ 15 Abs. 1 Honorarordnung [HO, SG 291.400]), da dessen zahlreiche Eingaben einen zusätzlichen und unnötigen Aufwand verursacht hätten. Das nach Aufwand berechnete Honorar betrage CHF 13'567.50 (50,25 h zu CHF 270.00) zuzüglich MWST und Spesen. Das Gericht hält aufgrund des zu Recht geltend gemachten grossen Arbeitsaufwandes ein Abstellen auf die tatsächlich aufgewandten Arbeitsstunden zuzüglich MWST und Spesen für die Festlegung

der Parteientschädigung für gerechtfertigt und angemessen. Es ist allerdings ein Stundenansatz von CHF 250.■ anzuwenden. Obwohl die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse komplex sind, waren diese dem Rechtsvertreter aus dem langwierigen erstinstanzlichen Verfahren bestens vertraut. Der aufgrund der Art und Weise der Prozessführung entstandene Mehraufwand wird mit der Honorierung von 50,25 Arbeitsstunden abgegolten.

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