

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.19 vom 12. Juli 2017**

BS Appellationsgericht, 2017-07-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2018.19](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2018.19)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.19 du 12 juillet 2017

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.19 del 12 luglio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sind grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dies ist vorliegend der Fall. Zur Beurteilung der Berufung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Mit der Berufung können gemäss Art. 310 ZPO eine unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden.

1.2 Berufungen gegen im summarischen Verfahren ergangene Entscheide sind innert 10 Tagen zu erheben (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der begründete Entscheid wurde den Berufungsklägern am 25. April 2018 zugestellt. Die Frist für die Einreichung der Berufung endete damit am 7. Mai 2018. Die Berufung vom 3. Mai 2018 wurde an diesem Tag und damit rechtzeitig der Post übergeben. Während laufender Berufungsfrist kann der Berufungskläger seine Berufung ergänzen (Kunz, in: Kunz/Hoff-mann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde. Kommentar zu den Art. 308■327a ZPO, Basel 2013, Art. 311 N 30; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 859). Die am 4. Mai 2018 der Post übergebene Eingabe vom gleichen Tag ist somit ebenfalls zu berücksichtigen. Die am 8. Mai 2018 der Post übergebene Eingabe vom gleichen Tag ist hingegen verspätet und deshalb unbeachtlich.

### **E. 2**

2.1 Die Berufungskläger machen in verschiedener Hinsicht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV, SR 101]) im erstinstanzlichen Verfahren geltend.

2.2 Die Berufungskläger behaupten zunächst, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden, weil sie keine Gelegenheit erhalten hätten, zur Stellungnahme der Berufungsbeklagten vom 23. November 2017 Stellung zu nehmen (Berufung, S. 3 Ziff. 14). Diese Behauptung ist aktenwidrig. Mit verfahrensleitender Verfügung der Instruktionsrichterin vom 12. Dezember 2017 wurden den Parteien beidseitige Eingaben wechselseitig zur Kenntnisnahme zugestellt. Dabei wurden die Parteien ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie an der vorgesehenen Parteiverhandlung zu den gegnerischen Eingaben würden Stellung nehmen können. Von dieser Gelegenheit hat der Berufungskläger 2 anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. Januar 2018 denn auch Gebrauch gemacht, wie aus dem Verhandlungsprotokoll (S. 2) unmissverständlich hervorgeht. Es ist demzufolge überhaupt nicht erkennbar, inwiefern das Zivilgericht mit seinem Vorgehen das rechtliche Gehör der

Berufungskläger verletzt haben könnte.

2.3 Die Berufungskläger tragen sodann vor, anlässlich der Hauptverhandlung habe die Zivilgerichtspräsidentin zuerst dem Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten Gelegenheit gegeben, Stellung zum Gesuch der Berufungskläger vom 2. August 2017 zu nehmen. Dieser habe der Zivilgerichtspräsidentin zuerst zwei Honorarnoten vom 11. Januar 2018 eingereicht. Die Zivilgerichtspräsidentin habe diese kopieren lassen und dem Berufungskläger 2 Kopien gegeben. Anschliessend habe der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten einen kleinen Teil dessen, was er in der Stellungnahme vom 23. November 2017 geschrieben habe, mündlich vorgetragen. Hierauf habe die Zivilgerichtspräsidentin den Berufungskläger 2 gefragt, was er dazu sage. Er habe gesagt, dass er mit den Honorarnoten nicht einverstanden sei, weil er sie nicht habe kontrollieren können, und dass die Stellungnahme des Rechtsvertreters der Berufungsbeklagten aufgrund von Art. 132 und Art. 253 ZPO ungültig sei. Der Berufungskläger 2 habe eine Stellungnahme zur Eingabe der Berufungsbeklagten vom 23. November 2017 abgeben wollen und sei deshalb zum Punkt Materielles übergegangen. Die Zivilgerichtspräsidentin habe dies jedoch nicht erlaubt und die Gerichtsverhandlung jäh beendet. Damit habe sie gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör verstossen (Berufung, S. 4 f. Ziff. 20).

Diese Darstellung steht im Widerspruch zum Ablauf der Verhandlung, wie er im Verhandlungsprotokoll (vgl. S. 2) wiedergegeben ist. Gemäss besagtem Verhandlungsprotokoll erhielt zuerst der Berufungskläger 2 Gelegenheit zur Stellungnahme zur Eingabe der Berufungsbeklagten vom 23. November 2017. Der Berufungskläger 2 nutzte diese Gelegenheit und machte sinngemäss geltend, die Voraussetzungen von Art. 63 ZPO seien erfüllt. Dass der Berufungskläger 2 sich auch zur materiellen Begründetheit des Gesuchs um Abberufung der Verwaltung hätte äussern wollen und die Zivilgerichtspräsidentin ihm dies verwehrt hätte, kann dem Protokoll nicht entnommen werden. Damit ist die Rüge der Berufungskläger, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, unbegründet. Dies wäre übrigen auch dann der Fall, wenn die Zivilgerichtspräsidentin Stellungnahmen zur materiellen Begründetheit des Gesuchs nicht zugelassen hätte. Denn gemäss Art. 125 lit. a ZPO kann das Gericht das Verfahren zur Vereinfachung des Prozesses auf einzelne Fragen beschränken. Da das Gesuch wegen Nichteinhaltung der Verwirkungsfrist von Art. 712r Abs. 2 des Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) ohnehin abzuweisen ist (dazu hinten E. 5.3), wäre es auch gerechtfertigt gewesen, den Gegenstand der Verhandlung auf formelle Fragen zu beschränken.

2.4 Die übrigen Rügen betreffend Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. Berufung, S. 2 Ziff. 7, S. 6 Ziff. II sowie S. 9 Ziff. 2 und 4) sind offensichtlich unbegründet, so dass darauf nicht näher einzutreten ist.

### **E. 3**

Die Berufungskläger rügen, dass die Zivilgerichtspräsidentin auch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV und Art. 52 ZPO) verstossen habe. Namentlich machen sie geltend, dass die Zivilgerichtspräsidentin der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 1. November 2017 Frist gesetzt habe zur Einreichung ihrer Stellungnahme zum Gesuch der Berufungskläger vom 2. August 2017 bis drei Wochen ab Zustellung der Verfügung, also bis zum 23. November 2017, nicht mehr erstreckbar. Mit ihrer Verfügung vom 10. November 2017 habe sie diese Frist jedoch bis 27. November 2017 peremptorisch erstreckt (Berufung, S. 3 Ziff. 11 f. und S. 6 f. Ziff. III). Die Berufungskläger übersehen mit

ihrem Vorbringen, dass mit der Verfügung vom 10. November 2017 nicht die mit Verfügung vom 1. November 2017 peremptorisch um drei Wochen verlängerte Frist für die Stellungnahme zum Gesuch vom 2. August 2017 erstreckt worden ist, sondern die mit Verfügung vom 25. Oktober 2017 nicht peremptorisch angesetzte Frist für die fakultative Stellungnahme zur Eingabe der Berufungskläger vom 20. Oktober 2017. Von einer Verletzung des Grundsatzes von Treu und Handeln kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Die übrigen Rügen betreffend Verletzung dieses Grundsatzes (vgl. Berufung, S. 3 f., Ziff. 14, S. 4 f. Ziff. 20, S. 5 f. Ziff. 21, S. 8 Ziff. 5 f. sowie S. 9 Ziff. 3 f.) sind derart offensichtlich unbegründet, dass darauf nicht einzutreten ist.

#### **E. 4**

Die Berufungskläger beantragen, im Fall der Rückweisung an das Zivilgericht sei die Verhandlung wegen Befangenheit der Präsidentin [...] von einer anderen Präsidentin oder einem anderen Präsidenten zu leiten. Damit machen sie geltend, die Zivilgerichtspräsidentin sei befangen. Befangenheit und damit ein Ausstandsgrund ist generell anzunehmen, wenn Umstände bestehen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit der Gerichtsperson zu erwecken. Das subjektive Empfinden einer Partei ist bei der Beurteilung solcher Umstände nicht massgebend. Vielmehr müssen die Umstände bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit oder Voreingenommenheit begründen. Dass die Gerichtsperson tatsächlich befangen ist, wird nicht verlangt (VGE DG.2016.16 vom 14. November 2016 E. 2.2; vgl. BGE 140 I 240 E. 2.2 S. 242; 139 I 121 E. 5.1 S. 125). Verfahrensfehler oder inhaltlich falsche Entscheide einer Gerichtsperson vermögen im Allgemeinen keinen objektiven Verdacht der Befangenheit zu begründen. Sie können somit grundsätzlich nicht als Begründung für die Befangenheit herangezogen werden, sondern sind im dafür vorgesehenen Rechtsmittelverfahren zu rügen. Befangenheitsbegründend sind nur besonders qualifizierte oder wiederholte Fehler, die als schwere Amtspflichtverletzungen zu betrachten sind (VDE DG.2016.16 vom 14. November 2016 E. 2.2; vgl. BGE 116 Ia 135 E. 3a S. 138; BGer 5A\_472/2009 vom 10. November 2009 E. 6.2). Die Berufungskläger machen keine Umstände glaubhaft, die bei objektiver Betrachtungsweise in irgendeiner Art und Weise geeignet wären, Misstrauen in die Unparteilichkeit der Zivilgerichtspräsidentin zu erwecken. Folglich ist die Rüge der Befangenheit unbegründet.

#### **E. 5**

5.1 Das Zivilgericht hat in einem ersten Schritt geprüft, ob vorliegend die Voraussetzungen von Art. 63 ZPO erfüllt sind. Abs. 1 dieser Bestimmung bestimmt Folgendes: Wenn eine Eingabe, die mangels Zuständigkeit zurückgezogen worden ist oder auf die mangels Zuständigkeit nicht eingetreten worden ist, innert eines Monats seit dem Rückzug oder dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht wird, gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung. Gleiches gilt gemäss Abs. 2 dieser Vorschrift, wenn eine Klage nicht im richtigen Verfahren eingereicht worden ist. Das Zivilgericht ist zum Schluss gekommen, dass das "Gesuch um summarisches Verfahren" vom 2. August 2017 teilweise erheblich von den entsprechenden Abschnitten in der als "Schriftliche Klage" bezeichneten Rechtsschrift vom 19. Juni 2017 abweiche, auf welche mit Entscheid vom 12. Juli 2017 im Verfahren V.2017.743 nicht eingetreten worden sei. Da Art. 63 ZPO somit nicht zur Anwendung gelangen könne, sei das Gesuch zu beurteilen, welches am 2. August 2017 rechtshängig geworden sei (angefochtener Entscheid, E. 3 f.).

Gestützt hierauf hat das Zivilgericht erwogen, dass das Gesuch der Berufungskläger vom 2. August 2017 um Absetzung der Hausverwaltung D\_\_\_\_\_ wegen Nichteinhaltung der Verwirkungsfrist von Art. 712r Abs. 2 ZGB abgewiesen werden müsse. Am 11. Mai 2017 habe die ordentliche Versammlung der STWEG C\_\_\_\_\_ stattgefunden. Im Beschlussprotokoll sei festgehalten, dass die D\_\_\_\_\_ das Verwaltungsmandat weiterführen dürfe und die Abberufung der Hausverwaltung durch die Versammlung abgelehnt worden sei. Die einmonatige Verwirkungsfrist gemäss Art. 712r Abs. 2 ZGB laufe ab dem Tage des ablehnenden Versammlungsbeschlusses, so dass diese Frist spätestens am 12. Juni 2017 abgelaufen sei. Somit seien weder die Eingabe vom 19. Juni 2017 im Verfahren V.2017.743 noch die erneuerte Eingabe vom 2. August 2017 als fristwährend zu qualifizieren (angefochtener Entscheid, E. 5).

5.2 Die Berufungskläger machen sinngemäss geltend, dass die Voraussetzungen von Art. 63 ZPO erfüllt seien (Berufung, S. 7 Ziff. 2 und S. 8 Ziff. 4).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt die Anwendung von Art. 63 ZPO voraus, dass der Ansprecher die identische Eingabe, d.h. die gleiche Rechtsschrift, die er ursprünglich bei einem unzuständigen Gericht eingegeben hat, im Original bei der von ihm für zuständig gehaltenen Behörde neu einreicht (BGE 141 III 481 E. 3.2.4 S. 486 f.). Dieses Urteil betraf die Einreichung bei einer unzuständigen Behörde im Sinn von Art. 63 Abs. 1 ZPO. Die Erwägungen des Bundesgerichts erwecken aber den Eindruck, dass das Erfordernis der Einreichung einer identischen Eingabe auch für den Fall der Einreichung in einem unrichtigen Verfahren gemäss Art. 63 Abs. 2 ZPO gelten soll. Ob dies tatsächlich der Fall ist, kann offen bleiben, weil die Berufung auch abzuweisen wäre, wenn die Rechtshängigkeit des Gesuchs um Abberufung der Hausverwaltung in Anwendung von Art. 63 ZPO auf den 19. Juni 2017, den Zeitpunkt des ersten Gesuchs ("schriftliche Klage" im Verfahren V.2017.743), zurückbezogen werden könnte.

Das Gesuch vom 2. August 2017 ist aus den vom Zivilgericht erwähnten Gründen klarerweise nicht identisch mit der Klage vom 19. Juni 2017. Dies bedeutet jedoch nicht notwendigerweise, dass die Voraussetzungen von Art. 63 ZPO nicht erfüllt sind. Gemäss BGE 141 III 481 steht es dem Ansprecher frei, der neu eingereichten ursprünglichen Eingabe ein erklärendes Begleitschreiben beizufügen, das namentlich Ausführungen darüber enthalten kann, dass zunächst eine unzuständige Behörde angerufen worden sei und nun eine Neueinreichung der Eingabe bei der für zuständig erachteten Instanz erfolge (BGE 141 III 481 E. 3.2.4 S. 488). Im Gesuch vom 2. August 2017 erklären die Berufungskläger, sie möchten den Teil der Klage vom 19. Juni 2017 betreffend die Abberufung der Verwaltung im summarischen Verfahren gestützt auf Art. 63 ZPO neu einreichen, und reichen die Klage vom 19. Juni 2017 als Beilage a ein. Unter diesen Umständen erscheint es durchaus denkbar, das Gesuch vom 2. August 2017 als blosses Begleitschreiben zur neu eingereichten identischen Eingabe vom 19. Juni 2017 zu betrachten. Damit wären die Voraussetzungen von Art. 63 ZPO erfüllt, würde der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Gesuchs auf den Zeitpunkt der Einreichung der Klage vom 19. Juni 2017 zurückbezogen und wäre das Gesuch auf der Grundlage der Eingabe vom 19. Juni 2017 zu beurteilen. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offen bleiben, weil das Gesuch um Absetzung der Verwaltung aus den nachstehenden Gründen auch dann abzuweisen ist, wenn davon ausgegangen wird, es sei am 19. Juni 2017 eingereicht worden.

5.3 Die Berufungskläger halten dafür, ihr Gesuch um Abberufung der Verwaltung rechtzeitig eingereicht zu haben. Sie hätten nicht an der Stockwerkeigentümerversammlung

vom 11. Mai 2017 teilgenommen. Vom ablehnenden Versammlungsbeschluss hätten sie erst mit der Zustellung des Versammlungsprotokolls am 26. Mai 2017 Kenntnis erhalten. Die Frist für die Einreichung der Klage sei somit am 25. Juni 2017 abgelaufen. Sie hätten ihre schriftliche Klage am 19. Juni 2017 demnach fristgemäss eingereicht (Berufung, S. 1 f. Ziff. 3 f.). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

Gemäss Art. 712r Abs. 2 ZGB können Stockwerkeigentümer binnen Monatsfrist bei Gericht die Abberufung der Verwaltung verlangen, wenn die Versammlung die Abberufung unter Missachtung wichtiger Gründe abgelehnt hat. Nach vorherrschender und überzeugender Auffassung beginnt die Frist mit dem Datum der betreffenden Stockwerkeigentümerversammlung (und nicht erst mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme des ablehnenden Beschlusses) zu laufen (Wermelinger, Zürcher Kommentar. Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 712r N 64; Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar. Das Stockwerkeigentum, Art. 721a-712t ZGB, Bern 1988, Art. 712r N 24; Bösch, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, Basel 2015, Art. 712r N 7; Einzelrichter des Bezirks Schwyz SV 2007 68 vom 10. Juli 2007 in: EGV-SZ 2007, A 2.3, S. 18 f.; a.A. Deillon-Schegg, Die gerichtliche Abberufung des Verwalters beim Stockwerkeigentum wegen "wichtiger Gründe" ■ Bemerkungen zu BGE 126 III 177 ff., in: recht 2000 S. 238 ff., 240 f.). Die Klagefrist hat vorliegend demzufolge am 11. Mai 2017 zu laufen begonnen, ungeachtet dessen, dass die Berufungskläger an der fraglichen Stockwerkeigentümerversammlung nicht teilgenommen haben, sondern erst später durch Zustellung des Versammlungsprotokolls vom ablehnenden Beschluss erfahren haben. Selbst wenn man davon ausginge, dass die Berufungskläger mit ihrem Gesuch vom 2. August 2017 die Voraussetzungen von Art. 63 ZPO erfüllen würden und sie demnach ihr Gesuch um Abberufung der Verwaltung bereits mit ihrer Eingabe vom 19. Juni 2017 im Verfahren V.2017.743 anhängig gemacht hätten, wäre die Monatsfrist von Art. 712r Abs. 2 ZGB zu diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen gewesen. Die Klage bzw. das Gesuch ist deshalb zu Recht vom Zivilgericht wegen Verspätung bzw. Verwirkung abgewiesen worden (vgl. auch Wermelinger, a.a.O., Art. 712m N 240).

## **E. 6**

Die Berufungskläger beanstanden schliesslich die Höhe der ihnen im erstinstanzlichen Verfahren auferlegten Parteientschädigung (Berufung, S. 5 f. Ziff. 21 und S. 8 Ziff. 6). Auch ihre diesbezüglichen Rügen sind unbegründet. Die Bemühungen des Rechtsvertreters der Berufungsbeklagten in der Zeit vom 21. September bis 31. Dezember 2017 sind in der Honorarnote Nr. 3568 detailliert aufgeführt. Weder diese Bemühungen noch der dafür geltend gemachte Zeitaufwand sind zu beanstanden. In der Honorarnote Nr. 3569 setzte der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten für die Verhandlung vom 12. Januar 2018 einen Zeitaufwand von zwei Stunden ein. Dabei handelt es sich offensichtlich um eine blosser Schätzung. Der Vorwurf der Berufungskläger, der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten habe damit eine Urkundenfälschung begangen, ist haltlos. Mit der Honorarnote Nr. 3569 machte die Berufungsbeklagte ein Honorar von CHF 1'650.■ entsprechend einem Zeitaufwand von fünfeinhalb Stunden geltend. Das Zivilgericht reduzierte die Parteientschädigung für den von dieser Honorarnote erfassten Zeitraum vom 8. bis 12. Januar 2018 auf CHF 1'200.■ entsprechend einem Zeitaufwand von vier Stunden. Damit anerkannte es für die Verhandlung nur einen Zeitaufwand von 30 Minuten (angefochtener Entscheid, E. 6). Dies ist bei einer reinen Verhandlungszeit von 20 Minuten nicht zu

beanstanden. Soweit diese Kürzung durch das Zivilgericht nicht explizit begründet worden ist, könnte lediglich die Berufungsbeklagte eine Verletzung der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten Begründungspflicht geltend machen, da alleine sie durch die Kürzung der Parteientschädigung belastet worden ist. Die Berufungskläger sind hingegen dadurch nicht belastet, sondern begünstigt worden, indem die ihnen auferlegte Parteientschädigung entsprechend niedriger ausgefallen ist.

#### **E. 7**

Ist die Berufung nach dem Gesagten vollumfänglich abzuweisen, gehen die Kosten des Berufungsverfahrens zu Lasten der Berufungskläger (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden mit CHF 1'500.─ festgesetzt (vgl. § 12 Abs. 1 des Gerichtsgebührenreglements [GGR, SG 154.810]). Der Berufungsbeklagte sind aufgrund des Verzichts auf Einholung einer Berufungsantwort keine Parteikosten entstanden, so dass den Berufungsklägern keine Parteientschädigung zu Gunsten der Berufungsbeklagten aufzuerlegen ist.

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