

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.32 vom 15. Januar 2021**

BS Appellationsgericht, 2021-01-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2020.32](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2020.32)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.32 du 15 janvier 2021

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.32 del 15 gennaio 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

der Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Die Frist wird eingehalten, wenn die Berufung spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird (BGE 140 III 636 E. 3.1 S. 638; vgl. Art. 143 Abs. 1 ZPO).

1.2 In der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Entscheids wird korrekt darauf hingewiesen, dass die Berufung beim Appellationsgericht einzureichen ist. Trotzdem gab der Ehemann die Berufung am 15. September 2020 am Schalter des Zivilgerichts ab (Eingangsstempel auf der Berufung; Verfügung des Zivilgerichts vom 16. September 2020). Mit Verfügung vom 16. September 2020 leitete das Zivilgericht die Berufung zuständigkeitshalber dem Appellationsgericht weiter.

In analoger Anwendung von Art. 48 Abs. 3 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) gilt die Berufungsfrist als gewahrt, wenn die Berufung rechtzeitig versehentlich bei der Vorinstanz eingereicht worden ist (vgl. BGE 140 III 636 E. 3.6 f. S. 642 f.). Wenn die Partei die unzuständige Instanz bewusst angerufen hat, ist Art. 48 Abs. 3 BGG nicht anwendbar (BGE 140 III 636 E. 3.5 S. 641; BGer 2C\_462/2014 vom 24. November 2014 E. 3.2, 2C\_610/2010 vom 21. Januar 2011 E. 2.5). Die Bestimmung entbindet die Parteien nicht von der Obliegenheit zur sorgfältigen Prozessführung (BGer 2C\_462/2014 vom 24. November 2014 E. 3.2). Ihre Anwendung setzt deshalb voraus, dass die Anrufung der unzuständigen Behörde das Resultat möglicher Zweifel bezüglich der Zuständigkeit etwa aufgrund einer unklaren Rechtslage oder einer unklaren Rechtsmittelbelehrung ist (vgl. BGer 2C\_610/2010 vom 21. Januar 2011 E. 2.5, 2D\_19/2009 vom 10. Juni 2009 E. 2.2). Wenn Art. 48 Abs. 3 BGG nicht (analog) anwendbar ist, gilt die Frist nur als gewahrt, wenn die unzuständige Behörde die Berufung noch innert Frist an die zuständige Rechtsmittelinstanz weiterleitet (BGE 140 III 636 E. 3.6 S. 643; OGer ZH PF130016-O/U vom 26. Juni 2013 E. 3a).

Im vorliegenden Fall rief der Ehemann bewusst die unzuständige Instanz an, indem er seine Berufung an das Zivilgericht adressierte und er sich ausdrücklich an den Zivilgerichtspräsidenten und das Team des Zivilgerichts wandte (Berufung S. 1). Da die Rechtslage betreffend die Zuständigkeit klar ist und in der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Entscheids unmissverständlich darauf hingewiesen wird, dass die Berufung beim Appellationsgericht einzureichen ist, konnte der Ehemann bezüglich der Zuständigkeit bei Anwendung minimalster Sorgfalt keine Zweifel hegen. Damit ist die analoge Anwendung von Art. 48 Abs.

### **E. 1.3**

1.3.1 Mit Eingabe vom 15. Mai 2020 verlangte der Ehemann eine schriftliche Begründung des Urteils des Zivilgerichts. Am 10. Juni 2020 sandte das Zivilgericht den schriftlich begründeten Entscheid als Gerichtsurkunde an die korrekte Adresse des Ehemanns. Am 11. Juni 2020 wurde die Sendung zur Abholung gemeldet mit Frist bis zum 18. Juni 2020 (Briefumschlag; Sendungsverfolgung). Aufgrund der Postinformation besteht eine natürliche Vermutung dafür, dass dem Ehemann am 11. Juni 2020 eine Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt worden ist (vgl. BGer 5A\_338/2017 vom 20. Februar 2018 E. 4.2.2, 2C\_670/2017 vom 22. August 2017 E. 2.4; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 769). Die Sendung wurde nicht abgeholt und am 19. Juni 2020 an das Zivilgericht zurückgesendet (Briefumschlag; Sendungsverfolgung). Da der Ehemann mit einer Zustellung rechnen musste, gilt der schriftlich begründete Entscheid gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO als am 18. Juni 2020 zugestellt. Die Frist von 30 Tagen für die Einreichung der Berufung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) begann somit am 19. Juni 2020 zu laufen und lief während 26 Tagen bis am 14. Juli 2020. Vom 15. Juli 2020 bis und mit dem 15. August 2020 stand die Frist still (Art. 145 Abs. 1 Ziff. b ZPO). Die Frist lief am 16. August 2020 weiter und endete am 19. August 2020. Auf dem schriftlich begründeten Entscheid befindet sich eine Rechtsmittelbelehrung, mit der korrekt darauf hingewiesen wird, dass die Berufung innert einer nicht erstreckbaren Frist von 30 Tagen seit der Zustellung einzureichen ist. Die Berufung des Ehemanns vom 14. September 2020 wurde am 15. September 2020 am Schalter des Zivilgerichts abgegeben (Eingangsstempel auf der Berufung vom 14. September 2020; Verfügung des Zivilgerichts vom 16. September 2020). Unabhängig davon, ob sie als am 15. oder 16. September 2020 eingereicht gilt (vgl. dazu oben E. 1.2), wurde die Berufung damit lange nach Fristablauf eingereicht. Auf die Berufung ist deshalb grundsätzlich nicht einzutreten (vgl. Kunz, in: Kunz et al. [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Basel 2013, Art. 311 N 25; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 311 N 11; Seiler, a.a.O., N 830 und 1618).

1.3.2 In den Akten des Zivilgerichts findet sich eine Empfangsbestätigung, gemäss welcher der Ehemann den als Gerichtsurkunde versendeten schriftlich begründeten Entscheid des Zivilgerichts am 20. Juli 2020 entgegengenommen hat. Damit ist erstellt, dass der schriftlich begründete Entscheid dem Ehemann am 20. Juli 2020 nochmals als Gerichtsurkunde zugestellt worden ist. Da sich in den Akten unmittelbar hinter der Empfangsbestätigung ein zweites an den Ehemann adressiertes Begleitschreiben befindet, ist davon auszugehen, dass die zweite Zustellung des schriftlich begründeten Entscheids mit diesem Schreiben erfolgt ist. Das Schreiben ist mit «Basel, 10. Juni 2020» datiert. Mit dem Schreiben wird dem Ehemann mitgeteilt, dass er anbei den begründeten Entscheid vom 7. Mai 2020 erhalte. Zudem wird erwähnt, dass das Schreiben an den Ehemann und die Rechtsvertreterin der Ehefrau gehe. Ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass der schriftlich begründete Entscheid bereits als zugestellt gelte und es sich nur um eine Zweitzustellung handle, die keine neue Frist auslöse, findet sich im Begleitschreiben nicht. Mit Verfügung vom 29. September 2020 stellte der Verfahrensleiter fest, dass der begründete Entscheid dem Ehemann gemäss einer Empfangsbestätigung in den Akten am 20. Juli 2020 zugestellt worden sei, und ersuchte er das Zivilgericht um Mitteilung, mit welchem Begleitschreiben diese Zustellung erfolgt sei. Der Zivilgerichtspräsident teilte dem Appellationsgericht am 12. Oktober 2020 mit, der Entscheid sei mit Begleitbrief vom 10. Juni 2020 versandt worden, und reichte eine Kopie des Begleitbriefs ein. Dabei handelt es sich um das vorstehend erwähnte Schreiben vom 10. Juni 2020. Damit bestätigt die Mitteilung des

Zivilgerichtspräsidenten, dass die zweite Zustellung mit diesem Schreiben erfolgt ist.

Der weitere Versand und die Entgegennahme des schriftlich begründeten Entscheids am 20. Juli 2020 vermögen grundsätzlich nichts daran zu ändern, dass der schriftlich begründete Entscheid aufgrund der Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO als am 18. Juni 2020 zugestellt gilt (vgl. BGer 4A\_53/2019 vom 14. Mai 2019 E. 4.2 und 4.4.2). Gestützt auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung [BV, SR 101]; Art. 52 ZPO) kann sich die Rechtsmittelfrist verlängern, wenn das Gericht der Partei noch vor dem Ende der Frist eine vertrauensbegründende Auskunft erteilt oder das Gericht durch sein (widersprüchliches) Verhalten ein derartiges Vertrauen erweckt. Eine solche Auskunft kann etwa darin bestehen, dass der Partei der Entscheid mit vorbehaltloser Rechtsmittelbelehrung vor Ablauf der Frist erneut zugestellt wird (BGer 4A\_53/2019 vom 14. Mai 2019 E. 4.4.2). Beim Vertrauensschutz handelt es sich aber nicht um einen Automatismus. Vorausgesetzt ist, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht ohne Nachteil rückgängig machen kann (BGer 4A\_53/2019 vom 14. Mai 2019 E. 4.4.3).

Aus der Datierung des Begleitschreibens mit dem 10. Juni 2020 für die Zustellung vom 20. Juli 2020 und dem Umstand, dass ihm einen Tag nach dem 10. Juni 2020 ein Abholschein für eine Gerichtsurkunde in den Briefkasten gelegt wurde, hätte der Ehemann bei gebührender Sorgfalt erkennen können und müssen, dass das Zivilgericht bereits am 11. Juni 2020 versucht hatte, ihm den schriftlich begründeten Entscheid zuzustellen. Unter diesen Umständen konnte der Ehemann auch als juristischer Laie nicht mehr unbesehen davon ausgehen, dass ihm der schriftlich begründete Entscheid erstmals am 20. Juli 2020 zugestellt worden ist. Zumindest hätte er in dieser Situation allen Grund zu einer Nachfrage beim Zivilgericht über den Fristenlauf gehabt, zumal auf dem Begleitschreiben die Direktwahl des zuständigen Mitarbeiters angegeben war, so dass ihm dies leicht möglich gewesen wäre. Aus den vorstehenden Gründen durfte der Ehemann nicht in guten Treuen annehmen, die zweite Zustellung habe eine neue Rechtsmittelfrist ausgelöst (vgl. BGer 4A\_53/2019 vom 14. Mai 2019 E. 5.2 betreffend eine Zweitzustellung per A-Post). Folglich ändert die zweite Zustellung nichts daran, dass der schriftlich begründete Entscheid als am 18. Juni 2020 zugestellt gilt und die Berufung deshalb lange nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereicht worden ist (vgl. oben E. 1.3.1). Aus den nachstehenden Gründen wäre auf die Berufung aber selbst dann wegen Verspätung nicht einzutreten, wenn der Ehemann in guten Treuen hätte darauf vertrauen dürfen, dass die Zustellung vom 20. Juli 2020 eine neue Rechtsmittelfrist auslöst.

1.3.3 Da die zweite Zustellung während des Fristenstillstands gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO erfolgt ist, hätte die durch die zweite Zustellung ausgelöste Frist für die Einreichung der Berufung gemäss Art. 146 Abs. 1 ZPO am 16. August 2020 zu laufen begonnen. Dass es sich dabei um einen Sonntag gehandelt hat, hätte den Beginn des Fristenlaufs nicht gehindert. Auch wenn es sich beim ersten Tag nach dem Ende des Stillstands um einen Samstag, Sonntag oder anerkannten Feiertag handelt, beginnt die Frist an diesem Tag zu laufen (Cour de justice GE ACJC/1531/2014 vom 12. Dezember 2014 E.

1.2; Ernst/Oberholzer, Fristen und Fristberechnung gemäss Zivilprozessordnung, Zürich 2013, N 214; Frei, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 145 ZPO N 6 und Art. 146 ZPO N 3 f.; Hoffmann-Nowotny, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 145 N 5 und Art. 146 N 1; Marbacher, in: Baker & McKenzie [Hrsg.],

Stämpfli Handkommentar, Bern 2010, Art. 146 N 3; Seiler, a.a.O., N 791; Staehelin, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 145 N 6 und Art. 146 N 4; Tappy, in: Commentaire romand, 2. Auflage, Basel 2019, Art. 146 CPC N 3; vgl. Benn, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2017, Art. 146 ZPO N 3; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 27) und ist dieser Tag auf die Frist anzurechnen (Frei, a.a.O., Art. 145 ZPO N 6 und Art. 146 ZPO N 3 f.; Hoffmann-Nowotny, a.a.O., Art. 145 N 5 und Art. 146 N 1; Tappy, a.a.O., Art. 145 CPC N 12 und Art. 146 CPC N 4; Ernst/Oberholzer, a.a.O., N 214 f.; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 27 und 29; Seiler, a.a.O., N 791 und 793 f.). Die durch die zweite Zustellung ausgelöste Frist für die Einreichung der Berufung hätte am 14. September 2020 geendet (vgl. Seiler, a.a.O., N 796). Bei Berücksichtigung dieser Frist wäre die Einreichung der Berufung am 15. oder 16. September 2020 (vgl. dazu oben E. 1.2) zwei Tage oder einen Tag nach Fristablauf erfolgt. Auf die Berufung wäre deshalb wegen verspäteter Einreichung nicht einzutreten. Dass die Frist nur um einen Tag oder zwei Tage verpasst worden wäre, ändert daran nichts. Das Nichteintreten auf ein nicht innert Frist eingereichtes Rechtsmittel stellt in aller Regel eine gerechtfertigte Formstrenge und keinen überspitzten Formalismus dar (vgl. Wiederkehr/Plüss, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2020, N 191).

2.

2.1 Der Ehemann beantragt für das Berufungsverfahren sinngemäss die unentgeltliche Rechtspflege. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die Berufung ist aussichtslos, weil sie zweifellos verspätet eingereicht worden ist. Das sinngemässe Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist deshalb abzuweisen.

2.2 Aus den vorstehenden Gründen ist auf die Berufung des Ehemanns nicht einzutreten. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat der Ehemann in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu tragen und der Ehefrau für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen.

2.3 Im Scheidungsprozess beträgt die Grundgebühr für das Berufungsverfahren in der Regel zwei Fünftel des monatlichen Nettolohns (inklusive auf den Monat umgerechnete Jahreszulagen) der alleinverdienenden Ehegattin oder des alleinverdienenden Ehegatten bzw. einen Drittel der monatlichen Nettolöhne beider Parteien, falls dieser Betrag höher ist als zwei Fünftel des Monatslohns der mehrverdienenden Partei. Die Mindestgebühr beträgt CHF 500.■ (§ 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 des Gerichtsgebührenreglements [GGR, SG 154.810]). Bei Nichteintreten wegen fehlender Prozessvoraussetzung kann die Grundgebühr bis auf die Hälfte ermässigt werden (§ 16 Abs. 1 lit. b GGR). Ist die Inanspruchnahme des Gerichts besonders gering, so kann die Grundgebühr bis auf einen Zehntel ermässigt werden (§ 16 Abs. 2 GGR).

Der monatliche Nettolohn der Ehefrau beträgt CHF 6'157.■ (Lohnabrechnungen August bis Oktober 2019). Der Ehemann hat zurzeit kein Einkommen (angefochtener Entscheid E. 3 S. 7). Die Grundgebühr beträgt damit grundsätzlich CHF 2'462.80. Da auf die Berufung wegen verspäteter Einreichung nicht einzutreten ist und die Inanspruchnahme des Gerichts relativ gering gewesen ist, wird die Grundgebühr auf CHF 500.■ ermässigt.

2.4 In schriftlich geführten Statusprozessen, namentlich Scheidungsprozessen, entspricht das Honorar in der Regel dem Monatseinkommen (einschliesslich periodisch ausbezahlte

Zulagen) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers oder 50■100 % des höheren Einkommens der Gegenpartei (§ 15 Abs. 1 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt [HO, SG 291.400]). Bei im Verhältnis zum Einkommen erheblichem Vermögen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers, bei streitigen güterrechtlichen Auseinandersetzungen oder sonst komplizierten Fällen kann das Honorar angemessen erhöht werden (§ 15 Abs. 2 HO). Im Berufungsverfahren ist in der Regel ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen (§ 12 Abs. 1 HO).

Wie bereits erwähnt, beträgt das Monatseinkommen der Ehefrau CHF 6'157.■ und erzielt der Ehemann zurzeit kein Einkommen. Eine Erhöhung gemäss § 15 Abs. 2 HO ist im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt. Das Honorar für das Berufungsverfahren betrüge damit nach den üblichen Bemessungsgrundsätzen abgerundet CHF 4'000.■. Dieser Betrag wäre im vorliegenden Einzelfall angesichts des relativ bescheidenen Aufwands der Rechtsvertreterin der Ehefrau aber ausnahmsweise nicht mehr verhältnismässig. Da das Honorar gemäss § 15 Abs. 1 HO nur in der Regel dem Monatseinkommen der Auftraggeberin entspricht, ist der Betrag von CHF 4'000.■ unter Berücksichtigung des Umfangs der Bemühungen (vgl. dazu § 2 Abs. 1 lit. a HO) zu reduzieren. Mit Honorarnote vom 24. November 2020 macht die Rechtsvertreterin der Ehefrau einen Zeitaufwand von

### **E. 3**

BGG im vorliegenden Fall ausgeschlossen. Die Berufung gilt deshalb erst mit der Weiterleitung durch das Zivilgericht am 16. September 2020 eingereicht. Die Einreichung erfolgte, wie sogleich aufzuzeigen ist, verspätet (vgl. E. 1.3). Im Übrigen wäre sie auch dann verspätet, wenn sie in analoger Anwendung von Art. 48 Abs. 3 BGG als am 15. September 2020 eingereicht betrachtet würde (vgl. insbesondere E. 1.3.1, 1.3.3).

### **E. 4**

Stunden und 45 Minuten zu einem Stundenansatz von CHF 300.■ geltend. Auch wenn dieser Aufwand im Umfang von 65 Minuten vor der Zustellung der Berufung entstanden ist, steht er abgesehen allenfalls von 20 Minuten (12. Mai 2020 Mail an Klientin 5 Minuten, 4. Juni 2020 Studium Post 5 Minuten und 23. Juni 2020 Mail an Klientin 10 Minuten) in erkennbarem Zusammenhang mit dem Berufungsverfahren. So hätte die Rechtsvertreterin der Ehefrau insbesondere den angefochtenen Entscheid nach der Zustellung der Berufung studieren müssen, wenn sie dies nicht bereits vorher getan hätte. Der insgesamt geltend gemachte Zeitaufwand ist bescheiden und zweifellos angemessen. Bei der Berechnung des Honorars nach dem Zeitaufwand beträgt der Stundenansatz für die Bemessung der Parteientschädigung nach der Praxis des Appellationsgerichts in der Regel CHF 250.■ (vgl. AGE ZB.2018.3 vom 23. November 2018 E. 7). Da es vorliegend aber nicht um die Berechnung des Honorars nach dem Zeitaufwand geht, sondern bloss durch eine Reduktion des nach dem Einkommen der Ehefrau bemessenen Honorars ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem Aufwand ihrer Rechtsvertreterin und dem Honorar herzustellen ist, kann der von der Rechtsvertreterin der Ehefrau geltend gemachte höhere Stundenansatz von CHF 300.■ berücksichtigt werden. Folglich ist das Honorar für das Berufungsverfahren entsprechend der Honorarnote der Rechtsvertreterin der Ehefrau auf CHF 1'425.■ festzusetzen. Die Auslagen von CHF 61.30 und die Mehrwertsteuer sind zusätzlich zu entschädigen (vgl. § 16 HO). Damit beträgt die Parteientschädigung CHF 1'486.30 zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer von CHF 114.45. Der Betrag der Parteientschädigung kann den mit der Honorarnote vom 24. November 2020 geltend gemachten nicht

übersteigen, weil das Gericht einer Partei nach dem Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO) nicht mehr zusprechen darf, als sie verlangt, und weil die Parteientschädigung nicht zu einer Bereicherung der Partei führen soll (vgl. AGE ZB.2018.24 vom 21. November 2018 E. 9.2.2).

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