

GR_GERICHTE ZK1 2015 125 vom 7. Juli 2016

GR Gerichte, 2016-07-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2015_125

FR: GR_GERICHTE ZK1 2015 125 du 7 juillet 2016

IT: GR_GERICHTE ZK1 2015 125 del 7 luglio 2016

Regeste

Erlass vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsverfahren | Berufung ZGB Eherecht

Erwägungen

E. 2

Der Kläger sei zu verpflichten, dem Rechtsbeistand der Beklagten auf sein Postkonto Nr. _____ CHF 10'000.-- als aussergerichtliche Entschädigung zu überweisen.

E. 3

Das Grundbuchamt des Kantons D._____, sei gerichtlich anzuweisen, eine Verfügungsbeschränkung betr. Grundstück Nr. _____ im GB O.3_____ nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB derart vorzumerken, dass über das genannte Grundstück nicht ohne Zustimmung der Beklagten verfügt werden darf.

E. 4

Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MwSt.), vorerst bei der Prozedur, und danach zulasten des Klägers. Ziff. 3 hiervor sei superprovisorisch anzuordnen." C. Mit superprovisorischer Entscheidung des Einzelrichters am Bezirksgericht Plessur vom 7. April 2015 wurde das Grundbuchamt des Kantons D._____ gerichtlich angewiesen, auf dem Grundstück Nr. _____ im Grundbuch O.3_____ bis zu einer anderweitigen Anordnung eine Verfügungsbeschränkung mit dem Wortlaut "Rechtsgeschäfte bezüglich dieses Grundstückes zur Eintragung im Grundbuch bedürfen der Zustimmung der Ehefrau Y._____" anzumerken. D. Das Gesuch von Y._____ wurde X._____ am 7. April 2015 mitgeteilt und ihm wurde Frist zur schriftlichen Stellungnahme bzw. Klageantwort im Scheidungsverfahren (Proz. Nr. _____) angesetzt. Die Klageantwort vom 11. Mai 2015 enthält – betreffend vorsorgliche Massnahmen – folgende Rechtsbegehren: "1. Sämtliche Begehren seien abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

Seite 3 — 14 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin." E. Am 11. Juli 2015 reichte Y._____ ihre Replik ein. F. Mit Duplik vom 10. August 2015 stellte X._____ neu das Begehren, Y._____ sei zu verpflichten, unverzüglich den Hausschlüssel herauszugeben. G. Auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung wurde verzichtet. Mit Entscheidung vom 17. August 2015, mitgeteilt am 27. August 2015, entschied der Einzelrichter am Bezirksgericht Plessur, was folgt: "1. a) X._____ wird verpflichtet, an den Unterhalt von Y._____ mit Wirkung ab 1. April 2015 monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, einen Betrag von CHF 5'750.00 zu bezahlen. b) X._____ wird für berechtigt erklärt, die Y._____ seit 1. April 2015 bereits überwiesenen Unterhaltsbeiträge mit den Unterhaltsbeiträgen gemäss Ziffer 1/a zu verrechnen. 2. Y._____ wird verpflichtet, X._____ den sich allenfalls noch bei ihr be-

findlichen Hausschlüssel zum vormals ehelichen Wohnhaus an der _____strasse in O.3_____ innert 10 Tagen nach Vollstreckbarkeit dieses Entscheides herauszugeben. 3. Die mit Entscheid des Einzelrichters am Bezirksgericht Plessur vom

E. 7

[Mitteilung]" H. Dagegen erhob Y. _____ am 4. September 2015 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden und beantragte, was folgt: "1. a) Ziff. 1a des Dispositivs des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben und der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklä-

Seite 4 — 14 gerin mit Wirkung ab dem 1. April 2014 monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines Monats, einen Unterhaltsbeitrag von CHF 7'100.00 zu bezahlen. b) Für die einmalige Zusatzsteuerlast zufolge des 2015 durch den Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin auszurichtenden Differenzbetrages zwischen den ihr effektiv ausgerichteten und ihr zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen vom 1. April bis 31. Dezember 2014 von CHF 32'400.-- (= [CHF 7'100.00 abzüglich CHF 3'500] x 9 Monate) sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten der Berufungsklägerin einen einmaligen Zusatzunterhalt von CHF 12'040.80 zu bezahlen. Eventualiter: Kann der Zusatzunterhalt zufolge einmaliger Steuerlast nicht zugesprochen werden, ist der Berufungsbeklagte zu verpflichten der Berufungsklägerin eventualiter - von April bis Dezember 2014 CHF 7'100 / Monat - von Januar bis Dezember 2015 CHF 8'100 / Monat; - sowie ab Januar 2016 CHF 7'100 / Monat monatlich im Voraus an Unterhalt zu bezahlen. c) Der Berufungsbeklagte sei zu [recte: für] berechtigt zu erklären, die der Berufungsklägerin seit 1. April 2014 bereits überwiesenen Unterhaltsbeiträge mit unter Ziff 1a und 1b festgesetzten Unterhaltsbeiträgen zu verrechnen. 2. Ziff. 2 des Dispositivs [recte: Dispositivs] des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben und die Berufungsklägerin zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten gegen Herausgabe sämtliche Eigengutsmöbel, welche sich im Haus in O.3_____ befinden, Zug um Zug gegen Herausgabe des Schlüssels zum genannten Haus an den Berufungsbeklagten [?]. 3. Ziff. 4 des Dispositivs [recte: Dispositivs] des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben und der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen Prozesskostenvorschuss von CHF 15'000.-- für die bisherigen Aufwendungen im ordentlichen Ehescheidungsverfahren sowie sämtliche Aufwendungen im vorsorglichen Verfahren (inkl. vorliegendem Rechtsmittelverfahren) zu bezahlen. 4. Ziff. 5a des Dispositivs des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben und der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, sämtliche Gerichtskosten des erstinstanzlichen vorsorglichen Massnahmeverfahrens zu bezahlen. 5. Ziff. 5b des Dispositivs des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben und der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die Berufungsklägerin mit CHF 2'936.75 (inkl. Barauslagen und MwSt) aussergerichtlich für das erstinstanzliche Massnahmeverfahren zu entschädigen. 6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MwSt) vorliegenden Rechtsmittelverfahrens zulasten des Berufungsbeklagten."

Seite 5 — 14 Zudem stellte Y. _____ folgende prozessuale Anträge: "1. Es seien die vom Kläger und Berufungsbeklagten mit seiner Eingabe vom 10. August 2015 offerierten klägerischen Beilagen Nr. 11-17, enthaltend den höchstpersönlichen privaten E-Mail Verkehr zwischen der Berufungsklägerin und E. _____ aufgrund Erlangung durch widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB gestützt auf Art. 152 Abs. 2 ZPO aus dem Recht zu weisen. 2. Der Berufung sei bezüglich Ziff. 2 des Dispositivs des

angefochtenen Urteils die aufschiebende Wirkung zu erteilen." I. Mit Eingabe vom 7. September 2015 erhob X. _____ ebenfalls Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden und stellte folgende Rechtsbegehren: "1. Ziff. 1 des Dispositivs des angefochtenen Urteils sei aufzuheben. Es sei festzustellen, dass die Berufungsbeklagte mit Wirkung ab 01. September 2015 keinen Anspruch auf Unterhaltszahlungen mehr hat. 2. Eventualiter sei der vom Ehemann zu bezahlende Unterhaltsbeitrag mit Wirkung ab 01. September 2015 auf maximal CHF 1'000.00 pro Monat festzusetzen. 3. Ziff. 5 des Dispositivs des angefochtenen Urteils sei aufzuheben. Die Gerichtskosten seien der Ehefrau aufzuerlegen, welche zudem zu verpflichten sei, den Gesuchsgegner für das Verfahren vor Bezirksgericht Plessur mit CHF 3'000.00 aussergerichtlich zu entschädigen. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren für die Berufungsbeklagte. 5. Der Berufung sei aufschiebende Wirkung zu erteilen." J. Mit Schreiben vom 30. September 2015 teilte die Vorsitzende der I. Zivilkammer mit, dass die von Y. _____ und X. _____ jeweils angestrebten Berufungsverfahren (ZK1 15 124 bzw. ZK1 15 125) gestützt auf Art. 125 lit. c ZPO vereinigt würden. K. Mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom 9. Oktober 2015 wurde der Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung dahingehend gutgeheissen, als die Vollstreckbarkeit der Unterhaltsbeiträge für die Zeit vor dem 1. September 2015 aufgeschoben wird. Im Übrigen wurde der Antrag abgewiesen. L. Mit Schreiben vom 14. Juni 2016 wurde den Parteien der Wechsel in der Verfahrensleitung mitgeteilt. M. Auf die Ausführungen in den Rechtsschriften sowie im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Seite 6 — 14 II. Erwägungen 1. a) Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen können gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO mit Berufung angefochten werden. Die Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid ist unter Beilage des Entscheids innert 10 Tagen seit der Zustellung desselben beim Kantonsgericht von Graubünden schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 ZPO und 314 Abs. 1 ZPO sowie Art. 7 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]). Innerhalb des Kantonsgerichts liegt die Zuständigkeit für zivilrechtliche Berufungen auf dem Rechtsgebiet des Zivilgesetzbuches bei der I. Zivilkammer (Art. 6 der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts [KGV; BR 173.100]). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten, wie sie hier zur Diskussion stehen, ist die Berufung allerdings nur zulässig, wenn der – für das vorliegende Massnahmeverfahren selbständig zu bestimmende – Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren Fr. 10'000.00 übersteigt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Massgebend ist somit nicht der Streitwert, welcher sich anhand der Berufungsanträge der Parteien und dem vorinstanzlichen Entscheid errechnet. Abzustellen ist vielmehr auf den Betrag, welcher nach den Begehren der Parteien bei Erlass des erstinstanzlichen Urteils noch streitig war. b) In der vorliegenden Angelegenheit bestritt X. _____ im vorinstanzlichen Verfahren einen Unterhaltsanspruch seiner Ehefrau, währenddem Y. _____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 7'105.00 mit Wirkung ab dem 1. April 2014 verlangte. Strittig ist somit die gesamte Höhe des geltend gemachten Unterhaltsbeitrages. Bereits daraus ergibt sich, dass vorliegend ohne Weiteres von einem Streitwert von über Fr. 30'000.00 auszugehen ist. Damit ist zum einen die Streitwertgrenze nach Art. 308 Abs. 2 ZPO erreicht, zum anderen ist aber auch der in der Rechtsmittelbelehrung anzugebende Streitwert (vgl. Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG) bestimmt. Die von Y. _____ bzw. X. _____ erhobenen Berufungen vom 4. bzw. 7. September 2015

erweisen sich im Übrigen als frist- und formgerecht, sodass dar- auf einzutreten ist. 2. Y._____ macht zunächst geltend, sie habe im erstinstanzlichen Verfahren keine Gelegenheit gehabt, zu den tatsächlichen Vorbringen und Beweismittelan- trägen von X._____, die er mit seiner Rechtsschrift vom 10. August 2015 vorge- bracht habe, Stellung zu nehmen. Diese sei ihm nämlich gleichzeitig mit dem vor- instanzlichen Urteil zugestellt worden. Das rechtliche Gehör müsse und könne somit nur im vorliegenden Berufungsverfahren gewahrt werden.

Seite 7 — 14 a) Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist einerseits ein persönlichkeitsbezo- genes Verfahrensrecht der Beteiligten und schützt vor Herabminderung zum blos- sen Verfahrensobjekt. Andererseits ist er ein Mittel der Sachaufklärung, dient der optimalen Aufarbeitung der relevanten Entscheidungsgrundlagen und ermöglicht es den Betroffenen, im Rahmen des Verfahrensrechts ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (vgl. Gerold Steinmann, in: Ehrenzeller/Schindler/Schwei- zer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommen- tar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 42 zu Art. 29 BV m.w.H.). Das Recht, an- gehört zu werden, ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt ungeachtet der ma- teriellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung desselben und zur Auf- hebung des angefochtenen Entscheids. Die Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht). Die Wahrnehmung des Replik- rechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass des Urteils zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will oder nicht. Den Verfahrensbeteiligten steht ein Anspruch auf Zustel- lung von Vernehmlassungen zu, unabhängig davon, ob diese Eingaben neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten (vgl. zum Ganzen BGE 137 I 195 E. 2.3.1 m.w.H.). Denn es ist Sache der Parteien (und nicht primär des Gerichts), über die Erforderlichkeit einer (weiteren) Stellungnahme zu entscheiden (vgl. BGE 133 I 100 E. 4.3; Markus Lanter, Formeller Charakter des Replikrechts – Herkunft und Folgen, ZBl 113/2012, S. 167 ff., S. 172 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR). Es obliegt dem Gericht, in jedem Einzelfall den Parteien ein effektives Replikrecht zu gewähren. Es kann dem Betroffenen hierfür eine Frist setzen (BGE 133 V 196 E. 1.2). Indes genügt grundsätzlich, dass den Parteien die Eingaben zur Information (Kenntnisnahme, Orientierung) zugestellt werden, wenn von ihnen, namentlich von anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen, erwartet werden kann, dass sie unaufgefordert Stellung nehmen (BGE 138 I 484 E. 2.4). Das Ge- richt hat bei der letztgenannten Vorgehensweise mit der Entscheidfällung so lange zuzuwarten, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (Urteil des Bundesgerichts 5A_296/2013 vom 9. Juli 2013, E. 3.1 m.w.H.). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Eine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs hat – auf Antrag hin oder von Amtes wegen – grundsätzlich die Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes oder Gerichts-

Seite 8 — 14 entscheid und Rückweisung der Sache zu neuer Entscheidung unter Wahrung der Verfahrensrechte der betroffenen Partei zur Folge (Urteil des Bundesgerichts 9C_534/2009 vom 4. Februar 2010, E. 1.1.2). Davon kann – im Sinne einer Hei- lung des

Mangels – ausnahmsweise abgesehen werden, wenn die Rechtsmittel- instanz in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht über uneingeschränkte Kognition verfügt und wenn die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichge- stellten) Interesse der Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 m.w.H.). Allerdings soll die Heilung des Mangels die Ausnahme bleiben, für den Betroffenen keinen Rechtsnachteil bedeuten und nicht zu einem Resultat führen, das bei korrektem Vorgehen nicht hätte erreicht werden können. Angesichts der Bedeutung der Verfahrensrechte soll die Behörde bzw. Vorinstanz nicht auf eine Heilung spekulieren können (vgl. Steinmann, a.a.O., N 59 zu Art. 29 BV). b/aa) X._____ reichte am 10. August 2015 eine Stellungnahme (BG act. II.1) ein, in der er Ausführungen namentlich zu einem angeblich bestehenden Konkubinat zwischen Y._____ und E._____ machte. Als Beweismittel wurden Auszüge aus dem E-Mail-Verkehr zwischen Y._____ und E._____ eingereicht (Beilagen 11-17). Im Weiteren wurde ein Beweisbegehren des Inhalts gestellt, aus Händen der _____ Versicherung sei ein Mietvertrag zu edieren, welcher belegen sollte, dass Y._____ und E._____ zusammen wohnten. Schliesslich wurde ein Kontoauszug des Kontos von Y._____ (Beilage 18) eingereicht. Den vorinstanzlichen Akten ist nicht zu entnehmen, dass die fragliche Eingabe Y._____ zur Stellung- oder Kenntnisnahme zugestellt worden wäre. Deshalb muss angenommen werden, dass - wie Y._____ im Berufungsverfahren nun vorbringt - sie gleichzeitig mit dem vorinstanzlichen Urteil von der fraglichen Stellungnahme Kenntnis erhalten hat. Y._____ erhielt somit, wie sie zu Recht rügt, keine Gelegenheit, sich im vorin- stanzlichen Verfahren zu diesen Eingaben und den darin enthaltenen Vorbringen der Gegenpartei zu äussern. Darin liegt klarerweise eine Verletzung des sog. Re- plikrechts und damit des rechtlichen Gehörs. Daran ändert auch nichts, dass es sich beim vorinstanzlichen Verfahren um ein summarisches Verfahren gemäss Art. 248 ff. ZPO handelte, welches vom Bemühen um Prozessbeschleunigung geprägt ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1 m.w.H.). bb) Die Verletzung wiegt vorliegend insgesamt schwer. Die fragliche Eingabe und die entsprechenden Beilagen tangieren den unter den Parteien strittigen Un- terhhaltsbeitrag. Es handelt sich dabei zudem um Noven. Durch die Eingaben wur-

Seite 9 — 14 den somit neue Argumente und Beweismittel ins Verfahren eingeführt, ohne dass die Gegenpartei Gelegenheit gehabt hätte, sich dazu zu äussern. Das Fehlverhal- ten der Vorinstanz wiegt umso schwerer, als sie sich in ihrem Entscheid (explizit) auf Aktenstücke beruft, welche Y._____ vor Erlass des Entscheides nicht zur Kenntnis gebracht wurden (vgl. insb. angefochtener Entscheid, E. 3e/bb), und im Ergebnis immerhin teilweise das Begehren von X._____ schützt (vgl. hierzu auch angefochtener Entscheid, E. 3e/cc/bbb). Damit wird der Anspruch auf rechtliches Gehör in seinem Kern verletzt, infolgedessen die Verletzung als schwerwiegend zu qualifizieren ist. Die Vorgehensweise der Vor- instanz läuft ferner darauf hinaus, dass sich Y._____ (im Gegensatz zu X._____) während der Rechtsmittelfrist von vorliegend lediglich zehn Tagen (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO) sowohl mit neuen Vor- bringen der Gegenpartei als auch mit dem Entscheid selbst hat auseinanderset- zen müssen (vgl. hierzu auch BGE 137 I 195 E. 2.6). Dadurch wurden zugleich das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren (fair trial) und das Prinzip der Waffen- gleichheit verletzt. cc) Bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs bildet nach dem Ausgeführten eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückwei- sung der Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz die Regel. Ausnahms- weise kann davon abgesehen werden, wenn die Rechtsmittelinstanz in tatsächli- cher und rechtlicher

Hinsicht über uneingeschränkte Kognition verfügt und wenn die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf führen würde. Das Kantonsgericht als Berufungsinstanz verfügt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht über uneingeschränkte Kognition (Art. 310 ZPO); eine Heilung wäre unter diesem Gesichtspunkt also möglich. Somit bleibt zu prüfen, ob eine Rückweisung einen formalistischen Leerlauf darstellen würde. Enthalten die nicht (gehörig) zugestellten Eingaben einer Partei an die Gegenpartei neue Vorbringen, so kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Gegenpartei, hätte sie davon Kenntnis erhalten, sich dazu geäußert hätte. Das zeigt sich vorliegend nur schon daran, dass Y._____ ihre Einwände gegen die betreffende Eingabe der Gegenpartei nun im Berufungsverfahren erhebt; aus einer ex-ante-Perspektive muss dies aber ganz grundsätzlich gelten. Hinzu kommt, dass Y._____ generell die prozessuale Verwendbarkeit der mit der Stellungnahme vom 10. August 2015 eingereichten Unterlagen bestreitet. Insofern erschien die Angelegenheit bei Erlass des vorinstanzlichen Entscheides noch nicht spruchreif. Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, eine Rückweisung stelle einen formalistischen Leerlauf dar, weil zu erwarten sei, dass die Vorinstanz gleich wie beim ersten Mal entscheiden werde. Da sie von den von der Berufungsklägerin nun im Berufungsverfahren erhobenen Einwände bislang

Seite 10 — 14 keine Kenntnis hatte und sich dementsprechend damit auch nicht auseinandersetzen musste, ist nicht abschätzbar (und dürfte es auch nicht sein), wie sie auf Grundlage des komplettierten Prozessstoffes entscheiden würde. Unter Beachtung, dass die Rechtsunterworfenen grundsätzlich Anspruch auf Einhaltung des Instanzenzuges haben (BGE 137 I 195 E. 2.7), kann es nicht angehen, wenn sich die Rechtsmittelinstanz mit Einwänden einer Partei, welche diese bei Beachtung des Replikrechts durch die Vorinstanz bei derselben erhoben hätte, erstmals zu befassen hat. Die Rechtsmittel einlegende Partei ginge damit in unzulässiger Weise einer Instanz verlustig (vgl. zum Ganzen Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 15 184 vom 28. April 2016, E. 2b/cc). Daran ändert nichts, dass es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Das Berufungsverfahren dient nicht der Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern stellt dessen Fortsetzung dar (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7375; Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 15 8 vom 20. März 2015, E. 2a; ferner auch BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Das zeigt sich nicht zuletzt an der restriktiven Novenregelung von Art. 317 ZPO, wonach neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur ausnahmsweise zugelassen werden. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Zusammentragung des Prozessstoffes grundsätzlich im erstinstanzlichen Verfahren stattfinden soll. Eine ausnahmsweise Heilung im vorliegenden Berufungsverfahren kommt demzufolge nicht in Frage; vielmehr erscheint eine Rückweisung an die Vorinstanz unumgänglich. Dass Y._____ (explizit) keine Rückweisung an die Vorinstanz beantragt, spielt dabei insofern keine Rolle, als eine Rückweisung auch von Amtes wegen geprüft und auf die korrekte Durchführung des erstinstanzlichen Verfahrens aufgrund der dargelegten Umstände vorliegend nicht verzichtet werden kann. Bei der Neubefassung mit der Sache hat die Vorinstanz darauf zu achten, dass die Verfahrensrechte der Parteien gewahrt werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_534/2009 vom 4. Februar 2010, E. 1.1.2). Namentlich muss Y._____ vor Ausfällung des neuen Entscheides Gelegenheit gegeben werden, zu den fraglichen Eingaben der Gegenpartei Stellung nehmen zu können, und ihre Vernehmlassung ist - ebenfalls in Wahrung des Replikrechts - X._____ vor der Entscheidung zukommen zu lassen. 3. Demnach ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Replikrecht und damit den

Anspruch auf rechtliches Gehör von Y._____ offenkundig verletzt hat. Die Verletzung wiegt schwer und kann im vorliegenden Berufungsverfahren nicht geheilt werden. In Gutheissung der Berufung von Y._____ ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen

Seite 11 — 14 an die Vorinstanz zurückzuweisen. In Anbetracht dessen erübrigt sich, über die damit gegenstandslos gewordene Berufung von X._____ zu befinden. 4. a) Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden der unterliegenden Partei die Prozesskosten auferlegt. X._____ können bei diesem Ausgang indes keine Kosten auferlegt werden, zumal er im Berufungsverfahren darauf verzichtet hat, zur Frage des rechtlichen Gehörs bzw. dessen Verletzung Stellung zu nehmen. Die Prozesskosten sind gestützt auf Art. 108 ZPO der Vorinstanz zu überbinden, welche das Berufungsverfahren durch die offenkundige Verletzung des rechtlichen Gehörs veranlasst hat (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 15 149 vom 16. Dezember 2015; ferner auch BGE 138 III 471 E. 7). Gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilsachen (VGZ; BR 320.210) werden die Gerichtskosten auf Fr. 1'500.00 festgesetzt. b/aa) Nach Art. 111 Abs. 1 ZPO werden die Gerichtskosten mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet, wobei ein Fehlbetrag von der kostenpflichtigen Person nachgefordert wird. Die kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen sowie die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Verrechnung der Gerichtskosten mit den geleisteten Vorschüssen findet statt, unabhängig davon, welche Partei - die obsiegende oder die unterliegende - die betreffenden Vorschüsse bezahlt hat. Die noch im Vorentwurf enthaltene Regelung, wonach einer Partei Vorschüsse und Sicherheitsleistungen zurückzuerstatten waren, wenn ihr im Entscheid keine Kosten auferlegt wurden, ist aufgrund breiter Kritik im Vernehmlassungsverfahren nicht Gesetz geworden (dazu eingehend Dheden C. Zotsang, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2015, S. 235 f.). Der Kanton muss von der kostenpflichtigen Partei somit nur noch nachfordern, was mit den Vorschüssen nicht gedeckt werden kann. In der Höhe der geleisteten Vorschüsse trägt das Gericht nie ein Inkassorisiko. Ein solches besteht für das Gericht nur, wenn die Vorschüsse tiefer angesetzt wurden, als dem Gericht Kosten schlussendlich tatsächlich entstanden sind. Dem will indes Art. 98 ZPO entgegenwirken, indem Vorschüsse bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangt werden können; die Erhebung des vollen Vorschusses dürfte in der Gerichtspraxis die Regel und die Verfügung eines geringeren oder gar keines Kostenvorschusses die Ausnahme bilden (vgl. BGE 140 III 159 E. 4.2). Die kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei alsdann die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen sowie die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen. Nach dem bewussten gesetzgeberischen Willen trägt die obsiegende Partei daher das grössere Inkassorisiko als der Staat. Gemäss Botschaft erscheine dies im Zivilprozess, in dem rein private Strei-

Seite 12 — 14 tigkeiten ausgetragen werden, gerechtfertigt. Die klagende Partei habe beim Entscheid, ob sie klagen will oder nicht, auch das Inkassorisiko einzukalkulieren; sie könne die Bonität der beklagten Partei vorher abklären. Die beklagte Partei ihrerseits könne gemäss Art. 97 ZPO rechtzeitig eine Sicherheit für eine gefährdete Parteientschädigung beantragen (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7299). bb) Vorliegend wurde in den zunächst selbständig eröffneten Verfahren ZK1 15 124 und ZK1 15 125 von den beiden berufungserhebenden Parteien ein Kostenvorschuss von jeweils Fr. 2'500.00 eingefordert.

Die Prozesskosten sind nun aber nicht von einer Partei, sondern von einem Dritten - nämlich der Vorinstanz - zu tragen. Damit stellt sich die Frage, ob auch in einem solchen Fall die Prozesskostenliquidation nach den Regeln von Art. 111 ZPO vorzunehmen ist oder ob die Kostenvorschüsse jeweils zurückzuerstatten und die Gerichtskosten von der kostenpflichtigen Vorinstanz direkt einzufordern sind. Der Wortlaut von Art. 111 Abs. 2 ZPO, wonach das Regressverhältnis zwischen den "Parteien" besteht, spricht gegen die Prozesskostenliquidation nach Art. 111 ZPO, wenn die Kosten von einem Dritten zu tragen sind (so i.E. auch Martin H. Sterchi, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO, Bern 2012, N 5 zu Art. 111 ZPO). Gemäss dem Urteil des Bundesgerichts 4A_150/2013 vom 11. Februar 2014, E. 4.2.2, ist ein Rückgriff der Vorschuss leistenden Partei gegenüber einer nach Art. 108 ZPO kostenpflichtigen Drittperson nach Art. 111 Abs. 1 ZPO zwar nicht ausgeschlossen, insofern sich der Wortlaut von Art. 111 Abs. 2 ZPO, welcher nur von einem Rückgriff auf die kostenpflichtige "Partei" spricht, als zu eng erweist. Damit ist aber umgekehrt noch nicht gesagt, dass bei der Kostentragung durch Drittpersonen die Prozesskostenliquidation nach Art. 111 ZPO (in jedem Fall) vorgeschrieben ist. Für den vorliegenden Fall, in dem die Gerichtskosten durch die Vorinstanz zu tragen sind, erscheint es denn auch von der Sache her gerechtfertigt, die Kostenvorschüsse den Parteien zurückzuerstatten und die Gerichtskosten von der Vorinstanz direkt einzufordern. Denn zum einen kann von einem Inkassorisiko des Kantons nicht die Rede sein, wenn - wie hier - die Vorinstanz kostenpflichtig ist. Die aus Sicht der obsiegenden Partei ohnehin nachteilige Regelung von Art. 101 ZPO verliert damit an sich ihre hauptsächliche Berechtigung. Zum anderen wäre in casu ein Vorgehen nach Art. 111 ZPO auch deshalb nicht angebracht, weil die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückgewiesen wird und der Ersatz der Vorschüsse deshalb vom nun wieder mit der Sache betrauten Gericht eingefordert werden müsste. Vorliegend gestaltet sich die Ausgangslage zudem so, dass von beiden berufungserhebenden Parteien ein Kostenvorschuss

Seite 13 — 14 eingefordert wurde. Bei einem Vorgehen nach Art. 111 ZPO stellte sich damit die Frage, auf welchen Kostenvorschuss für die Deckung der Gerichtskosten zurückzugreifen wäre. Zwar ist Y._____ mit ihrer Rüge, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei durch die Vorinstanz verletzt worden, durchgedrungen, was sie als obsiegende Partei erscheinen lässt. Wird die Angelegenheit jedoch, wie vorliegend, wegen Verfahrensmängeln - mithin aus formellen Gründen - von Amtes wegen an die Vorinstanz zurückgewiesen und in der Sache selbst nicht entschieden, kann auch X._____ nicht als unterliegende Partei angesehen werden, zumal er im Berufungsverfahren darauf verzichtet hat, zur Frage des rechtlichen Gehörs bzw. dessen Verletzung Stellung zu nehmen. Denn das für die Kostenverteilung geltende Erfolgsprinzip orientiert sich am Verfahrensausgang, d.h. am materiellen und formellen Gesamtergebnis (vgl. David Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 6 zu Art. 106 ZPO). Unter diesem Gesichtspunkt liesse sich nicht plausibel begründen, warum auf den Kostenvorschuss von X._____ zurückgegriffen würde. Damit verbliebe einzig die wenig praktikable Lösung, die Gerichtskosten je hälftig mit den beiden Vorschüssen zu verrechnen (wobei dann beide Parteien bei der Vorinstanz vorstellig werden müssten). Aus all diesen Gründen sind die von den Parteien geleisteten Vorschüsse diesen zurückzuerstatten und die Gerichtskosten von der Vorinstanz direkt einzufordern. c) Entsprechend dem zuvor Ausgeführten hat das Bezirksgericht Plessur überdies sowohl Y._____ als auch X._____ für das

Berufungsverfahren eine an- gemessene Parteientschädigung zu bezahlen, welche mangels Einreichung einer Honorarnote auf je Fr. 2'500.00 (inkl. Spesen und MWSt.) festgesetzt wird.

Seite 14 — 14 III.

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