



AR GVP 30/2018, Nr. 3734

Rechtsmittel gegen die Genehmigung eines vorsorglichen Massnahmeentscheids im Scheidungsverfahren. Gegen den Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts ist - je nach Streitwert - das Rechtsmittel der Berufung oder der Beschwerde gegeben (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO sowie Art. 319 lit. a ZPO).

Umdeutung (Konversion) des fälschlicherweise erhobenen Rechtsmittels. Eine Konversion ist grundsätzlich abzulehnen und nur ausnahmsweise möglich, wenn die Rechte der Gegenpartei nicht beeinträchtigt werden.

Entscheid des Einzelrichters des Obergerichts, 26.01.2018, ERZ 17 30

Sachverhalt:

B. Am Tag der Erhebung der Scheidungsklage hat H. zusätzlich einen Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 276 ZPO gestellt. Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 2. Mai 2017, an der G., dessen Rechtsvertreter, der Rechtsvertreter von H., nicht aber H. selbst, anwesend waren, unterzeichneten RA W. für H. sowie G. eine Vereinbarung über die Regelung des Ehegattenunterhalts für die Dauer des Scheidungsverfahrens. Der Einzelrichter des Kantonsgerichts hat das Massnahmenverfahren mit Entscheid vom 7. September 2017 abgeschlossen. Dieser Entscheid hat folgenden Wortlaut:

„1. Die Vereinbarung der Parteien vom 2. Mai 2017 wird genehmigt. Diese lautet wie folgt:

1. Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, der Ehefrau rückwirkend ab 1. März 2017 während der Dauer des Scheidungsverfahrens monatlich und monatlich im Voraus einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 8'000.00 zu bezahlen.
 2. An diese Zahlungen angerechnet werden die Renten der IV/AHV und der Pensionskasse, welche die Gesuchstellerin für den Zeitraum dieser Unterhaltszahlungen erhält. Sie verpflichtet sich, dem Gesuchsgegner die Rentenbescheide und Leistungsabrechnungen der Sozialversicherungen unaufgefordert innert 10 Tagen nach Erhalt zur Verfügung zu stellen. Der periodengerecht für die Dauer der vom Gesuchsgegner erbrachten Unterhaltsleistungen berechnete Rückerstattungsbetrag wird im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung berücksichtigt. Falls die Rentenzahlungen erst nach Abschluss des Scheidungsverfahrens erfolgen sollten, wird der Rückerstattungsbetrag innert 30 Tagen nach der Auszahlung dieser Leistungen zur Zahlung an den Gesuchsgegner fällig.
 3. Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte.
 4. Jede Partei trägt ihre Anwalts- und Umtriebskosten selbst.
 5. Diese Vereinbarung kann innert 10 Tagen seit Unterzeichnung (Datum des Poststempels) gegenüber dem Gericht schriftlich widerrufen werden.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 300.00 (bei Begründungsverzicht Fr. 200.00) wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt, unter Verrechnung mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss von Fr. 300.00. Der Gesuchsgegner hat der Gesuchstellerin vom Vorschuss Fr. 150.00 zu ersetzen.
3. Allfällige Vertretungs- und Umtriebskosten trägt jede Partei selbst.“

Die begründete Ausfertigung, in der als Rechtsmittel die Beschwerde genannt wird, wurde am 21. November 2017 an die Parteien versandt.

C. Am 4. Dezember 2017 liess G. gegen den Entscheid vom 7. September 2017 Beschwerde erheben. H. liess sich am 29. Dezember 2017 vernehmen. Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

[....]

Aus den Erwägungen:

1. Eintreten auf die Beschwerde

1.1 Die Vorinstanz hat - entsprechend der herrschenden Lehrmeinung (BEATRICE VAN DE GRAAF, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 279 ZPO; DANIEL BÄHLER, in: Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 1 zu Art. 279 ZPO; SUTTER-SOMM/GUT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 279 ZPO; MATTHIAS STEIN-WIGGER, in: FamKomm Scheidung, Band II, 3. Aufl. 2017, N. 3 zu Art. 279 ZPO) - die Vereinbarung der Parteien vom 2. Mai 2017 genehmigt und damit Art. 279 ZPO zur Anwendung gebracht. In diesem Rahmen musste sie eine inhaltliche Prüfung vornehmen. Der gerichtliche Validierungsentscheid stellt deshalb einen materiellen Entscheid dar (CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Das Eheschutzverfahren nach der schweizerischen ZPO, ZZZ 28/2011, S. 279), der als Entscheid nach Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO oder Art. 319 lit. a ZPO - je nach Streitwert - mit Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann.

Würde man Vereinbarungen über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren vom Genehmigungserfordernis ausnehmen, hätte die Vorinstanz das Verfahren abschreiben müssen (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Gegen solche Entscheide ist nach der einen Ansicht weder die Berufung noch die Beschwerde gegeben, nach der anderen immerhin, aber nur, wenn die Erledigung an sich bemängelt wird (MARKUS KRIECH, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 17 ff zu Art. 241 ZPO; THOMAS ENGLER, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2015, N. 11 f zu Art. 241 ZPO; AR GVP 25/2013 Nr. 3610).

Die Anwendung von Art. 279 ZPO durch die Vorinstanz steht, wie dargelegt, im Einklang mit der herrschenden Lehre und entspricht konstanter kantonaler Praxis. Folgerichtig hat die Vorinstanz einen Sachentscheid gefällt und keine Abschreibung vorgenommen, wie aus dem Wortlaut von Ziffer 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids unmissverständlich hervorgeht. Der Beschwerdeführer hat denn auch nicht geltend gemacht, die Vorinstanz hätte das Verfahren nicht mit einem Sachentscheid abschliessen dürfen, sondern hätte es abschreiben müssen. Mit Blick darauf, dass in der Vereinbarung vom 2. Mai 2017 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'000.-- festgelegt worden sind, ist die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO offensichtlich erreicht (zur Ermittlung des Streitwertes ist nicht auf die Hauptsache abzustellen, sondern nur auf die umstrittene vorsorgliche Massnahme: REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 41 zu Art. 308 ZPO). Mithin ist vorliegend das Rechtsmittel der Berufung gegeben, die Beschwerde ist nicht möglich.

1.2 Zu prüfen ist, ob die von G. erhobene Beschwerde als Berufung entgegen genommen werden kann, zumal die vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung nicht zutreffend ist. Die Vorinstanz verwies in ihrer Rechtsmittelbelehrung ausschliesslich auf die Möglichkeit der Erhebung der Beschwerde.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf der beschwerten Partei aus einer falschen oder fehlenden Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen (BGE 124 I 255 E. 1.aa; LAURENT KILLIAS, in: Berner Kommentar, ZPO, 2012, N. 29 zu Art. 238 ZPO; THOMAS ENGLER, a.a.O., N. 12 zu Art. 238 ZPO). Die beschwerte Partei darf sich somit grundsätzlich auf die Rechtsmittelbelehrung verlassen, ausser wenn das Gericht sofort erkennbar eine ganz offensichtlich falsche Rechtsmittelbelehrung erteilt hat, oder wenn die Partei oder ihre Vertretung deren Unrichtigkeit tatsächlich gekannt oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen (STECK/BRUNNER, in: Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 34 zu Art. 238 ZPO; vgl. auch BGE 117 Ia 119 E. 3.a, 117 Ia 421 E. 2.a, 135 III 374; DANIEL STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 27 zu Art. 238 ZPO; LAURENT

KILLIAS, a.a.O., N. 29 zu Art. 238 ZPO). Wann der Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2).

Dem Umstand, dass eine rechtsunkundige Person nicht anwaltlich vertreten war, ist Rechnung zu tragen (STECK/BRUNNER, a.a.O., N. 34 zu Art. 238 ZPO, BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2.). Ein Anwalt muss die Unrichtigkeit einer Rechtsmittelbelehrung durch Konsultation des massgebenden klaren Gesetzestextes erkennen, d.h. in der Regel kann vorausgesetzt werden, dass ein Anwalt – im Gegensatz zu nicht anwaltlich vertretenen Parteien - Kenntnis von den gesetzlichen Regelungen der Rechtsmittel und Rechtsmittelfristen hat (DANIEL STAEHELIN, a.a.O., N. 27 f. zu Art. 238 ZPO; vgl. auch LAURENT KILLIAS, a.a.O., N. 29 zu Art. 238 ZPO; BGE 117 Ia 119 E. 3.a; 117 Ia 421 E. 2.a.). Wenn die Mangelhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung schwer erkennbar ist und nur nach Konsultation von Lehre und Rechtsprechung festgestellt werden kann, so ist bei allen Parteien – unabhängig davon, ob sie anwaltlich vertreten sind oder nicht - das Vertrauen in die Rechtsmittelbelehrung zu schützen (STECK/BRUNNER, a.a.O., N. 34 zu Art. 238 ZPO; DANIEL STAEHELIN, a.a.O., N. 27 zu Art. 238 ZPO; LAURENT KILLIAS, a.a.O., N. 29 zu Art. 238 ZPO; BGE 117 Ia 421 E. 2.a.).

Der Anwalt des Beschwerdeführers hätte die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung aufgrund der klaren Vorschriften in Art. 319 lit. a in Verbindung mit Art. 308 Abs. 1 lit. b und Art. 308 Abs. 2 ZPO erkennen müssen und durfte sich deshalb nicht auf die falsche Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz verlassen. Es ist offensichtlich, dass ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen getroffen worden ist (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Art. 319 lit. a ZPO). Ebenso offensichtlich ist, dass es sich bei einem Streit um Unterhaltsbeiträge um eine vermögensrechtliche Angelegenheit (Art. 308 Abs. 2 ZPO) handelt. Bei solchen Streitigkeiten entscheidet allein der Streitwert darüber, ob Berufung oder Beschwerde gegeben ist.

Aus der Eingabe sind zudem keine Hinweise ersichtlich, dass es sich bei der Bezeichnung des Rechtsmittels als Beschwerde um einen blossen Verschrieb handeln könnte. Vielmehr geht auch aus den übrigen Formulierungen (Beschwerdeführerin, Beschwerdegegner) und dem Zitieren einer Bestimmung des Beschwerdeverfahrens hervor, dass der Beschwerdeführer bewusst nur Beschwerde erheben wollte.

1.3 Hat die Partei willentlich das unzutreffende Rechtsmittel eingereicht und ist sie auch in ihrem Vertrauen in die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung nicht zu schützen, stellt sich die Frage der Umdeutung des Rechtsmittels (Konversion). Zu prüfen ist somit in einem weiteren Schritt, ob die Beschwerde als Berufung umgedeutet werden kann. Dies setzt voraus, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen des zulässigen Rechtsmittels, mithin der Berufung, erfüllt sind.

Eine Konversion ist grundsätzlich abzulehnen und nur ausnahmsweise möglich, denn durch die Umwandlung dürfen die Rechte der Gegenpartei nicht beeinträchtigt werden (BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz. 927). Zudem sind auch diesbezüglich die Grundsätze über die anwaltliche Pflicht, unrichtige oder unterbliebene Rechtsmittelbelehrungen zu erkennen, anwendbar (PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 51 der Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 ZPO). Diese Praxis hat das Bundesgericht im Urteil 4D_77/2012 vom 20. November 2012 (keine Umdeutung einer Berufung in eine Beschwerde, da der Fehler in der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtsvertreter erkennbar gewesen war) geschützt und in BGE 113 Ia 84 festgehalten, dass diese Praxis nicht überspitzt formalistisch sei (PETER REETZ, a.a.O., N. 51 der Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 ZPO).

Die Eingabe des Beschwerdeführers genügt in Bezug auf die Form und Frist den Anforderungen der Berufung (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO).

Dass der Anwalt des Beschwerdeführers die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung hätte erkennen müssen, wurde bereits ausgeführt.

Zu prüfen bleibt, ob durch eine Konversion die Rechte der Beschwerdegegnerin beeinträchtigt würden. Diese Frage ist zu bejahen:

Die ZPO beschränkt sich nicht auf ein Rechtsmittel, sondern hat das Modell des Rechtsmittelpluralismus übernommen (BEAT MATHYS, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 4 zu Art. 308 ZPO). Die Beschwerde ist subsidiär zur Berufung (Art. 319 ZPO) und unterscheidet sich von dieser insbesondere bei den Anfechtungsgründen (Art. 320 und 310 ZPO), der aufschiebenden Wirkung (Art. 325 und 315 ZPO), dem Novenverbot (Art. 326 und Art. 317 ZPO) und der Möglichkeit der Ergreifung des Anschlussrechtsmittels (Art. 323 und 313 ZPO). Die ZPO stellt somit verschiedene Rechtsmittel mit verschiedenen Regeln zur Verfügung. Die Beschwerdegegnerin musste und konnte nur die ihr im Rahmen der Beschwerde zustehenden Rechte wahrnehmen. Bei einer Berufung hätte sie ihre Interessen anders geltend machen können.

1.4 Zusammenfassend kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.