

A1 2002-25

I. APPELLATIONSHOF

25. November 2002

Der I. Appellationshof hat in Sachen

X, Berufungskläger und Gesuchsgegner,

gegen

Staat Freiburg, Berufungsbeklagter und Gesuchsteller,

betreffend Berufung vom 21. August 2002 gegen das Urteil des Zivilgerichtspräsidenten _____ vom 30. April 2002 (Anweisung an den Schuldner, Art. 137 Abs. 2 und 177 ZGB),

nachdem sich ergeben hat:

A.— Zwischen den Eheleuten X und Y ist vor dem Zivilgericht des Berner Gerichtskreises _____ ein Ehescheidungsverfahren hängig. Im Rahmen dieses Verfahrens änderte der Gerichtspräsident des Berner Gerichtskreises _____ mit Verfügung vom 29. März 2001 die vom Zivilgerichtspräsidenten _____ am 14. März 2000 verfügte Eheschutzmassnahmen ab, verpflichtete X, der Y ab dem 19. Juli 2000 im voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 3'610.— zu leisten, und wies A, den damaligen Arbeitgeber von X, an, die monatlichen Unterhaltsbeiträge von damals Fr. 2'000.— von dessen Lohn abzuziehen und Y zu überweisen. Diese Verfügung erwuchs am 11. Mai 2001 in Rechtskraft.

Da X nur Teilzahlungen leistete, wurden die von ihm geschuldeten Unterhaltsbeiträge (bzw. die verbleibende Differenz) vom Staat Freiburg vorgeschossen. Am 18. Mai 2000 trat Y ihre diesbezüglichen Forderungen dem Staat Freiburg ab. In der Folge verliess X per 30. September 2001 den Arbeitgeber A und trat eine Stelle bei der B AG an.

B.— Am 10. Januar 2002 beantragte der Staat Freiburg, beim Gerichtspräsidenten _____, die B AG anzuweisen, X die von ihm geschuldeten monatlichen Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'610.— vom Lohn abzuziehen und ihm zu überweisen. Nach Anhörung der Parteien hiess der Gerichtspräsident am 30. April 2002 das Gesuch vom 10. Januar 2002 gestützt auf Art. 177 ZGB (i.V.m. Art. 137 Abs. 2 ZGB) teilweise gut und wies die B AG an, ab Ende Juli 2002 vom Lohn von X einen Betrag von Fr. 3'610.— abzuziehen und dem Staat Freiburg zu überweisen. Diese Verfügung wurde dem Rechtsvertreter von X am 10. August 2002 zugestellt.

C.— Am 21. August 2002 hat X, vertreten durch Fürsprecher _____, gegen die Verfügung des Gerichtspräsidenten _____ vom 30. April 2002 Berufung eingereicht. Er schliesst auf Aufhebung dieser Verfügung, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Mit Schreiben vom 5. September 2002 teilte Fürsprecher _____ dem Appellationshof mit, er vertrete X nicht mehr. Am 18. September 2002 teilte X dem Appellationshof mit, die Berufung vom 21. August 2002 behalte ihre Gültigkeit, und reichte weitere Beweismittel ein. Am 9., 11. und 18. November 2002 richtete X drei weitere Schreiben an den Appellationshof.

In seiner Berufungsantwort vom 23. Oktober 2002 schliesst der Staat Freiburg auf Abweisung der Berufung, unter Kostenfolge. Gleichzeitig beantragt er, der angefochtenen Verfügung die aufschiebende Wirkung zu entziehen und deren einstweiligen Vollzug anzuordnen.

e r w o g e n :

1.— a) Auf Gesuch der in _____ wohnhaften Y hatte der Zivilgerichtspräsident _____ am 14. März 2000 Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 173 ff. ZGB verfügt und dabei die ihr vom Berufungskläger geschuldeten Unterhaltsbeiträge auf Fr. 2'000.— festgesetzt. Nachdem der Berufungskläger in der Zwischenzeit vor dem zuständigen Gericht des Wohnsitzes des Berufungsklägers – dem Zivilgericht des Berner Gerichtskreises _____ – eine Scheidungsklage anhängig gemacht hatte, änderte der Präsident dieses Gerichts am 29. März 2001 die am 14. März 2000 verfügten Eheschutzmassnahmen insofern ab, als er die vom Berufungskläger geschuldeten Unterhaltsbeiträge an Y auf Fr. 3'610.— erhöhte. Wie auch aus seiner Verfügung hervorgeht, erliess er damit bezüglich dieser Unterhaltsbeiträge vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 137 Abs. 2 ZGB, die an die Stelle der Eheschutzmassnahmen vom 14. März 2000 treten (BGE 101 II 1; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, Art. 145 aZGB N 30; M. Leuenberger, *in PraxisKommentar Scheidungsrecht*, Basel 2000, Art. 137 N 8; vgl. zum Verhältnis zwischen Art. 137 ZGB und Art. 145 aZGB Sutter/Freiburghaus, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Zürich 1999, Art. 137 N 1). In der Folge ersuchte der Berufungsbeklagte, dem Y ihre Forderung am 18. Mai 2000 abgetreten hatte, die Vorinstanz, den Arbeitgeber des Berufungsklägers anzuweisen, seine Lohnzahlungen im Umfang von Fr. 3'610.— an den Berufungsbeklagten zu leisten.

Im Falle vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens (Art. 137 ZGB) stehen dem Kläger gestützt auf Art. 33 GestG am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist – das heisst aufgrund des inzwischen eingeleiteten Scheidungsverfahrens im Kanton Bern (Müller/Wirth, Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, Art. 33 N 65) –, oder am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll – das heisst gestützt auf Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR im Kanton Freiburg (Müller/Wirth, Art. 33 N 68) –, zwingend zwei alternative Gerichtsstände zur Verfügung (Müller/Wirth, Art. 33 N 75 ff.; Botschaft GestG, in BBl 1999 2854).

b) Da im vorliegenden Fall keine Scheidung auf gemeinsames Begehren mit umfassender Einigung verlangt worden war, fiel das Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 137 Abs. 2 ZGB im Kanton Freiburg in die sachliche Zuständigkeit des Zivilgerichtspräsidenten (Art. 369 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 39 Abs. 2 EGZGB). Die von diesem erlassene Verfügung kann innert zehn Tagen an das Gesamtgericht – das heisst das Zivilgericht – weitergezogen werden (Art. 376 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Berufung an den Appellationshof ist weder gegen die Verfügung des Gerichtspräsidenten noch gegen den Entscheid des Gesamtgerichts vorgesehen. Damit hat der Berufungskläger seine Berufung bei einem funktional nicht zuständigen Gericht eingereicht. Die Tatsache, dass die Scheidungsklage nicht beim Zivilgericht _____, sondern vor einem Berner Gericht hängig ist, vermag daran nichts zu ändern. Denn Art. 376 ZPO verlangt nicht, dass die Streitsache beim Gesamtgericht hängig ist, sondern nur, dass sie in dessen Zuständigkeit fällt. Eine Beschwerde an das Gesamtgericht gegen eine von dessen Präsidenten verfügte vorsorgliche Massnahme ist deshalb z. B. auch dann möglich, wenn das Gesamtgericht in der Zwischenzeit nicht mehr mit der Sache befasst ist (vgl. *Extraits* 1962 S. 106).

Fragt sich einzig, ob die Eingabe vom 21. August 2002 irrtümlicherweise bei einem unzuständigen Richter eingereicht worden ist und gestützt auf Art. 33 Abs. 4bis ZPO von Amtes wegen an das zuständige Gericht weiterzuleiten ist. Aufgrund der Bezeichnung der Eingabe als Berufung und der Tatsache, dass sie von einem patentierten Rechtsanwalt abgefasst wurde, ist diese Frage zu verneinen. Im Übrigen wurde die angefochtene Verfügung dem Rechtsbeistand des Berufungsklägers am 10. August 2002 zugestellt, sodass die am 21. August 2002 der Post übergebene Rechtsschrift (ebenso wie die vom Berufungskläger später eingereichten Eingaben) ohnehin verspätet ist (vgl. Art. 376 Abs. 2 i.V.m. Art. 40a Abs. 2 ZPO) und eine Weiterleitung der Eingaben an das Zivilgericht _____ auch aus diesem Grund unterbleiben kann.

Auf die Berufung ist mangels Zuständigkeit des Appellationshofes nicht einzutreten. Von einer Verhandlung ist unter diesen Umständen in Abweichung von Art. 376 Abs. 3 ZPO abzusehen (Art. 300 Abs. 3 lit. a ZPO).

2.— In ihrer Berufungsantwort erhebt der Berufungsbeklagte "Anschlussberufung". Der Begründung lässt sich allerdings entnehmen, dass er beantragt, der Berufung die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Im Übrigen sind im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen die Vorschriften über das summarische Verfahren anwendbar, sodass die Anschlussberufung ohnehin ausgeschlossen wäre (Art. 370 i.V.m. Art. 366 Abs. 3 ZPO).

Aufgrund der Unzulässigkeit der Berufung (vgl. E. 1b hievor) ist das Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos abzuschreiben (Art. 299 Abs. 1 ZPO).

3.— Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 400.— festzusetzen, zuzüglich der Auslagen von Fr. 70.— (Art. 1 Abs. 2 und 9 Abs. 1 Zivilkostentarif, ZivKT, SGF 135.11); diese Kosten sind von den Parteien hälftig zu beziehen; der Berufungskläger hat dem Berufungsbeklagten den von diesem bezogenen Anteil zu ersetzen (Art. 5 Abs. 2 ZivKT).

Dem nicht anwaltlich verbeiständeten Berufungsbeklagten, der bloss eine kurze Berufungsantwort zu verfassen hatte, ist eine globale Entschädigung von Fr. 100.— zuzusprechen (Art. 3 Abs. 1 lit. b und g PKT, SGF 137.21).

und gestützt auf Art. 92 Abs. 1 lit. a GOG sowie Art. 21 des Reglements für das Kantonsgericht auf dem Zirkulationsweg

erkannt:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die Parteikosten des Berufungsverfahrens werden X auferlegt.
4. Die Gerichtskosten werden auf Fr. 470.— festgesetzt (Gerichtsgebühr: Fr. 400.—, Auslagen: Fr. 70.—) und von den Parteien hälftig bezogen. X hat dem Staat Freiburg den von diesem bezogenen Anteil zu ersetzen.
5. Dem Staat Freiburg wird für das Berufungsverfahren zulasten von X eine globale Parteientschädigung von Fr. 100.— zugesprochen.

Freiburg, 25. November 2002