

Urteilskopf

99 Ia 26

5. Urteil vom 28. Februar 1973 i.S. Baudraz gegen Baudraz und Appellationshof des Kantons Bern.

Regeste (de):

Art. 4 BV (Willkür, Rechtsverweigerung); kant. Prozessrecht.

Nichtigkeitsklage und Appellation nach bernischer ZPO. Verhältnis der beiden Rechtsmittel zueinander. Bedeutung von Art. 337 ZPO, der besagt, dass die Einlegung eines andern Rechtsmittels ausgeschlossen ist, solange die Appellation offensteht.

Regeste (fr):

Art. 4 Cst. (arbitraire, déni de justice); procédure cantonale.

Pourvoi en nullité et recours en appel selon la procédure civile bernoise. Relation entre ces deux moyens de droit. Portée de l'art. 337 CPC bern., selon lequel aucun autre moyen de recours ne peut être employé tant que la voie de l'appel est ouverte.

Regesto (it):

Art. 4 CF (arbitrio, diniego di giustizia); procedura cantonale.

Ricorso per nullità ed in appello secondo la procedura civile bernese. Relazione tra questi due rimedi giuridici. Portata dell'art. 337 CPC bernese, secondo cui non può essere utilizzato alcun altro rimedio giuridico sino a che sia possibile in ricorso il appello.

Sachverhalt ab Seite 27

BGE 99 Ia 26 S. 27

A.- Das Amtsgericht Wangen a.A. (BE) sprach am 16. Mai 1972 die Scheidung der Ehe des Fredy Henri Baudraz und der Ursula Baudraz-Studer aus. Das Urteil wurde dem Ehemann, der durch keinen Anwalt vertreten war, keine Rechtsschrift eingereicht und an der mündlichen Hauptverhandlung nicht teilgenommen hatte, am 16. Juni 1972 (Zustelldatum) schriftlich eröffnet. Am 26. Juni 1972 reichte Fredy Baudraz, nun vertreten durch Fürsprecher Dr. X., Bern, beim Amtsgericht ein Gesuch um Wiedereinsetzung und beim Appellationshof des Kantons Bern eine Beschwerde gegen das Amtsgericht wegen Amtspflichtverletzung ein. Gleichzeitig erklärte er "vorsorglicherweise" die Appellation gegen das Scheidungsurteil. - Die Beschwerde wurde am 4. Juli 1972 und das Wiedereinsetzungsgesuch am 31. Oktober 1972 abgewiesen. Am Montag, dem 17. Juli 1972 (Datum des Poststempels), erhob Fredy Baudraz gegen das Scheidungsurteil auch noch Nichtigkeitsklage gemäss Art. 359 Ziffer 2 ZPO/BE (Rüge der nicht gesetzlichen Vorladung zum Urteilstermin), um - wie er mit Hinweis auf die bereits eingereichte Appellation und das Wiedereinsetzungsgesuch erklärte - "alle in Frage kommenden prozessualen Massnahmen getroffen zu haben".

B.- Mit Entscheid vom 25. September 1972 trat der Appellationshof des Kantons Bern auf die Nichtigkeitsklage nicht ein. Er erklärte, das Rechtsmittel sei verspätet eingelegt worden und zudem stehe der Nichtigkeitsklage Art. 337 ZPO entgegen. Dieser lautet: "Solange die Appellation offen steht, ist die Einlegung eines andern

Rechtsmittels ausgeschlossen." Da der Nichtigkeitskläger seine Appellation aufrechterhalte, sei für das Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage kein Platz.

C.- Gegen diesen Nichteintretensentscheid vom 25. September 1972 hat Baudraz staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV und Art. 72 KV erhoben. Die Beschwerdegegnerin und der Appellationshof beantragen Abweisung der Beschwerde. Beide anerkennen zwar, dass der Beschwerdeführer die Nichtigkeitsklage fristgerecht eingereicht habe und dass insofern der angefochtene Entscheid auf einem Irrtum beruhe. Sie machen aber geltend, der zweite Nichteintretensgrund (Ausschluss der Nichtigkeitsklage wegen offenstehender

BGE 99 Ia 26 S. 28

Appellation) treffe nach wie vor zu, weshalb der Entscheid des Appellationshofes trotzdem richtig sei.

D.- Mit Entscheid vom 29. Dezember 1972/13. Januar 1973 trat der Appellationshof des Kantons Bern auf die Appellation nicht ein. Die Begründung lautete, die Appellation sei verspätet, da sie sich gegen ein Säumnisurteil richte und daher nicht die ordentliche lotägige, sondern nur die 5tägige Appellationsfrist gelte.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. a) Der Beschwerdeführer macht neben der Verletzung von Art. 4 BV auch eine Verletzung von Art. 72 der bernischen Kantonsverfassung geltend, welcher bestimmt, dass alle Bürger vor dem Gesetz gleich seien. Der Beschwerdeführer behauptet nicht, dass diese Bestimmung mehr oder anderes enthalte als Art. 4 BV. Die Rüge der Verletzung des bernischen Verfassungsrechts hat demnach keine selbständige Bedeutung; sie fällt zusammen mit der Rüge der Verletzung von Art. 4 BV.

b) Der angefochtene Entscheid ist ein letztinstanzlicher Endentscheid im Sinne von Art. 87 OG, der das Verfahren abschliesst. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall die Rüge der nicht gesetzlichen Bekanntmachung des Urteilstermins (Art. 359 Ziff. 2 ZPO) noch in der mündlichen Appellationsverhandlung hätte geltend machen können, wenn die Appellation nicht wegen Verspätung "zurückgewiesen" worden wäre (vgl. nachstehend Erw. 2 und 3); denn Appellation und Nichtigkeitsklage sind zwei verschiedene Rechtsmittelverfahren, die einander grundsätzlich ausschliessen. Die Appellation geht der Nichtigkeitsklage vor. Auf die Nichtigkeitsklage ist nur einzutreten, wenn keine gültige Appellation vorliegt. Wird auf die Nichtigkeitsklage nicht eingetreten und liegt auch keine gültige Appellation vor, so bedeutet dies regelmässig, dass der behauptete Verfahrensmangel nach kantonalem Recht nicht mehr gerügt werden kann (vgl. Näheres unter Erw. 2 und 3). Dass im vorliegenden Fall der Appellationshof die beiden Rechtsmittel in umgekehrter Reihenfolge beurteilt hat, tut nichts zur Sache.

Die vorliegende Beschwerde ist daher zulässig.

2. a) Die Appellation nach bernischer ZPO ist ein ordentliches, umfassendes Rechtsmittel, mit dem die Überprüfung des gesamten erstinstanzlichen Verfahrens in formeller und materieller

BGE 99 Ia 26 S. 29

Hinsicht verlangt werden kann. Die Appellationsfrist beträgt in der Regel 10 Tage seit der Eröffnung des erstinstanzlichen Urteils, bei Säumnisurteilen 5 Tage (Art. 333 und 338 Abs. 1 und 3 ZPO). Die Appellation richtet sich gegen noch nicht rechtskräftig gewordene Entscheide (Art. 334 ZPO; LEUCH, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., Vorbem. vor Art. 333 ZPO; KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, S. 169). - Die Nichtigkeitsklage nach Art. 359 ZPO ist dagegen ein ausserordentliches Rechtsmittel, mit dem nur bestimmte Verfahrensmängel gerügt werden können. Sie richtet sich gegen kantonalrechtlich bereits in Rechtskraft erwachsene Urteile und ist in jedem Fall (auch gegen Säumnisurteile) innert 30 Tagen seit Eröffnung des Entscheids zu erheben (Art. 361 ZPO; LEUCH, Vorbem. vor Art. 359 ZPO; KUMMER, S. 175). Alle Rügen, die mit dieser Nichtigkeitsklage vorgebracht werden können, können ebenso gut mit der Appellation geltend gemacht werden, sofern die Streitsache appellabel ist (LEUCH, N 2 zu Art. 359 und N 1 zu Art. 337 ZPO; KUMMER, S. 169). - Die Nichtigkeitsklage nach Art. 360 ZPO, die sich nur gegen Entscheide richtet, die in die endgültige Zuständigkeit des erstinstanzlichen Richters fallen, steht hier nicht zur Diskussion, da es sich beim fraglichen Scheidungsurteil unbestrittenermassen um einen appellablen Entscheid handelt und vom Beschwerdeführer auch nur die Nichtigkeitsklage nach Art. 359 ZPO ergriffen wurde. b) Der Beschwerdeführer stellte gegen das im Säumnisverfahren ergangene Scheidungsurteil vorerst beim Amtsgericht Wangen a.A. ein Wiedereinsetzungsgesuch gemäss Art. 288 ZPO mit der Begründung, er habe vom Urteilstermin ohne Verschulden keine Kenntnis erlangt. Gleichzeitig erhob er "vorsorglicherweise" - gemeint war wohl: für den Fall der Abweisung des Wiedereinsetzungsgesuchs - Appellation innert der ordentlichen Appellationsfrist von 10 Tagen und beantragte, das erstinstanzliche Verfahren von Amtes wegen (Art. 90 ZPO) aufzuheben, eventuell die Scheidungsklage abzuweisen. Obwohl eine Appellation grundsätzlich erst in der mündlichen Parteiverhandlung vor der Appellationsinstanz begründet werden soll (LEUCH, N 3 zu Art. 339 ZPO; KUMMER, S. 171), fügte der Appellant kurz bei, er sei in erster Instanz nicht säumig gewesen, da ihm weder eine Vorladung noch eine andere richterliche Verfügung zugekommen sei. Er brachte diese summarische Begründung

BGE 99 Ia 26 S. 30

offensichtlich deshalb schon in der Appellationserklärung an, weil er damit rechnete, es könnte die 5tägige Appellationsfrist zur Anwendung kommen und daher seine Appellation verspätet sein, so dass das Scheidungsurteil in diesem Verfahren nur noch von Amtes wegen aufgehoben werden könnte (Art. 90 ZPO). Sein hauptsächliches Rechtsbegehren ging denn auch von Anfang an in dieser Richtung. c) Bis zum Ablauf der 30tägigen Frist für die Einreichung einer Nichtigkeitsklage waren weder das Wiedereinsetzungsgesuch noch die Appellation beurteilt. Der Beschwerdeführer erhob deshalb auch noch die Nichtigkeitsklage und beanstandete, der Urteilstermin sei ihm nicht gesetzlich bekanntgemacht worden (Art. 359 Ziff. 2 ZPO). Er tat dies augenscheinlich für den Fall, dass er mit den beiden andern Rechtsmitteln nicht durchdringen würde. Es wird heute vom Appellationshof und von der Beschwerdegegnerin mit Recht anerkannt, dass der Nichtigkeitskläger die 30tägige Frist wahrte. Die gegenteilige Feststellung im angefochtenen Entscheid beruht auf einem Irrtum. Sie widerspricht ganz eindeutig Art. 120 ZPO (Bestimmung über das Auslaufen einer Frist am Sonntag usw.). Fraglich kann somit nur noch sein, ob sich der Entscheid wenigstens mit der zweiten vom Appellationshof gegebenen Begründung vor Art. 4 BV halten lasse.

3. Art. 337 ZPO bestimmt, dass die Einlegung eines andern Rechtsmittels ausgeschlossen ist, solange die Appellation offensteht. Der Appellationshof legt diese Bestimmung im angefochtenen Entscheid dahin aus, dass die Nichtigkeitsklage nach Art. 359 ZPO unzulässig sei a) während der Appellationsfrist und b) solange eine erklärte Appellation hängig sei. Weiter führt er aus, im vorliegenden Fall werde in gleicher Sache eine Appellation "aufrechterhalten" - in der Vernehmlassung sagt er, diese Appellation sei "hängig", der Kostenvorschuss sei inzwischen bezahlt worden -, weshalb für die Nichtigkeitsklage kein Platz sei. Im Entscheid vom 29. Dezember 1972/13. Januar 1973 stellte er dann fest, dass die Appellation verspätet eingereicht worden sei und

deshalb "zurückgewiesen" werden müsse und dass eine Aufhebung des Scheidungsurteils von Amtes wegen nicht möglich sei. Der Appellationshof hat also eine verspätete, d.h. ungültige Appellation zum Anlass genommen, auf die Nichtigkeitsklage nicht einzutreten. Das ist vor Art. 4 BV nicht haltbar:

BGE 99 Ia 26 S. 31

a) Der vom Appellationshof vertretenen Auffassung steht schon der Wortlaut von Art. 337 ZPO ("Solange die Appellation offensteht...") entgegen. Ist die Appellationsfrist - betrage sie nun 10 oder 5 Tage - abgelaufen, so steht dem Rechtsuchenden die Appellation eben nicht mehr offen. Er hat die Frist versäumt, und eine verspätete Eingabe ist unwirksam. Es heisst in Art. 337 ZPO nicht, "wenn" oder "sofern" die Appellation offensteht, sondern "solange". Es kann also auch nicht angenommen werden, schon die blossе Appellabilität der Streitsache schliesse die Nichtigkeitsklage nach Art. 359 ZPO aus. Das scheint übrigens auch nicht die Meinung des Appellationshofes zu sein. Er geht vielmehr davon aus, die Nichtigkeitsklage sei immer dann unzulässig, wenn eine Appellation hängig sei, unbesehen darum, ob sich die Appellation später als gültig erweise oder nicht. Diese Ansicht findet aber keine Stütze in Art. 337 ZPO. Ist die Appellation ungültig, so ist sie es von Anfang an. Dem zu spät Appellierenden steht im Zeitpunkt der Appellation dieser Rechtsweg nicht mehr offen, auch wenn sich die Rechtsmittelinstanz zur Rechtzeitigkeit der Eingabe noch nicht ausgesprochen hat. Zwar vermag auch eine verspätete (oder sonstwie ungültige) Appellation die Rechtskraft des angefochtenen Urteils einstweilen zu hemmen (LEUCH, N 1 zu Art. 334 ZPO). Mit der "Rückweisung" einer solchen Eingabe durch den Appellationshof, d.h. mit dessen Nichteintretensentscheid, wird aber festgestellt, dass das Urteil trotz der Appellationserklärung schon mit dem Ablauf der Appellationsfrist rechtskräftig wurde (vgl. LEUCH, daselbst). Damit steht auch fest, dass die Appellation, die sich nur gegen noch nicht rechtskräftige Entscheide richten kann, nicht mehr zur Verfügung stand und der Weg für die Nichtigkeitsklage nach Art. 359 ZPO frei war. b) Wollte man einräumen, der Wortlaut von Art. 337 ZPO könnte, isoliert betrachtet, notfalls noch so verstanden werden, wie das der Appellationshof tat, so ist andererseits doch augenscheinlich, dass eine derartige Auslegung vollständig Sinn und Zweck dieser Bestimmung sowie des ganzen Rechtsmittelsystems der bernischen ZPO widerspräche und zu einem unhaltbaren Ergebnis führte. Die Nichtigkeitsklage nach Art. 359 ZPO ist gegen appellable und nichtappellable Entscheide zulässig (LEUCH, N 2 zu Art. 359 ZPO; KUMMER, S. 175), und zwar in jedem Fall innert 30 Tagen nach deren Eröffnung

BGE 99 Ia 26 S. 32

(Art. 361 ZPO). Die ratio des Gesetzes ist klar: Mit diesem Rechtsbehelf sollen - von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen (vgl. Art. 314 ZPO) - schwere Verfahrensmängel auch dann gerügt werden können, wenn entweder gegen einen Entscheid gar keine Appellation zulässig ist oder wenn in einer appellablen Streitsache die kurze Appellationsfrist von 10 oder 5 Tagen versäumt wurde. Ist hingegen in einer appellablen Streitsache die Appellationsfrist noch nicht verstrichen, so können sämtliche in Art. 359 ZPO aufgezählten Rügen ebensogut mit der Appellation geltend gemacht werden (vgl. Erw. 2 a). Offensichtlich aus diesem Grunde und im Bestreben, eine Häufung von Rechtsmitteln zu vermeiden, schreibt Art. 337 ZPO vor, dass innerhalb der Appellationsfrist - "solange die Appellation offensteht" - nur die Appellation ergriffen werden dürfe, die alle andern Rechtsmittel mitumfasst (KUMMER, S. 169). Wurde gültig appelliert, so ist auf eine in gleicher Sache erhobene Nichtigkeitsklage nicht einzutreten, da der Appellant seine sämtlichen Beanstandungen auf einmal in der mündlichen Appellationsverhandlung vorbringen soll (Art. 344 ff. ZPO; vgl. vorn Erw. 2 b). Die Nichtigkeitsklage als ausserordentliches Rechtsmittel ist in appellablen Sachen nur als letzte Rettung gedacht, für solche Fälle, wo die Appellationsfrist ungenutzt verstrich und das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft er-

wuchs (vgl. LEUCH, Vorbem. vor Art. 359 ZPO, N 1 zu Art. 337 und N 4 a.E. zu Art. 338 ZPO), wo also keine oder keine gültige Appellation erhoben wurde. Dass mit dieser Möglichkeit, mit der Nichtigkeitsklage Versäumtes nachzuholen, die Appellationsfrist restlos entwertet würde, wie das der Vertreter der Beschwerdegegnerin behauptet, trifft keineswegs zu, denn mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 359 ZPO können nur sehr wenige, das Verfahren betreffende Rügen angebracht werden, mit der Appellation hingegen auch Beanstandungen in der Sache selbst. Ob nun aber eine gültige Appellation vorliegt, wird vom Appellationshof wohl meistens erst nach Ablauf der 30tägigen Frist für die Nichtigkeitsklage entschieden (im vorliegenden Fall dauerte es 6 Monate). In der Regel dürfte es also nicht möglich sein, mit der Nichtigkeitsklage zuzuwarten, bis feststeht, ob auf die Appellation eingetreten wird. Andererseits kommt die Anhandnahme einer ungültigen Appellation als Nichtigkeitsklage schon deshalb nicht in Frage, weil die Appellationserklärung

BGE 99 Ia 26 S. 33

keine Begründung enthalten darf, eine Nichtigkeitsklage aber begründet sein muss (LEUCH, N 1 zu Art. 337 und N 3 zu Art. 339 ZPO; Art. 361 Abs. 1 ZPO). Dem Rechtsuchenden, der über die Gültigkeit seiner Appellation im Zweifel ist, bleibt somit nichts anderes übrig, als sicherheitshalber auch die Nichtigkeitsklage zu ergreifen, wenn er einen in Art. 359 ZPO erwähnten Verfahrensmangel rügen will. Gerade das soll ihm aber nach dem angefochtenen Entscheid verwehrt sein, denn nach diesem schlosse auch eine ungültig erhobene Appellation die andern Rechtsmittel aus. Das kann unmöglich der Sinn des bernischen Rechtsmittelverfahrens und im besondern des Art. 337 ZPO sein; denn dies hätte zur Folge, dass sich ein in erster Instanz Unterlegener im Zweifel über die Rechtslage vor die unhaltbare Alternative gestellt sähe, entweder zu appellieren und zu riskieren, dass auf die Appellation nicht eingetreten wird und eine Nichtigkeitsklage wegen Ablaufs der Frist nicht mehr möglich ist, oder aber zum vornherein auf das umfassende Rechtsmittel der Appellation zu verzichten und mit einer Nichtigkeitsklage blosse Verfahrensmängel zu rügen. Ein solches Verbot, eventualiter - d.h. für den Fall der Ungültigkeit der Appellation - noch andere Rechtsbehelfe, insbesondere die Nichtigkeitsklage, zu ergreifen, kann aus den massgebenden Vorschriften der ZPO nicht herausgelesen werden. Die gegenteilige Meinung hält vor Art. 4 BV nicht stand.

4. Der Appellationshof führt im angefochtenen Entscheid für seine Auffassung einen Satz aus dem Kommentar LEUCH (N 1 zu Art. 337 ZPO) an. Abgesehen davon, dass das Zitat nebst einer falschen Zahl einen sinnverändernden Kommafehler aufweist (Leuch setzt ein Komma nach der eingeklammerten Zahl 338), zeigen die weiteren Bemerkungen des Autors in der gleichen Note, dass er gerade nicht der Auffassung des Appellationshofes ist. Schon im erwähnten Satz selber setzt Leuch den Ausdruck "solange die Appellation offensteht" gleich mit "während der Appellationsfrist (338)" und sagt nur, dass in dieser Zeit und während der Hängigkeit der erklärten Appellation die Nichtigkeitsklage entbehrlich sei. Aus dem folgenden Satz könnte man zwar allenfalls e contrario schliessen, Leuch meine, eine eigene Appellation mache die Nichtigkeitsklage unmöglich. Indessen fährt er weiter unten fort: "Eventuelle Nichtigkeitsklage ist auch sonst für den Fall des Nichteintretens auf die Appellation zulässig. Nach unbenütztem Ablauf der

BGE 99 Ia 26 S. 34

Appellationsfrist oder nach Rückzug der Appellation oder neben einer erhobenen aber unzulässigen Appellation ist die Nichtigkeitsklage im ordentlichen Verfahren unbeschränkt zulässig, solange die Frist nach 361 noch läuft." Der Appellationshof kann sich demnach für seine Meinung keineswegs auf Leuch stützen.

5. Der im angefochtenen Entscheid und in der Vernehmlassung eingenommene Standpunkt des Appellationshofes scheint übrigens auch im Gegensatz zu dessen eigener Rechtsprechung zu stehen, jedenfalls soweit diese publiziert ist. Das Gericht hat nämlich in mehreren Entscheiden festgestellt, dass in an sich appellabler Sache nach Ablauf der Appellationsfrist noch die Nichtigkeitsklage gemäss Art. 359 ZPO ergriffen werden könne (ZBJV 75, S. 313, 82, S. 349/350, 86, S. 375 oben, 101, S. 479/480). In zwei nichtappellablen Fällen hat es zudem implizite entschieden, dass eine ungültig erhobene Appellation die Nichtigkeitsklage nicht auszuschliessen vermöge (ZBJV 74, S. 33, 100, S. 287). Aus ZBJV 82, S. 349/350 könnte e contrario höchstens geschlossen werden, dass eine gültig, d.h. innerhalb der Appellationsfrist erhobene Appellation die Nichtigkeitsklage ausschliesse. Dafür, dass auch eine verspätete Appellation diese Wirkung hätte, finden sich in der veröffentlichten Rechtsprechung jedenfalls keine Anhaltspunkte.

6. Wie ausgeführt (Erw. 2 b), ergriff der Beschwerdeführer die Nichtigkeitsklage offensichtlich nur für den Fall, dass das Wiedereinsetzungsgesuch und die Appellation keinen Erfolg haben sollten. Dass er die Nichtigkeitsklage als Eventual-Rechtsmittel verstand, brauchte er nicht noch ausdrücklich zu sagen; dies ergab sich sowohl aus der gesetzlichen Stellung und Funktion der Nichtigkeitsklage als auch aus den konkreten Umständen. Da die Appellation von Gesetzes wegen das prinzipale Rechtsmittel ist und die Nichtigkeitsklage nur bestehen kann, wenn keine gültige Appellation vorliegt, wäre eigentlich zu erwarten gewesen, der Appellationshof entscheide zuerst über Eintreten auf die Appellation. Indem er auf die Nichtigkeitsklage mit der Begründung nicht eintrat, es sei eine Appellation hängig, obwohl diese nach seinem späteren Entscheid gar nicht gültig war, handelte er willkürlich. Er schrieb Art. 337 ZPO eine Behauptung zu, die dieser Bestimmung schlechterdings nicht zukommen kann. Damit verschloss er dem Beschwerdeführer in willkürlicher Weise einen ihm gesetzlich zustehenden

BGE 99 Ia 26 S. 35

Rechtsweg, was einen Verstoß gegen Art. 4 BV darstellt und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen muss.

7. Warum die Ausschöpfung aller in Frage kommenden Rechtsmittel, wie es der Beschwerdeführer getan hat, rechtsmissbräuchlich sein sollte (vgl. die diesbezügliche Bemerkung des Appellationshofes in seiner Vernehmlassung), ist nicht einzusehen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern vom 25. September 1972 aufgehoben.