

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Wüthrich-Meyer (Referentin), Oberrichterin Apolloni Meier und Oberrichter Kunz sowie Kammerschreiber Weder

vom 21. April 2009

in der Streitsache zwischen

A.

vertreten durch Rechtsanwalt C.

Gesuchsgegner/Appellant

und

B.

Gesuchsteller/Appellat

vertreten durch Fürsprecher D.



Regeste:

1. *Entscheide über Gesuche auf Grundlage von Art. 281 ZGB sind nicht appellabel.*
2. *Die Berufung auf den Vertrauensschutz infolge einer falschen Rechtsmittelbelehrung ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der Appellant (Vater) erklärte form- und fristgerecht die Appellation gegen den Entscheid des Gerichtspräsidenten, mit welchem der Appellant verurteilt wurde, dem Appellaten (Sohn) ab März 2008 bis und mit rechtskräftigem Abschluss des hängigen Unterhaltsprozesses vorläufig Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.

Dem Entscheid der Vorinstanz ist zu entnehmen, dass gegen diesen innert 10 Tagen die Appellation erklärt werden könne.

Die amtliche Druckausgabe der bernischen Zivilprozessordnung (BSG 271.1) führt in Art. 336 Abs. 2 ZPO fälschlicherweise Art. 281 ZGB auf. Dies macht systematisch (vor Art. 45 ZGB) und chronologisch keinen Sinn und stellt sich nach Konsultation des offiziellen und publizierten Textes im Internet als Verschieb heraus. Es handelt beim gedruckten Art. „281“ vielmehr um 281 ZGB.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

II.

1. Vorab gilt es zu prüfen, ob gegen den vorliegenden Entscheid gemäss Art. 281 Abs. 2 ZGB der Rechtsweg der Appellation offensteht.

Der angefochtene Entscheid des Gerichtspräsidenten (...) vom 9. Februar 2009 erging im Summarverfahren (Art. 322 Abs. 2 lit. a ZPO; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, N 3a ad Art. 336 ZPO).

In Art. 336 Abs. 2 ZPO wird festgelegt, gegen welche Massnahmen und Verfügungen auf Grundlage des Zivilrechts appelliert werden kann. Art. 281 ZGB ist dort nicht genannt, weshalb diese Entscheide nicht appellabel sind. Die Aufzählung ist abschliessend (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 3a ad Art. 336 ZPO).

2. Gemäss Abs. 3 von Art. 336 ZPO sind einstweilige Verfügungen (Art. 326 ZPO) nur weiterziehbar, wenn sie von einem Gerichtspräsidenten ausgehen, der nicht als Instruktionsrichter handelt (Art. 327 Abs. 2) und überdies der Streitwert der Hauptsache nicht geschätzt werden kann oder mindestens CHF 8'000.00 beträgt.

Den einstweiligen Verfügungen sind die aufgrund von Bundesrecht erlassenen vorsorglichen Massnahmen hinsichtlich der Appellabilität gleichgestellt. Unzutreffend ist deshalb die Auffassung, der vorsorgliche Rechtsschutz bundesrechtlich begründeter Ansprüche erfolge im Verfahren nach Art. 322 ff. ZPO, was die Appellabilität mangels Erwähnung in Art. 336 Abs. 2 ZPO ausschliesse. Der über ein entsprechendes, im Rahmen eines bereits vor ihm hängigen Hauptprozesses gestelltes Gesuch entscheidende Gerichtspräsident handelt als Instruktionsrichter. Der Entscheid eines solchen über eine gestützt auf Art. 326 ZPO oder Bundesrecht angebehrte vorsorgliche Massnahme ist mit keinem kantonalen Rechtsmittel anfechtbar (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 4a ad Art. 336 ZPO; N 1c ad Art. 314 ZPO; N 2b ad Art. 327 ZPO).

3. Nach bernischer ZPO ist somit der Entscheid betreffend ein Gesuch nach Art. 281 Abs. 2 ZGB nicht appellabel.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass das Bundesgericht in BGE 119 II 183 ausgeführt hat, dass den Parteien in berufungsfähigen Zivilrechtsstreitigkeiten von Bundesrechts wegen ein Anspruch auf ein ordentliches, zu freier Kognition der Rechtsmittelinstanz führendes Rechtsmittel gegenüber Entscheiden unterer kantonomer Instanzen zusteht. Diese Praxis ist für den Kanton Bern in denjenigen Fällen von Bedeutung, in denen die Appellation gemäss Art. 336 Abs. 2 ZPO nicht ausdrücklich zugelassen wird, obwohl im Summarverfahren im Sinne von Art. 322 ZPO ohne Beweisbeschränkung und ohne die Möglichkeit eines nachfolgenden ordentlichen Verfahrens endgültig über eine Zivilrechtsstreitigkeit entschieden wird.

(LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 3c ad Art. 336 ZPO).

Vorliegend handelt es sich jedoch um einen vorsorglichen Massnahmeentscheid, welcher im Hauptprozess um Festlegung des Kinderunterhaltes im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens überprüft wird und somit nicht endgültig ist.

Dies hat zur Konsequenz, dass der angefochtene Massnahmeentscheid auch unter diesem Gesichtspunkt nicht appellabel ist.

4. Nach dem Gesagten ist der aufgrund von Art. 281 ZGB ergangene vorsorgliche Massnahmeentscheid des Gerichtspräsidenten (...) vom 9. Februar 2009 nicht appellabel.
5. Der Entscheid enthält eine Rechtsmittelbelehrung, wonach ein Appellation an den Appellationshof des Kantons Bern möglich sei.

Vorab ist zu prüfen, ob sich der Appellant auf die falsche Rechtsmittelbelehrung berufen kann. Gemäss konstanter Rechtsprechung vermag allerdings eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung ein nicht zur Verfügung stehendes Rechtsmittel nicht zu schaffen (Vgl. BGE 108 III 26; BGE 117 Ia 421).

6. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung leitet aus aArt. 4 BV (Art. 9 BV) ein Recht auf Vertrauensschutz ab, das unter anderem beinhaltet, dass falsche Auskünfte von Behörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten. Ein wichtiger Anwendungsfall dieses verfassungsmässigen Rechts besteht darin, dass einer Partei aus einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich kein Nachteil erwachsen darf.

Diese Rechtsprechung ist allerdings an den Vorbehalt geknüpft worden, dass sich nur derjenige auf eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung berufen kann, der die Unrichtigkeit nicht kennt und auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte erkennen können. Nur grobe Fehler einer Partei oder ihres Vertreters sollen aber dazu führen, eine falsche Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung einen solchen Fehler bejaht und den Vertrauensschutz dementsprechend versagt, wo eine Partei oder ihr Anwalt die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung durch Konsultierung des massgebenden Gesetzestextes allein hätte erkennen können; nicht verlangt wurde hingegen, dass neben dem Gesetzestext auch noch die einschlägige Rechtsprechung oder Literatur hätte nachgeschlagen werden müssen (BGE 117 Ia 421, E 2a, S. 422, mit weiteren Hinweisen).

An dieser Rechtsprechung ändert auch Art. 49 BGG nichts, aus dem hervorgeht, dass wegen unrichtiger oder unvollständiger Rechtsmittelbelehrung oder wegen Fehlens einer vorgeschriebenen Rechtsmittelbelehrung den Parteien keine Nachteile erwachsen dürfen. Mit dem Erlass dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber nämlich keineswegs die bisherige Rechtsprechung in Frage stellen wollen (Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2007, 5A_401/2007).

7. Vorliegend war der Appellant im erstinstanzlichen Verfahren durch Rechtsanwalt C. anwaltlich vertreten; somit sind strengere Voraussetzungen an der Vertrauensschutz zu stellen.

Vorliegend ist festzustellen, dass die Konsultation des Gesetzestextes zur Zulässigkeit der Appellation ohne weiteres ergeben hätte, dass die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz fehlerhaft ist. Der Mangel hätte mit anderen Worten bei gebührender Aufmerksamkeit erkannt werden müssen.

Der Appellant kann sich somit nicht auf den Vertrauensschutz berufen und auf die Appellation ist daher nicht einzutreten.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.