

ZK 13 393, publiziert Februar 2014

Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 6. Dezember 2013

Besetzung

Oberrichterin Pfister Hadorn (Referentin), Oberrichter Kunz und Oberrichter Studiger
Gerichtsschreiberin Eichenberger-Wehren

Verfahrensbeteiligte

A.

vertreten durch Fürsprecher X.

Gesuchsgegner/Berufungskläger

und

B.

vertreten durch Fürsprecher Y.

Gesuchstellerin/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Eheschutz

Regeste:

- *Art. 334 Abs. 1 ZPO; Art. 261 ff und 265 ZPO*
- *Einzig das Dispositiv kann berichtigt werden. Die Berichtigung einer Rechtsmittelbelehrung ist nach Art. 334 Abs. 1 ZPO nicht zulässig.*
- *Der Richter kann im Rahmen des Eheschutzverfahrens zusätzliche vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO oder auch superprovisorische Massnahmen nach Art. 265 ZPO anordnen.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Vorinstanz fügte ihrem schriftlich begründeten Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren (fälschlicherweise als Zwischenentscheid qualifiziert) irrtümlicherweise eine falsche Rechtsmittelbelehrung bei, indem sie darauf hinwies, dass innert 10 Tagen eine schriftliche Begründung des angefochtenen Entscheids verlangt werden könne. Fürsprecher X verlangte daraufhin innert 10 Tagen die schriftli-

che Begründung. In der Folge berichtigte die Vorinstanz die Rechtsmittelbelehrung. Die innert 10 Tagen seit Zustellung der berichtigten Rechtsmittelbelehrung, nicht aber innert 10 Tagen seit Zustellung des schriftlich begründeten Entscheids erhobene Berufung erfolgte verspätet, weshalb nicht darauf einzutreten war.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II. Formelles

1. Der angefochtene Entscheid wurde als „Zwischenentscheid“ ausgefällt. In der Begründung führte die Vorinstanz aus, dass es sich um einen Zwischenentscheid bzw. um eine vorsorgliche Massnahme in einem summarischen Verfahren handle, da noch Abklärungen betreffend Obhutszuteilung der beiden gemeinsamen Töchter (...) zu treffen seien (...).

Das Gericht kann gemäss Art. 237 Abs. 1 ZPO einen Zwischenentscheid treffen, wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann. Da das vorliegende Verfahren mit einer oberinstanzlichen Aufhebung des angefochtenen Entscheids nicht abgeschlossen und damit kein Endentscheid herbeigeführt werden kann, handelt es sich beim angefochtenen Entscheid nicht um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 Abs. 1 ZPO (vgl. hierzu D. Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 9 zu Art. 237 ZPO).

Eheschutzentscheide gelten nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung als vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG (BGE 133 III 393, BGE 5A_461/2010, 5A_908/2011, 5A_94/2010, 5A_157/2012) sowie im Sinn von Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO (BGE 137 III 475). Ob vorsorgliche oder superprovisorische Massnahmen während des Eheschutzverfahrens zulässig sind, wurde vom Bundesgericht bisher nicht entschieden. Die Frage wird in der Literatur kontrovers diskutiert (vgl. hierzu BGE 5A_212/2012 E. 2.2.2). Nach Spycher können vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Eheschutzverfahrens angeordnet werden, „*sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind*“ (Spycher in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 15 zu Art. 271 ZPO). Gemäss Sprecher ist der Eheschutzrichter stets zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen befugt, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Sprecher in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, N 41 zu Bemerkungen vor Art. 261 – 269; mit Hinweis auf Frank/Sträuli/Messmer, § 110 ZPO/ZH N 23). Auch Pfänder Baumann hält fest, dass vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO oder superprovisorische Massnahmen nach Art. 265 ZPO während eines Eheschutzverfahrens an-

geordnet werden können (Pfänder Baumann in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N 10 zu Art. 273 ZPO, mit Hinweis auf Hausheer/Reusser/Geiser Berner Kommentar ZGB, 2. Auflage, Bern 1999, N 21 zu Art. 180). Ein Bedarf für die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen während des Eheschutzverfahrens wird insbesondere damit begründet, dass sich Eheschutzverfahren in die Länge ziehen können (BGE 5A_212/2012 E. 2.2.2 mit Hinweis auf Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkomentar, 2010, N 5 zu Art. 273 ZPO). Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Es entspricht einem klar ausgewiesenen Bedürfnis der Praxis, vorsorgliche Massnahmen während des laufenden Eheschutzverfahrens zuzulassen. Insbesondere Fragen der Obhutszuteilung sind oftmals dringlich zu entscheiden, so dass vorsorgliche oder gar superprovisorische Massnahmen zulässig sein müssen. Andernfalls könnte das Kindeswohl in vielen Fällen nicht gewahrt werden. Im Bereich des Kindesrechts (z.B. Art. 281 ff. ZGB, Art. 307 ff. ZGB) sind vorsorgliche Massnahmen daher ohne weiteres zulässig (Sprecher in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., N 42 zu Bemerkungen vor Art. 261 – 269), wobei insbesondere die Kindeschutzmassnahmen (Art. 307 ff. ZGB) einen Anwendungsbereich für superprovisorische Massnahmen darstellen (Pfänder Baumann in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, a.a.O., N 10 zu Art. 273 ZPO). Dementsprechend kann der Richter im Rahmen des Eheschutzverfahrens zusätzliche vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO oder auch superprovisorische Massnahmen nach Art. 265 ZPO anordnen (vgl. auch Entscheid Kantonsgericht St. Gallen vom 15.05.2012, www.gerichte.sg.ch).

In der Terminologie der ZPO liegt in casu nicht ein Zwischenentscheid, sondern ein vorsorglicher Entscheid vor, da die Verhältnisse bis zum Endentscheid, d.h. bis zum Eheschutzentscheid, vorläufig geregelt werden bzw. das Verfahren mit einer oberinstanzlichen Aufhebung des angefochtenen Entscheids nicht abgeschlossen und damit kein Endentscheid herbeigeführt werden kann.

(...)

10. Hinzu kommt, dass nach Art. 334 Abs. 1 ZPO einzig das Dispositiv berichtigt werden kann (Sterchi in: Berner Kommentar, ZPO, a.a.O., N 5, 15 zu Art. 334 ZPO; Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO, a.a.O., N 5 zu Art. 334 ZPO; Herzog in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., N 7, 8 zu Art. 334 ZPO). Aus der separaten Aufzählung in Art. 238 ZPO ist ersichtlich, dass die Rechtsmittelbelehrung (lit. f) nicht zum Dispositiv bzw. zur Urteilsformel (lit. d) gehört. Aus diesem Grund ist eine Berichtigung der Rechtsmittelbelehrung gestützt auf Art. 334 Abs. 1 ZPO nicht zulässig. Auch deshalb ist ausgeschlossen, dass die Rechtsmittelfrist vorliegend erst am Tag nach der Zustellung der Berichtigung/Verfügung vom 4. Juli 2013 zu laufen begonnen hat. Die Berichtigung vom 4. Juli 2013 hat somit keinen Einfluss auf die Rechtsmittelfrist.

Selbst wenn eine Berichtigung zulässig wäre, ist festzuhalten, dass die Rechtsmittelfrist für die beschwerte Partei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei

einer Berichtigung nur für diejenigen Teile des Dispositivs neu zu laufen beginnt, die Gegenstand der Berichtigung bilden, und sich das Rechtsmittel nicht gegen jene Teile des ursprünglichen Urteils richten kann, welche von der Berichtigung nicht betroffen sind (BGE 119 II 482, Bger 4A_25872013, 4A_54/2013). Rechtsmittelfähig sind damit nur die neu eröffneten, berichtigten Punkte (Herzog in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., N 17 zu Art. 334 ZPO). Daraus folgt, dass die Rechtsmittelfrist vorliegend hinsichtlich der angefochtenen Dispositivziffern des „Zwischenentscheids“ vom 20. Juni 2013 selbst dann abgelaufen wäre, wenn eine Berichtigung der Rechtsmittelbelehrung zulässig wäre.

(...)

III. unentgeltliche Rechtspflege (uR)

(...)

IV. Kosten

(...)

Hinweis:

Das Urteil ist rechtskräftig.