Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.73/2004 /grl

Urteil vom 4.Mai 2004
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Hohl,
Gerichtsschreiber von Roten.

Parteien
B._____, (Ehemann), Italien,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Hans W. Stössel,

gegen

K._____, (Ehefrau),
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Domenico Acocella,
Kantonsgericht des Kantons Schwyz, Zivilkammer, Kollegiumstrasse 28, Postfach 2265, 6431 Schwyz.

Gegenstand
Art. 9 und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Scheidungsverfahren; Bezeichnung eines Zustellungsbevollmächtigten),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Beschluss
des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz, Zivil-
kammer, vom 22. Dezember 2003.

Sachverhalt:
A.
Am 2. Mai 1996 beantragte K. (Ehefrau)_____ den zuständigen Gerichten der March (Kanton Schwyz), ihre Ehe mit B. (Ehemann)_____ zu scheiden und die Scheidungsfolgen zu regeln. Die gerichtlichen Zustellungen an den Ehemann konnten zunächst noch "postlagernd" bzw. "c/o" in der Schweiz erfolgen. In der Folge war der Ehemann durch die Schweizerische Post nicht mehr erreichbar, wurde aber durch Advokat Vincenzo Montone in Rom vertreten, mit dem das Gericht direkt korrespondierte. Am 19. August 1997 bevollmächtigte der Ehemann einen im Kanton Schwyz zugelassenen Rechtsanwalt mit der Interessenwahrung, der das Mandat am 19. Oktober 1998 indessen niederlegte. Das zuständige Gericht stellte daraufhin die für den Ehemann bestimmten Vorladungen, Verfügungen u.ä. wieder direkt Advokat Montone nach Rom zu. Auf Antrag der Ehefrau forderte es den Ehemann am 4. Mai 1999 gestützt auf § 29 ZPO/SZ innert angesetzter Frist auf,
"in der Schweiz einen Zustellempfänger zu bezeichnen und der Bezirksgerichtskanzlei March, Lachen, eine entsprechende Person oder Stelle in der Schweiz zu bezeichnen, an die gerichtliche Zustellungen zu Ihren Handen erfolgen können. Es obliegt dabei Ihnen, diese Person so zu instruieren, dass die Sendungen rechtzeitig an Sie weitergeleitet werden. Wenn Sie dieser gerichtlichen Aufforderung nicht nachkommen, können Zustellungen durch Veröffentlichung erfolgen oder gar gänzlich unterbleiben."
Die Verfügung wurde auf dem Rechtshilfeweg zugestellt und in den Verfügungen vom 29. Juni 1999 und vom 30. März 2000 gegenüber dem Ehemann bestätigt bzw. erneuert mit der hervorgehobenen Androhung, dass inskünftig die Zustellungen an ihn in Italien unterbleiben würden. Auf die letzte Verfügung hin zeigte eine im

Kanton Schwyz zugelassene Rechtsanwältin dem Gericht am 8. Mai 2000 an, dass sie von Advokat Montone als Korrespondenzanwältin und Zustellungsempfängerin mandatiert worden sei. Am 19. März 2001 teilte sie mit, dass sie den Ehemann nicht mehr vertrete. Mit Urteil vom 20. Oktober 2003 schied der Einzelrichter die Ehe der Parteien und regelte die Scheidungsfolgen. Das Urteil wurde im kantonalen Amtsblatt Nr. 45 vom 7. November 2003 veröffentlicht.
B.
Auf die Berufung, die der Ehemann gegen das Scheidungsurteil erhoben hatte, trat das Kantonsgericht Schwyz nicht ein mit der Begründung, das Urteil sei für den Ehemann am 7. November 2003 im Amtsblatt veröffentlicht worden, nachdem er es trotz Hinweis auf die Rechtsfolgen unterlassen habe, ein schweizerisches Zustelldomizil zu bezeichnen. Die zwanzigtägige Berufungsfrist habe am 8. November 2003 zu laufen begonnen und hätte durch Übergabe der schriftlichen Berufungsschrift an die Schweizerische Post bis spätestens am 27. ds. gewahrt werden können. Innert Frist habe der Ehemann seine Eingabe am 26. ds. indessen bei der italienischen Poststelle in Castrovillari aufgegeben, von wo sie erst am 2. Dezember 2003 an die Auslandsortierstelle in Zürich gelangt sei. Die Berufung sei somit verspätet (Beschluss vom 22. Dezember 2003).
C.
Wegen formeller und materieller Rechtsverweigerung (Art. 9 und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV) sowie wegen Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Fairness im Verfahren) beantragt der Ehemann dem Bundesgericht, den kantonsgerichtlichen Nichteintretensbeschluss aufzuheben. Er ersucht, seiner staatsrechtlichen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Das Kantonsgericht und die Ehefrau wurden "zur Vernehmlassung betr. Gesuch um aufschiebende Wirkung" eingeladen. Das Kantonsgericht schliesst auf Abweisung von Gesuch und Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Die Ehefrau trägt an, der abzuweisenden staatsrechtlichen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Sie stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren. Der Präsident der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts hat der staatsrechtlichen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (Verfügung vom 16. März 2004).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Kantonsgericht hat angenommen, das Scheidungsurteil sei dem Beschwerdeführer am 7. November 2003 durch Veröffentlichung im Amtsblatt ordnungsgemäss zugestellt worden, weil er es unterlassen habe, ein schweizerisches Zustelldomizil zu bezeichnen. Dagegen richtet der Beschwerdeführer seine Rügen und macht geltend, die Voraussetzungen für eine Zustellung durch öffentliche Publikation seien - entgegen der Annahme des Kantonsgerichts - nicht erfüllt gewesen. Angefochten ist der Nichteintretensbeschluss des Kantonsgerichts als kantonal letztinstanzlicher Entscheid (Art. 86 OG).

In seiner Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung behauptet das Kantonsgericht, der Beschwerdeführer verkenne, dass die (zu Unrecht) gerügten Eröffnungsmängel des erstinstanzlichen Urteils an der kantonalen Berufungsfrist nichts zu ändern vermöchten und der Beschwerdeführer unbestrittenermassen so rechtzeitig vom Scheidungsurteil Kenntnis erhalten habe, dass er die zwanzigtägige Berufungsfrist, innert der nur die Anträge zu stellen gewesen wären, ohne weiteres hätte wahren können. Sofern das Kantonsgericht mit dem Hinweis, die staatsrechtliche Beschwerde gehe deswegen an der Sache vorbei, geltend machen will, es fehle dem Beschwerdeführer ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beurteilung des gerügten Eröffnungsmangels, ist der Einwand unbegründet. Es trifft zwar zu, dass der Beschwerdeführer das Scheidungsurteil vor Ablauf der Berufungsfrist erhalten hat und daher wohl die Möglichkeit gehabt hätte, die Berufung rechtzeitig zu erklären. Aus mangelhafter Eröffnung darf einer Partei jedoch kein Nachteil erwachsen (BGE 122 I 97 E. 3a/aa S. 99). Ein Nachteil kann in der Verkürzung der gesetzlichen Rechtsmittelfrist bestehen. Sollte sich die Zustellung durch Publikation im Amtsblatt als unzulässig erweisen, hätte die
Berufungsfrist frühestens mit der tatsächlichen Kenntnisnahme des Scheidungsurteils zu laufen begonnen (vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979, S. 255; z.B. BGE 128 III 101 E. 2 S. 104). Für die Einhaltung der Berufungsfrist ist somit nicht entscheidend, dass vor deren Ablauf hätte gehandelt werden können, sondern in welchem Zeitpunkt sie zu laufen begonnen hat. Da der Beschwerdeführer die Frist um nur wenige Tage versäumt hat, kann sein aktuelles und praktisches Interesse an der Beurteilung des gerügten Eröffnungsmangels nicht verneint werden (Art. 88 OG; BGE 125 I 394 E. 4a S. 397).

Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die staatsrechtliche Beschwerde kann eingetreten werden.
2.
In seiner Verfügung vom 4. Mai 1999 hat das Scheidungsgericht den Beschwerdeführer aufgefordert, in der Schweiz einen Zustellempfänger zu bezeichnen, an den gerichtliche Zustellungen erfolgen können mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle Zustellungen durch Veröffentlichung erfolgen oder gar gänzlich unterbleiben könnten. Die Verfügung und die darin enthaltene Androhung stützen sich praktisch wörtlich auf § 29 ZPO/SZ, wonach die Pflicht, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen, der Partei auferlegt werden kann, an die im Inland keine Zustellungen erfolgen können.
2.1 Nach Auffassung des Beschwerdeführers hat § 29 ZPO/SZ international Bestand. Es besteht im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde kein Anlass, dieser Frage von Amtes wegen nachzugehen, weil das Bundesgericht nur hinreichend begründete Rügen prüfen kann (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG; BGE 129 I 113 E. 2.1 S.120).
2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Anwendung von § 29 ZPO/SZ sei überspitzt formalistisch (Art. 29 Abs. 1 BV).

Der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, dass ihm die Verfügung vom 4. Mai 1999 ordnungsgemäss auf dem Rechtshilfeweg zugestellt worden ist. Diesbezüglich gelten für die Schweiz und Italien die Haager Übereinkünfte betreffend Zivilprozessrecht von 1905 und 1954 (SR 0.274.11 und .12), das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (SR 0.274.131) sowie der Niederlassungs- und Konsularvertrag zwischen der Schweiz und Italien (SR 0.142.114.541) mit Protokoll (SR 0.142.114.541.1) und der Briefwechsel vom 2. Juni 1988 zwischen der Schweiz und Italien betreffend die Übermittlung von gerichtlichen und aussergerichtlichen Urkunden sowie von Ersuchungsschreiben in Zivil- und Handelssachen (SR 0.274.184.542). Das Regelwerk kennt als vereinfachten Zustellungsweg den unmittelbaren Behördenverkehr, gestattet aber nicht, dass Zustellungen direkt durch Benutzung der Post bewirkt werden (vgl. dazu Volken, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Zürich 1996, 1 N. 58 f. S. 21, 2 N. 31-33 S. 39 f. und 2 N. 90 S. 58 f.; Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, I, Bern 1990, N. 6.5 zu Art. 29 OG).

Ist eine unmittelbare Zustellung gerichtlicher Akte an eine Partei in Italien, z.B. als Einschreibebrief mit Rückschein, nicht möglich, behält § 29 ZPO/SZ seine Berechtigung. Denn die Bezeichnung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz beschleunigt das Verfahren und vermeidet die regelmässig aufwändigen - wenn auch vereinfachten - Zustellungen über gerichtliche Behörden an eine Partei im Ausland. Insoweit kann ein schutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Aufforderung, der Beschwerdeführer solle ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnen, nicht verneint werden (vgl. dazu Poudret/Sandoz-Monod, a.a.O., S. 171; Volken, a.a.O., 2 N. 17 S. 35). Die Anwendung von § 29 ZPO/SZ verstösst deshalb im konkreten Fall nicht gegen das Verbot des überspitzten Formalismus (statt vieler zum Begriff: BGE 128 II 139 E. 2a S. 142). Ebenso wenig bedeutet es einen überspitzten Formalismus, dass das Kantonsgericht nur die Übergabe der Berufungserklärung an die Schweizerische Post als fristwahrend angesehen hat, nicht hingegen die Postaufgabe in Italien (BGE 125 V 65 E. 1 S. 66).
2.3 Der Beschwerdeführer wendet ein, er sei der gerichtlichen Aufforderung, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen, nachgekommen und habe eine Rechtsanwältin in der Schweiz bevollmächtigt. Nachdem diese ihr Mandat niedergelegt habe, sei er aber nicht erneut aufgefordert worden, ein schweizerisches Zustellungsdomizil zu bezeichnen. Ohne neuerliche Einzelaufforderung mit ausdrücklicher Androhung der Rechtsfolgen im Unterlassungsfalle könne eine Zustellung durch Veröffentlichung im Amtsblatt nicht als ordnungsgemäss betrachtet werden.

Der Beschwerdeführer ist gerichtlich aufgefordert worden, eine Person oder Stelle in der Schweiz zu bezeichnen, an die gerichtliche Zustellungen zu seinen Handen erfolgen können. Die Androhung für den Unterlassungsfall hat dahin gelautet, dass Zustellungen durch Veröffentlichung erfolgen oder gar gänzlich unterbleiben können bzw. inskünftig die Zustellungen an den Beschwerdeführer in Italien unterbleiben. Auf Grund dieser unmissverständlichen Androhung musste dem Beschwerdeführer klar sein, dass er für die Dauer des ganzen Verfahrens ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu besorgen hatte und die gerichtliche Aufforderung nicht gleichsam "konsumiert" würde, wenn er einmal ein Zustellungsdomizil verzeigt hätte. Nach Treu und Glauben

wäre bei Dahinfallen einer Zustellungsbevollmächtigung gegenteils ein neuer Zustellungsempfänger zu verzeigen gewesen, um das Eintreten der angedrohten Rechtsfolgen zu verhindern. Im zum Hauptprozess gehörigen Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege ist dem Beschwerdeführer im Übrigen ausdrücklich mitgeteilt worden, es sei seine Sache, nachdem seine Rechtsvertreterin das Mandat niedergelegt habe, unverzüglich einen neuen Zustellungsempfänger in der Schweiz zu bezeichnen (Verfügung vom 31. Mai 2001).
Es kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer nicht als juristischer Laie gelten kann. Er ist damals durch einen italienischen Advokaten vertreten gewesen, der mit Sonderbewilligung bereits 1993 im Kanton Wallis und 1995 vor Bundesgericht eine Prozessvertretung wahrgenommen hatte (Urteil 5C.199/1994 vom 7. April 1995). § 29 ZPO/SZ stimmt praktisch wörtlich mit Art. 29 Abs. 4 OG überein und ist Art. 98 aZPO/VS ähnlich, so dass ohne Willkür davon ausgegangen werden darf, der Beschwerdeführer bzw. sein Rechtsvertreter in Italien habe den gezeigten Sinn und Gehalt der Androhung gemäss § 29 ZPO/SZ richtig verstanden (Art. 9 BV; vgl. zum Begriff: BGE 128 I 273 E. 2.1 S. 275).
Hat das Scheidungsgericht den Beschwerdeführer insoweit unmissverständlich auf die Folgen der Nichtbezeichnung eines Zustellungsempfängers in der Schweiz aufmerksam gemacht, verletzt es weder das Verbot des überspitzten Formalismus noch den Anspruch auf rechtliches Gehör, dass dem säumigen Beschwerdeführer das Scheidungsurteil androhungsgemäss durch Veröffentlichung im Amtsblatt zugestellt worden ist (z.B. BGE 96 I 521 E. 4 S. 523, betreffend Kostenvorschuss). Die Berufungsfrist hat damit am Tag nach der Veröffentlichung des Scheidungsurteils im Amtsblatt zu laufen begonnen. Es bedeutet deshalb auch keine formelle Rechtsverweigerung, dass das Kantonsgericht auf die verspätete Berufung nicht eingetreten ist (vgl. BGE 125 III 440 E. 2 S. 441).
2.4 Schliesslich ruft der Beschwerdeführer Garantien aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK an. Die genannte Bestimmung verbietet es den Vertragsstaaten indessen nicht, das Eintreten auf ein Rechtsmittel von der Einhaltung formeller Vorschriften abhängig zu machen, soweit diese ein legitimes Ziel verfolgen und das Recht auf Zugang zu einem Gericht nicht seiner Substanz berauben oder in unverhältnismässiger Weise einschränken (BGE 124 I 322 E. 4d S. 325; 125 V 37 E. 6 S. 41). Das Erfordernis einer Zustelladresse im Staat, in dem ein Verfahren durchgeführt wird, ist im Interesse der Vermeidung von Verfahrensverzögerungen gerechtfertigt und mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK grundsätzlich vereinbar (vgl. etwa Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 2. A. Kehl am Rhein 1996, N. 65 zu Art. 6 EMRK, bei Anm. 323 S. 208). Auf soeben Gesagtes (E. 2.2 und 2.3) kann verwiesen werden. Der kantonsgerichtliche Nichteintretensbeschluss verletzt deshalb auch das angerufene Fairnessprinzip nicht.
3.
Aus den dargelegten Gründen muss die staatsrechtliche Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer wird damit kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Da die Beschwerdegegnerin mit ihrem Antrag auf Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung nicht durchgedrungen ist, steht ihr für die entsprechende Vernehmlassung keine Entschädigung zu. In der Sache selbst ist keine Vernehmlassung eingeholt worden und somit auch keine Entschädigung geschuldet (Art. 159 Abs. 2 OG). Dem Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung ist zu entsprechen. Sie kann als bedürftig angesehen werden und ihr Standpunkt im Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung (Abweisung des Gesuchs) erschien nicht als von Beginn an aussichtslos. Der Beschwerdegegnerin ist ein Rechtsbeistand beizugeben, dem für die Ausarbeitung der Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung ein Honorar aus der Bundesgerichtskasse zusteht (Art. 152 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Der Beschwerdegegnerin wird für die Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihr Rechtsanwalt Dr. Domenico Acocella als amtlicher Vertreter bestellt.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Rechtsanwalt Dr. Domenico Acocella wird für die Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung

ein Honorar von Fr. 500.– aus der Bundesgerichtskasse entrichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht des Kantons Schwyz, Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt
Lausanne, 4. Mai 2004
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: