Urteilskopf

104 II 216

36. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. Juni 1978 i.S. Gaberell gegen Teron AG
Regeste (de):
Art. 48 Abs. 1 OG; Begriff des Endentscheids.

Gegen einstweilige Verfügungen im Sinne von Art. 326 der bernischen Zivilprozessordnung (im vorliegenden Fall Ausweisung eines Mieters) ist die Berufung nicht zulässig.

Regeste (fr):
Art. 48 al. 1 OJ; notion de décision finale.

Le recours en réforme n'est pas recevable contre des ordonnances provisoires au sens de l'art. 326 du Code bernois de procédure civile (en l'espèce, expulsion d'un locataire).

Regesto (it):
Art. 48 cpv. 1 OG; nozione di decisione finale.

Il ricorso per riforma non è ammissibile contro i decreti provvisori ai sensi dell'art. 326 del codice di procedura civile bernese (in casu l'espulsione di un conduttore).

Sachverhalt ab Seite 216

BGE 104 II 216 S. 216

Mit Kaufvertrag vom 4. März 1969 veräusserte Hans Gaberell seine Liegenschaft Grundbuch Nr. 207 in der Gemeinde Nidau, bestehend aus einem Wohnhaus, einer Werkstatt und Umschwung von 14,98 Aren, an die Teron AG. Die Werkstatt nebst Zugehör wurde nicht mitverkauft, sondern sollte als Fahrnisbaute im Eigentum des Verkäufers bleiben. Nutzen und Schaden sollten am 1. November 1969 auf die Käuferin übergehen. Durch mündliche Abrede wurde in der Folge der Antritt des Kaufobjektes durch die Käuferin auf unbestimmte Zeit aufgeschoben und dem Verkäufer auf diese Weise ermöglicht, weiterhin die Werkstatt zu benutzen und im Wohnhaus zu verbleiben. Die Käuferin wurde im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen.

BGE 104 II 216 S. 217

Am 2. April 1977 kündigte die Käuferin das Mietverhältnis. Als der Kündigungstermin verstrichen war, ohne dass der Verkäufer auszog, reichte sie ein Exmissionsgesuch gegen diesen ein. Der Gerichtspräsident des Amtsbezirkes Nidau entsprach dem Gesuch und wies den Gesuchsgegner an, die Werkstatt auf der veräusserten Liegenschaft bis spätestens 30. April 1978 abzubrechen sowie das gesamte Areal bis zum gleichen Zeitpunkt zu räumen und ordnungsgemäss zu verlassen. Der Appellationshof des Kantons Bern wies die vom Gesuchsgegner gegen diesen Entscheid eingereichte Appellation ab und bestätigte am 9. Februar 1978 die vom erstinstanzlichen Richter getroffene Ausweisungsverfügung. Gegen das Urteil des Appellationshofs erhob der

Gesuchsgegner Berufung ans Bundesgericht. Das Bundesgericht tritt nicht auf die Berufung ein.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Im Vordergrund steht die Frage, ob es sich beim angefochtenen Entscheid um einen Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG handle, gegen welchen die Berufung an das Bundesgericht zulässig ist. Ein solcher liegt nach der Rechtsprechung nur vor, wenn der kantonale Richter über den streitigen Anspruch materiell entschieden oder dessen Beurteilung aus einem Grunde abgelehnt hat, der endgültig verbietet, dass der gleiche Anspruch zwischen den gleichen Parteien nochmals geltend gemacht wird (BGE 103 II 251; BGE 102 II 61; BGE 101 II 362; BGE 100 II 287, 429; BGE 98 II 154 /155 mit Hinweisen). Ein Endentscheid liegt unter anderem dann nicht vor, wenn nur um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht wurde, der streitige Anspruch mithin zum Gegenstand eines neuen Verfahrens gemacht werden kann (BGE 103 II 251; BGE 101 II 362; BGE 97 II 187 E. 1). Keinen endgültigen Charakter haben daher die einstweiligen Verfügungen, mit denen vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden (BGE 101 II 65; BGE 96 II 427; BGE 94 II 59 E. 3; BGE 86 II 294; BGE 85 II 195; BGE 75 II 95 E. 1; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., S. 559; BIRCHMEIER, Handbuch des OG, S. 165/166; WURZBURGER, Les conditions objectives du recours au Tribunal fédéral, S. 191 ff.; A. STÄHELIN, Die objektiven Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht, ZSR 94/1975, II, S. 23 f.).

BGE 104 II 216 S. 218

a) Der angefochtene Entscheid erging in Anwendung von Art. 326 Ziffer 2 ZPO/BE, der seinen Platz im Titel über die einstweiligen Verfügungen hat und folgendermassen lautet: "Der Richter kann auf Gesuch eines Beteiligten als vorsorgliche Massnahme eine einstweilige Verfügung treffen, sofern ihm glaubhaft gemacht wird, dass der Erlass einer solchen sich aus einem der folgenden Gründen rechtfertigt: ... 2. zum Schutze eines bedrohten Besitzstandes sowie zur Wiedererlangung eines widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes; ..." Art. 330 ZPO/BE bestimmt sodann, dass dem Gesuchsteller beim Zuspruch der einstweiligen Verfügung gegebenenfalls eine angemessene Frist zur Anhebung des Hauptprozesses anzusetzen sei, ansonst die einstweilige Verfügung dahinfalle; die Entscheidung über die einstweilige Verfügung falle im übrigen dahin, sobald über die Sache selbst ein rechtskräftiges Urteil ergangen sei. Und Art. 332 Abs. 1 ZPO/BE sieht schliesslich vor, dass eine Partei, welcher durch eine einstweilige Verfügung Schaden verursacht wurde, auf dem Wege des ordentlichen Prozesses Klage auf Ersatz dieses Schadens erheben könne, "sofern die Massnahmen unbegründet waren oder ihnen ein materiell-rechtlicher Anspruch nicht zugrunde lag". b) Der angefochtene Entscheid hat somit insofern bloss vorläufigen Charakter, als ein ordentlicher Prozess vorbehalten bleibt. Allerdings ist zur Anhebung eines solchen Prozesses keine Frist angesetzt worden; dies offenbar deshalb, weil damit eine Änderung der durch die einstweilige Verfügung geschaffenen Sachlage nicht erreicht, sondern nurmehr über einen Schadenersatzanspruch des unterlegenen Gesuchsgegners und heutigen Berufungsklägers verhandelt werden könnte (in diesem Sinne LEUCH, Die ZPO für den Kanton Bern, 3. Aufl., N. 1 zu Art. 330, S. 308 oben). Der Berufungskläger muss daher trotz des einstweiligen Charakters der ihm gegenüber getroffenen Massnahme hinnehmen, dass er die von ihm benützte Werkstatt abbrechen und das Areal räumen muss, bevor er in einem ordentlichen Verfahren sein allfälliges besseres Recht geltend machen und Wiedergutmachung verlangen kann. Es fragt sich, ob die Berufung nicht mit Rücksicht darauf als zulässig zu betrachten sei.

BGE 104 II 216 S. 219

c) Der Begriff des Endentscheids hat in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Befehlsverfahren des zürcherischen Prozessrechts eine gewisse Wandlung erfahren, indem die Weiterzugsmöglichkeit im Vergleich zu früher erweitert worden ist. Obwohl Entscheide, die im zürcherischen Befehlsverfahren ergingen, früher (d.h. bis zu der am 1. Januar 1977 in Kraft getretenen neuen ZPO) keine Rechtskraftwirkung gegenüber Urteilen im ordentlichen Verfahren entfalteten und somit keinen endgültigen Charakter aufwiesen, hat das Bundesgericht die Berufung dagegen in neuerer Zeit zugelassen, soweit eine gegenüber dem Beklagten angeordnete Massnahme während längerer Zeit ihre Wirkungen entfalten und sogar Gegenstand der Vollstreckung bilden konnte (BGE 102 II 62 E. 2; BGE 100 II 287 ff.). In diesem Zusammenhang wurde unter anderm folgendes ausgeführt: "So muss sich der im Befehlsverfahren aus seiner Wohnung ausgewiesene Mieter gefallen lassen, ausgeschafft zu werden, auch wenn er die Möglichkeit behält, beim ordentlichen Richter auf Rückerstattung der Wohnung oder auf Schadenersatz zu klagen... Mit Rücksicht auf diese Auswirkungen der ein Befehlsbegehren gutheissenden Entscheidung lässt es sich verantworten, die Berufungsfähigkeit solcher Entscheide jedenfalls dann zu bejahen, wenn diese nicht zwangsläufig zu einem ordentlichen Verfahren Anlass geben (wie dies bei den vorsorglichen Massnahmen der Fall ist), sondern in der Regel für längere Zeit oder sogar endgültig Recht schaffen" (BGE 100 II 289). Angesichts dieser Entwicklung der Rechtsprechung stellt sich die Frage, ob nicht auch die hier angefochtene Ausweisung des Berufungsklägers auf Grund der soeben zitierten Erwägung Gegenstand einer Berufung bilden könne. Dem steht indessen folgender Umstand entgegen: Der provisorische Charakter der einstweiligen Verfügungen gemäss Art. 326 ZPO/BE zeigt sich auch darin, dass die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht bewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden müssen. Der Entscheid beruht somit in tatsächlicher Hinsicht nicht auf einer abschliessenden Prüfung des Streitfalles; diese bleibt vielmehr dem ordentlichen Prozess vorbehalten (LEUCH, a.a.O., N. 3 zu Art. 326; KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2. Aufl. S. 233). Hierin besteht ein grundlegender Unterschied zum zürcherischen Befehlsverfahren, das zur schnellen Handhabung klaren Rechts nur zulässig ist, sofern die tatsächlichen Verhältnisse nicht

streitig oder sofort beweisbar sind (alt § 292 Ziff. 1 und neu § 222 Ziff. 2 ZPO/ZH). Die Überprüfung eines Entscheids im Berufungsverfahren vor Bundesgericht setzt aber notwendigerweise voraus, dass die tatsächlichen Verhältnisse im kantonalen Verfahren nicht nur provisorisch, sondern in endgültiger Weise geklärt wurden. Das ergibt sich einmal aus der in Art. 63 Abs. 2 OG vorgeschriebenen Bindung des Bundesgerichts an die Feststellungen der letzten kantonalen Instanz über tatsächliche Verhältnisse und sodann aus der Ausgestaltung der Verletzung bundesrechtlicher Beweisregeln zum Berufungsgrund (Art. 43 Abs. 3 und 63 Abs. 2 OG); Art. 8 ZGB als wichtigste Regel dieser Art lässt es nicht zu, dass der Richter zugunsten der beweisbelasteten Partei auf bloss glaubhaft gemachte (mithin nicht bewiesene) Tatsachen abstellt (KUMMER, N. 84 zu Art. 8 ZGB). Aber auch mit der Beschränkung der Berufungsfähigkeit auf Entscheide endgültigen Charakters ist es nicht vereinbar, dass das Bundesgericht als Berufungsinstanz auf Grund eines nicht näher abgeklärten Sachverhaltes urteilt. Das Fehlen einer zuverlässigen Urteilsgrundlage in tatsächlicher Hinsicht muss daher zu Folge haben, dass das Bundesgericht auf die Berufung gegen einstweilige Verfügungen gemäss Art. 326 ZPO/BE nicht eintreten kann.

3. In BGE 101
II 359 /360 hat die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts den in einem summarischen Verfahren gefällten Entscheid über die Ausweisung eines Mieters als nicht berufungsfähig bezeichnet. Soweit dort das Nichteintreten damit begründet wurde, es handle sich bei einer solchen Ausweisung um ein blosses Vollstreckungsverfahren, das vom kantonalen Prozessrecht beherrscht werde und daher der Berufung an das Bundesgericht nicht unterliege, könnte daran nicht festgehalten werden. Die I. Zivilabteilung ist denn auch in einem neueren Entscheid, der sich auf einen Zürcher Fall bezog, von dieser Auffassung abgerückt und hat entschieden, dass ein Ausweisungsverfahren, in dem über den Rückgabeanspruch des Vermieters geurteilt werde, ein Erkenntnisverfahren darstelle, bei dem es um den materiellen Bestand des geltend gemachten Anspruchs gehe und nicht um seine

Vollstreckbarkeit (BGE 103 II 250 /251 E. 1a). Wenn in diesem neueren Urteil auf die Berufung gegen den kantonalen Entscheid eingetreten wurde, so deshalb, weil es sich dabei um einen solchen im Befehlsverfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts nach der neuen

Zürcher Zivilprozessordnung handelte. Da diesem Entscheid eine unbeschränkte Rechtskraftwirkung zukam, konnte kein Zweifel daran bestehen, dass er als Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG zu betrachten war (vgl. BGE 103 II 251 /252 E. 1b). Wird jedoch über die Ausweisung eines Mieters im Unterschied zum soeben erwähnten Fall im Verfahren der einstweiligen Verfügungen oder vorsorglichen Massnahmen entschieden, in dem die blosse Glaubhaftmachung der anspruchsbegründenden Tatsachen genügt, kann es sich aus den in Erwägung 2 c dargelegten Gründen nicht um einen Endentscheid handeln, der mit Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden kann. Daran ändert auch der Hinweis auf den Besitzesschutz in Art. 326 Ziff. 2 ZPO/BE nichts. Nach der Auffassung von KUMMER müsste die Geltendmachung des Besitzesschutzanspruches im Unterschied zur Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 94 II 348 ff.; BGE 85 II 275 ff.) zwar nicht notwendigerweise zu einem nicht berufungsfähigen Entscheid führen (vgl. die Kritik dieses Autors an BGE 94 II 353 f.E. 3 in ZBJV 106/1970, S. 130/131). Im vorliegenden Fall war jedoch nicht über eine bundesrechtliche Besitzesklage zu entscheiden. KUMMER weist in seinem Grundriss des Zivilprozessrechts selber darauf hin, dass es sich bei der einstweiligen Verfügung gemäss Art. 326 Ziff. 2 ZPO/BE nicht um den bundesrechtlichen Besitzesschutz handeln könne, da dieser ein ordentliches Verfahren voraussetze, das sich nicht mit einer bloss summarischen Kognition begnüge (a.a.O., S. 235). Man mag es unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes als unbefriedigend empfinden, dass ein Mieter oder Pächter durch eine vorsorgliche Massnahme aus- oder weggewiesen werden kann, ohne dass ihm dagegen der Weg der Berufung an das Bundesgericht offen steht. Dies ist jedoch eine Folge der kantonalen Prozesshoheit und kann nicht dadurch korrigiert werden, dass der Begriff des Endentscheids im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG noch extensiver ausgelegt und auf einstweilige Verfügungen ausgedehnt wird.